REVISTA FORENSE CHILENA

TOMO V

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

REVISTA FORENSE

CHILENA

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.—CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

FUNDADOR Y DIRECTOR:

ENRIQUE C. LATORRE

COLABORACIÓN
de distinguidos jurisconsultos y abogados

AÑO QUINTO

TOMO V

SANTIAGO DE CHILE
IMPRENTA CERVANTES
CALLE DE LA BANDERA, 78
1889

208

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.° de junio de 1889 NUM. 1.°

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Jorge Huneeus, por E. C. L.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas. —¿Es punible el hecho de cargar armas prohibidas, según lo dispuesto en el artículo 494, número 3.° del Código Penal? por don Pedro César López.—¿Quién subroga á un juez de letras, único en actual ejercicio, cuando, en el caso de licencia, no se nombra suplente? por don Pedro César López.—Comentario del artículo 483 del Código Penal, por don Juan Francisco Prieto Reyes.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

DON JORGE HUNEEUS

Poseídos del más vivo pesar, escribimos estas líneas en honra de la memoria de uno de nuestros maestros y colegas más respetables y más sinceramente amados. El señor don Jorge Huneeus ha bajado á la tumba el día 21 de mayo último, después de una rápida enfermedad cerebral.

Había nacido en 1835 en esta ciudad de Santiago. Fueron sus padres don Jorge Huneeus y doña Isidora Zegers.

Hizo sus estudios en el Instituto Nacional y en la Universidad; y á la edad de veinte años fué nombrado profesor de latín en el primero de estos establecimientos, y en 1856, oficial de número del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Recibió su diploma de abogado el 27 de diciembre de 1858; y en 1861 ocupaba un sillón en la Cámara de Diputados como representante de San Carlos.

En este último año, por decreto supremo de 26 de febrero, fué nombrado profesor de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad, cátedra que, con aplauso general, desempeñó hasta sus últimos días. En el mismo año tuvo á su cargo un juzgado de letras de esta ciudad, durante una corta licencia concedida al propietario.

En 1864 fué elegido nuevamente miembro de la Cámara de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Diputados, y este cargo popular le fué renovado posteriormente en muchísimos períodos. Dejó en esa Cámara recuerdos imperecederos de su talento, su cultura, su moderación en las luchas más ardientes y agitadas de la política, no menos que de su acción fecunda en los trabajos parlamentarios. Su prestigio lo llevó á la presidencia de aquel alto cuerpo durante un período legislativo completo. En 1888 había sido electo senador por seis años por la provincia de Atacama.

Desde abril hasta agosto de 1879 fué Ministro de Justicia, Culto é Instrucción Pública, siendo el señor Pinto Presidente de la República, y en ese elevado puesto se distinguió por su consagración al trabajo y la práctica de las teorías constitucionales del Ministerio.

En la Universidad, el señor Huneeus no sólo fué profesor de la recordada asignatura de Derecho. En 1870 fué elegido miembro de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas por el voto de sus colegas como sucesor del distinguido jurisconsulto don Bernardino Opazo. Leyó su discurso de incorporación á este cuerpo el 22 de abril de aquel año, y él versó sobre los "casos en que una sentencia ejecutoriada puede ser retractada por el mismo tribunal ó juzgado que la pronunció." En 1879 fué nombrado por el Gobierno miembro del recién constituído Consejo de Instrucción Pública. En 1883 fué elegido en claustro pleno rector de la Universidad, cargo en que prestó valiosos servicios y para el cual fué reelegido al cumplir su cuadrienio, hasta que en 1888 hizo renuncia de él.

En 1870 se le nombró Ministro Plenipotenciario *ad hoc* para ajustar con un diplomático de Austria-Hungría un tratado de amistad, comercio y navegación. En el cuerpo diplomático residente en Santiago gozaba el señor Huneeus de generales simpatías. Los soberanos extranjeros le concedieron distinciones honoríficas en diversas ocasiones: así, el emperador de Austria le otorgó la condecoración de Francisco José y de la Corona de Hierro. Era también miembro de algunas sociedades científicas extranjeras.

Numerosas eran las consultas é informes que, con ocasión de sus relaciones diplomáticas ó de su notoria competencia en materias legales, especialmente constitucionales, se le encargaban

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por el Gobierno. Así, recordamos la luminosa exposición que presentó al Ministerio de Justicia en 1879, sobre diversas proposiciones relacionadas con el estado civil de los disidentes; y su reseña histórica de la Constitución de Chile, escrita á requisición del Ministerio de Relaciones Exteriores y destinada á ser enviada á Washington con motivo del primer centenario de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América en 1887. Esta pieza fué publicada por su autor en esta REVISTA en el número 12 del año II.

En la codificación de las leyes tuvo también una parte importante. Figuró como miembro de las Comisiones Revisoras de los Proyectos de Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y de Código de Enjuiciamiento Civil, el primero de los cuales fué defendido por él con brillo en la discusión de la Cámara de Diputados en 1875.

Como abogado, gozaba de una reputación bien ganada en el constante ejercicio de la profesión. Hería con certeza las dificultades y tenía el dón de iluminar con su criterio penetrante las oscuridades más densas de los textos legales. El señor Huneeus conquistó para sí la doble gloria del talento y la virtud. Ni está demás agregar que por ello mereció con prodigalidad los dones de la fortuna, y que, en efecto, los tuvo como lógica consecuencia de sus labores profesionales.

Como profesor, fué, como lo dijo el más joven de sus colegas universitarios en el acto de la inhumación de sus restos, verdaderamente insuperable. Pocos como el señor Huneeus poseían tan felices disposiciones para la enseñanza. Daba tal interés á su palabra, que el alumno estaba pendiente de ella sin distraerse jamás. Para nosotros tenía un doble mérito: su claridad incomparable y su franqueza, originada de una suficiencia indisputable, para abordar todas las cuestiones legales, sin esquivar una sola.

Llevó así la ciencia constitucional chilena á términos de ilustración y cultura que no debe olvidar jamás la gratitud nacional. Dióle una tendencia positiva principal, pues la teoría no era del todo ajena á sus lecciones, y le consagró un hermoso libro, que intituló *La Constitución ante el Congreso*, y que por sí sólo bastaría para alcanzar la inmortalidad al nombre de su autor

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es ése un libro necesario para el estudiante, el abogado, el representante del pueblo, el hombre de gobierno; y para la nación representa un valor incalculable, pues él es fuente de libertad y de garantías: nada hay más interesante para el ciudadano que una honrada interpretación de las leyes constitucionales, sin las cuales arrastrarían una existencia precaria la persona y la propiedad.

Muy lejos nos llevaría el análisis de esa obra magistral, y nuestra misión, por ahora, es muy limitada. Dejamos resumida nuestra opinión sobre ella con el concepto de que importa, junto con las lecciones complementarias de su autor, la creación de la ciencia constitucional positiva entre nosotros, y, por tanto, el título más legítimo del señor Huneeus al reconocimiento de la posteridad.

En sus últimos días, el señor Huneeus se ocupaba en la redacción de un texto de Derecho Constitucional comparado, que se dice alcanzó á terminar.

La REVISTA FORENSE CHILENA le debió atenciones que no serán olvidadas. Fué, de entre los profesores de la Universidad, uno de sus más activos é ilustrados colaboradores. Favoreció siempre á la REVISTA con sus aplausos, que valían por el más precioso de los estímulos, y en tiempo no lejano del presente, llamó sobre ella, con éxito halagador, la atención del Senado de la República. Por eso la REVISTA creyó de su deber ofrecer sobre la tumba del señor Huneeus la corona de su gratitud y su recuerdo.

En cuanto al infrascrito, á quien prodigó el señor Huneeus tantas honrosas y á veces espontáneas distinciones, reconoce esa deuda, con el corazón agobiado de dolor por la desaparición de su magnánimo amigo; y declara que esa nobilísima figura no se borrará de su memoria, mientras haya sentimiento en nuestro pecho y alguna luz en nuestra alma.

E. C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

En seguida, se toma la medida de poner el estado del juicio en noticia de los herederos del difunto para seguir ó nó el juicio. Este es el fin de tal noticia. Pero puede ocurrir que haya interesado uno que no es heredero, como el que adquiere un derecho de algún heredero del difunto por compra ó algún otro acto entre vivos. Entonces hay necesidad de poner esa noticia en conocimiento de esas personas, que son "accionistas" y no "herederos". Hay que salvar esta omisión.

El Proyecto habla de "término legal" y de "forma correspondiente"; pero no fija ese plazo ni determina esa forma. Esta vaguedad en los términos usados debe desterrarse en lo posible y parece se evita en la redacción poniendo en vez de "término legal", "término del emplazamiento", plazo conocido por todos y en lugar de "forma correspondiente" usamos "seguir *su* marcha" ó curso.

Obrar es *hacer*, producir un efecto, edificar; portarse, conducirse, proceder. En este Proyecto se le da un significado que no tiene, uno nuevo, empleándolo en lugar de voces castizas y correctas, sin necesidad alguna y sacrificando la elegancia y corrección de la lengua. Esas voces que reemplaza, son: "estar, seguir; parecer, presentarse; ejercer su acción, *proceder* (nacer; formar causa; seguir; entenderse); "hacer". Debe desterrarse esta voz "obrar" en estos varios significados.

La frase "por sí mismo" la creemos pleonástica y equivalente á "por sí" que exprime la misma concepción; no obstante, la vemos autorizada en la redacción del Código Civil. Preferimos la forma "por sí".

En la parte final del artículo 7.º se impone á los herederos la obligación de comparecer; pero no preceptúa sobre hacer cesar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la suspensión, ni enuncia el efecto directo que produce el poner en noticia de esos herederos el estado de la causa, ni dice nada sobre el caso de que no comparezcan.

Llenando todos los vacíos notados y corrigiendo la forma de la redacción, podría quedar así el

"ART. 7.º La muerte del litigante que sigue un juicio por sí, suspenderá el curso de éste, siempre que no hubiere llegado á la citación para sentencia ejecutoriada.

"Si puesto en noticia del heredero ó accionista del difunto el estado del juicio suspenso, y transcurrido el término del emplazamiento correspondiente á cada uno, no pareciere al juicio, éste seguirá su marcha sin más trámites."

No hay necesidad de contemplar el caso, cuando el litigante que muere, es representado por procurador: 1.º, porque con esa representación están salvaguardiados los intereses del muerto; y 2.º, porque la muerte no pone término al mandato para negocios judiciales, según lo prescribe el artículo 397 de la Ley de Organización de los Tribunales.

Muerto un litigante representado, el juicio y el mandato siguen su curso; de modo que todo lo que se diga á este respecto, es redundante y repetición de lo ya mandado en otros Códigos.

En esta categoría se halla el inciso 2.º que don José Ravest desea que se agregue á este artículo 7.º En sustancia, ese inciso prescribe: "El juicio seguirá con el procurador, si no le revocan el poder dentro de ocho días, sin perjuicio de ser revocado después."

Esto, por sabido, se omite decirlo. Es claro, como el sol del medio día, que si se revoca el poder, el mandato termina, y termina la representación en juicio del procurador, cuyo poder se revocó; pero el juicio no se suspende y sigue adelante, que es el punto legislado.

El inciso del señor Ravest es incongruente con la materia principal del artículo 7.º Éste trata de la suspensión del juicio y del término de ella: el inciso, de la revocación del mandato y su efecto especial.

Queda en pie esta cuestión: ¿Desde cuándo surte efecto la muerte? Desde la fecha en que se produjo el hecho, ó desde la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fecha en que se supo. Llamo la atención de los señores legisladores á este punto.

El artículo 2168 del Código Civil, tratando de un caso de revocación del mandato, toma la fecha desde que se sabe la muerte del mandante.

En el silencio de la ley se tendría que tomar, como fecha de la suspensión, la fecha de la muerte.

Regularmente pueden litigar por sí los que residen en el pueblo, asiento del Tribunal; en este caso, la muerte se sabe de un modo instantáneo al suceso, y no puede ser ignorada esa causal de suspensión. Para el caso excepcional de que se pase algún tiempo sin saberse la muerte, puede arbitrarse un temperamento igual al designado en el inciso 3.º del artículo 2173 del Código Civil.

En la generalidad de los casos, la fecha de la muerte, como fecha de suspensión, no ofrece inconvenientes y esto mismo justifica la disposición del artículo 7.º En los casos excepcionales tampoco los ofrece el temperamento del inciso 3.º del artículo 2173 citado.

TÍTULO II.—De la capacidad para estar en juicio

Las dos prescripciones de este título no deben formar un título especial, porque pueden entrar en el título de las reglas generales. Como reglas concernientes ó aplicables á todo juicio, deben formar ellas parte del título I.

El *epígrafe* de un capítulo ó título es el resumen de la idea capital tratada en él. Basta que una ó dos palabras la enuncien. Así como en el título I no se hizo preceder á su epígrafe de la preposición *de* y el artículo respectivo, así también somos de parecer que se suprima en éste y demás epígrafes. La supresión deja más conciso el resumen y no disminuye su significación.

Estar en juicio es hallarse en él, existir en esa situación. Si se conserva este título, su epígrafe podría quedar así: *Capacidad para estar en juicio.*

"ART. 8.º Puede parecer en juicio por sí misma toda persona que tenga el libre ejercicio de sus derechos civiles."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En las disposiciones de este título se va á determinar quién puede ser demandante y demandado, ó bien, quién puede estar ó parecer en juicio por sí. Si durante el juicio se pierde la capacidad de estar en él ó si se adquiere, son dos casos que crean situaciones jurídicas y que por lo mismo hay que contemplarlos separadamente.

La expresión "por sí misma" es pleonástica; basta decir "por sí"; la idea significada se comprende perfectamente y no sufre menoscabo.

El artículo 8.º da una regla general, no reconoce excepción alguna; por consiguiente, su mandato deroga las excepciones contenidas en el Código Civil, en el de Comercio y en el de Minería, por disponerlo así el artículo 52 del Código Civil y el final del Código de Enjuiciamiento.

Hay que evitar esta derogación de las leyes anteriores citadas, reconociendo esas excepciones en un inciso especial ó en un agregado al final del artículo.

También hay que sentar la regla general de quién puede parecer en juicio en lugar de las personas incapaces ó privadas de este beneficio.

Por tanto, podría redactarse así el

"ART. 8.º Puede parecer por sí en juicio toda persona que tenga el libre ejercicio de sus derechos civiles.

"Por la que no lo tiene, puede parecer su representante legal. Puede parecer ella misma en todos los casos en que la ley le da expresamente esta facultad, ó en los que le otorga un derecho que puede ejercerlo por sí."

Después de las dos reglas generales de los incisos 1.º y 2.º, viene la excepción en el inciso 3.º

En este inciso 3.º se deja vigente la comparecencia del artículo 136, 151 del Código Civil, 18 del Código de Comercio; y se comprende los casos en que se otorga un derecho, como entre los muchos que contiene el Código Civil, el del artículo 112, en el caso de negativa, el del 298 y 437, etc. y el del artículo 25 del Código de Minería, etc.

La razón de esto último se comprende. Si la ley le faculta para ejercer un derecho en las varias evoluciones de la actividad humana, es decir, fuera de juicio, ¿por qué razón no seguir

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dispensándole la misma confianza, cuando lleva ese ejercicio ante un magistrado judicial?

Otorgado un derecho, deben darse todos los medios que requiera el ejercicio ó goce de ese derecho. Los derechos personales de un menor ó de un incapaz, en general, puede ejercerlos por sí el incapaz, aunque tenga representante legal; de idéntico modo sucede cuando ese derecho lo lleva ante un juez, lo ejerce personalmente, aunque tenga representante legal.

"ART. 9.º Si durante el curso del juicio cesare la incapacidad de alguna de las partes y continuare, no obstante, en el ejercicio de su cargo el representante legal de la misma, valdrán los actos de este representante, anteriores á la comparecencia de la parte."

Este artículo sólo regla la validez de los actos á que se refiere. Su redacción se presta á ambigüedades. En su lugar hay que poner dos artículos: uno que contemple el caso de *adquirir* y el otro el de *perder* la capacidad de estar en juicio durante éste.

En el primer caso hay que consignar el derecho del adquirente y su naturaleza; después el efecto inmediato del ejercicio de ese derecho; y, por último, la validéz de los actos del representante, posteriores á la adquisición de la capacidad y anteriores á la comparecencia del adquirente en el juicio.

En el segundo caso hay que exponer el hecho de la pérdida de capacidad, su efecto inmediato, y la invalidéz de los actos posteriores, como sanción. También otorga una facultad á la contraparte para que el juicio pueda seguir su curso; consignamos un derecho y su fin.

En lugar de "representante", se usa "curador *ad litem*" frase más concreta y menos indeterminada que "representante".

Creemos útil y hasta necesario conservar el artículo 17 del Proyecto primitivo.

Previo lo dicho, podrá redactarse así el

"ART. 9.º Si durante el juicio una de las partes adquiere capacidad de estar en él, podrá parecer por sí.

"En este caso y desde que se presente, cesará la personería judicial del representante; pero serán válidos los actos ejecutados por éste hasta la comparecencia del adquirente de capacidad."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ponemos "personería judicial" para distinguirla de la civil y cuya cesación se rige por las reglas del Código Civil.

"ART. 9.º bis. Si durante el juicio una de las partes perdiere su capacidad de estar en él, se suspenderá el curso de él y todo acto posterior será nulo.

"La otra parte tendrá el derecho de que se le nombre un curador *ad litem*."

El artículo 9.º del Proyecto parece autorizar la continuación del cargo de representante, á pesar de haber cesado en su representación. En la redacción última se evita este parecer y se quita toda duda á este respecto.

TÍTULO III.—De la pluralidad de acciones ó de partes litigantes en un mismo juicio

Este epígrafe es muy bombástico; en su lugar debe ponerse este otro, cuyos términos son más concretos y, teniendo la misma idea, es más conciso y compendioso: *Varias acciones ó litigantes en un solo juicio.*

"ART. 10. El actor podrá entablar contra el reo dos ó más acciones en un mismo juicio, con tal que las unas no sean excluídas por las otras.

"Podrán, sin embargo, proponerse en una misma demanda dos ó más acciones contrarias, con tal que una ó algunas se propongan subsidiariamente para el caso de ser rechazadas otra ú otras."

Siguiendo la redacción de la Ley Española y la etimología ya sancionada, usamos "demandante" y "demandado" en lugar de "actor y reo."

Cuando se habla de la acción entablada por el demandante, es redundante agregar y decir que va contra el reo; porque eso es inevitable y necesario. Por tanto, suprimiremos la frase "contra el reo." La voz "excluídas" es impropia; porque *excluído* es acción y efecto de excluír; echar fuera, exceptuar, no incluír. En su lugar debe emplearse "contrarias" ó "rechazadas" que se refieren á la naturaleza íntima de las acciones. *Contrario* es opuesto, repugnante, contradictorio, y en el foro es la parte con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

traria. *Rechazar* es resistir, contradecir, contrariar, impugnar, desechar.

El inciso segundo es una excepción á la regla consignada en el primero. "Demanda" es equivalente en el inciso segundo á "juicio"; debe suprimírsela. "Rechazada" está en lugar de "no otorgada" y se refiere al juez y nó á la naturaleza de las acciones; debe conservarse esa palabra ó su equivalente "no admitida."

Quedará así la redacción del

"ART. 10. El demandante podrá entablar en un solo juicio dos ó más acciones que no sean contrarias unas á otras.

"Si lo son, podrá instaurarlas subsidiariamente, es decir, una para el caso de no ser admitida la otra ú otras."

En el primer inciso se consagra el derecho de entablar dos acciones diversas, y en el segundo dos contrarias; y en uno y otro caso el modo de formular ese derecho ó su forma externa. Quitamos toda palabra inútil.

"ART. 11. Podrá también el actor demandar en un mismo juicio á dos ó más personas, con tal que ejerza contra todas ellas una misma acción."

"ART. 12. Podrán asimismo obrar en un mismo juicio y contra un mismo reo dos ó más personas en calidad de actores, con tal que todas ellas ejerzan una sola é idéntica acción."

Al artículo 11 corresponde el 23 del Proyecto primitivo, y al 12, el 24 del mismo.

Casos contemplados en el artículo 11:

Primer caso.—Pedro, en una escritura, compra trigo en distintas cantidades á Juan, á Luis y á Pablo; la acción es una misma contra los tres, y necesariamente debe desarrollarse en un solo juicio, pues proviene de un solo acto ó contrato; no son tres demandas que se tienen que interponer, sino una.

Segundo caso.—Pedro compra trigo á los tres sujetos nombrados por distintos instrumentos y en diversas fechas y condiciones Para cada uno puede seguir un juicio, tiene derecho contra cada uno de los tres, tiene tres acciones de la misma naturaleza, una para cada uno; pero puede en un solo juicio ejercer las tres acciones. Este es el caso comprendido en los términos del artículo 11.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Casos consignados en el artículo 12.

Primer caso.—Juan, Luis y Pablo compran una casa á Pedro. Cada uno tiene acción contra el vendedor, la acción es una misma é idéntica para cada uno; pueden los tres demandar á Pedro por separado ó conjuntamente, en un solo juicio. Este es el caso contemplado en el artículo 12. Veamos otro.

Segundo caso.—Pedro vende trigo á Juan, después vende á Luis y en otro tiempo vende á Pablo. Cada instrumento atestigua una acción; hay tres acciones y todas son de la misma naturaleza, son iguales en el fondo; pueden ser instauradas en un solo juicio ó en juicio separado cada una.

Los primeros casos podían comprenderse en una sola disposición y los segundos en otra disposición.

La voz *mismo* exprime la idea de "igual," "semejante" "idéntico". La voz "sólo" significa "único" "uno". El uso de estas voces en el Proyecto se aparta á veces de estas significaciones. Trataremos de desterrar tal abuso. Quedaría así el

"ART. 11. Una misma acción podrá ser entablada por una sola persona contra varias, ó por varias, contra una."

Comprendiendo los casos segundos, quedaría así el

"ART. 12. Una sola persona en un solo juicio podrá entablar varias acciones iguales contra dos ó más personas.

"Así como dos ó más personas en un solo juicio podrán entablar dichas acciones contra una sola."

"ART. 12 bis. (el 25 del Proyecto primitivo). Podrán muchos actores obrar en un mismo juicio contra muchos reos, siempre que concurran las circunstancias necesarias para que un solo actor pueda obrar contra varios reos, conforme á lo prevenido por el artículo 11.

Este artículo acumula dos ó más casos de los contemplados en el artículo 11; ¿y por qué razon no acumular dos ó más de los comprendidos en el 12?

No comprendo la razón de la diferencia y más parece un olvido que otra cosa. Debemos comprender acumulaciones de uno y otro artículo y redactaremos así el artículo 12 bis, poniendo en letra bastardilla las palabras que hayan reemplazado á otra, y cuya razón del cambio está ya dicha, y que omitimos para no repetir.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 12 bis. Podrán muchos *demandantes iniciar* un *solo* juicio contra muchos, siempre que concurran las circunstancias respectivamente del artículo 11 ó de alguno de los incisos del artículo 12."

"ART. 13 (el 26 del Proyecto primitivo). Si fueren dos ó más las personas que entablaren una demanda ó gestión judicial y la acción que ejercitaren fuere una misma, deberán obrar en el juicio conjuntamente, constituyendo un mandatario que las represente á todas ellas.

"La misma regla se aplicará á los demandados cuando éstos fueren dos ó más, siendo idénticas sus excepciones ó defensas."

"ART. 14 (el 27 del Proyecto primitivo). Siendo diversas entre sí las acciones de los demandantes ó las defensas de los demandados, cada uno de ellos podrá obrar en el juicio separadamente."

Estos artículos tratan de los casos en que debe nombrarse un procurador común y de aquellos en que no debe. Por consiguiente, sus disposiciones están bien en el título siguiente que trata de la constitución de procurador, y no en el presente que no trata de esa constitución, sino de la pluralidad de acciones; deben colocarse en su lugar respectivo.

El caso contemplado en el artículo 13 es éste: dos ó más entablan una misma acción. Entonces se les impone la obligación de nombrar un solo apoderado. No basta que los demandantes sean dos ó más; es preciso que la acción sea igual para todos.

Debemos suprimir la fraseología inútil. *Demanda ó gestión judicial* no es lo mismo, y reemplazamos estas palabras por la voz *acción*, que exprime la idea verdadera. La idea significada por la proposición "y la acción que ejercitaren fuere una misma" la expresamos por el adjetivo "misma" ó "semejante." La frase "obrar en juicio conjuntamente" es igual á "constituyendo un"... etc.

Esta última frase es una explicación de la primera. Á ámbas sustituye la frase "nombrar un solo procurador común" que exprime la verdadera concepción legal del Legislador. Con la frase "que las represente" se repite la idea envuelta en la voz "procurador" y la suprimimos. La frase "á todas ellas" es re-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

producción de la idea significada por "las;" es frase pleonástica, debe suprimirse.

Unimos los dos incisos en una sola regla, porque se trata en ambos del nombramiento de un procurador común.

De modo que podría quedar así el

"ART. 13. Si fueren dos ó más las personas, que entablaren una misma acción, ó que alegaren las mismas excepciones, nombrarán en el juicio un procurador común."

No ponemos *tuvieren* en vez de *alegaren;* porque de nada sirve tener una excepción igual si no se expone como defensa; es preciso hacerla valer en juicio para que surta efecto jurídico, como el consignado en el artículo 13.

El artículo 14 debe consignar el caso inverso al del artículo 13; no se trata del caso en que cada litigante figure por sí y por separado, sino del caso en que intervenga por procurador y distinto uno de otro. Dentro de la redacción del Proyecto cabe la idea de que cada uno puede parecer por sí ó por representante, desde que el estar en juicio separadamente puede ser de dos modos: por sí ó representado.

Las acciones sólo pueden ser de los demandantes y las excepciones únicamente de los demandados; no pueden ser de otros; por consiguiente, están demás esos complementos y deberían suprimirse por redundantes.

No se trata de poder estar en juicio en el artículo 14, sino de si se puede obligar á nombrar un procurador común ó uno diferente; por consiguiente, la redacción podria quedar así en el

"ART. 14. Siendo diversas entre sí las acciones ó las excepciones, cada litigante podrá nombrar un procurador distinto."

Este es el caso contrario al del artículo 13; en él no puede obligarse á nombrar un procurador igual, común.

"ART. 15. Si la acción ejercida por una persona correspondiere á otra ú otras personas determinadas, el demandado ó demandados podrán pedir que se ponga la demanda en conocimiento de las personas que no hubieren concurrido á entablarla, y que se les señale un término razonable para que expresen si se adhieren á ella.

"Si las dichas personas se adhieren á la demanda, se aplicará á ellas lo dispuesto por el artículo 13. Si declararen no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

adherirse ó si nada dijeren dentro del término que se les hubiere señalado, les afectará el resultado del proceso.»

El caso consignado en este artículo debe ser el siguiente: Varios tienen derecho á una cosa y uno de esos varios ejerce ese derecho. Al demandado se le faculta para que se ponga la acción ejercida en noticia de los demás de los varios. Efectuada la noticia y pasado un término, les afecta la sentencia que finalice el juicio, ocurran ó nó los demás de los varios, menos cuando dicen que no se adhieren.

El Proyecto habla de una acción ejercida por uno y que corresponda á varios. Esto es un contrasentido y es contrario á las nociones dadas más adelante. No puede decirse que una acción judicial corresponda á otros que no la han ejercido; porque la dicha acción es sólo del que la ejerce, es inherente á él. Los que no la han ejercido, tendrán derecho, ó acción civil, esto es todo; pero ese derecho ó acción civil no se torna en acción judicial sino desde que se ejercita ante un juez. Antes de este ejercicio del derecho ó de la acción civil ante un juez, no hay acción judicial. De modo que mal puede decirse que lo que no existe, corresponde á otros, ó bien, que pertenece á ellos lo que aún no tienen. Están sí en aptitud de tenerlo y pueden alcanzarlo. Esto es todo.

Cuando ocurra el imposible de que una acción judicial pertenezca á los que no la han ejercido, entonces el demandado tendrá la facultad de pedir dos cosas, pero nada más que pedir: 1.º, que se ponga la demanda en noticia de quienes no la entablaron, es decir, de todo el mundo; y 2.º, que se fije un plazo para que digan si se adhieren á ella. Siendo imposible la premisa, es ilusoria la facultad.

Pero sigamos con el Proyecto. Si se adhieren, tienen que nombrar un procurador común, y les afecta la sentencia. Si no se adhieren dentro del plazo y si nada dijeren dentro del mismo plazo, también les afecta la sentencia. De modo que en todo caso les afecta el resultado del juicio.

Por lo que llevamos dicho, la redacción del Proyecto es errónea, hace distinciones cuando el resultado es uno mismo para los casos que imagina.

En lugar de la condicional imposible del Proyecto, tenemos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que sentar un hecho real y positivo. La expresión "personas determinadas" hace creer que hay personas indeterminadas: la voz "determinada" induce á error y no corresponde á ninguna idea aceptable: debería desecharse.

La dicción "demanda" es más restringida en su significado que la voz "acción": ésta es el género y aquélla la especie: ésta comprende todos los juicios contenciosos y todos los no contenciosos; aquélla sólo el juicio ordinario, á menos que queramos violentar su sentido obvio y darle uno que no tiene.

La frase "término razonable" es muy vaga y deja que lo razonable se aprecie por un hombre sometido al vaivén de las pasiones. Debería reemplazarse por un algo fijo, por "el término del emplazamiento", determinado por la ley, con anticipación y conocido de todos. Lo mismo decimos del término de que habla el inciso 2.º; adolece de vaguedad.

En lugar de la simple facultad de pedir las dos cosas, de que habla el Proyecto, consignamos la facultad ó el derecho de que se ponga la acción en noticia de los demás copartícipes del objeto, lo que es más positivo que el pedir.

No valía la pena de decir que en el caso de adherirse, se aplica el artículo 13; porque, aunque no se hubiera dicho, habría tenido que suceder así. Presentado un caso legal, hay que aplicarle la disposición concerniente. Podría suprimirse esa parte del inciso 2.º por ser repetición inútil.

Si nada dicen ó si dicen que no se adhieren, les afecta la sentencia. De modo que aquí casi se les compele á litigar, desde que en todo caso les afecta la sentencia. Pensamos que es justo que no les afecte el fallo cuando dicen que no se adhieren, cuando manifiestan su voluntad de no aceptar la forma de la acción instaurada; esto es conforme á la razón.

La frase "el resultado del proceso" toma á "proceso" en sentido figurado, en vez de "juicio". El resultado de un juicio es la sentencia ó lo que ella manda. En vez de aquella frase de rodeos ponemos la voz "sentencia" y determinamos cuál es ella.

Según lo expuesto, podría quedar así el

"ART. 15. Si dos ó más personas tienen derecho á un mismo bien y una de ellas entabla la acción que nace de ese derecho, el demandado podrá hacer que dicha acción se ponga en noti-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cia de las demás personas copartícipes, que no la hubieren iniciado.

"Verificado el conocimiento por notificación y pasado el término del emplazamiento respectivo, obligará la sentencia que recaiga sobre dicha acción á todos los referidos copartícipes, menos á los que dentro de dicho término hayan expresado que no se adherían á la acción entablada."

En el primer inciso se otorga un derecho al demandado por ser él el verdadero interesado. En el segundo se consigna el efecto jurídico de poner en noticia de alguien una acción judicial, después de transcurrido cierto plazo.

TÍTULO IV.—De la constitución de procurador

Este título comprende no sólo la forma de constituir ó establecer el poder, sino también ciertas obligaciones de los procuradores. En él se determina quién debe nombrarlos en ciertos casos y cuándo debe revocarse el poder; por consiguiente, el epígrafe sólo menciona una parte de la materia en él tratada. Convendría poner como tal la sola voz "Procurador", que comprende todo y no deja nada fuera de lo que trata el título.

"ART. 16. El que comparezca en juicio á nombre de otro deberá exhibir poder suficiente de su representado, conferido en la forma determinada por el artículo 398 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

"Con todo, en casos graves y urgentes, calificados por el tribunal, podrán admitirse las gestiones que una persona pretenda hacer por otra oficiosamente y sin previo poder, con tal que el que toma la representación ajena ofrezca garantías, igualmente calificadas por el tribunal, para satisfacer los resultados del juicio en caso que el interesado no apruebe lo que se hubiere obrado en su nombre."

Es muy deficiente el Proyecto en materia de procuradores. En efecto, el artículo 16 trata de la obligación de exhibir el poder ó de la promesa de agregarlo; el 17, de que el poder dura hasta que la revocación se presente en juicio; los demás, que son cinco, tratan del nombramiento del procurador común, del modo de proceder él ó alguno de sus poderdantes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No se dice quién puede ser procurador y quién no, ni cuáles son sus obligaciones judiciales; tampoco se salvan las dudas que hay en este punto en la práctica. Las leyes patrias son escasas en preceptos sobre el particular, y las leyes de Partida son excesivamente más completas y prolijas que el Proyecto.

Desde la promulgación de la Ley de Organización de los Tribunales, es cuestión la edad de un procurador. Entre otros, el juez letrado de San Fernando resolvió el 21 de noviembre de 1878 que un menor de edad no podía ser procurador. La Corte revocó esa resolución el 19 de abril del 79 y declaró que el menor era legalmente procurador, fundándose en el artículo 394 de dicha ley.

El menor no puede parecer en juicio por sí, pero por otro puede: en causa propia es incapaz; en ajena es capaz. Esto es un absurdo y un contrasentido. Debe evitarse en la presente ley y quitarlo de la legislación chilena. Todo se conseguiría consignando este:

"ART. 16.—1.º Puede ser procurador judicial el que es hábil para contratar civilmente.

"En las causas de comercio y de minería, el que puede ser comerciante ó minero."

El artículo 391 de la Ley Orgánica citada prescribe las cualidades del procurador del número, que es una especie de mandatario; y entre ellas figura la edad de veinticinco años.

Si se dijera que podía ser procurador el mayor de 25 años, habría muchas excepciones, como la mujer casada, el sordo, el mudo, el demente, los en interdicción, los jueces, los secretarios y todos los funcionarios judiciales, á quienes les es prohibido adquirir lo litigado, etc.: todos éstos no son hábiles para contratar, en todo caso, unos; y en el caso del juicio de la representación, otros. Se evitan estas excepciones con la frase "hábil para contratar."

La excepción en favor del comerciante y minero es autorizada por la especialidad de tales causas y por la capacidad relativa de ellos.

Como el poder de representar nace con la aceptación, conviene preceptuar este punto con toda claridad, examinando las dos clases de aceptación. Agregaríamos este:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 16.—3.º La aceptación del poder judicial es expresa cuando así consta por escrito en el juicio. Es tácita, cuando el procurador, sin decirlo, interviene, á nombre del poderdante, en cualquier acto del juicio."

El artículo 2124 del Código Civil reconoce las dos clases de aceptación, pero en materia civil.

No basta que la aceptación en materia judicial conste por escrito, por una carta, por ejemplo. Esto basta entre mandante y mandatario; pero para tercero, como es el otro litigante, es necesario que la aceptación esté por escrito y en el juicio, dos requisitos.

En la tácita no basta intervenir en un juicio, es preciso hacerlo á nombre del comitente. En una tercería de dominio, se interviene en el juicio ejecutivo, y por más que tenga poder del ejecutado, no hay aceptación por esa intervención.

El artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Español habla de aceptación *presunta* y existe desde que se usa el poder. Falta también aquí la circunstancia de "en el juicio"; porque, si lo usa fuera, no hay aceptación judicial.

El artículo 16 del Proyecto es pleonástico en su forma, y consigna una obligación del mandatario judicial, única en todo él.

Inciso 1.º—La frase "el que comparezca en juicio á nombre de otro" es equivalente en este caso á "el procurador"; debe ser reemplazada.

"Exhibir" es mostrar y no basta mostrar un poder para cumplir la obligación que impone la ley; es necesario agregarlo á los autos ó acompañarlo, como dice la Ley de Enjuiciamiento Español en su artículo 23.

La voz "suficiente" hace redundante la frase "de su representado"; porque, si no fuera de él, no sería suficiente. Podría suprimirse por pleonástica.

El resto del inciso es inoficioso, peca por redundante.

El poder no sería suficiente, si no fuera otorgado en la forma que determina la ley.

El artículo 395 de la Ley Orgánica de los Tribunales da la forma de cómo se puede conferir un poder judicial; por consiguiente, es inútil decir aquí que el poder debe otorgarse en esa forma.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La cita del Proyecto del artículo 398 está equivocada; debería citarse el artículo 395.

Este artículo dice que el poder judicial sólo puede conferirse ó por escritura pública ó por declaración autorizada; no obstante, el Proyecto en los artículos 18 y 19 autoriza el nombramiento de procurador por decreto del juez: de modo que el poder se confiere de tres modos· por escritura, por declaración autorizada y por decreto de juez.

La representación de los procuradores del número ante las Cortes respecto de los declarados pobres es por *ministerio de la ley* y no en virtud de un poder presunto, como opina el señor Bernardo Lira. Dichos procuradores, y en especial el de turno, son representantes legales de los declarados pobres. Así sucede que sin poder y sin aviso de nadie, llegando una causa de pobre á las Cortes, ellos á su nombre se hacen dar cuenta de lo que ocurre en el juicio sin necesidad de hacerse parte. Así como un padre representa á su hijo menor, así ellos representan á los pobres. Esta representación se funda en la obligación de servirlos que les impone el número 3.º del artículo 396 de la Ley Orgánica y el fin á que se dirige la facultad que á los jueces confiere el artículo 42 de la misma Ley.

Acepto el nombramiento de procurador por decreto de juez. Hay que subsanar este vacío y que legalizar el procedimiento; porque de lo contrario el juez, en representación del rebelde, tendría que dar *poder*, ó en una escritura, ó en una declaración ante su secretario.

Habría que consignar en un artículo el siguiente precepto:

"ART 16.—2.º El procurador se nombra, ó conforme al artículo 395 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales ó por decreto del juez de la causa."

Sigamos con el análisis del inciso 2.º del artículo 16. El inciso 2.º del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Español no admite el caso del inciso 2.º de este artículo 16 del Proyecto, caso que consiste en admitir la agencia oficiosa en casos graves y urgentes, si se garantiza el resultado.

La frase "con todo" debe suprimirse; porque nada agrega á lo que se preceptúa, ni lo modifica tampoco.

El plural "en casos" hace imposible la disposición del inci-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

so 2.º El singular es más correcto y hace más positiva la regla; porque lo real y común será que ocurra un caso en cada ocasión y no muchos á la vez y en grupo. Debe decirse "en un caso".

Después de entregar al juez la calificación de la urgencia, el inciso deja siempre entregado á su voluntad el poder admitirse. Esto nos parece excesivo. Después de la calificación, debe venir por obligación la admisión. Así, pues, en lugar de la frase "podrán admitirse" se empleará "se admitirán."

En la voz "persona" del Proyecto cabe el mayor de edad y el menor, el capaz y el incapaz. Este á nada se obliga; luego hay que quitar esa ambigüedad, y comprender sólo al capaz, y agregar la frase "hábil para contratar" después de "persona."

"Pretenda hacer." *Pretender* es solicitar, reclamar, intentar algo. La redacción puede referirse al reclamo ó al mero intento. En el primer caso hay un hecho, un algo exterior, que cae bajo el imperio de la ley; en el segundo hay una intención, un pensamiento, un algo interno, á que la ley no alcanza. En el primer caso son justificadas las precauciones de la ley, mas no en el segundo; desde que en este caso sólo se intenta, se piensa hacer gestiones y no se realizan ó llevan á cabo. En vez de "pretenda" se puede poner "pida."

"Oficiosamente" no agrega idea alguna á lo expresado, ni aclara lo dicho; debe suprimirse, porque no hace falta.

Lo esencial en el caso contemplado es que se gestione sin poder. Importa poco que el poder sea ó nó "previo"; por eso suprimimos la voz "previo."

"Ofrecer garantías" no es lo mismo que "garantizar": lo primero es promesa, oferta; lo segundo es la garantía misma, el hecho. En vez de "ofrezca" ponemos "de" y usamos el singular y no el plural de "garantía."

La garantía comprende, según el Proyesto, todo el resultado del juicio; pero esta generalidad, creemos que es justo limitarla á lo que hizo el que pareció en juicio por otro, y no á todo y á lo que no hizo. Es justo responder de lo que uno es autor y de sus consecuencias inmediatas; pero no de hechos ajenos y que aprovechan á terceros.

Por último, en lugar de "Tribunal" y "obrar" usamos "juez"

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y "hacer"; y en lugar de la frase que resulta de nuestro análisis "admitirá... gestiones... que... pida hacer" empleamos con más concisión la siguiente "podrá gestionar."

Como vamos á enumerar las principales obligaciones de los mandatarios judiciales, redactaremos así el artículo del Proyecto, en esta forma:

"ART. 16.—4.º Son obligaciones de *todo* procurador:

"1.ª Acompañar poder suficiente con el primer escrito que presente en el juicio respectivo;

"2.ª Entregar inmediatamente al abogado que dirija el juicio, los documentos que su poderdante le envíe para ese juicio;

"3.ª Dar cuenta oportunamente á dicho abogado ó al poderdante, de toda providencia que se le notifique en el juicio y su estado; é interrumpir los plazos con algún recurso legal cuando no pueda dar esta cuenta;

"4.ª Sacar los procesos, dejando recibo en un libro especial, para evacuar los traslados pendientes, para formar interrogatorio y alegar, cuando lo permita la naturaleza de la causa; y llevarlos al estudio del abogado defensor de su mandante;

"5.ª Asistir á las secretarías de los tribunales después de las doce de los días no feriados, y notificarse de lo que le corresponda;

"6.ª Guardar fidelidad, absteniéndose de comunicar á terceros cosa alguna relativa al juicio:

"7.ª Pagar las costas que causare y las en que fuere condenado su mandante en el juicio en que se ha hecho parte;

"8.ª Dar cuenta documentada al quinto día de terminado su mandato ó el juicio en que intervino."

No analizamos estas obligaciones por no extendernos demasiado. La razón de ellas se comprende y cada palabra tiene su causal positiva de existir.

No está demás advertir que el artículo 396 de la Ley Orgánica trata de tres obligaciones de los procuradores del número y no de los demás mandatarios judiciales, y que hay otras obligaciones en el Código Civil, relativas á los mandatarios en general y para asuntos civiles.

"ART. 16.—5.º En un caso grave y urgente, calificado por el juez, una persona hábil para contratar, podrá gestionar en jui-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cio á nombre de otra, sin poder, con tal que dé garantía, calificada por el mismo juez, de satisfacer los gastos causados y que dimanen directamente de sus actos, si el interesado no aprueba lo hecho en su nombre.»

«ART. 17. Todo procurador, legalmente constituído, conservará su carácter de tal y obrará válidamente en el juicio, mientras en el proceso no haya constancia de la revocación ó expiración de su mandato.»

Un procurador está legalmente constituído desde que se le otorga poder en forma. Pues bien, si antes de hacerse parte en un juicio dado, se le revoca el poder y se nombra á otro, y este otro omite hacerse parte y lo hace el primero después de la revocación, ¿puede admitírsele su personería? ¿conserva su carácter de mandatario?

Creemos que se garantiza la buena fe de terceros aceptando la ley un título que es fehaciente y en el cual consta el poder; y mientras no se presente un hecho que lo destruya, la ley debe dar eficacia á ese poder. Á un tercero sería difícil conocer la revocación.

La frase «conservará su carácter de tal,» tiene de más el complemento «de tal» y basta con el uso del posesivo «su» que significa «de él» y se refiere al sujeto. Toda la frase es también redundante, desde que se dice á renglón seguido que intervendrá «válidamente.» No se podría hacer esto sin ser procurador Si esa frase comprendiese el caso fuera de juicio, no tendría para qué ser materia del presente Código, sería materia puramente civil y se reglaría por el artículo 2173 del Código Civil y otros. Dicha frase debe suprimirse y en lugar de «obrará» se usará «intervendrá.»

Suprimimos el adjetivo «el» de la frase «en el juicio» para quitarle la determinación que le da dicha voz, y para dar á la frase mayor ensanche y generalidad. «Hasta que» es más significativo y determinante que «mientras que» y la preferimos á ésta. «Proceso» está en sentido metafórico, en vez de «juicio;» y es redundante el complemento «en el proceso»; basta decir «en él.»

Según lo dicho debe quedar así el

«ART. 17. Todo procurador, legalmente constituído, inter-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vendrá válidamente en juicio, hasta que haya constancia en él de la terminación de su mandato. En caso de revocación, ésta surtirá efecto desde que el nuevo procurador se haga parte.»

Revocación es uno de los modos como termina un mandato, y la *expiración* es otro modo, ambas especies son cosas distintas. Así lo reconoce el artículo 2163 del Código Civil. En lugar de «revocación ó expiración» ponemos «terminación,» voz más genérica y más completa, y que comprende á las dos indicadas.

La excepción contenida en el inciso 2.º, se consigna en obsequio del no retardo de la marcha del juicio en que incide.

«ART. 18. En los casos de que se trata en el artículo 12, el procurador común será nombrado por acuerdo de las partes á quienes haya de representar.

«El nombramiento deberá hacerse dentro del término razonable que señale el tribunal, si antes no lo hubieren verificado las partes.»

«ART. 19. Si por omisión de todas las partes ó por falta de avenimiento entre ellas no se hiciere el nombramiento dentro del término indicado en el artículo anterior, lo hará el tribunal que conozca de la causa.

«Si la omisión fuere de una ó de algunas de las partes, el nombramiento hecho por las otras valdrá respecto de todas.»

«ART. 20. Una vez hecho por las partes ó por el tribunal el nombramiento del procurador común, no podrá revocarse sino por acuerdo unánime de las mismas partes, quienes en tal caso deberán constituír inmediatamente un nuevo procurador, con arreglo á lo prevenido por los dos artículos precedentes.»

Los tres artículos copiados tratan de á quién corresponde el nombramiento del procurador común, del plazo en que debe hacerse y quiénes pueden revocarlo. El sistema de nombramiento en el Proyecto no obedece á un criterio fijo y es contradictorio: así en el artículo 18 es la unanimidad, en el inciso 1.º del 19 es el juez, en el inciso 2.º es la mayoría ó la minoría. El plazo queda al arbitrio único del juez. La revocación es producida en todo caso por la unanimidad; de modo que ni los mismos que lo nombraron según el inciso 2.º del artículo 19, pueden después revocar el poder, lo que es contrario al principio, *las cosas se deshacen así como se hacen.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Sería preferible el sistema general de la mayoría para todos los casos, y habría conveniencia en reconocer á las minorías de tres ó más personas el derecho de nombrar un procurador común diferente. Así se servirían los intereses de alguna consideración y se conciliarían las diversas opiniones.

En el artículo 18 del Proyecto se habla de nombramiento y plazo y en el 19 se trata de la misma materia confundida. Trataremos del nombramiento en un solo artículo y del plazo en otro, cada cosa por separado.

El artículo 18 en su inciso 1.º cita el artículo 12 de un modo erróneo; el que debe citarse es el 13, pues él es, y no el 12, el que contiene la obligación de nombrar procurador común.

Dicho inciso requiere el acuerdo de los interesados sin decir "unánime", que se subentiende. En el 2.º inciso se dice que el nombramiento puede hacerse ó antes ó dentro del plazo judicial.

En el presente caso no hay para qué tomar en cuenta el nombramiento hecho antes, desde que su falta no acarrea ninguna situación jurídica nueva, ni impone ningún procedimiento, como sucede cuando no se efectúa la designación dentro del plazo judicial.

El inciso 1.º del artículo 19 dice que si por omisión ó por desacuerdo no se nombra mandatario, lo hará el juez.

Pero los dos casos, únicos, previstos por este inciso, se refunden en uno solo, el no nombramiento; de modo que, si dentro del plazo no se produjese el nombramiento, lo haría el juez. La enumeración del inciso 1.º es, pues, inútil.

El inciso 2.º del artículo 19 dice que si la omisión es parcial, vale el nombramiento hecho por las demás. Y como usa el plural, "otras", se sigue que el nombramiento tienen que hacerlo dos ó más, nunca un solo interesado.

En resumen, tenemos que en caso de acuerdo unánime se nombra por los interesados, y á falta de éste por el juez; en caso parcial de omisión unánime, nombra el juez, y en el de omisión nombran dos ó más interesados, nunca uno, es decir, la mayoría, ó la minoría, ó la mitad.

Hay, pues, contradicción entre el inciso 1.º del artículo 18 que exige unanimidad y el 2.º del 19 que admite la minoría, la mitad ó la mayoría.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En un juicio hay dos partes ó tres, como en las tercerías, y cada parte puede tener una ó más personas ó interesados. Un procurador no puede representar á las dos partes de un juicio, pero sí á las diversas personas de cada parte. Por consiguiente, el mandatario común representa *personas* ó interesados de una parte, pero no las *partes* de un juicio. Conforme con lo expuesto desterramos la dicción "partes" de la redacción de los artículos 18, 19, 20 y 21 del Proyecto, por creer erróneo su uso, y en su lugar empleamos" personas" ó "interesados".

En el artículo 13, propuesto más adelante, se determina quiénes deben nombrar un procurador común; pero no se determina la manera ó forma de ese nombramiento, ni cuándo se debe hacer, ni tampoco se remedia el defecto cuando no lo hacen los interesados en la forma prescrita y dentro del plazo designado. Á llenar estos vacíos tienden los artículos 18 y 19.

En el 18 adoptamos el esqueleto de la redacción del artículo 181 de la Ley Orgánica, aceptando los mismos casos allí consignados. Dicho artículo 181 trata también del nombramiento de árbitros.

"ART. 18. El nombramiento de procurador común se hará por acuerdo unánime de las personas que haya de representar.

"Cuando no se produzca este acuerdo dentro del plazo del artículo siguiente, el nombramiento será hecho por el juez de la causa, no pudiendo recaer en ninguno de los propuestos ni de los interesados.

"Siempre que el juez haya de nombrar un procurador, hará recaer tal nombramiento en uno del número; y sólo á falta y por impedimento de éstos, podrá designar un particular bajo su responsabilidad."

"ART. 19. Las personas obligadas á nombrar un procurador común lo harán dentro del término del emplazamiento de la última notificada."

El inciso 2.º del artículo 18 tiene su razón de ser. Si el juez nombrase á uno de los interesados ó á uno de los propuestos por ellos, adolecería su proceder de parcialidad y heriría el grupo adverso.

También el inciso 3.º pone un dique á la arbitrariedad del juez, encarrila su acción dentro de cierto círculo; da preferencia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á los procuradores del número, como oficiales de la administración de justicia; y hace responsable al juez en el caso de designar un particular, pues puede nombrar un bribón ó un descamisado, de escasa ó difícil responsabilidad.

El artículo 19 fija el emplazamiento del último notificado, porque así no se hace ilusorio el derecho de los demás.

Si hubiera puesto el emplazamiento de la persona más lejos, se le notificaría primero y una vez pasado el emplazamiento de ella, se notificaría á las demás personas. En cuya situación se burlaría el precepto de la ley, y los interesados quedarían sin plazo, y el nombramiento tendría que hacerlo el juez.

Ponemos el término del emplazamiento, porque consultando las distancias de cada uno, es el más equitativo. Todo otro plazo, por no ser proporcional, es injusto; como fijo que es, será largo en unos casos y excesivamente corto en otros.

El acuerdo unánime, á diferencia del acuerdo parcial ó no unánime, no se produce; ó porque no se hace, y en este caso hay *omisión*, ó porque, tratando de hacerse, se produce la desunión de pareceres, y en este caso hay *desacuerdo*. Sea la omisión total ó parcial, ó sea que haya acuerdo parcial, en todos casos se da una misma regla, la del inciso 2.º del artículo 18. No admitimos la teoría del Proyecto.

Toca ahora su turno á las observaciones del señor Ravest, relativas á los artículos 13, 18 y 19.

El inciso 3.º del 13 considera rebeldes y sujetos á las resultas á los que no constituyen mandatario común antes de la demanda ó contestación.

El artículo 19 no los considera rebeldes y defiere el nombramiento al juez, siempre que no lo hagan antes de vencerse el nuevo plazo que fija, diez días, máximo. Al mecanismo de la rebeldía no le hallamos fundamento ni base legal. Entre las dos disposiciones citadas hay contradicción; una debe suprimirse.

El artículo 13 bis, del señor Ravest, es inútil, desde que no salvaguarda ningún interés; él impone una obligación al demandante, cuando en el artículo 19 del Proyecto se da á los demandados el derecho correlativo al caso ideado por el artículo 13 bis.

El artículo 18 del señor Ravest determina cuándo debe ha-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cerse el nombramiento del mandatario común, al demandar ó al alegar excepciones, ó dentro de un plazo anterior, diez días máximo.

Este artículo, como agregado al artículo 18, en cuanto á su fondo, sería aceptable; pero como reemplazante es deficiente, pues no dice si se hace la designación por mayoría ó por unanimidad.

Las agregaciones al artículo 19 adolecen de los defectos del Proyecto y caen bajo el análisis ya hecho.

El artículo 28 del Proyecto establece la premisa de una vez hecho el nombramiento, premisa inoficiosa é innecesaria, desde que sin nombramiento no hay procurador común, y no hay nombramiento sin haberlo hecho, ni hay revocación sin existir lo revocado.

Revocar es anular, dejar sin efecto, recoger lo otorgado, deshacer.

Pues bien, para anular un mandato, es indispensable que él exista; porque no se deja sin efecto lo que no existe, la nada.

Debería suprimirse la cláusula: "Una vez hecho, etc.;" y debemos considerar sólo el hecho de la existencia de un procurador; poco importa, para el efecto jurídico, el origen del nombramiento. Veamos cómo se hace la revocación ó anulación del nombramiento del procurador común, por cuanto el artículo 2165 del Código Civil determina quién puede revocar un mandato y desde cuándo produce efecto la revocación civilmente. El artículo 20 del Proyecto dice que ella debe hacerse por unanimidad é impone la obligación de nombrar un nuevo procurador, sin decir que éste sea común, ni reglar el efecto de la revocación.

Muchos tienen un procurador común en un juicio en Talca. Todos le revocan el poder en Santiago, é incontinenti ante otro notario ó él mismo dan poder á otra persona. Tal es lo que ordena el artículo 20. Con ello ¿qué gana la ritualidad de los juicios? Poco y nada. Si alguien acompaña á los autos la revocación, el primer mandatario termina su intervención legal, conforme á la regla del inciso 1.º del artículo 17; pero conforme con la excepción consignada en el inciso 2.º de dicho artículo no termina sino hasta que el nuevo mandatario se haga parte. De este

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

modo el juicio no se paraliza y se respetan todos los intereses.

Debemos suprimir en el artículo 20 la obligación que establece; sólo debe contener la forma de la revocación por unanimidad, porque el nombramiento se hace por igual unanimidad, lo cual es conforme con el principio de que las cosas se deshacen como se hacen. Lo demás del artículo 20 es inútil.

La agregación del señor Ravest al artículo 20, de que la revocación surta efecto desde que se haya constituído el nuevo procurador, es inaceptable: porque se hace surtir efecto respecto del mandatario, en la generalidad de los casos, antes que éste tenga noticia de ella, como lo prescribe el artículo 2165 citado, y respecto de terceros, como el otro de los litigantes, en iguales casos, antes que haya constancia en autos de la revocación y de la aceptación. La base del señor Ravest paralizaría todos los juicios y está en contradicción con lo prescrito en el artículo 17 del Proyecto.

La fecha inicial de los efectos de la revocación es, según e señor Ravest, la fecha del poder; según el Proyecto, la fecha en que se agrega constancia de ella en autos, y según nuestra propuesta, la fecha de la aceptación en juicio. ¿Cuál de estas tres fechas es mejor?

Puede ocurrir que se agregue el poder á los autos y que después el mandatario no acepte. En este intervalo no habría procurador y el juicio se paralizaría según el Proyecto. Por lo expuesto se ve que la fecha inicial de la revocación según el Proyecto tiene sus inconvenientes y que la propuesta por nosotros los salva y no tiene ninguno.

En consecuencia, redactaremos así el artículo 20: "Todo nombramiento de procurador común se podrá revocar por acuerdo unánime de las personas que representa."

Lo demás corresponde á los efectos del artículo 17, propuesto más arriba.

"ART. 21. El procurador común deberá ajustar en lo posible sus procedimientos á las instrucciones y á la voluntad de las partes que representa; y en los casos en que éstas no estuvieren de acuerdo, podrá proceder por sí sólo y como se lo aconseje la prudencia, teniendo siempre en mira la más fiel y expedita ejecución del mandato."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En la primera parte de este artículo se consigna una regla que los artículos 2131 y 2150 del Código Civil dan de una manera más enérgica. El artículo 2131 dice que el mandatario se ajustará rigurosamente á los términos del mandato, y el 2150 da las reglas que contiene para el caso de imposibilidad. Conviene dejar subsistentes las reglas del Código Civil y suprimir la primera parte del artículo 21 del Proyecto, pues no hace falta y perjudica.

En la segunda parte se dice en términos vagos cuando los interesados no estuvieren de acuerdo, sin decir en qué, y en ese caso indeterminado se faculta al mandatario para proceder por sí y según su prudencia, teniendo en mira la ejecución del mandato.

Nosotros determinamos la materia del no acuerdo; hacemos imperativo el proceder del mandatario y no facultativo, para que, cuando no haya instrucciones, se ajuste á los términos del poder y á las reglas de todo mandato. Cuando según estas prescripciones, que están contenidas en el artículo 2132 y otros del Código Civil, no se resuelve la dificultad, entonces es llegado el caso de proceder según la opinión de un grupo de mandantes que representen la mitad ó más del valor litigado: porque es justo atender este interés y sobreponerlo á la sola voluntad del procurador, como quiere el Proyecto; por cuanto dicho interés está en relación directa con el de los demás, que son la minoría, y por cuanto los dueños vigilarán mejor ese interés que un extraño, como es el procurador. Si no se producen las instrucciones de la mitad ó más, es llegada la oportunidad de entregar el asunto á la prudencia y honradez del mandatario común.

La idea envuelta en la frase "teniendo... en mira la más fiel... ejecución del mandato," está comprendida en la regla que queda vigente y que contiene el artículo 2131 y siguientes del Código Civil; por consiguiente, debe eliminarse dicha frase de la redacción por redundante é inútil.

Según lo expuesto redactaremos así el artículo 21:

"ART. 21. Siempre que los mandantes no estuvieren de acuerdo en las instrucciones que deban dar á su procurador común, éste procederá según las reglas generales del mandato.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Á falta de éstas, según las instrucciones que reciba de sus mandantes, que representen la mitad ó más del valor del juicio.

"Á falta de ellas, según su prudencia y honradez."

En cuanto á las observaciones que el señor Ravest hace á este artículo, nos parecen muy justas y el artículo propuesto por él mejora el Proyecto.

"ART. 22. Cualquiera de las partes representadas por el procurador común podrá separadamente hacer las alegaciones y rendir las pruebas que considere conducentes al mejor éxito del asunto; pero no podrá por eso prolongar ni entorpecer en manera alguna la marcha del juicio ni aumentar sus trámites, debiendo hacer las alegaciones y rendir las pruebas dentro de los mismos términos que para ello tenga el procurador común."

"Las partes representadas" equivale á "los mandantes" y reemplazamos aquella frase por ésta. La proposición "que considere conducentes... del asunto" es de mero consejo, se comprende sin que se diga; porque, si se rinde prueba inconducente, es peor para el que la rinde: debe suprimirse, porque no hace falta y porque en la ley no deben entrar consejos ó cosas que atañen al interés particular. En lugar de "pero no podrá por eso prolongar... entorpecer... ni aumentar... trámites" debe colocarse simplemente "sin prolongar el juicio," por cuanto la voz "prolongar" comprende á "entorpecer," porque, quien pone dificultades ó entorpecimientos, prolonga ó alarga el juicio; también comprende el "aumentar los trámites," porque, quien los aumenta, alarga el juicio. La frase "debiendo hacer las alegaciones y rendir las pruebas," es una repetición de lo mismo con las mismas palabras dichas más arriba; debe suprimirse.

Además, si las alegaciones ó pruebas se produjeran en otros términos que los generales del juicio, evidentemente se le prolongaría; de modo que, bajo este punto de vista, la última frase del artículo 21 sería también redundante. No obstante, la conservamos para evitar que se crea que el derecho que se reconoce aquí en este artículo debe desarrollarse independientemente de lo que concierne al procurador y que como tal debe tener sus plazos especiales.

Á cada mandante común debe reconocerse el derecho de tomar parte en su juicio. Este derecho no es una concesión es-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pecial; es inherente á todo mandante. Por eso se lo reconocemos en todos los actos del juicio y en especial para dos cosas: para producir alegaciones y para rendir prueba.

Pues bien, reconocido el derecho hay que dar los medios de hacerlo eficaz. Si el procurador común saca los autos para preparar los medios de defensa ó para alegar ó para hacer interrogatorios, el mandante coadyuvante estaría imposibilitado para producir ninguna cosa, desde que le faltan los autos, base de esa clase de trabajos.

Para salvar esta dificultad imponemos al procurador común la obligación de entregar los autos al mandante coadyuvante, sea uno ó más, durante dos días para contestar ó alegar, y durante cinco para hacer interrogatorio.

Según lo dicho se redactaría así el

"ART. 22. Cualquiera de los mandantes de un procurador común podrá tomar parte en el juicio por sí y separadamente, sin prolongarlo, y especialmente hacer alegaciones y rendir prueba, dentro de los mismos términos que dicho procurador tenga para ello.

"Éste entregará los autos al mandante coadyuvante por dos días para contestar demanda ó para alegar, y por cinco para hacer interrogatorio, dentro de sus respectivos términos."

No hay necesidad de poner "sin revocar poder", porque la revocación de un mandatario común sólo se produce por unanimidad.

El inciso que el señor Ravest agrega á este artículo, obedece al mismo propósito de salvar la dificultad propuesta más arriba; pero difiere del inciso recomendado por nosotros.

El señor Ravest reconoce un derecho al coadyuvante, de que le dejen los autos en la oficina y sólo á petición de él, como si el procurador no fuera para servir á sus clientes y como si entre sus obligaciones no tuviera la de sacar los autos. Impone el gravamen de pedirlos y no otorga derecho para alegar de bien probado. Adoptamos en los plazos la cuarta parte de nueve y de veinte en la prueba.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿ES PUNIBLE EL HECHO DE CARGAR ARMAS prohibidas, según lo dispuesto en el artículo 494, número 3.° del Código Penal?

La publicación que hace *La Época* de 14 de abril último sobre si "es delito cargar armas prohibidas fuera de las ciudades", debida á nuestro ilustrado colega de profesión don Agustín Correa Bravo, nos induce á algunas consideraciones sobre la misma materia, independientes de toda polémica y destinadas únicamente á emitir una mera opinión individual en una cuestión que no creemos de tan fácil solución en nuestra legislación penal vigente.

Los tribunales superiores de justicia, con algunas diferencias de doctrina, como las que se examinan en la publicación á que nos referimos, han aplicado invariablemente, sin ninguna disidencia de que tengamos conocimiento, pena al culpable de cargar armas prohibidas, teniendo como fundamento para ello la disposición del artículo 1.° del senado-consulto de 20 de marzo de 1824, y el precepto del artículo 494, número 3.° del Código Penal.

No obtante, en nuestro concepto, el hecho de cargar armas dentro ó fuera de las ciudades ó poblaciones, aun cuando haya sido previsto por el citado artículo 494, no puede ser materia de una condenación, por no existir vigentes ni ley ni reglamento alguno en que se haga determinación sobre cuáles armas deban considerarse prohibidas.

Es verdad que el senado-consulto de 1824 establecía "que queda prohibido absolutamente desde la publicación de este decreto el cargar cuchillo, puñal, daga, bastón con estoque y toda arma corta, así en la capital, como en los demás pueblos del Estado." Pero este precepto de una ley ya antigua y caduca, fué derogado de un modo expreso y terminante por el artículo final del Código Penal, que dispuso que desde el 1.° de marzo de 1875 quedaran derogadas las leyes y disposiciones preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan.

Con esto, el Legislador quiso borrar el pasado é incorporar en la legislación general del país una ley toda nueva y en relación con los progresos de la jurisprudencia penal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No es lógico ni razonable sostener que con la omisión en la determinación de cuáles armas debían ser las prohibidas, el nuevo Código hubiera querido dar fuerza legal al artículo 1.º del senado-consulto de 1824, en cuanto consigna esa determinación, puesto que junto con castigar como falta el hecho, hizo referencia á la *ley ó reglamentos generales*, y esta ley ó reglamento no podían ser otros que los que con posterioridad se dictaren.

Es innegable que hay en la legislación un vacío, cual es la falta de ley ó reglamentos que clasifiquen y determinen las armas prohibidas, cosa indispensable para completar una disposición de la ley, por ahora nugatoria, ineficaz; y es forzoso concluir que, mientras tanto no se dicten, es ilegal, á nuestro juicio cualquiera resolución judicial que imponga pena por el hecho de que tratamos.

PEDRO CÉSAR LÓPEZ

Chillán, 1889.

QUIÉN SUBROGA Á UN JUEZ DE LETRAS ÚNICO en actual ejercicio, cuando en el caso de licencia, no se nombra suplente?

La ley de Municipalidades, de 12 de septiembre de 1887, impuso al segundo y tercer alcaldes que no desempeñasen las funciones del primero, el deber de ejercer por turno mensual la jurisdicción que defiere á los alcaldes el párrafo II del título III de la Ley de 15 de octubre de 1875, esto es, subrogar á los jueces de letras, con ciertas limitaciones, en los departamentos donde no los hubiere.

Mas, ahora que una ley de reciente fecha ha venido á crear juzgados de letras en todos los departamentos de la República, la aplicación de ese precepto legal ha ofrecido en un caso de que últimamente hemos tenido conocimiento, dificultades que no nos explicamos sin un desconocimiento de las más claras disposiciones sobre la materia.

La citada ley de Municipalidades quitó al primer alcalde el carácter de subrogante del juez letrado en determinados casos,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que la antigua ley le concedía, y se lo dió al segundo y tercer alcaldes. Al primero le encomienda funciones meramente administrativas, y á los segundos, propiamente judiciales, distintas de las que impuso también á los regidores en el artículo 98, de servir por turno el juzgado de policía local.

Un juez de letras, único en actual ejercicio, pidió licencia, y el Ejecutivo no le nombró suplente. ¿Quién debía reemplazarlo? ¿El alcalde de turno, conforme al artículo 98, ó el juzgado quedaba acéfalo sin un funcionario competente que, en defecto de juez, hiciese sus veces durante la licencia concedida?

El último extremo es por demás grave, y no es posible suponer que el Legislador no hubiera consultado una disposición que en tal emergencia evitase el perjuicio del interés público, y nos inclinamos á sostener que á nadie sino al mismo alcalde de turno compete la jurisdicción del juez letrado, ya sea por licencia, como en el caso de que tratamos, ó ya por mera ausencia ó inhabilidad de este funcionario.

La prescripción del artículo 52 de la Ley de 15 de octubre de 1875 es terminante, y sería especioso reducir su aplicación sólo á los departamentos en donde no exista juez de letras; puesto que ese artículo no hace distinción, y se completa su alcance con el artículo 53, que fija la manera como deben ejercer los alcaldes su jurisdicción, limitándola á la mera tramitación de las causas que ante él se promuevan y su remisión al juez respectivo para que expida el fallo bajo su responsabilidad.

Es verdad que, reducida así la jurisdicción del alcalde, tiéndese á dificultar el ejercicio del derecho de los litigantes, y á hacer muchas veces ilusoria la pesquisa de los delitos; pero estos inconvenientes puede decirse que casi desaparecen con el recurso del avocamiento establecido por el artículo 54 de la misma Ley, avocamiento que cesaría junto con asumir el juez propietario sus funciones.

En nuestro concepto, la cuestión propuesta está perfectamente resuelta en el tenor claro y muy explícito de los artículos 52 y 53 de la Ley de Organización de los Tribunales y el 99 de la de Municipalidades vigente.

PEDRO CÉSAR LÓPEZ

Chillán, 1889.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

COMENTARIO DEL ARTÍCULO 483 DEL CÓDIGO PENAL

"Se presume responsable de un incendio al comerciante en cuya casa ó establecimiento haya tenido origen, si no probare con sus libros, documentos ú otra clase de prueba que no reportaba provecho alguno del siniestro."—(Artículo 483 del Código Penal.)

1.—El contenido de la disposición del artículo 483 de nuestro Código Penal, que desde su origen se ha prestado á una crítica severa por parte de los legisladores y del comentador del Código Penal don Alejandro Fuenzalida; la aplicación constante que se ha hecho de esa disposición legal en las sentencias pronunciadas en los procesos seguidos contra los comerciantes que pudieran haber tenido algún provecho con ocasión del incendio de su establecimiento comercial; y la jurisprudencia establecida por los tribunales superiores de la República en la interpretación de esa ley, en relación con la de 3 de agosto de 1876, es lo que nos ha determinado á hacer un estudio más ó menos detenido de este artículo del Código Penal, tomando en consideración varias sentencias en que ha sido aplicado.

Don Alejandro Fuenzalida, comentando este artículo, dice: "Establecer una presunción en contra de los comerciantes que no prueben que del siniestro no reportaban ningún lucro y por el mero hecho de empezar un incendio en su casa ó establecimiento, es como presumir que son autores de homicidio los habitantes de una casa en que alguien muere, si no se prueba que este alguien ha muerto de enfermedad natural, ó que los habitantes no tenían en contra de él ninguno de los motivos que generalmente inducen á cometer un homicidio. Si la ley hubiese establecido que, además de empezar el incendio en la casa ó establecimiento del comerciante, fuese necesaria la prueba de que él reportaba provecho del incendio, se habría apoyado, al menos, en una débil presunción de culpabilidad; pero presumir el crimen del mero hecho del incendio, que puede provenir de tantas circunstancias independientes de la voluntad del dueño

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la casa ó establecimiento y obligarlo á desvanecer esta presunción con una prueba negativa, es tiránico y bárbaro» (1).

Más ó menos del mismo modo era calificada la presunción establecida en este artículo por los señores Irarrázaval y Errázuriz en el Senado y por el señor Fabres en la Cámara de Diputados cuando se trataba, en 1874, de la aprobación del Proyecto del Código Penal. Así, el señor Errázuriz decía: «Además de los inconvenientes que se han hecho notar, siendo el principal la injusticia de suponer culpable de un incendio á aquel en cuya casa ha principiado, creo que la disposición tiene el inconveniente de que sería ineficaz para prevenir el fraude. Los que quisieran incendiar su casa ó almacén no tendrían dificultad para poner en salvo libros que estuvieran preparados expresamente para probar que no ganaban con el incendio. De modo que si alguna aplicación podría tener esta disposición, sería contra el que inocentemente había perdido sus mercaderías y sus libros.

«Además debo hacer notar la contradicción que hay entre la disposición de este Código y la del Código de Comercio que, por regla sin excepción, presume como caso fortuito todo incendio, mientras no se pruebe lo contrario.

«De modo que iríamos á sancionar una disposición ineficaz para prevenir incendios intencionales y que pondría en una situación injusta y dura á los que sin culpa hubieren perdido cuanto tenían.» (2)

Como se ve por lo anterior, la prescripción legal que nos proponemos estudiar ha sido objeto de una crítica filosófica, justa, y á nuestro juicio muy merecida; y creemos inútil extendernos más sobre este punto, pues él ha sido suficientemente tratado, tanto por los señores senadores y diputados que impugnaron el artículo del Proyecto, como por el comentador del Código Penal.

Para mayor claridad, vamos á tratar por separado las cinco cuestiones principales que el artículo 483 del Código Penal nos sugiere.

2.—El artículo 483 del Código Penal ¿establece una presunción

(1) *Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno.*
(2) Sesión 15 (del Senado), en 20 de Julio de 1874.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de culpabilidad ó criminalidad ó simplemente es una presunción de responsabilidad civil?

Hé aquí la primera cuestión ó dificultad á que da lugar la lectura de esa disposición.

Desde luego, se ve que la presunción se encuentra en el Código que trata de establecer los hechos que se califican de delitos y las penas en que incurren las personas que los cometen; que esa disposición estatuye una presunción de *responsabilidad*, según sus mismos términos, de un hecho que anteriormente el Código de Comercio ha dicho que ocurre por caso fortuito, á menos de prueba en contrario, y que el Código Penal sólo castiga á algún individuo por ese hecho, cuando lo considera punible, ó sea cuando hay prueba legal suficiente por la que se acredite que ha sido producido por una acción voluntaria; y que en la ley no se ha determinado de qué manera responderá el presunto responsable.

Ahora bien, la disposición legal que analizamos, dice: "*Se presume responsable de un incendio* al comerciante, etc." En vista de la letra del artículo, ocurre preguntar, ¿cuál es la responsabilidad á que queda afecto el comerciante por el hecho de incendiarse su casa ó establecimiento? Si esa responsabilidad es criminal, ¿de qué manera se le presume responsable? Será como autor, como cómplice ó como encubridor, ya sea de crimen ó simple delito consumado, ya del crimen ó simple delito frustrado, ó ya, finalmente, de tentativa del crimen ó simple delito de incendio?

En el artículo 14 del mismo Código que dice: "Son *responsables criminalmente* de los delitos: 1.º, los autores; 2.º, los cómplices; 3.º, "los encubridores," se agrega á la palabra *responsables* el adverbio *criminalmente*, prescribiendo que sólo las personas que puedan ser consideradas en el carácter de autor, de cómplice ó de encubridor, son las únicas que quedan afectas á la responsabilidad criminal, y por consiguiente que toda otra persona que tenga que responder por un hecho cualquiera, no es responsable criminalmente. Esto se corrobora con lo dispuesto en el artículo 24, que dice: "Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cómplices y encubridores y *demás personas legalmente* responsables.» Si la represión de un hecho punible sólo se puede hacer efectiva, según el artículo 14, respecto de los autores, cómplices y encubridores, y éstos se encuentran taxativamente enumerados en el artículo 24, es indudable entonces que esa represión no debe recaer sobre las demás personas legalmente responsables á que alude la frase última del artículo 24 mencionado.

El artículo 483 no califica ni de autor, ni de cómplice ni de encubridor al comerciante en cuya casa ó establecimiento tiene origen un incendio, sino que se limita á decir que se presume responsable del incendio; y con fundamento puede sostenerse si se atiende al tenor literal de la ley, que el comerciante á que se refiere el artículo 483, es una de las personas legalmente responsables que establece el artículo 24, las que, como hemos visto ya, no son responsables criminalmente. El comerciante se encontraría, pues, en la misma condición de un padre cuyo hijo menor de edad hubiere sido condenado por un delito, porque á aquél sólo incumbe la obligación meramente civil de pagar las costas, daños y perjuicios provenientes del hecho punible.

Lo anterior se confirma por las disposiciones del mismo Código Penal en que se establecen presunciones de criminalidad contra ciertos individuos. Verbigracia, el artículo 444 dice: «Se presume AUTOR *de tentativa de robo* al que se introdujere con forado, etc»; y el artículo 454 dice: «Se presumirá AUTOR *del robo ó hurto* de una cosa á aquel en cuyo poder se encuentre, etc». Estas disposiciones determinan la responsabilidad criminal de esas personas, porque la ley los considera autores de tentativa y de delito consumado de robo ó hurto, y los autores ya ha dicho el artículo 14 que son responsables criminalmente.

No sucede lo mismo con la disposición legal que venimos estudiando, porque en ella no se especifica qué clase de responsabilidad es la que hace recaer sobre el comerciante, puesto que lo único que dice la ley es que lo considera *responsable del incendio*, hecho que la ley penal en parte alguna ha establecido que por sí solo constituya un delito, sino que se requiere, para que él exista, la acción voluntaria de un agente. El artículo no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dice que presume delito el hecho de incendiarse una casa ó establecimiento perteneciente á algún comerciante, sino que lo presume responsable de un hecho que puede ó no ser delito.

En el artículo 483 se ve que se emplea la palabra *responsable*, y en casi todos los artículos del párrafo IX, título IX del libro II, que trata del incendio y otros estragos, para nombrar á la persona á quien deba imponerse la pena correspondiente por el delito de incendio, usa de los términos *culpable* é *incendiario;* esto se nota en los artículos 475, inciso 1.°; 478, 479, 482 y 477, luego la presunción del artículo 483 parece que no comprende al culpable de incendio ni al incendiario de objetos á que aluden los demás artículos citados del mismo párrafo.

Ya hemos expuesto las disposiciones del Código Penal que se relacionan con el artículo de que nos ocupamos; pero como la presunción está establecida contra el comerciante dueño del establecimiento ó casa comercial, es necesario ver las del Código que rige para aquél en lo que corresponda al propósito que perseguimos.

En la exposición de un caso que fácilmente puede acontecer y que en realidad no divisamos el motivo por el cual no ha llegado á realizarse todavía, se verán esas prescripciones y las consecuencias que de ellas pueden resultar y para esto vamos á aceptar por un momento la interpretación dada por nuestros tribunales al artículo 483 del Código Penal.

Se incendia en Santiago un establecimiento de comercio que pertenece exclusivamente á X, quien tenía aseguradas sus mercaderías en la suma de 50,000 pesos; después de concluído el incendio se ve que únicamente se ha quemado lo que pertenecía al establecimiento comercial y sin que haya vestigio alguno de fuego en otra parte, de tal manera que queda comprobado hasta la evidencia que el fuego ha tenido su origen en el establecimiento incendiado. Por consiguiente, el juez del crimen expide orden de prisión en contra de X y le sigue el correspondiente proceso criminal por todos sus trámites.

Entretanto, X, que con el siniestro perdió todo lo que tenía y que á varias personas era deudor por la cantidad total de 10,000 pesos, encontrándose en cesación de pagos, pues los aseguradores en vista del proceso criminal no le pagan hasta que éste termine,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se presenta en quiebra ante el juzgado de comercio. En la memoria que presenta al juzgado expone: que la única causa de la quiebra es el incendio que ha destruído todas sus mercaderías, las que constituían todo su capital; que de sus libros aparece que á la fecha del siniestro tenía 25,000 pesos en mercaderías; que el estado de su negociación era más ó menos bueno, si no brillante, etcétera.

En virtud de esta presentación, el Juzgado de Comercio declara en estado de quiebra á X; fija la época de la cesación de sus pagos, y en conformidad á lo dispuesto en el artículo 1341 del Código de Comercio, manda formar cuaderno separado para la calificación de la quiebra. En este expediente no se produce prueba de ninguna clase en contra de X, y llegado el momento de pronunciar sentencia, calificando la quiebra, el juez, en vista de la prescripción del artículo 539 del Código de Comercio que presume ocurrido por caso fortuito el siniestro, declara que la quiebra ha sido fortuita y por consiguiente que el incendio ha ocurrido por algún hecho casual.

El juez del crimen, al dictar su sentencia en el proceso que ha seguido, se encuentra también con que no se ha rendido prueba con la que se pueda justificar que X ha sido el culpable ó incendiario y tampoco este último ha podido justificar que á la fecha del siniestro tuviera más existencia de mercaderías que la que arroja su contabilidad. Como está comprobado que el fuego ha tenido origen en el almacén y había en existencias sólo la mitad de la suma en que estaban aseguradas, en mérito de la presunción del artículo 483 del Código Penal, condena á X á diez ó quince años de presidio, porque del incendio reportaba provecho y porque presume que, en vista de ese provecho, ha sido él el causante del siniestro.

Existirían entonces dos sentencias sobre un mismo hecho y que son enteramente contradictorias en la apreciación de él; una del juez del crimen, que establece que el incendio ha sido intencional, ó sea, causado por el comerciante dueño del establecimiento ó almacén incendiado; y la otra, del juez de comercio, que declara que ese mismo incendio ha ocurrido por caso fortuito.

¿Cuál de los dos jueces es el que ha aplicado en el caso en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuestión la verdadera ley? ¿Cuál de las sentencias es la que produce cosa juzgada de tal manera que pueda quedar perfectamente esclarecido el hecho de si X es inocente ó si es culpable del incendio?

No contestaremos á las interrogaciones anteriores, porque nos obligarían á extendernos demasiado; pero en todo caso creemos que su solución es difícil.

Todavía puede suceder que, durante la tramitación de ambos expedientes, se origine una grave cuestión de competencia, si alguno de los jueces no se inhibe del conocimiento de su respectivo expediente. Así, en el caso propuesto, el juez del crimen es el que ha prevenido en el conocimiento, pero como X ha sido declarado en quiebra y se ha mandado formar cuaderno separado para su calificación, la que ha de declararse fortuita, culpable ó fraudulenta según como se aprecie el incendio, puede pedir la acumulación de los autos que se siguen ante el juzgado del crimen al cuaderno de calificación, no sólo porque la sentencia que se pronuncie en cualquiera de los expedientes produce cosa juzgada, sino también porque el juicio de quiebra es universal y á este último deben acumularse todos los demás juicios en que sea parte el fallido.

En el caso de que se trabe la competencia ¿qué juez es el competente? ¿cuál es el expediente que debe acumularse al otro? ¿Ó cada juez conoce por separado de su expediente respectivo? Á éstas y á muchas otras cuestiones de difícil resolución dá lugar la aplicación que los tribunales hacen del artículo 483 del Código Penal.

Que esté establecida la presunción en el Código que trata de establecer la responsabilidad criminal de los individuos, no obsta, sin embargo, á nuestro juicio, para que se la pueda considerar como una presunción de responsabilidad civil, por cuanto el mismo Código en su artículo 24 ha estatuído una prescripción que exclusivamente tiende á producir efectos civiles.

En consecuencia, si se atiende sólo al tenor literal del artículo 483 del Código Penal, se puede sostener fundadamente que esa disposición legal establece una presunción de responsabilidad civil contra el comerciante en cuya casa ó establecimiento tiene origen el incendio, ó á lo menos, si se toma en cuenta lo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que hasta aquí hemos expuesto, da lugar á duda sobre si la responsabilidad es criminal ó si es simplemente civil.

Queda ahora por demostrar si el espíritu de esa ley corrobora lo que hemos sentado anteriormente, ó si nos resuelve en uno ú otro sentido la dificultad que se nota en su tenor literal.

3.—Hemos expuesto al principio que el señor Errázuriz, en el debate habido en la Cámara de Senadores, impugnaba el artículo que venimos estudiando, manifestando que era injusto suponer culpable del incendio al comerciante que sufre semejante siniestro, y que con esa disposición en manera alguna se evitarían los incendios intencionales. De ese discurso y de los demás pronunciados en la misma sesión, se desprende de un modo evidente que la intención del Legislador fué establecer una presunción de criminalidad, presumiendo culpable al comerciante que sufre el incendio de su establecimiento comercial, presunción que es suficiente, á menos que la destruya por los medios que la ley le concede, para condenarlo é imponerle la pena correspondiente al delito consumado de incendio; ó sea, el espíritu de la ley ha sido el siguiente: supone, por el hecho de que principie un incendio en la casa ó establecimiento de un comerciante, que el siniestro ha sido producido intencionalmente, teniendo en vista, como fundamento de esa suposición, el interés ó provecho que ha debido tener el dueño de esa casa ó establecimiento para que el siniestro se produzca.

El señor senador Irarrázaval, uno de los impugnadores del artículo en debate, decía: "Por esta razón insisto y digo que si algún señor senador presenta alguna idea aceptable con el objeto de evitar que de mala fe puedan cometerse estos incendios, yo estaría dispuesto á aceptarla, siempre que sea arreglada á los eternos principios de equidad y justicia que no consienten que nadie pueda ser declarado *reo de acto criminal*, mientras no haya alguna clase de prueba en su contra.

"En muchos casos habrá comerciantes que tomen las medidas necesarias para evitar la pena, como la construcción de bóvedas, etc.; pero eso no podrá hacerlo la generalidad, y podría haber alguno que inocentemente hubiese perdido sus libros en un incendio. Y sobre esa desgracia ¿vendríamos tam-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bién *á declararlo autor* del incendio? Eso no puede ser.» (1)

El último párrafo de los anteriormente transcritos nos permite hacer una observación que juzgamos de importancia para los efectos de la aplicación de la ley. En él se expresa que se considera *autor del incendio* al comerciante dueño del establecimiento incendiado, y en ninguna otra parte de los discursos pronunciados en el debate habido con motivo de este artículo, ni en la misma ley se ha dicho que se puede considerar culpable á otras personas en virtud de la mera presunción en el carácter de cómplices ó encubridores. De aquí se deduce que por el delito que prevé el artículo 483 del Código Penal, debe ser castigado en caso de sentencia condenatoria, el autor de ese delito presunto, que es el comerciante dueño del establecimiento, y que en ningún caso pueden ser penados los dueños de la casa incendiada, ni ninguna otra persona, por complicidad ó encubrimiento: 1.º, porque la ley ni en su tenor literal ni en su espíritu ha dicho que estén comprendidos los cómplices y los encubridores entre las personas responsables del delito presunto de incendio; y 2.º, porque naciendo el delito de una presunción establecida en contra de personas determinadas, los dueños del establecimiento incendiado, y que el espíritu de la ley los considera autores, sería injusto y contrario á las nociones elementales de la ciencia penal hacer extensiva la responsabilidad criminal, que estatuye el artículo 483, á otras personas fuera de las expresamente determinadas en esa prescripción legal.

El artículo 483 puede tener aplicación cuando se trate de imponer penas á un comerciante que ha experimentado el incendio de su casa ó establecimiento en su carácter de presunto autor del incendio, y por lo tanto, puede condenársele como autor del delito consumado y del delito frustrado, según los casos; pero en virtud de la presunción legal no se puede procesar ni condenar por un hecho que deba calificarse de tentativa de incendio, porque ésta no cabe dentro de la presunción, desde que para que exista, se requiere que concurran los requisitos siguientes: 1.º, un principio de ejecución; 2.º, el uso de medios

(1) Sesión citada del Senado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

directos; y 3.º, que falte uno ó más medios para el complemento de la acción.

La naturaleza del delito por el cual se ha establecido contra el comerciante la presunción del artículo 483 del Código Penal impide que se presuman los hechos ó requisitos constitutivos de la tentativa, pues, como se desprende de la letra de la ley, la presunción es sólo para el caso de que un establecimiento comercial se incendie, ya sea en su totalidad ó sólo en parte, de manera que si esto no se verifica, no existe tampoco la presunción.

La tentativa del crimen de incendio no puede considerarse tal desde el momento que existe el fuego que lo origina, porque hasta el hecho de llegar el agente con la brasa ó el fósforo á quemar lo que se ha propuesto, se han reunido ya todos los requisitos que constituyen el delito frustrado; así el crimen por cualquiera causa independiente de su voluntad no llega á consumarse, y en caso contrario, el delito es consumado.

Si la ley establece la presunción para el caso que se use del último medio directo para llevar á efecto el crimen de incendio, pues mal podría comenzar un incendio en una casa ó establecimiento comercial, si no hubiese existido allí el medio directo del fuego, es evidente entonces que la tentativa no puede estar comprendida en esa presunción, desde que el agente ha puesto ya todo lo que estaba de su parte para conseguir sus propósitos.

En resumen, creemos que el artículo 483 del Código Penal establece una presunción de criminalidad ó culpabilidad en contra del comerciante en cuya casa ó establecimiento tiene origen un incendio, disponiendo que ese comerciante sea declarado responsable como autor del siniestro, á menos de prueba en contrario; que en virtud de esa presunción no se puede declarar culpable á ninguna otra persona, ya sea en el carácter de cómplice, ya sea en el de encubridor; y que no se presumen por esa disposición legal los hechos que constituyen la tentativa.

4.—Establecido ya que el artículo 483 del Código Penal presume responsable criminalmente, como autor del delito al comerciante, corresponde ahora averiguar quién es ese comerciante sobre el cual pesa la responsabilidad criminal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El comerciante es de dos clases: ó es persona natural ó es persona jurídica. Esta división se encuentra expresamente consignada en el artículo 1342 del Código de Comercio.

Una de las personas jurídicas creadas por las leyes es la sociedad ó compañía, y según el inciso 2.º del artículo 2053 del Código Civil, "la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

La persona jurídica, según lo preceptuado en el artículo 545 del Código anteriormente citado, es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones *civiles*, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Si la ley, al definir lo que es una persona jurídica, ha dicho que sólo es capaz de contraer obligaciones civiles, *a contrario sensu* y porque no es posible imponer penas á un sér ficticio, la declara incapaz de las obligaciones y responsabilidades que emanan de la perpetración de un hecho criminal.

El artículo 348 del Código de Comercio dispone: "La ley reconoce tres especies de sociedad:

"1.ª Sociedad colectiva;

"2.ª Sociedad anónima;

"3.ª Sociedad en comandita.

"Reconoce también la asociación ó cuentas en participación."

Con respecto al reconocimiento que hace la ley de la asociación ó cuentas en participación, el artículo 509 del mismo Código preceptúa que la participación es esencialmente privada, *no constituye una persona jurídica*, y carece de razón social, etc.

Luego, como respecto á las otras tres especies de sociedades comerciales nada dice la ley con relación á que no sean personas jurídicas, éstas están bajo la regla general del artículo 2,053 del Código Civil, que las declaró personas jurídicas, incapaces de contraer las responsabilidades provenientes de delito; pero que pueden ser dueños de establecimientos comerciales.

La disposición del artículo 483 del Código Penal no ofrece dificultad en su aplicación, siempre que se trate de comerciantes que sean personas naturales; pero las presenta y muy graves, hasta el extremo de ser inaplicable cuando el comercian-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

te dueño de la casa incendiada es una persona jurídica, como son las sociedades mercantiles.

Las palabras del artículo *en cuya casa ó establecimiento* denotan, gramaticalmente hablando, propiedad ó dominio y, en consecuencia, la presunción recae contra el que tiene esa propiedad ó dominio.

En el caso de que el establecimiento incendiado sea del dominio de una sociedad mercantil, ¿contra quién se puede proceder criminalmente?

Es indudable que contra los socios no debe procederse: 1., porque, como se ha dicho anteriormente, los socios son personas completamente distintas de la persona jurídica sociedad, y siendo esta última la dueño del establecimiento, es evidente que aquéllos no son los que tienen el dominio ó propiedad de la casa ó establecimiento incendiado; 2.º, porque, no siendo dueños los socios, la disposición del artículo 483 no les corresponde; y 3.º, porque, pudiendo componerse la sociedad de dos ó de ciento y más socios, como sucede en las sociedades anónimas en que hay frecuentemente cientos de socios, sería imposible en la generalidad de los casos formar el proceso respectivo contra todas esas personas, y aún en el supuesto de que esto último pudiera realizarse, sería injusto proceder criminalmente contra todos ellos, pues difícilmente se concibe que la ley haya podido suponer que ciento y más individuos de distintos caracteres, de distinta responsabilidad y de distintas cualidades morales, que deben existir en la composición de sociedades de esta naturaleza, hayan podido ponerse de acuerdo para llevar á cabo la realización de un acto criminal.

Si no debe procederse contra los socios ¿se procederá entonces contra los administradores ó gerentes, sea que administren todos los socios, ya que administre uno sólo de ellos ó una persona que no tenga participación en los beneficios sociales? Sostenemos que ni á los unos ni á los otros afecta responsabilidad alguna por la presunción del Código.

La consideración expuesta antes respecto de los socios, de que éstos no son dueños y por lo tanto, no les alcanza la presunción del artículo 483, tiene mucho más fuerza con relación á los administradores.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los Códigos Civil y de Comercio miran á los gerentes de toda clase de sociedades como representantes legales de éstos, y en tal carácter les imponen obligaciones y responsabilidades. Éstas últimas son de dos especies; ó meramente civiles, y éstas son, por regla general, las que provienen de obligaciones contraídas con el objeto de llenar los fines que la sociedad se ha propuesto y las que nacen de la ejecución del mandato que deben desempeñar; ó penales, y entonces se observa que esos Códigos especifican el delito y la pena en que incurren ó solamente el delito cuando la pena se encuentra establecida en el Código respectivo. Esto se nota, entre otros, en los artículos 367, 438, 464, 1332, 1333, 1334, 1335, etc., del Código de Comercio. Así el artículo 438, de los citados, impone á los administradores que omitieren la fijación y publicación del decreto revocatorio de la autorización concedida por el Presidente de la República para la instalación de la sociedad anónima, la pena de mil pesos de multa.

Mas en parte alguna el Código de Comercio ni el Penal han establecido que los gerentes sean responsables de delitos comunes, ni del de incendio presunto.

En la generalidad de los casos los gerentes no están comprendidos en el antecedente que la ley da por sentado para presumir responsable al comerciante que sufre un incendio, porque ellos no tienen otro interés en la negociación social que el sueldo de que disfrutan en remuneración del trabajo material ó intelectual que se toman en bien de la sociedad, y por consiguiente en ninguna circunstancia pueden lucrar con la realización de hechos que pueden originar la disolución de la sociedad y, como consecuencia de esto, la pérdida cierta de su destino ó empleo.

Siendo esto así, los gerentes, sean socios ó nó, quedan exentos de la presunción del artículo 483 del Código Penal, porque no reúnen las condiciones que la ley exige para presumirlos culpables del incendio de la casa ó establecimiento comercial que regentan.

Por los mismos fundamentos que no puede procesarse á los administradores, especialmente á los que no son socios, tampoco debe procederse criminalmente, en mérito de la presunción

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

legal, contra los dependientes ó empleados del almacén, tienda ó fábrica incendiados.

De aquí resulta que no existe persona alguna natural á quien pueda hacerse responsable por el incendio de un establecimiento comercial de propiedad ó dominio de una sociedad mercantil, y precisamente se tiene que arribar á la conclusión de que es la sociedad quien debe responder por ese presunto crimen ó delito de incendio.

Por ser la sociedad una persona ficticia, que no puede ejecutar actos culpables, ni tiene responsabilidades criminales, es indudable que la presunción del artículo 483 del Código Penal no puede aplicarse en los casos en que se trate de imponer penas por el delito presunto de incendio de una casa ó establecimiento cuyo dueño sea una sociedad mercantil, y que esa aplicación es sólo procedente, cuando se trate de hacer efectiva la responsabilidad criminal contra el dueño del establecimiento incendiado que sea persona natural.

5.—La mente del artículo 483 de nuestro Código Penal ha sido, sin duda, establecer un presunto delito de incendio, por el mero hecho de que tenga origen en la casa ó establecimiento de propiedad de un comerciante, de modo que ese delito presunto no existe si no concurre la circunstancia precisa de haberse determinado que el fuego ha tenido su principio en la casa ó establecimiento comercial.

Decir, pues, que un incendio ha tenido su origen en alguna casa ó establecimiento mercantil, equivale exactamente á dar por sentado que se ha infringido la ley por medio de la perpetración de un delito de incendio.

Dos son los antecedentes que se han tenido en vista para presumir el delito de incendio que determina el artículo 483: el que tenga origen el incendio en la casa ó establecimiento de un comerciante, antecedente cierto y conocido y que sirve de base á la presunción, de manera que si no existe plenamente comprobado aquél, tampoco existe esta última; y que el comerciante, por haberse incendiado su tienda, almacén, fábrica, etc., haya podido obtener algún beneficio, antecedente incierto y desconocido, desde que el comerciante puede justificar lo contrario.

Para que el comerciante sea responsable criminalmente por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el incendio ocurrido en su casa ó establecimiento, se requiere que esté justificada y determinada legalmente la circunstancia de haber tenido origen el incendio en su casa ó establecimiento. Si no aparece comprobado de un modo evidente esto último, es claro que no le afecta responsabilidad de ninguna especie, ni tiene la obligación de justificar el ningún provecho que le habría ocasionado el siniestro. Por el contrario, si aparece comprobado el punto inicial del fuego en la casa ó establecimiento de un comerciante y éste no demuestra que del siniestro no ha podido resultarle provecho, la ley dice: por el mero hecho de haber comenzado el incendio en la casa ó establecimiento del comerciante, se presume que su dueño es el que lo ha producido intencionalmente.

De aquí proviene, pues, la grande importancia que tiene para el comerciante la constatación del origen del incendio.

Origen de un incendio es el punto inicial del fuego, el lugar donde principió, donde estuvo la chispa, brasa ó fósforo que lo causó. Causa de un incendio es el motivo que lo produjo.

Así por ejemplo: ocurre un incendio porque al encenderse una lámpara de parafina se cae sobre el mostrador de una tienda, donde había mucho combustible; la caída y fractura de la lámpara da origen á que el combustible existente sobre el mostrador se prenda con una facilidad tal, que se hace imposible evitar el incendio. El origen del incendio en el caso propuesto es el mostrador, y la causa, la caída de la lámpara.

Escribimos lo anterior sólo con el propósito de poder manifestar después la confusión que, en varias sentencias de nuestros tribunales, se ha hecho del origen y la causa del incendio.

Según el tenor literal del artículo 483, la comprobación del hecho de haber principiado un incendio en la casa ó establecimiento de un comerciante es lo que constituye el delito presunto de incendio, de tal modo que si no se comprueba legalmente ese hecho, no existe el delito previsto en esta disposición legal. Luego la investigación que se practique á fin de descubrir el origen del fuego, en el caso del artículo 483, equivale exactamente á la investigación que se haga para averiguar la existencia de un delito cualquiera.

En este caso, la apreciación de la prueba producida para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

determinar el origen de un incendio, ¿está sujeta á las reglas establecidas en las leyes de Partidas ó á la ley de 3 de agosto de 1876?

Creemos que dicha apreciación debe sujetarse á las reglas generales determinadas en las leyes de Partida, porque, como hemos dicho antes, la prueba que se produzca para establecer el origen de un incendio de una casa ó establecimiento comercial, prueba que tiende á establecer el presunto delito de incendio previsto en el artículo 483, es lo mismo que la prueba que tienda á demostrar la efectividad de la existencia de un delito de homicidio, falsificación, etc.

La ley de 3 de agosto de 1876 concede á los jueces la facultad de apreciar la prueba con entera libertad y la de absolver ó condenar á los reos procesados por los delitos de homicidio, hurto, robo, incendio y accidentes de ferrocarriles, según creyeren en su conciencia que son inocentes ó culpables. De aquí se deduce que los jueces pueden apreciar con entera libertad la prueba rendida para justificar la inocencia ó para demostrar la culpabilidad de los reos á quienes se cree responsables de esos delitos (homicidio, hurto, robo, etc.); pero de ninguna manera los autoriza para apreciar con libertad la prueba producida con el fin de averiguar la efectividad del delito, ó sea, la prueba que demuestra la existencia del delito.

Por consiguiente, si la averiguación del origen de un incendio de una casa ó establecimiento mercantil, es lo mismo que la averiguación de la existencia del delito que prevé el artículo 483, es indudable que los jueces, en virtud de la ley de 3 de agosto de 1876, no pueden dar por establecido el hecho del origen del incendio, sino que ese hecho debe estar comprobado en conformidad á las reglas que las leyes de Partida determinan.

6.—¿Cuál es el provecho que puede obtener el comerciante como consecuencia del incendio de su casa ó establecimiento?

El artículo 483 del Código Penal no se ha limitado á presumir el delito de incendio y la persona responsable de ese delito sino que también presume la causa ó motivo que indujo al comerciante, presunto delincuente, á incendiar su casa ó establecimiento, porque no otra cosa que una presunción es lo que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contiene la parte del artículo: "*si no justificare con sus libros, documentos ú otra clase de prueba que no reportaba provecho alguno del siniestro*".

Esta disposición legal presume que el comerciante puede haber obtenido algún provecho con ocasión del siniestro; pero al mismo tiempo le concede la facultad de probar que ese provecho ó interés no ha existido, lo que es una simple presunción legal; si esta última no la destruye el presunto delincuente con la prueba que debe rendir, ya sea porque no ha podido producir prueba alguna, ya porque ella es insuficiente, queda establecido por presunción de derecho, si tal podemos llamarla, que el comerciante es el delincuente y como tal debe sufrir la pena correspondiente al delito de incendio.

Hay, pues, en el artículo 483 dos presunciones: una que presume del hecho de ocurrir un incendio en la casa ó establecimiento de un comerciante un delito y un delincuente; y otra, que el comerciante ha debido tener algún interés para haber causado el incendio.

Establecido de un modo inconcuso el hecho de haber principiado el fuego en una casa ó establecimiento comercial, queda, en virtud de la ley, el comerciante dueño de la casa ó establesimiento incendiado, declarado como presunto autor del incendio, y para destruir esta presunción y la responsabilidad que en tal caso le afectaría tiene que dedicarse (el presunto delincuente) á justificar el ningún provecho que ha habido con motivo del siniestro, ni mucho menos que hubiese existido algún interés de su parte para que el incendio se produjese.

Por consiguiente, hay que averiguar cuál es el provecho que puede obtener un comerciante que incendia su casa ó establecimiento mercantil y que la ley supone haber habido para considerarlo responsable del delito de incendio.

La ley en su tenor literal no lo dice, limitándose á exigir del comerciante la prueba suficiente de que no reportaba provecho alguno del siniestro.

El provecho debe ser y debe estar determinado en la ley, porque de otra manera, según los términos del artículo 483, se exigiría al comerciante que ha sufrido el incendio una prueba físicamente imposible como lo decía el diputado señor Fabres,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y agregaba: "Siempre quedaría el arbitrio de decir: quién sabe el convenio secreto que usted tenía para quemar su casa." (1)

En consecuencia tendremos necesidad de recurrir nuevamente á la intención ó espíritu del artículo que estudiamos, claramente manifestados en la historia fidedigna de su establecimiento.

Las *Actas de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno* nos dan la primera luz sobre este punto, y vamos á reproducir todo lo que en ellas encontramos sobre el artículo 483 correspondiente al 472 del Proyecto primitivo.

"El señor Gandarillas se opuso al artículo 472, porque, destinado sólo á producir efectos civiles, como la liberación de pago á las casas de seguro, no es posible colocarlo en el Código Criminal.

"El señor Reyes, aceptando la conveniencia de modificar la redacción, propuso la siguiente: "Se presume responsable de un incendio al comerciante en cuya casa ó establecimiento haya tenido origen aquel, si no justificase con sus libros ó documentos que no reportaba provecho alguno del siniestro."

"Rechazada también por el señor Gandarillas esta nueva forma de la disposición, que será un aliciente para procurar los incendios en propiedad ajena, y que castigará tal vez á menudo á inocentes en fuerza de una presunción bien débil, pidió que, si se aceptaba el artículo, se permitiera á lo menos al comerciante emplear como justificativo, no sólo sus libros y documentos, sino cualquiera especie de prueba. *La Comisión, sin embargo, aprobó la redacción propuesta por el señor Reyes, teniendo en cuenta la facilidad de encontrar testigos falsos para probar* LA SUPUESTA SOLVENCIA DEL COMERCIANTE INCENDIADO." (2)

Hemos manifestado anteriormente que, al discutirse en la Cámara de Senadores el artículo del Proyecto de Código Penal que corresponde al 483 actual, fué objetado por el señor Irarrázaval y varios otros señores senadores.

El señor Reyes, como autor del artículo, contestó á las observaciones formuladas en contra, en los términos siguientes:

(1) Sesión de la Cámara de Diputados, en 12 de septiembre de 1874.

(2) Sesión 103 de la Comisión Redactora del Código Penal, en 27 de julio de 1872, pág. 193.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"*El señor Reyes.*—Yo pido la palabra, señor, para hacer muy breves observaciones en contestación al honorable senador Irarrázaval.

"En el artículo que se ha puesto en discución y que ha sido objetado por el señor senador, no se ha hecho otra cosa que establecer una de tantas presunciones que á cada paso se encuentran en este mismo Código y en muchas otras de nuestras leyes. Son éstas presunciones legales que el juez admite á menos que haya prueba contraria.

"Según la terminología aceptada y corriente, hay dos clases de presunciones: la presunción legal á que acabo de referirme y que admite prueba contraria, y la presunción de derecho, que no admite prueba alguna y que basta para que el juez sentencie.

"Así, por ejemplo, la presunción legal está establecida en el artículo 447 del Código, artículo relativo al hurto y al robo, que dice textualmente: (Leyó)

"Hé aquí una disposición semejante á la del artículo en debate. El encontrarse en poder de un individno el objeto hurtado, es bastante para que se le presuma autor del hurto. Pero si el acusado prueba lo contrario, la presunción legal queda sin efecto.

"Otros casos de presunción legal son los de que hablan los artículos 466 y 467. En el Código de Comercio pueden encontrarse muchos ejemplos de la misma presunción, como en los artículos que tratan de la quiebra, desde el 1332 hasta 1336, que dice: (Leyó)

"Hé aquí diversos casos de presunción. Dado caso, por ejemplo, que á un comerciante que se presenta en quiebra se le prueba que ha gastado en su casa más de lo que corresponde á su posición social, se presume de derecho que ha habido quiebra culpable.

"Sigue el artículo 1333, que dice: (Leyó).—Aquí se establece una presunción legal que puede ser destruída por prueba contraria. Hay nueve casos de presunción legal. El que prueba por medio de sus libros llevados con regularidad la inculpabilidad de su quiebra no merece castigo ninguno, porque no puede considerársele culpable, aun cuando en esos libros haya vacíos á consecuencia de enfermedades ú otros accidentes que puedan ocurrir al que los lleva.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Según el artículo 1334 se presume de derecho la quiebra fraudulenta en quince casos; en éstos es imposible que el comerciante pueda salvar su responsabilidad. En los artículos 1335 y 1336 también se presume de derecho la quiebra fraudulenta, pues dice el Código de Comercio lo siguiente: (Leyó). De aquí nacieron las disposiciones de los artículos 466 y 467 del Código Penal, que tuvieron por objeto dar sanción á lo dispuesto por el de Comercio.

"Las penas establecidas por estos dos artículos no tienen más antecedentes que la declaración de quiebra culpable ó fraudulenta deducida de las simples presunciones que se establecen en el Código de Comercio. Fundados en esta teoría, los redactores del Código Penal, que se encontraron en este caso de incendio, se dijeron: *Si el Código de Comercio ha establecido que se presume culpable la quiebra de un comerciante en estos casos:* (Leyó), *es evidente que si la simple omisión de nombres en circunstancia de presentarse en quiebra un individuo constituye una presunción en su contra á menos de prueba en contrario, ¿con cuánta mas razón deberá establecerse contra el comerciante cuyo establecimiento es el origen de un incendio?*

"Después del siniestro le pueden preguntar *sus acreedores: ¿Por qué ha quebrado usted?*—Señor, responderá, es una quiebra fortuíta ocasionada por un incendio.—Está exento de toda responsabilidad, puesto que quemadas sus mercaderías, sus libros, etc., *no presenta activo ninguno.*

"¿Será justo dejar á la mano estos medios, por desgracia empleados en Chile, para que ciertos hombres *burlen no sólo á sus acreedores sino también á la justicia?* Como es sabido, en la generalidad de los casos no es fácil descubrir el origen de un incendio. Pues bien, por este artículo se ha tratado de poner coto á estos abusos que van siendo crónicos.

"Si no se fija una disposición como la que establece este Código, es inútil pretender hacer de otro modo efectiva la responsabilidad de un comerciante en el caso de que tratamos. En el día los sumarios que se levantan para averiguar el origen un incendio son ilusorios y los tribunales tienen que sobreseer porque no se sabe quién es el autor del siniestro, á pesar de que existan fuertes presunciones de que sea el comerciante mismo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en cuyo establecimiento ha ocurrido. Este Código dice, yo presumo que es el comerciante, por aquel principio *cui prodest.*

"Como el artículo 1333 del Código de Comercio reputa como fallido culpable á aquel que no lleva libros, sorprendido un comerciante en esa falta, y al ser castigado por el artículo 434 de este Código, que no ha sido impugnado, puede decir: Señor, se me han quemado los libros y todas las existencias: quiebra fortuita no es responsable. ¿Es posible dejar disponibles estas armas para establecer la impunidad de un delito que en cualquier otro caso sería castigado por la ley?

"*Pero, aún establecida la presunción legal, podría*, como he dicho, *destruirse por la presentación de los libros.* ¿Se cree difícil? ¿Quién no sabe que en una caja contra incendios, en el hueco de una pared, en un subterráneo pueden los libros estar exentos de todo peligro de pérdida? ¿No los conservan así los bancos y muchas otras casas de comercio? Me parece que este procedimiento podría ser observado por todo hombre de buena fe.

Pero, se dice, el comerciante de mala fe presentará libros duplicados ó falsificados.

En este caso habría el derecho de probar si eran ó no falsos, y *está en el interés de los acreedores no dejarse burlar por el fallido.*

La presunción importa, pues, decirle al comerciante: veamos cómo están sus negocios; cerciorémonos si el siniestro reportaba á usted algún provecho; sepamos si usted contaba con él para burlar á sus acreedores.

Hé aquí la mente del artículo en discusión.

"Si el Senado cree que todo comerciante que sufre un incendio *y quiebra en seguida*, ésta es fortuita; si cree que esto es conveniente á la moralidad del comercio y á los intereses que están vinculados á la buena fe mercantil, suprima entonces el artículo" (1).

Como se ve por lo consignado en las actas de la Comisión Redactora del Código Penal, por lo expuesto por el autor del artículo, señor Reyes, y como manifiestamente aparece de los

(1) Sesión citada del Senado,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

demás discursos pronunciados en la discusión habida en el Senado, tanto por el señor Irarrázaval como por el señor Reyes, la presunción se establecía para el caso en que el comerciante, antes del incendio de su establecimiento, se hubiese encontrado en estado de quiebra culpable ó fraudulenta, porque en ese caso se suponía que había tratado de aprovecharse del siniestro, agregando el señor Reyes que esta y no otra era la mente de la ley.

Luego hasta aquí el espíritu de la ley nos demuestra que el único provecho que se ha tenido en vista para establecer la presunción, es que por medio de un incendio puede el comerciante hacer aparecer como quiebra fortuita una quiebra que existía anteriormente y que debía declararse culpable ó fraudulenta, en conformidad á la ley.

En la Cámara de Diputados el señor Fabres, hablando sobre el artículo que estudiamos, decía:

"Por eso digo que la ley debe limitarse á privar al propietario de la casa ó tienda por donde principia el incendio, de la acción civil para cobrar el seguro y nada más, pero no llegar al extremo de imponer penas que pueden ser desde diez á veinte años en la penitenciaría, las más veces por simples presunciones.

"Modifico, pues, el artículo en este sentido, sólo en lo relativo á las tiendas de comercio, pues, por lo que hace á las casas particulares no hay para qué tomarlas en cuenta desde que jamás en Chile se ha visto que se haya especulado con un incendio en esta clase de propiedades.

"De esta manera aseguramos una garantía para las casas de seguros en bien de los mismos asegurados."

El señor Rengifo (interrumpiendo).—"Esa era la redacción primitiva que se había dado al artículo; pero después se observó que la acción civil estaba perfectamente deslindada en las disposiciones del Código Civil."

El señor Fabres.—"En tal caso yo pediría entonces la supresión de este artículo porque más vale dejar impunes á cien delincuentes que castigar á un sólo inocente." (1)

(1) Sesión citada de la Cámara de Diputados, pág. 91.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Como consecuencia de la idea que el señor Fabres tenía acerca de la naturaleza del provecho que el comerciante podría reportar con ocasión del incendio de su casa ó establecimiento, hizo indicación para que se agregasen al artículo estas palabras: *sólo para los efectos del seguro.*

Se votó y fué desechada la indicación por 38 votos contra 19 (1).

El rechazo de la indicación del señor Fabres en la Cámara de Diputados indica que aquella rama del Poder Legislativo no aceptó la teoría del diputado señor Fabres acerca del provecho que podría obtener un comerciante que hubiese sufrido un incendio, y, en consecuencia, dejó subsistente lo que en el Senado se había expuesto sobre este particular.

Sin embargo, en contra de lo expresamente manifestado en la historia fidedigna del artículo 483 del Código Penal, se ha creído hasta la fecha que esa disposición legal se refiere al incendio de casas ó establecimientos comerciales que al tiempo del siniestro hubiesen estado asegurados. Así, frecuentemente suceden incendios de casas comerciales que tenían aseguradas sus existencias, y la investigación judicial se reduce á averiguar cuál ha sido el origen del incendio y si en la casa incendiada había una existencia superior ó inferior á la suma total en que estaba asegurada.

Tanto por la definición del contrato de seguro, contenida en el artículo 512 del Código de Comercio, como por el artículo 517 del mismo Código, "el seguro, respecto del asegurado, es un contrato de mera indemnización, y jamás puede ser para él la ocasión de una ganancia." Por consiguiente, si á esto sólo tiene derecho el asegurado (á la mera indemnización) es indudable que en ningún caso tampoco podrá reportar algún provecho el comerciante que sufre el incendio de su establecimiento.

(1) Sesión citada de la Cámara de Diputados, pág. 97.

JUAN F. PRIETO Y REYES

(Concluirá)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—La formación de los acervos en la partición de una herencia, por don Miguel Luis Amunátegui Reyes. Un opúsculo de 64 páginas, «Imprenta Cervantes», 1889. No ha sido del todo acertado este título para el opúsculo, pues también contiene las siguientes materias: Los primeros proyectos de Código Civil. Una cuestión relativa á la computación de la décima de que gozan los guardadores, según el Código Civil. ¿En qué casos puede sufrir excepción la regla de que la mujer debe seguir á su marido? Definición de la ley.—Por la importancia de algunas de estas materias y por la luminosa exposición y resultados que su inteligente autor les dedica, reproduciremos las principales en nuestras posteriores ediciones.

FRANCIA.—1. Annuaire de Législation étrangere, publicado por la Sociedad de Legislación Comparada de París. Un volumen de 1,051 páginas. Imprenta de Pichon, 24, rue Soufflot, París. Es el tomo correspondiente al año décimo sexto de la publicación del Anuario. Contiene el texto de las principales leyes votadas en los países extranjeros en 1886. Comprende los siguientes países: Gran Bretaña, Alemania, Austria-Hungría, Italia, España, Portugal, Mónaco, Bélgica, Países-Bajos, Luxemburgo, Suiza, Dinamarca, Noruega, Suecia, Rusia, Rumania, Servia, Bulgaria, Grecia, Egipto, Estados Unidos de Norte América, Canadá, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Brasil, República Argentina, Mauricias, Japón. El señor Daguin (don Fernando), secretario general de la Sociedad que publica este Anuario, y á quien agradecemos sinceramente la amabilidad de enviárnoslo, nos permitirá manifestarle nuestra extrañeza acerca de la proscripción del nombre de Chile en esa recopilación. En la introducción misma se refiere á varios países que no aparecen representados en el libro, y ni aún en estas referencias está Chile. Indicamos al señor secretario general la conveniencia de incluir nuestro país, cuya legislación no es tan poco importante como puede parecer, y la facilidad con que puede encomendarse á algún abogado chileno un estracto de la legislación en cada año. Y esto es tanto más plausible, cuanto entendemos que la referida Sociedad tiene miembros correspondientes en Chile, como don Raimundo Silva Cruz, por ejemplo, á quien se ha elegido en una de las últimas sesiones de la Sociedad, según aparece en el Boletín de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

misma, de marzo del corriente año.—2. DICTIONNAIRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, que comprende una revista del año de 1888, seguida de una tabla cronológica. Los autores de este trabajo (un volumen de 128 páginas á dos columnas), son los señores René Vincent y Édouard Pénaud. Contiene, en forma de diccionario, la jurisprudencia de los tribunales franceses, belgas, suizos y españoles en las diversas materias del Derecho Internacional Privado. Con esta breve indicación se comprenderá la importancia de esta obra, iniciada con felices auspicios por aquellos ilustrados miembros del foro parisiense. Damos las gracias al señor Vincent por su atención.—3. APERÇU DE QUELQUES DIFFICULTÉS A VAINCRE DANS LA CONSTRUCTION DU CANAL DE PANAMA, por el doctor Wolfred Nelson, de Montreal, últimamente en Panamá. Es una monografía de 71 páginas, impresa en París, en que se trata de demostrar que los planes de M. de Lesseps importan una tentativa quimérica, si no imposible.—4. LA QUESTION DES PASSEPORTS EN ALSACE-LORRAINE, por M. Édouard Clunet, abogado de la Corte de Apelaciones de París, miembro del Instituto de Derecho Internacionacional. Un opúsculo de 56 páginas, París. Con ocasión de ciertas medidas de policía dictadas por el gobierno alemán en la referida provincia, contra los extranjeros y los franceses que se establezcan y permanezcan allí, el autor estudia la medida de los pasaportes en el punto de vista del Derecho positivo, el Derecho público y el Derecho convencional franco-alemán.—5. ABORDAGE DU NAVIRE DE COMMERCE FRANÇAIS LA "VILLE DE VICTORIA", ET DU CUIRASSÉ ANGLAIS LE "SULTAN", por M. Éd. Clunet. Se dilucidan en este opúsculo de 18 páginas, algunas cuestiones sobre ese interesantísimo caso de abordaje.—6. L'INCIDENT DU CONSULAT DE FRANCE Á FLORENCE, por M. Éd. Clunet. Un opúsculo de 26 páginas, París. La inmunidad de los locales y archivos consulares, con motivo de la violación del consulado francés en Florencia, es la cuestión teórica que ocupa este folleto. Damos las gracias al ilustrado director del *Journal du Droit International Privé*, por su benevolencia.—7. LES ÉTRANGERS DEVANT LES TRIBUNAUX FRANÇAIS, por M. René Vincent. Un opúsculo de 36 páginas, París. El distinguido abogado francés estudia con brillo en este opúsculo las cláusulas de los tratados internacionales "libre et facile accés" y "traitement de la nation la plus favorisée".

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.° de julio de 1889 NÚM. 2

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado, por don José Clemente Fabres.—¿Pueden los cónyuges estipular su separación corporal? por don Francisco Mesa Torres.—Comentario del artículo 483 del Código Penal (conclusión), por don Juan Francisco Prieto Reyes.—¿Homicidio ó lesiones? por don Francisco Beutner-Mary.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La primera regla á que debe atenderse para el fallo de toda cuestión judicial, de cualquiera naturaleza que sea, es la ley del país donde se juzga el negocio materia de la controversia. La ley española 15, tít. 14, Partida 3.ª, vigente aún entre nosotros, dice así: "E por ende dezimos, é mandamos que toda ley deste nuestro libro, que alguno alegare antel judgador para probar, é averiguar su entencion; que si por aquella ley se prueba lo que dize, que vala é que se cumpla. E si por aventura alegare ley, ó fuero de otra tierra que fueze de fuera de nuestro Señorío, mandamos que en nuestra tierra non aya fuerza de prueba; fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra sobre pleyto (contrato), ó postura, (convención ó cuasicontrato) que oviessen fecho en ella, ó en razón de alguna cosa mueble o rayz de aquel logar. Ca estonce, maguer estos extraños contendiessen sobre aquellas cosas antel juez de nuestro Señorío, bien pueden recebir la prueba, ó la ley, ó el fuero de aquella tierra que alegaren antel, e devese por ella averiguar e delibrar el pleyto (1)."

(1) Hemos dicho que esta ley está en vigor, porque en razón de su materia pertenece al Enjuiciamiento Civil, respecto del cual nos rigen todavía

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Esta ley habla de la manera de probar por medio de una ley, confundiendo ó asimilando la *fuerza legal* con la *fuerza probatoria:* "E devese por ella *averiguar* é *delibrar* el pleyto." Á pesar de que aparece aquí sólo en estado embrionario la materia del derecho internacional privado, á pesar de la deficiencia é imperfección de esta ley, se consigna no obstante claramente la proposición con que iniciamos este escrito: "La primera regla á que debe atenderse para el fallo de toda cuestión judicial, de cualquiera naturaleza que sea, es la ley del país donde se juzga el negocio materia de la controversia." Esta doctrina, aceptada por todas las escuelas en que está dividido el campo del Derecho Internacional Privado, es estrictamente verdadera, y no tiene excepción; pues aun cuando aplicamos al negocio controvertido la ley extranjera, no lo hacemos en virtud de la fuerza obligatoria de ella, sino en virtud del mandato, autorización ó tolerancia de la ley nacional que rige en el lugar del juicio. Así, la ley 6.ª, título 4.º, Partida 3.ª, enumerando todos los puntos que comprende el juramento que debe prestar el juez antes de principiar á ejercer su oficio (ó bien, las cosas que debe guardar ó cumplir), dice así: "La quinta, que los pleytos (juicios ó controversias), que vinieren ante ellos, que los libren bien é lealmente, lo más ayna é mejor que supieren, *é por las leyes deste libro o non por otras.*"

De aquí nace la gravísima importancia del estudio y cabal conocimiento de las legislaciones positivas, aun para la recta aplicación de las reglas del Derecho Internacional Privado, en las diversas contiendas que deben resolverse en conformidad á estas reglas. Este conocimiento contribuirá además poderosamente á la grande obra de uniformar las distintas escuelas y las diversas legislaciones, á lo que nos impulsa ya con notable

las leyes españolas, pues aun no se ha publicado ó sancionado el nuevo código de Enjuiciamiento Civil, cuyo proyecto pende ante la comisión redactora, en la que estamos dándole ya la última mano. Sin embargo, las leyes actuales de enjuiciamiento han recibido algunas modificaciones en virtud de lo dispuesto sobre varias materias por nuestro Código Civil y por una que otra ley especial. La ley española, que hemos copiado en parte, las ha recibido también, como vamos á verlo en la explicación de los artículos del Código Civil relativos al Derecho Internacional Privado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vigor el principio de la *reciprocidad*, que ha hecho tanto camino, y que llegará á ser la regla común de todas las naciones civilizadas, porque no sólo se consulta con ella la justicia, sino también el verdadero interés del país en que él impera.

Felizmente Chile, con la teoría que ha adoptado á este respecto en sus nuevos Códigos, puede competir con las naciones más adelantadas en legislación, por su justicia, por su liberalidad, y por su generosidad. Si á un chileno se le preguntase, de qué manera querría que se le tratara en el extranjero, no trepidaría en contestar, que de la misma manera que se trata en Chile á los extranjeros. El examen crítico que vamos á hacer de los artículos de nuestro Código Civil relativos á esta materia, confirmará la verdad de nuestro aserto.

Los tratados internacionales complementan la legislación positiva; y en nuestro país con mayor razón, porque deben ser aprobados por las Cámaras Legislativas para que tengan vigor, y vienen á ser así verdaderas leyes. No obstante, como nuestros Códigos no dejan que desear á los extranjeros en cuanto á sus derechos civiles, sólo podríamos tomar de los tratados una que otra disposición de detalle y de no grave importancia.

Como sólo á falta del Derecho positivo tienen aplicación los principios del Derecho natural en las cuestiones de derecho internacional privado, es preciso conocer primero aquel derecho.

Hé aquí los artículos de nuestro Código Civil que tratan de esta materia:

Artículo 14

La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros.

SUMARIO.—I. Latitud ó extensión de lo dispuesto en esta ley.—II. No se comprenden en ella los actos ejecutados, ni los contratos celebrados en el extranjero. —III. Fuentes de donde se ha tomado la doctrina del artículo —IV. Si la ley chilena sujeta al extranjero á todas las leyes civiles le otorga por otra parte todos los derechos civiles.—V. Excepciones de esta doctrina —VI. Justicia y conveniencia de la doctrina del artículo 14.—VII. Del matrimonio: carece de los elementos constitutivos del contrato.—VIII. Inmoralidad y funestas consecuencias del divorcio.

I. El tenor literal de este artículo es de la más lata amplitud

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en cuanto á los actos ó negocios que se ejecutan en Chile. Si se toma en cuenta la primera división que nuestro Código hace de las leyes en razón de su forma preceptiva, esto es, en *imperativas, prohibitivas y permisivas (Legis virtus hæc est, imperare, vetare, permittere, punire*, como decían los romanos), el artículo que examinamos no puede ofrecer duda ni dificultad alguna. En efecto, lo que la ley chilena *prohibe*, no puede ejecutarse en Chile ni por un extranjero, sea domiciliado ó transeúnte; lo que ella *manda*, debe ejecutarse ó respetarse aún por el extrande cualquiera condición; y lo que permite, puede ejecutarse y debe tolerarse aún por el extranjero.

Si se considera la otra división de las leyes que en razón de su materia adopta nuestro Código Civil, esto es, en *personales, reales y relativas á los actos*, tampoco puede ofrecer dificultades el artículo que examinamos, porque no debemos abandonar su tenor literal, que es bien claro y preciso, el cual comprende naturalmente las tres clases de leyes; y, en consecuencia, el extranjero está sujeto en Chile á todas las leyes chilenas, ya sean reales, personales ó relativas á los actos.

Precisando, pues, el mandato que se contiene en el artículo de que tratamos, decimos que él es relativo sólo á los actos ó negocios civiles que se ejecutan en Chile, y que no comprende los actos ó negocios civiles que tienen lugar fuera del territorio chileno. El artículo dice entonces: "Todos los habitantes de la República, sean nacionales ó extranjeros, respetarán y cumplirán todas las leyes de Chile, de cualquiera clase que sean, en los actos ó negocios civiles que se efectúen en Chile."

Si la disposición del artículo 14 no comprende ninguno de los actos ó negocios civiles que se verifican fuera del territorio de la República, no sería lícito invocar el precepto de dicho artículo para juzgar los contratos que se celebran, ó los cuasicontratos ó actos jurídicos que se efectúan en el extranjero, aunque sean chilenos los que intervengan en ellos. Si en algún caso hubieran de juzgarse en Chile estos contratos ó actos, no se tomará en cuenta para el juzgamiento el precepto del artículo 14, sino otras leyes ó las reglas del Derecho Internacional Privado.

Pero el dicho artículo, volvemos á repetirlo, comprende en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

su mandato todos los actos y contratos ejecutados ó celebrados en Chile, y deben, por lo tanto, ser juzgados por la ley chilena, no sólo en cuanto á las obligaciones y derechos que producen, sino también en cuanto á los requisitos necesarios para su valor y existencia, entre los que se comprende la incapacidad, *absoluta* ó *relativa*, según los casos, de las personas que los ejecutan ó celebran. De aquí es que en Chile los extranjeros estarán obligados á dar alimentos á las personas que determina la ley chilena, aunque por las leyes respectivas de sus países no tuviesen tal obligación. Del mismo modo, un joven francés de veinticuatro años de edad, será considerado en Chile como menor de edad, y los actos ó contratos que ejecute ó celebre en Chile adolecerán de nulidad *relativa*, y podrán, en consecuencia, rescindirse (salvo la testamentifacción y algunos otros), á pesar de que por la ley de su país es mayor de edad y capaz para celebrar contratos. Del mismo modo, un padre de familia extranjero no tendrá en Chile sobre la persona y bienes de sus hijos existentes en Chile otros derechos que los determinados por la ley chilena; ó lo que es lo mismo, tendrá en Chile patria potestad, aunque no la tenga por las leyes de su país, y en todo caso ella se reglará en Chile por la ley chilena en cuanto á su naturaleza, extensión, ejercicio y modos de terminar.

II. Aunque parece obvio é incontrovertible que el artículo 14 no comprende los actos ó contratos que tienen lugar en territorio extranjero, sin embargo, este segundo punto del comentario ofrece alguna dificultad, ya por la deficiencia de nuestro Código, ya por las expresiones poco adecuadas que emplea en otros artículos.

No tenemos en nuestro Código un artículo especial que expresa y generalmente establezca que los actos y contratos ejecutados ó celebrados en el extranjero se rijan por la ley del país donde se ejecutan ó celebran. Esta doctrina se deduce, sin embargo, de los mismos términos del artículo 14: "La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República," nos dice; luego no es obligatoria para los que no son habitantes de la República, aunque sean chilenos: *Inclusio unius est exclusio alterius.* La ley, por lo general, y salvo las personales en ciertos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

casos, no puede traspasar las fronteras del estado que la dicta; ésta es una de sus limitaciones.

Por otra parte, los artículos 15, 16 y 17, vienen á continuación del 14, y dictan reglas para juzgar los actos ó contratos que se ejecutan ó celebran en territorio extranjero, tanto por los chilenos como por los extranjeros; pero sólo en ciertos casos ó con ciertas limitaciones, lo cual supone, en virtud de la misma regla que hemos citado, que por lo general los contratos celebrados y los actos ejecutados fuera de Chile, se rigen por la ley del país donde se celebran ó ejecutan: el artículo 17 reconoce y adopta la regla *Locus regit actum.*

Podemos aducir todavía en comprobante, algunas otras disposiciones especiales que se encuentran desparramadas en los diversos títulos del Código Civil, lo que nos ofrecerá un doble provecho, no siendo el menor el que podamos organizar así el sistema que sobre la materia de que tratamos acepta la legislacion civil de Chile.

Conviene, para apreciar la doctrina en toda su latitud, hacer notar antes la doble faz en que puede ser considerado el contrato y el acto; y á este propósito recordaremos lo que nos dice el artículo 1444 de nuestro Código: "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la *esencia* de un contrato aquellas cosas sin las cuales ó no produce efecto alguno, ó degenera en otro contrato diferente; son de la *naturaleza* de un contrato, las que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son *accidentales* á un contrato, aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales." Según esta enseñanza, diríamos que en el contrato de compra-venta, por ejemplo, es *esencial* el precio en dinero, porque sin precio no hay contrato, y si no es en dinero, degenera en permuta; es *natural* el saneamiento por evicción, porque se contrae esta obligación por el vendedor, aunque en el contrato nada se diga á este respecto; y es *accidental* el pagar el precio en un lugar distinto del contrato, porque esta obligación sólo se contrae en virtud de cláusula especial.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Savigny no le encuentra sabor romano á esta teoría, y la atribuye á los jurisconsultos del siglo XVII, sin que por esto la condene. Por nuestra parte agregaremos, que ella era más propia para la enseñanza de la escuela que para los preceptos de una ley.

Pero si en realidad la fórmula con que se expresa la doctrina, no es muy científica, en el fondo es verdadera y de provecho positivo para el estudio. Creemos, sin embargo, que se ajustaría más al lenguaje legal y á los principios de la ciencia, sin disminuir su importancia, si se dijese, que en cada contrato, lo mismo que en los actos jurídicos, hay que distinguir los requisitos necesarios para su valor, y las obligaciones y derechos que producen. Con esta fórmula comprendemos toda la enseñanza del artículo 1444; porque lo que este artículo llama *esencial* no es otra cosa que los requisitos del contrato, pues que la falta de uno sólo de ellos impide la existencia del contrato ó le hace degenerar en otro diverso: los requisitos de un contrato son los elementos constitutivos de su existencia, y lo que constituye la existencia de una cosa es *esencial* en ella. Lo que el artículo 1444 llama *cosas de la naturaleza* del contrato, no es más que las obligaciones y derechos que produce sin necesidad de estipulación expresa, como es el saneamiento de la evicción, en el ejemplo de la compra-venta que antes expresamos. Lo que el artículo 1444 llama *cosas accidentales* en un contrato, son también derechos y obligaciones, pero no se producen por el hecho mismo del contrato, sino por estipulación especial. Distinguiendo, pues, en el contrato los requisitos necesarios para su valor, de las obligaciones que produce, dividiríamos estas últimas en *naturales y accidentales.* Tendríamos así, *elementos* que constituyen la existencia, y *efectos* que produce esa misma existencia.

Los efectos pueden variar, aumentar ó disminuir á merced de la estipulación; la existencia es siempre la misma, los contratantes no pueden formarla de una manera distinta de lo preceptuado por la ley.

Con la forma de *requisitos* y *efectos* hay otra ventaja, y es que se comprenden perfectamente en ella no sólo los contratos sino también los actos jurídicos. En estos últimos se distinguen,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lo mismo que en aquellos, los requisitos necesarios para su valor y las obligaciones que producen. En la emancipación voluntaria, en la legitimación, habilitación de edad, etc., se reconoce con mucha facilidad la diferencia que hay entre los requisitos ó los elementos constitutivos, y sus efectos, ó sean, los derechos que producen ó extinguen. Hay, sin embargo, á este respecto una distinción importantísima entre el acto jurídico y el contrato; y es que las obligaciones ó los derechos que produce el acto jurídico son obra exclusiva de la ley, no pueden ser alterados por la convención, y por esto son siempre los mismos; en los actos no hay *cosas accidentales*, mientras que las obligaciones ó derechos del contrato aún los *naturales*, por lo general y salvo pocas excepciones, quedan á merced del convenio.

Previa esta observación, tratemos ya de acumular los elementos que deben servirnos para la organización del sistema que con relación al Derecho Internacional Privado, acepta nuestro Código Civil en la parte de que tratamos, esto es, en cuanto al valor y á los efectos de los actos ejecutados y de los contratos celebrados fuera del territorio chileno.

Nuestra legislación no ha tomado en cuenta, por lo general, el domicilio de los extranjeros ni el de los chilenos, para dictar las reglas que han de servir en el juzgamiento de esta clase de cuestiones; nuestro Código Civil considera sólo la *nacionalidad;* rarísima vez, (salvo para la apertura y régimen de la sucesión), el *domicilio.* Ya con esto se ahorran muchas y graves cuestiones, porque así sólo hay que aplicar las leyes de Chile para los negocios que tienen lugar en Chile, sin excepción alguna; y para los negocios que se efectúan fuera de Chile, las leyes del país donde esos negocios se realizan, salvo algunas excepciones, en las que únicamente se toma en cuenta la calidad de las leyes (reales, personales, ó relativas á los actos, ó bien prohibitivas é imperativas de orden público) y la nacionalidad de los individuos que intervienen en estos negocios.

Recorriendo ahora los principales artículos de nuestro Código Civil á que hemos aludido, encontramos:

1.º El artículo 15 que obliga al chileno á respetar en el extranjero la ley chilena, *en lo relativo al estado de las personas, y á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Chile. La primera consecuencia que resulta de aquí, es que la ley civil chilena no rige en los requisitos de los actos ó contratos que tienen lugar fuera de Chile; porque si existiera esta regla, era inútil y aun peligroso disponer que el requisito de la *capacidad* del chileno, por ejemplo, se rigiese por la ley chilena: la excepción afirma la regla en contrario. La segunda consecuencia es, que la capacidad del extranjero, lo mismo que su estado civil, se juzga ó aprecia, en cuanto á los actos ó contratos que se verifican en territorio extranjero, por la ley extranjero y nó por la chilena. La tercera consecuencia es que, aun para los actos ó contratos que hayan de *tener efecto en Chile*, sólo se debe tomar en cuenta la ley extranjera con respecto á la capacidad de los extranjeros, y á los requisitos necesarios para el valor de los dichos actos ó contratos. La cuarta consecuencia es que para los actos ó contratos que no hayan de tener efecto en Chile, la capacidad del chileno se juzga por la ley extranjera, y entonces, á este respecto, no hay diferencia entre el chileno y el extranjero según la ley chilena.

Las demás observaciones á que se presta lo dispuesto en el artículo 15 y la materia de que en él se trata, tendrán su lugar oportuno en el comentario de dicho artículo. Por ahora, sólo perseguimos la idea, de que, por regla general, los actos ó contratos que se ejecutan ó celebran en el extranjero, no se rigen por la ley chilena en cuanto á sus requisitos ni en cuanto á sus efectos. Notaremos, sin embargo, aquí, que en las palabras *ciertos actos* que emplea el artículo 15, se comprenden naturalmente los *contratos*, ya porque no habría razón alguna para hacer á este respecto diferencia entre ellos, ya porque el mismo Código define el contrato diciendo: que es *un acto por el cual una parte se obliga para con otra á dar, hacer ó no hacer alguna cosa.* La palabra *acto*, como género, comprende, por consiguiente, el *contrato*; pero nó viceversa.

2.º El artículo 16, que sujeta á la ley chilena todos los bienes situados en Chile, agrega en el inciso 2.º: "Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos *otorgados válidamente en país extraño.*" Al hacer el comentario de este artículo, explicaremos el inciso que hemos copiado y el siguiente. Basta, por ahora, dejar consignado que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la ley chilena reconoce el valor de los contratos otorgados en país extraño; y que por el hecho mismo de sujetar á la ley chilena en el inciso 3.º de este artículo, los efectos de los contratos celebrados en país extraño para cumplirse en Chile, acepta que el *valor* ó sea los *requisitos* del *contrato* se rijan por la ley extranjera y no por la chilena.

3.º El artículo 119 que dice: "El matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad á las leyes del mismo país, ó á las leyes chilenas, producirá en Chile los mismos efectos civiles que si se hubiese celebrado en territorio chileno." En este artículo se reconoce esplícitamente que el valor del matrimonio celebrado en el extranjero se juzga por la ley del país donde se celebra; y que en consecuencia, no sólo las solemnidades del matrimonio sino también todos los requisitos de fondo ó internos se rigen por la misma ley. La limitación que pone en el inciso 2.º es sólo relativa al chileno y como una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 15 que sujeta al chileno á la ley personal chilena en lo relativo al estado de las personas.

No dejaremos de observar que la redacción de este artículo adolece de un defecto que pudiera dar lugar á un error grave respecto de su verdadera ó genuina inteligencia. Si se atendiera sólo á su letra, podría tal vez alguien creer que *el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad á las leyes del mismo país, produce en Chile los mismos efectos civiles que si se hubiese celebrado en territorio chileno;* de manera que sería válido un matrimonio celebrado en Chile en conformidad á las leyes de otro país y contraviniendo á las leyes chilenas. No es esto lo que ha querido decir el artículo, sino que el matrimonio celebrado en conformidad á las leyes del país en que se celebra es tan válido en Chile como el que se celebra en Chile en conformidad á las leyes chilenas. Estas últimas palabras debió haberlas agregado el legislador, y si las omitió fué sin duda inadvertidamente y por evitar la repetición, pues había dicho al principio *ó á las leyes chilenas.* Esta recta interpretación se funda no sólo en lo dispuesto en el artículo 14 que sujeta á las leyes chilenas todos los actos de los extranjeros ejecutados en Chile, sino también en los artículos 117 y 118 que determinan la manera como se ha de celebrar el matrimonio en Chile; y además

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por los artículos 120 y 121 que confirman la misma doctrina, esto es, que el matrimonio que se celebre en Chile debe conformarse á la ley chilena. Siendo éste un punto incidental, no queremos detenernos más en su discusión.

4.º El artículo 1027 que dispone: "Valdrá el Chile el testamento escrito otorgado en país extranjero, si por lo tocante á las solemnidades se hiciere constar su conformidad á las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria." Esta es, como se ve, una aplicacion de la regla *Locus regit actum.* Pero de los términos que se emplean en el artículo se deduce que el testamento otorgado en el extranjero, para que tenga valor en Chile, debe conformarse á la ley chilena en cuanto á los requisitos internos, ya porque sólo habla de solemnidades, ó sea, requisitos externos, ya porque en el § 1.º de este título, en el que se habla *del testamento en general,* se establecen todos los requisitos internos y se hacen comunes á toda clase de testamentos, ó sea, á todas las clases de testamentos de que se habla en el título 3.º y, por consiguiente, al testamento otorgado en el extranjero.

Reconocemos que éste es un defecto del artículo 1027, porque la buena doctrina, ó sea la que acepta la escuela que sigue nuestro Código, es: "Que el testamento otorgado por un extranjero en país extraño, debe valer en Chile, si se hubiere otorgado en conformidad á las leyes de aquel país, ya sea en cuanto á solemnidades (requisitos externos), ya sea en cuanto á los requisitos internos; sin limitación alguna. De manera que la regla del artículo 1027 debía ser sólo para los chilenos; y, en consecuencia, que el testamento que éstos otorgasen en país extraño debía conformarse á la ley chilena en cuanto á los requisitos internos, y á la ley del país del otorgamiento en cuanto á los requisitos externos, ó sea, las solemnidades. Aun respecto del chileno no debía dictarse esta regla sino cuando el testamento ha de tener efecto en Chile, mas nó cuando ha de tener efecto sólo en el extranjero, porque sólo así es conforme con la doctrina del artículo 15.

Desgraciadamente la letra del artículo 1027 y la teoría consignada en el párrafo 1.º del título 3.º, libro III de nuestro Código Civil, hace común al chileno y al extranjero la disposición

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del dicho artículo 1027. Pero esta inconsecuencia, que es más bien una distracción, no es de tan grave importancia, porque serán muy pocas y aún muy raras las diferencias que hay entre nuestro Código y las legislaciones extranjeras en cuanto á los requisitos internos: la principal será la del religioso profeso de profesión solemne, que es en nuestra legislación el único caso de muerte civil, la que incapacita para la testamentifacción activa y pasiva; pero que ocurrirá difícilmente alguna vez su discusión ante los Tribunales. Sin embargo, para salvar en parte la nota de inconsecuencia, podríamos decir que nuestro Código estima los requisitos internos del testamento como materia de *orden público*, en la que sólo tienen aplicación las leyes nacionales.

5.° El artículo 2411 que dice: "Los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero, darán hipoteca sobre bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente registro." Esta es una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 16 que sujeta á las leyes chilenas los bienes situados en Chile, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile: *Lex loci rei sitæ;* porque la ley que exige la inscripción para el valor ó la existencia de la hipoteca (como derecho real, no como derecho personal); esto es, el contrato en que se estipula la constitución de la hipoteca, es ley real. El artículo 2411 reconoce, pues, ó supone de una manera inequívoca la validez de los contratos celebrados en el extranjero en conformidad á las leyes del país en que se celebran, ó bien, que se deben conformar á estas leyes los requisitos necesarios para el valor de dichos contratos; pues que lo único que se exige al contrato hipotecario para que produzca la hipoteca, ó sea, el *derecho real*, es el que se inscriba en el competente registro, y, por consiguiente esto es lo único en que lo sujeta á la ley chilena.

6.° El artículo 2484, cuyo texto es el siguiente: "Los matrimonios celebrados en país extranjero y que según el artículo 119 deban producir efectos civiles en Chile, darán á los créditos de la mujer sobre los bienes del marido existentes en territorio chileno, el mismo derecho de preferencia que los matrimonios celebrados en Chile." Esta ley habla en la suposición de que el juicio de concurso de acreedores se sigue en Chile:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pero la ley chilena no se opone á la preferencia para el pago en bienes situados en Chile que dictare la ley extranjera, y que se aplicase en un fallo dictado en el extranjero en concurso de acreedores formado también en el extranjero, con tal que no se arrebatase la competencia del tribunal chileno. Las leyes de prelación de créditos para el pago, prescindiendo de los derechos reales en que se fundan algunas causas ó motivos de prelación, son personales; y por consiguiente, en un concurso de acreedores formado legítimamente en Chile se aplicarían las leyes de prelación de créditos de Chile aún á los bienes del deudor situados en territorio extranjero. Pero si lo prohibe la ley del país de la ubicación de los bienes, debería ésta prevalecer.

Por lo demás, de los antecedentes expuestos podemos sacar estas conclusiones: 1.ª Que la ley chilena respeta los actos ejecutados y los contratos celebrados en país extraño, sea por extranjeros ó chilenos, (salvo para el chileno en lo relativo á su capacidad, cuando el acto ó el contrato han de tener efecto en Chile, como lo dispone el número 1.º del artículo 15), y les reconoce su validez cuando se han ajustado á la ley del país donde se efectuaron. De consiguiente, y ajustándonos á la teoría que consignamos al principio de este párrafo, y que dedujimos del artículo 1444, decimos que los requisitos necesarios para el valor del acto ó contrato, se rigen y juzgan por la ley del lugar en que se ejecutó ó celebró; 2.ª Que los efectos, derechos y obligaciones del acto ó del contrato que tienen lugar en territorio extranjero, son las que determina la ley del país donde se ejecutó el acto ó se celebró el contrato.

Estas dos reglas generales sufren las excepciones que hemos insinuado y que completaremos en el comentario del artículo 16, en cuyo inciso 3.º se consigna la más considerable de ellas.

III. Nuestro artículo 14 es igual al 5.º del Código Civil de las Dos Sicilias, que dice: "Las leyes obligan á todos los que habitan el territorio del reino, ya sean ciudadanos, extranjeros domiciliados ó transeúntes." En las notas del señor Bello, que corren publicadas en varias ediciones de nuestro Código Civil, se dice que el artículo 14 ha sido tomado del 3.º del Código

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Civil francés y del 9.º del de la Luisiana, que son iguales; pero es un error manifiesto, que debe atribuirse más bien á una equivocación de copia. De ámbos artículos resulta no sólo que la ley personal de Francia y de la Luisiana sigue á sus respectivos nacionales á cualquier parte donde trasladen su domicilio ó residencia, sino también que el extranjero en Francia es regido por la ley personal de su nación. Mr. Tronchet lo dijo también de la manera más explícita en la sesión del Consejo de Estado del 14 termidor, año 9.º: "El extranjero no está sometido á las leyes civiles que reglan el estado de las personas." Por otra parte, no es posible suponer que el señor Bello, que sobresalía en Chile tanto como Mr. Tronchet en Francia, ignorase que uno de los puntos de doctrina propios de la escuela francesa en Derecho Internacional Privado, es la generalidad con que sostiene que las leyes personales del país á que pertenece un individuo, viajan con él, y le siguen donde quiera que vaya, *sicut umbra corpore, et sicut lepra cuti;* expresiones con que tan enérgicamente sostenían y explicaban los autores antiguos esta doctrina. De manera que nadie ignora que ella no es una novedad debida al Código Civil francés, sino que por el contrario era aceptada y aplicada por la escuela francesa tal vez desde la edad media. Las mismas palabras de Mr. Tronchet, pronunciadas en la discusión del proyecto de Código Civil francés, lo comprueban inequívocamente.

La doctrina de nuestro artículo 14 pertenece á la escuela romana, que hoy día está representada por la alemana. Algunos rastros encontramos en la ley 34, ff. *De Regulis Juris:* "*Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimur, quod actum est; aut si non pareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur quod in regione in qua actum est, frequentatur.*" La antigua legislación española, que nos ha regido hasta hace poco, era rigorosamente romana; y nuestro Código Civil ha conservado en su mayor parte la doctrina del Derecho Romano y la del español, que es hijo legítimo de aquél. Así la encontramos categóricamente formulada en la ley 15, título 1.º, Partida 1.ª, que dice: "Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes, sobre que las él pone, son tenudos de las obedecer é guardar, e juzgarse por ellas, é non por otro escrito de otra

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ley fecha en ninguna manera: é el que la ley face, estenudo de la facer complir. E eso mismo dezimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleyto, ó postura, ó yerro en la tierra do se juzgase por las leyes. Ca maguer sean de otro lugar, non pueden ser escusados de estar á mandamiento de ellas; pues que el yerro ó el pleyto ó la postura ficieron do ellas han poder. E los que esto non quisieren facer también deben ser apremiados como los otros de la tierra sobre quién las ponen.» Nuestro Código Civil ha aceptado, como antes lo dijimos, la doctrina de esta ley de Partida, según aparece de los términos en que está redactado el artículo 14, objeto de este comentario.

En Chile no le siguen al extranjero las leyes personales de su país; y al chileno le siguen en el extranjero, las dichas leyes, pero sólo limitadamente, como lo veremos en el comentario del artículo 15.

IV. Si el artículo 14 sugeta á los extranjeros á todas las leyes civiles de Chile; si les impone todas y las mismas obligaciones que al chileno, en compensación el artículo 57 les confiere todos y los mismos derechos de que gozan los chilenos. Este artículo dice así: «La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código.» Lo mismo podemos decir de los otros Códigos chilenos, el Penal, el de Comercio y el de Minas. Nos falta sólo el de Enjuiciamiento, que tendremos luego; y entretanto nos rigen sobre esta materia las antiguas leyes españolas con varias modificaciones hechas por algunas leyes especiales de Chile. Tampoco hay diferencia alguna á este respecto entre el chileno y el extranjero; ambos gozan igualmente de la misma protección y garantías y están sujetos á las mismas reglas del procedimiento.

La ley chilena ha sido, pues, ampliamente liberal para con los extranjeros: en todos los actos de la vida civil, en todos los contratos, en todos los derechos que nacen exclusivamente de la ley, el extranjero es tratado no sólo por la ley, sino también por todas las autoridades chilenas, de la misma manera que los nacionales.

La legislación chilena no ha podido ser más generosa; ha

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

excedido la regla de la reciprocidad: todo extranjero, aunque pertenezca á una nación en que se niegue á los chilenos el agua y la sal, tendrá en Chile los mismos derechos civiles que los chilenos.

En la disposición del artículo 57, se comprende no sólo el extranjero domiciliado, sino también el transeúnte y aún aquel que jamás ha estado en Chile: en la palabra *extranjero* se comprenden estas tres clases; y además lo confirma el artículo 997 en la parte que pudiera ofrecer alguna duda. Dicho artículo dice: "Los extranjeros son llamados á las sucesiones abintestato abiertas en Chile, de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos." Los extranjeros gozan en Chile de la testamentifacción activa y pasiva tan ampliamente como los chilenos, y éstos no tienen preferencia alguna sobre aquéllos. Un extranjero que no ha estado jamás en Chile, puede recoger una herencia ó un legado de un chileno ó de un extranjero que fallece en Chile, y cuya sucesión se rija por la ley chilena; y puede recoger la herencia por testamento ó abintestato y en competencia con el chileno, en la más perfecta igualdad. Así, por ejemplo, un extranjero ó un chileno que fallece sin testamento en Chile, puede dejar dos hermanos legítimos, uno chileno y otro extranjero; si no hay descendientes ni ascendientes legítimos, ni hijos naturales, ni cónyuje, la herencia se dividirá en dos partes iguales entre ambos hermanos. En el caso propuesto, si el extranjero ó el chileno que fallece en Chile hace testamento, puede dejarle toda la herencia al hermano extranjero y á un extraño cualquiera, sin participación alguna del hermano legítimo chileno.

El artículo 997, que hemos copiado, habla de las sucesiones *abiertas* en Chile, lo que no es lo mismo que las sucesiones de los individuos que mueren en Chile. No siempre el lugar donde acaece la muerte es el lugar de la apertura de la sucesión. La sucesión en los bienes de una persona, se abre siempre según la ley chilena en el momento de la muerte de dicha persona, pero nó precisamente en el lugar en que acaece la muerte, sino en el lugar de su último domicilio, que bien puede ser el mismo lugar donde acaece la muerte ú otro distinto. Así, un inglés que viaja por Chile, y es por consiguiente transeúnte, si fallece en Chile, su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sucesión se abre en el domicilio que tenía en Inglaterra ó en otra parte, y no en Chile.

Se dice *abrirse una sucesión*, ó que tiene lugar *la apertura de la sucesión* de una persona, cuando nacen los derechos que el testamento ó la ley confieren en esa sucesión, y pueden, en consecuencia, ejercitarse esos derechos. Cuando la ley declara que la sucesión se abre en el último domicilio, quiere decir que allí deben ejercitarse los derechos que nacen de la sucesión.

La sucesión en los bienes de una persona, se abre, pues, en su último domicilio, y nó precisamente en el lugar de la muerte; y esta regla es sobremanera importante para el extranjero transeúnte, porque la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre, según lo dispone el artículo 955 de nuestro Código Civil. De consiguiente, un extranjero transeúnte podrá en Chile hacer testamento y disponer de sus bienes con arreglo á las leyes del país de su último domicilio; y si muere abintestato, se repartirá su herencia ó los bienes de su sucesión en conformidad á las dichas leyes, y nó en conformidad á las leyes chilenas.

V. La doctrina que hemos expuesto en el número precedente tiene su complemento en las modificaciones y excepciones que vamos á enumerar.

La primera excepción que nos ofrece nuestro Código Civil es la que se encuentra en el artículo 611, que dice: "Se podrá pescar libremente en los mares; pero en el mar territorial sólo podrán pescar los chilenos y los extranjeros domiciliados".— "Se podrá también pescar libremente en los ríos y en los lagos de uso público."

Con la disposición de este artículo quedan privados del derecho de la pesca en el mar territorial los extranjeros *transeúntes;* pero no quedan privados de ella en los ríos ni en los lagos de uso público.

Parece que el motivo de esta excepción, es el peligro del contrabando, pues, sin duda, so pretexto de pescar, le es más fácil ejecutarlo al extranjero transeúnte que al domiciliado. Lo comprueba también el hecho de no prohibírseles la pesca en los ríos ni en los lagos de uso público, donde no es posible en Chile el contrabando.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las reglas que determinan la época y el lugar de la apertura de la sucesión, como también la ley por que ella se regla, tienen asimismo sus modificaciones y excepciones.

Estas reglas se aplican no sólo al caso de muerte natural sino también al de la *civil*, que por la legislación de Chile no se reconoce otra que la profesión solemne en instituto monástico; y la *presunta*, que es la que declaran los Tribunales de Justicia en virtud del desaparecimiento del individuo de cuya sucesión se trata. En este último caso, la sucesión se abre en el último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile.

Á este respecto, lo más notable que encontramos en nuestro Código Civil, es la disposición del artículo 998, que dice así: "En la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro ó fuera del territorio de la República, tendrán los chilenos, á título de herencia, de porción conyugal ó de alimentos, los mismos derechos que, según las leyes chilenas, les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno.

"Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero.

"Esto mismo se aplicará, en caso necesario, á la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero."

Este artículo, no sólo es una excepción de la regla que asimila al extranjero con el chileno en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el Código Civil chileno, sino que al mismo tiempo es una excepción de la regla que determina que la sucesión en los bienes de una persona se rige por la ley del domicilio en que se abre.

En efecto, el beneficio que otorga el artículo 998, es sólo á favor de los chilenos y nó de los extranjeros; de aquí puede resultar que los hijos legítimos de una misma persona, que son los herederos más favorecidos por la ley chilena, porque ellos excluyen á todos los otros herederos, inclusos los ascendientes legítimos, tengan distintos derechos hereditarios y que lo tengan más cuantiosos los chilenos.

Pero es preciso no olvidar una distinción capital, cual es, si la sucesión del extranjero que fallece dentro ó fuera del territorio de la República, se abre en Chile ó en el extranjero, ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bien, si el extranjero, al tiempo de su fallecimiento, tenía su domicilio en Chile ó en el extranjero. Si tenía su domicilio en Chile, la sucesión se abre en Chile, y los derechos que confiere la misma sucesión, se rigen por la ley chilena. Entonces los extranjeros y los chilenos tienen los mismos derechos, y, en el caso propuesto, todos los hijos legítimos, ya sean chilenos ó extranjeros, se dividen por partes iguales la herencia intestada del padre, (salvo el pago preferente con los bienes de Chile que pueden hacer valer los chilenos si hay otros bienes en el extranjero y la ley de su ubicación les es desfavorable); y lo mismo hay que decir de las otras clases de herederos ó asignatarios de alimentos y de porción conyugal, pues que el art. 997 es general y sin limitación: "Los extranjeros son llamados á las sucesiones abintestato *abiertas en Chile* de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos."

Pero si el extranjero tenía al tiempo de su fallecimiento su domicilio en país extraño, su sucesión se abre entonces en el extranjero (lugar en que tenía su domicilio el difunto), y se rige por la ley del domicilio en que se abre. Pero aún así habrá que hacer otra distinción: si la ley del domicilio en que se abre la sucesión otorga en ella á los chilenos, tanto ó más derechos que los que les da la ley chilena, no hay para qué invocar el artículo 998 que es un simple privilegio ó favor que puede renunciarse, *secus* si aquella ley les otorga menos derechos.

El favor que otorga á los chilenos el artículo 998 puede ejercitarse en uno y otro caso, esto es, no sólo cuando la sucesión se abre en el extranjero, sino también cuando se abre en Chile. El artículo no lo dice en estos términos, pero á las expresiones que emplea debe dárseles esa significación, porque ellas comprenden ambos casos.

El artículo 998 dice así: "En la sucesión abintestato de un extranjero que *fallezca dentro ó fuera del territorio de la República*," etc. La circunstancia de fallecer en el territorio de la República ó en país extraño no produce efecto alguno jurídico ante la ley chilena; esa circunstancia no aumenta, ni disminuye, ni modifica los derechos que por la ley chilena competen en la sucesión intestada de una persona. Lo que hace cambiar estos derechos es el lugar donde se abre la sucesión, ó sea, el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lugar donde tenía el difunto su domicilio, porque los derechos que confiere la sucesión, son los que determina la ley del domicilio en que se abre (artículo 955 del Código Civil). Puede suceder que un individuo fallezca en un lugar donde era transeúnte, porque tenía su domicilio en otra parte; pues bien, no es la ley del lugar donde murió sino la ley del lugar donde tenía su domicilio, la que regla su sucesión. Pero como ordinariamente ó con más frecuencia, el lugar donde acaece la muerte es el lugar del domicilio, la ley, artículo 998, hablando de *eo quod plerumque fit*, toma aquel lugar por este último.

Si hemos de dar algún significado ó algun efecto jurídico á las palabras *fallezca dentro ó fuera del territorio de la República*, no puede ser otro que el indicado, esto es, que la *sucesión se abra* dentro ó fuera de la República, porque esto sí que produce efectos legales de importancia; y la recta interpretación exige que se prefiera el significado en que las palabras producen efecto, sobre aquel en que no producen efecto alguno ó en que puede suprimírseles como inútiles.

Pero en ningún caso podría pretenderse que las palabras *fallezca dentro ó fuera del territorio de la República* signifiquen que la sucesión del extranjero no se abra en país extraño; ó esas palabras tienen el sentido que les hemos dado ó nada significan. Si se aceptara este último término, podríamos suprimir esas palabras sin inconveniente alguno, y entonces el artículo 998 habla en general y sin limitación alguna de la sucesión abintestato de un extranjero, con lo que se comprendería indudablemente tanto la sucesión que se abre en territorio chileno como la que se abre en país extraño, que es lo que tratábamos de demostrar.

La segunda excepción que contiene el artículo 998, es relativa, como ya lo hemos dicho, á la regla que determina que la sucesión en los bienes de una persona se rige por la ley del domicilio en que se abre. En efecto, con el favor que el expresado artículo otorga á los chilenos, se hace prevalecer á la ley chilena sobre la ley del domicilio en que se abre la sucesión, si es que por esta ley no obtienen los chilenos la misma cuantía de bienes que la que les otorga la ley chilena á título de herencia, de porción conyugal ó de alimentos. Así, por ejemplo,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la ley del domicilio en que se abre la sucesión determina que concurran con los descendientes legítimos los ascendientes legítimos, y otorga los dos tercios de la herencia á los primeros, y el otro tercio á los segundos. Si suponemos además que la sucesión se compone de trescientos mil pesos, de los cuales hay cincuenta mil pesos en el extranjero y doscientos cincuenta mil en Chile, los hijos legítimos chilenos se llevarán los doscientos cincuenta mil pesos existentes en Chile. No olvidemos de que hablamos en el supuesto de que la sucesión es intestada. Ahora, si suponemos que el difunto extranjero de cuya sucesión se trata, deja tres hijos legítimos y uno solo de ellos es chileno y los bienes que deja en Chile valen cien mil pesos y los que deja en el extranjero valen doscientos mil pesos, el hijo chileno se llevará los cien mil pesos existentes en Chile, que es la tercera parte de la herencia, ó sea, del acervo formado por los bienes existentes en Chile y los existentes en el extranjero.

Pero si suponemos que los ascendientes legítimos son los chilenos y que los hijos legítimos son extranjeros, no podrán aquéllos ampararse con la ley chilena para pretender parte alguna de los bienes existentes en Chile, porque esta ley no reconoce derecho en la herencia intestada á los ascendientes legítimos del difunto, cuando éste deja descendientes legítimos. Sin embargo, los ascendientes legítimos chilenos podrán aprovecharse de la ley del domicilio en que se abrió la sucesión del extranjero, y dividirla con los descendientes extranjeros en la proporción que determine la ley extranjera, comprendiendo igualmente en la división, tanto los bienes existentes en el extranjero como los bienes existentes en Chile. Porque la ley chilena aparece haciendo un favor ó gracia á los chilenos; y éste es el motivo porque antes hemos dicho, que no hay para qué invocar y aplicar el artículo 998 en el caso en que la ley extranjera otorga á los chilenos iguales ó mayores derechos que los que le confiere la ley chilena.

La ventaja que al parecer otorga á los chilenos el artículo 998 es no sólo contra los extranjeros ó en competencia con ellos, sino también contra los mismos chilenos. Si suponemos, pues, que tanto los hijos como los ascendientes legítimos son

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

chilenos, se llevarán aquéllos todos los bienes existentes en Chile, aunque éstos compongan toda la herencia ó toda la sucesión del extranjero, por no haber dejado otros en parte alguna, pues que por la ley chilena los ascendientes legítimos no concurren con los descendientes legítimos.

Esto nos advierte que el favor ó protección que parece otorgar á los chilenos el artículo 998, no es caprichoso ó antojadizo, sino que tiene un fundamento sólido en el Derecho Internacional Privado. En efecto, es doctrina aceptada en todas las escuelas que los bienes raíces están sujetos á la ley del país de su ubicación, *lex loci rei sitæ;* y la escuela romana, que sigue nuestro Código Civil, amplía la misma regla á los bienes muebles. También es doctrina que cuenta con mucha aceptación, y en nuestro concepto la más probable, que las leyes que reglan la sucesión en los bienes de un difunto, son leyes reales y no personales. Nuestro Código, con la excepción que establece en el artículo 998, no ha relajado, pues, la buena doctrina por favorecer á los chilenos; al contrario, por respeto á la ley extranjera y por benevolencia hacia la persona de los extranjeros, ha permitido, (estableciendo como regla general), que la sucesión en los bienes de una persona se rija por la ley del domicilio en que se abra. Esta regla sí que es una verdadera relajación de la doctrina de todas las escuelas (en cuanto á los bienes raíces), y una relajación de la doctrina aceptada en nuestro artículo 16 (en cuanto á los bienes muebles), cuando los bienes situados en Chile se distribuyen en conformidad á la ley extranjera, y de distinta manera que la determinada por la ley chilena. De modo que la disposición del artículo 998 que aparece como una excepción, es simplemente la observancia de la doctrina común en cuanto á los bienes raíces, y la observancia de la escuela romana, española y alemana en cuanto á los bienes muebles: no es otra cosa que el ejercicio legítimo de las atribuciones del poder soberano que están sancionadas por la ciencia legal.

En consecuencia, la protección que al parecer otorga á los chilenos el artículo 998, no es protección ni favor alguno, sino que por el contrario, es protección y favor para los extranjeros, y es deferencia respetuosa á la ley extranjera, el no aplicar la misma regla á los extranjeros. Nuestro Código ha invertido

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por lo que hace á la forma, el orden lógico de las ideas, tomando como excepción la doctrina común y como regla la que de ella se aparta, guiándose en esto más por el número de casos que por su naturaleza ó sustancia, pero sin que deje de merecer encomio por su doctrina y su generosidad.

El artículo 998 se presta todavía á otras consideraciones que enumeraremos con la brevedad posible:

1.ª Los derechos que confiere á los chilenos el artículo de que tratamos, no son sólo para los asignatarios forzosos, sino también para toda clase de herederos abintestato; y como según la ley chilena se puede morir parte testado y parte intestado, (arts. 952, inc. 2.º; 980, 999 y 1100), los herederos abintestato, que sean chilenos, tendrán en la parte de herencia que quede intestada, los derechos que les confiere el artículo 998.

Ejemplo: muere un extranjero dejando cincuenta mil pesos en su país y treinta mil pesos en bienes existentes en Chile; en su testamento sólo dispone de la mitad de sus bienes en la que instituye de heredero á un amigo ó pariente remoto suyo, y deja al mismo tiempo dos primos hermanos, que son sus parientes más inmediatos. Si los dos primos hermanos son chilenos, se llevarán los treinta mil pesos que hay en Chile; el heredero instituído en el testamento se llevará cuarenta mil pesos de los cincuenta mil pesos que hay en el extranjero, y los otros diez mil se distribuirán según lo disponga la ley extranjera.

Supongamos ahora que uno de los primos hermanos es extranjero y el otro es chileno. Si la sucesión de que tratamos se hubiese *abierto* en Chile, los dos primos hermanos se habrían partido por mitad de los bienes existentes en Chile, porque según el artículo 997, los extranjeros, aunque no residan en Chile, tienen los mismos derechos que los chilenos en las sucesiones *abiertas* en Chile.

Pero suponemos que la sucesión se ha abierto en el extranjero, y entonces hay que hacer otra distinción. Si la ley extranjera llama á la herencia intestada á los primos hermanos, y en igualdad á los chilenos con los nacionales, no hay dificultad alguna: se partirán los dos primos hermanos por iguales partes de los treinta mil pesos existentes en Chile, y de los diez mil pesos existentes en el extranjero, ó lo que es lo mismo, serán

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

herederos abintestato de la mitad de la herencia, y cada uno de ellos será heredero de un cuarto, puesto que la otra mitad correspondería al heredero instituído.

Lo mismo será si la ley extranjera llama sólo á sus nacionales á la sucesión intestada y excluye de ella á los chilenos; pero en este caso, el chileno tomará veinte mil pesos de los treinta mil existentes en Chile, y el primo hermano extranjero tomará los otros diez mil existentes en Chile, que con los otros diez mil que restan en el extranjero, vendrá á tener igual porción que el primo hermano chileno. El fundamento de esta decisión es que la ley chilena no excluye positiva y directamente á los extranjeros, (en las sucesiones *abiertas* fuera de Chile) de la participación de los bienes existentes en Chile, sino que se remite, en cuanto á ellos, á lo que disponga la ley extranjera, ó sea, la ley del domicilio en que se abre la sucesión. Por esto es que el primo chileno no puede apoyarse en la ley chilena para sostener que él sea el único primo hermano del difunto de cuya sucesión se trata, porque no hay ninguna disposición de la ley chilena que desconozca la calidad de *primo hermano* en el extranjero de que tratamos. En consecuencia, el primo chileno tiene por la ley chilena los derechos de un primo hermano en concurrencia con otro primo hermano. Pero su calidad de chileno le dará derecho para tomar su porción íntegra, ó sea, los veinte mil pesos, en los bienes existentes en Chile; con lo que no se perjudica el primo extranjero, pues si sólo toma diez mil pesos de los bienes existentes en Chile, toma por otra parte él sólo los diez mil pesos que restan de los cincuenta mil existentes en el extranjero, con lo que viene á quedar en igual condición que el chileno.

El segundo miembro de la distinción que venimos examinando es, si la ley extranjera vigente en el domicilio donde se abrió la sucesión no llama á los primos hermanos á la herencia intestada. En este caso el primo hermano chileno se llevará los treinta mil pesos existentes en Chile, y el primo extranjero no tocará nada. La razón es, porque si la ley chilena no excluye positiva y directamente al primo extranjero de la participación de los bienes de Chile, no le confiere tampoco más derechos que los que les dá la ley del domicilio en que se abre la suce-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sión, que en este caso suponemos que no le da ningunos. El primo extranjero no tiene, pues, de qué quejarse de la ley chilena, sino de la ley de su país ó de la ley del domicilio donde se abrió la sucesión.

Supóngase ahora que por la ley vigente en el lugar de la apertura de la sucesión, concurren en la herencia intestada con los primos hermanos, los hijos de los primos hermanos, ó, lo que es lo mismo, que tiene lugar el derecho de representación en los hijos de los primos hermanos. Como por el Código Civil de Chile no se da lugar al derecho de representación en el caso supuesto, resulta que si los hijos del primo hermano son extranjeros, el primo hermano chileno se llevará los treinta mil pesos existentes en Chile; y si, á la inversa, el primo hermano es extranjero, y los hijos del otro primo son chilenos, éstos tocarán la parte que determine la ley extranjera, esto es, la ley del domicilio en que se abrió la sucesión.

Pero donde se verá más clara la deferencia respetuosa de nuestro Código por la ley extranjera, es en el caso siguiente. Vamos en la misma suposición de que la sucesión se abre en el extranjero. Si por la ley del país donde se abre la sucesión tienen derecho á heredar los parientes colaterales hasta el décimo grado, un pariente extranjero de este grado se llevará los treinta mil pesos existentes en Chile con preferencia al fisco, á pesar de que por la ley chilena sólo pueden heredar abintestato los parientes colaterales que no excedan del sexto grado, y de que el fisco es preferido en la herencia intestada á todos los parientes que estén en el séptimo ó ulteriores grados.

Si suponemos ahora que por la ley del lugar de la apertura de la sucesión, sólo son llamados á la herencia intestada los parientes del difunto hasta el tercer grado, los primos hermanos no tendrían ningún derecho á la herencia; y si son extranjeros, no tendrían parte alguna de los treinta mil pesos existentes en Chile, á pesar de que por la ley chilena los primos hermanos y aun los parientes colaterales hasta el sexto grado, tienen derecho á heredar abintestato. La ley chilena es lógica en el respeto ó deferencia por la ley extranjera; y si á consecuencia de este respeto son perjudicados los extranjeros, no pueden atribuírlo sino á su propia ley ó á la extranjera. Volve-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mos á repetirlo: la ley chilena en la protección con que aparece favoreciendo á los chilenos no hace más que aplicar la regla que dá la preferencia á la *lex loci rei sitæ*, y aceptar la doctrina que estima como leyes reales las que determinan la distribución de los bienes en la sucesión por causa de muerte.

Nótese que hemos hablado en la suposición de que sean legítimos los parentescos indicados en los ejemplos de que nos hemos valido.

2.ª El derecho que el artículo 998 establece á favor de los chilenos, es en la *sucesión abintestato* de un extranjero que fallezca dentro ó fuera del territorio de la República. ¿Tendrán el mismo derecho los chilenos en la *sucesión testamentaria* del extranjero en igual caso?

En la sucesión testada de un extranjero, se cumplen en Chile las disposiciones testamentarias ni más ni menos que las de un chileno. El extranjero, aunque no esté domiciliado en Chile, ni haya venido jamás á Chile, puede disponer libremente de sus bienes situados en Chile, y tiene aún menos limitaciones que los chilenos.

En efecto, los chilenos tienen limitada la testamentifacción activa por las asignaciones forzosas, que son: *las legítimas, la cuarta de mejoras, la porción conyugal y los alimentos que se deben por ley á ciertas personas.* Estas mismas limitaciones tendría el extranjero si su sucesión se abriese en Chile, porque entonces se rige por la ley chilena; y en este caso tienen igual derecho los extranjeros y los chilenos en la referida sucesión.

Pero la cuestión que vamos á debatir existe cuando la sucesión es testamentaria y se ha abierto fuera del territorio chileno. En este caso los extranjeros no podrían hacer valer en Chile, sobre los bienes situados en la República, otros derechos que los que les confiere la ley del lugar donde se abrió la sucesión. Los extranjeros (domiciliados ó transeúntes) no podrían invocar la ley chilena para reclamar las asignaciones forzosas. De consiguiente los extranjeros que fueran hijos legítimos de un inglés cuya sucesión se abre en Lóndres, no podrían reclamar en Chile parte alguna de la herencia de su padre á título de legítima, ni pretender sobre los bienes situados en Chile otros derechos que los que les otorgue la ley inglesa ó el testamento de su padre.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ni el artículo 998, ni otro alguno del Código Civil chileno les confiere otros derechos.

Mas no sucede lo mismo con los chilenos: éstos pueden hacer valer en la sucesión testada de un extranjero, que se abre fuera de Chile, el derecho que confiere el artículo 998 para el caso de la sucesión abintestato; pero sólo lo pueden hacer valer respecto á las asignaciones forzosas. El chileno que es hijo legítimo del dicho extranjero, podrá reclamar en Chile su legítima y la cuarta de mejoras en su caso, y hacerse pagar con los bienes situados en Chile; el mismo derecho compete al cónyuge chileno por su porción conyugal y á las demás personas chilenas en cuanto á los alimentos que se les deba por la ley chilena.

Podría tal vez decírsenos que el artículo 998 habla del caso en que la sucesión es *abintestato* y que no es legítimo darle interpretación extensiva comprendiendo un caso diverso y aun contrapuesto, que aquí sería oportuno aplicar la regla que dice: *Inclusio unius est exclusio alterius.*

Este argumento no tiene valor alguno, porque no tiene aquí legítima aplicación la regla citada, ni se le da interpretación extensiva al artículo 998.

Para que tenga lugar la regla *inclusio unius est exclusio alterius*, es preciso que en el asunto ó materia de que se trata se haya debido hablar de aquello que se considera excluído; y en nuestro caso, al contrario, el artículo 998 sólo habla de la sucesión intestada, porque el título II del libro 3.º de nuestro Código Civil, donde se encuentra dicho artículo, está destinado exclusivamente á la sucesión intestada, y por eso su epígrafe dice: "Reglas relativas á la sucesión intestada". El artículo 998 no tenía, pues, por qué incluir ó excluir á la sucesión testada: el objeto que tenía en vista era principalmente la sucesión intestada.

Por otra parte, no se podría pretender que haya tal incompatibilidad radical ó tal diversidad absoluta entre la sucesión intestada y la testada, que ninguna de las reglas de aquélla pueda aplicarse á esta última; porque esto sería un error no sólo jurídico sino también lógico, pues que de hecho tienen varias reglas que les son comunes y que, sin embargo, nuestro Código dicta en el título II del libro 3.º como peculiares de la sucesión in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

testada. Así, por ejemplo, el artículo 997 dice que *los extranjeros son llamados á las sucesiones abintestato abiertas en Chile de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos;* y exactamente sucede lo mismo en las sucesiones testadas, pues en éstas no hay diferencia alguna entre el chileno y el extranjero. Del mismo modo, en el título II del libro 3.º se dicta como regla de la sucesión intestada el derecho de representación, y aunque no es lo mismo ó con la misma generalidad en la sucesión testada, sin embargo se da el derecho de representación en las *legítimas*, á pesar de que la sucesión sea testada.

No hay, pues, razón ni motivo alguno por que aplicar en esta cuestión la regla recordada; y además hemos dicho que con nuestra doctrina no se da al artículo 998 interpretación extensiva.

En efecto, para aplicar á la sucesión testada, en cuanto á las asignaciones forzosas solamente, la regla de dicho artículo, no procedemos *a simili* sino que argüimos *a fortiori*, y decimos: la ley chilena confiere un derecho más enérgico, más eficaz, más protector á las asignaciones forzosas que á la sucesión intestada; y si respecto de ésta hace prevalecer la ley chilena sobre la ley extranjera, tratándose de chilenos y de bienes situados en Chile, con mayor razón debe prevalecer en este caso la ley chilena sobre la voluntad del testador tratándose de asignaciones forzosas; porque éstas son idénticamente las mismas y se protejen de la misma manera en la sucesión testada que en la intestada. El artículo 1167 las define así: "Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado á hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas."

Agregaremos además el artículo 980, que dice: "Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, ó si dispuso, no lo hizo conforme á derecho, ó no han tenido efecto sus disposiciones." Según este artículo es idéntica la situación en que el difunto no ha dispuesto de sus bienes, ó sea, sucesión intestada, que aquella en que contrarió la ley con sus disposiciones; esto es, en que no estableció las asignaciones forzosas. Si pues en la sucesión intestada del extranjero, y tratándose de personas que pudieran ser privadas por el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

testamento de toda participación en ella, la ley otorga á los chilenos el derecho de hacer valer en los bienes situados en Chile lo que les corresponde por la ley chilena en esa sucesión; en este derecho van comprendidas con mayor razón las asignaciones forzosas, no sólo porque la ley ha identificado, por lo menos, ambos casos, sino porque proteje con mayor eficacia esta última clase de asignaciones.

Por otra parte, la ley chilena establece la absoluta igualdad de las asignaciones forzosas en la sucesión testada como en la intestada; y después de prescribir esta igualdad, el Legislador agrega el artículo 1183, que dice: "Los legitimarios concurren y son excluídos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada"; de manera que en cuanto á la legítima no hay diferencia alguna, en ningún sentido, entre la sucesión testada y lo intestada; y la mismo sucede con la porción conyugal y con los alimentos que se deben por ley.

VI. La justicia natural del precepto consignado en el artículo 14 de nuestro Código Civil aparece bien demostrada con la explicación que acabamos de hacer; pero conviene notar su armonía y consonancia con los principios fundamentales de la ciencia legal, armonía que es un comprobante ó demostración de la misma justicia; y manifiesta también las grandes ventajas que él nos procura, haciendo así consonante la justicia con la utilidad.

Antes hemos llamado la atención á que el precepto del artículo 14 desconoce la regla aceptada por la escuela francesa, según la cual las leyes personales viajan con el individuo, ó bien que el ciudadano ó natural de un país sigue ligado por los preceptos de las leyes personales de su país á pesar de su residencia en país extranjero, salvo la excepción que respecto del chileno se consigna en el artículo 15.

La doctrina del artículo 14, decimos, es perfectamente conforme con los principios fundamentales de la ciencia legal:

1.º Porque las leyes están natural y necesariamente limitadas por el territorio; no pueden tener fuerza obligatoria sino en el recinto en que el poder público que las dicta ejerce su imperio. Fuera de ese recinto los magistrados que dictan la ley no tienen carácter de tales, son individuos privados, sus voluntades

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no tienen más fuerza que la de cualquier miembro de la familia humana; sus mandatos, que no tienen fuerza obligatoria sino en virtud del carácter de la autoridad que los dicta, pierden su eficacia desde el límite del territorio en que desaparece el carácter que les dá la fuerza ó la eficacia.

2.º Porque la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, ó sea, de la noticia oficial que se da de ella á los individuos sobre quienes ejerce jurisdicción la autoridad que la dicta. Esa noticia oficial sólo se intenta comunicar por medios ó arbitrios que surten su efecto dentro del recinto jurisdiccional del Legislador. Éste satisface su obligación con tal que los medios de promulgación que emplee sean adecuados para que la ley sea conocida en aquel recinto; él no se cuida y no tiene para qué cuidarse de que esos medios lleven la noticia de la ley fuera del territorio. Fuera de este país, los extranjeros no tienen, jurídicamente hablando, noticia alguna de las leyes dictadas en él.

Contra esto se objeta que el ciudadano conoce las leyes personales de su patria, pues que le alcanza la promulgación, y su ausencia del país no es motivo bastante para borrar sus efectos y romper el vínculo con que lo ligaban dichas leyes; que las obligaciones que ellos le impusieron, no reconocen como modo de extinguirse la ausencia, tal vez momentánea, del suelo patrio; y que, por consiguiente, es falta de gratitud á la patria y es rebelión contra sus legítimos superiores la infracción de dichas leyes.

Este argumento no destruye el fundamento que hemos consignado en el número 1.º; lo deja en pié y en todo su vigor. El argumento quiere decir que el Legislador tiene jurisdicción sobre sus nacionales á pesar de su residencia en país extranjero, y esto es cabalmente lo que negamos, porque el mismo límite de la jurisdicción es el límite del vínculo que crea la ley. Hablamos en general y salvo las excepciones que consigna nuestro Código en el artículo 15.

Al argumento pueden además dársele dos contestaciones perentorias. Es verdad que la ausencia del país natal no borra la promulgación en cuanto significa el conocimiento de la ley, pero borra los efectos de la promulgación en cuanto á las obliga-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciones que produce la ley; y de esto último es de lo que tratamos. Toda ley promulgada es conocida, ó se reputa conocida, pero no toda ley conocida es promulgada; la promulgación produce ordinariamente un conocimiento ficto que es más eficaz ante la ley que el conocimiento verdadero. Si la ausencia no borra la promulgación en cuanto al conocimiento de la ley, eso no basta para que la ley tenga efecto respecto de las personas con quienes forma relaciones jurídicas el individuo á quien se le quisiera mantener sujeto á las leyes personales de su país. Él, en todos los actos que ejecuta, como en todos los contratos que celebra, tiene forzosamente que adquirir derechos y contraer obligaciones relativamente á otras personas para quienes no han sido promulgadas las leyes personales del país de dicho individuo. Pretender aplicar las leyes personales á los actos ó contratos aludidos, es pretender ligar con esas leyes á personas á quienes no les obligan, porque no existe para ellas la promulgación.

Supongamos á un extranjero en Inglaterra, donde se obtiene a los 21 años la mayor edad, y por consiguiente, la capacidad para contratar, pero que, por la ley de su patria sólo obtiene esa calidad ó estado civil á los 25 años de edad. Trátase aquí evidentemente de una ley personal, nadie lo duda. Pues bien ese extranjero le compra ó le vende á un inglés en Inglaterra, ó celebra con él cualquier contrato, que según la ley personal de su país sería nulo como celebrado por menor de edad, es decir, por incapaz para contratar, pero que según la ley inglesa sería válido, porque con arreglo á ella, el contratante es mayor de edad y capaz para celebrar el contrato. Si se pretende aplicar á este contrato la ley personal del extranjero y se le declara nulo, resulta que ligamos con la ley extranjera ó sometemos á ella al inglés que contrató en su país y con arreglo á las leyes personales de su país; ligamos al inglés con una ley de que no tiene conocimiento legal, ó cuya promulgación no le alcanza: damos fuerza y vigor jurídico á una ley no promulgada. Ni se diga que el contrato sería nulo para el extranjero que violó la ley de su país, y válido para el inglés para quien no regía dicha ley, porque en ello se contiene una anomalía estrafalaria, que trastornaría radicalmente los principios fundamentales de la nuli-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dad relativa. La incapacidad es en este caso una especie de protección que acuerda la ley al menor de edad, y por eso la nulidad de los contratos de esta clase de incapaces relativos sólo puede ser reclamada por los mismos incapaces, mas no por el contratante capaz; de manera que éste puede y debe soportar la acción de nulidad ó de rescisión, pero el incapaz puede pedir la ejecución del contrato (con tal que lo haga por medio de su representante legal), y contra él no puede ejercitarse la acción de nulidad ó de rescisión. El contrato, en el caso de que tratamos, es perfectamente válido para el inglés, porque no ha violado ninguna ley promulgada para él, y puede en consecuencia ejercitar todos los derechos que le confiere el dicho contrato con arreglo á las leyes inglesas. Empero, si el contrato es válido para el inglés, y carece de la acción de nulidad, porque no tendría un medio legal en que fundarlo, es también válido para el extranjero y lo autoriza para ejercitar todos los derechos consiguientes, sin que pueda reclamar la nulidad, porque no tendría una ley vigente ó promulgada que ligase al inglés con esa nulidad.

La segunda contestación al argumento que venimos combatiendo, es que una ley que no tiene sanción, ó que tiene una sanción ineficaz, que da lo mismo, carece de fuerza obligatoria, ó deja de ser ley, que es una misma cosa. En la ciencia legal se reconoce como incontestable que la sanción de escarmiento, ó sea la pena de los delitos, es más fuerte y más inviolable que la sanción civil, ó sea la pena de las infracciones de la ley civil, que no consiste ordinariamente sino en la nulidad del acto ó del contrato ó en la indemnización de perjuicios. La sanción de escarmiento es de derecho público, porque tal se reputa la materia penal, mientras que la sanción civil es de derecho privado. Pues bien, los actos ejecutados por un individuo, aunque sean reprobados y castigados por la ley de su país, si son tolerados en el país donde los ejecuta, no llevan sanción alguna. Ese individuo no podría ser castigado, ni nadie lo ha pretendido, por los Tribunales del país donde ejecutó el acto, porque no ha infringido una ley de este país. La ley que él infringió era sin duda personal y no real, y sin embargo á nadie se le ha ocurrido sostener que continuaba ligado por esa ley, no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

obstante su residencia en país extranjero, y que debía ser castigado por los Tribunales de su propio país. En este caso no existe la sanción de escarmiento, y no existe, por consiguiente, la ley penal, ó cesa su fuerza obligatoria. Volvemos á repetir que hablamos en general y salvas las excepciones legítimas, como serían en esta materia la traición contra la patria y otros delitos de esta clase.

Otro tanto, y con mayor razón, hay que decir de las infracciones de la ley civil; cuando no les alcanza la sanción, cesa la fuerza obligatoria de la ley; deja de ser ley, porque no tiene medios como hacerse obedecer; los actos y contratos tienen el vigor y las consecuencias que les acuerda la ley bajo cuyo imperio se ejecutaron ó celebraron, ley que puede y debe amparar su ejecución con la fuerza pública. La infracción de las leyes personales en país extraño no es, pues, falta de gratitud á la patria, ni rebeldía contra sus legítimos superiores, porque la ley es regla de conducta para los actos y contratos que se realicen en el recinto de su jurisdicción, que son los que especialmente está encargada de dirigir y proteger y son los que pueden ofender su soberanía por la infracción de sus mandatos.

La falta de sanción es, pues, el tercer fundamento de la teoría que venimos sustentando, y que defiende la legitimidad de la doctrina en que descansa la disposición del artículo 14.

Pero se ha ocurrido á la *comitas gentium* y á la *reciproca utilitas* para señalarlas como base sólida de la regla que enseña que las leyes personales viajan con el individuo y le siguen obligando en cualquier país extranjero á donde traslade su residencia. Prescindimos de las dificultades que ofrece la distinción entre la simple residencia y el domicilio, y de los diversos matices que pueden ofrecer con ella los derechos y obligaciones civiles en el choque de las leyes de las distintas naciones. Queremos sí demostrar que la urbanidad ó cortesanía es ó se hace inoportuna por la generalidad que se da á la regla; y que no existe ó no se consigue la recíproca utilidad que se persigue, pues al contrario, hay recíproco y grave perjuicio con la extensión ilimitada de esta doctrina.

La urbanidad es inoportuna é ilegítima, cuando viene á favorecer á los extraños con perjuicio de los nuestros. Un Gobierno

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que protege á los extranjeros con detrimento de los nacionales no comprende su misión y quebranta gravemente sus obligaciones. El extranjero merece consideración y protección, pero el máximum á que el soberano puede llegar en este punto es á igualarlos con los regnícolas, jamás á darles preferencia, y mucho menos á favorecerlos con perjuicio de estos últimos. La mejor prueba de nuestra defensa será la demostración que hagamos, de que, lejos de producir la recíproca utilidad la doctrina que combatimos, ella es nociva á los más graves intereses, tanto de la nación donde se quieren aplicar las leyes personales, como de la nación que dictó las dichas leyes.

En efecto, la doctrina que hace viajar las leyes personales obliga á los habitantes del país donde se ejecuta un acto ó se celebra un contrato por un extranjero á conocer en cada caso particular las leyes del país á que él pertenece, para no exponerse á una nulidad ó á producir resultado distinto del que señalan las leyes del país donde tiene lugar la ejecución del acto ó la celebración del contrato.

Las consecuencias de tal doctrina son desfavorables y no es fácil determinar todos sus funestos resultados.

En primer lugar, ella da cabida fácil á una equivocación ó al fraude; no siempre es fácil conocer por el aspecto que es extranjero el individuo con quien tratamos, y difícil es en la mayor parte de los casos conocer su nacionalidad. ¿Quién no ve aquí un medio expedito para cometer un fraude, simulando una falsa nacionalidad el otro contratante?

En segundo lugar, no es fácil que á los habitantes del país donde se ejecuta el acto ó se celebra el contrato se les ocurra que deben tomar en cuenta la nacionalidad de la persona que va á realizar el acto ó el contrato, ó que dicha nacionalidad pueda alterar el valor del acto ó del contrato ó sus resultados jurídicos. Ello sólo puede ocurrírsele á los jurisconsultos ó á los hombres más ilustrados.

En tercer lugar, la doctrina que combatimos obligaría en cada caso á solicitar el dictamen de un abogado, lo que dificulta gravemente la ejecución del negocio con la demora y lo agravaría con el honorario de la consulta, y en muchos casos impediría su realización. No es posible suponer que la generalidad de los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

habitantes de un país conozcan las leyes extranjeras, pues ni la generalidad de los abogados las conocen, y muchos ni siquiera tienen los medios de conocerlas. La celeridad y la expedición en los negocios es hoy día una necesidad imperiosa del comercio y un elemento poderoso en las industrias y en las artes.

En cuarto lugar, sólo en las ciudades muy populosas y muy adelantadas podrían tener lugar los negocios de que tratamos, porque sólo en ellas podrían encontrarse jurisconsultos que tengan conocimiento de las leyes extranjeras ó estén en aptitud de conocerlas; en la mayor parte y casi en la totalidad de los otros pueblos de todo Estado, inclusos los que son cabeceras de importantes secciones territoriales, no es fácil encontrar abogados conocedores de dichas leyes ó que tengan facilidad de conocerlas.

En quinto lugar, el sistema que hace viajar las leyes personales obliga á los Tribunales de un país extraño á juzgar por leyes desconocidas ó que no le son familiares; los obliga á estudiar é interpretar esas leyes aisladamente sin conocer bien el espíritu de la legislación que las anima y complementa; todo lo cual hace peligrar inminentemente el acierto del fallo.

No creemos que éstos sean los únicos inconvenientes del sistema que pretende extender la vigencia de las leyes personales en ajeno territorio; nadie dejará de comprender que ellos refluyen también en los mismos extranjeros á quienes se pretende favorecer con el dicho sistema y que los dejará á menudo inhabilitados para muchos actos de la vida civil y especialmente para muchos contratos de grave importancia, ó les bastará el ejercicio de sus respectivas industrias hasta hacerlos decaer en las empresas más provechosas y benéficas.

No hay, pues, recíproca utilidad en el sistema en que nos venimos ocupando; y mal puede haber urbanidad y cortesanía en hospedar al extranjero, causándole tan grave daño: la *comitas gentium* y la *reciproca utilitas* bien entendidas se encuentran en la regla adoptada en el artículo 14 de nuestro Código, que coloca á los extranjeros en la misma situación que á los nacionales, porque, si las leyes imponen obligaciones, también confieren derechos; y un padre de familia otorga la más cumplida hospitalidad cuando recibe y trata al huésped así como á sus hijos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Nuestro Código Civil, en su artículo 15, aplica en dos casos la regla que extiende el vigor de las leyes personales más allá de la frontera del país; pero sólo respecto de los chilenos y de las leyes chilenas. Esta prudente moderación salva los inconvenientes que hemos señalado á la extensión casi ilimitada que se da á la dicha regla en la escuela francesa.

El primero de esos casos es en lo relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile. El estado de las personas se considera, en la generalidad de las legislaciones, como asunto de orden público, y era natural y legítimo que nuestro Código tomase precaución contra el peligro de que los chilenos burlasen sus mandatos con sólo dar un paso más allá de la línea de la frontera.

En cuanto á la sujeción á la ley chilena relativamente á la capacidad para ejecutar ciertos actos qne hayan de tener efecto en Chile, tampoco existen los graves inconvenientes antes indicados; porque el lugar que se designe para los efectos del acto ó del contrato, hace advertir forzosamente á los que lo ejecutan ó celebran que deben tomarse en cuenta las leyes del dicho lugar; y tanto más justificada aparece esta parte del artículo 15, si se nota su rigurosa limitación, pues que restringe su precepto sólo á la *capacidad* y solo á los actos que hayan de tener efecto en Chile: los demás requisitos y los demás actos quedan fuera del alcance de la ley chilena. También es aplicable aquí la observación que acabamos de hacer, acerca de la justicia que asista á la ley para precaver el peligro de que se burlen sus mandatos por sus nacionales en la misma línea de sus fronteras.

El segundo caso en que el artículo 15 aplica la regla de que tratamos es también sólo para los chilenos y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de cónyuges y parientes chilenos. Las dos restricciones que contiene el precepto no sólo lo ponen á salvo de los inconvenientes que ofrece la regla que sin limitación mantiene el imperio de las leyes personales en ajeno territorio, sino que hacen resaltar su justicia y conveniencia, y evitan que la soberanía extraña pueda quejarse de que se hiera su jurisdicción ó su imperio. Cada país puede y debe mantener

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y proteger el vínculo creado por sus leyes con la voluntad deliberada y explícita de sus nacionales y á favor de los mismos nacionales; porque ese vínculo es tan poderoso para aquel país como el que nace del contrato; y debe mantenerlo favoreciendo sus efectos en cuanto esté á su alcance; sin que esto importe en manera alguna igual obligación para el país extraño adonde traslade su residencia ó domicilio el chileno, ni pueda este país quejarse de atentado contra su soberanía. Los magistrados chilenos harán efectivos los dichos derechos y obligaciones por los medios que ponga á su alcance la soberanía chilena. Las otras naciones no pueden quejarse de que la ley chilena no se preste á respetar y ejecutar en Chile igual regla con los regnícolas de aquellas naciones, puesto que no exige de ellas ni le conviene exigirles análogo servicio, que podría ser desigual ó desproporcionado; porque pudiendo ser muy distintas las leyes extranjeras personales de lo que son las leyes chilenas, podría llegar el caso de que se nos exigiese el apoyo de la autoridad pública chilena, para mantener y hacer efectivas relaciones de familia, inconvenientes ó extrañas á nuestras costumbres y que aun pudieran considerárseles como inmorales. Queda á los tratados el regularizar la reciprocidad.

VII. De intento no hemos hablado en los párrafos anteriores del matrimonio, la institución social de más alta importancia, como que es la base legítima y única de la familia; queríamos dedicarle por esta razón un párrafo especial, haciendo igual cosa con el divorcio, que es la *filoxera* del matrimonio y de la familia, y al que ha servido de tanto apoyo el protestantismo con su rebeldía disolvente en el orden religioso; como la revolución francesa, con su rebeldía no menos disolvente en el orden social y político, y nos ha dado por fruto el matrimonio civil, que ha venido á vigorizar y á popularizar el divorcio.

Nuestro Código Civil reconocía como único legítimo matrimonio, el católico. Hace poco que uno de nuestros gobiernos liberales, aprovechando un momento de inercia de los católicos, ha dictado una ley de matrimonio civil, en la que parodia la legislación de la Iglesia Católica: si la quebranta en algunos puntos de grave importancia, la conserva en su mayor parte. No se han atrevido todavía nuestros liberales á introducir el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

divorcio en la ley del matrimonio civil, sin embargo de que ese es el punto á que van á parar ordinariamente tal clase de leyes; no tenemos, pues, para qué tomar en cuenta en este trabajo la dicha ley de matrimonio civil.

El matrimonio lo califica nuestro Código Civil como un contrato; y la generalidad, (por no decir la unanimidad, que es tal vez más propio) de los jurisconsultos lo estima de la misma manera. En otra ocasión (1) hemos tenido la oportunidad de sostener que sólo impropiamente puede darse al matrimonio ese calificativo, pues que carece de la idea fundamental que constituye el contrato; que el matrimonio rigurosamente es un acto religioso; que así ha sido reconocido por todos los pueblos antiguos y modernos; y ahora nos vemos en el caso de volver á insistir en nuestra opinión.

El matrimonio, hemos dicho y repetimos, no es un contrato, porque carece de la idea fundamental de aquello que constituye todo contrato. Esa idea no es otra sino que la convención ó el concurso de las voluntades sea la causa ó la fuente de las obligaciones. No basta, ciertamente, que haya el concurso de las voluntades de dos ó más personas para que exista un contrato, porque ese concurso de voluntades es sólo un elemento de él. Es cierto que no puede haber contrato sin el concurso de la voluntad de dos ó más personas, pero no siempre que hay concurso de voluntades hay contrato.

José Clemente Fabres

(Continuará) p 448

¿PUEDEN DOS CÓNYUGES ESTIPULAR SU SEPARACIÓN CORPORAL?

Señor Director:

Ya que "el que pregunta no yerra" allá va sobre el tema enunciado, y en consulta á los ilustrados lectores de esa Re-

(1) Discurso sobre el matrimonio civil pronunciado en la Gran Asamblea Católica que se celebró en Santiago de Chile, en los primeros días de noviembre de 1884.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

VISTA, el resumen de las razones por que el infrascrito cree se debe tal cuestión resolver por la afirmativa.

El caso práctico en que la misma se ha presentado, puede resumirse así: dos cónyuges viven hace tiempo separados, es decir, uno en un punto y el otro en otro; últimamente la mujer se presentó pidiendo alimentos, y, antes de entrar en juicio, llegaron las partes á acordar la pensión alimenticia, estipulando también expresamente que vivirían perpetua y absolutamente separadas sus personas, sin desconocer los mutuos deberes y la sociedad conyugal resultantes de su matrimonio, sobre el cual no pensaban en cuestionar.

El señor juez de la causa, antes de aprobar lisa y llanamente tal transacción, pidió sobre ella el dictamen del Defensor de Menores y del Promotor Fiscal; al primero, en virtud de lo dispuesto en los artículos 295 y 296 de la Ley de 15 de octubre de 1875, y á éste, por considerar el señor juez como de divorcio el juicio y cumplir, en consecuencia, lo ordenado en el artículo 27 de la ley de matrimonio civil de 10 de enero de 1884.

Pero ¿era en realidad juicio de divorcio el ventilado? Ahí estaba el expediente contestando desde su carátula la negativa; y en él la petición única y exclusiva de alimentos que había motivado el juicio, en lo que estaban de acuerdo ambas partes.

Evacuada su vista por el Defensor de Menores, fué éste de parecer que se aceptara la transacción de las partes y se diera por terminado el juicio.

Pero el Promotor Fiscal, á quien el señor juez había insistido en oír, no sólo no se abstuvo de dictaminar, sino que pidió el rechazo de la cláusula en que la separación de los cónyuges se estipulaba; fundándose para ello en que ésta equivalía al divorcio perpetuo, el cual no puede ser estipulado.

Al manifestar por qué disiento de tan autorizada opinión, que se me dice ser muy arraigada en dicho funcionario, principiaré por establecer que el divorcio, según nuestro Código Civil establece y según previene terminantemente el artículo 20 de la citada ley de matrimonio civil, divídese en perpetuo y temporal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pues bien, dejando á un lado el segundo, que no viene al caso presente ¿qué es divorcio perpetuo?

Sin duda nuestro Código Civil juzgó inútil dar tal definición; desde que la celebración del matrimonio y el juicio de divorcio los dejaba á la autoridad eclesiástica en sus artículos 117 y 168, pero de cada una de sus disposiciones que se refieren al mismo y más especialmente del artículo 168 citado, se desprende sin lugar á duda que el divorcio significaba para el Código algo más de lo que significaba para la Iglesia; y de ahí por qué los efectos del divorcio los clasificaba en espirituales y civiles, consistiendo aquéllos en la separación de los cónyuges en cuanto á la cohabitación, y éstos en las reglas especiales que la misma ley consigna en cuanto á los bienes de los cónyuges, á su libertad personal y á la crianza y educación de los hijos.

Por su parte, la ley de matrimonio civil colocó en la misma categoría los antiguos efectos del divorcio, de lo cual se deduce que puede decirse del divorcio perpetuo que, sin disolver el vínculo del matrimonio, concluye la vida marital de los divorciados, disuelve en absoluto la sociedad conyugal, somete á reglas especiales la crianza y educación de los hijos comunes y devuelve á los cónyuges cierta parte de su libertad personal.

De lo cual se deduce que, si es verdad que el divorcio no puede ser estipulado, no lo es menos que para que haya divorcio deben coincidir aquellos requisitos, de tal modo que uno de ellos por sí solo no lo puede constituir y que en consecuencia ni la disolución de la sociedad conyugal ni la separación de lechos de los cónyuges serían divorcio si se estipularan separadamente; de la misma manera que no tendríamos el agua si sólo tuviéramos hidrógeno, ni tendríamos el hombre sin la concurrencia del alma y del cuerpo.

Pues bien, en el caso mencionado al principio, nadie pretendía que cesaran las obligaciones y derechos recíprocos de los cónyuges; nadie, dar á la mujer capacidad para actos y contratos que no puede la casada y sí la divorciada ejecutar; nadie, que rigieran reglas especiales la educación de los hijos; nadie, que se liquidara la sociedad conyugal. Ocurre, pues, preguntar: si nadie pretendía esto, si ellos son los caracteres distintivos del divorcio, al punto que sin ellos no lo hay ¿cómo se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

puede sostener que fuera de divorcio el juicio á que dejo hecha referencia?

Vuelvo á repetirlo: si de tres ó cuatro ó más componentes de la especie A, por ejemplo, no tomamos sino uno ¿quién sostendrá que hemos tomado esa especie A? Si está prohibido tomar ésta ¿quién nos argüirá con esa misma prohibición para que no tomemos una sola de las sustancias que puedan entrar en su composición?

Creo que éste puede entenderse que es el caso de mi referencia, en que los cónyuges, muy lejos de estipular divorcio, convinieron sólo en separación de cuerpos, lo que á ninguna ley repugna y lo que nadie puede prohibir, pues no es más que la renuncia del derecho que les concede el artículo 133 del Código Civil.

Muy lejos de pretender se sometiera su matrimonio á reglas especiales, reconocieron el estado normal de él; y ni la mujer se pretendió exenta de la potestad marital, ni el marido renunció el derecho de darle ó nó su acuerdo para los actos en que la casada lo necesite.

Lo único que pretendían, lo repito, era hacer constar su acuerdo de vivir separadamente, convencidos de las molestias que la vida marital les debía acarrear, y esto, lo repito también, no es lo que la ley prohibe, ni puede prohibir.

Y no puede ser de otra manera: bien está que el interés social condene la disolución del matrimonio y los consiguientes cambios en la administración de los bienes; pero no estaría bien que obligara á hacer vida común á cónyuges para quienes tal significaría lo imposible. Porque en muchos casos puede haber altísimas razones de común conveniencia que les aconsejen, no que les aconsejen, que les impongan la necesidad de vivir separados. Y ¿por qué estando los interesados en completo acuerdo sería absurda la ley que los obligara á seguir largo y costoso juicio, ¿para qué? para que se declarara lo mismo que ellos pueden practicar sin necesidad de él?

Bien está que la ley impida la disolución inmotivada de la sociedad conyugal; pero que impida la separación voluntaria de los cónyuges, es imposible. Y sería ley bien curiosa la que no tuviera medios de hacerse obedecer, ó mejor, la que se dic-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tara, nó para ser observada, sino para que se hiciese lo contrario de lo que mandase. Porque es lo cierto del caso que si los cónyuges están acordes en separarse, lo harán, aunque, como en el caso de mi referencia, se les prohiba dejar constancia escrita de lo convenido en fuerza de su propia necesidad.

De lo cual puede deducirse, en conclusión, que el divorcio no puede ser estipulado, pero sí la separación corporal de los cónyuges, lo que, en mi humilde concepto, es cosa bastante diferente.

FRANCISCO MESA TORRES

COMENTARIO DEL ARTÍCULO 483 DEL CODIGO PENAL

(Conclusión)

Los artículos del Código citado que vamos á reproducir aquí demuestran de una manera incontrovertible que el asegurado jamás puede obtener algún beneficio con motivo del contrato de seguro.

"ART. 524. Los establecimientos de comercio, como almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros, y los cargamentos terrestres ó marítimos pueden ser asegurados *con ó sin asignación* específica de las mercaderías y otros objetos que contengan.

"Los muebles que constituyen el menaje de una casa pueden ser también asegurados en esta misma forma, salvo los que tengan un gran precio, como las alhajas, cuadros de familia, objetos de arte u otros análogos, los cuales serán asegurados con designación.

"*En uno y otro caso el asegurado deberá individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo del siniestro.*"

"ART. 525. Habiendo muchos seguros sucesivos celebrados de buena fe en diferentes fechas, *sólo valdrá el primero*, siempre que cubra el valor íntegro del objeto asegurado.

"No cubriéndolo, los aseguradores posteriores responderán

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del valor insoluto según el orden de las fechas de sus respectivos contratos. . . . . "

"ART. 526. Cuando varios aseguradores aseguren conjunta ó separadamente en una misma fecha una cantidad que exceda el verdadero valor del objeto asegurado, *no quedarán responsables* sino hasta concurrencia de ese valor y en proporción de la suma que cada uno de ellos hubiere asegurado . . . . . "

"ART. 532. No es eficaz el seguro sino hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, aún cuando el asegurador se haya constituído responsable de una suma que lo exceda . . . . . "

"ART. 535. Si la póliza no contiene la designación expresa ó tácita de la cantidad asegurada, se entiende que el asegurador se obliga á indemnizar la pérdida ó deterioro hasta concurrencia del valor de la cosa asegurada al tiempo del siniestro . . . . . "

"ART. 540. La cláusula en que el asegurador se compromete á pasar por la estimación que el asegurado haga del daño sufrido, *no produce otro efecto* que el de imponer al primero la obligación de la prueba."

ART. 552. "El asegurador no está obligado á indemnizar la pérdida ó deterioro procedentes de vicio propio de la cosa, de un hecho personal del asegurado ó de un hecho ajeno que afecta civilmente la responsabilidad de éste.

"Sin embargo, el asegurador puede tomar sobre sí, en virtud de una estipulación expresa, los riesgos provenientes de vicio propio de la cosa; pero le es prohibido constituirse responsable de los hechos personales del asegurado...

"Entiéndese por *vicio propio* el germen de destrucción ó deterioro que llevan en sí las cosas por su propia naturaleza ó destino, aunque se las suponga de la más perfecta calidad en su especie."

ART. 556. "El asegurado está obligado: . . . . . .

"7.º Á probar la existencia de todas las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad del asegurador."

ART. 565. "La indemnización á que se obliga el asegurador se regla dentro de los límites de la convención, *sobre la base del valor que tenga el objeto asegurado al tiempo del siniestro*."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las disposiciones legales transcritas no dejan lugar á la menor duda respecto de que el asegurado, con motivo del siniestro, sólo tiene derecho á la mera indemnización del daño ó pérdida que hubiere sufrido.

Existen en nuestra legislación mercantil reglas expresas y tan claras, que no se prestan á comentarios de ninguna clase, que son contrarias á la creencia de que el seguro pueda ser un motivo de ganancia ó provecho para el comerciante que experimenta el siniestro del incendio de su establecimiento comercial.

Aparte de lo anterior, hay también otras consideraciones que se desprenden de la naturaleza misma del contrato de seguro.

Si se acepta la teoría de que el comerciante puede lucrar con ocasión del incendio de su casa ó establecimiento, nada más frecuente será ver que, en virtud de la presunción del artículo 483 del Código Penal, se castiguen como presuntos incendiarios, á comerciantes honrados y que efectivamente son inocentes del crimen por que han sido condenados, y, por el contrario, se deje impunes á los que en realidad cometen el delito. Así, por ejemplo: B., comerciante antiguo y de lo más honorable de Valparaíso, pero que ha sido poco afortunado en el comercio de esa plaza, resuelve establecerse en Santiago, y al efecto compra mercaderías por valor de 40,000 pesos. Una compañía de seguro, en vista de las facturas y de la mercadería que está toda encajonada, toma sobre sí toda clase de riesgo de esa mercadería por su verdadero valor de 40,000 pesos y por el término de seis meses.

En Santiago, B. cambia de suerte de tal modo que á los dos meses después de establecido, ya no tiene una existencia sino por un valor de 18 á 20,000 pesos, y no ha sido posible en ese tiempo renovar el surtido; en estas circunstancias, por cualquier accidente fortuíto, se incendia el almacén ó tienda de B. Como el contrato de seguro estaba vigente por 40,000 pesos y á la fecha del incendio, según sus libros, que había llevado con toda honorabilidad y en todo conforme á las prescripciones legales, no tenía en mercaderías sino 18 á 20,000 pesos, B. es condenado á presidio por diez ó quince años por el hecho de haber vendido su mercadería, aunque para eso la había comprado,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

puesto que no ha ejecutado ninguna otra acción que haya sido la causante de su repentina desgracia de verse condenado á pasar largos años en los calabozos de una penitenciaria. Luego B. es condenado nada más que por haber ejecutado un acto lícito al cual estaba dedicado y por lo que se iba á proporcionar su bienestar: por vender mercaderías.

Según el artículo 524 del Código de Comercio, el comerciante que tiene un almacén puede asegurarlo sin designación de la mercadería que contenga, porque es difícil hacer una designación precisa de las cosas aseguradas, y además porque las mercaderías ú objetos, materia del seguro, por su naturaleza están expuestas á experimentar cambios, ya sea de valor ya de número, de modo que en un día determinado en el almacén que está asegurado en 100,000 pesos puede haber efectivamente ese valor; pero en otros días puede haber más y puede haber menos.

Por lo general, todos los establecimientos de comercio que se determinan en el art. 524 citado, se aseguran sin designación de las mercaderías y los comerciantes dueños de esos almacenes, tiendas, bazares, etc., están expuestos, por el hecho de tener asegurados sus establecimientos, como se lo permite el artículo mencionado, á ser procesados criminalmente á consecuencia de un siniestro y quién sabe cuántos serán condenados inocentemente, porque han tenido la desgracia de que se les quemase su establecimiento, lo que, en el mejor caso de que los aseguradores les indemnicen el daño íntegro que hayan experimentado, sólo puede traerles las molestias consiguientes para volver á establecerse y la paralización de trabajo mientras dura el proceso criminal y mientras consigue establecer de nuevo otra negociación.

Por el contrario, el que pretenda lucrar sólo tiene que preparar convenientemente sus libros, como se decía en la discusión del artículo en el Senado, para lo cual le bastará anotar en los libros todas las compras de mercaderías y no hacer las anotaciones de las ventas ó salidas, y en caso de hacer algunas, verificarlo sólo en una proporción insignificante; v. g., si vende 100 pesos diarios, anotar sólo 25 ó 30. De esta manera, después de haber vendido casi toda la mercadería, los libros de contabili-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dad prueban que en el negocio incendiado había una existencia, al tiempo del siniestro, tres ó cuatro veces superior á la que efectivamente existía. Tiene, en consecuencia, el comerciante en su propia mano los medios para salvar su responsabilidad cuando quiere realizar un incendio.

Cualquiera persona que quiera hacer mal á un comerciante, ya sea por enemistad, ya por venganza ó por cualquier otro móvil, tiene la mayor facilidad para efectuarlo. Nada más fácil es saber en cuánto está asegurado un negocio cualquiera. Con este dato no hay más que observar el estado de la negociación y cuando la crea desfavorable, en vista de la presunción del artículo 483 del Código Penal, el individuo que pretende hacer el mal prende fuego al almacén, tienda, bazar, etc., con la seguridad de que su dueño será reducido á prisión y sometido al proceso criminal correspondiente, y en la inteligencia de que la justicia no alcanzará jamás á él, puesto que la investigación judicial se limita únicamente á establecer la culpabilidad ó inocencia del comerciante cuya negociación se ha incendiado. Luego el que ha sido víctima de la mala voluntad de otro individuo, es llevado á una prisión y probablemente será condenado á presidio, siendo completamente inocente del hecho que se le imputa, y el verdadero criminal, después de haber cometido el crimen, continúa gozando de los efectos de su acción, seguro de que jamás será descubierto, porque ni la justicia ordinaria ni la opinión pública para nada se preocuparán de él, sino únicamente de su víctima.

De la historia fidedigna del artículo que analizamos se deduce que una vez que el comerciante presenta los libros de la contabilidad de su negocio, cesa ó debe cesar al momento la responsabilidad que dicho artículo le impone, porque lo que se ha querido evitar con esa disposición legal es que el comerciante no presente los libros para dejar á oscuras el estado de la negociación y burlar así á los acreedores, valiéndose para ello del medio de destruírlos en el incendio de su casa ó establecimiento.

Presentados los libros de la contabilidad, el comerciante, dueño del establecimiento incendiado, ha cumplido con la intención ó espíritu del artículo 483 del Código Penal, y por consi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

guiente la presunción legal que estatuye el referido artículo 483 la destruye con la sola presentación de los libros.

Si el comerciante tenía en su negociación menos mercaderías que el valor que indiquen las pólizas de seguros, se originaría de esto cuestiones que deben ventilarse entre los aseguradores y el asegurado; si el activo del negocio era inferior al pasivo, los acreedores indudablemente, y aún el mismo fallido, ejercitarán los derechos que el Código de Comercio les franquea para obtener el pago de los créditos, y todas las cuestiones que se originasen por esto serían materia del juicio de quiebra.

Lo manifestado en el espíritu del artículo 483, las disposiciones del Código de Comercio que hemos transcrito y las observaciones precedentes inducen, pues, á rechazar la idea de que el seguro puede ser un motivo de provecho para el comerciante que ha experimentado el siniestro del incendio de su negocio.

Luego el único provecho que puede obtener un comerciante con ocasión del incendio de su casa ó establecimiento es el que está determinado expresamente en la historia fidedigna del artículo 483; esto es, cuando el comerciante que se halla en estado de cesación de pagos, prende fuego á su negocio con el objeto de poder decir después que sus libros de contabilidad, donde constaba el estado de la negociación, han sido destruídos por un accidente fortuito para salvar, por este medio, las responsabilidades de una quiebra que habría sido declarada culpable ó fraudulenta en vista de ellos.

VII. La ley permite al comerciante justificar el ningún provecho que le reportaba el siniestro del incendio de su casa ó establecimiento por medio de *sus libros, documentos ú otra clase de prueba.*

Hemos visto en el número precedente que la Comisión Redactora del Código Penal rechazó la indicación de uno de sus miembros, el señor Gandarillas, para que se permitiera al comerciante justificar su inocencia por cualquier medio probatorio, estableciendo en el artículo aprobado por ella que la presunción legal solamente podría destruírse con la prueba de los libros de contabilidad del mismo comerciante ó con prueba documental.

Impugnado el artículo del Proyecto en la discusión habida

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en la Cámara de Senadores, se hizo indicación por el señor Lira para que se agregasen al artículo del Proyecto estas palabras: "ú otra clase de pruebas" y fué aprobado con la modificación propuesta.

Es indudable, pues así se dijo expresamente en el Senado, que lo que se tuvo en vista para hacer la agregación mencionada, fué dar facilidades al presunto delincuente para que pudiese probar su inculpabilidad en el crimen de que se le presume autor, y que esa prueba pudiera producirla, no sólo por medio de sus libros y documentos, sino también por medio de testigos ó cualquier otro que las leyes reconozcan como valedero y eficaz.

Sin embargo, de la redacción del artículo surgen algunas dificultades acerca de la naturaleza de la prueba que debe rendirse y cuya solución procuraremos dar suscintamente.

La prueba que se rinda, ¿debe tener por objeto solamente justificar el ningún provecho que resultaba del siniestro ó podrá referirse también á hechos ó circunstancias que de algún modo comprueben la inocencia del procesado?

La letra del artículo 483 determina, sin duda, que la prueba debe limitarse á justificar la no existencia de provecho ó lucro por parte del comerciante acusado; mas, los términos generales de la frase *ú otra clase de pruebas* y la facultad que tienen los jueces de apreciar la prueba y de condenar ó absolver, según su conciencia, por la ley de 3 de agosto de 1876, nos inducen á creer que se debe producir toda clase de prueba que tienda á destruír la presunción legal que pesa sobre el comerciante, ó sea, este último puede producir toda prueba que demuestre la existencia de todos aquellos hechos ó circunstancias que justifiquen su inocencia en el crimen que la ley le imputa.

Sucede, por ejemplo, que se incendia el establecimiento de comercio de X, individuo que había trabajado en ese negocio más de treinta años con la mayor constancia y honorabilidad; el incendio le quema los libros de su contabilidad, donde constaba el buen estado de la negociación y que no tenía acreedores. El mejor medio probatorio que en tal caso tendría, sería el de establecer que no tenía acreedores, y esto no lo puede realizar, porque no tiene sus libros; sin embargo, la ley le da todo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

medio probatorio y le exige que pruebe lo que no puede probar. ¿Será, en verdad, ésta la exigencia de la ley? ¿Ó le permitirá destruír la presunción por medio de la prueba de su buena conducta anterior, que fácilmente puede producir, de la misma manera que esta prueba de la buena conducta es considerada por el artículo 454 del Código suficiente para destruír la presunción establecida contra aquél en cuyo poder se encuentra una cosa robada ó hurtada?

La analogía, la justicia y la equidad imponen esto último.

Ahora, supongamos que, encontrándose en la misma imposibilidad para rendir prueba acerca del ningún provecho que resultaba del siniestro, tuviese el procesado la prueba de la coartada, ó sea, de la circunstancia de haberse hallado ausente del lugar del incendio el día y en los momentos en que ocurrió, ¿se rechazaría esta prueba, admitida desde tiempo inmemorial como el mejor justificativo de la inocencia de un procesado, en fuerza de que ella no tiende á probar el ningún provecho resultante del incendio? Hacerlo, sería retroceder á los tiempos de barbarie y de ignorancia.

En la hipótesis de que por el artículo 483 no se debiera admitir semejante prueba, la ley de 3 de agosto citada anteriormente, autoriza á los Tribunales para considerarla bastante y para pronunciar, en mérito de ella, la sentencia absolutoria correspondiente.

La ley ¿ha establecido algún orden según el cual deban producirse ó usarse los diferentes medios probatorios, al decir: *si no justificare con sus libros, documentos ú otra clase de pruebas;* ó faculta al comerciante acusado para que use indistintamente y según viere convenirle de cualquiera de esos medios probatorios para hacer su defensa?

Creemos que lo segundo es lo que estatuye el artículo 483, porque bien pudo el comerciante haber llevado mal sus libros ó por inconvenientes de distinta naturaleza haber paralizado la contabilidad durante los dos, tres ó cuatro meses anteriores á la fecha del incendio, y por consiguiente, la prueba que suministrasen los libros, fuese no sólo inexacta en cuanto á lo que se pretendía justificar, sino también perjudicial á la defensa del acusado. En este caso, si la ley estableciera lo primero, se exi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

giría al mismo acusado que rindiese prueba que viniera á confirmar las presunciones establecidas en su contra, á justificar la acusación criminal deducida y á proporcionar los medios que servirían para su condenación; lo que evidentemente es absurdo.

No han faltado quienes piensen que la prueba documental, es la requerida por la ley con preferencia á cualquiera otra, y que las de otra clase se admiten en último término ó en defecto ó como complemento de aquélla (1).

El contexto literal del artículo 483 manifiesta de un modo muy claro que semejante prioridad no existe, puesto que la frase *ú otra clase de pruebas* da al procesado, sin restricción de ninguna especie, todos los medios probatorios que están á su alcance á fin de que demuestre su falta de provecho resultante del siniestro.

Por otra parte la Comisión Redactora quería, y así lo resolvió, que el comerciante acusado por presunto autor del incendio ocurrido en su almacén, tienda, fábrica, etc., pudiese justificar el ningún provecho que le resultaba del incendio únicamente por medio de estas dos clases de pruebas: ó por medio de sus libros de contabilidad, ó por medio de documentos; y por eso hizo la determinación de estas dos clases de pruebas en el artículo aprobado por ella. Mas la agregación que el Legislador hizo de la frase *ú otra clase de pruebas* dejó sin efecto aquella determinación ó restricción de pruebas, y en consecuencia, el comerciante acusado del delito presunto de incendio, quedó facultado para probar su inocencia por los mismos medios que puede probarla el acusado de cualquier otro delito.

VIII. La jurisprudencia uniforme de los juzgados y tribunales superiores de la República acerca de la naturaleza de la responsabilidad establecida en el artículo 483 del Código Penal, demuestra que ésta es criminal.

El considerando 8.º de la sentencia número 2404, página 548 de la *Gaceta de los Tribunales* de 1888, dice lo siguiente: "Que esa responsabilidad, si bien puede ser la de autor respecto de

(1) Véase la consideración 6.ª del voto especial de la sentencia número 3376 del año 1888.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Etchegoyen, en cuanto á Couchot, apreciados los hechos y antecedentes que revela el proceso con la libertad de criterio que consagra la ley de 3 de agosto de 1876, *especialmente la circunstancia de haberse hallado ausente á una considerable distancia desde diez días antes hasta uno después de aquél en que tuvo lugar el incendio*, sólo podría serle aplicable la de CÓMPLICE. Este fundamento que sirvió de base para imponer al reo Couchot la pena de cinco años y un día de presidio, adolece no sólo del defecto de hacer responsable como cómplice á un individuo en virtud del artículo 483 del Código Penal, el cual, como lo hemos dicho, hace recaer la responsabilidad sólo en contra del *presunto autor ó autores*, sino también se ha desentendido y violado aquella noción fundamental que se denomina en el lenguaje forense *la coartada*, y que sigue principalmente en materia criminal, desde que se ha tenido especialmente en vista para considerar cómplice á Couchot y condenarlo como á tal la circunstancia de haberse hallado ausente del lugar del delito, ó sea, haber estado físicamente imposibilitado para ser cómplice ó haber tenido alguna participación en la consumación del delito.

Por el contrario, las sentencias número 62, página 42 de la *Gaceta* de 1885; número 2773, página 1674 de la *Gaceta* de 1885 (considerando 3.º de la sentencia de la Excma. Corte Suprema); y la número 1394, página 1132 de la *Gaceta* de 1888, se han fundado, para absolver á los procesados, precisamente en la circunstancia de haberse encontrado ausentes del lugar del siniestro en el día en que ocurrió.

Aplicaciones tan diversas y que pueden producir funestísimos resultados tiene que experimentar una ley cuya letra no guarda armonía con las demás disposiciones en que se halla contenida, ni con el propósito que se ha tenido para dictarla.

En la sentencia número 2, 706, página 1,613 de la *Gaceta* de 1885, considerando último de la sentencia de segunda instancia, se considera á uno de los procesados como responsable de tentativa del crimen de incendio, y parece que lo condenó teniendo presente sólo la ley de 3 de agosto de 1876, sin tomar en consideración la presunción del Código Penal; pero al confirmar en parte la sentencia del juez *a quo*, parece también que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dejó subsistente la cita del artículo del Código hecha por este último, lo que importaría una mala aplicación del artículo mencionado, desde que la tentativa no puede presumirse.

En la sentencia número 4,429, página 1,854 de la *Gaceta* de 1878, á pesar de que en la relación se dice que no se quemó sino una pieza de la botica de Fabian y Compañía, se encuentra el siguiente considerando: "Que con la investigación que se ha practicado no ha podido descubrirse el origen del incendio, ni su autor."

En la sentencia número 675, página 381 de la *Gaceta* de 1882 se establece: "Que no aparece claramente de autos cuál haya sido la causa precisa que originó el incendio de que se trata, y sin que sea posible adelantar más á este respecto la investigación."

El primer considerando de la sentencia número 74, página 55 de la *Gaceta* de 1885, dice: "Que no está probado en autos la causa precisa del amago de incendio de que se trata, ni la persona que lo causó."

Estas consideraciones manifiestan la confusión que se ha hecho del origen del incendio con su causa. Desde que el incendio sólo ha tenido lugar en el reducido espacio que ocupa una pieza y sólo ésta ha sido quemada por el fuego, como se dice en la relación de la primera de las sentencias indicadas, es evidente que el incendio ha debido tener su principio ú origen en esa pieza, y todo lo demás que se procurase investigar tendería á descubrir la causa del incendio.

Las dos últimas consideraciones, según las mismas palabras que se emplean en ellas, dejan ver que lo que se trataba de averiguar era la causa del incendio y no su origen.

Creemos que los jueces no tienen para qué averiguar la causa de un incendio cuando se trate de aplicar el artículo 483 del Código Penal, puesto que la ley presume que ha sido causado intencionalmente por el comerciante dueño del establecimiento incendiado, debiendo concretarse la investigación judicial á descubrir el punto inicial del fuego ó el lugar donde tuvo su origen ó principio.

En casi la totalidad de las sentencias en que se ha aplicado el artículo 483 del Código Penal, desde el año 1876 hasta la fe-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cha, se ve que el provecho que puede obtener un comerciante con motivo del incendio de su casa ó establecimiento comercial es el que puede resultarle por el pago de la suma en que tenía asegurado su negocio, jurisprudencia que está en abierta contradicción con las prescripciones del Código de Comercio que hemos transcrito anteriormente.

La sentencia número 3,237, página 1,935 de la *Gaceta* de 1885, toma en cuenta para absolver al procesado sólo el monto del activo, sin que nada deje entender respecto del provecho ó lucro, cuya no existencia debió haberse comprobado.

Las sentencias números 651, página 403 de la *Gaceta* de 1881; 675, página 381 de la *Gaceta* de 1882; y 1,530, página 827 de la *Gaceta* de 1883, contienen respectivamente los siguientes considerandos: "5.º Que aunque las pólizas de seguro á favor de Galletti ascienden á la cantidad de ocho mil pesos, atendiendo á lo expuesto por los representantes de la Compañía de seguros que dieron esas pólizas, en acta corriente á fs. 30 vuelta, resulta que para hacer el pago de la cantidad asegurada es menester que el asegurado justifique la existencia de los valores perdidos en el día del siniestro, y, por consiguiente, Galletti no podrá obtener provecho alguno del seguro, por cuanto ni las mercaderías que perdió ascienden á ocho mil pesos, ni estaban asegurados los armazones y útiles del despacho, avaluados en tres mil pesos"; "Que al mismo señor Arnouil no le afecta en este caso la responsabilidad que el artículo 483 del Código Penal hace pesar sobre "el comerciante en cuya casa ó establecimiento tiene origen un incendio, si no justificare con sus libros, " documentos ú otra clase de pruebas que no reportaba provecho " alguno del siniestro", por cuanto, aunque consta de autos que el incendio comenzó por la tienda sastrería del señor Arnouil, y aunque no se ha probado legal y suficientemente que, á la fecha del incendio, hubiere en la tienda un valor en mercaderías ó existencias equivalentes á la cantidad en que esa tienda estaba asegurada, ó á la parte aun insoluta del precio de compra de esas mismas existencias; sin embargo, tampoco consta de autos que don Julio Arnouil reporte precisamente algún provecho con motivo de ese incendio, puesto que el único provecho que en el caso presente podría resultarle sería el proveniente de la can-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tidad que abonen los seguros; pero éstos, según las declaraciones de fs. 16, le pagarán tan sólo con relación al valor de la existencia que realmente haya tenido en la tienda al tiempo del siniestro.

"5.º Que, según la estipulación contenida en las pólizas de seguro por valor de 105,000 marcos alemanes presentadas en esta segunda instancia, el asegurado sólo tiene derecho para ser indemnizado de la cantidad existente en mercaderías á la fecha del incendio."

Las dos primeras consideraciones, si bien se acercan en algo á la verdadera teoría del provecho que puede obtener el comerciante mediante el incendio de su casa ó establecimiento, adolecen, sin embargo, del defecto de fundarse, para aseverar que el contrato de seguro no reportaba á los reos beneficio alguno, en el dicho de una de las personas contratantes, los aseguradores.

El considerando de la tercera sentencia citada, indudablemente es mucho más arreglado á Derecho que el de las sentencias anteriores, pues en él se tiene presente un acto que tiene base legal, el contrato, y que se ha verificado con anterioridad al hecho del incendio.

En la sentencia número 2,404, página 548 de la *Gaceta* de 1888 nótase que la sentencia de primera instancia sólo tuvo en consideración para condenar á los procesados el provecho que éstos iban á reportar mediante el pago de la suma en que tenían asegurado el negocio, y la de segunda agrega la del estado del activo y del pasivo de la sociedad de hecho, de que eran socios los reos, pues por los considerandos 1.º, 3.º, 4.º y 5.º se establece cuál era el monto del activo y del pasivo y en qué estado se encontraba la negociación.

El voto especial de la sentencia, á que hemos hecho referencia últimamente, dado por el distinguido é ilustrado Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, señor don Ramón Escobar, es lo primero que se encuentra en la *Gaceta de los Tribunales* acerca de la verdadera inteligencia del artículo 483 del Código Penal. Su reproducción aquí se hace, pues, necesaria.

Es como sigue: "En la causa seguida contra don Domingo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Couchot y don Juan Etchegoyen, el infrascrito estuvo por absolver á los reos de la acusación, y revocar, en consecuencia, la sentencia apelada, teniendo para ello los motivos que en seguida se expresan:

"1.º Que el incendio de un establecimiento comercial, ya sea que consuma total ó parcialmente las existencias, ya que sólo ocasione el deterioro de ellas, importa siempre para el dueño una pérdida, que puede ser mayor ó menor según sean los valores consumidos ó la importancia del daño, pero que en todo caso es apreciable;

"2.º Que en el caso presente el único hecho ó circunstancia que pudiera inducir la creencia de un provecho para los reos, resultante del incendio de su despacho de abarrotes, etc., sería la contratación del seguro celebrado por Couchot y de que dan constancia las pólizas exhibidas en segunda instancia, en las cuales se fija en quince mil pesos el valor de las mercaderías aseguradas, si el asegurador estuviera obligado á pagar esa suma aun cuando el valor de las mercaderías existentes en el momento del siniestro fuera inferior á ella;

"3.º Que, según lo dispuesto en el artículo 517 del Código de Comercio, "el seguro, respecto del asegurado, es un contrato de " mera indemnización y jamás puede ser para él la ocasión de " una ganancia;" según el artículo 524, háyase hecho ó nó en el contrato la designación específica de las mercaderías ú otros objetos contenidos en los establecimientos que han sido materia del seguro, "en uno y otro caso el asegurado deberá individua- " lizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor " al tiempo del siniestro", salvo el caso del artículo 540, cuando el asegurador se compromete á pasar por la estimación que el asegurado haga del daño sufrido, pues en virtud de esta cláusula el *onus probandi* pasa al asegurador, y finalmente, según el artículo 565, "la indemnización á que se obliga el asegurador, " se regla, dentro de los límites de la convención, sobre la base " del valor que tenga el objeto asegurado al tiempo del siniestro;"

"4.º Que la cláusula á que se refiere el citado artículo 540 no figura en las pólizas, y aunque existiera allí, nunca el asegurado tendría derecho á otra cosa que á la indemnización del daño

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sufrido, y la indemnización no constituye una ganancia, lucro ó provecho para el que ha sufrido el daño;

"5.º Que, atendida la terminante prohibición del artículo 517 del Código de Comercio y los fines que parece haber tenido en mira, esto es, evitar la perpetración de un crimen con el fin de lucrar, toda estipulación que haga salir el seguro de los límites de la mera indemnización para convertirlo en medio de ganancia para el asegurado, cualquiera que sea su importancia, sería absolutamente nula, según lo dispuesto en los artículos 1466 y 1682 del Código Civil.

"6.º Que, dados estos antecedentes y en la hipótesis de que los reos estuvieran en falencia en la época del siniestro, la destrucción de parte de las mercaderías por un incendio voluntario sólo habría producido el efecto de disminuir ó dar otra forma al activo sin alterar el pasivo;

"7.º Que respecto de Etchegoyen hay además la circunstancia especial de que el seguro en ningún caso podría aprovecharle, por cuanto contratado por Couchot y en favor del mismo Couchot, sólo podría corresponder á éste, según lo prescrito en el inciso final del artículo 519 del Código citado, el beneficio del seguro; y

"8.º Que, no resultando provecho alguno á los reos del incendio de que se trata en el proceso, no existe el motivo de la presunción establecida en el artículo 483 del Código Penal.—Concepción, 8 de Octubre de 1888.—*R. Escobar.*"

Por último, la sentencia número 3376, página 1310, de la *Gaceta* de 1888, es la que ha venido á establecer de un modo bastante claro, no sólo la verdadera idea ó teoría del provecho que puede resultar á un comerciante con ocasión del incendio de su negociación, sino también la inteligencia que debe darse al artículo 483 del Código Penal.

La sentencia de primera instancia contiene los siguientes considerandos: "4.º Que tanto de los libros de contabilidad de la casa de José Garretón y Compañía, según el informe emitido por la comisión encargada de examinarlos, cuanto de los numerosos y respetables testimonios que á este respecto suministra el proceso, aparece de manifiesto que, lejos de encontrarse la ne-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gociación en una situación crítica ó desfavorable, de tal manera que un incendio hubiese podido serle provechoso para salvar compromisos con sus acreedores ó para lucrarse bajo cualquier otro respecto, llevaba una marcha activa y próspera de tal suerte que los créditos existentes á favor de la casa y los bienes particulares del socio gestor cubrían con exceso todas las deudas sociales, y las mercaderías incendiadas venían á constituir el haber líquido y saneado de la sociedad, la cual hasta entonces había duplicado su capital;

"5.º Que no es del caso entrar á apreciar si la suma de treinta mil pesos que importan los diversos seguros vigentes á la fecha del incendio excedía ó nó al valor de éstas, ya que en ningún caso el acusado habría podido reportar provecho alguno de esos contratos mediante un incendio; puesto que en las respectivas pólizas mandadas traer á la vista para mejor proveer, según el decreto de fs. 361 vuelta, y transcritas á fs. 363 en la parte conducente, *se establece en armonía con las disposiciones del Código de Comercio que gobiernan esta clase de contratos:*

"Que el seguro no puede ser jamás objeto de lucro ó beneficio para el asegurado, sino una indemnización de las pérdidas efectivas que experimente;

"Que, en caso de siniestro, el asegurado debe individualizar los objetos asegurados y justificar su existencia y valor al tiempo en que aquél tenga lugar;

"Y finalmente, que en cumplimiento de esta obligación debe el asegurado presentar á la Compañía aseguradora, dentro de ciertos plazos después de ocurrido un siniestro, una declaración escrita de las pérdidas que hubiese sufrido, justificando plenamente la causa presunta del fuego, la existencia de los efectos asegurados y su verdadero valor al tiempo del siniestro."

Ambas consideraciones fueron tenidas presentes también por la mayoría legal del Tribunal Superior que confirmó la sentencia del juez *a quo.*

La sentencia número 260, página 119 de la *Gaceta* de 1878, establece el considerando siguiente: "Que el reo ha justificado también que, durante más de diez años que gira en esta plaza, ha gozado siempre el mejor crédito;" con lo cual tanto el juez de primera instancia como la Excelentísima Corte Suprema

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

consideraron suficientemente destruída la presunción del artículo 483 del Código Penal.

La sentencia número 867, página 511 de la *Gaceta* de 1885, dice: "Y considerando que la investigación no puede ir por ahora más adelante respecto al origen del incendio, que la falta del libro de balance sólo sería un cargo contra Pacheco, tratándose de una quiebra."

La última parte de este considerando manifiesta que, para los efectos de la presunción del artículo 483 del Código Penal, nada indica que el comerciante tenga ó nó todos los libros que la ley exige, ni tampoco que los haya llevado bien ó mal, de manera que, en el caso de encontrarse bajo el peso de la presunción del artículo tantas veces citado, puede renunciar ó no producir la la prueba de sus libros, si así lo estima conveniente á su mejor defensa.

Ilegal é incorrecta es, á nuestro juicio, la práctica que tienen los jueces de tomar, en los momentos mismos de un incendio de algún establecimiento comercial, los libros de contabilidad del negocio incendiado con el objeto de hacerlos examinar por comisiones de peritos que ellos mismos nombran de oficio y muchas veces sin conocimiento ni intervención alguna de la persona ó personas dueños de esos libros.

Los libros que llevan los comerciantes en conformidad á la obligación que les imponen los artículos 25 y 30 del Código de Comercio, son exigidos solamente por ese Código; su número, manera de llevarlos, su mérito probatorio, los efectos y responsabilidades de los que no tienen los libros que les corresponde llevar, están determinados en el mismo Código.

El artículo 41 prohibe terminantemente hacer pesquisas de oficio para inquirir si los comerciantes tienen ó nó libros, ó si están ó nó arreglados á las prescripciones legales, y el artículo 42 prohibe igualmente á los Tribunales ordenar, de oficio ó á petición de parte, la manifestación y reconocimiento general de los libros, salvo en los casos siguientes, en los cuales la manifestación y reconocimiento indicados puede exigirse judicialmente: tratándose de una sucesión universal, comunidad de bienes, liquidación de sociedades legales ó convencionales y en caso de quiebras.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El caso de incendio no está comprendido entre las excepciones, luego la regla general es la que rige para él. Si á esto se agrega lo dispuesto en el inciso final del artículo 43, que dice que "sólo los jueces de comercio son competentes para verificar el reconocimiento de los libros," es claro que los jueces del crimen, que conocen del delito de incendio, no pueden ordenar la manifestación, ni tampoco hacer el reconocimiento de los libros de un comerciante.

Para lo único que podrían ser competentes los jueces del crimen, con relación á los libros de los comerciantes, en el caso de tratarse del delito previsto en el artículo 483 del Código Penal, sería para ordenar que se tomasen medidas precautorias para asegurar el verdadero mérito probatorio de los libros, si se quisiera hacer uso de ellos por parte del individuo ó individuos responsables, ya que el Código Penal, al dar fe á esos libros, no ha determinado los requisitos ó condiciones que debieran tener para que la prueba que suministren se admita como verídica é incontrastable.

Una última observación nos sugiere el procedimiento judicial cuando se trata del caso de incendio previsto en el artículo 483 del Código Penal, y es que, durante el sumario, no se limitan los jueces á averiguar el origen del incendio, sino que también inquieren por todos los medios que están á su alcance el estado de la negociación haciendo producir pruebas, ya documental, yá testimonial, que viene á hacer imposible, ó á lo menos mucho más difícil, la que pueda rendir el comerciante cuando ha sido acusado, esto es, en el plenario.

Esa práctica, que pone en mano de los jueces medios que pueden llegar á ser funestísimos y que coloca á los comerciantes en una situación bien poco halagadora, pues quedan á merced de la buena ó mala disposición que les tengan, juzgamos que no debiera existir, y que cuanto antes debiera suprimirse en bien de la misma magistratura, no sólo por las consideraciones á que ella da origen en contra de los que la aplican, sino también porque no se apoya en ningún precepto legal; puesto que, según el artículo 483 del Código Penal, de donde podría derivarse, corresponde al juez averiguar y dejar comprobado hasta donde sea posible el origen del incendio: habiéndose establecido

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que el fuego ha tenido su principio en la casa ó establecimiento de un comerciante, debe acusársele criminalmente, fundando la acusación en el solo hecho del origen del fuego; una vez verificado esto último, corresponde al reo justificar su inocencia por la comprobación de la circunstancia de no haber podido reportar provecho alguno del siniestro; si rinde prueba justificando esto último, destruye la presunción que sirvió de base á la acusación y debe pronunciarse su absolución; si no comprueba esa circunstancia, ya porque la prueba que ha producido es insuficiente ó porque no ha producido ninguna clase de prueba, debe condenársele, en virtud de la presunción del artículo citado, por el solo hecho comprobado de haber tenido origen el incendio en el establecimiento de su propiedad.

JUAN FRANCISCO PRIETO Y REYES

HOMICIDIO Ó LESIONES

Con verdadero placer hemos leído en el número 7 del tomo IV de la REVISTA FORENSE CHILENA un artículo en el cual el autor se esfuerza en demostrar que no es necesaria la intención de matar, ni la circunstancia de que las heridas sean de necesidad mortales, para constituir el delito de homicidio voluntario. Á pesar de la brillante defensa que el autor hace de sus opiniones, encontramos que sus doctrinas son demasiado absolutas y conducen á consecuencias que están en pugna con la filosofía de las penas, y como nuestra profesión de médico-cirujano nos proporciona á menudo ocasión de intervenir en asuntos de lesiones con éxito letal, nos permitimos apuntar algunas observaciones sobre esta materia con la reserva de que de ninguna manera creemos infalibles nuestras opiniones, y que sólo nos parecen las más adaptadas al espíritu de la legislación penal, tomando en cuenta las leyes físicas que rigen nuestra existencia y que en circunstancias especiales determinan nuestra muerte.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

I

El autor del aludido artículo clasifica los homicidios en voluntarios é involuntarios, y dice que para constituir el delito de homicidio voluntario sólo se necesita que la muerte de un hombre sea causada por otro voluntariamente, bastando en consecuencia, el hecho material de la muerte por una parte, y por otra la intención de dañar, aunque esta intención no se extienda al ánimo de quitar la existencia á un individuo; de manera que sólo se debe considerar homicidio involuntario aquél en el cual falta, no sólo la intención de matar, sino también la intención de dañar. Aunque este principio ha sido adoptado por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, no se puede sentar en absoluto, pues hay casos en los cuales es evidente la intención de no matar ni de inferir lesiones graves que pudiesen producir la muerte, y en estos casos no se debe calificar el hecho de homicidio voluntario, sobre lo cual pasamos á tratar. El Código Penal no ha definido la palabra "homicidio," por lo que debemos tomarla en su sentido natural y obvio, según el uso general de la misma palabra. El artículo 391 dice: "El que mate á otro," etc. Matar es dar la muerte ó quitar la vida con ó sin intención de matar; y según esto, nuestros Tribunales han concluído que las lesiones inferidas sin intención de matar, pero que han producido necesariamente la muerte, son verdaderos homicidios. Pero, por otra parte, no se puede negar que para que haya responsabilidad por parte del reo, es necesario además del cuerpo del delito ó de la real comisión del hecho, el constituyente elemental de todo delito: la voluntad de cometerlo.

Surge, en consecuencia, la cuestión de si tiene ó nó voluntad de cometer delito de homicidio todo aquel que causa la muerte de una persona aun sin intención de matar ó de inferir lesiones mortales, sólo con el ánimo de dañarla de cualquiera manera, verbigracia, el que irritado por una ofensa toma un taco de billar y con un golpe en la cabeza mata instantáneamente á su ofensor, hecho que ocurrió en Santiago hace algunos años.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha sido considerar homicidios tales delitos y aplicar la p na del artículo 391, que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

designa como mínimo de la pena presidio mayor en su grado mínimo ó medio. Si bien es cierto que en tales casos habrá generalmente circunstancias atenuantes que permitan bajar la pena en un grado y que al último quedará expedito el camino al indulto; sin embargo no es bueno escribir leyes que no deben cumplirse, porque no es admisible que en un caso como el citado se condene á un hombre á cinco años y un día hasta quince años de presidio por un acto de ligereza que por su mala suerte tuvo fatales consecuencias. En sana filosofía debe mirarse un hecho de esta naturaleza como un cuasi delito, porque en él falta el dolo, por lo menos respecto de homicidio. Es cierto que hubo por parte del reo intención de dañar, pero esta intención no se extendió manifiestamente más que á producir lesiones y el juez no puede penar la parte del resultado material que se cometió sin intención. Figurémonos que todas las diversas lesiones se expresan por una línea $a \pm b$, a sea el punto de completa salud y b represente el punto en el cual las lesiones produzcan la muerte. Ahora bien, un individuo que con intención manifiesta de producir únicamente lesiones, produce desgraciadamente la muerte del ofendido, habrá recorrido con su intención la línea $a\ b$ hasta el punto +, pero por circunstancias ajenas á su voluntad ha llegado al punto b, en el cual se produce la muerte del paciente. Es claro que el trayecto de la línea comprendido entre $+b$ no se debe tomar en cuenta para la aplicación del castigo, puesto que en ella falta el requisito esencial de la intención del reo. Sólo debe aplicarse la pena correspondiente á la parte del resultado material en la cual intención y hecho material se cubren perfectamente. Es un axioma en Derecho Penal que no hay delito sin intención y si el delito cometido excede en gravedad á la intención del delincuente, no puede perjudicar al reo la mayor gravedad del hecho cometido, porque no hay delito ni parte de delito sin intención; verbigracia, cuando el mal recae sobre persona distinta de la que el delincuente se propuso ofender, no se toman en consideración las circunstancias agravantes. En este caso existe también la intención de dañar, y un daño material producido, pero al reo no puede imputarse la mayor gravedad, ó la parte del delito que cometió sin intención. Es verdad que se presumen volun-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tarias las acciones y omisiones penadas por la ley, pero esta presunción no es indestructible y justamente en el homicidio es donde resalta más la intención del delincuente y donde generalmente hablando es muy fácil interpretarla sin lugar á duda.

La mayor parte de los Códigos modernos distinguen entre asesinato y simple homicidio, penando al último, que se comete sin intención de matar, con penas especiales que difieren esencialmente de las penas del asesinato, tanto en su gravedad como en su naturaleza. Algunos opinan que esta división no fué necesaria en nuestro Código, que impone al homicidio varios grados de pena, mientras que los Códigos que dividen asesinato y homicidio castigan el asesinato con presidio perpetuo á muerte; pero nosotros encontramos que la pena de presidio mayor en su grado mínimo á medio asignada al simple homicidio con ó sin intención de matar, es injusta. Primero, porque castiga con igual pena al que mata en circunstancias iguales con intención de matar como aquel que mata sin intención de matar; segundo, porque es demasiado dura para un acto de ligereza sin intención malvada; y tercero, porque la pena de presidio no es justificada en un delito que no tiene origen en la ociosidad, ni que prueba bajeza de carácter. Tampoco admitimos como prueba contraria la circunstancia á primera vista paradojal que en este caso pudiera suceder que se aplicase una pena menor al que mata que al que produce mutilaciones ú otras lesiones graves. El resultado material de una acción criminal no es el único guía para determinar la pena correspondiente al delito; es mucho más importante para este fin averiguar la intención del reo, que es el verdadero punto de partida para la aplicación del castigo, y ¿quién puede negar que en infinitos casos puede ser más culpable el que con intención de matar produce lesiones leves que el que sin intención de matar produce la muerte? Siempre nos ha chocado, al leer las penas impuestas á las lesiones y homicidios, que en nuestro Código se mire sólo el hecho material producido por la acción criminal y en ninguna parte la intención del delincuente. Se determina la gravedad de las lesiones por el tiempo que demoran en sanar ó por el resultado que producen respecto de la salud del paciente. Todavía se resiente mucho del talión esta parte de nuestra legislación penal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Tal lesión, tal castigo; el peligro que corre la vida del ofendido, la intención del delincuente, la alarma de la sociedad, todo esto desaparece ante la consideración menos importante del resultado material producido por el delito.

Una lesión sana en treinta días, cien pesos de multa; sana en treinta y un días, quinientos cuarenta y un días de presidio: tal es la jurisprudencia casi constante de nuestros Tribunales. Nuestros Tribunales no castigan casi nunca la tentativa de homicidio ó el homicidio frustrado, sino que califican constantemente de lesiones, hechos que manifiestamente deberían clasificarse como estos delitos; jamás deducen la intención de matar del instrumento empleado para producir las lesiones, sino únicamente de la confesión del delincuente ó de otros antecedentes. (Véase la sentencia 1,592, pág. 644, año 78.) Nosotros opinamos que es reo de tentativa de homicidio todo el que trata de producir lesiones con arma mortífera, y castigaríamos como reo de homicidio frustrado á todo aquel que con tal arma produce lesiones graves. Siguiendo la jurisprudencia de nuestros Tribunales resulta que á un asesino conocido que con ánimo evidente de matar dispara balazos contra alguien hiriéndolo gravemente y poniendo su vida en inminente peligro, se podría castigar con sólo cien pesos de multa, con tal que las heridas sanen en menos de treinta días, salvo que conste expresamente su intención de matar por su confesión ú otros antecedentes igualmente inequívocos; mientras que á un hombre honrado, que tiene la desgracia de producir con un bastón lesiones que demoren más de treinta días en sanar, es preciso condenarlo á quinientos cuarenta y un días, aunque estas lesiones no envuelvan el menor peligro para la vida del ofendido. Todo esto se habría evitado fácilmente clasificando los agentes con los cuales se producen lesiones en mortíferos y no mortíferos y castigando inevitablemente como tentativa de homicidio el hecho de tratar de inferir lesiones con armas mortíferas, y como homicidio frustrado el hecho de inferir heridas graves con estas mismas armas, deduciendo la intención de matar del solo hecho de emplear armas ó instrumentos que, en la gran mayoría de los casos, producen ó pueden producir la muerte. De manera que un homicidio cometido con un instrumento no mortífero es menos castigable que una lesión produ-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cida con arma mortífera, y una lesión menos grave producida con arma mortífera se castigaría más severamente que una lesión grave producida con un agente cualquiera, á no ser que las circunstancias del hecho revelen que se ha hecho uso de un instrumento generalmente no mortífero con intención manifiesta de matar ó producir lesiones graves.

Resumiendo todo, vemos que en el homicidio voluntario es necesario, además del hecho material de la muerte de un hombre causada por otro, la intención de matar ó por lo menos la intención de inferir lesiones mortales, lo cual puede deducirse del agente empleado para producir las lesiones, de la confesión del ofensor ó de otras circunstancias inequívocas que revisten el hecho en cuestión. Nuestro Código Penal habría hecho mejor en clasificar como un delito especial al homicidio cometido sin intención de matar y sin ánimo de inferir lesiones graves castigándolo con una pena arbitraria que en ningún caso excediese de tres años de reclusión, y que de ninguna manera atañe á los derechos políticos del reo, porque un homicidio cometido en estas circunstancias no hace indigno al autor de los derechos sociales.

En el silencio de nuestro Código sobre esta materia, se puede vacilar si se debe ó nó calificar de homicidio las muertes causadas sin intención de matar ó de producir lesiones graves, cuando de hecho estas lesiones producen necesariamente la muerte; pero nosotros opinamos que, faltando la intención de cometer un delito determinado, el reo no puede ser responsable más allá del daño que se propuso producir, salvo que el Código expresamente designe esta circunstancia como no necesaria para constituir un delito, como sucede en el incendio con muerte de alguna persona, el desrielamiento de trenes con muerte de alguien, etc.

Y cuando consta, sin lugar á duda, que la intención no fué matar, ni inferir lesiones graves, que pudieran producir la muerte, no se puede considerar el hecho sino como un cuasi-delito de homicidio y aplicar las penas correspondientes. Es cierto que en la práctica sucederá pocas veces que heridas necesariamente mortales son producidas sin intención de matar ó de injuriar gravemente á personas enteramente sanas; casi siempre será

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

debido el éxito letal á una constitución especial del ofendido, por lo que volveremos á hacer esta consideración otra vez en la segunda parte de este artículo, tratando de las heridas no necesariamente mortales. Pero como, ya sea por la fuerza extraordinaria del ofensor, ó por tocar las heridas partes esencialmente delicadas, puede suceder que heridas necesariamente mortales sean producidas en persona sana sin intención de matar ó producir lesiones graves, hemos creído conveniente establecer esta opinión, tratándose sólo de la intención de matar como constituyente necesario del delito de homicidio. Pasemos á examinar el segundo elemento del homicidio: la circunstancia de que las heridas sean necesariamente mortales.

II

El delito material de homicidio se puede ejecutar infiriendo á la víctima lesiones esencialmente mortales ó lesiones que de suyo no son siempre mortales, pero que en un caso determinado han producido la muerte por causas especiales que pueden tener su origen en cualquiera circunstancia extrínseca del delito, como en la constitución de la víctima, las condiciones desfavorables á la curación que la rodeen, la naturaleza del agente empleado, etc. La mayor parte de los Códigos modernos establecen las siguientes teorías de Feuerbach:

1.ª Que el autor de una lesión declarada mortal responda de la muerte, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido entre ambos hechos;

2.ª Que para determinar el hecho material de homicidio no debe tomarse en cuenta que la lesión sólo haya sido mortal por la constitución particular de la víctima ó por las circunstancias accidentales en que haya sido hecha, y que la lesión no hubiese causado la muerte si se hubiesen empleado oportunamente los auxilios eficaces del arte médico.

Examinemos estas teorías primeramente á la luz de la filosofía del Derecho Penal y después investiguemos lo que determina el Código Penal Chileno respecto de esta materia. Cualquiera que sea el valor práctico que tengan estas teorías para cortar el nudo gordiano de las eternas discusiones de los criminalistas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sobre la clasificación y penalidad de las lesiones que producen la muerte, en absoluto no están de acuerdo con los principios de la justicia. Si un Código Penal las adopta como norma invariable para determinar el delito material de homicidio, es preciso que establezca al mismo tiempo una inmensa escala de penas para el homicidio simple. En efecto, hay una distancia enorme entre la pena adecuada para una muerte causada por una herida levísima en apariencia que por miles de complicaciones produce la muerte después de algún tiempo, y el castigo proporcionado al homicidio causado por lesiones necesariamente mortales en el momento del hecho. En el primer caso concurren todas las consideraciones que atenúan la pena. Generalmente faltará la intención de matar, el agente empleado para producir la lesión no será mortífero, la alarma de la sociedad es insignificante, la conexión causal entre herida y muerte es dudosa y sujeta á apreciaciones diferentes; en el segundo caso, la intención de matar es patente; el agente empleado para herir, produce casi siempre la muerte; la alarma de la sociedad es inmensa; la conexión causal entre herida y muerte es innegable. ¿Será justo, preguntamos, encerrar á los autores de tan diferentes delitos en el estrecho círculo de dos grados de una sola pena divisible? ¿Aplicar, por ejemplo, al primero cinco años y un día y al otro quince años de presidio con sus penas accesorias? Además que esta aplicación quedaría sujeta en el sistema actual del Código Penal á la apreciación de circunstancias agravantes ó atenuantes, de naturaleza extrínseca del delito, como conducta intachable, confesión del delito, entrega de sí mismo á la justicia y otras nimiedades por el estilo, de manera que pudiera resultar la enormidad de que hubiese que aplicar al primer delincuente la pena de quince años y al segundo la de cinco años y un día por consideraciones completamente ajenas al delito. Por esta razón, sin duda la jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha resistido á aplicar la pena de homicidio en tales casos, y forzando la letra de la ley á favor de su sentido y espíritu han considerado como lesiones tales delitos. Pero prosigamos en nuestra tarea de dilucidar la doctrina de Feuerbach á la luz de la filosofía del Derecho Penal. Dice que el autor de una herida declarada mortal responde de la muerte, cualquiera que sea el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiempo transcurrido entre ambos hechos. Antes de todo observaremos que el Código Penal al hablar de lesiones incluye todas las agresiones de que puede ser víctima un sujeto, de manera que incluye contusiones, luxaciones, torceduras, fracturas y cuantas lesiones puede causar un individuo á otro matándolo ó hiriéndolo; de manera que cualquiera de estas lesiones, una vez declarada mortal, constituye un homicidio, aunque la muerte sobrevenga años después. El que conoce la falibilidad de la ciencia médica y sobre todo la imposibilidad de un pronóstico seguro comprenderá desde luego qué infinitas veces se podrá declarar no mortal una lesión que en realidad lo es, y otras veces se declarará mortal una lesión que no lo es.

En el pronóstico de lesiones como de las demás enfermedades se equivocan no sólo los ignorantes sino los más sabios y ¿quién se atrevería á sostener que este error de diagnóstico ó de pronóstico debe cargarse á cuenta del procesado? Verdad es que la muerte del paciente vendría á rectificar el error del pronóstico en el primer caso; pero si esta muerte sobreviniese algún tiempo después por causa extraña á una herida declarada mortal por equivocación, habría que hacer responsable á un reo de una muerte que no causó; y en caso de una herida declarada mortal ¿cuánto tiempo habrá que esperar para que cause la muerte para poder condenar al reo? En el estado actual del procedimiento criminal sucedería muchas veces el caso de que un individuo herido mortalmente según el informe facultativo, que generalmente deja mucho que desear, muera de vejez antes de pronunciarse sentencia. Pero aún dando por sentado que los informes médicos sean infalibles al declarar mortal ó nó alguna herida, no debemos olvidar que el tiempo es un factor indisputable para atenuar la gravedad de los delitos, de manera que con suficiente lapso de tiempo se extingue totalmente la responsabilidad criminal. En el caso de lesiones que producen la muerte después de algún tiempo, sucede lo mismo; el tiempo transcurrido entre ambos hechos atenúa la alarma de la sociedad, hace insegura la conexión causal entre lesión y muerte, y da lugar á apreciaciones de tan diferente carácter que la ley no puede prever todos los casos, castigándolos con tan solo dos grados de una pena divisible. Es preciso convenir en que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

esos delitos, aunque de la misma naturaleza, son tan diferente caracter que es mejor separarlos y castigar con una pena bien diferente al autor de una lesión inmediatamente mortal y otro autor de una lesión declarada mortal que ocasiona la muerte después del transcurso de mucho tiempo.

De manera que podemos sentar que la primera parte de la doctrina propalada por Feuerbach de hacer responsable de la muerte al autor de una herida mortal cualquiera que sea el tiempo transcurrido entre ambos hechos es sólo aceptable:

1.º Si el diagnóstico y pronóstico de la lesión en cuestión es tan humanamente seguro como permiten hacerlo los medios defectuosos de la ciencia médica.

2.º Si el tiempo trascurrido no excede de cierto espacio que deben los Tribunales apreciar prudencialmente, y

3.º Si la autopsia revela que la muerte no ha sido debida á un accidente ó enfermedad intercurrente é independiente de la lesión; caso que sucede con mucha más frecuencia de lo que generalmente se cree. De otra manera pagaría el reo en el primer caso la ignorancia de los profesores llamados á informar sobre el resultado de su delito; en el segundo, variaría su pena según el tiempo que demorase la tramitacion de su juicio, pudiendo resultar que se tuviese que suspender indefinidamente la sentencia por esperarse la muerte del ofendido, ó que se condenase á un reo por un homicidio estando todavía con vida la víctima, y en el tercer caso, se cometería la más atroz de las injusticias castigando á un reo por un homicidio que no ejecutó en realidad. Vemos, pues, que este sistema sólo puede emplearse cuando concurran copulativamente las tres importantes condiciones mencionadas, lo cual nunca sucederá en el estado actual de la jurisprudencia y procedimientos criminales en Chile; por tanto, nuestros Tribunales han hecho bien en escoger entre dos males el menor y han considerado como lesiones tales homicidios, aceptando esta teoría como la más favorable al reo.

III

La segunda parte de la doctrina indicada declara: que para determinar el hecho material del homicidio no deben tomarse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en cuenta las circunstancias que cuidados oportunos y eficaces habrían impedido que la herida fuese mortal; que otra herida de la misma naturaleza habría sido curada en otros casos con los recursos del arte y que la herida sólo haya sido mortal por la constitucion física particular de la víctima, ó por las circunstancias accidentales en que hubiese sido hecha. Para proceder con método en el desarrollo de todas estas consideraciones, dividiremos las lesiones que pueden ocasionar la muerte en dos clases: lesiones necesariamente mortales y lesiones no necesariamente mortales. Las lesiones que producen la muerte de un modo directo é inmediato, no necesitan más que su asistencia para matar, al paso que las otras lo hacen de un modo indirecto y mediato; necesitan de ciertas circunstancias accidentales para quitar la vida. La relacion de causalidad entre las primeras y la muerte es más estrecha, más íntima que en las segundas; la responsabilidad es, pues, mayor, y mayor debe ser la pena. Pero, entre las lesiones que producen la muerte de un modo directo hay algunas que siempre la ocasionan de un modo fatal; v. gr., una bala que perfora el corazón; hay otras que no la originan de una manera fatal, pues, aunque excepcionalmente, puede ser posible la salvación del ofendido; por ejemplo, una bala que perfora el pulmón. La ley debe tomar en consideración esta circunstancia, de manera que aún en las lesiones directamente fatales hay todavía que hacer diferencia entre las heridas para aplicar la pena. ¿Qué diremos ahora de las lesiones que no producen la muerte de una manera directa? Á veces la conexión de causalidad entre lesión y muerte es más que dudosa, y á veces, aunque clara, tan mínima que la justicia criminal no puede tomarla en cuenta; v. gr., un individuo recibe de otro una afrenta de la cual no le es posible obtener satisfacción y muere entonces de pena; ó una persona da á otra un bofetón en público, y es tal la impresión que este acto causa al que lo recibe que le sobreviene una apoplegía y sucumbe de ella: ¿debe ser responsable de esta muerte el agresor? Ya percibimos que también esta parte de la doctrina que dilucidamos, no puede aplicarse en absoluto; es necesario tomar en cuenta la intención del agresor, el conocimiento ó la ignorancia de éste en cuanto á las circunstancias que han contribuído á hacer mor-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tales heridas que no lo eran de necesidad, y muchas otras condiciones que pueden rodear el hecho en cuestión. Para comprender mejor estas consideraciones, dividiremos las heridas indirectamente mortales en dos grandes subdivisiones: 1.ª, tales que causan la muerte por accidente; y 2.ª, tales que ocasionan la muerte por falta de socorro.

El accidente puede ser debido: 1.º, á la incuria del herido; 2.º, al mal método curativo; y 3.º, á las condiciones personales de la víctima.

La falta de socorro puede ser: 1.º, falta de socorro de éxito seguro; 2.º, de éxito probable; y 3.º, de éxito eventual.

FRANCISCO BEUTNER-MARY

(Concluirá)

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

TÍTULO V.—De las cargas pecuniarias á que están sujetos los litigantes

Este epígrafe es demasiado largo, muy lato en su significado, es casi un artículo; comprende más que la materia tratada en él: se sale, pues, de la regla que regula los epígrafes. Debe limitarse á decir: "Costas judiciales" para diferenciarlas de las que no son judiciales. Así se comprende, de una manera más concisa, toda, y sólo la materia tratada en él.

Este título debería refundirse con el XVII "De la tasación de costas", y formarse de los dos uno sólo, bajo el epígrafe común de "Costas judiciales"; porque en ambos títulos se legisla sobre la misma materia, *las costas:* en el V se habla de costas individuales ó comunes que deben pagarse *por obligación;* en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el XVII de costas que deben pagarse *por condena*, y de la forma como deben cobrarse. La materia de ambos títulos requiere lógicamente un solo título.

En este Código deben incluirse todas las disposiciones que dicen relación con los juicios, por más que algunas de ellas se hallen en alguna ley aislada ó en algún decreto supremo. Sólo debemos dejar fuera las que se encuentren en otro Código. Estamos codificando, es decir, acumulando en un solo cuerpo ó libro todas las disposiciones dispersas sobre la materia codificada. Si no se observa esta regla, se codifica incompletamente.

Fundados en lo expuesto, no aceptamos la opinión de la Comisión Revisora, consignada en la sesión segunda, al examinar el artículo 41 del Proyecto primitivo, que dice así:

"ART. 41. Toda persona que comparezca en juicio por escrito deberá hacerlo en el papel sellado que para ello señalen las leyes relativas á la contribución de esta clase.

"La presentación que no estuviese escrita en el papel del sello competente, no será admitida en el proceso, y tanto el juez como el secretario que la admitiese quedarán sujetos á la pena señalada para este caso por las leyes.

"Exceptúanse las presentaciones dirigidas á los subdelegados é inspectores, las cuales se harán en papel común."

Dicha Comisión considera más propio el artículo de la ley especial de contribución de papel sellado.

Determinar la clase de papel que debe usarse en juicio es sólo propio de la ley de procedimiento y no de una ley de contribución, como lo es la ley de papel sellado.

La ley de Enjuiciamiento Español trata sobre la materia del inciso 1.º y 3.º del artículo 41 transcrito, y le consagra el artículo 7.º; de modo que, á favor de nuestro modo de pensar y en contra de la opinión de la Comisión, tenemos este ejemplo práctico de consignar en el Código de Procedimientos el uso del papel en juicio.

La única consideración que encontramos atendible para no poner en este Código la idea del artículo 41, es que la base de la contribución de papel está sujeta á continuos cambios; lo que sería un obstáculo para su colocación en un Código, y no lo se-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ría en una ley especial, en cuanto á la mayor ó menor practicabilidad de la reforma.

Ya que está por cambiarse la base de la contribución de papel, según un proyecto presentado á la Cámara de Diputados por el honorable diputado don Pedro Bannen, útil es resolver el punto antes de la aprobación de este Código para incorporar aquella base en él.

No obstante, daremos una redacción en que pueda caber cualquiera base que se adopte en la ley especial de papel.

El inciso 1.º del artículo 41 suprimido impone el deber de usar el papel que señalen las leyes.

Tal mandato es inoficioso y una repetición del deber en que se está de cumplir las leyes. Sin ese precepto siempre se tendría que usar el mismo papel que ordena la ley especial de papel, que es una sola, la de 1.º de septiembre de 1874 y *no muchas*, como lo denota el plural *las leyes*, que usa el Proyecto primitivo.

Este inciso no incorpora el precepto positivo, consignado en el artículo 2.º de la ley del 74; sólo se refiere á él. Esta no debe dejarse subsistente.

El inciso 2.º consigna la sanción de la infracción del inciso 1.º: respecto del particular, es la no admisión del escrito; y respecto de dos funcionarios, el juez y el secretario, es la pena que señalen las leyes para este caso, pena *en comunidad.*

En primer lugar, dicha sanción no alcanza á los relatores y demás empleados que pueden admitir escritos (obligación 2.ª del artículo 325, Ley Orgánica; artículo 359, etc.) Tampoco comprende á los funcionarios, sean jueces, secretarios, relatores, receptores, etc., que hagan uso de papel incompetente en un juicio. Se refiere á *escritos* y no al *uso.*

En segundo lugar la pena es ilusoria. En la ley del 74 no hay pena alguna para el caso actual. Uno puede escribir sus solicitudes en papel incompetente; y si se las admiten, no incurren ni el que la aceptó ni el que la hizo en pena alguna.

Se dirá: ¿y la de los artículos 8.º y 11 de la ley del 74 que imponen el 20 y el 50 veces tanto? Esas disposiciones se refieren á documentos otorgados en papel incompetente, y no á los escritos ó diligencias judiciales, que no son documentos en nin-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gún sentido. Y la prueba más evidente de que los escritos no se rigen por la ley de los documentos es la siguiente: El artículo 4.º de la ley citada ordena que el impuesto se pague en la primera foja. Según este artículo, deben escribirse en papel no sellado las demás páginas de cada documento. En la práctica vemos que en las solicitudes se paga el impuesto en cada foja y no en sólo la primera.

Queda evidenciado que la pena es imaginaria respecto de los escritos.

El inciso 3.º consigna una excepción respecto de funcionarios reemplazados hoy por otros y que conocen en juicios cuya cuantía es de 200 pesos el máximum.

Redactaríamos así el artículo 41 bajo el número

"ART. 23 bis. En los juicios civiles que se sigan ante los tribunales, se usará el papel sellado de tercera clase, si su valor pasa de cuatrocientos pesos.

"En los demás, y por el que goce del beneficio de pobre, se usará del papel de hilo sin sello.

"El funcionario que admita un escrito en papel incompetente ó que use de esta clase de papel, pagará diez pesos en papel sellado."

Hemos puesto "civiles" después de "juicios", porque en el presente Código se trata del procedimiento civil y no del criminal. Al no poner "civiles", se habría comprendido ambas especies de juicios. En la frase "tercera clase" puede caber cualquiera base de contribución, haciendo coincidir la base adoptada con la categoría de tercera clase.

Dividimos los juicios en dos grupos, y el monto de la línea divisoria se fija prudencialmente en 400 pesos. Si se pasa de esta suma, se paga contribución; si no se pasa, no se paga. Con ello procuramos aliviar á los pobres, que son la inmensa mayoría, y los que llevan la peor parte en los beneficios de la República.

La Ley Orgánica del 79 establece los tribunales de los jueces árbitros en su título XI; por consiguiente, ellos quedan comprendidos en nuestra redacción.

En el inciso 3.º contemplamos dos casos: 1.º, la *admisión* indebida, y 2.º, el *uso* indebido de papel. Los diez pesos impues-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tos como multa, equivalen á 50 veces tanto de un sello de 20 centavos, que es el caso más común. Hacemos pagar la multa en papel y no en dinero, para que quede constancia en el proceso del pago.

"ART. 23. Todo litigante está obligado á pagar á los oficiales subalternos de la administración de justicia que prestaren servicios en el proceso, los derechos que los aranceles judiciales señalan para dichos servicios.

"Estos derechos serán pagados por la parte á solicitud de la cual se practicare cada diligencia, salvo los casos en que la ley ó el Tribunal mandaren expresamente que sean pagados por otra persona."

El inciso 1.º sienta la regla general, que las costas deben pagarse. En el 2.º se dice quién debe pagarlas en especial.

Tal distinción no trae ninguna utilidad. Lo mejor es refundir en un solo precepto la obligación y el obligado y expresarlo en una forma más concisa y correcta.

La expresión "oficiales subalternos" es impropia; porque no se sabe cuáles sean ellos. No hay oficiales superiores ni subalternos. El artículo 389 de la Ley Orgánica llama "oficiales" á los procuradores del número, y el 269 nombra "oficiales" á los fiscales. Estos no ganan emolumentos ó no tienen derechos en los aranceles.

La denominación del Proyecto, "oficiales subalternos" comprende impropiamente á los defensores de menores, de ausentes y de obras pías, relatores, ministros de fe, procuradores, tasadores, porteros, etc.

En lugar de "oficiales subalternos de la administración de justicia", debe decirse "funcionarios judiciales."

Se dirá que en esta frase entran los jueces; pero tal idea desaparece en vista de las modificaciones que experimenta la frase con lo que se le agrega en la redacción del artículo.

Este quedaría así:

"ART. 23. Cada litigante pagará las cantidades que los aranceles judiciales señalen para el servicio que á su solicitud hubiere prestado en el proceso cada funcionario judicial, á menos que la ley ó el juez ordene las pague otra persona.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Los derechos de las sentencias y las costas comunes serán pagadas á prorrata."

La palabra "derechos" se toma por "cantidades," "costas". Arancel es la ley sobre esta materia. El 2.º inciso determina cómo deben pagarse las costas comunes; en la voz "sentencia" entran la interlocutoria y la definitiva. No se puede decir "por mitad" sino "á prorrata"; porque esta última frase comprende el caso de la mitad, y el del tercio, ó el de muchos, como en un concurso; mientras que la frase "por mitad" no comprende los demás casos. Digo "otra persona" y no "otra parte", porque bien puede no ser parte del juicio la condenada; sino el juez, un tercerista ó un extraño, que no es el demandado ni el demandante.

La agregación propuesta por el señor Ravest al artículo 23 es redundante, está comprendida entre las que ordena la ley, este Código, más adelante, al tratarse del apremio ó de las rebeldías.

"ART. 24. Los derechos correspondientes á cada diligencia deberán ser pagados tan pronto como ésta se evacuare; pero la falta de pago no podrá entorpecer en ningún caso la marcha del juicio."

Este artículo trata de cuándo debe hacerse el pago y de un efecto del no pago respecto del curso del juicio.

Cada diligencia judicial tiene marcado en la ley de aranceles *un* derecho único, á cada diligencia corresponde *un* derecho exclusivo: por tanto, el plural "los derechos" se aleja de la verdad y acusa una impropiedad; debe desterrarse.

En lugar de la proposición en construcción pasiva "Los derechos..... ser pagados" debería decirse con más verdad y concisión: "El pago de cada diligencia judicial se hará." Decimos "judicial" para excluír las que no lo son, y para significar el carácter de la diligencia.

El Proyecto fija el *momento* en que debe hacerse el pago, pero no designa el *lugar* donde se haga. Ese momento es al evacuarla ó tan pronto como se haga; pero en tal caso se manda pagar un algo imperfecto, que no está concluído. Lo natural es pagar lo terminado. Un embargo, y en general, una diligencia, se evacua cuando se practica; pero falta poner su constancia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en el proceso, falta anotarla; sólo entonces está terminada y tiene valor; antes de este momento no es llegado, por tanto, el deber de pagar ó el derecho de cobrar. Por eso tomamos el momento posterior á la anotación, y no al de la evacuación, para que nazca la obligación y el derecho ya indicados.

Señalamos la secretaría de los tribunales, como el lugar público más adecuado para verificar el pago. Si una diligencia se hace en el campo á diez leguas, no es posible, ni hay en ello conveniencia, que se obligue á pagarla allí, en el campo, después de evacuarla y antes de anotarla, como sucedería si predominase la redacción del Proyecto. Esa redacción no consulta el interés del que ejecuta un acto en virtud de su ministerio, ni del que paga ese acto ó diligencia judicial.

La significación de "pero" sufre en el Proyecto; porque lo que sigue no es una excepción al precepto general del inciso 1.°, ni es un algo adverso ó contrario á dicho mandato.

Podría quedar así el

"ART. 24. El pago de cada diligencia judicial se hará en la secretaría del tribunal respectivo, una vez anotada en el proceso.

"Por falta de pago, en ningún caso se podrá entorpecer la marcha del juicio, ni retener la diligencia practicada."

Hacemos dos incisos para mayor claridad. Habrá casos en que la retención de un escrito en que se anotó una notificación, produzca el efecto de detener el curso de un juicio; pero en otros, nó, como cuando se ponen posiciones. Ellas no embargan la marcha del juicio. De aquí la necesidad de agregar al artículo la idea de retener, aconsejada también por el señor Ravest.

Decimos "anotada en el proceso", para no confundir esta anotación con aquella "anotada en el repertorio."

"ART. 25. Cuando litigaren muchas personas conjuntamente, cada una de ellas será solidariamente responsable á la satisfacción de las cargas pecuniarias de que se habla en los artículos anteriores; pero los gastos necesarios que hiciere cualquiera de ellas, deberán serle reembolsados por las demás á prorrata del interés que cada una tuviere en el juicio."

En la proposición "Cuando litigaren muchas personas con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

juntamente», hay cierta vaguedad; y comprende la idea, significada por esta otra: «Cuando una parte del juicio es formada por varias personas.» En la redacción, debe expresarse esta idea exclusivamente, sin ambigüedad y con concisión; además la proposición que encabeza el artículo 25, debe reemplazarse por la proposición anterior.

La referencia á «los artículos anteriores», es errónea; porque sólo hay un artículo, el 23, que habla de cargas pecuniarias, y no varios, como lo significa la redacción.

La primera parte del artículo 25 trata de una obligación solidaria respecto de cada parte.

La cantidad que importa una diligencia judicial, es cosa divisible (art. 1524 del Código Civil); y susceptible de ser pagada en la forma que lo prescribe el artículo 1526 del mismo Código. La obligación de pagar una diligencia judicial, es por naturaleza «divisible»; pero por disposición de la ley, este Código, y en virtud del inciso 2.º del artículo 1511, dicha obligación se torna «solidaria.»

Desde ese entonces deja de regirse por los artículos 2306, 2307 y 2309 del Código Civil, que tratan del cuasi-contrato de comunidad.

La segunda parte del artículo 25 trata de gastos necesarios y del reembolso por los demás co-deudores á prorrata de sus intereses.

La regla contenida en este inciso es contraria á la que contiene el 1522 y el 1523 del Código Civil.

Y como la innovación trae serias injusticias, opinamos por la supresión de la expresada segunda parte; porque de lo contrario, se derogaría lo preceptuado en el Código Civil.

Si un codeudor solidario paga, se subroga al acreedor limitando su acción respecto de los demás codeudores á su cuota ó interés. Esto dice el inciso 1.º del artículo 1522.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. ESCRITO PRESENTADO EN EL SUMARIO CRIMINAL SOBRE ENVENENAMIENTO DE DOÑA DOLORES G. DE CODOCEDO, redactado por don Ánjel Esteban Guerra, abogado. Un opúsculo de 19 páginas. Imprenta de "El Atacameño", Copiapó.—2. CUESTIÓN ADMINISTRATIVA. *Estudio sobre la condición legal de la salitrera "Soledad" ubicada en el litoral de Bolivia y denunciada bajo el imperio de la legislación de esta República*, un escrito de don Javier Infante Fernández en un opúsculo de 30 páginas, Imprenta Santiago, Santiago.—3. ANTECEDENTES DE UN INFORME EN DERECHO ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción que debe presentarse para la defensa del señor don Mariano Ignacio Prado, en el juicio que le han promovido la sucesión y herederos de don Pedro Ambrosio Herrera sobre resolución de un contrato de enfiteusis ó arrendamiento perpetuo, fecha agosto 20 de 1872, de los minerales de carbón de piedra del fundo Colico, celebrado con la sociedad denominada "Minas de carbón de Carampangue". Un volumen de 153 páginas. Imprenta de "La Patria", Valparaíso, 1888.—4. JUICIO seguido por los señores Guillermo G. Délano y Pablo H. Délano en contra del señor Federico W. Schwager, sobre resolución del contrato de venta fecha 2 de diciembre de 1874, de los terrenos y minas de carbón del fundo Boca Maule que los señores Délano habían hecho al señor Schwager. Un volumen de 349 páginas. Imprenta del Nuevo Mercurio, Valparaíso, 1887.—5. JUICIO DÉLANO-SCHWAGER, un volumen de 75 páginas. Imprenta de la Librería del Mercurio, Valparaíso, 1889. Esta publicación, las señaladas en los números 3 y 4, y diversas otras insertas en algunos números de la prensa del sur y de Valparaíso, nos han sido enviadas por un distinguido y respetable colega de Concepción, á quien expresamos nuestro reconocimiento por su atención.

BOLIVIA.—1. NOCIONES DE DERECHO CIVIL BOLIVIANO, por don Melquíades Loaíza, profesor del ramo en la Universidad de la Paz. Un volumen de 112-VIII páginas. Imprenta de "El Comercio", La Paz, 1887.—2. BREVES ANOTACIONES Á LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA, por don Melquíades Loaíza, miembro de la Sociedad de Abogados de La Paz, Un volumen de 150 páginas. Imprenta de "La Libertad", 1871.—3

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

GENERALIZACIÓN DEL DERECHO CANÓNICO, un compendio de 17 páginas, escrito por el mismo señor Loaíza, é impreso en Santiago de Chile. «Imprenta Cervantes», 1888.—4. PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE MINERÍA, presentado al Ministerio de Industria, por don Melquíades Loaíza. Un opúsculo de 33 páginas, imprenta de «El Comercio», La Paz, 1886.—5. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS del proyecto anterior. Id. 47 páginas.—6. NUEVO SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, por don Agustín Aspiazu. Un volumen de 146 páginas. Imprenta de Ponce de León, Nueva York, 1882.—7. LEY DE ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA, de 3 de diciembre de 1888.—8. RECURSOS DE CASACIÓN, *ó sea, historia de la legislación boliviana comparada con las de Francia y España sobre el recurso de casación*, opúsculo de 28 páginas del cancelario de la Universidad de La Paz, don Andrés Quintela, 1860.—9. RECURSO DE CASACIÓN, opúsculo y apéndice por el mismo afamado señor Quintela, 1864, 44 páginas.—10. COMPILACIÓN DE VARIOS DECRETOS SUPREMOS sobre justicia é instrucción pública, 23 páginas, 1877.—11. RESPONSABILIDAD DE LA CORTE SUPREMA, publicaciones y documentos, 1887.—12. DATOS Y ANTECEDENTES *para la celebración de un concordato*, 27 páginas, 1883.—13. BANCO NACIONAL DE BOLIVIA, compilación de leyes y supremas disposiciones concernientes á este establecimiento, por don Severino Campuzano, abogado, La Paz, 1888.—Y catorce opúsculos más sobre administración de justicia, alegatos, defensas judiciales, etc., que se ha servido enviarnos, con las obras antes expresadas, nuestro querido amigo y colega del foro de La Paz, don Melquíades Loaíza. Estimamos sinceramente estas publicaciones, algunas de las cuales, como los folletos del doctor Quintela, son justamente apreciados en aquel país. Además de las obras mencionadas, el señor Loaíza es autor de otras varias, que hemos dado á conocer en tomos anteriores de esta REVISTA. Nuestro amigo posee aptitudes especiales para los trabajos de la jurisprudencia, por su versación y excelente criterio. Por esto le ha comisionado el Gobierno de su país para redactar interesantes proyectos de ley; y últimamente el señor Arce le ha conferido un alto cargo en la administración pública de Bolivia. También la Real Academia de Jurisprudencia de Madrid le ha nombrado su individuo correspondiente en La Paz, junto con los señores don Melchor Terrazas, don Pantaleón Dalence y otros. Reciba por ello nuestro ilustrado compañero las felicitaciones más sinceras de sus amigos de Chile.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.º de agosto de 1889 NÚM. 3

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Domingo Santa María, por E. C. L.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado (continuación), por don José Clemente Fabres.—¿Estafa ó hurto? por don José Alfonso.—¿Homicidio ó lesiones? (conclusión), por don Francisco Beutner-Mary.—¿Pueden las Municipalidades conceder gratuitamente en uso sus bienes raíces en favor de una empresa particular? por don Ramón Coo.—¿Á quién corresponde el juzgamiento de la infracción á una ordenanza municipal, cuando está á la vez prevista en el Código Penal? por don Pedro César López.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—¿Puede destruirse con prueba testimonial el mérito de una declaración hecha en escritura pública? por don Agustín Correa Bravo.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

DON DOMINGO SANTA MARÍA

El 18 de julio último ha fallecido en esta ciudad el señor don Domingo Santa María.

Muy conocidos son los méritos y servicios de este ilustre chileno; y sólo como un justo homenaje á su memoria, los recordaremos en este lugar.

Había nacido el 4 de agosto de 1825, y hecho sus estudios en el Instituto Nacional; establecimiento en que también tuvo á su cargo diversas clases en 1845.

Al año siguiente, fué jefe de sección del Ministerio de Justicia, Culto é Instrucción Pública, y en seguida, oficial mayor del mismo Ministerio. Á la vez que desempeñaba estas funciones, concluía sus estudios legales y se recibía de abogado el 15 de enero de 1847.

Al poco tiempo fué nombrado Intendente de la provincia de Colchagua, cargo que desempeñó hasta 1850.

La revolución de 1851 le llevó al Perú, en cuya capital ejerció la abogacía; y habiendo regresado á la patria en 1853, continuó dedicado á su profesión y á las luchas de la política. En 1859 tomó parte en la revolución que surgió contra el gobierno del señor Montt. Cayó prisionero y fué relegado á Maga-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

llanes, de donde partió para Europa, previa rendición de fianza.

Aprovechando los beneficios de la ley de amnistía de 1862, el señor Santa María regresó al país; y el Presidente señor Pérez, otro distinguido ciudadano fallecido también el mes pasado, le confió interinamente la fiscalía de la Corte Suprema de Justicia, y poco después le nombró Ministro de Hacienda.

En 1865 fué nombrado Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, de que fué regente por largos años. En este puesto, como en el ejercicio de la profesión, dejó el señor Santa María honrosos recuerdos por su talento é integridad.

En la guerra con España tuvo á su cargo diversas misiones diplomáticas que le confirió el Gobierno de Chile.

En la administración del Presidente señor Pinto, fué Ministro del despacho, sucesivamente, en diversos departamentos; y en esos puestos prestó valiosos é importantes servicios con motivo de la guerra que la República sostuvo desde abril de 1879 contra el Perú y Bolivia.

El 18 de septiembre de 1881 subió á la Presidencia de la República y ejerció este cargo hasta la misma fecha de 1886. Su administración ha sido fecunda en bienes para el progreso é instituciones del país, y la historia hará justicia á sus actos y servicios.

En sus últimos años había sido elegido Vice-presidente del Consejo de Estado y Presidente del Senado.

En la Universidad fué miembro de las Facultades de Filosofía y Humanidades y de la de Leyes y Ciencias Políticas.

Diversos trabajos literarios y jurídicos le revelaron como hombre de letras, y pensador distinguido. Por ello le hicieron su individuo correspondiente el Instituto Histórico y Geográfico del Brasil y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. También fué elegido en 1885 Presidente de honor de la Unión Ibero-Americana de Madrid.

Es, por tanto, motivo de duelo nacional la desaparición de un ciudadano de tan alta posición social é histórica y que sirvió á su patria con abnegación y probidad durante un dilatado transcurso de cerca de medio siglo.

Esta REVISTA se asocia así, cumpliendo un deber que de cerca le corresponde llenar, al sentimiento público que ha pro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ducido la muerte del señor Santa María, á cuyo nombre se vincula la expedición de leyes benéficas en el orden político, administrativo y social.

Hay también un deber de gratitud en esta publicación para estas modestas líneas destinadas á honrar la memoria de uno de los protectores más decididos de ella, como autoridad y como particular.

E. C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (1)

(Continuación)

Concurso de voluntades, pero no contrato, había entre los romanos para la legitimación y para la adopción, y así decía Modestino en la ley 11, título 6.º, libro 1.º, ff. "Inviti filii naturales, vel emancipati non rediguntur in patriam potestatem," lo que se confirma en el capítulo 11 de la Novela 89 con estas enérgicas palabras: "Nam si invitis liberís potestatem solvere patribus non licet, *multo magis* sub potestatem redigere filium invitum et nolentem sive per oblationem curiæ, sive per confectionem dotalium instrumentorum, sive alio quocumque modo. quum forte et paternam conditionem metuat, neque justum, neque Imperatori aut legislatori convenire putamus."

Nuestro Código Civil ha mantenido la misma doctrina respecto de la legitimación; pues si ha declarado que los hijos naturales se legitiman *ipso jure* por el matrimonio posterior de sus padres, sin exigir el consentimiento de los hijos, es porque para constituir la filiación natural, ha exigido el concurso de las voluntades del padre ó madre y del hijo, y es visto que el que quiere ser hijo ó padre natural, con mayor razón quiere ser padre ó hijo legítimo. Podríamos citar todavía otros actos de la

(1) Á las observaciones que se nos han hecho llegar acerca del ataque al matrimonio civil, que se contiene en el presente trabajo, debemos contestar en este lugar sosteniendo una vez más nuestra acostumbrada imparcialidad y la exclusiva responsabilidad doctrinaria y científica de los autores. La plena libertad de las ideas es, para nosotros, regla del programa de esta publicación; y en este sentido no pondremos jamás obstáculos á la manifestación de ellas por cualquiera de nuestros maestros y compañeros ó de simples particulares.—*(Nota de la Dirección.)*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vida civil en que hay concurso de las voluntades de dos ó mas personas y que no son contratos ni se les califica de tales en ninguna legislación. En la administración de todos los sacramentos hay el concurso de las voluntades, y en ninguno de ellos hay contrato.

Los mismos jurisconsultos que estiman el matrimonio como un contrato, tienen que reconocer explícitamente que no se le pueden aplicar las reglas de los otros contratos, porque dicen que es un contrato *sui generis*, lo que importa lo mismo que decir que no es contrato. Nos limitaremos á citar uno solo de los jurisconsultos modernos que repite y resume la doctrina común, Fiore, *Derecho internacional privado*, libro 1.°, capítulo 5.°, número 78: "Lo que sí admitimos es que aunque el matrimonio es un contrato personal y consensual, no puede confundirse con los demás contratos civiles. El interés general de la sociedad, el de las partes contratantes, el de la familia, y el de la progenitura, exigen que se le considere como un contrato *sui generis*. Cada ley puede, pues, limitar el poder de las partes conforme á los intereses de la sociedad, *á los intereses de las mismas partes contratantes*, á los de la nueva familia que se forma, y á los que con aquéllos pueden tener alguna relación." En el número 81 del mismo capítulo, dice: "Aun menos concluyente es la segunda opinión, que sostiene que la ley á que se han referido los contrayentes, es la que debe regular el matrimonio y sus efectos. Por mas que el matrimonio, en cuanto se refiere á su constitución, sea un contrato consensual y personal, no puede, sin embargo, hablarse de él como de cualquier otro contrato, sino que ha sido considerado en todo tiempo como un contrato *sui generis*, y por razón de los gravísimos intereses sociales que se derivan de la unión conyugal, no es potestativo en las partes sustraerse al dominio de la ley que tiene poder y autoridad sobre el contrato mismo. Los derechos y los deberes que de la unión conyugal se derivan, *ya entre los contrayentes, ya respecto de los hijos, no pueden arreglarse absolutamente según la voluntad de las partes, sino que están determinados por la ley.*"

Lo que se dice del matrimonio podría decirse de la legitimación, de la adopción, de la emancipación, etc. La legitimación, se diría, es un contrato personal y consensual *sui generis*, que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no puede confundirse con los demás contratos civiles, porque los derechos y los deberes que de ella se derivan, no pueden arreglarse absolutamente según la voluntad de las partes, sino que están determinados por la ley. Sin embargo, á nadie se le ocurrirá calificar de contrato la legitimación. Examinaremos, pues, con más rigor filosófico las ideas que sobre el matrimonio como contrato, se consignan en los párrafos citados.

Los calificativos de *personal* y *consensual*, dados al contrato de matrimonio, no son corrientes en la escuela. En la clasificación que ordinariamente se hace de los contratos no podría aceptarse la calidad de *personal* sino como contrapuesta á *real*; y si dividiéramos los contratos en *personales* y *reales*, dejaríamos comprendidos en un miembro de la división, otros en que forzosamente se habría de descomponer, sin que quedase contrato alguno en la clase ó denominación atribuída á ese miembro; lo que haría inútil, y como tal defectuosa la división. En efecto, si contraponemos los contratos *personales* á los *reales* tenemos que dejar entre los primeros los *consensuales*, los *solemnes*, y en una palabra, todos los contratos que no sean *reales*. Descompuesto el miembro de la división que comprende los contratos personales, en *consensuales*, *solemnes*, *literales*, *verbales* ó de palabra, *innominados*, no quedaría contrato alguno al cual se le pudiese dar con especialidad el calificativo de *personal;* este miembro de la división se desvanecería, lo que es la mejor prueba de que se le había comprendido inútilmente en la división. Ahora, si por la palabra *personal* se quiere significar que el contrato debe celebrarse personalmente y que no admite procurador, se va contra la doctrina común, que admite mandatario en la celebración del matrimonio. Si por la palabra *personal* se ha querido significar que los derechos y las obligaciones que nacen del contrato quedan tan adheridos á la persona de los contratantes que no pueden transferirse ni transmitirse, se incurre en el defecto de dar al contrato, que es la *causa*, el calificativo que en el lenguaje legal, se da al *efecto*, que son los derechos y las obligaciones; así se dice, y es perfectamente aceptado, *derecho* ú *obligación intransferible* ó *intransmisible;* y no se dice, contrato *intransferible* ó *intransmisible;* porque, en el lenguaje técnico legal la *transferencia* y la *transmisión* se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aplica sólo al derecho ó á la obligación, mas nó á la causa del derecho ó de la obligación.

En cuanto al calificativo de *consensual*, sólo advertiremos que sería aceptable respecto del matrimonio en puro Derecho natural, pero nó en las legislaciones positivas, en las que ordinariamente se exigen para celebrarlo ciertas formalidades, sin las cuales el matrimonio se reputa nulo ó sin efecto alguno. Por esta razón nuestro Código Civil lo califica de contrato *solemne;* y estaría en la verdad científica si en realidad el matrimonio fuera un contrato. En la generalidad de las naciones el matrimonio no se perfecciona por *sólo* el consentimiento, que sería lo que legitimase el calificativo de *consensual.*

Se dice que el matrimonio es un contrato *sui generis;* pero estas expresiones ó nada significan, ó como hemos dicho, ellas importan lo mismo que decir que el matrimonio no es contrato.

En efecto, en Legislación y en Derecho se distinguen las reglas *comunes* á todos los contratos y las reglas *especiales* ó propias de cada contrato. Si por las expresiones *contrato sui generis* se quisiera significar que el matrimonio tiene reglas especiales que lo distinguen de los demás contratos, nada se diría de particular, porque todos los contratos tienen reglas propias y distintas de las de los otros contratos; y así todos los contratos son *sui generis.* Pero si con aquellas expresiones se quiere significar que al matrimonio no se pueden aplicar las reglas que son comunes á todos los contratos, entonces se reconoce que el matrimonio no es contrato, ó se incurre en una una implicancia en los términos; porque la esencia del contrato consiste en su sujeción á las reglas comunes de los contratos, ó lo que es lo mismo, las dichas reglas forman los elementos constitutivos del acto civil que se llama contrato. Decir, pues, que al matrimonio no se pueden aplicar las reglas de los contratos, es forzosamente reconocer que el matrimonio no es contrato, porque con eso se afirma que le faltan los elementos constitutivos del contrato.

Sin duda que en este último sentido emplea el distinguido profesor que hemos citado, y así también los otros jurisconsultos, la frase *contrato sui generis.* Las palabras que hemos copia-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

do lo demuestran, y son al mismo tiempo, un argumento incontestable de que el matrimonio no es un contrato.

Fiore dice que, "*el matrimonio no puede confundirse con los demás contratos civiles*, y que cada ley puede *limitar el poder de las partes* conforme á los intereses de la sociedad, á los intereses de las mismas partes contratantes, á los de la nueva familia que se forma, y á los que con aquellas pueden tener alguna relación." Si el matrimonio no puede confundirse con los demás contratos civiles, es porque no está sujeto á las reglas de éstos, y el ilustrado profesor da la razón, *porque la ley puede limitar el poder de las partes contratantes conforme á los intereses de la sociedad*, etc. Esto no significa otra cosa sino que el matrimonio es distinto de los demás contratos civiles, porque las obligaciones y los derechos que *resultan* del matrimonio no son obra de la voluntad de las partes, como sucede y debe suceder en todo contrato, sino que son obra de la ley.

En todas las legislaciones se hace figurar el *contrato* y la *ley* como fuentes distintas de las obligaciones y de los derechos civiles; y por esta razón la cualidad, ó diremos más bien, el elemento principal que domina en la constitución del contrato, es el ser *generador* de derechos y obligaciones; pero es *generador* en cuanto es obra de la voluntad ó del consentimiento de las partes, y en esto se diferencia de la ley, que engendra las obligaciones y derechos sin el consentimiento y aun contra la voluntad del individuo El mismo ejemplo de la legitimación, que hemos aducido, lo demuestra inequívocamente: los derechos y obligaciones que de ella nacen son obra exclusiva de la ley; no pueden ser aumentados ni disminuidos *absolutamente* por la voluntad de las partes; luego la legitimación no es contrato Otro tanto decimos de la emancipación y demás actos constitutivos del estado civil.

Fiore lo dice en seguida de la manera más esplícita: "Y por razón de los gravísimos intereses sociales que se derivan de la unión conyugal, no es *potestativo* en las partes sustraerse al dominio de la ley que tiene poder y autoridad sobre el contrato mismo. Los derechos y los deberes que de la unión conyugal se derivan, ya entre los contrayentes, ya respecto de los hijos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no pueden arreglarse *absolutamente* según la voluntad de las partes, sino que *están determinados por la ley*.» Luego el matrimonio no es contrato, puesto que los derechos y las obligaciones que de él nacen no son obra de la voluntad de los contrayentes (lo que es esencial al contrato) sino de la *determinación* exclusiva de la ley.

No se extrañe que vayamos todavía á insistir en la demostración de que el matrimonio no es contrato, aunque sea de ello prueba bien concluyente lo que dejamos dicho; seguimos adelante, porque de la calificación que hagamos de él dependen las facultades ó atribuciones del poder civil para intervenir en su constitución.

Entre los romanos, el matrimonio, ó más bien dicho, las *nupcias*, era una institución que difería esencialmente del contrato, y por esto no se les comprendía en ninguna de las clasificaciones de los contratos; y eso es cabalmente lo que hacen también hoy las legislaciones modernas. Fácil es señalar los elementos constitutivos del contrato que en vano buscaríamos en el matrimonio.

En primer lugar, el contrato tiene por objeto incrementar el patrimonio de los contratantes, ó al menos el de uno de ellos. Desde que falta el *animum lucrandi* en todos los contratantes, no hay contrato; un contrato en que no hubiera expectativa de lucro, sería ridículo. En el matrimonio no hay ánimo de lucrar, porque no envuelve el propósito de incrementar el patrimonio de los que lo celebran: este propósito es completamante ajeno del matrimonio ó no se le toma absolutamente en cuenta para su constitución. Tanto es así, que la ley no admite la nulidad de un matrimonio, pedida por la parte que hubiera ido á él sólo con la idea de lucro pecuniario y se encontrara defraudada en sus esperanzas por la real pobreza de la otra parte, á quien él creía poseedora de cuantiosa riqueza.

En segundo lugar, y como consecuencia del anterior, el contrato exige esencialmente un *objeto lícito* para su constitución, esto es, una materia comerciable ó apreciable en dinero; y el objeto ó la materia del matrimonio no es comerciable, no puede estimarse en dinero. Si se quisiera dar estimación á la ma-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

teria del matrimonio, se vendría á constituir una especie de servidumbre ó esclavitud, que no sería conforme con el espíritu de las legislaciones de los pueblos civilizados.

En tercer lugar, el estado civil de las personas no se constituye, ni debe constituirse, por contrato. En el estado civil predomina el interés público sobre el interés individual; este último es muy inferior y se subordina hasta cierto punto al primero. Los gravísimos intereses sociales que están vinculados al matrimonio, como lo observa el ilustrado profesor italiano en las palabras que hemos copiado, quitan á las partes la facultad de sustraerse al dominio de la ley, y dan lugar á una exacta aplicación de la regla romana *Privatorum conventio juri publico non derogat.* El estado civil en general se considera como de Derecho público, y por esto no es materia apta para la transacción. Por eso el artículo 2,450 del Código Civil chileno es absoluto: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas." Si las obligaciones y derechos que nacen del matrimonio se sujetaran á la convención ó á la voluntad de las partes, se desnaturalizaría por completo la institución; esas obligaciones y derechos son de Derecho divino natural; los que celebran el matrimonio las contraen ó los adquieren aún ignorándolos. La indisolubilidad del matrimonio, ó sea, su perpetuidad, la unidad del varón y de la mujer, la mutua fidelidad, la subordinación de la mujer al marido, etc., son cosas que aún las legislaciones de los pueblos más avanzados en inmoralidad no se han atrevido á dejar al arbitrio de los contrayentes. ¿Qué contrato es este en que todas las obligaciones sustanciales se sustraen á la voluntad de los que lo celebran?

En cuarto lugar, y como comprobante de lo anterior, las obligaciones que nacen del matrimonio no están sujetas á ninguno de los modos de extinción de las obligaciones que nacen de contrato y que se reconocen en las legislaciones de los pueblos civilizados. Aquellas obligaciones no se extinguen por otra convención, ni por la novación, transacción, remisión, compensación, confusión, rescisión, evento de condición resolutoria, prescripción, ni siquiera se le pueden aplicar las reglas de la *solución* ó pago efectivo. Para ver que no son aplicables al matrimonio, no necesitamos examinar las reglas propias de cada uno de estos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

modos de extinguir las obligaciones; basta su simple enunciación para convencer á quienquiera de la exactitud de nuestro aserto.

En quinto lugar, y como resumen de lo dicho, hacer del matrimonio un contrato es degradar una institución santa, única base legítima de la familia y de la patria, y causa primordial de la prosperidad de los Estados; es romper el quicio sagrado del orden y de la moralidad públicos; es trastornar la sociedad y hacerla retrogradar al paganismo más abyecto.

El matrimonio no es contrato, sino que es una institución divina, como lo enseña la Santa Iglesia Católica; es una institución de Derecho natural, primero, fundada por Dios en el paraíso terrenal, y elevada en seguida á la dignidad de sacramento por Nuestro Señor Jesucristo. Los mismos partidarios del matrimonio civil no han podido desentenderse de esta verdad; y por eso, parodiando la celebración del matrimonio católico, ponen en boca del oficial del Registro Civil estas palabras: «Yo os declaro casados en nombre de la ley.» Luego no es el contrato, sino la ley, la que hace el matrimonio, en el sentir de estos jurisconsultos.

Negamos al poder civil la facultad de legislar sobre la constitución del matrimonio y sobre las obligaciones y derechos esenciales que de él nacen; y se la negamos, no sólo con la autoridad de la Iglesia Católica, que ya sería bastante, sino con e concurso y asentimiento de todos los pueblos de la tierra. Nos agrada, en confirmación, transcribir algunas palabras del elocuente y sólido discurso de M. Carión-Nisas en el Tribunado en la sesión del 28 ventoso, año 11. «En ninguna parte se ha creído, dice el hábil é ilustrado tribuno, que fuese bastante un magistrado, un hombre, para recibir el juramento de los esposos, para conferirles tan gran carácter; en todas partes la Divinidad misma ha sido llamada como testigo, y como una garantía. En los bellos días de Roma, y bajo las leyes de Numa, cuando amenazaba estallar alguna discordia entre dos esposos, no era al *Foro*, no era ante el tribunal del Pretor adonde los amigos y parientes arrastraban á estos desgraciados esposos; era al templo, era ante los altares de Juno conciliadora, de Juno que presidía á la unión conyugal; era á la luz de aquellas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mismas antorchas que habían alumbrado las pompas de su himenéo, bajo estas mismas bóvedas en que habían resonado sus primeros juramentos; era en estos lugares tan propios para hacer revivir tantos recuerdos felices y castos pensamientos, donde se les conjuraba en nombre de todo lo que hay de santo y de sagrado, que desistiesen del malhadado designio de separar lo que *la sociedad y la naturaleza y el cielo y la tierra habían unido*". La misión del poder civil acerca del matrimonio no puede ser otra que confirmar y proteger las leyes divinas y eclesiásticas en cuanto á su constitución, y determinar sobre sus efectos civiles, pero de manera que sus prescripciones guarden consonancia con las obligaciones y derechos primordiales de aquella institución.

VIII. Esto nos conduce naturalmente á tratar del divorcio, el más recio ataque que en estos últimos tiempos ha recibido el matrimonio en algunos pueblos civilizados; del divorcio, que es lo que da lugar á más graves cuestiones en materia de Derecho Internacional Privado.

Nuestro Código Civil desconoce el divorcio como ruptura del vínculo del matrimonio. En Chile no se permite el divorcio aun cuando se le admita por la legislación del país donde se celebró el matrimonio ó por la legislación del país ó países de la nacionalidad ó domicilio de los cónyuges. Por el artículo 119 se reconocen y aceptan el valor y efectos civiles del matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad á las leyes del mismo país ó á las leyes chilenas; pero el artículo 120 dice: "El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad á las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita á ninguno de los dos cónyuges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge;" y el artículo 121 dice: "El matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podría, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad á las leyes chilenas." De aquí resulta que en Chile no tiene jamás lugar el divorcio; pero si se efectúa el divorcio en el extranjero, y los divorciados celebran otro matrimonio en conformidad á las leyes de aquel país, en Chile se aceptan el valor y efectos civiles de ese matrimonio. Esto se entiende sólo de los extranjeros

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

porque para los chilenos existe la regla del inciso 2.º del artículo 119: "Sin embargo, si un chileno ó chilena contrajere matrimonio en país extranjero, contraviniendo de algún modo á las leyes chilenas, la contravención producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiese cometido en Chile."

Como se ve, en nuestra ley civil están claramente resueltas las cuestiones relativas á la ley que debe prevalecer tratándose del divorcio, sea que se haya celebrado el matrimonio por chilenos ó por extranjeros y sea cual fuere el país de la celebración. Aunque no participamos por completo de las ideas que han dominado en las decisiones de la ley chilena, pues que debiera haber sido más amplio el rechazo del divorcio, reconocemos, sin embargo, que en cuanto no permite que él se verifique en Chile en ningún caso, está en la más rigurosa justicia y perfecta moralidad.

Porque, apresurémonos á decirlo, el divorcio que acaba con el vínculo conyugal es altamente inmoral, disolvente para la familia y destructor del Estado. Nos remitimos al discurso de Mr. Carión-Nisas ya citado, que se encuentra en la compilación de Locré, tomo 5.º, página 338, en el cual se demuestran esas tres proposiciones de una manera incontestable, con la estadística en la mano. No podemos resistir á copiar aquí estas enérgicas expresiones, dignas de un corazón generoso y patriota:

"Acordaos de la época aun reciente en que la palabra divorcio resonó por la primera vez entre nosotros. ¿Os acordáis de la sensación que ella excitó? Esta palabra funesta salió de en medio de las orgías de este mismo recinto, de esta misma sala quizá en que hago oír hoy día una voz expiatoria. ¿Quién la pronunció? Un hombre tanto más abyecto en la opinión cuanto más elevado había sido por la fortuna. Según la noble práctica de esta antigua república, en la que se requería que toda proposición, aun la más útil, hecha por un ciudanano envilecido, se purificase pasando por el órgano de un hombre de bien, se le habría impuesto silencio sin duda. ¿Pero, quién se habría encargado de su proposición? Colocaos vosotros en esas circunstancias; y yo os lo pregunto á todos, al uno después del otro, ¿habría alguno entre vosotros que hubiese querido entonces hacerla? Sin embargo, ella tuvo un grande éxito: se quería

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

entonces disolver el Estado; preciso era comenzar por desorganizar la familia. Hoy día vosotros queréis consolidar el Estado, fundad pues la familia. La indisolubilidad es su cimiento: así lo ha declarado la opinión de toda la tierra. La voz del universo ¿es acaso una preocupación? Nó, sin duda; y uno se siente tentado á creer que hay algo de sobrenatural y de divino en una opinión que ni el curso de los siglos, ni el de los acontecimientos, ni el cambio de las leyes, ni el de las costumbres, han podido hacer variar: de la misma manera que se ha llegado á establecer por el asenso unánime como por el sentimiento íntimo que el homicidio es un gran crimen contra la naturaleza, ¿no se podría también establecer en virtud del mismo asenso que el divorcio es en efecto un *delito fundamental contra la sociedad?*»

No podemos guardar silencio sobre lo que relativamente á este asunto, encontramos en Fiore, libro 1.º, capítulo 8.º, número 117: «Son distintas las disposiciones del Derecho positivo relativamente á la indisolubilidad del lazo conyugal. Sancionando algunas legislaciones la doctrina de la Iglesia *Quod Deus conjunxit homo non separet*, consideran la muerte del cónyuge como el único medio legítimo para la disolución del matrimonio; mientras que otras legislaciones, fundándose en las Santas Escrituras, que permiten repudiar á la mujer adúltera, autorizan el divorcio.» Aquí se incurre en dos graves errores, que por ser referentes á las legislaciones de todos los pueblos civilizados, ó sea, á los pueblos cristianos, no debemos dejar pasar inadvertidos.

En el texto transcrito se contrapone la doctrina de la Iglesia á la de las Santas Escrituras, como si hubiera entre ellas alguna oposición. Las palabras que se citan como doctrina de la Iglesia, *Quod Deus conjunxit homo non separet*, son palabras del Salvador, y se encuentran en los Evangelios, de San Mateo (capítulo 19, vers.º 6.º) y de San Marcos (capítulo 10, vers.º 9.º) Allí Nuestro Señor Jesucristo condenó el repudio (que no era por cierto del todo igual al divorcio) de la manera más formal y absoluta, y mostró que su enseñanza no contradecía un punto á los sagrados libros: *Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras: ab initio autem non fuit sic.* La doctrina de la Iglesia no puede, pues, contraponer-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se á la de las Santas Escrituras, porque ambas son una misma. La doctrina que profesa y enseña la Iglesia sobre el matrimonio la ha tomado de las Santas Escrituras y de las palabras del mismo Dios, pronunciadas primero en el paraíso y después por Nuestro Señor Jesucristo. El repudio se *toleró* por la ley de Moisés, y esta tolerancia fué abolida por el Salvador del Mundo; no pueden fundarse en las Santas Escrituras los que sostienen la inmoral institución del divorcio.

Pero, se nos dice, en algunos países civilizados se reconoce el divorcio, y algunos jurisconsultos sostienen que debe juzgarse no sólo por las leyes del país donde se celebra el matrimonio sino también por las leyes del país donde han transladado su domicilio los esposos. Por toda contestación diremos, que es deplorable que en países civilizados se desconozcan hasta tal punto la moral y la importancia del matrimonio, que se le llegue á convertir en objeto de tráfico; y que no puede pedírsenos la reciprocidad, porque en ningún caso el error y la inmoralidad tienen derecho para alternar de igual á igual con la verdad, la justicia y la decencia. Preferimos que no se nos reconozca nuestro derecho, antes que obtener su reconocimiento acatando la inmoralidad.

Artículo 15

Á las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia ó domicilio en país extranjero:

1.º En lo relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile.

2.º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.

SUMARIO.—I. Contraste entre la disposición de este artículo y la del anterior en cuanto á las reglas que determinan la extensión de la fuerza obligatoria de las leyes personales.—II. Fuentes de que ha sido tomado este artículo.—III. División de las leyes en *personales, reales y relativas á los actos*, y reglas para distinguir las personales de las reales.—IV. Doctrina del Derecho Romano y de la Legislación Española sobre esta materia.—V. Explicación del número 1.º: qué se entiende por *estado de las personas*; cuándo se entenderá que los actos ejecutados en territorio extranjero han de tener efecto en Chile.—VI. Explicación del número 2.º—VII. Resumen.

I. El artículo 14 es un precepto general y absoluto, que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

comprende á todos los extranjeros *residentes* en Chile, de cualquier condición que sean, ya domiciliados ó ya transeúntes; y que comprende asimismo todas las leyes, ya personales, ya reales ó ya relativas á los actos; pero no comprende á los extranjeros que no residen en Chile, ni se aplica á los actos ejecutados ni á los contratos celebrados fuera de Chile. Por el contrario, el precepto consignado en el artículo 15 es limitado; sólo se aplica á los chilenos. Las leyes á que se refiere el artículo 15, siguen al chileno en el extranjero; ó bien los derechos y obligaciones que nacen de dichas leyes, no sufren alteración alguna en el chileno residente en el extranjero, aun cuando llegue á adquirir allí domicilio. Pero dichas leyes no obligan al extranjero en país extraño ó en su propio país, aún cuando esté domiciliado en Chile. Todas las disposiciones del artículo 15, son extrañas al extranjero, ninguna de ellas le es aplicable, porque son dictadas exclusivamente para el chileno. La primera limitación del artículo 15 es, por consiguiente, relativa á las personas.

La segunda limitación es relativa á las leyes. Nuestro Código Civil no ha aceptado en este particular la doctrina francesa en toda su extensión. Según el artículo 15, la ley personal chilena, en su generalidad, no viaja con el chileno, como lo enseña la doctrina francesa; sólo ciertas clases de leyes personales, las que se expresan en los números 1.º y 2.º, son las que siguen imperando sobre el chileno fuera de Chile.

Todavía es más rígida la segunda limitación; pues en cuanto á los actos que el chileno ejecuta en el extranjero, la ley chilena sólo califica su *capacidad* cuando esos actos hayan de tener efecto en Chile.

Quedan, por consiguiente, fuera del alcance del artículo 15: 1.º los actos ejecutados y los contratos celebrados por los extranjeros en país extraño, aun cuando uno ú otro hayan de tener efecto en Chile; y la capacidad de los extranjeros para dichos actos ó contratos se aprecia por la ley extranjera. Nótese bien; los expresados actos ó contratos no son regidos por el artículo 15, pero pueden ser regidos, y lo serán en muchos casos por otros artículos del Código Civil; y 2.º los actos ejecutados y los contratos celebrados en país extraño por un chileno, si

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

esos actos ó contratos no han de tener efecto en Chile. De consiguiente, un chileno, menor de edad según la ley chilena, puede comprar y vender válidamente un bien raíz situado en país extraño, si por la ley extranjera es mayor de edad, como sucede en Francia, Inglaterra y otros países, donde la mayor edad se alcanza á los veintiún años, mientras que en Chile sólo se le alcanza á los veinticinco.

Resumiendo esta doctrina diremos: que si la disposición del artículo 14, es general y absoluta en cuanto á las *personas*, pues que conprende á todas las residentes en Chile, sean nacionales ó extranjeras, domiciliadas ó transeúntes, y lo mismo en cuanto á las leyes, de cualquiera clase que sean; la disposición del artículo 15, es limitada á los chilenos y solo á ciertas clases de leyes, como á ciertas clases de actos y contratos. El artículo 14 establece el imperio de la ley chilena en todo el territorio chileno y sobre todos sus habitantes; el artículo 15 hace extensiva la fuerza obligatoria de la ley chilena más allá de las fronteras de la República, pero sólo respecto de los chilenos y de ciertas y determinadas relaciones y casos: el artículo 14 se ocupa en la obligación de obedecer la ley chilena en Chile, mientras que el artículo 15 se ocupa en la obligación de obedecerla en el extranjero.

No podría decirse, para combatir nuestra explicación, que el inciso 1.º del artículo 15 está concebido en términos generales; pues que si lo son sus prineras palabras, en seguida y sin interrupción, vienen otras que las limitan; y además porque la ley podría redactarse en forma negativa sin inconveniente alguno, sin alterar el sentido de la proposición, diciendo: "Los chilenos domiciliados ó residentes en país extranjero no estarán sujetos á las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, sino, 1.º En lo relativo al estado de las personas; etc."

Sabido es que la ley tiene dos límites, el territorio y el tiempo. La ley, como emanación ó expresión de la voluntad soberana, no puede imperar sino en la extensión del territorio á donde se extiende la soberanía que es su fuente; pero como al mismo tiempo la ley egerce su influencia benéfica en los ciudadanos ó sea en los naturales del territorio, y puede sujetarlos á su imperio en ciertos casos, sea cual fuere su residencia, la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

buena doctrina legal, aceptada por todas las naciones civilizadas, reconoce la legitimidad de su imperio en los ciudadanos de su país aun más allá de sus fronteras; pero sólo para determinados casos y relaciones, que son aquellos en que pueden recibir la sanción de la misma ley. Este es el fundamento lógico de la limitación; y así los casos que no están al alcance de la sanción de la ley nacional no son regidos por ella. Por esta razón los actos ejecutados y los contratos celebrados por los chilenos en país extraño, que no han de tener efecto en Chile, no son regidos por la ley chilena, porque no podría alcanzarlos con su sanción sino con cierta violencia injustificada, puesto que dichos actos ó contratos no han podido ofender su soberanía ni dañar los intereses nacionales, y puesto que la sanción civil no es ordinariamente otra que la negación de los efectos civiles del acto ó contrato y la indemnización de perjuicios, cosas que sólo pueden realizarse en el extranjero, en la suposición de que hablamos.

En cuanto al otro límite de la fuerza obligatoria de las leyes, que es el tiempo, nos remitimos á lo dispuesto en el artículo 9, que es el asunto del efecto retroactivo de las leyes.

II. El artículo 15 que comentamos ha sido tomado del artículo 3.º del Código francés, del 7.º del proyecto de García Goyena, del 4.º del Código austriaco y del 9.º del Código de la Luisiana, que es igual al 3.º del francés.

El Código francés consigna, en las expresiones que emplea sobre esta materia, la doctrina y la jurisprudencia que desde largos años viene imperando en la escuela francesa. El inciso 3.º del artículo 3.º de dicho Código, que es el concerniente al asunto de que tratamos, dice así: "Las leyes que conciernen al estado y á la capacidad de las personas obligan á los franceses aún cuando residan en país extranjero."

Como se ve, el precepto es general, amplio, no tiene las limitaciones que se consignan en el artículo 15 del Código Civil chileno; no hace más que seguir las enseñanzas de su escuela, según la cual las leyes personales *viajan con el ciudadano*, ó bien, el ciudadano está sujeto á las leyes personales de su país sea cual fuere el lugar adonde traslade su residencia. Así vemos que en el proceso verbal del Consejo de Estado, sesión del 14,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

termidor, año IX, que antes hemos citado, Mr. Tronchet dice *que el extranjero no está sometido á las leyes civiles que reglan el estado de las personas.* Después Mr. Andrieux en la sesión del Tribunado, del 12 de frimario, año X, hace mérito de la doctrina consignada en un segundo proyecto, según la cual *un francés que reside en país extranjero continúa en estar sometido á las leyes francesas, relativamente á sus derechos civiles y á los bienes que posee en Francia.* Después Mr. Portalis en la segunda exposición de motivos en la sesión del Cuerpo legislativo del 4 de ventoso, año XI, en los números 12 y 13, se expresa así: "¿Se trata de las leyes ordinarias? Siempre se ha distinguido entre las que son relativas al estado y á la capacidad de las personas y las que reglan la facultad de disponer de los bienes. Las primeras se llaman *personales* y las segundas *reales.* Las leyes personales siguen á la persona por todas partes. Así la ley francesa, con ojos de madre, sigue á los franceses hasta las regiones más apartadas; los sigue hasta las extremidades del globo." Mr. Portalis concluye el número 13 diciendo: "Los diferentes pueblos, con los progresos del comercio y de la civilización, tienen ahora más relaciones entre sí que las que tenían en otro tiempo. La historia del comercio es la historia de la comunicación entre los hombres. Es, pues, más importante ahora que lo que fué antes, fijar la máxima que, en todo lo que concierne al estado y á la capacidad de la persona, el francés, sea cual fuere el país donde se encuentre, continúa en ser regido por la ley francesa."

Es de notar que los legisladores franceses, si se atiende á las expresiones que emplean, han creído, parece, que en las leyes relativas al estado y á la capacidad de las personas se comprenden todas las leyes personales; pero esto no es así, pues que hay algunas leyes personales que no son relativas al estado ni á la capacidad de las personas, como son las relativas al domicilio, á la tutela y curaduría, á los alimentos que se deben por ley á ciertas personas en algunos casos, como al donante de donación cuantiosa, al ex-religioso que por la relajación de sus votos vuelve á la vida civil, y algunas otras.

Resulta de aquí que no puede desirse que el Código francés haya consignado en su artículo 3.º de una manera absoluta la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

teoría que enseña que todas las leyes personales viajan con el individuo, sino sólo las leyes relativas al estado y á la capacidad de las personas.

Pero esta regla es sin duda mucho más amplia que la adoptada por nuestro Código Civil en su artículo 15. Según el Código francés, todas las leyes relativas al estado y á la capacidad de las personas ligan á los franceses en país extranjero en todos los actos que ejecuten y en todos los contratos que celebren en el extranjero, aunque esos actos ó contratos no hayan de tener efecto en Francia. Así, por ejemplo, un joven francés compra en país extraño un bien raíz situado en ese país y en seguida lo vende, careciendo de capacidad para ello según la ley francesa, pero con capacidad según la ley del país donde se otorgó la venta. El artículo 3.º del Código francés desconoce la legitimidad de ese contrato.

No sucede lo mismo con el artículo 15 de nuestro Código Civil. La ley chilena relativa á la capacidad del chileno sólo le obliga en el extranjero en cuanto á los actos y contratos que hayan de tener efecto en Chile. Los actos que ejecuta y los contratos que celebra el chileno en país extraño para tener efecto en dicho país, no hay necesidad de ajustarlos á la ley chilena en cuanto á la capacidad del chileno que los ejecuta ó celebra.

Creemos más conforme con la buena doctrina legal la disposición de nuestro artículo 15.; porque los actos que se ejecutan y los contratos que se celebran en país extraño para cumplirse en el mismo país ó en otro que no sea el de la nacionalidad del individuo que los ejecuta ó celebra, no pueden ofender la soberanía de la ley ó de la nación del dicho individuo, en cuanto á la capacidad de éste para ejecutarlos ó celebrarlos: en este sentido sólo pueden ofender la soberanía de la ley del país donde se ejecutan ó celebran. Por otra parte, la sanción civil de dichos actos ó contratos no puede ser otra que su nulidad ó su ineficacia y la indemnización de perjuicios; y esta sanción sólo puede llevarse á efecto, lógica y naturalmente, en cuanto á la capacidad, en el país donde han tenido lugar y donde van á tener efecto dichos actos ó contratos. Para hacer efectiva esa sanción en el país de la nacionalidad del individuo que ejecutó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el acto ó celebró el contrato, se necesita de una violencia inaceptable en las buenas teorías del Derecho Internacional Privado.

Así lo vemos actualmente en la misma Francia, donde es posible hacer efectiva en ciertos casos dicha sanción mediante la disposición legal que declara competentes á los tribunales franceses para juzgar los contratos celebrados en el extranjero por sus nacionales; disposición dictada, sin duda alguna, con la mira de protegerlos, pero que ha dado lugar á que las otras naciones tomen su desquite y observen la misma regla contra los franceses, guardando la más perfecta reciprocidad; y así viene á destruirse ó hacerse ilusoria por completo la protección que se quería otorgar.

Al concluir sobre este punto, observaremos que nuestro Código Civil no ha incurrido en el error grave y perturbador de confundir la nacionalidad con el domicilio, error en que han incurrido otras legislaciones y muy doctos jurisconsultos. Ni ha incurrido tampoco en el otro error de dar preferencia al domicilio sobre la nacionalidad como fuente de todos los derechos civiles. Nuestro Código Civil para nada ha tomado en cuenta el domicilio en esta materia, sino sólo la nacionalidad.

Por lo demás, nuestro artículo 15 está de acuerdo con el 3.° francés en cuanto á las leyes relativas al *estado;* esto es, el chileno, lo mismo que el francés, es regido en el extranjero por sus respectivas leyes nacionales en lo que respecta á la constitución del estado, ó sea á los requisitos necesarios para su constitución, ó para la terminación del estado, y en cuanto á las obligaciones y derechos que nacen del mismo estado. Sin embargo, hay entre ellos esta diferencia, que el Código francés sostiene la regla en toda su extensión, mientras que el artículo 15 del nuestro la limita en el número 2.°, en cuanto á las obligaciones y derechos *que nacen de las relaciones de familia, sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos;* y la desconoce ó no la aplica á los cónyuges y parientes extranjeros del chileno; y así éste queda libre del imperio de la ley chilena relativamente á las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia (que son exactamente las obligaciones y derechos del estado) respecto de su cónyuge y parientes extranjeros.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Resumiendo decimos: que son dos las diferencias sustanciales que existen entre las disposiciones del artículo 15 chileno y el 3.º francés: 1.ª, las leyes relativas á la *capacidad* sólo siguen al chileno en el extranjero respecto de los actos ó contratos que hayan de tener efecto en Chile; mientras que al francés le siguen en todos los actos ó contratos, aunque no hayan de tener efecto en Francia; y 2.ª, las leyes relativas al *estado* siguen al francés en el extranjero sin limitación alguna, mientras que al chileno no le siguen en cuanto á las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, relativamente á su cónyuge y parientes extranjeros.

III. La base fundamental de la teoría que analizamos consiste en la división de las leyes en *reales, personales y relativas á los actos*. El célebre jurisconsulto Bartolo, invocando la ley romana, decía: *Omne jus quo utimur, vel ad res pertinet, vel ad personas, vel ad actiones*, regla que se encuentra consignada en la Instituta de Justiniano. Todas las escuelas han aceptado esta base para fundar y desarrollar sus diferentes sistemas. Esta clasificación de las leyes es la clave autorizada para la resolución de todos los conflictos que resultan de la colisión de las leyes de distintas naciones, ó sea, para resolver las cuestiones de Derecho Internacional Privado. Hercio, en su disertación sobre la colisión de las leyes, enseña asimismo que el hombre está sometido á la ley en el triple aspecto, *vel ratione personæ, vel ratione rerum, vel ratione actuum*. Esta era también la división que se hacía en el estudio del Derecho Romano, división de que encontramos vestigio bien patente en la generalidad de los Códigos modernos y especialmente en el Civil nuestro. Así, podemos decir que, salvo algunas excepciones y muy pocas, las leyes del libro 1.º son personales; las leyes del libro 2.º son reales; y las de los libros 3.º y 4.º son relativas á los actos; bien que en estos últimos son numerosas las excepciones, pues hay en ellos también, muchas leyes reales y personales.

Como la mayor parte de los autores antiguos, al tratar de esta materia, emplean la palabra *estatuto* en lugar de *ley*, conviene que recordemos, antes de ocuparnos en las reglas que sirven para distinguir las leyes personales de las reales, el primitivo origen de estas cuestiones.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La teoría de la división de los *estatutos* en personales, reales y mixtos, trae su origen del conflicto que nacía entre el derecho *común*, que así se llamaba el *romano*, y el derecho ó legislación *particular* que regía las ciudades conquistadas por el imperio romano, y que la conservaban después de su incorporación al imperio, á pesar de quedar sujetas á su dominación y sometidas, por consiguiente, á las leyes nuevas que se dictaban en Roma. Pero la palabra técnica *estatuto* se empleó especialmente para designar las leyes que se formaron en la Edad Media para las diversas ciudades de la Italia, las que constituyeron el *derecho particular* en contraposición al *común*, que en esa época no lo era ya sólo el *romano* sino también el *lombardo*. De manera que la palabra *estatuto* significaba ley municipal, ó de una provincia ó ciudad sometida á otra ley *común:* Savigny, capítulo I, párrafo 347; Fœlix, capítulo IV, número 19. Más tarde la palabra *estatuto* se ha estimado y se estima actualmente como sinónimo de ley.

Entre los antiguos han sido muy varias las opiniones relativamente á las reglas que deben adoptarse para discernir qué leyes son *personales* y cuáles *reales*. Bartolo, que ha sido uno de los fundadores de este sistema, estableció como regla fundamental para distinguir el carácter de real ó de personal de una ley, los términos de su redacción; de manera que, si la ley dijese: "El primogénito sucederá en los bienes del padre," la ley sería *personal;* y si dijese: "Los bienes del padre pasarán al primogénito con exclusión de sus hermanos," la ley sería *real*. Según esta regla, el sujeto de la frase decidiría de la naturaleza de la ley. Pero Baldo, primero, y después otros muchos autores citados por Fœlix, como también Boullenois, Marcadé y Massé, han combatido semejante regla, dando por razón que, si más debe atenderse á las ideas que á las palabras, no hay por qué hacer mérito de la construcción de la frase ó del orden en que se coloquen las expresiones, cuando aparezca con claridad la misma idea; y que debe, en consecuencia, buscarse principalmente el objeto definitivo que se propuso el Legislador, y nó la manera en que se ha expresado, siempre que ella no altere ese objeto, ó sea, la voluntad del Legislador. Tan evidente es esta observación que, á no ser por el gran prestigio de que ha goza-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

do el jurisconsulto Bartolo, su regla, manifiestamente errónea, no habría merecido el honor de ser discutida.

La división de las leyes en *reales, personales y relativas á los actos* es universalmente aceptada; pero algunos jurisconsultos antiguos agregan un cuarto miembro á la división, y es el de las leyes *mixtas*, considerando como tales las que participan de la naturaleza de las reales y de las personales, clasificación que es ahora generalmente rechazada.

La ley personal, según la definición común, es la que tiene relación directa con el estado de las personas, esto es, la que estatuye sobre su condición, ó su capacidad ó incapacidad general ó particular para los actos de la vida civil. Fœlix, capítulo IV, número 22, al definir la ley personal, habla sólo de la capacidad ó incapacidad general, ó de la universalidad de la condición; pero Boullenois y otros reconocen y sostienen la ley personal particular: "Las leyes personales son ó personales universales o personales particulares. Las leyes personales particulares son aquellas que no afectan la persona sino para algunos actos particulares y limitados", principios 11 y 13, páginas 4 y 5, tomo I, cuyos principios se hallan desarrollados y sostenidos en la observancia 4.ª combatiendo la definición de Rodemburgo, *Universus personæ status aut conditio vertitur citra rerum adjectionem*, y los autores antiguos que la sostienen. De la misma opinión de Boullenois son Prevot de la Jannes y Savigny, como lo reconoce Demangeat en las observaciones al capítulo IV citado de Fœlix. Pero esta división de las leyes personales en generales y particulares sólo es útil para el más cabal conocimiento de la naturaleza de las leyes personales; pues que en la materia de que tratamos, y especialmente según las disposiciones de nuestro artículo 15, no hay importancia para darle más desarrollo.

Según esta doctrina, podemos señalar como leyes personales las que se encuentran en el libro I de nuestro Código Civil, como son las relativas al principio y fin de la existencia de las personas, domicilio, matrimonio y deberes de los esposos, distintas clases de filiaciones, obligaciones y derechos que ellas producen, estado civil y sus pruebas, alimentos que se deben por la ley, tutelas y curadurías y personas jurídicas. Porque aun

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las leyes que dictan reglas sobre la enagenación ó administración de los bienes de las distintas personas, y aun sobre los derechos que en ellos confieren, son leyes personales, porque son dictadas en consideración al estado ó condición de los personas, tales como el usufructo legal del padre de familia sobre los bienes del hijo y el del marido sobre los bienes de la mujer, derechos reales *sui generis*, que nacen y espiran ó se limitan sólo por disposición de la ley. Lo mismo hay que decir sobre la décima de los guardadores, etc. Se conocerá mejor la naturaleza y extensión de las leyes personales cuando se conozca la naturaleza y extensión de las leyes reales, no sólo por la contraposición que existe entre ellas, sino porque, siendo fácil distinguir las unas y las otras de las leyes relativas á los actos, las que no sean de esta última clase, son precisamente ó reales ó personales, ya que no hay otro miembro en la clasificación que aceptan los jurisconsultos modernos.

Se llama ley *real* la que estatuye directamente sobre las cosas, esto es, sobre su naturaleza y modo de adquirirlas, sobre los diversos derechos que en ellas se tienen sobre su transmisión y transferencia (1), independientemente del estado ó capacidad de la persona, y que sólo lo toma en cuenta de un modo incidental y por vía de consecuencia. Así, la generalidad de las leyes contenidas en el libro II de nuestro Código Civil, con pocas excepciones, son leyes reales: las diversas clases de bienes ó cosas, el dominio y los otros derechos reales, los modos de adquirirlos, la posesión, son materia de las leyes reales. Pero hemos dicho que hai algunas excepciones, que no todas las leyes del libro II son reales; y en efecto, las leyes sobre la gratificación del salvamento en el modo de adquirir llamado ocupación, los abonos de mejoras y daños en los poseedores de buena ó mala fé, por ejemplo, son leyes que participan más del carácter personal que del real.

(1) Aunque el Legislador Chileno no ha definido expresamente las palabras *transferir* y *transmitir*, el empleo constante y uniforme que hace de ellas, nos permite establecer que por la palabra *transferir* se significan las mutaciones del dominio y de los derechos reales ó personales por acto entre vivos; y por la palabra *transmitir*, se significa el tránsito de los mismos derechos por causa de muerte: sucesión testada ó intestada.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Del mismo modo, las leyes que prescriben que la venta de los bienes raíces del menor se haga en pública subasta, que la venta de los bienes raíces de la mujer casada que el marido esté obligado á restituir en especie, no puede hacerse sino con autorización judicial, son leyes personales, por más que se trate en ellas de bienes raíces; porque son dictadas en consideración á la persona; y aún cuando en ellas se toman en cuenta las cosas, (los bienes) raíces, es solo en consideración á la persona, para proteger al menor y á la mujer casada; y así puede decirse que estas leyes pertenecen al estado ó á la capacidad de la persona.

Esta clase de leyes y otras análogas eran las que formaban el otro miembro de la clasificación que adoptaban algunos jurisconsultos antiguos, llamándolas *mixtas*, esto es, reales y personales á un mismo tiempo, clasificación que es rechazada por la generalidad de los modernos; y la razón que dan es que admitir este nuevo miembro es echar por tierra la división; que así sólo se trata de evadir la dificultad sin resolverla, desde que todas las leyes son *mixtas* en el sentido de que, aunque dispongan principalmente sobre la personas ó sobre las cosas, disponen al mismo tiempo incidentalmente ó por vía de consecuencia, por lo ménos, sobre las unas ó sobre las otras, y así sólo debe calificárselas de reales ó de personales según el carácter predominante. Algunos creen que pueden considerárselas en parte reales y en parte personales cuando el predominio no exista ó no sea fácil establecerlo, sin que por esto acepten la calificación de *mixtas*: Massé, tomó 1.º, número 537; Fœlix, capítulo IV, número 21. Este último autor observa que Boullenois reconoce las leyes mixtas; y á la verdad, aun cuando al final de la observación segunda, combatiendo la opinión de D'Argentré y de Burgundo, sostiene expresamente que los estatutos no pueden dividirse sino en dos clases, á saber, en personales y en reales, y que no los hay, por consiguiente, mixtos; no obstante, en la observación sexta, donde examina detenidamente las opiniones de D'Argentré y de Burgundo, después de refutarlas y desecharlas, admite los estatutos mixtos que producen los efectos de los estatutos reales y personales según Boullenois. Pero, si se examina con rigor este sistema, los estatutos mixtos debie-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ran clasificarse entre los personales. Hé aquí algunas de sus expresiones: *Il est indifférent par rapport á ces Status mixtes, de dire qu'ils suivent la Loi de la situation, plutôt que la Loi du domicile, parce que l' une et l' autre Loi est la même, le statut mixte n' agissant que sur le domicilié et sur les biens situés dans le domicile. Ainsi la Loi du domicile est la Loi de la situation, comme la Loi de la situation est la Loi du domicile.* Á lo que parece, los estatutos mixtos de Boullenois son los que otros autores llaman estatutos particulares-personales-reales, como la ley que permite al menor casado donar á su cónyuge, que es el ejemplo que proponen, y que en el sistema moderno debiera calificarse simplemente de personal, porque no es otra cosa que la supresión de una de las restricciones establecidas por la ley á las facultades administrativas del menor, ley dictada, en consecuencia, sólo en consideración á la persona y no á las cosas.

Pudiera tal vez decirse que Boullenois incurre hasta cierto punto en un error semejante al en que cae D'Argentré, que sostiene que los estatutos mixtos producen el mismo efecto que los reales, y á quien se le arguye diciendo, que es inútil agregar un miembro á una división si no ha de producir efecto alguno distinto de otro de los miembros; si ambos producen un mismo efecto debemos considerarlos como una misma parte ó como un solo miembro de la división, pues que ésta sólo se funda en la diferencia de sus miembros, y éstos se califican y distinguen en razón de los distintos efectos jurídicos que producen. En el caso propuesto por Boullenois y según las reglas generales que adopta, el menor de edad podría donar á su cónyuge los bienes situados en ajeno territorio, considerando ese caso como ley personal; y sin embargo Boullenois establece una regla especial para sus estatutos particulares-personales-reales, según la cual no siguen al individuo en ajeno territorio, lo que es efecto de la ley real. (Observación 13, pág. 183). Savigny combate esta división de los estatutos personales en particulares y generales, en cuanto se atribuye á los últimos el efecto de seguir al individuo en país extranjero, y se le niega á los primeros (Lib. 3.º cap. 1.º, § 364). El error de Burgundo consiste en calificar de mixtas las leyes que recaen á un mismo tiempo sobre los bienes muebles é inmuebles, dando por razón que los bienes mue-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bles se rigen por la ley del domicilio del dueño, y, por consiguiete, dichas leyes son personales y reales á la vez; pero no es aceptable que las leyes que recaen sobre los bienes muebles sean personales, según la doctrina de nuestro Código Civil y la de la escuela alemana, que es la misma de la española, derivadas ambas inmediatamente de la romana.

Basten estas ligeras nociones sobre la naturaleza de las leyes reales y de las personales para la mejor inteligencia de nuestro artículo 15; puesto que no podríamos proponernos dar un conocimiento cabal de los diversos sistemas, ni dar un desarrollo más extenso á las teorías enseñadas por las diversas escuelas; para lo cual sería necesario una obra especial y de grande aliento, y porque tendremos que volver sobre este punto en el comentario del artículo 16. Conviene sí tener alguna noticia del estado de la legislación romana y de la española cuando llegó á formarse escuela en esta importante materia del Derecho Internacional Privado, lo que será el asunto del párrafo siguiente:

IV. Según enseña Savigny, cuyos profundos conocimientos y largos estudios en el Derecho Romano lo colocan en la primera línea de los maestros, y á quien tomamos por guía en este particular, son muy pocas las decisiones que se encuentran en los códigos romanos en la materia de Derecho Internacional Privado. En vano buscaríamos en ellos reglas precisas sobre las leyes reales y personales, ni siquiera formuladas las nociones fundamentales de tan grave y difícil asunto. Ni es de extrañarlo, desde que el extranjero era *hostis* y no gozaba de la protección y ventajas que conferían las leyes civiles sólo al ciudadano romano.

Agréguese á esto, según Savigny, que si se emplea una sana y severa crítica, tenemos que excluír como extrañas muchas de esas decisiones que á primera vista pudieran creerse referentes á la materia del Derecho Internacional Privado. Hay todavía que observar, que la falta de comunicación entre las naciones, aun de las mismas que estaban sujetas al imperio romano, y el atraso ó imperfección de las legislaciones de esos pueblos, no daban lugar á que pudiera diseñarse siquiera la teoría del conflicto entre las leyes de distintos territorios sobre las personas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

(ciudadanos y extranjeros) y sobre los bienes situados dentro de sus respectivas jurisdicciones.

Todo el sistema de Savigny en esta materia, consiste en investigar las fuentes u orígenes del Derecho para determinar las reglas aplicables á las diversas relaciones de Derecho, ó sea, los derechos adquiridos (1). Las fuentes son tres: la ciudadanía, el domicilio y la sumisión expresa ó tácita de los individuos á una legislación particular. Las reglas aplicables según el Derecho Romano á las diversas relaciones de derecho, deducidas de las pocas decisiones que en él se encuentran sobre esta materia, son:

1.ª Cuando se celebra un contrato por ciudadanos que pertenecen á diferentes Estados regidos por distintas legislaciones, no se puede oponer á ninguna de las partes el derecho puramente positivo del Estado extranjero, sino que se les aplica el *us gentium*. Lo mismo parece ser que los ciudadanos pertenezcan á distintas naciones, ó que, siendo el uno romano y el otro extranjero, celebren el contrato en el extranjero ó que lo celebren en el país de la nacionalidad de uno de ellos. Pero, este principio es derogado en ciertos casos por algunos motivos políticos.

2.ª El derecho de ciudad, ó la ciudadanía en una nación determinada, fija para cada individuo ó ciudadano el derecho á que está sometido personalmente, y según el cual debe ser juzgado. Aquí se percibe fácilmente la ley personal, y la regla según la cual las leyes personales ó algunas de ellas viajan con el individuo.

3.ª Si una persona tenía el derecho de ciudadanía en una ciudad y el domicilio en otra, prevalecía el derecho local de la ciudadanía; si tenía diversas ciudadanías, ó era ciudadano de diversas naciones, prevalecía la ciudadanía originaria ó la más antigua; y no se tomaba en cuenta la ciudadanía romana, la que

(1) En el lenguaje usado por Savigny la expresión *relación de derecho* significa el *derecho adquirido* ó que forma parte de nuestro patrimonio, y se llama *institución de derecho* las facultades que nacen exclusivamente de la ley. Así, el dominio que tengo en mi casa y el crédito que tengo contra Pedro por diez mil pesos, son *relaciones de derecho;* y la patria potestad ó la potestad marital, son *instituciones de derecho.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se acumulaba á la ciudadanía particular, pues se aplicaba el derecho local de esta última. Nuestro Código Civil sigue en este punto al Derecho Romano, pues no atiende al domicilio sino á la nacionalidad.

4.ª Faltando la ciudadanía, el domicilio determinaba el derecho local aplicable al individuo.

No se encuentran en el Derecho Romano reglas para decidir en los casos en que el individuo careciera absolutamente de ciudadanía ó de domicilio, ó en que tuviera domicilio en diversas ciudades sujetas á distintas legislaciones; y Savigny cree que en el primer caso debía atenderse al domicilio que hubiese tenido antes ó sea al domicilio de origen, y en el seguudo caso, al domicilio más antiguo. (*Tratado de Derecho Romano*, tomo 8.º, §§ 356, 357 y 359.)

En la legislación española, y especialmente en el Código de las Siete Partidas, encontramos más diseñada la teoría relativa á la naturaleza y extensión de las leyes reales, personales y relativas á los actos, y bosquejado el sistema que ha venido á aceptar nuestro Código Civil. Respecto de las leyes personales puede decirse que las Partidas no les dan los efectos ó la extensión que les señala la doctrina común, especialmente en la generalidad de viajar con el individuo á donde quiera que se traslade, pero ni siquiera para los mismos nacionales españoles. En efecto, la ley 15, tít. 1.º, Part. 1.ª que citamos y aun copiamos en el comentario del art. 14, principia con estas palabras: "Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes sobre las que él pone, son tenudos de las obedecer é guardar, é juzgarse por ellas, é no por otro escrito de otra ley fecha en ninguna manera: é el que la ley face, es tenudo de la facer complir, etc." Algunos autores han creído encontrar aquí, consignada en la generalidad, la regla que acepta la escuela francesa, según la cual las leyes personales de cada país viajan con los ciudadanos del mismo país; pero el contexto y espíritu de las palabras, que dejamos copiadas, como el resto de la ley, revelan otra inteligencia incompatible con la extensión que se atribuye á dicha regla.

JOSÉ CLEMENTE FABRES

(*Continuará.*) p 236

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿ESTAFA Ó HURTO?

En una de las numerosas casas de préstamos sobre prendas existentes en Santiago, un dependiente, encargado de vender las especies adjudicadas al acreedor por falta de pago de la deuda, se apropió algunas de estas especies. Procesado por el delito, fué condenado en primera instancia como reo de estafa. El Tribunal de Alzada, por mayoría de votos, decidió que había cometido un hurto.

En presencia de la disconformidad de pareceres que estas decisiones acusan, ocúrrese preguntar, ¿cuál de ellas es más arreglada á Derecho? Es útil discutir este punto á la luz del texto de la ley positiva, porque arranca su origen de un hecho, por desgracia, demasiado frecuente, y porque, aparte de otras diferencias, la penalidad no es la misma para el hurto que para la estafa, y el procedimiento empleado para la apreciación de uno y otro delito es muy diverso. La ley de 3 de agosto de 1876, que preceptúa que los tribunales apreciarán la prueba con entera libertad, y absolverán ó condenarán al reo, según creyeren en su conciencia que es inocente ó culpable, es aplicable al hurto y no á la estafa.

El artículo 432 del Código Penal, dispone: "el que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia ó intimidación en las personas, ó de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación ó la fuerza, el delito se califica de hurto."

De manera que, según esta clasificación, el hurto es propiamente un robo en el cual no han concurrido la violencia, la intimidación ni la fuerza, y el robo un hurto ejecutado con alguna de estas circunstancias.

El párrafo VIII del título IX libro 2.º del Código Penal, al ocuparse de la estafa y otros engaños, determina los diversos hechos que constituyen la estafa, bastando para nuestro propósito citar el inciso 1.º del artículo 467 y el número 1.º del artículo 470, comprendidos en el párrafo mencionado.

Hay estafa, según el primero, cuando se defrauda á otro en la sustancia, cantidad y calidad de las cosas que se le entrega-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ren en virtud de un título obligatorio, y el segundo coloca en igual condición, para el efecto de la pena, al que en perjuicio de otro, se apropia ó distrae dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubiere recibido en depósito, comisión ó administración, ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla.

Tanto para el hurto como para la estafa la pena se gradúa atendiendo al valor de la cosa que ha sido materia del delito: si el valor excede de quinientos pesos, la pena del hurto es de presidio menor en sus grados medio á máximo; si excede de cincuenta pesos y no pasa de quinientos pesos, de presidio menor en su grado medio; y si no sube de cincuenta pesos y no baja de diez pesos, de presidio menor en su grado mínimo. Para la estafa se adopta la misma escala de valores, pero ya no se fija únicamente la pena de presidio, sino que se impone la de presidio ó la de relegación menores en los mismos grados (artículos 446 y 467 del Código Penal).

Puesto que la pena del estafador puede ser la de relegación, es evidente que la ley ha sido á su respecto mucho más benigna que con el que hurta, el cual tiene que ser condenado precisamente á presidio siempre que el valor de la cosa hurtada no baje de diez pesos.

Confrontando la disposición del artículo 432 con la del número 1.º del artículo 470, es fácil advertir que entre el hurto y la estafa, tal como la establece el segundo de los artículos citados, existe esta sustancial diferencia: que el que estafa ha de tener en su poder, como mero tenedor, ya en depósito, comisión ó administración, ó por otro título que le imponga la obligación de devolver, la cosa mueble en que comete el delito; lo que no sucede en el hurto, el cual supone, por el contrario, un acto expreso dirijido á echarse sobre la cosa que se va á hurtar con el intento de apropiársela. El estafador retiene indebidamente la cosa, se la apropia dejando de cumplir una obligación; el que hurta, no teniendo la cosa en su poder, tiene forzosamente que desempeñar un papel más activo.

Veamos ahora, establecidos estos antecedentes, cómo deberá clasificarse el delito que comete el dependiente vendedor de una casa de prendas, almacén, tienda ó despacho, y quién, en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vez de vender los efectos que tiene encargo de enajenar, se los apropia.

La solución de la dificultad no es para nosotros dudosa. Nos parece que plantear la cuestión es resolverla. El dependiente vendedor habrá cometido una estafa en virtud de lo preceptuado por el artículo 470 del Código Penal.

La facultad de vender comprende, junto con la de ajustar el contrato, la de entregar la cosa al comprador y la de recibir de éste el precio. Lo primero y lo segundo son de la esencia del mandato conferido con tal objeto, y lo tercero lo decide expresamente el artículo 2142 del Código Civil, confirmado por el artículo 346 del Código de Comercio respecto de los dependientes que venden al contado.

En consecuencia, los efectos que el dependiente tiene encargo de vender, han de estar á su disposición, con el deber de mantenerlos á la de su comitente si la venta no se efectúa; y por lo mismo, al tratar de hacerlos suyos, se apropia una cosa que se encontraba en su tenencia.

Los caracteres de la estafa se presentan, pues, en el segundo caso con toda claridad.

Esta convicción sube de punto si, examinando el precepto del artículo 470, se atribuye á las palabras que emplea su genuino sentido. En efecto, al aplicar la pena de la estafa al que en perjuicio de otro se apropia ó distrae dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble, se refiere expresamente al caso de depósito, *comisión* ó administración, ó á aquel en que se tenga la cosa *por otro título que produzca la obligación de entregarla ó devolverla.* Aparte de la latitud que esta última parte del artículo dá á la disposición de su precepto, debe tenerse presente que los dependientes de comercio desempeñan un verdadero mandato mercantil, y que la ley llama *comitentes* á sus principales. Se reconoce así que en el contrato que los liga existe una verdadera comisión, y esta es la palabra que emplea la ley penal.

Supóngase, que, cumpliendo su comisión, el dependiente vende los efectos que ha tenido el encargo de enajenar, y se apropia su precio. ¿Habrá cometido hurto ó estafa? Nos parece incuestionable que, al apropiarse los dineros que ha debido entregar á su comitente y que han llegado á sus manos sólo en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

virtud de la comisión que este le había encomendado, con la obligación de entregárselos, se habrá hecho reo de estafa.

Debemos sostener que, para los efectos jurídicos que analizamos, no puede hacerse distinción entre la apropiación indebida de los dineros del precio, y la de las especies que en caso de venta los produzcan. Vendiendo ó nó, el dependiente se encuentra en el desempeño del mismo encargo y en la misma condición respecto de su principal. El abuso que comete apropiándose los dineros del precio, tiene que ser apreciado con el mismo criterio que se aplique á la apropiación de las mercaderías. Habrá intentado hacer suyos dinero ó mercaderías, á consecuencia de la comisión de confianza que su comitente le ha encomendado.

Estas consideraciones no pierden nada de su fuerza por el hecho de ordenar el artículo 447 del Código Penal que podrá aplicarse la pena inmediatamente superior en grado, cuando el hurto se comete por dependiente asalariado, bien sea en la casa en que sirve, ó bien en aquella á que lo hubiere llevado su patrón. Este precepto no se hace inútil por la inteligencia que atribuímos al artículo 470. Bien se concibe que ambos tengan aplicación, dados los elementos constitutivos de la estafa y del hurto. El dependiente cometerá estafa cuando se apropia los efectos que ha puesto á su disposición su comitente, y cometerá hurto al adueñarse de los que no se encuentran en esta condición. En el caso de ser vendedor en el negocio y de vivir en la casa del principal, la estafa se habrá verificado en los efectos del negocio, y el hurto en las cosas que se haya apropiado en su casa de habitación.

Lo que cuesta más explicar, es que, habiendo por lo común tantos puntos de contacto y analogía entre la estafa y el hurto, el Legislador haya establecido entre estos dos delitos diferencias tan sustanciales. Ya se ha visto que el estafador puede ser condenado solo á relegación, mientras que el que hurta de diez pesos para arriba no puede escapar de la pena de presidio. Se ha visto también que cuando el hurto es cometido con abuso de confianza, cabe la aplicación de la pena inmediatamente superior en grado, al paso que el mismo abuso de confianza, que irá con frecuencia comprendido en la estafa por la naturaleza mis-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ma de este delito, no produce agravación de la pena. El artículo 63 del Código dispone que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, ó que ésta haya expresado al describirlo y penarlo, ni las circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito, que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse. Y es claro que el que comete la estafa en las cosas muebles que ha recibido en depósito, comisión ó administración, procede con abuso de confianza, y que sin este abuso no ha podido ejecutar el delito. Sin embargo, esta circunstancia no debe tomarse en cuenta para agravar la responsabilidad del estafador, en virtud del precepto del artículo recién citado.

Téngase presente todavía que la estafa exigirá muchas veces actos preparatorios que importen premeditación, la cual no se tomará tampoco en cuenta por la razón que acaba de expresarse, y que supone casi siempre más inteligencia y malicia que las que pueden encontrarse en el común de los hurtadores, y se hará más difícil comprender los motivos de lógica ó de conveniencia en que se ha inspirado el Legislador para establecer distinciones que carecen de fundamento en la realidad de los hechos.

Empero, cualquiera que sea esta falta de lógica, nos parece fuera de duda que de ella no puede deducirse un argumento que autorice para calificar de hurto el hecho que hemos referido en el encabezamiento de éstas líneas, y que consideramos como un caso claro de estafa, expresamente previsto y penado por la ley.

JOSE ALFONSO

¿HOMICIDIO Ó LESIONES?

(Conclusión)

Figurémosnos que un individuo en el campo reciba una herida en la cabeza inferida con un palo. Puede suceder que no atribuya importancia á esta lesión y no se ponga en curación; des-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pués de algún tiempo sobreviene una erisipela, ésta se complica con una meningitis y el enfermo muere. Es cierto que sin el golpe no habría sobrevenido la inflamación, ni consecuentemente la muerte; pero también no es menos cierto que de cien palos dados en la cabeza apenas una sola vez habrá lugar á semejantes accidentes. Aunque el agresor es siempre responsable, porque siendo autor de un hecho prohibido debe responder de él, no es más que causa indirecta de la muerte y no se puede negar que el mismo ofendido, con su incuria, que aumentó el peligro de su herida, se hizo cómplice del ofensor y que, por tanto, la responsabilidad debe dividirse entre ambos, y castigarse al culpable con una pena considerablemente menor que en caso que él sólo hubiese sido la causa eficiente de la muerte de su víctima. Mas debe todavía tomarse en cuenta esta reflexión, cuando se trata de la muerte causada á consecuencia de un tratamiento bárbaro á que se somete al enfermo. Supongamos que el mismo herido del palo en la cabeza acuda á uno de los curanderos tan abundantes en nuestros campos.

El doctor yerbatero ó la médica le aplica polvos juanes, estiércol de gallina, ú otros remedios semejantes, á su herida, después de haberle lavado con orines y siete aguas. Una erisipela flemonosa se declara á consecuencia de la infección de la herida y el enfermo sucumbe. ¿Quién es, en este caso, el verdadero asesino, el que produjo la lesión leve ó el curandero que infeccionó la herida? Creemos que la contestación no puede ser dudosa y que condenar por homicidio al que infirió la lesión leve á la víctima y dejar impune al charlatán que lo mató, es invertir el orden de las cosas y hacer pagar inocentes por pecadores. Nó, en estos casos no hay estrecha relación de causalidad entre el acto y las resultas; interviene la acción de otras causas para dar gravedad á la lesión y el reo no puede ser castigado sino por las resultas de lo que él mismo causó. La falta no está ya en el herido, pero tampoco en el agresor, está en el facultativo que no hizo lo que debía ó que no acertó; y si bien es cierto que no por esto se ha de exigir á éste la responsabilidad sino en casos muy particulares, y esto después de mucha investigación, por cuanto el error depende muchas veces de los diversos modos de juzgar, también es cierto que el agresor no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es responsable de un mal que no ha hecho, de una gravedad que no es fruto inmediato ni legítimo de su agresión. El enlace que hay entre la herida que hizo y su gravedad, tienen demasiadas causas intermedias para exigirle la responsabilidad en la que habría incurrido á ser esta gravedad efecto directo de la lesión. La justicia, pues, exige que la ley reconozca una diferencia notable en la aplicación de las penas en tales casos.

Cuando los efectos mortales de una lesión son debidos á ciertas condiciones de organización, ó estado de salud, á la edad, idiosincrasia, diátesis, constitución epidémica, á la localidad, transporte, etc., algunos no admiten que estas circunstancias eximan al agresor de alguna parte de responsabilidad. Dicen: "El agravarse las heridas en personas constituídas en semejantes circunstancias, es una especie de necesidad; hay íntima y directa relación entre la herida y esas circunstancias; es cosa que puede predecirse las más veces *a priori;* es cosa que puede saber el mismo agresor. ¿Quién ignora que un puntapié en el vientre puede matar á una mujer embarazada; que un puñetazo puede matar á un viejo decrépito y achacoso; que una herida hecha á un individuo escrofuloso, sifilítico, escorbútico, hemorrafílico puede producir accidentes mortales? Pues el que hiere á esos sujetos sabe las más veces que su agresión ha de tener este efecto. Estos desdichados tienen mucha desventaja: no hay en ellos la defensa que los robustos pueden oponer á la agresión. Es una necesidad que en ellos tenga un golpe ligero, resultados graves; y puesto que todo esto puede preverse, puesto que la ciencia permite juzgar y pronosticar estos resultados *a priori*, hay una íntima y necesaria relación entre los resultados y circunstancias en que se encuentran estos sujetos. Luego es lógico, luego es justo que la ley proteja á estas personas más que á los robustos, pues ellas no tienen en sí mismos tantos elementos como los demás."

No negamos la fuerza de estos raciocinios y estamos de acuerdo en que estas circunstancias deben ser consideradas como agravantes, tanto más, cuanto la ley califica de especialmente graves las agresiones cometidas en ciertos sujetos reconocidos por débiles é indefensos. El infanticidio es un homicidio calificado sólo por cometerse en un recién nacido, que no ha

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

podido ofender ni defenderse; una agresión contra una mujer, contra un anciano se considera más grave en igualdad de circunstancias. Esto está de acuerdo con la conciencia y la justicia. Pero lo que decimos de esta agresión contra personas cuya debilidad es sabida por el agresor ó consta de tal manera que no puede ignorarla, no tiene aplicación cuando este estado de salud ó diátesis enfermiza es oculta é ignorada por el agresor. Supóngase el caso de un individuo aparentemente sano y robusto que provoca á otro y éste le aplica un garrotazo en la boca rompiéndole dos muelas. Este individuo tiene la diátesis hemorrafílica, es decir, su sistema circulatorio es de tal fragilidad que sangra á la menor lesión con hemorragias incoercibles. Á pesar de todo socorro muere. Otro ejemplo: Un individuo aparentemente sano sufre de una aneurisma de la aorta, que está tan avanzada, què al menor susto puede romperse y ocasionar la muerte del paciente. Otro individuo que ignora completamente el estado achacoso de este sujeto, tiene un altercado con él, le injuria, le amenaza sin agredirle, pero la excitación que ha sufrido el enfermo, produce la ruptura del saco aneurismal y el individuo muere instantáneamente. ¿Es justo, es razonable hacer responsable de esta muerte al agresor? Y sin embargo, fué ocasionada por él, fué consecuencia directa de su acción, no se puede negar que sin ella no habría sobrevenido y hay un vínculo estrecho entre el acto y sus resultas. Chauveau y Hélie sostienen que si la enfermedad sobrevenida ha tenido su germen en las heridas, debe aplicarse la pena del homicidio, aunque parezca que la muerte no haya sido una consecuencia de las heridas sino del estado enfermizo de la víctima, ó cuando las violencias no han hecho más que apresurar la muerte de una persona ya enferma. Vemos que, según esto, debería aplicarse la pena de homicidio al individuo que, amenazando al enfermo de aneurisma, apresuró su muerte con su violencia. Pero ¿habrá un juez que se atreva á seguir esta doctrina? Dudamos con mucha razón de que alguien sea tan atrevido que pretenda inmiscuirse en los misterios de la Providencia y medir la parte que cabe al agresor en el apresuramiento de la muerte de la víctima.

Hay un límite tanto para la ciencia, como para la justicia humana, y nosotros no podemos más que juzgar por las consi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deraciones que nos suministran los hechos positivos. Un individuo muere de hemorragia á consecuencia de una herida insignificante, otro á consecuencia de la ruptura de un aneurisma, otro de una infección purulenta sobrevenida por su diátesis especial; todos estos han muerto á causa de sus enfermedades particulares y no por las lesiones ocasionadas, poco importa al juez humano que esta muerte haya sido apresurada ó no por una ú otra agresión, con tal que el estado enfermizo haya sido ignorado por el agresor y con tal que las lesiones no hubieran ocasionado la muerte en ningún caso sin la concurrencia de las condiciones especiales de salud de la víctima. Es cierto que el agresor tiene responsabilidad criminal aun en estos casos, y se le debe aplicar la pena designada al acto criminal que ejecutó y aun agravada por los resultados fatales que produjo su acción, pero estas penas no deben equipararse jamás á las designadas para el homicidio.

Otro tanto puede decirse respecto de las lesiones que causan la muerte por falta de socorro. Ya hemos observado que la conexión de causalidad entre herida y muerte puede ser más ó menos estrecha según la naturaleza de ese socorro; el socorro puede ser de éxito seguro, de éxito probable y de éxito eventual, y luego se percibe que el vínculo de causalidad es tanto más estrecho entre lesión y muerte, cuanto más eventual es este socorro; y tanto menos vinculada aparece la herida al éxito fatal, cuanto más seguro es el éxito del socorro que pudiera haberse prestado á la víctima. Para apreciar la mayor ó menor seguridad de éxito del socorro respectivo, no sólo debe mirarse la cuestión bajo el punto de vista médico-quirúrgico, sino principalmente considerando la localidad y las circunstancias personales del ofendido; pues éstas son las que determinan esencialmente la naturaleza del socorro. Figúrese que á un individuo se le corta la arteria radial. Una ligadura le salvaría, pero se halla en el campo sin asistentes: un ignorante no puede cohibir la hemorragia y el enfermo muere. Aquí tenemos un caso en el cual el éxito del tratamiento quirúrgico sería casi seguro; pero el facultativo no puede acudir á tiempo, dadas las circunstancias de localidad y personales de la víctima. En este caso el herido tuvo que morir forzosamente, la lesión fué necesariamen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

te mortal, lo que no habría sucedido si la lesión hubiera tenido lugar por casualidad en un hospital, donde siempre hay facultativo prestos á socorrer y donde está preparado todo lo necesario para cohibir en el acto una hemorragia de esta naturaleza Ahora supongamos que en el caso último un médico encargado de la vigilancia del hospital por razón de negligencia no acudiese á tiempo para ligarla y que los practicantes que existen por allí, que no pueden ignorar la manera como se cohibe una hemorragia de esta clase, por lo menos hasta que acuda el médico, no pueden ó no quieren asistir al enfermo por encontrarse ebrios, en este caso el enfermo habrá muerto por falta de un socorro de éxito seguro, y su muerte, aunque causada por el agresor directamente, no es causada por una lesión mortal de necesidad, porque atendidas las circunstancias ha podido ser socorrido con oportunidad, no ha debido morir forzosamente y la responsabilidad de su muerte se divide entre el agresor y las personas que, siendo su deber socorrerla, no han desempeñado su oficio en favor de la víctima.

La misma consideración, aunque más débil todavía, tiene lugar en los casos en que el socorro es de un éxito más cuestionable, en cuyo caso puede ser de éxito probable y de éxito muy eventual. No es siempre fácil clasificar este socorro, dada la incertidumbre del pronóstico y la falacidad frecuente de los tratamientos médicos y quirúrgicos: por lo cual este punto debe ser abandonado á la prudencia de los Tribunales, que no podrán pronunciarse sin el informe concienzudo de peritos inteligentes; pero de todas maneras podemos sostener que aun en el caso de ser el socorro que no tuvo lugar de éxito eventual, alcanza siquiera á constituir una circunstancia atenuante muy calificada, aunque no desnaturaliza el hecho porque la causalidad entre lesión y muerte es demasiado estrecha para no calificar de homicidio tales hechos.

Ya hemos dilucidado las cuestiones que nos propusimos á la luz de la filosofía del derecho de penar, nos incumbe ahora investigar lo que el Código Penal Chileno determina en materia de estas lesiones, que, aunque no de necesidad mortales, producen la muerte por la concurrencia de otras causas que contribuyen más ó menos para hacer grave una herida que al princi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pio no lo era. Era de esperar que el Código Penal en vista de la necesidad de distinguir al verdadero culpable de una muerte, del responsable tan sólo de una lesión más ó menos grave hubiera dado reglas claras y concisas para aplicar la pena en tan inmensa variedad de casos que pueden presentarse; pero nos encontramos con un silencio absoluto y sólo nos hallamos enfrente de un párrafo inflexible, que dice: "el que mata á otro, no estando comprendido entre los asesinos calificados, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo á medio." En cuanto á las lesiones que producen la muerte por infinidad de complicaciones, que pueden ocasionarla por falta de socorro, por incuria del enfermo, por tratamiento inadecuado, por otras mil causas independientes de la voluntad del agresor é ignoradas completamente por él sin su culpa, no determina nada. Mide las heridas únicamente por el resultado que pueden producir en el estado físico ó mental del ofendido, ó por el tiempo que le imposibiliten para el trabajo, ó que demoren en sanar. Sin hacer alto en la enorme inconveniencia que encierra este sistema de clasificación de las heridas y en las injusticias y dificultades á que puede dar lugar para la aplicación de la pena, sólo la comentaremos aquí desde el punto de mira de la dificultad para determinar á qué clase pertenecen las lesiones que, sin ser de necesidad mortales, han ocasionado la muerte. Es cierto que el Código Penal no ha previsto este resultado, porque estas lesiones no pueden racionalmente incluirse en ninguna de las diferentes clases establecidas por la ley. No causan siempre mutilaciones; y si las causaren, no pueden considerarse como tales, puesto que el Código exige que estas mutilaciones dejen al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo ó de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba; el ofendido no queda demente, ni impedido de algún miembro importante, ni le producen las lesiones enfermedad ó incapacidad para el trabajo por más de treinta días. Es cierto que queda inútil para el trabajo é impotente y puede quedar á veces notablemente deforme, pero no por esto podríamos aplicar la pena asignada á estas lesiones, porque ante la muerte desaparecen estos efectos, que son consecuencias naturales y constantes de ella y de ninguna importancia al lado de ella. De manera que sólo quedan

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las lesiones menos graves para aplicar en este caso y aun podría dudarse si se puede considerar lesiones las heridas que han producido la muerte, además de repugnar al buen sentido la necesidad de aplicar forzosamente la pena de lesiones menos graves cuando han producido la muerte, aunque por su naturaleza hayan sido graves. Nuestros Tribunales han acudido al recurso peligroso de clasificar las lesiones hipotéticamente. Á menudo leemos considerandos de que tales heridas, en caso de sobrevivir el enfermo, habrían producido tales ó cuales efectos. No nos parece aceptable esta manera de proceder. La justicia debe guiarse por datos positivos y hechos consumados; más, aventurándose en el campo de la hipótesis, pierde su carácter de estabilidad y seriedad sin el cual no sería más que un cúmulo de vaguedades. Nó, las lesiones tienen en sí suficientes elementos para clasificarlas sin necesidad de apelar á sus efectos sino en segunda línea. Su extensión, su profundidad, su sitio, el peligro que acarreen para la vida del enfermo, los defectos físicos y deformidades que producen, son elementos preciosos para clasificarlas, y sólo en caso de carecer de datos fijos sobre estos efectos pueden ocurrir también á la tardanza en cicatrizarse y la imposibilidad de trabajo que han producido. Una herida puede ser muy grave y sanar en poco tiempo, puede aproximarse á las mortales y no dejar defecto físico, puede producir enfermedad larga y no imposibilitar para el trabajo cuando el ofendido no tiene oficio, puede imposibilitar para el trabajo especial del ofendido para toda la vida y sin embargo ser leve, como la herida en un dedo inferida á un artista ó una herida en la pierna nferida á un andarín. Una sola consideración no basta jamás para clasificar una lesión; es necesario tomar en cuenta todos sus elementos, todos sus efectos para juzgar de la mayor ó menor gravedad de la herida. Es indudable que con una división científica de las heridas no habría dificultad para determinar con fijeza á cuál clase debería agregarse una herida determinada, produzca ó nó la muerte cuando ésta no es consecuencia rigurosa de aquélla. Es de extrañar que los Tribunales de justicia, que han tropezado tantas veces con esta dificultad y que han tenido que forzar la ley para encontrar una pena adecuada para ciertos delitos de lesiones ó muertes producidas por ellas, no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hayan elevado jamás su voz para pedir remedio á estos defectos, sino que han seguido aplicando la ley injusta con notable perjuicio del buen sentido y de la justicia. ¿Ó debemos entender que el humano precepto que don Andrés Bello dió á los Tribunales de justicia de dar cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que notaren en ellas, sólo rige en materias civiles, porque se encuentra insertado entre los párrafos del Código Civil?

Resumiendo todo lo expuesto, expondríamos nuestra opinión en breve de la manera siguiente: En teoría, el homicidio, para calificarse de tal en el sentido verdadero de la palabra, necesita la concurrencia de la voluntad del delincuente, además del hecho material de la muerte de un hombre causada por otro, esto es, la intención de matar ó de inferir lesiones que pudiesen producir la muerte; pero en el silencio de nuestro Código Penal sobre esta materia, la cuestión no puede resolverse á satisfacción y nuestros Tribunales han adoptado el sistema de considerar como homicidio tales hechos. En cuanto á las heridas no mortales de necesidad, debe distinguirse si la muerte sobreviene por incuria del enfermo, por el tratamiento inadecuado, por la constitucion física especial del ofendido ó por falta de socorros de éxito variable. En el primero y segundo casos se desvirtúa el hecho del homicidio, de tal manera, que ya no es dable calificarlo de tal y deben aplicarse las penas asignadas á las lesiones correspondientes; en el tercer caso puede suceder que la conexión de causalidad entre lesión y muerte sea tan leve que ya no es posible clasificar de homicidio el delito, ó puede que solo sirva de circunstancia atenuante cuando el vínculo entre las heridas y el éxito fatal es más ó menos estrecho y aún puede agravar la responsabilidad cuando estas circunstancias son conocidas y no pueden ser ignoradas por el agresor. El Código Penal guarda también silencio respecto de esta cuestión, pero la jurisprudencia de nuestros Tribunales está en todo conforme con nuestras doctrinas, y sólo le falta para ser intachable una clasificación científica de las lesiones para no incurrir en la necesidad de conjeturas y de forzar la letra del Código á favor de su espíritu. En cuanto á la falta de socorro, debe ser considerada como elemen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

to que desnaturaliza el hecho del homicidio; cuando este socorro es de éxito seguro, debe servir de circunstancia atenuante muy calificada, cuando este éxito es probable y de simple atenuación cuando la eficacia del socorro es eventual. El Código Penal no determina nada respecto de este punto y como la jurisprudencia de nuestros Tribunales tampoco suministra datos para resolver esta cuestión, no podemos decir cuál sería su manera de pensar en caso de presentarse esta circunstancia; pero esperamos que sus fallos se acordarán con los preceptos de la filosofía del derecho de penar, atendidas las decisiones que siempre han tomado respecto de las lesiones que producen la muerte por incuria del ofendido ó el tratamiento inadecuado de las heridas. De todas maneras opinamos que tanto el párrafo del Código Penal vigente, que trata de los homicidios, como el que trata de las lesiones corporales, necesita una reforma completa y no cabe duda de que una vez modificada esta parte conforme á la medicina legal y á la filosofía del Derecho Penal, la administración de la justicia sería mucho más satisfactoria y de más equidad, sencillez y justicia. Si á todo esto se agregara la creación de un cuerpo facultativo compuesto de médicos forenses para los juzgados de primera instancia y para los Tribunales de alzada, y de una junta superior que entienda de las cuestiones graves, que á su consulta se eleven; ya no quedaría nada que desear para que el servicio de los tribunales satisfaga las necesidades públicas y llene por completo las exigencias de una pronta y expedita administración de justicia.

Antes de concluir, séanos permitido transcribir la sentencia recaída en el proceso seguido contra los dos asiáticos por homicidio del oficial Martínez. Esta sentencia, cuya publicación acaba de hacerse y que leímos, concluído ya nuestro insignificante trabajo sobre esta materia, viene á corroborar en todo nuestra manera de pensar. El hecho es el siguiente: Tomás Martínez recibió en una riña, según el informe médico-legal suscrito por el médico de ciudad, tres heridas en la cabeza causadas con instrumento cortante, las que, para estar curadas, exigían un tratamiento de un mes; durante el curso de la causa falleció Tomás Martínez y de la autopsia practicada por los facultativos que lo asistieron durante su enfermedad, resulta que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la causa precisa y necesaria de la muerte ha sido una inflamación de la masa cerebral y su envoltura, proviniente de una erisipela que se desarrolló por no haber sido curadas las heridas debidamente al principio; y que las lesiones, por su naturaleza eran leves y habrían cicatrizado en un mes, estando así conformes con el informe del médico de ciudad.

El juez de primera instancia considerando: "Que debe reputarse á los autores de este hecho como responsables de lesiones menos graves, pues una curación acertada habría dejado á Martínez sano en 30 días, no siendo, en consecuencia, responsables de su muerte y concurriendo varias circunstancias atenuantes;" condena á los chinos á seis meses de presidio.

La Corte Suprema confirmó esta sentencia con la declaración de que la pena que debe sufrir cada uno de los reos es la de 150 pesos de multa á beneficio municipal; pero el señor ministro Covarrubias, desentendiéndose de la mayoría del tribunal, opina que debería condenarse á los reos á presidio mayor en su grado mínimo, si no mediasen circunstancias atenuantes, considerando: "que las lesiones indicadas no pueden calificarse de menos graves por la sola consideración de que los informes médicos afirman hipotéticamente que habría sanado en un mes con un tratamiento *ad hoc.*" El señor ministro dice: "que la ley califica la gravedad y naturaleza de las lesiones por los resultados que producen, sin tomar en cuenta si tales resultados se deben á la condición personal del paciente, á la falta de curación oportuna y á otras circunstancias análogas. La apreciación judicial no depende de estos accidentes y menos aún pueden tomarse en cuenta si tales resultados se relacionan de una manera íntima con la lesión y contribuyen directamente á que su curación se haga más ó menos larga y produzca resultados más ó ménos fatales. La ley clasifica las lesiones de muy graves, graves, menos graves y leves según sus resultados, estima, pues, el hecho positivo para calificarlas y determinar la pena y este hecho no puede desvirtuarse por la opinión más ó menos respetable de los hombres de la ciencia. En consecuencia, debería imponerse á los reos la pena de presidio mayor en su grado mínimo si no mediasen en el hecho circunstancias atenuantes que es indispensable tomar en consideración." El señor ministro, después de su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

exposición sobre la clasificación de las lesiones en cuestión, no expresa si se considera el hecho como homicidio ó si lo mira como lesiones gravísimas, pues sólo dice que debería imponerse la pena de presidio mayor en su grado mínimo, pena que se puede aplicar tanto al homicidio simple, como á las lesiones muy graves. Además, repugnándole de seguro aplicar en todo su rigor tan desproporcionado castigo, recalca sobre las circunstancias atenuantes y estima suficiente la pena de seis meses de presidio bajando la pena tres grados. No podríamos haber encontrado una prueba más evidente para demostrar la veracidad de nuestra exposición, que esta opinión del ilustre magistrado que confirma nuestra doctrina, aunque á primera vista parece combatirla. Es que la conciencia humana está siempre conforme con la justicia de la filosofía, que es la expresión de la verdad eterna, aunque la letra de una ley injusta se oponga á su aplicación práctica.

FRANCISCO BEUTNER-MARY
Médico cirujano

Chillán, 21 de enero de 1889.

¿PUEDEN LAS MUNICIPALIDADES CONCEDER gratuitamente en uso sus bienes raíces, en favor de una empresa particular?

Esta cuestión, que ha sido recientemente debatida en la Municipalidad de Iquique, fue resuelta afirmativamente por ocho votos contra dos, fundándose los primeros en que la corporación, siendo dueña de sus propiedades, podía disponer de ellas arbitrariamente y hacer á este respecto todo lo que la ley no le prohibiera.

Nos proponemos examinar con brevedad esta cuestión, ó mejor dicho, plantearla solamente, para llegar á una conclusión contraria á la enunciada.

Verdad es que, según el artículo 582 del Código Civil, *dominio* es el derecho para gozar y disponer de una cosa corporal arbitrariamente. Pero, en nuestro concepto, esta disposición no resuelve por sí sola la dificultad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El dominio que las Municipalidades tienen sobre sus bienes raíces, no es tan absoluto que puedan disponer de ellos arbitrariamente. Las Municipalidades están sometidas á disposiciones especiales que determinan sus deberes y atribuciones, y es, por consiguiente, en esas disposiciones donde debe buscarse la solución del asunto.

El artículo 119 (128) de la Constitución del Estado, dice: " Corresponde á las Municipalidades en sus territorios... 6.º Administrar é invertir los caudales de propios y arbitrios *conforme á las reglas que dictare la ley*.» Y el artículo 122 (131) dispone que: «Una ley especial arreglará el gobierno interior, señalando las atribuciones de todos los encargados de la administración provincial, y el modo de ejercer sus funciones.»

Es, pues, la ley de 12 de septiembre de 1887 la que debe consultarse para conocer las atribuciones de las Municipalidades y las facultades ó derechos que ellas tienen sobre sus bienes; sin que para el objeto basten las disposiciones del Código Civil, mucho menos si se tiene presente el artículo 4.º de este Código, que establece la aplicación preferente de las leyes especiales.

Ahora bien, el artículo 22 de la ley orgánica, dispone que «las Municipalidades ejercerán las funciones de cuerpos administrativos de los intereses locales, en toda la extensión del departamento ó territorio municipal.»

Conforme á este artículo, concordante con el 119 (128) número 6.º de la Constitución Política, las Municipalidades son *cuerpos administrativos*. Como cuerpos administrativos necesitan naturalmente una norma ó poder á que ajustar su administración; ese poder es la ley de Municipalidades, en cuanto determina las atribuciones de éstas y dá las reglas de administración, entre las cuales se encuentra la siguiente: «ART. 55. En la administración de los bienes y rentas de la comunidad, la Municipalidad se conformará á las reglas que establece esta ley.»

De esto se desprende que, no existiendo en la ley orgánica una disposición que faculte á las Municipalidades para dar en uso sus bienes raíces, no pueden las corporaciones gravarlos con ese derecho real.

Aparte de estas consideraciones de carácter general, puede

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aducirse otra especial basada en disposiciones de la citada ley orgánica.

El artículo 61 limita á ocho años los arrendamientos de prédios rústicos y á cinco los de los urbanos.

Si las Municipalidades no pueden dar en arrendamiento sus propiedades por más de ocho años ¿cómo podría admitirse que las pudieran gravar válidamente con un uso indefinido en favor de terceros? Habría en esto una inconsecuencia evidente, más inaceptable aun tratándose de un uso gratuito.

Creemos, pues, que las Municipalidades no están autorizadas para gravar sus bienes raíces con el derecho real de uso gratuito á favor de particulares.

No comprendemos en esta solución, el uso de calles y plazas á que la ley se refiere, porque éste no es propiamente *uso* en el sentido legal de la palabra, sino permiso para que las calles sean ocupadas con cañerías, líneas férreas, etc., sin que por eso se constituya el derecho real de uso. No nos referimos tampoco á las concesiones de terrenos que las Municipalidades pueden hacer en favor de hospitales, bombas, establecimientos de beneficencia y demás instituciones semejantes; porque éstas están bajo el patrocinio de las corporaciones municipales, quienes pueden atenderlas con sus propiedades así como lo hacen con sus rentas, y también porque esas concesiones pueden cesar á voluntad de la Municipalidad que las hizo, sin que importen un derecho en favor de la institución beneficiada, sino un simple auxilio; al revés del derecho real de uso que corresponde al usuario.

RAMÓN COO

Iquique, Junio de 1889.

¿Á QUIÉN CORRESPONDE EL JUZGAMIENTO DE la infracción á una Ordenanza Municipal cuando está á la vez prevista en el Código Penal?

El artículo 98 de la lei de Municipalidades vigente, promulgada el 12 de septiembre de 1887, impone á los regidores las funciones de jueces de policía local, debiendo conocer breve y sumariamente y en única instancia de las infracciones penadas por las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ordenanzas y acuerdos municipales, sin perjuicio del derecho que pueda hacerse valer ante la justicia ordinaria para la devolución de la multa.

Por el inciso 2.º del mismo artículo se somete la tramitación de esos recursos, en única instancia, al juez letrado ó al que le subrogue con arreglo á la ley, y su resolución causará ejecutoria.

El Código Penal consigna en el libro que trata de las faltas una serie de disposiciones por actos ú omisiones levísimas de la ley, que no alcanzan á constituír delito y á los cuales no se les da este carácter.

La naturaleza especial de esos actos ú omisiones, hace que frecuentemente las Ordenanzas municipales los consulten en sus disposiciones, aunque con algunas modificaciones en cuanto á la pena.

De ahí que lo que ha sido materia de una ley sea á la vez materia de una Ordenanza municipal, y como consecuencia ineludible un conflicto para el cual la misma ley no ha indicado el medio de solución.

La nueva ley de Municipalidades, en vez de salvar la duda, ha venido, si se quiere, á dejar un caos en el que no siempre la más razonada interpretación puede salir triunfante.

Tomemos al acaso una disposición cualquiera de las faltas, la del número 1.º del artículo 494, por ejemplo; y supongamos que una ordenanza de policía imponga al infractor del mismo hecho que ese número 1.º contempla, una multa determinada. ¿Á quién corresponde el juzgamiento de la infracción? ¿Al regidor municipal que desempeña las funciones de juez de policía local, ó al juez letrado?

Desde luego tenemos: por una parte, una infracción cuyo conocimiento corresponde, conforme al artículo 98 citado, al juez de policía local; y por la otra, una infracción legal, prevista en el Código Penal, y cuyo conocimiento corresponde, conforme al artículo 5.º de la Ley de 15 de octubre de 1875, al juez letrado respectivo.

El artículo final de la ley de Municipalidades, no derogó todas las disposiciones preexistentes sobre la materia de que en ella se trata, sino únicamente las que versan "sobre organización y atribuciones de las Municipalidades".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Código Penal no fué, por tanto, derogado en parte alguna, ni tampoco alterada en ningún sentido la jurisdicción de la justicia ordinaria para conocer de los delitos comunes y que le concede el artículo 5.º de la Ley de 15 de octubre de 1875.

El juez de letras, en el caso de que tratamos, no podría declinar de su jurisdicción y conferirla al juez de policía local, puesto que de esta manera violaría abiertamente aquella ley, que regla sus atribuciones y deberes; y el juez de policía local no podría tampoco declinar de la suya propia, desde que el artículo 98 le impone la obligación de conocer breve y sumariamente en única instancia de las infracciones penadas por la Ordenanza.

Ambos obrarían en la esfera de sus atribuciones, con competencia y dentro de la ley.

El artículo 91 establece que no podrán subir de cuarenta pesos las multas fijadas en las Ordenanzas, salvo el caso de excepción del artículo 95, inciso 2.º; y mientras tanto el Código Penal impone al delincuente de la falta á que nos referimos, prisión en su grado medio á máximo y multa de diez á cien pesos; es decir, dos penas distintas por una misma infracción.

Es de advertir que por las Ordenanzas no debe imponerse arresto sino cuando no se pague la multa, no pudiendo prolongarse por más de diez días; lo que hace todavía más flagrante la contradicción de la ley.

Nosotros, sin embargo, creemos salvada la dificultad en el artículo 94 que prescribe que *las Ordenanzas y acuerdos municipales no prevalecerán contra lo dispuesto en las leyes, ni sobre las resoluciones que en la materia dictare la autoridad competente.*

De aquí deducimos que las Ordenanzas y acuerdos municipales no pueden prevalecer contra lo dispuesto en el Código Penal, y que previsto un hecho y penado por este Código y al mismo tiempo por una Ordenanza, el juez letrado debe asumir su jurisdicción juzgándolo como fuere de Derecho, y estimarse esa Ordenanza como ilegal. El juez de policía local tendría entonces que abstenerse de aplicarla, y quedaría el hecho sometido á una sola jurisdicción: la del juez letrado.

Dada esta solución á la cuestión propuesta, no se iría contra una ley general y de carácter permanente, como es el Código Penal, no derogado por la de Municipalidades, según hemos di-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cho; se ensancharían las atribuciones de los jueces de Derecho, que están en mejor condición que los regidores para hacer de la ley una aplicación verdadera y correcta; y se servirían más eficazmente los intereses de la justicia.

PEDRO CÉSAR LÓPEZ

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

(Continuación)

Si la obligación proviene de algo que sólo interesa á alguno ó algunos de los codeudores, sólo éstos serán responsables y los demás lo serán como fiadores. Así lo dice el inciso 2.º de dicho artículo.

La cuota del insolvente se reparte entre los otros. Así lo prescribe el inciso 3.º

El caso en que hay herederos lo resuelve el artículo 1523 citado.

Pues bien, estas sabias prescripciones serían reemplazadas desventajosamente por la segunda parte del artículo 25.

En esa parte sólo se obliga al reembolso de lo necesario y no al de lo demás pagado solidariamente; no se extiende ese reembolso á lo no necesario. Además, el que paga, queda exento de todo pago; porque no se limita el reembolso á lo que él pagó por los otros, sino al todo, sin excepción.

Debería suprimirse la segunda parte.

El señor Ravest propone el sistema de considerar divisible la obligación. En cuyo caso no hay necesidad de consignar la excepción del pobre.

La redacción del señor Ravest vulnera también la prescripción del artículo 1,526 del Código Civil, que regla el pago de una obligación divisible.

En consecuencia, basta la primera parte del artículo 25, lo demás está consignado en el Código Civil. La redacción debería quedar así, estableciendo de una manera directa la solidaridad en beneficio de los funcionarios judiciales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 25. Las personas de una de las partes del juicio pagarán solidariamente las costas causadas en él por esa parte".

En lugar de la primera proposición del artículo 25 y del sujeto "cada una de ellas," ponemos el sujeto de nuestra redacción. En lugar de "será... responsable á la satisfacción de "ponemos "pagará". En vez de cargas... de que se habla en los... anteriores," *limitamos* esas cargas á las exclusivas de la parte y nó á todas las del artículo 23, que son las de ambas partes, y ensanchamos la materia comprendiendo las costas *materiales*, como papel, escritura, etc., y las costas *personales*, como las de abogado, procurador, perito, etc., que no están incluídas en la redacción del Proyecto, ni en la del señor Ravest. Á todas esas costas se hace alcanzar la solidariedad, principalmente para los efectos del reembolso y á fin de proteger la buena fé. En lugar de esa frase podría decirse "costas causadas en él por esa parte".

TÍTULO VI.—De la formación material del proceso, de su custodia y de su comunicación á las partes

Este epígrafe es muy largo, y á pesar de esta circunstancia no comprende toda la materia tratada en los siete artículos de este título. Basta rotularlo "Proceso". Así queda más conciso y con menos imperfecciones.

"ART. 26. Todo proceso se formará de las solicitudes, memoriales y documentos que presentaren las partes, y de las declaraciones de testigos, informes de peritos y demás diligencias que el Tribunal evacuare por sí mismo ó que se evacuaren por orden suya.

"No se podrá agregar al proceso ningún documento ni escrito de cualquier género, sin que previamente lo decrete el Tribunal que conoce de la causa".

En el primer inciso hay que circunscribir el significado general de "proceso" al civil únicamente, pues tal como dicha voz está usada, comprende también el criminal.

La voz "memorial" es redundante; porque su significado está comprendido en el de la voz "solicitud", pues todo memorial es solicitud.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los documentos y los testigos son presentados por la parte; los peritos expiden tasaciones é informes.

Cada juicio tiene uno ó más procesos, y las partes de un proceso deben ser relativas á un juicio y nó á varios.

Las demás modificaciones del inciso están analizadas y se verán en la redacción del artículo 26.

En el 2.º inciso hay la idea del decreto previo, idea que no es conveniente, ni produce un resultado práctico provechoso.

¿Hay que poner en todo escrito, fuera de la providencia respectiva, la sacramental y previa de "agréguese á los autos respectivos"? ¿Ó basta que se ponga la providencia correspondiente, para agregarlo?

Pienso que no es necesario el decreto previo de agregación y que basta para ello la providencia respectiva; y en cuanto á los documentos, ellos tienen que ser mencionados en algún escrito y se tiene que pedir se agreguen al proceso; de otro modo no podría agregárseles. La agregación puede pedirse en un otrosí ó en escrito especial.

Antes del artículo 26 hay que colocar un artículo que exprese la idea de que un juicio requiere un proceso, á menos que la ley ó el juez ordene que alguno de sus artículos se tramite en otro proceso aparte. Con este nuevo artículo se comprende mejor el 26, cuya redacción, en armonía con lo dicho, quedaría en esta forma.

"ART. 26 bis. Todo juicio se tramitará en un solo proceso ó volumen, á menos que la ley ó el juez ordenare que alguno de sus incidentes se tramite en otro cuaderno."

"ART. 26. Todo proceso civil se formará de las solicitudes documentos y declaraciones de testigos, que presentaren las partes, de las tasaciones é informes de peritos y de las demás diligencias que el juez evacuare por sí ó que se evacuaren por órden suya en el juicio respectivo.

"Para que un escrito se agregue á un proceso, es preciso que el juez de la causa lo provea previamente, y para agregar un documento, es necesario pedir su agregación en una solicitud."

Después de este artículo 26, que enumera el material que forma el proceso, debe venir el artículo 28, que dispone la manera cómo se forma.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 28. El proceso se dispondrá en forma de cuaderno, y se irán sucesivamente agregando y numerando, por el orden de la fecha de su presentación, todas las fojas que, según lo prevenido en el artículo 27, debieren formar parte de él.

"Cada foja del proceso deberá ser suscrita con media firma por el secretario respectivo, antes de agregarla y sin que por este servicio pueda cobrar derecho alguno."

Disponer es colocar, ordenar, poner los objetos en orden, deliberar, preparar.

Decir que un todo único, como un proceso, se dispone ó se pone en orden, es un contrasentido; porque lo que se dispone no es el conjunto, la unidad, sino las partes de esa unidad, lo mucho.

Se puede disponer ó colocar en orden las piezas de un proceso, pero no el proceso. Es verdad que, arregladas las piezas, resulta dispuesto en orden el proceso.

Ese es el efecto; nosotros tomamos la causa.

Todo proceso tiene su carátula y se forma como un libro: el mismo día en que se provea un escrito, debe numerarse y firmarse por el secretario y coserse al cuerpo del libro. En este orden se suceden los distintos actos anteriormente expresados.

La redacción del Proyecto no pinta la realidad, ni es concisa. Podría redactarse así el artículo 28 y numerarlo 27.

"ART. 27. Todo proceso tendrá su carátula y se formará como un libro.

"El mismo día en que se provea un escrito, el secretario pondrá gratuitamente en cada hoja de los documentos agregados y del escrito el número de orden respectivo y su media firma; en seguida, se coserán al proceso dichas piezas en el orden enunciado."

En el 2.º inciso se impone una obligación personal al secretario; el punto de partida de esa obligación es, según el Proyecto, la fecha de la presentación y, según la enmienda, la de su providencia. Antes de ser proveído, la parte puede retirarlo ó el juez puede mandar que se agregue á otro expediente; en cuyos casos y otros, sería inútil el cumplimiento de la obligación del Proyecto.

Con la voz "gratuitamente" se expresa la idea de gratuidad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del inciso 2.º del Proyecto y se comprende en ella la foliatura y la media firma. El Proyecto sólo comprende esta última y no la foliatura.

Decimos "coserán;" porque es la operación que se ejecuta en la práctica, y para evitar que se peguen. La voz "agregando" es ambigua y comprende ambas operaciones. La cita del artículo 27 por el 26 es errada.

Expresaremos el orden en que deben quedar documentos y solicitudes, primero aquéllos y después éstas; para evitar que se cosan primero los escritos y después los documentos, como se practica en algunas secretarías.

Según el Proyecto, se tendría que poner dos números en cada hoja. Esto lo evitamos por inútil y sólo ponemos la foliatura con un número en cada una.

"ART. 27. Todo escrito deberá presentarse al Tribunal de la causa por conducto del secretario respectivo, y llevará en la parte superior una suma que indique su contenido ó el trámite que él está destinado á evacuar. Sin esta calidad no será admitido por el secretario."

Este artículo determina á quién debe presentarse un escrito y por qué conducto; también impone el requisito de la suma para su admisibilidad.

Calidad significa propiedad natural de algo; circunstancia, requisito, condición.

La primera parte del primer acápite envuelve la misma idea que la contenida en la obligación primera del artículo 346, Ley orgánica. Puede suprimirse esta primera parte; porque la obligación que impone, está ya preceptuada, aunque en distintos términos, en el artículo citado. Debería sí consignarse la obligación de la parte, para que lo entregue al secretario; que en cuanto á la obligación de éste, ya existe en el artículo 346 citado.

Las ideas deben ponerse en el orden lógico de su existencia: Debe legislarse: 1.º, sobre los requisitos de admisibilidad; y 2.º, sobre á quién se entregue un escrito. Hay, pues, que invertir el orden en que están expresadas las ideas en el Proyecto, que habla primero de la presentación y después de la admisibilidad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Hay que determinar con precisión el *lugar* de la suma y en qué consiste ella; y hay que quitar al secretario la atribución de decidir acerca de la admisibilidad de una solicitud, para evitar esa mezcla de atribuciones de juez y de testigo ó ministro de fe.

Redactaremos así el artículo 27 que será el

"ART. 28. Todo escrito tendrá antes del tratamiento del juez una suma ó un brevísimo compendio de lo que se pide en él, y se entregará al secretario de dicho juez."

"ART. 29. El proceso deberá hallarse en el oficio del secretario, quien lo mantendrá bajo su custodia y responsabilidad.

"Ninguna de las partes podrá sacarlo del oficio sino en los casos expresamente determinados por la ley.

"Podrá sacarlo todo litigante á quien se confiera traslado de alguna petición, de algún instrumento agregado al juicio ó de alguna operación pericial practicada de orden del tribunal."

"ART. 30. Cuando el proceso haya de ser sacado del oficio del secretario, según lo prevenido por el artículo anterior, será entregado á un procurador del número, quien otorgará el correspondiente recibo."

"ART. 31 bis. Siempre que los Tribunales pidieren ó hubieren de oír el dictamen por escrito del respectivo oficial del ministerio público ó de los defensores públicos, mandarán pasarles al efecto el proceso."

El inciso 1.º del artículo 29, dice: *dónde* debe hallarse un proceso y *quién* debe mantenerlo y *cómo*. El 2.º dice que nadie puede sacarlo sino cuando lo permita la ley. Y el 3.º faculta sacarlo á ciertos litigantes.

El artículo 30 dispone quién debe sacarlo cuando existe la facultad del inciso 3.º anterior.

El 31 consigna un caso de salida del proceso, por orden del juez.

La obligación que impone el inciso 1.º del artículo 29 está consignada en la 5.ª del artículo 364 de la Ley Orgánica, y por eso debe suprimirse. El precepto general contenido en el inciso 2.º es redundante y basta con la designación de los únicos casos en que puede sacarse un proceso.

La facultad de hacer algo lleva consigo el realizar ese algo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó de llevarlo á cabo. Así la facultad de sacar comprende necesariamente el hecho mismo de sacar, á menos que se le dé esa facultad y se considere inhábil para desarrollarla ó ponerla por obra.

El Proyecto considera inhábil á la parte y hábil al procurador del número únicamente para sacar un proceso. Y cuando haya un solo procurador ó cuando él es de la parte contraria ¿quién podría sacar un proceso?

Pensamos que debe dejarse mayor libertad de acción y que no hay motivo para juzgar inhábil para sacar un proceso ni á la parte misma ni á su procurador, aunque no sea del número. Debe abandonarse la práctica de que sólo puede salir un proceso por intermedio de un procurador del número.

El artículo 31 bis impone la obligación de mandar pasar un proceso, pero no determina quién lo lleve ó pase. Debemos salvar esta omisión.

La obligación 4.ª del artículo 16-4.º propuesto en estas observaciones, contiene la facultad de sacar un proceso; en el presente artículo sólo mencionaremos la relativa á la parte misma y suprimiremos la referente al procurador del número ó al que no lo es, conservando el procurador del número para cuando lo ordene el juez.

Lo que vamos á decir se armoniza con lo dispuesto en el número 4.º, artículo 16-4.º.

"ART. 29. Sólo podrá sacar de la secretaría un proceso con recibo: 1.º La parte, cuando tenga que evacuar un translado, formar interrogatorio ó alegar; 2.º, un funcionario judicial, cuando tenga que practicar una diligencia judicial; y 3.º, el procurador del número de turno, cuando el juez lo pase en vista al ministerio ó defensor públicos."

El primer caso de este artículo coexiste con la obligación 4.ª del procurador, artículo 16-4.º.

El segundo caso corresponde á los receptores, tasadores ú otros peritos, á los secretarios subrogantes, á los notarios,... cuando hayan de practicar personalmente una diligencia de su ministerio: el 1.º, cuando sale á notificar; el 2.º, cuando tasa ó evacua un informe; el 3.º, cuando se recusa al secretario y él toma los autos para actuar; el 4.º, cuando hay un remate y hay

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que extender escritura del acto; saca los autos, el archivero cuando lleva autos para archivar, etc.

El caso tercero no está comprendido en el segundo, porque la diligencia no es personal, la hace otro funcionario de alta jerarquía. De no haberse puesto el número 3.º, estos funcionarios estarían comprendidos en el número 2.º y habrían tenido que sacar en persona el proceso para dar su vista ó dictamen.

El artículo 31 bis del Proyecto no determina quién debe pasar el proceso, el mandato en esa forma es ineficaz.

"ART. 31. Vencido el término por el cual se hubiere sacado el proceso, deberá ser devuelto á la oficina.

"Si no lo fuere, podrá el procurador ser apremiado con arresto para la devolución."

Existe término para evacuar un trámite, pero no plazo durante el cual se saque un proceso. La primera parte del inciso 1.º es ilusoria. La segunda impone una obligación de devolución. El inciso 2.º contiene la sanción de la falta de cumplimiento de esa obligación; pero es sanción facultativa, que el juez puede ó nó aplicar: "podrá ser apremiado y podrá no serlo." Nada se opone. No pára aquí la vaguedad. No dice el artículo qué se hace si, apremiado, no se devolviere el proceso, ni cuánto tiempo dure el arresto una vez efectuado.

Si el trámite por evacuar no tuviere plazo determinado por la ley, es preciso fijarlo. Pensamos que tres días es un término prudencial. Como el devolver un proceso pasado cierto plazo es una obligación, es lógico que el obligado cargue con las costas que originó su falta, y que se pase á casa del que sacó el proceso, á recogerlo. Si no se entrega ni se devuelve dentro de veinte horas, sin nueva presentación y con sólo el mérito de la no devolución, debe decretarse el arresto, que durará hasta la competente entrega en secretaría y veinticuatro horas más por vía de pena de la rebeldía.

En consecuencia, podría redactarse así el

"ART. 31. Si el proceso sacado no se devolviere á la secretaría respectiva, inmediatamente de vencido el plazo legal para evacuar el trámite para el cual se sacó, ó en su defecto el de tres días, un receptor pasará á recogerlo á casa del que lo sacó, y á su costa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Si veinte horas después de este requerimiento no se encontrase devuelto el proceso, se decretará de oficio el arresto contra el requerido, que durará hasta su devolución y veinticuatro horas más."

TÍTULO VII.—De las notificaciones

El epígrafe debe ser "Notificación" para enunciar simplemente là materia en general de que trata este título.

"ART. 32. Los decretos y resoluciones de los tribunales no obligan sino en virtud de la notificación hecha con arreglo á la ley, salvo el caso del artículo 45."

¿Con arreglo á qué ley? Á ésta. Pues entonces el *la* debe ser reemplazado por *esta*. La notificación hecha conforme al artículo 45 es también con arreglo á esta ley. Luego no hay tal excepción y debe suprimirse. Lo más conveniente es poner después de notificación la voz "válida" y suprimir lo demás, porque para que sea válida tiene que ser hecha con arreglo á esta ley.

Debemos poner el singular "decreto" en vez del plural; y en lugar de "resoluciones" poner "sentencia," en singular, porque esta voz es más forense que aquélla. Preferimos la forma afirmativa á la negativa por ser más concisa.

También debe resolverse la duda de si un decreto obliga, una vez notificado, desde su fecha ó desde la fecha de la notificación. Pensamos que un decreto debe surtir efecto desde la fecha de la notificación y no antes, por cuanto sólo en esa fecha se conoce; y debe surtirlo respecto del notificado y no del que no tiene noticia del tal decreto.

El complemento "de los tribunales" debe suprimirse, porque en el presente caso es pleonástico.

Antes de este artículo convendría poner otro que contenga la definición de "notificación." En este punto el proyecto primitivo es mejor que el actual proyecto, porque en su artículo 56 aquel contiene esa definición que echamos de menos.

Redactaremos así el nuevo artículo:

"ART. 32. Notificación es la acción de dar noticia de algo judicial á una persona."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 32 bis. Un decreto ó sentencia sólo obliga al notificado desde la fecha de su notificación válida."

"ART. 33. Para que sea válida la notificación no es necesario el consentimiento del notificado."

En presencia de lo que dispone el inciso 1.º del artículo 45, es inoficioso este artículo. Allí se dice que es nula toda notificación que no sea hecha conforme á esta ley; y como el consentimiento de la persona por notificar no se requiere en ninguna disposición, luego ese requisito no es indispensable para la validéz de una notificación, ni hay para qué expresar esa circunstancia en forma de requisito negativo. Basta con el precepto del artículo 45. Debería, pues, suprimirse el 33, por cuanto no hace falta, y es pleonástico.

"ART. 34. Los decretos ó resoluciones judiciales deben notificarse por alguno de los medios siguientes:

"1.º En persona, leyéndoselos al notificado;

"2.º Comunicándoselos por medio de una cédula;

"3.º Fijándolos en un aviso colocado en la tabla que al efecto habrá en el oficio de cada secretario;

"4.º Por mera diligencia extendida en el proceso."

También este artículo debería suprimirse, porque no hace falta; lo mismo da que exista, como que no exista. Su forma es más propia para figurar en una obra didáctica que en un Código. Es una nomenclatura de lo que sigue. No comprende todos los modos de notificar, pues no enumera "los avisos por la prensa," que son otro *modo*.

Y sólo circunscribe á los decretos y resoluciones las cuatro maneras de notificar, que enumera. De modo que las demás diligencias judiciales no podrían ser notificadas por los medios que indica este artículo. Otro defecto es el igualar decretos á resoluciones con el empleo de la conjunción *o*, debió usar *y*. Queda en pie, con la subsistencia del artículo y de su redacción, la dificultad de saber cómo debe notificarse lo que no es decreto ó no es resolución.

"ART. 35. Debe hacerse en persona la notificación de los decretos, resoluciones ó actuaciones judiciales que no tengan una forma especial señalada por la ley.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Y es válida la notificación personal aún en aquellos casos para los cuales la ley establece una forma especial."

La regla general es que todo debe notificarse personalmente y que sólo á falta de este medio de notificación, se recurre á otra manera de notificar. De modo que la notificación personal es la regla y las demás clases de notificaciones son la excepción.

La enumeración "decretos," "resoluciones" ó "actuaciones judiciales" es defectuosa, porque los decretos y resoluciones ó sentencias están comprendidos en la voz "actuación." Con decir "actuación" basta para comprender "decretos" y "sentencias."

Escriche dice que "actuación es la redacción ó instrucción ó formación de un proceso."

Un comparendo se notifica, una acta también se notifica, así como una publicación de prueba ó su certificado, unas posiciones absueltas, etc. Todo esto se comprende en la frase "diligencia judicial," y en esta misma frase se comprende todo decreto ó toda sentencia. Así la vemos empleada en el artículo 59, cuya redacción le da el sentido que aquí le damos.

El artículo 35 contiene también un barbarismo en su inciso 1.º. ¿Qué es lo que tiene forma especial? Según la redacción son los decretos, resoluciones ó actuaciones. "Que tengan" dice el artículo en plural; su sugeto es "que," reproductivo de los sustantivos "decretos, resoluciones ó actuaciones."

Según la redacción, sólo esos decretos que tengan forma especial deben notificarse en persona; lo que es un contrasentido, pues no se ha querido decir eso sino que la notificación tenga forma especial.

Esta forma es de la notificación y no del decreto.

Consecuente con lo expuesto, debe redactarse así el

"ART. 35. Toda diligencia judicial debe notificarse en persona, menos en los casos en que la ley preceptúe otra forma de notificación. En ellos puede también hacerse la notificación personal y vale."

"ART. 36. Al hacer esta notificación el ministro de fe leerá íntegramente al notificado el decreto, resolución ó actuación; y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

le dará la noticia necesaria de los antecedentes, á fin de que pueda venir en conocimiento completo de lo que se le notifica.

"Deberá además entregarle copia de la providencia ó de la parte resolutiva de la sentencia, si él se la pidiere."

Este artículo trata de la manera cómo debe practicarse una notificación personal; pero no nos parece bien su redacción, ni claro el precepto que contiene.

Como de una notificación pueden nacer tantos derechos y originarse tantos perjuicios, debemos poner en práctica un sistema serio, sencillo y claro.

El Proyecto dice "al notificado," antes de estar notificada la persona, debe decir "al por notificar;" después que uno se notifica, es notificado, antes nó.

Esto de "noticia necesaria de los antecedentes," es muy vago. Además "los antecedentes" son los del decreto, que precedieron á su existencia, ó bien, la voz "antecedentes" es equivalente á juicio, proceso. Creemos lo último, y en cuyo caso debe evitarse equivalencia.

Expresar en una ley el fin que persigue una de sus disposiciones, es impropio; sólo debe contener el precepto; por eso debe suprimirse la proposición encabezada por "á fin de que etc." En esa proposición no va ninguna regla ó mandato.

El artículo debe decir cuál es la clase de *noticia* que se dé en términos generales, determinando el mínimo de esas noticias; después viene la *lectura;* y por último, la *copia* de lo notificado

El inciso 2.º del proyecto establece el sistema de dar copia si se pide; y no de todo lo que se notifica, sino sólo de decretos ó sentencias. De otra diligencia no se dará copia, aunque se pida.

El artículo 21 de la ley de Enjuiciamiento Español ordena dar copia de todo lo que se notifica, "aunque no se pida."

Nosotros estamos por el sistema español y no por el del Proyecto; máxime, si se tiene en cuenta la ignorancia y cortedad de nuestra gente de campo; se les olvidaría pedir la copia y no sabrían, en la generalidad de los casos, qué se les habría notificado.

Por lo dicho, debería redactarse así el

"ART. 36. Por regla general, toda notificación debe hacerse en esta forma:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"El notificante dirá en términos claros al por notificar: En el juicio que Fulano sigue contra Zutano sobre tal materia, existe el siguiente decreto, sentencia ó diligencia.

"Lo leerá íntegramente en voz clara y perceptible.

"Se dará copia textual del decreto, de la parte resolutiva de la sentencia, ó de la diligencia; aunque no se pida.

"Después de lo notificado anotará en el proceso el lugar, día, mes y año, el hecho de la notificación, y el nombre y apellido del notificado.

"Firmará éste esta anotación si sabe y quiere; después pondrá el notificante su media firma."

Preceptuada la manera general de hacer una notificación, debemos tratar en seguida de las especiales.

"ART. 40. Se notificará por cédula:

"1.º Á los litigantes que, habiéndose personado en un juicio, hubieren señalado, dentro de la ciudad, villa ó subdelegación en que éste se sigue, una casa donde deba buscárseles para hacerles la notificación, si no fueren habidos en ella;

"2.º Á las personas que, estando en el lugar y sin haberse personado en el juicio, no pudieren ser habidas después de habérseles buscado una vez en hora y día hábil y en lugar competente conforme á los incisos 2 y 3 del artículo 37.

"Para poder hacer la notificación por cédula en este segundo caso es menester que preceda decreto judicial con conocimiento de causa."

Este artículo establece dos categorías de litigantes, el *personado* y el *no personado*. Esta división no conduce á ningún resultado práctico. También se es demasiado severo con el que se persona en juicio; de modo que en vez de propender la ley á que los litigantes se personen, dándoles franquicias y gastando menos severidad con ellos, tiende al fin contrario y da más facilidades al que no se persona, no es tan estricto con él, usa de mayores consideraciones, cuando todo debía ser al revés.

En el número 1.º de este artículo se trata del litigante personado. Para notificarlo, no se requiere conocimiento de causa, decreto previo, ni que se le busque en día y hora hábiles. Como no dice cuántas veces se le busque, pensamos que basta una vez.

En el número 2.º se trata del no personado. Para notifi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

carlo se requieren entonces todas esas circunstancias ya dichas.

El Proyecto recarga de trámites inútiles esta manera de notificar. Debe simplificarse.

El decreto previo descansa en la palabra del ministro de fe. Luego, ¿á qué llamar un factor más en una diligencia, cuando ella, teniendo siempre por base la palabra del ministro, puede hacerse sin ese decreto? Si todo pende de esa palabra, exijamos sólo ese requisito y confiemos en él.

Por otra parte, el decreto previo ni se practica hoy día en la generalidad de los casos. La experiencia ha demostrado su no necesidad. De modo que al exigirlo la presente ley, se haría revivir un trámite de la ley de Partidas, desterrado de casi todos los juzgados y que sólo impone mayores gastos y mayor retardo en la marcha del juicio; sin que él agregue un ápice á la seriedad de las notificaciones, ni dé garantía alguna de importancia.

Otras legislaciones tampoco lo admiten. Así el artículo 23 de la ley de E. E. textualmente ordena "la notificación por cédula" "sin necesidad de mandato judicial."

Otro punto. Si el notificado en persona no quiere firmar, ó no sabe, ú otro no firma por él, dos testigos tienen que suscribir la notificación, según el artículo 22 de dicha ley. En el caso de cédula, según el artículo 23, deben firmarla dos testigos cuando el que recibe la cédula se niega ó no sabe firmar.

Nuestro sistema descansa en el ministro de fe, admite un testigo en el caso de cédula para dar garantía y seriedad. No se exigen dos por la dificultad de hallar esos testigos y de encontrar aceptación del sistema. El Proyecto primitivo en su artículo 60 no exigía decreto previo para la cédula; era preferible ese proyecto.

De acuerdo con lo expuesto redactaríamos así el

"ART. 40. Si buscada una persona que se trata de notificar, en su casa habitación ó en la que haya designado al efecto, en día y hora hábiles, no fuere habida, estando en el lugar del juicio, se le notificará por cédula, sin necesidad de decreto judicial, poniéndose constancia en autos de haberla entregado á alguien ó de haberla fijado, y firmando con un testigo presencial hábil."

En el artículo 40 del Proyecto, número 1.º, sólo se busca en la casa designada; si no se designa, no puede hacerse notifica-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción por cédula. Nosotros subsanamos este mal, porque, si no se designa casa, se le busca en su habitación.

En el número 2.º "lugar" no está por "departamento" sino por "territorio jurisdiccional" como distrito, subdelegación, departamento, territorio de Corte. Debe expresarse esta idea y no aquella palabra, impropia en tal sentido. Debe decirse "lugar del juicio."

"ART. 43. Se notificará por medio del aviso que expresa el número final del artículo 34:

"1.º Á los que habiéndose personado en un juicio, no hubieren hecho la designación que indica el número 1.º del artículo 40;

"2.º Á los que, habiendo estado litigando por medio de procurador ó representante legal, parecieren por sí mismos ó por medio de otro procurador, ó representante legal en el juicio sin hacer la designación expresada en el antedicho número 1.º"

La referencia al artículo 34 es ilusoria por haberse suprimido dicho artículo.

El caso del número 1.º está comprendido en la notificación por cédula del artículo 40 redactado anteriormente. Con el del número 2.º sucede igual cosa y es muy complicado.

Redactaremos así el

"ART. 43. Se notificarán por aviso, que se fijará en la secretaría respectiva, los decretos de mero trámite, que no sean el traslado de la demanda ó reconvención, ni el que recibe á prueba un incidente ó la causa principal, ni el de citación para sentencia definitiva, y las personas que no tuvieren procurador."

"ART. 43 *a*. Se notificará por la prensa lo que decrete el juez, y sólo en la cesión de bienes y en los concursos civiles ó comerciales, que tengan más de tres acreedores."

"ART. 43 *b*. Se notificará por anotación á los procuradores que no hubieren concurrido á la secretaría como lo preceptúa el número 5.º del artículo 16, 4.º, asentando en el proceso el acto al siguiente día de la fecha del decreto ó de la diligencia judicial."

Analizando en conjunto los tres artículos precedentes, tenemos:

1.º Que no pueden notificarse *por aviso* las sentencias defini-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tivas ni interlocutorias, ni "las diligencias judiciales;" es decir, comprendemos en esta última frase lo que no es decreto ó sentencia. De los decretos, sólo los que no exceptúa, y aun éstos no pueden ser notificados por aviso, cuando hay procurador.

2.º Por *la prensa* se puede notificar decretos, sentencias y diligencias, en los casos que determina el artículo 43 *á;*

3.º Por *anotación*, sólo los decretos y diligencias, menos las sentencias.

Con este sistema creemos consultar todos los intereses, la seriedad en las notificaciones y la garantía y celeridad del procedimiento.

Descendamos á los detalles de cada forma de notificación.

Veamos ¿qué lugar es hábil para practicar una notificación personal; pues todas las demás maneras de notificar tienen un lugar especial, hábil para ello, y ya está designado, al tratarse de cada una de ellas.

"ART. 37. La notificación de que trata el artículo anterior debe hacerse en el oficio del secretario ó en la casa en que tenga su despacho el tribunal que conoce del negocio ó en el domicilio del notificado.

"Y se reputa por domicilio para este efecto no sólo la casa en que una persona vive, sino también la tienda, taller, estudio ú oficina privada en que acostumbra pasar una parte considerable del día en el ejercicio de su industria, profesión ó empleo.

"Excepto á los jueces, puede también notificarse en su respectiva oficina á los empleados ó funcionarios del orden judicial."

En esta redacción hay mucho que recortar; comprendiendo la idea capital, redactaríamos en esta forma el

"ART. 37. Es lugar hábil para hacer una notificación personal la secretaría ó casa del tribunal, la casa morada del por notificar, ó la en que ejerce su industria, profesión ó empleo, ó la que designe para ello."

No se admite excepción alguna, ni se aumenta los lugares hábiles, por la facilidad que se da para notificar por cédula. Según esta redacción, son cuatro los lugares hábiles.

"ART. 38. Puede notificarse con previo decreto judicial en cualquiera parte, en cualquier día y en cualquiera hora al que no tuviere domicilio conocido en el lugar del juicio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"La circunstancia de no tener una persona domicilio conocido se acreditará por medio de un certificado del ministro de fe en que afirme haber hecho las diligencias posibles para indagar el domicilio y no haber llegado á conocerlo."

Al ambulante puede notificarse con previo decreto y se habilita día, hora y lugar. El decreto descansa en la palabra del ministro de fe. Pensamos que el decreto nada enmienda, si la palabra del ministro es falsa. ¿Cómo conocer lo que ha hecho el ministro si no se le obliga á individualizar los pasos que ha dado en busca del domicilio de una persona dada?

Suprimimos el decreto previo; admitimos el certificado previo; pero no en conjunto, ó en términos generales, sino detallado, especificado, diciendo: lo busqué en tal calle, en la casa número tanto donde llega, en tal otra donde estuvo anoche, en tal otra donde lo conocen y así sucesivamente. Esta pesquisa debe practicarla asociado con dos testigos hábiles.

El proyecto no admite la cédula para el ambulante; pero no es posible que se le busque todos los días indefinidamente y no se le halle. El ambulante se esconderá y la notificación personal sería imposible ó, por lo menos, morosa. En cuyo caso es útil notificarle por cédula. Para ello se le busca una vez en el paraje donde pase más comunmente y á la segunda vez se le notificará por cédula poniendo constancia de estos pormenores en el proceso. En consecuencia, de conformidad con lo expuesto, debería redactarse así el

"ART. 38. Puede notificarse en cualquiera parte, en cualquier día y en cualquiera hora al que no tuviere domicilio conocido en el lugar del juicio, previo certificado del ministro de fe y dos testigos que afirmen no haber hallado su domicilio á pesar de haber buscado al individuo en tales ó cuales partes especificándolas.

"Si á pesar de lo dispuesto en el inciso anterior, no pudiere ser notificado el ambulante, se hará su notificación por cédula á la segunda vez de haberlo buscado donde pare con más frecuencia, constando estar en el lugar del juicio."

"ART 39. Pueden también los tribunales con conocimiento de causa habilitar un lugar incompetente para que se hagan una ó más notificaciones personales determinadas."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Contiene una facultad de los jueces; no es una condición de las notificaciones; por consiguiente debería quitarse de este título y pasarlo al siguiente.

"ART. 41. En el caso del número 2.º del artículo precedente se hará constar la presencia en el lugar del juicio de la persona á quien se trata de notificar, por declaración de dos testigos, aunque sean singulares, ó por certificado de un ministro de fe.

"El hecho de habérsele buscado infructuosamente se hará constar siempre por certificado del ministro de fe."

Este artículo no dice quién tome las declaraciones, que los testigos sean hábiles, ni que se anoten, cómo, y antes de tal diligencia. Admite testigos singulares sobre un hecho único, el estar en el lugar del juicio: no debe admitirse la singularidad. El inciso 2.º es inútil.

Se redactaría así el

"ART. 41. El hecho de estar una persona en el lugar del juicio se probará con la declaración de dos testigos hábiles, examinados por el ministro de fe.

"Ambas declaraciones se anotarán antes de la notificación y en un solo acto."

"Lugar es equivalente á territorio jurisdiccional."

"ART. 42. La cédula contendrá textualmente el decreto ó resolución que se trata de notificar y además la noticia que expresa el artículo 36.

"Será firmada por el ministro de fe y entregada por él á alguna persona que se encuentre en la casa del notificado y que sea, al parecer, mayor de doce años.

"Si el ministro de fe no encontrare en casa del notificado persona hábil que reciba la cédula, la fijará en lugar visible en la misma casa."

Distribuyamos la materia del artículo en tres partes: una en que se dice lo que es ó constituye la cédula; otra que trata de la entrega, y á quién; y otra, dónde se fija la cédula, y dónde.

Según el texto del artículo 42, sólo podría notificarse por cédula un decreto ó resolución; pero nó, otra clase de diligencias judiciales, como un embargo, porque no lo dice el artículo dicho.

El inciso 2.º ordena se entregue á cualquiera persona, sea ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no de la casa en que se halle dicha persona; de modo que puede entregarse á una de fuera.

No admitimos esto, porque la persona de fuera no tiene interés alguno, y bien no pueden dar cuenta de lo que entreguen; porque se retira definitivamente de la casa y se lleva la cédula sin dar razón ó por otra causa se olvida.

El lugar visible puede ser una tapia de los pies de la casa. Nosotros determinamos el lugar más propio.

En consecuencia, debería quedar así el

"ART. 42. Cédula es una carta dirigida á la persona que se trata de notificar, y que contiene las individualizaciones del juicio, una copia textual de lo que se va á notificar y la firma del notificante, como se detalla en el artículo 36.

"Se entregará á una persona de la casa, mayor de 10 años, si se pudiere.

"Si no se hallare á quien entregarla, se fijará en la puerta principal, al lado adentro si estuviere abierta y si se pudiere."

Se fija la edad de diez años, porque ya en ella hay bastante capacidad para poder entregar lo que se le da.

"El aviso de que trata el artículo anterior contendrá textualmente el decreto ó resolución que se notifica con expresión del juicio en que ha recaído."

El artículo conviene redactarlo en una forma más concisa y más comprensiva, pues debe extenderse á la notificación por cartel y á la por la prensa.

"ART. 44. El aviso por cartel y el por la prensa contendrá las mismas indicaciones que una cédula."

En seguida debe reglarse cómo se anotan en el proceso las distintas formas especiales para notificar.

"ART. 44 bis. La anotación en el proceso de una notificación por cédula, aviso, prensa ó por anotación simple, contendrá los mismos pormenores que la de una personal, agregándole la especificación de la clase de notificación."

"ART. 45. Es nula la notificación que no se hubiere hecho en la forma prevenida por la ley.

"Con todo, si la persona notificada se hubiere manifestado en juicio sabedora del decreto ó resolución sin reclamar la nulidad,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

valdrá la notificación y se tendrá por hecha desde esta manifestación.

"La disposición del inciso precedente se aplica también al caso en que no se hubiere hecho en manera alguna la notificación."

Este artículo comprende dos disposiciones heterogéneas y que deben ir en artículos por separado; la primera versa sobre nulidad de una notificación, y la segunda, sobre una presunción de notificación. La materia no puede ser más diversa.

Para guardar cierta lógica trataremos primero en un artículo de la notificación presunta, y de la ratificación ó validéz de una notificación mal hecha; en dos incisos. trataremos de dos presunciones, una de existencia y otra de validéz por ratificación presunta. Y en otro artículo trataremos de la nulidad y de la pena del que hizo lo nulo. Invertiremos el orden del proyecto.

Nuestra redacción quedará así:

"ART. 45. Si una persona se presenta en un juicio, como si estuviera notificada de un decreto, sentencia ó diligencia judicial, sin estarlo, se presumirá notificada de ello desde la fecha de la presentación.

"Si después de notificada se hubiere manifestado en juicio sabedora de lo notificado, sin reclamar previamente la nulidad de la notificación, se entenderá que abandona su acción de nulidad y que valida la notificación, surtiendo ella efecto desde su fecha."

"ART. 45 bis. Es nula toda notificación que no hubiere sido hecha conforme á lo que esta ley prescribe literalmente.

"El que hizo una notificación nula, abonará las costas ocasionadas con motivo de ella."

En el inciso 1.° del primer artículo decimos *un* indeterminadamente en lugar de *el* que determina; porque, no existe determinación. Este inciso corresponde al 3.° del artículo 45 del proyecto, cuyo sentido es inaceptable, aplicado el inciso 2.° del artículo citado á este caso. El proyecto sólo admite la presunción para decretos y sentencias, más no para las demás diligencias judiciales. Así lo dice su letra.

Aquí, la notificación presunta, que es la materia del inciso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1.º, se extiende á todo: decretos, sentencias y demás diligencias judiciales, y se dice de cuándo surte efecto.

El inciso 2.º trata del caso de una persona notificada nulamente y que se presenta después haciendo alusión á esa notificación ó en virtud de ella, sin reclamar de su nulidad. La ley toma este hecho como una ratificación tácita y como una aprobación de la notificación; y en este caso tiene por válida la notificación. ¿Desde cuándo? No desde la fecha de la manifestación; porque entonces no sería ratificación, y porque desde esa fecha no tendría objeto legal. Siendo ratificación, tiene que validarse todo lo posterior á que ha dado nacimiento esa notificación; de lo contrario, se declararía implícitamente nulo lo que existió entre la fecha de la notificación y la fecha de la presentación ó manifestación. No se crea que se da efecto retroactivo; porque ello es sólo una aprobación de lo existente, de la manifestación misma. Limitando el efecto de validéz á la fecha de la manifestación, se toma una fecha que no produce ningún efecto legal y que deja en duda ó en tela de juicio lo obrado entre la fecha de la manifestación y la fecha de la notificación.

El inciso 2.º corresponde al inciso 2.º del artículo 45 del proyecto. Este limita su mandato á los decretos y sentencias y ordena que valga la notificación y que se tenga por hecha (cuando está hecha con otra fecha) desde la presentación. Si es válida la notificación, debe surtir efecto desde su fecha y nó desde otra.

Expresamos con claridad la idea, agregando la palabra «después» y la voz «previamente» que no existen en el proyecto.

Lo que realmente existe con la presentación, es una manifestación tácita de que se abandona la acción de nulidad y de que se ratifica lo hecho. En tal virtud la ley toma este hecho positivo y lo legisla.

Para guardar lógica fijamos la fecha de la notificación, como fecha de efectos legales, en virtud de la ratificación.

El inciso 1.º del artículo 45 bis, corresponde al inciso 1.º del artículo 45 del proyecto. En él se generaliza el precepto, se dice «toda» en vez de «la.» Con la palabra «literalmente» se quitan dudas; y debe comprenderse que lo que manda la ley, debe

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cumplirse necesariamente. En Chile es ya mal frecuentísimo de no cumplir aquellos mandatos legales que no tienen sanción. De aquí la necesidad de imponer esa sanción ó pena de infracción.

Decimos "esta" y no "la" en la frase "la ley", porque el actual Legislador debe limitar su acción á lo que él haga y no imponerla á otro Legislador posterior. El "la" comprende esta ley y cualquiera otra: "esta" circunscribe esa extensión y sólo se refiere á este Código.

La falta de algo prescrito en este Código produce nulidad. Si después otro Legislador introduce algún otro requisito, dará el efecto de nulidad á su omisión, si quiere, ó bien, le dará otro; quedará en completa libertad.

En el 2.° inciso se pone la pena del que hace una notificación nula. Esta idea no está en el proyecto; pero existe en el artículo 24 de la Legislación Española. Aquella ley la determina igual para todos los casos; nosotros la hacemos proporcional y la limitamos á lo poco cuando se han originado pocos gastos, y se la extiende á lo mucho, cuando hay grandes gastos.

"ART. 46 Hecha la notificación, el ministro de fe pondrá certificado de ella en el proceso, con expresión del día, mes y año en que la hubiere verificado.

"Si la notificación se hubiere hecho en persona, el ministro de fé hará que el notificado firme la diligencia.

"Si se hubiere hecho por cédula en la forma expresada por el número 2.° del artículo 34, expresará el nombre de la persona á quien hubiere entregado la cédula y hará que ella firme la diligencia. Si no conociere el nombre de esta persona, bastará que la designe como le sea posible.

"Si la persona que hubiere de firmar la diligencia con arreglo á lo dispuesto por los dos incisos precedentes, no supiere ó no quisiere firmar, se hará mención de esta circunstancia en la diligencia.

"Si la notificación se hubiere hecho por cédula en la forma prevenida por el inciso 3.° del artículo 42, se hará igualmente mención de esta circunstancia."

Este artículo contiene una innovación innecesaria. La anotación de la notificación se pondrá según el inciso 1.° en forma

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de *certificado*, y en la práctica se cobrará por la notificación y por el certificado. Tal sistema aumenta los gastos.

Se podrá certificar el hecho de la notificación, pero no certificar la notificación misma. El Proyecto quiere que ella sea certificada, cuando dice que se pondrá "certificado de ella."

Otro defecto de redacción. El notificado firma la anotación, ó el certificado, ó la notificación misma; pues el Proyecto dice que firmen "la diligencia." Se manda al ministro que haga firmar. ¿Y qué medios le da la ley para hacer cumplir la ley? Ninguno. Luego tal mandato es inútil y ridículo. Igual mandato de hacer firmar existe en el inciso 3.° En el 4.° dice que si no se quiere firmar, no se firma. Luego ¿á qué el mandato de hacer firmar cuando es un hecho que se deja á la voluntad del que ha de firmar? No se comprende.

Todos los pormenores prescritos en el artículo 46 están en el 36 y su omisión está penada. En el proyecto no tienen sanción y su falta no tendría castigo alguno. Por consiguiente, estando legislada la materia de este artículo de un modo más eficaz y claro, debe suprimirse.

"ART. 47. La notificación por aviso en la tabla se entenderá hecha el mismo día en que el secretario ponga en el proceso el certificado de la fijación del aviso."

Habla aquí de aviso en la tabla y de certificado. Este sistema es demasiado dispendioso. Aquí se trata de la anotación en el proceso. Toda notificación tiene por fecha la de la anotación y la presunción de este artículo está de más; ya está reglada la materia tratada en él en el artículo 44 bis; debe suprimirse.

"ART. 48. Las providencias de mera sustanciación de los procesos se notificarán á expensas de la parte á cuya solicitud hubieren sido expedidas, sin perjuicio de lo que la ley ó el tribunal dispongan acerca de la condenación de costas."

Lo que este artículo dispone, está ya ordenado de un modo más general y eficaz en el artículo 23. Debe suprimirse por redundante.

"ART. 49. Á las personas jurídicas que no tengan representante conocido, se las notificará en la persona del jefe local."

Jefe local, sin más agregado, es el jefe administrativo. Una sociedad no puede tener jefe en una localidad donde no tiene

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

representante, tendrá un principal. En vez de "jefe local," debemos poner "á la persona que lleve su principal negocio" ó á "su principal." También debe suprimirse el "las" pleonástico, y debe redactarse así el

"ART. 49. Á las personas jurídicas que no tengan representante conocido, se notificará en la persona de su principal."

Diremos una palabra acerca de las observaciones que hace hasta aquí el señor Ravest. Ellas quedan refutadas con lo que se dice acerca del Proyecto. Ninguna hace más expedito el sistema ideado por el Proyecto; no deben aceptarse por esta razón.

TÍTULO VIII.—De los días y horas hábiles para la práctica de actuaciones judiciales

El epígrafe es largo. Tal vez sería mejor decir "Tiempo hábil." Es más corto y comprende la materia tratada en el título.

"ART. 50. Las actuaciones judiciales deben practicarse en días y horas hábiles.

"En las diligencias que se extiendan en los procesos para hacerlas constar, se expresará el día, mes y año en que se verificaren.

"Si la actuación se practicare con asistencia de las partes, la diligencia será firmada por ellas; y si se negaren ó no pudieren hacerlo, se mencionará en la diligencia esta circunstancia."

Este artículo comprende dos ideas muy distintas, relativas á las diligencias judiciales; pormenores que atañen á su forma externa y otros relativos al tiempo hábil de su verificación. De lo primero tratan los dos últimos incisos y de lo segundo el inciso primero.

En lugar de "actuación" ponemos "diligencia", y agregamos la circunstancia del lugar.

No le damos importancia alguna á la expresión de no querer ó no poder firmar; presumimos esa circunstancia desde que la obligación es de firmar; cuando no se firma, es porque, ó no se quiere, ó no se puede firmar.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

¿PUEDE DESTRUIRSE CON PRUEBA TESTIMONIAL el mérito de una declaración hecha en escritura pública?

Instrumento público ó *auténtico*, dice la ley, es el otorgado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Cuando se otorga ante escribano y se incorpora en protocolo ó registro público, se llama *escritura pública*.

De conformidad con lo que dispone el artículo 1700 del Código Civil, estos documentos hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y á su fecha, pero nó en cuanto á la verdad de las declaraciones que hayan hecho los interesados. En esta parte no hacen plena fe sino contra los declarantes.

Las obligaciones y descargos contenidos en ellos constituyen prueba plena respecto de los otorgantes y de las personas á quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal ó singular.

Cualquiera que sea, pues, la naturaleza de las declaraciones que en escritura pública hagan los que concurren á otorgarlas, ni ellos ni las personas que sus derechos representen podrán ser admitidos jamás á probar su ineficacia ó falsedad; que entre las partes esos documentos hacen fé aún en lo meramente enunciativo, con tal que tenga relación directa con lo dispuesto en el acto ó contrato.

Estos preceptos legales, cuyo alcance y utilidad fácilmente se comprenden, han sido observados de una manera uniforme por nuestros Tribunales de justicia que constantemente han rechazado la prueba testimonial como medio de destruir las aseveraciones contenidas en escritura pública.

Conocemos, sin embargo, un caso en que la doctrina contraria se sustenta, y es el que ahora nos proponemos estudiar. Á él se refiere la sentencia número 705, publicada en la *Gaceta* del 27 de abril último.

En juicio seguido ante uno de los juzgados de letras de San-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiago pidieron los demandantes que se declarase nula y de ningún valor una escritura pública otorgada en 9 de octubre de 1886, según la cual la madre de los ocurrentes vendiera al demandado ciertos derechos hereditarios en la cantidad de quince mil pesos, que aquélla confesaba haber recibido en dinero efectivo y á su entera satisfacción.

Entre los fundamentos de la demanda se alegaba el de ser completamente falsa la celebración del contrato, así como la declaración de la vendedora de haber recibido el precio y la del comprador de haberlo entregado.

El juicio se promovía, en consecuencia, por los herederos de uno de los otorgantes de la escritura pública, y con la prueba testimonial se ofrecía destruir la presunción de Derecho que existe en favor de la verdad de las declaraciones hechas en ella por los interesados.

Tramitada la causa con arreglo á la ley, se pronunció sentencia que daba lugar á la demanda y declaraba nula la cesión de derechos contenida en la escritura á que nos hemos referido. Entre otros considerandos el fallo de primera instancia se apoyaba en los que á continuación reproducimos:

"Que absolviendo el demandado las posiciones de fs. 69 expone que su única profesión es la de militar retirado y que los quince mil pesos con que hizo la compra de los derechos de la escritura de cesión los obtuvo de los ahorros de su sueldo y de una cantidad de pesos que su señor padre le dejó por testamento, apareciendo de este instrumento, que corre compulsado á fs. 73 vta. y que fué otorgado en 13 de abril de 1867, que el legado dejado al demandado fué sólo de mil pesos;

"Que el mérito general de los autos manifiesta por lo demás que don... no podía lógicamente tener disponibles quince mil pesos en octubre de 1886, fecha de la escritura de fs. 1, dada su manera de ser, su falta de ocupaciones y la exigüidad de la renta de que goza, ni que doña... hubiera entrado después de esa misma época hasta su fallecimiento en una situación holgada, como necesariamente habría sucedido si en realidad hubiera percibido aquella suma de dinero que era bastante alzada para ella;

"Que aparte de esto don... que vivía con la señora en un mismo domicilio, dice en las mismas posiciones de fs. 69, que ésta falleció sin dejar bienes de ninguna clase, sin que en ninguna parte de los autos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

haya pretendido explicar el destino que diera á los quince mil pesos referidos;

"Que estos distintos hechos constituyen á juicio del juzgado un conjunto de presunciones graves, precisas y concordantes que tienden á establecer que el otorgamiento de la escritura de fs. 1, sólo tuvo por objeto disfrazar bajo la forma de un contrato oneroso una verdadera asignación singular de doña... á favor de don..."

Apelado ese fallo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones lo confirmó en todas sus partes por resolución expedida en 22 de abril del año en curso, contra el parecer del señor ministro Gallardo, que estuvo por revocar la referida sentencia á virtud de las razones que en el libro de acuerdos consignara y de las cuales copiamos los siguientes que á la cuestión que venimos estudiando se refieren:

"2.° Que este contrato importa la cesión de un derecho de herencia á título oneroso, el cual se perfeccionó según el artículo 1,801 del Código Civil desde que se otorgó la escritura pública;

"5.° Que en autos no hay prueba legal suficiente para acreditar que... no pudiera haber entregado los quince mil pesos que la vendedora confiesa haber recibido en la aludida escritura de fs. 1, *por cuanto los testigos que negativamente afirman esta circunstancia no pueden alterar la verdad de las declaraciones hechas en el contrato por los interesados*, pues en esta parte, como lo dispone el artículo 1,700, tales declaraciones hacen plena fe contra los otorgantes y contra sus herederos, que son precisamente los actuales demandantes, los cuales sólo en este carácter han podido intervenir en el presente juicio;

"6.° Finalmente, que si existen fuertes presunciones de que el cesionario carecía de los recursos necesarios para poder entregar á la cedente la indicada suma de quince mil pesos, *estas presunciones tampoco bastan para desvirtuar la esplícita declaración que se hace en la mencionada escritura de haberla recibido.*"

De lo expuesto resulta que el precepto claro y terminante que el Código Civil sanciona acerca de que el contenido de las escrituras públicas hace plena fe aun en lo meramente enunciativo contra los declarantes, ha sido desatendido esta vez para dar preferencia á declaraciones negativas y que las presun-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciones legales han venido á colocarse sobre las de Derecho.

Es verdad que fallando como jurados habríamos resuelto lo mismo que resolvió la sentencia confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones; pero á un Tribunal de Derecho no es lícito en ningún caso fallar en conciencia, contrariando disposición expresa de la ley. Y como el señor ministro Gallardo, creemos que la prueba testimonial y las presunciones legales no bastan para destruír el mérito de la declaración esplícita que se hace en escritura pública.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 19 de junio de 1889.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. MEMORIA DEL MINISTRO DE HACIENDA PRESENTADA AL CONGRESO NACIONAL EN 1889, un volumen publicado por la Imprenta Nacional, Santiago.—2. BOLETÍN DEL MINISTERIO DE HACIENDA CORRESPONDIENTE Á 1888, tomo I, redactado por don Isidoro Vásquez Grille, sub-secretario del departamento. Un volumen de 853 páginas. Imprenta Nacional, 1889. Damos las gracias al señor Vásquez Grille por su atención, al enviarnos esta y la anterior publicación.—3. REVISTA DE PRISIONES, publicación oficial, números 1.° y 2.°, publicados por la Imprenta de "Los Debates." Saludamos al nuevo colega y agradecemos la celebración de este canje con nuestra REVISTA al ilustrado compañero, secretario de la Dirección General de Prisiones, don Manuel Rodríguez Baltra.

VENEZUELA.—1. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA, de 1881, edición oficial, Caracas, Imprenta de "La Opinión Nacional" 1883. Es una Constitución promulgada por el Presidente Guzmán Blanco, y nos ha sido enviada por el doctor don Francisco Ochoa.—2. EXPOSICIÓN DEL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO, por el doctor don Francisco Ochoa, catedrático de Código Penal en el Colegio Federal de primera categoría del Estado Falcón, y Ministro de la Corte Suprema de Justicia del mismo Estado. Un volumen de 549 páginas, Imprenta Bolívar, Maracaibo, 1888. Es un comentario razonado del Código Penal vigente en Venezuela desde 1873. Su lectura interesa vivamente por el buen criterio é ilustración con que son apreciadas las doctrinas sobre la penalidad, filosófica y concretamente considerada. De esta manera su estudio está llamado á despertar la atención de los jurisconsultos y personas estudiosas de los países americanos y aún de Europa. El Código Penal de Venezuela es reputado por el autor como un gran paso en el camino de la legislación patria, "como quiera que, mediante él, dice, poseemos un Código propio, sin tener que ocurrir, como hasta há poco se hacía, á las leyes de Partida y de la Novísima Recopilación, incompatibles con nuestro sistema de gobierno y con las conquistas de la moderna civilización." Su redacción fué encomendada por el general Guzmán Blanco á una comisión de dos abogados, compuesta de los doctores don Cecilio Acosta y don

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Juan Pablo Rojas Paúl, quienes llevaron á cabo su cometido tomando por modelo el Código Penal Español de 1850. Aunque el Código venezolano tiene el mismo origen que el chileno, en su mayor parte, forzoso es reconocer que hay entre ambos algunas diferencias sustanciales, entre las cuales pudiéramos acotar, en el primero, la abolición de la pena de muerte y la reducción del término del presidio á diez años. En la apreciación de los hechos constitutivos de delito hay asimismo diferencias interesantes. Así, según los artículos 127 y 128 del Código venezolano, el que no hiciere el sacrificio de sus bienes y de su vida, si fuere necesario, para defender á la República en caso de guerra exterior, requerido dos veees por la autoridad competente; el ausente de la patria que no acuda á este requerimiento y el que salga del país por huir del peligro, son penados con prisión hasta de dieciocho meses ó con multa hasta de dos mil quinientos bolívares, que se aplicarán á los gastos de guerra. El Código chileno, que omite estas prescripciones, está mejor inspirado en los buenos principios, que aconsejan dejar al patriotismo de los ciudadanos las resoluciones y esfuerzos en favor de la defensa nacional. Sin esta virtud del patriotismo, que realiza milagros en los días de aflixión pública, no hay salvación posible, y ella no es sustituída por disposiciones penales. Llaman también la atención los excesos que se atribuyen al patronato en aquella República, castigando á los obispos aun por la omisión de deberes prescritos en las leyes canónicas; con las cuales, en lo que se refieren al gobierno interior eclesiástico, nada tiene que ver la autoridad civil. De este modo el arzobispo ú obispo que no cumpla con el deber de visitar su diócesis es penado con expulsión hasta por tres años. Esto es sencillamente invasor y profundamente injusto. La extensión de las penas contra los eclesiásticos es también arbitraria. No sólo se les aplican, según los casos, las penas comunes, sino aún la inhabilitación para ejercer *la jurisdicción eclesiástica*, *la cura de almas* y *el ministerio de la predicación*. ¡Cuánto más respetuoso y sabio es el artículo 41 del Código Penal de Chile, que prescribe que cuando las penas de inhabilitación y suspensión recaigan en persona eclesiástica, sus efectos no se extenderán á los cargos, derechos y honores que tenga por la Iglesia! Damos las gracias al señor Ochoa por la distinción con que nos ha favorecido, y aprovechamos esta ocasión para expresarle también nuestro reconocimiento por la estimación que profesa hacia la cultura jurídica de Chile, que sigue de cerca, y que tanto honra á los escritores de Derecho de nuestro país.

La Dirección

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.º de septiembre de 1889 NÚM. 4

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—El divorcio voluntario, ó la suspensión de la vida común por el mutuo consentimiento de los cónyuges, lectura en la Academia de Leyes de Santiago, por don Ismael Valdés Vergara.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado (continuación), por don José Clemente Fabres.—¿Hay una cuestión de Derecho Internacional en la sucesión de un extranjero fallecido en Chile? por don Floridor Rojas. — Juicio crítico sobre la ley que dividió la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago, por don José Alfonso.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas. — Cuestión de actualidad: ¿están ó nó amparadas las pertenencias salitreras del desierto de Atacama? por don Marco Antonio de la Cuadra. —¿Es aplicable el artículo 390 del Código Penal al asesinato de los afines en línea recta? por don Francisco Beutner-Mary. — Cancelación de un título de abogado, por don Agustín Correa Bravo.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

EL DIVORCIO VOLUNTARIO, Ó LA SUSPENSIÓN de la vida común por el mutuo consentimiento de los cónyuges

(Leído en la Academia de Leyes de Santiago)

En el número 2.º del volumen 5.º de la REVISTA FORENSE CHILENA se ha publicado un estudio sobre aquella materia, cuyo autor, que es un colega de profesión, sostiene que la separación corporal de los cónyuges, ó lo que es lo mismo, la suspensión de la vida común, es enteramente distinta del divorcio, y que no autorizando nuestra legislación el divorcio voluntario, se puede estipular no obstante la suspensión de la vida común por cualquier período de tiempo y aun perpetuamente, por el solo consentimiento de los cónyuges.

Es tan errada en mi humilde concepto, esa doctrina considerada bajo el punto de vista de la ley, y tan perturbadora y hasta disolvente del orden social, que he estimado indispensable su impugnación, probando que son falsos los fundamentos en que descansa y que toda la teoría que se sustenta es una paradoja jurídica.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ello es de urgente necesidad con el objeto de impedir que prendan en nuestro organismo social gérmenes de perturbación moral y que pueda extraviarse el criterio de la juventud que se inicia en la carrera del foro, familiarizándose con aberraciones tanto más peligrosas ó malsanas, cuanto mejor revestidas se presentan.

No puede desconocerse que nuestro estado social atraviesa por un período de crisis, resintiéndose de vicios ó defectos que han adquirido ya grandes proporciones porque no fueron combatidos en su origen, ya sea porque se les estimara sin transcendencia ó porque se creyera que no eran susceptibles de desarrollo.

Los sucesos tan desgraciados y tan extraordinarios que desde algunos años há vienen sorprendiéndonos casi diariamente, acusan tanto por su número cuanto por sus proporciones, un estado de relajación moral que ha llegado á ser alarmante, porque no es el resultado del atraso social que en todas partes y en todos los tiempos ha producido más ó menos los mismos efectos, sino la consecuencia de otras causas de naturaleza opuesta, si se quiere, á las comunes.

No se puede cargar indudablemente á la cuenta de la ignorancia y del embrutecimiento alcohólico los desastres tan justamente lamentados, en que han hecho el principal papel precisamente ó la inteligencia y el talento, ó la alta y distinguida posición social ó la vasta ilustración de las personas que, confundiéndose con los criminales, no son quizás sino víctimas inconscientes que, embriagadas por el ambiente que han respirado, ó contagiadas por el mal ejemplo ó perturbadas por desmedida ambición, han sido arrastradas al abismo, adonde han sepultado con su propia honra la herencia de sus hijos.

Situaciones como las que atravesamos son las más adecuadas para hacer germinar toda clase de errores y absurdos, y como los más perjudiciales son, sin duda, los que se refieren á las bases fundamentales del orden social, los que afectan á la organización misma de las familias, que son los eslabones de la sociedad, no debemos autorizar con el silencio, ni la posibilidad siquiera de que lleguen á abrirse camino en parte alguna de la sociedad, nuevas causas de desorganización y de inmoralidad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En el trabajo que ha puesto la pluma en nuestras manos, se hace un grande esfuerzo para manifestar que ante la ley, la base fundamental del matrimonio y su objeto primordial no son las personas ni la familia, sino los bienes y la sociedad conyugal para deducir que todos los actos y convenciones que no afecten á la comunidad de los bienes y á su administración, son permitidos, aunque á virtud de tales estipulaciones se relajen temporal ó perpetuamente los vínculos personales, y aunque esa relajación arroje á los hijos comunes á un asilo de huérfanos.

Tal es la síntesis exacta de las teorías que se exponen en el referido estudio, á cuyo autor quizás su juventud é inexperiencia no han permitido medir las consecuencias que entrañan sus apreciaciones.

En su concepto la base constitutiva y determinante del divorcio es la liquidación de la sociedad de bienes, la habilitación de la mujer para ejercitar ciertos derechos de que está privada bajo el régimen del matrimonio, y, por consiguiente, puede estipularse la separación de cuerpos, ó, lo que es lo mismo, la disolución del hogar sin modificar el estado de comunidad sobre los bienes, porque un pacto de esa naturaleza no es divorcio, y no importa otra cosa que la renuncia del derecho que otorga á los cónyuges el artículo 133 del Código Civil.

"Bien está, dice el autor del trabajo en que me ocupo, que la ley impida la disolución inmotivada *de la sociedad conyugal;* pero que impida *la separación voluntaria* de los cónyuges, es imposible."

Esas palabras que traducen con desgraciada elocuencia el pensamiento más desgraciado aún del autor, manifiestan que á su juicio lo principal en el matrimonio son los bienes y lo accesorio las personas, las relaciones de los cónyuges y la suerte de ellos y de la familia, tomando el efecto por la causa, el antecedente por la consecuencia, y trocando y confundiendo de la manera más lamentable el rol que juegan en el matrimonio las personas y los bienes de los cónyuges.

Felizmente, para el objeto que nos hemos propuesto, esa confusión no puede hacerse sino desconociendo la naturaleza de las cosas y forzando el sentido de las palabras de la ley, porque en esta materia, más que en cualquiera otra, nuestra legis-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lación se ajusta estrictamente á los hechos y á su esencia, habiendo cuidado el Legislador de hacer la debida distinción de factores diversos, atribuyendo á cada uno la importancia que le corresponde según su propia naturaleza.

"El matrimonio, dice el artículo 102 del Código Civil, es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer *se unen actual é indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos*, de procrear y de auxiliarse mutuamente."

Según esa definición, todos los motivos, causas y objetos del matrimonio son de carácter estrictamente personal, como que se refieren esclusivamente á las personas de los cónyuges.

La base del matrimonio es la unión actual é indisoluble, y por toda la vida, de las personas de los cónyuges.

El medio es la vida común ó marital.

El objeto es la procreación y el mutuo auxilio.

Nada hay, pues, que se refiera directa ó indirectamente á los bienes.

Según aquella definición, los bienes de los cónyuges no tienen influencia alguna ni principal ni accesoria, ni como causa ni como objeto del matrimonio, porque en realidad éste se refiere únicamente á las personas, y porque los derechos y obligaciones esenciales que de él emanan, son todos de carácter estrictamente personal.

Tan cierto es ello, que el primer deber de los cónyuges es el de guardarse fe, socorrerse, y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (artículo 131 del Código Civil.)

El marido, agrega ese artículo, debe protección á la mujer, y la mujer obediencia al marido.

Si lo esencial en el matrimonio fuera la sociedad de bienes, como se supone, es evidente que no podría existir el primero sin la segunda, y sin embargo el contrato de matrimonio subsiste en toda su integridad á pesar de la disolución de la sociedad conyugal ó de la separación de bienes, y por la inversa no puede existir la comunidad de bienes sin el matrimonio y por consiguiente su nulidad produce la disolución de aquélla.

El matrimonio subsiste independientemente, tengan ó no bienes los cónyuges, y la existencia de la sociedad conyugal, por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el contrario, está subordinada necesariamente á la del matrimonio.

Este es además indisoluble, á diferencia de todos los otros contratos; los lazos y vínculos personales que él crea entre los cónyuges no pueden desatarse. Tanta es la fuerza que la ley les atribuye, que á pesar del divorcio ó suspensión de la vida común y á pesar de la disolución de la sociedad conyugal, no pueden los cónyuges contraer nuevo matrimonio, porque por motivos de orden público, ante la ley nueva, como ante la antigua, el matrimonio es la confusión de dos personas en una sola, ó como dicen las leyes de Partida, *el ayuntamiento de marido é de mujer, fecho con tal intención de beuir siempre en uno, é de non se departir.*

Esos vínculos que no disuelve ni el divorcio perpetuo que produce hasta la separación de cuerpos y de bienes, resisten en una palabra á todas las contingencias y á todos los esfuerzos, porque la ley los ha hecho inquebrantables, no en consideración á los bienes, puesto que su existencia no es indispensable para la del matrimonio, sino en consideración á las personas de los cónyuges, á sus familias y á la sociedad de que son miembros y á la cual se pertenecen.

En una palabra, si la materia del contrato de matrimonio son los mismos cónyuges y no los bienes; si los fines primordiales del matrimonio se refieren á las personas y á la sociedad en general; si ese contrato tiene existencia propia, independientemente de la sociedad conyugal, á diferencia de ésta, que es una consecuencia de aquél y que está subordinada en todo á la causa de que nace; y finalmente, si el matrimonio puede celebrarse y conservarse en toda su integridad, aunque los cónyuges no aporten un maravedí, y aunque aportando bienes cese la comunidad sobre ellos, es, sin duda, evidente que lo principal en el matrimonio no son los bienes sino las personas, y que lo accesorio no son los derechos y obligaciones que emanan de la naturaleza y esencia y objeto del matrimonio, esto es, los de carácter personal, sino los que se refieren á los bienes.

Esa conclusión se impone con la fuerza de un aforismo, porque la sociedad conyugal que se contrae por el hecho del matrimonio, como lo dice el artículo 135 del Código Civil, no es

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

propia de la esencia de él, ni se refiere directamente á su objeto. Siendo consecuencia del matrimonio, no emana de su naturaleza sino de la disposición de la ley, y está regida aún por reglas especiales distintas de las que determinan los derechos y obligaciones esenciales ó primordiales del matrimonio.

Este es un contrato de más transcendencia social que civil, es una institución de orden público, y la sociedad conyugal, por la inversa, es de carácter puramente civil.

Difiere, pues, el uno de la otra en todos sentidos, en cuanto á su origen, á su objeto, á sus efectos y á su régimen.

La misma ley ha establecido de un modo inequívoco tan sustanciales diferencias, permitiendo en ciertos casos la separación de bienes é imponiéndola en otros como una necesidad, pero dejando subsistente siempre el matrimonio porque es indisoluble.

En el caso de insolvencia del marido, puede la mujer pedir la separación de bienes, y de hecho se disolverá la sociedad conyugal, quedando incólume el matrimonio y en pleno vigor los derechos y obligaciones que de él nacen.

En el caso de divorcio *perpetuo* se disuelve de hecho también la sociedad conyugal, y aunque produce la suspensión de la vida conyugal, subsiste el contrato de matrimonio.

Es todavía facultativo de los cónyuges alterar ó modificar en las capitulaciones matrimoniales el régimen ordinario de la sociedad conyugal, y por ninguna causa ó motivo pueden hacerse modificaciones en las disposiciones relativas á los derechos y obligaciones que emanan del matrimonio. Puede la mujer tener á su cargo la administración de la sociedad conyugal si el marido se la confiere, pero jamás podrá ejercitar aquélla ni uno sólo de los derechos propios de la potestad marital.

La distinción tan marcada y tan sensible que hay bajo todos los respectos entre el matrimonio y la sociedad conyugal, y entre la importancia que á cada uno corresponde, manifiesta de un modo irrefragable el absurdo de la doctrina que impugnamos, cuya síntesis es que no hay *divorcio* si no se produce la disolución de la sociedad conyugal, y que los cónyuges pueden estipular la suspensión perpetua de la vida común y renunciar á todos los derechos y obligaciones que emanan de la esencia del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

matrimonio, con tal que dejen subsistente la sociedad conyugal.

Un pacto de esa naturaleza, no es divorcio, se dice.

Sin embargo, según nuestra legislación el *divorcio temporal* consiste únicamente en la suspensión de la vida común por un período que no puede exceder de cinco años. No produce alteración alguna en el régimen de la sociedad conyugal.

La ley llama, pues, divorcio, lo que en el concepto del autor del trabajo á que estamos refiriéndonos, no es divorcio.

Entre una opinión personal y el texto expreso de la ley, no podemos vacilar.

Es divorcio lo que la ley llama divorcio, y si según ella éste consiste en la suspensión de la vida común, tendremos que convenir forzosamente en que toda convención en que se estipule esa suspensión, es de divorcio aunque se mantenga la comunidad sobre los bienes y la administración de ellos á cargo del marido.

Ahora bien, si es dado á los cónyuges estipular la suspensión de la vida común á perpetuidad, esto es, por toda la vida, como francamente se sostiene en el trabajo que impugnamos, con tal que se deje subsistente la sociedad conyugal, con mayor razón será lícito acordar esa misma suspensión temporalmente, esto es, lo mismo precisamente que la ley llama divorcio temporal, y que en el trabajo referido se sostiene que no es divorcio.

No obstante, los antecedentes de la ley de matrimonio civil suministran la prueba más elocuente y decisiva que puede presentarse en contra de aquella opinión.

En el proyecto de aquella ley presentado al Congreso, se enumeraba entre las causales de divorcio temporal *el mutuo consentimiento* de los cónyuges (causal 14 del artículo 33 del proyecto correspondiente al artículo 21 de la ley promulgada.)

Pero en la discusión se acordó suprimir esa causal, por razón de orden público, esto es, porque se consideró que el interés general ó social debía prevalecer sobre el individual, estableciéndose así que no podía llegarse al divorcio, ó sea, á la simple suspensión de la vida común, por el mutuo consentimiento, ó lo que es lo mismo, que no puede hacerse ni con la autorización judicial, lo que en el artículo referido se sostiene que es discrecional y facultativo de los cónyuges.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si tal es la verdad, y si los efectos del *divorcio temporal* se concretan exclusivamente á la suspensión de la vida común, á la sola separación de las personas ¿no es cierto que jurídicamente puede haber divorcio sin disolución ni modificación siquiera de la sociedad conyugal, y que el pacto en que se estipule la suspensión de la vida común, sea por un mes ó por uno ó diez años ó por toda la vida, es de divorcio, aunque los interesados no lo califiquen de tal?

Indudablemente, porque la vida común es de la esencia del matrimonio, y porque lo que constituye el divorcio es precisamente la suspensión de la vida común.

Pero en el trabajo que impugnamos no sólo se prescinde de lo que es el divorcio en sí mismo, sino que se sostiene categóricamente que en el Código Civil no se hizo la definición de lo que es el divorcio.

Efectivamente, no se define en el Código Civil, ni fué necesario hacerlo por que se aceptó en él sin reservas lo estatuído por el Derecho Canónico, al cual se remitió en todas las cuestiones relativas al divorcio; pero no debió hacerse tal alegación porque estando vigente la ley de matrimonio civil, el autor del estudio en que nos ocupamos debió buscar en ella la solución del problema, y no en el Código Civil.

Y si así lo hubiera hecho, se habría cerciorado de que el artículo 19 de aquella ley dispone que el divorcio no disuelve el matrimonio, *sino que suspende la vida común de los cónyuges.*

El divorcio es, pues, esa suspensión, aunque no se disuelva la sociedad conyugal, como no la disuelve el divorcio temporal, y, por consiguiente, no autorizando nuestra legislación el divorcio voluntario ó por mutuo consentimiento, es nula toda convención en que se estipule la suspensión de la vida común temporal ó perpetuamente.

Si hay materias de las tratadas en nuestra legislación, que no sean susceptibles de distintas apreciaciones y que puedan resistir á todas las más hábiles é inteligentes sutilezas, debemos colocar sin duda en primer término la que nos ocupa, porque en realidad bajo cualquier aspecto que se la considere no se podrá arribar jamás á las conclusiones que impugnamos sino prescindiendo de disposiciones expresas de la ley, ú olvidando antece-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dentes indispensables para fijar el sentido y alcance de los preceptos que se relacionan con la cuestión.

Y no se crea que los principios que nosotros sustentamos sean una novedad, y que solamente se encuentran incorporados en nuestra legislación.

Nó, ellos están consignados en todos los Códigos, incluso en la legislación francesa que hasta el año 1884 fué sin duda la más avanzada en la materia que tratamos, y que, á pesar de las reformas de que ha sido objeto, contiene todavía disposiciones que difieren sustancialmente de las de nuestras leyes.

El matrimonio era y es todavía disoluble en Francia por la declaración del divorcio (artículo 227 del Código Napoleón); de tal modo que el divorcio, que no es como en Chile la sola suspensión de la vida común, sino la disolución del matrimonio, habilita á los cónyuges para contraer nuevo matrimonio.

Antes de 1884 una de las causales del divorcio, según el artículo 233 del Código Napoleón, era el mutuo consentimiento de los cónyuges acompañado de ciertas circunstancias, como el consentimiento de los padres ó ascendientes, en garantía de que realmente era imposible ó insoportable la vida común.

Bajo tal régimen ú orden de cosas, que permitía hasta disolver el matrimonio por el consentimiento mutuo de los cónyuges, prohibía no obstante el Código Napoleón (artículo 307) la voluntaria separación de cuerpos, ó la suspensión de la vida común, esto es, lo que en nuestra legislación constituye el divorcio.

Por leyes de 27 de julio de 1884 y de 18 de abril de 1886 se reformó sustancialmente el Código Napoleón en la materia del divorcio, suprimiéndose por la primera el divorcio por el mutuo consentimiento, y no obstante se conservó la prohibición establecida en el artículo 307 referente á la separación voluntaria.

Más aun, uno de los artículos reformados por la ley de abril de 1886 fué el mismo 307 ya citado, y á pesar de esa reforma se dejó subsistente y sin alteración alguna la prohibición de la separación corporal por el mutuo consentimiento de los cónyuges.

Si en el país en que las leyes y las costumbres son más avanzadas, hasta autorizar la relajación absoluta de vínculos que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en el nuestro son indisolubles, no es permitido que se suspenda la vida común por la sola voluntad de los cónyuges, debe ser, ó es efectivamente, porque hay graves ó poderosas razones que impiden que los cónyuges puedan separarse cuando lo quieran ó les convenga.

Sería inexplicable de otra manera tanta liberalidad para disolver el matrimonio y tanto rigorismo para la simple separación de cuerpos.

Hay en efecto muy poderosos motivos para que no puedan suspender los cónyuges la vida común por su sola voluntad, y de mayor gravedad y transcendencia sin duda que los que tuvo en cuenta el Legislador para prohibir hasta la simple separación de bienes por el mutuo consentimiento de marido y mujer.

En efecto, el matrimonio, que es el fundamento de la familia, compromete no solamente los intereses de los que lo contraen sino también los de la sociedad en general, por cuanto su desarrollo y perfeccionamiento está cifrado precisamente en el de las familias que la constituyen.

Por otra parte, el marido y la mujer se pertenecen, más que á sí mismos, á sus hijos, á quienes deben protección y auxilios que no pueden prestarse sino en el seno del hogar, en la vida común, que es la base de la familia, y, por consiguiente, la ley no ha permitido ni podido permitir que ni el marido ni la mujer se sustraigan al cumplimiento de tales deberes, separándose de común acuerdo, porque ello constituye abandono de los hijos, y disolución de la familia y perturbación del orden social.

«Podrán renunciarse, dispone sabiamente nuestro Código Civil, los derechos conferidos por las leyes, *con tal que sólo miren al interés individual del renunciante* y que no esté prohibida su renuncia.»

No pueden, pues, renunciarse los derechos que el marido y la mujer tienen respectivamente, el primero de obligar á su mujer á vivir con él, y ésta de ser recibida en su casa por aquél, porque tales derechos afectan á la vez el interés individual de los cónyuges y el de la sociedad en general, y porque entre uno y otro debe prevalecer siempre el de la comunidad.

Si os he molestado, señores, con la lectura de estas mal hil-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vanadas apuntaciones, no es porque estime que podéis dejaros seducir por doctrinas más ó menos bien expuestas, sino porque, como decía al principiar, el ambiente que respiramos está preparado para que surjan y se abran camino los errores más graves y transcendentales, y principalmente los que halagan deseos y necesidades inevitables en todas las sociedades, y porque ellos son aceptados sin vacilación como solución indispensable de situaciones más ó menos difíciles, para las cuales el Legislador no ha procurado remedio precisamente porque el único remedio posible sería fuente y origen de mayores y más transcendentales males.

El divorcio voluntario, que ha sido condenado por la experiencia en naciones más adelantadas que la nuestra, no fué aceptado por nuestros Legisladores por razones de orden superior fáciles de estimar, y sobre todo porque él es inconciliable con el carácter de indisolubilidad de que está revestido el matrimonio ante la ley.

Si se aceptó el divorcio, ó mejor dicho, la suspensión de la vida común por causas determinadas que la ley se encargó de indicar con precisión, fué como una necesidad, como uno de los males necesarios, y aún así se reglamentó de tal manera que en realidad, el divorcio, según nuestra ley de matrimonio civil, no es institución nueva sino la transplantación á la ley civil del Derecho Canónico, sin más modificaciones que las exigidas, ó mejor dicho, impuestas por el progreso y la cultura.

Bajo el régimen actual no podrán ya los cónyuges divorciarse por mutuo consentimiento para entrar ambos ó uno de ellos en religión como lo permite el Derecho Canónico, ni podrá exigirse el divorcio por heregía ó adulterio espiritual, ni por la provocación de uno de los cónyuges al otro á cometer un pecado mortal, ó sea, por causas de orden espiritual.

Pero en lo demás, la ley especial promulgada en enero de 1884, es casi una reproducción fiel de las disposiciones del Derecho Canónico. Las únicas novedades que contiene entre las causales del divorcio, están basadas en la infracción de algunos deberes que impone á los cónyuges la ley civil, á las cuales atribuyó el Legislador mayor importancia que la que les otorga el Derecho Canónico, en el cual prevalecen sobre aquellas las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del orden espiritual, como que cuida con más ahinco de la salud del alma que de la del cuerpo.

Me disculparéis, señores, que haya dado más extensión que la conveniente á este trabajo, en consideración á que así lo exigen la primordial importancia de la materia y la autoridad de que están revestidas las doctrinas que he impugnado, tanto por estar sostenidas por un colega de profesión, cuanto por habérseles dado publicidad en la REVISTA FORENSE CHILENA, que tan merecido prestigio se ha conquistado.

ISMAEL VALDÉS VERGARA

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

La ley, es cierto, habla en términos generales, aplicables tanto á los nacionales como á los extranjeros. *Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes;* pero á continuación concreta su precepto á los nacionales, mandando que no se juzgue *por otro escrito de otra ley.* Para encontrar la regla consignada en toda su extensión en estas palabras, es preciso darles dos clases de generalidad, una relativa á las personas y otra relativa á los lugares ó territorios; y haríamos entonces decir á la ley: "Todos los individuos son juzgados *sólo* por las leyes de su nación *en cualquier parte* que tenga lugar el juicio." De este modo haríamos legislar á Don Alonso el Sabio no sólo para los españoles y para la España, sino también para todos los extranjeros y para todas las naciones; y haríamos también decir á la ley: "En Francia los españoles ó ingleses no serán juzgados por la ley francesa sino por la ley española ó inglesa." No debemos incurrir en la anomalía de hacer tan ignorante al Legislador de las Partidas, suponiendo que desconocía el límite de sus facultades y que creía poder legislar para ajeno territorio y para extranjeros que no residiesen en su señorío.

Si no es posible encontrar en dicha ley 15 la generalidad relativa al territorio, es fácil encontrar en ella la generalidad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

relativa á las leyes, para abrazar tanto las personales como las reales; y esta generalidad excluye la relativa al territorio, tal como se consigna explícitamente en la ley, y con repetición: *del facedor de las leyes... son tenudos de las obedecer, é juzgarse por ellas.* Que la generalidad relativa á las leyes es incompatible con la generalidad relativa al territorio, es cosa manifiesta y lo reconocen los mismos que sostienen la regla en toda su extensión; porque, si cada nación debe aplicar únicamente sus leyes, tanto las reales como las personales (generalidad relativa á las leyes), no es posible que la ley personal viaje con el individuo, ó tenga un mismo efecto en todas las naciones relativamente á los súbditos del Legislador (generalidad relativa á los lugares). Del mismo modo, si la ley personal viaja con el individuo, ó, lo que es lo mismo, á cada individuo no se le pueden aplicar otras leyes personales que las de su nación, en cualquier parte que sea juzgado, y por cualquier acto ó contrato regido por dichas leyes personales, que es el significado de la regla en toda su extensión, y que es lo que importa la generalidad relativa á los lugares, es imposible la generalidad relativa á las leyes, esto es, mueen cada nación se apliquen siempre y á todos sus habitantes todas sus leyes, personales y reales.

Si encontramos, pues, en la ley 15, título 1.º, Partida 1.ª la generalidad relativa á las leyes, puesto que no hace distinción alguna, no podemos ver en ella consignada la regla de que el individuo viaja con las leyes personales, en el sentido general y absoluto que se le quiere dar, ó en los efectos que se le atribuyen. Para conocer bien su sentido y la extensión del significado de sus palabras, es preciso no olvidar que dicha ley no podía ser dictada sino sólo para España, cosa que no necesitaba expresar el Legislador, y que las palabras que dejamos copiadas se dirigen especialmente á los españoles. En virtud de ser dictada la ley sólo para España, todos han entendido que el objeto de la ley era que no se pudiesen aplicar por los jueces de España más que las leyes españolas. Así dice Gregorio López en la glosa: "*Vides hic quod per alias leges non potest judicari in istis Regnis: et sic non per leges Imperatorum, seu alias leges juris communis;*" y en la ley 6.ª, título 4.º, Partida 3.ª, que cita el mismo López y que recordamos en el comentario del artículo 14,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la quinta cosa sobre que se manda prestar juramento á los jueces es: "que los pleytos que vinieren ante ellos, que los libren bien é lealmente, lo más ayna é mejor que supieren, é *por las leyes de este libro, é non por otras.*" Confírmase esta inteligencia por las palabras que agrega la misma ley 15: *é el que la ley face, es tenudo de la facer complir;* lo que supone que habla sólo del Legislador de España, y de las leyes españolas, porque no es de figurarse que el autor de la ley creyera que los reyes de Francia ó Inglaterra, verbigracia, pudiesen hacer cumplir sus leyes en España, ni viceversa. Que las palabras copiadas se dirigen especialmente á los españoles, se conoce no sólo por lo que dejamos dicho, sino porque á continuación se ocupa en los extranjeros: "E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío." La generalidad de las palabras de la ley sólo importa un considerando ó un fundamento de la disposición, y puede redactarse así su sentido: "Estando todos obligados á obedecer y cumplir todas las leyes de su soberano, mando que los españoles, ó mis súbditos, sólo sean juzgados por las leyes de España ó por mis leyes (el Código de las Siete Partidas fué dictado con la intención de que fuese general para toda la monarquía) en todos los casos que ocurran en los tribunales de este reino". Por lo que hace á los extranjeros dispone, que respecto de todos los actos, contratos y delitos que tuvieren lugar en España, sean juzgados por las leyes españolas, sin consideración alguna á las leyes de sus respectivas naciones, y especialmente á las leyes personales, porque respecto de las reales establece la excepción en la ley 15, título 14, Partida 3.ª Así, pues, aquí se fija la regla general (ley 15, título 1.º, Partida 1.ª), en la que se encuentran comprendidas las leyes personales, sin que después se les exceptúe, como sucede con las reales. De manera que el contrato de un francés de veintiún años de edad celebrado en España, sería rescindible, porque en España es menor de edad, aunque en Francia sea mayor á los veintiún años, y á pesar de que sean personales las leyes que así lo determinan. El contrato celebrado en España se juzga por la ley española, no sólo en cuanto á su forma, sino también en cuanto á la capacidad de los contratantes y demás requisitos, como asimismo respecto de las obligaciones ó derechos que produce: "E eso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mismo dezimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleito, ó postura, ó yerro en la tierra do se juzgase por las leyes... é aunque sean de otro señorío, non pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho alguna destas cosas.»

Sin embargo, en la citada ley 15, título 1.º, Partida 1.ª encontramos el fundamento de la distinción de las leyes personales y reales, aunque no se atribuyan á las primeras los efectos ó extensión que se les reconoce en la teoría moderna más generalizada. Podríamos decir que, según la ley 15, la ley personal viaja con el individuo, pero sólo respecto de los españoles; ó lo que es lo mismo, los españoles están obligados á obedecer y cumplir las leyes españolas en cualquier parte donde se encuentren; pero sólo las leyes relativas al orden público ó á las buenas costumbres, leyes á que no es lícito renunciar, y respecto de aquellos actos ó contratos que se hayan de juzgar en España, donde no es lícito juzgar por otra ley que la española. No sería lícito al español salir de España para burlar la ley de su nación, ni efectuar, por consiguiente, un acto ó un contrato contrariando la ley de orden público de su patria, y que haya de tener efecto ó se haya de juzgar en su propia patria. En resumen, la ley 15 quiere que en todos los juzgamientos que tengan lugar en España, sea entre nacionales ó entre extranjeros, sólo se aplique la ley española y nó otra ley alguna. Esta es la regla general, salvo la excepcion de que vamos á ocuparnos.

La ley 15, título 14, Partida 3.ª confirma dicha regla general, pero consigna al mismo tiempo la excepción en estos términos: «E si por aventura alegase ley ó fuero de otra tierra que fuese de fuera de nuestro señorío, mandamos que *en nuestra tierra non haya fuerza de prueba;* fueras ende en contiendas que fuesen entre *omes de aquella tierra* sobre pleyto ó postura que oviessen fecho en ella, ó en razón de alguna cosa *mueble*, ó *rayz* de aquel logar. Ca entonce, maguer *estos extraños* contendiesen sobre aquellas cosas antel juez de nuestro señorío, bien pueden recebir la prueba, ó la ley, ó el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, é debese por ella averiguar, é delibrar el pleyto.» La excepcion ó limitación que se consigna en esta ley, como aparece con toda claridad, es sólo relativa á los extranjeros y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por los contratos que celebraren en el extranjero ó sobre bienes situados en su país. De manera que según esta ley, los españoles no pueden ser juzgados jamás en España sino por las leyes españolas, aunque se trate de contratos celebrados en el extranjero ó de bienes situados en el extranjero (la excepción afirma la regla en contrario; *inclusio unius est exclusio alterius);* y así podemos repetir que la ley española reconoce la regla que enseña que la ley personal viaja con el individuo, pero sólo respecto de los españoles, y no de los extranjeros; y que estos últimos son juzgados en España por la ley española, y sólo por ella (ya sea real ó personal) en los actos ejecutados y en los contratos celebrados en España. Gregorio López en la glosa 4.ª de esta ley reconoce también que la excepción puesta en las palabras que dejamos copiadas es sólo relativa á los extranjeros. Se expresa así: "Videtur ex ista lege, quod si essent subditi, ligarentur istis legibus, vel aliis legibus hujus Regni, *etiam in bonis, quæ essent extra territorium Regni.*"

En esta ley es donde se encuentra consignada la teoría de las leyes reales; pero como lo hemos visto, sólo se aplican en España las leyes reales extranjeras en las cuestiones de extranjeros, mas no en las que tengan los nacionales, ni tampoco en todas las cuestiones entre extranjeros, sino sólo entre aquéllos que son nacionales del mismo país donde están situados los bienes, ó como dice Gregorio López en la misma glosa: "Licet per leges probetur allegantis intentio, non tamen in dominio unius. Regni quœstio est dirimenda per legem alterius Regni, *nisi inter homines illius Regni*, fuerit contentio super contractu in *Regno suo celebrato:* aut super re mobili vel inmobili *illius terræ.*"

Para concluir esta reseña de la legislación española sobre las leyes personales y reales, agregaremos que la ley 24, título 11, Partida 4.ª, establece que los contratos matrimoniales que celebren los esposos prevalezcan sobre la *costumbre* contraria de la tierra á donde mudaren su domicilio; y que aun cuando no celebren contrato alguno, prevalezca ó se siga con preferencia la costumbre de la tierra donde se celebró el matrimonio, en lo relativo á donaciones, arras y gananciales. Algunos jurisconsultos dan

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á esta ley una latitud ilimitada, pues encuentran en ella una regla general para dirimir la colisión de leyes de distintas naciones, y así la aplican á los matrimonios celebrados en el extranjero, conformándose á este respecto á la doctrina más generalmente adoptada en la materia de Derecho Internacional Privado. Pero el tenor de ella revela que sólo se propuso dirimir el conflicto que resultase de las *costumbres* contrarias de los diversos pueblos de la misma España, sin derogar la regla general de que hemos hablado, cual es que los españoles y los extranjeros se juzgan siempre en España por las leyes españolas, excepto en cuanto á los actos que ejecutaren ó los contratos que celebraren los extranjeros *en su propia patria.* Á ser cierta ó legítima la ilimitada extensión que se le quiere atribuir, habríamos de deducir que los españoles podían casarse en el extranjero contrariando el estatuto personal de su patria, lo que es inadmisible según las leyes que antes hemos citado y analizado. Por otra parte, es bien significativo que la ley hable de *costumbres* y no de leyes, y en realidad había diversas costumbres en la misma España respecto á los derechos que producía el matrimonio en cuanto á los bienes de los esposos. Véase la glosa de Gregorio López á la misma ley 24.

V. En la doctrina aceptada por nuestro Código Civil en la materia de Derecho Internacional Privado, no se reconoce, como antes lo hemos advertido, la regla que mantiene sujeto al ciudadano á las leyes personales de su país, sea cual fuere el lugar adonde translade su residencia. Nuestro Código, siguiendo á la ley española, la desconoce por completo en cuanto á los actos ejecutados y á los contratos celebrados en Chile; aquí están sometidos los extranjeros á las leyes personales chilenas en los referidos actos y contratos. Así también, los chilenos no están sometidos á las leyes personales chilenas en los actos ejecutados y en los contratos celebrados en territorio extranjero, sino en los casos que determina el artículo 15. En los otros deben sujetarse á las leyes del país donde lo ejecutan ó celebran.

En cuanto á los actos ejecutados y á los contratos celebrados por extranjeros en país extraño, nuestro Código Civil no ha dictado regla especial ninguna, salvo lo dispuesto en el artí-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

culo 16; y en consecuencia esos actos y contratos se rigen en Chile por las reglas del Derecho Internacional Privado, que son las que se aplican á falta de leyes positivas.

El primer punto que señala el artículo 15 en que la ley personal chilena sigue al chileno en el extranjero, es *en lo relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile.*

Lo que desde luego cumple averiguar es qué entiende la ley por *estado de las personas.* El artículo 304 de nuestro Código Civil dice: "*El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles.*" Esta definición adolece de dos graves defectos.

El primero consiste en decir que el estado civil *habilita* para ejercer derechos y contraer obligaciones, cuando en realidad el estado civil lo constituye la existencia ó el conjunto de los derechos y obligaciones que la ley asigna al estado. Así el estado de padre de familia no es la calidad que habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles, sino que es la existencia de esos mismos derechos, ejérzanse ó no se ejerzan; y la existencia de esas mismas obligaciones, que nacen sólo de la ley, no la habilidad ó aptitud para *contraerlos*, es lo que constituye el estado. Decir que el estado civil es la calidad que habilita para contraer las obligaciones que la ley señala á ese estado, es suponer que esas obligaciones no existen por el hecho mismo del estado, sino que es preciso además alguna diligencia ó algún acto por parte de la persona que tiene el estado; esto importaría decir que esas obligaciones no nacen exclusivamente de la ley; lo cual es un error manifiesto. El mismo Código Civil, en el artículo 240, define la patria potestad en estos términos: "La *patria potestad* es el conjunto de derechos que la ley da al *padre* legítimo sobre sus hijos no emancipados." Todo estado civil, cualquiera que sea, no es más que el conjunto de ciertos derechos y de ciertas obligaciones civiles.

El segundo defecto de la definición que da nuestro Código del estado civil está en su vaguedad, por la cual la definición comprende conjuntos ó reuniones de derechos y obligaciones completamente extrañas al estado civil. Así, por ejemplo, la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tutela ó curaduría, ó sea, el cargo de tutor ó curador, lo mismo que el de albacea, es la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles, y sin embargo es impropio decir que la calidad de tutor ó curador ó de albacea es estado civil. Lo mismo podríamos decir de otras instituciones civiles, como la propiedad fiduciaria, el usufructo, etc., etc. El propietario fiduciario tiene una calidad que le habilita para ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles. La definición comprende, por consiguiente, mucho más de lo que se trata de definir; y falta así á una de las reglas más importantes de una buena definición, porque no da un conocimiento cabal y exclusivo de la cosa que se define. La regla exige que se señale en la definición el elemento principal y distintivo de la cosa definida para que no se la confunda con otras.

El estado civil podríamos definirlo diciendo: que es el conjunto de derechos y obligaciones civiles inherentes á la persona, y que no se pueden por lo tanto transferir ni transmitir; que se adquieren ó se contraen por el solo ministerio de la ley, sin que la voluntad privada pueda aumentarlos ó disminuirlos; y que constituyen una calidad particular del individuo en sus relaciones familiares y sociales.

El estado civil dice relación especial y directamente á la familia y sólo indirectamente á la sociedad ó á los extraños. Por esta razón la calidad de tutor ó de curador y la de albacea no son rigurosamente un estado civil, pues ellas no son relativas á la familia; y los derechos que confieren esas calidades, como las obligaciones que imponen, no son meramente civiles ó privadas al menos en cuanto al tutor y curador, sino que son de carácter público por tres motivos: 1.º Por el interés que tiene la sociedad en su buen desempeño, á causa de la protección que ella debe al desvalido; 2.º Porque los cargos de tutor ó curador se confieren por la autoridad pública, pues toda tutela ó curaduría debe ser discernida (art. 373); y 3.º Porque se da acción pública ó popular para reclamar las incapacidades y para pedir la remoción (arts. 513, 541, 542).

El número 1.º del artículo 15 dice que el chileno permanece sujeto á las leyes chilenas *en lo relativo al estado de las personas.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En el *estado de las personas* hay que considerar la manera cómo él se adquiere ó se constituyen los derechos y las obligaciones inherentes á él, y la manera cómo termina ó se cambia. En las palabras empleadas por la ley, *en lo relativo al estado de las personas*, se comprenden las tres consideraciones que dejamos apuntadas: constitución del estado, derechos y obligaciones que le son inherentes, su terminación. Pero las palabras que agrega el Legislador limitan el significado de una de dichas consideraciones. El número 1.º dice que el chileno, á pesar de su domilicio ó residencia en país extranjero, sigue siempre sujeto á las leyes patrias en lo relativo al estado de las personas y *á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile.* Esta última frase limita la significación de la otra *(en lo relativo al estado de las personas)*, en cuanto á los derechos y obligaciones inherentes al estado; porque la *capacidad* que resulta del *estado* y que es uno de los derechos del mismo, no es regida por la ley chilena en lo relativo á los actos ejecutados y los contratos celebrados en el extranjero, si esos actos ó contratos no han de tener efecto en Chile: en este caso dichos actos y contratos se rigen sólo por la ley extranjera respecto á la capacidad y á los derechos y obligaciones consiguientes.

Pero, ¿cuándo se entenderá que los actos ejecutados y los contratos celebrados en el extranjero han de tener efecto en Chile? Cuando los derechos que nacen de esos actos ó contratos deben ejercitarse en Chile y cuando las obligaciones que producen los mismos actos y contratos deban cumplirse en Chile. Los efectos del acto ó del contrato, en general, son los derechos y obligaciones que producen. En consecuencia, un chileno habilitado de edad podría vender en el extranjero un bien raíz situado en el extranjero, si por las leyes del país donde celebra el contrato tiene capacidad para ello, porque ese contrato no ha de tener efecto en Chile. Pero si el bien raíz está situado en Chile, ó el contrato se celebra para ejecutarse en Chile, entonces la *capacidad* del chileno debe ajustarse á la ley chilena, porque esos contratos han de tener efecto en Chile. La regla general y legítima es la competencia del foro: si los tribunales de Chile son los competentes para juzgar del ejercicio del derecho, ó si éste puede reclamarse ante los tribunales

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de Chile, y si ante los mismos tribunales puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones, es lógico que se apliquen las leyes chilenas, pues que el chileno debió tomarlas en cuenta al ejecutar el acto ó celebrar el contrato que habrían de juzgarse en Chile.

Por lo que hace á la constitución del estado y á las maneras como termina, la regla es absoluta; el chileno, á pesar de su residencia y aun de su domicilio en país extranjero, no puede constituir su estado civil ni puede ponerle término sino con arreglo á la ley chilena. Así, por ejemplo, un chileno no será padre legítimo, ni padre natural si no reúne los requisitos que exige la ley chilena para obtener esos estados, ni puede casarse legítimamente sino cumpliendo con las disposiciones de la ley chilena; así como no se le estimará muerto civilmente, ni desaparecido, sino en conformidad á las prescripciones de la ley chilena, porque todo esto es relativo al estado de las personas.

VI. El número 2.º del artículo 15 dispone que el chileno continúe sujeto á la ley chilena, á pesar de que translade su residencia á un país extraño, y aun cuando establezca en él su domicilio, *en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.*

Este precepto importa sujetar al conocimiento y jurisdicción de los tribunales de Chile el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que nacen de las relaciones de familia. Si la ley chilena es la que impera, ó debe imperar sobre esta materia, el juzgamiento puede y debe tener lugar en Chile, donde se mantiene en todo su vigor esa ley, y porque es la única que puede aplicarse en Chile. Si la ley chilena debe regir sobre las relaciones de familia en cualquier parte que se encuentre el chileno, y si los tribunales de Chile son los encargados de hacer cumplir las leyes chilenas, es lógico que ellos sean competentes para el juzgamiento de los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia.

Pero al decir que el juzgamiento de estos derechos y obligaciones puede y debe tener lugar en Chile, no negamos la competencia que puede tener el tribunal extranjero si en él se conoce y respeta la ley chilena en estos asuntos. El actor ó demandante es dueño de elegir cuando hay dos ó más foros

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

competentes; pero también el demandado no estará obligado á obedecer y respetar en Chile el fallo del tribunal extranjero dictado sobre esta materia, si fuera contrario á la ley chilena, y podrá asimismo declinar de jurisdicción ante el tribunal extranjero, según los casos. Esta es materia que suele arreglarse en los tratados internacionales; y á falta de ellos, se usa con frecuencia la regla de la reciprocidad.

Lo dispuesto en el número 2.º del artículo 15 se presta además á las siguientes observaciones:

1.ª Las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia son rigurosamente obligaciones y derechos del estado civil; porque, como lo dijimos en el número anterior, la frase *en lo relativo al estado de las personas* comprende tres cosas: los requisitos necesarios para constituir el estado, las maneras como termina ó se cambia, y los derechos y obligacion esinherentes á él.

Esta última consideración es tan esencial al estado, que éste no es otra cosa que el conjunto de dichas obligaciones y derechos, como ya lo dejamos comprobado.

Si las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia son exactamente los mismos que los del estado civil, en el número 2.º del artículo 15 se repite algo de lo que se dijo en el número 1.º del mismo artículo. Pero esta repetición era, hasta cierto punto, necesaria en vista de la limitación que se le agrega á continuación en el mismo número.

2.º Esta limitacion consiste en que las leyes personales chilenas no siguen al chileno, residente ó domiciliado en país extranjero, en cuanto á las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia respecto de su cónyuge y parientes extranjeros. Sólo el cónyuge y parientes chilenos quedan ligados para con el chileno residente en país extraño por las obligaciones y derechos que la ley chilena establece en las relaciones de familia. Entre el chileno residente en país extraño y su cónyuge y parientes extranjeros no existen otros derechos y obligaciones, en cuanto á las relaciones de familia, que los determinados por la ley extranjera.

Lo dispuesto en el número 2.º del artículo 15 no importa, en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

consecuencia, otra cosa que una excepción de la regla consignada en el número 1.º: es como si se hubiese dicho que el chileno residente en el extranjero continúa sugeto á la ley chilena en lo relativo al estado de las personas, menos en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, relativamente á su cónyuge y parientes extranjeros.

VII. Resumiendo lo dispuesto en el artículo 15, diremos: que el chileno está sujeto á la ley personal chilena cuando reside ó se domicilia en el extranjero, en estos tres puntos: 1.º, en cuanto á la constitución y terminación del estado de las personas; 2.º, en cuanto á su capacidad para ejecutar los actos y celebrar los contratos que hayan de tener efecto en Chile; y 3.º, en cuanto á los derechos y obligaciones propios del estado civil, respecto de su cónyuge y parientes chilenos. Los casos no comprendidos en alguno de estos tres puntos no son regidos por la ley chilena; ó lo que es lo mismo, el chileno que reside en el extranjero no está sujeto á la ley personal chilena, sino únicamente en los tres puntos expresados.

Lo dispuesto en el artículo 15 es sólo para el caso en que el chileno reside ó está domiciliado en país extraño; y por lo tanto no es óbice para que el cónyuge y parientes extranjeros puedan ejercitar en Chile contra el chileno residente aquí los derechos que confiere la ley chilena á las relaciones de familia; así como el chileno podrá ejercitar en Chile los mismos derechos contra su cónyuge y parientes extranjeros, si éstos residen en Chile. La disposición del artículo 57 de nuestro Código Civil es general y absoluta: "La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código."

No se crea que lo dispuesto en el número 2.º del artículo 15 es una excepción de lo dispuesto en el artículo 57 que acabamos de copiar, y menos que en ella se haya tenido en mira proteger al chileno en perjuicio del extranjero, ó que se haya querido negar á éste la protección con que se quiere favorecer al chileno. Nada de esto ha entrado en la consideración del Legislador chileno al establecer lo dispuesto en el número 2.º del artículo 15.

En primer lugar, el artículo 57 habla de los derechos civiles

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que nacen en virtud de la ley chilena, y de los que se ejercitan en Chile: el artículo 57 no habla de los derechos civiles que nacen en el extranjero ó se ejercitan en el extranjero. No puede, por lo tanto, estimarse como excepción de este artículo lo dispuesto en el número 2.º del artículo 15 dictado para derechos civiles que nacen y se gozan en el extranjero.

En segundo lugar, un Legislador no puede ligar con sus leyes personales á los extranjeros residentes en país extraño, y éste es punto en que están de acuerdo todas las escuelas. Un Legislador no puede seguir sujetando á sus leyes personales fuera del país sino á sus nacionales, porque los extranjeros no le deben obediencia en este caso, por razón del territorio y menos por razón de las personas. El Legislador puede sujetar á la ley personal á sus nacionales, aunque residan en país extraño, porque, mientras mantengan la nacionalidad, forman parte de la sociedad sujeta al imperio de aquella ley.

En tercer lugar, la disposición del número 2.º del artículo 15 es dictada para las relaciones de los chilenos entre sí, y no puede, por lo tanto, contener odiosidad alguna para los extranjeros en favor de los chilenos.

En cuarto lugar, lo dispuesto en el número 2.º del artículo 15 deja intactos los derechos que los extranjeros tengan contra los chilenos según las leyes extranjeras, que pueden ser más cuantiosos que los que determina la ley chilena, pero que sólo pueden hacer valer ante los tribunales de su país; y á la inversa, deja intactos los derechos que por la ley extranjera puedan corresponder al chileno contra su cónyuge y parientes extranjeros; y que hará valer ante el tribunal extranjero. Si la ley chilena (como se reconoce en todos los sistemas de las diversas escuelas de Derecho Internacional Privado) no puede establecer obligaciones en los extranjeros residentes en el extranjero, otorgando los derechos correlativos á favor del chileno, tampoco debe, hablando en general y salvo las excepciones, imponer obligaciones al chileno constituyendo los derechos correlativos á favor del extranjero que no reside en Chile.

La ley chilena deja en la más perfecta reciprocidad é igualdad al chileno con el extranjero, cuando aquél reside en país extraño, en cuanto á los derechos y obligaciones que nacen

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de las relaciones de familia, puesto que ambos quedan sujetos á las leyes de aquel país.

José Clemente Fábres

(Continuará) p 305

¿HAY UNA CUESTIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL en la sucesión de un extranjero fellecido en Chile?

Dictamen del fiscal de la Corte Suprema don Floridor Rojas

Excma. Corte: El 3 de agosto de 1883 falleció en Valdivia doña Teodora Luisa Schmidt, y el 28 ó 29 de marzo de 1884 murió en la misma ciudad el marido de esta señora don Eduardo Höger, ambos intestados.

El señor cónsul de Alemania en Valdivia don Eduardo Prochelle, en representación de unos hermanos de la señora Schmidt y de dos hijos adoptivos de Höger, se ha presentado ante el juzgado de letras de aquella ciudad pidiendo se le entreguen los bienes que pertenecieron á los mencionados cónyuges.

El promotor fiscal ha aceptado la solicitud en lo que concierne á los hermanos de doña Teodora, y se ha opuesto á ella con respecto á los que se dicen hijos adoptivos de Höger, por cuanto las leyes chilenas, que son las que deben regir en este caso, no reconocen la adopción ni confieren á los hijos adoptivos derechos hereditarios. En consecuencia, pidió se declarase al Fisco heredero de dicho Höger, que no ha dejado pariente que pueda heredarle.

Por sentencia de 16 de junio del año pasado, el juzgado declaró, que, sin perjuicio de heredero de mejor derecho, debe tenerse al Fisco como heredero de los bienes quedados al fallecimiento de don Eduardo Höger.

Apelada esta sentencia por el señor cónsul, han venido los autos ante el Excmo. Tribunal; y V. E. se ha servido requerir el dictamen del infrascrito acerca de la competencia con que el juez de letras de Valdivia ha conocido de esta causa en primera instancia.

Juzga el que suscribe, que en el seno del Excmo. Tribunal se ha suscitado la cuestión de averiguar si, por tratarse de la su-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cesión intestada de extranjeros que han fallecido en el territorio de la República, y cuya herencia es reclamada en virtud de leyes de otra nación, el presente juicio debe juzgarse con arreglo al Derecho Internacional, en el cual caso su conocimiento en primera instancia no habría correspondido al juez *a quo*, conforme á lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley de 15 de octubre de 1875.

Este artículo prescribe que de las causas de presas, de extradición y demás que deben juzgarse con arreglo al Derecho Internacional, conocerá en primera instancia uno de los ministros de la Corte Suprema, conforme al turno que al efecto establezca el Presidente del Tribunal.

Esta disposición se refiere, sin duda alguna, á los juicios que no pueden resolverse sino aplicando directa y principalmente, sea un principio del Derecho Internacional Público, que es el querige las relaciones de nación á nación, sea alguna de las reglas según las cuales se juzgan los conflictos entre las leyes civiles ó criminales de diversos países, y cuyo conjunto es lo que se llama Derecho Internacional Privado.

El caso que ha dado lugar al presente juicio, ¿envuelve una cuestión que deba resolverse conforme á un principio de Derecho Internacional Público ó Privado?

Trátase de la sucesión abintestato de extranjeros fallecidos en Chile, y de bienes pertenecientes á esa sucesión situados en el territorio de la República.

Es una potestad inherente á la soberanía nacional la de legislar acerca de los bienes existentes en el territorio del Estado. Si leyes de un país extraño pudiesen tener efecto sobre la adquisición ó transmisión de esos bienes, la independencia de la nación quedaría menoscabada en ese punto, y dividida la soberanía, que es de suyo indivisible.

Los más respetables tratradistas de Derecho Internacional están de acuerdo en reconocer esta doctrina. Bastará citar los siguientes:

Bello, *Obras completas*, tomo X, página 84:

"Del dominio y del imperio emana la potestad de dar leyes sobre la adquisición, goce, enajenación y transmisión de las propiedades existentes en el territorio del Estado...

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"No debemos confundir las leyes que miran especial y directamente á los bienes raíces, llamados *estatutos reales*, con las que tocan directamente á las personas, y por medio de éstas á los bienes, sin consideración á su calidad de muebles ó inmuebles, ó á su situación en territorio nacional ó extraño *(estatutos personales)*. Pero sobre la materia de unos y otros puede la legislación patria estatuir lo que creyere conveniente."

Wheaton, *Du Droit International*, tomo I, página 101:

"Cada Estado independiente tiene el poder exclusivo de legislación en cuanto á los derechos personales de sus ciudadanos y en cuanto á los bienes muebles ó inmuebles situados en el territorio del Estado, y que pertenecen á sus ciudadanos ó á extranjeros."

Fœlix, *Traité du Droit International Privé*, tomo I, página 19:

"El primer principio general en esta materia resulta inmediatamente del hecho de la independencia de las naciones. Cada nación posee y ejerce sola y exclusivamente la soberanía y la jurisdicción en toda la extensión de su territorio. De este principio resulta que las leyes de cada Estado afectan, obligan y rigen de pleno derecho todas las propiedades muebles é inmuebles que se encuentran en su territorio, como asimismo todas las personas que lo habitan, sea que hayan nacido en él ó no.

"En consecuencia, cada Estado tiene el poder de estatuir las condiciones bajo las cuales pueden ser poseídas, transmitidas ó expropiadas las propiedades inmuebles ó muebles existentes dentro de los límites de su territorio, como asimismo determinar el estado y capacidad de las personas que en él se encuentran, y la validéz de los contratos y otros actos que en él tengan origen, y los derechos y obligaciones que de ellos resulten; en fin, las condiciones bajo las cuales pueden instaurarse y seguirse las acciones en la circunscripción de su territorio, y el modo de administrar la justicia.

"El segundo principio general es el de que ningún Estado puede afectar directamente, ligar ó reglamentar por medio de sus leyes los objetos que se encuentran fuera de su territorio, ó afectar y obligar á las personas que no residen en él, ya le estén sometidas ó no por el hecho de su nacimiento. Esta es una consecuencia del primer principio general. El sistema con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

trario, que reconociese á cada Estado el poder de reglamentar las personas ó cosas que se encuentran fuera de su territorio, excluiría la igualdad de derechos entre las diversas naciones y la soberanía exclusiva que á cada una de ellas pertenece.»

Esta doctrina, que Fœlix adopta completamente, es sostenida por Story.

Huber, *Prælectiones*, tomo II, libro I, título 3.º *De conflictu legum*, establece los siguientes principios:

«1.º Las leyes de cada Estado rigen todas las personas y cosas situadas dentro de los límites de su territorio.

«Todas las personas que residen en el territorio del Estado son consideradas como súbditos de éste, aunque su residencia sea temporal.

«3.º La conveniencia recíproca de las naciones les ha aconsejado el consentir en que las leyes que se promulgan en el Estado tengan el mismo efecto en todas partes, con tal que ello no perjudique á otros Estados ó á sus ciudadanos.»

Martens, *Droit des Gens Moderne de l'Europe*, tomo I, página 235:

«El extranjero admitido en el Estado está bajo la protección de las leyes y del gobierno, y les debe obediencia.

«Extendiéndose el Poder Legislativo á todas las personas y á todos los bienes que se encuentran en el Estado, el extranjero está sometido á ese poder desde que entra en el territorio. Las leyes civiles generales le son aplicables al igual del ciudadano, en tanto que las mismas leyes ó los tratados no establezcan excepciones en su favor ó en su contra.»

Vergé comenta este pasaje como sigue:

«El principio recordado por nuestro autor es incontestable Todo Estado independiente está investido de un poder exclusivo de legislación en lo que concierne á los derechos personanales de sus nacionales y en cuanto á los bienes muebles é inmuebles existentes en su territorio, ora pertenezcan á nacionales ó á extranjeros. La ley del país debe ser obedecida por todos los que están colocados ó vienen á colocarse bajo su protección. El artículo 3.º del Código Napoleón lo establece de una manera positiva al declarar que las leyes de policía y de seguridad obligan á todos los que habitan el territorio.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Bluntschli, *Le Droit International Codifié:*

"Artículo 385. Corresponde á la legislación de cada Estado el determinar si los extranjeros pueden, y con qué condiciones, adquirir propiedades raíces en el país, ó ejercer una profesión."

"*Nota.*—El derecho internacional no tiene para qué pronunciarse en esta materia. Estas cuestiones entran en el derecho público ó constitucional de cada Estado, á menos que hayan sido regladas por tratados entre las diversas naciones. En Europa y América los extranjeros han sido, en nuestros días, casi completamente asimilados á los nacionales bajo este respecto."

"Art. 388. Los extranjeros están obligados á respetar la Constitución y las leyes del país donde residen, y están sujetos á ellas, no como ciudadanos del Estado, sino porque deben someterse á las autoridades y al poder del país."

"*Nota.*—La regla es que la policía y la justicia del Estado se aplican igualmente á nacionales y extranjeros, según el artículo 3.º del Código Civil francés."

En este punto conviene hacer presente que en el tratado ajustado el 1.º de febrero de 1862 entre la república de Chile y los Estados del Zollverein alemán, Estados que se enumeran en el preámbulo del mismo tratado y en el acta adicional de 14 de julio de 1869, no está comprendida la ciudad libre y hanseática de Hamburgo, de la cual eran oriundos, según la exposición del señor cónsul Prochelle, los extranjeros de cuya sucesión se trata en este juicio.

Importa advertir, no obstante, que en el artículo 10 de ese tratado se estipula que en todo lo concerniente á la sucesión de bienes muebles por testamento ó de otra manera, y á la disposición de toda propiedad mueble de cualquiera clase y denominación que sea, por venta, donación, permuta, testamento, ó de otro modo, los ciudadanos y súbditos de cada una de las partes contratantes gozarán en los territorios y posesiones de la otra, los mismos privilegios, franquicias y derechos que los ciudadanos y súbditos naturales; y que en el artículo 11 se establece que, si la sucesión consistiere en bienes raíces, los derechos de los interesados se arreglarán por lo que dispongan las leyes de cada país respecto á extranjeros.

Es visto, pues, que, en tratándose de la adquisición, goce,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

enajenación y transmisión de bienes muebles ó inmuebles, el Derecho Internacional se remite expresamente á las leyes de cada país ó á los tratados existentes; y que, por lo tanto, toda cuestión relativa á tales materias debe resolverse con arreglo á esas leyes, cuando no hay un pacto internacional.

La legislación chilena contiene disposiciones dictadas conforme á los principios de justicia universal reconocidos por los autores citados.

El artículo 14 del Código Civil dispone que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros.

El artículo 16 prescribe que los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Según el artículo 57, la ley no reconoce diferencia entre el chileno y el exranjero en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el mismo Código.

Acerca de la cuestión concreta ventilada en este juicio, los artículos 955 y 997 disponen lo siguiente:

"La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio.

"Los extranjeros son llamados á las sucesiones abintestato abiertas en Chile de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos."

Según las *Notas* del Código Civil, ha sido fuente del citado artículo 16, inciso 1.º, el artículo 3.º del Código Napoleón, á que se refieren algunos de los autores mencionados, y que dice así:

"Las leyes de policía y de seguridad obligan á todos los que habitan el territorio.

"Los inmuebles, aun los poseídos por extranjeros, se rigen por la ley francesa.

"Las leyes concernientes al estado y á la capacidad de las personas obligan á los franceses aunque residan en país extraño".

Este artículo habla sólo de inmuebles, para someter á la ley francesa aun los poseídos por extranjeros, mientras que el artículo 16 del Código Chileno, sin hacer distinción entre muebles

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

é inmuebles, habla en general de *bienes*, es decir, de todas las cosas que por su naturaleza pueden procurar al hombre alguna utilidad ó ser objeto de una propiedad privada. (DALLOZ, *Jurisprudence Géneral*, tít. 6.º, pág. 185).

El vacío del Código Francés en este punto ha dado lugar á sentencias judiciales contradictorias y á opiniones diversas entre los comentadores.

Algunos han sostenido que los muebles situados en Francia deben regirse siempre por la ley francesa; y otros han opinado que tales bienes deben someterse á la ley del país donde está domiciliado el dueño; fundándose esta opinion en que los muebles no tienen una situación ó asiento fijo.

Marcadé, *Explicatión du Code Civil*, título 1.º, página 32, dice á este respecto:

"Los inmuebles, no pudiendo ser transportados, permanecerán siempre bajo la acción de la ley real. Las personas, aunque viajen de un país á otro, van seguidas de la ley personal, mientras quieran seguir siendo francesas. Para los primeros hay, pues, un vínculo de hecho que no puede romperse, y para las segundas un vínculo moral que subsiste no obstante la translación de la persona de un territorio á otro. Respecto de los muebles, al contrario, no existe ni el vínculo de hecho ni el vínculo moral. Sólo ellos escapan á la acción constante de la ley, y sin duda por esto el Legislador no ha hablado de ellos. Pero, en fin, en el silencio del Código es necesario que los muebles estén sometidos á una ley cualquiera. ¿Y no es lo más natural que esa ley sea la del soberano bajo cuya potestad se encuentran actualmente? Dícese que no tienen situación particular. Pero, ¿por qué considerarlos sin situación, cuando de hecho tienen una? Es, se contesta, porque son ambulantes; porque si hoy están en Francia, pueden estar luego en Inglaterra. Pero, el domicilio, por cuya ley se les quiere regir, ¿no es también ambulante? Si hoy está en España, ¿no puede estar en Rusia al cabo de un mes? ¿Cómo, pues, rechazar la verdad para admitir una ficción, cuando esta ficción no se funda en nada, ni sirve para nada? Y no sólo no sirve para nada, sino que es más incómoda que la realidad misma, y conduce á imposibilidades que suelen obligar á sus partidarios á retroceder ante ella. En efecto, ¿cómo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hará respetar sus leyes el soberano del país del domicilio, sobre muebles que se encuentran fuera del territorio sometido á su poder? Puesto que el sometimiento de los muebles á tal ó cual ley, no puede dejar de ser precario é instable, debe reconocerse el sometimiento instable á la ley del país donde se encuentran, más bien que el sometimiento igualmente instable á la ley del domicilio. El soberano del país donde se encuentran es con el que están realmente en relación, y á su poder están sometidos en realidad y de hecho. No es posible, pues, á menos de existir á este respecto reglas formales establecidas por los diversos Legisladores, declararlos sometidos, por ficción, á la autoridad de otro.»

Esta razonable doctrina fué la que prevaleció en el ánimo del Legislador chileno cuando no hizo distinción entre muebles é inmuebles en el artículo 16, inciso 1.º, del Código Civil.

Una doctrina semejante sirvió de fundamento á Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, tomo 1.º, pág. 89) para opinar que la ley sobre la transmisión de bienes abintestato es un *estatuto real*.

Son, pues, las referidas disposiciones del Código Civil las que resuelven esencial y directamente la cuestión controvertida en el presente litigio, y no un principio ó regla particular de Derecho Internacional; y por lo tanto, este asunto no está comprendido en la disposición del artículo 117 de la Ley de 15 de octubre de 1875.

Análogo á lo que ocurre en este caso es lo que sucede siempre que algún extranjero comete un delito dentro del territorio de la República: el juez respectivo forma la correspondiente causa, conforme el precepto del artículo 5.º del Código Penal, que dice: «La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros.»

No puede entenderse que en cada uno de estos casos hay una cuestión de Derecho Internacional cuyo conocimiento ha de corresponder al señor Ministro de turno de la Excma. Corte Suprema. Tampoco existe tal cuestión en cada una de las controversias á que suelen dar lugar los contratos que los extranjeros celebran en el país.

El artículo 221 de la citada Ley de 15 de octubre de 1875 dispone que es juez competente para conocer del juicio de pe-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tición de herencia el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto con arreglo á lo dispuesto por el artículo 955 del Código Civil.

Según este artículo, la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio.

De autos aparece que las personas de cuya sucesión se trata estaban domiciliadas en Valdivia al tiempo de su fallecimiento.

En virtud de las consideraciones expuestas y de los preceptos legales citados, el Fiscal opina que el juez de letras de dicha ciudad ha conocido de la presente causa con indudable competencia.—ROJAS.

RESOLUCIÓN DE LA EXCMA. CORTE.—Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal en la vista que precede, rija el decreto de autos sobre lo principal.—COVARRUBIAS.—PRATS.—COUSIÑO.—ÁBALOS.

JUICIO CRÍTICO SOBRE LA LEY QUE DIVIDIÓ la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago

En vigor desde principios de marzo, y aplicada diariamente, la ley de 19 de enero puede ser juzgada ya por sus resultados prácticos, los cuales constituyen sin duda la mejor piedra de toque en que debe probarse la bondad ó la imperfección de una obra de esta especie.

Nacida, como es sabido, de la necesidad de poner remedio al atraso que se notaba en el despacho de las causas sometidas á la jurisdicción de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones de Santiago, especialmente de la primera, cuyo rol iba en progresivo aumento, la citada ley adoptó dos arbitrios principales con el objeto de conseguir que la justicia fuera administrada con la prontitud que en materia tan importante el interés público tiene el derecho de exigir.

El primero de estos arbitrios consistió en dividir la Corte Suprema en dos salas, y la Corte de Apelaciones en tres, y cuando fuese necesario para tener corriente el despacho, en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuatro salas. Con este objeto el número de los ministros de la Corte Suprema fué aumentado con dos, y el de la Corte de Apelaciones con cinco ministros.

El segundo arbitrio consistió en transpasar á la Corte de Apelaciones la jurisdicción criminal, reservando sólo á la Corte Suprema en esta materia el conocimiento de las causas criminales en que hubiera prevenido. De manera que este tribunal deberá atender al despacho de las causas de hacienda y demás cuyo conocimiento le corresponde por las leyes, lo que constituye su función permanente, al mismo tiempo que fallará los procesos criminales que hayan quedado en su rol, lo que tiene que ser una ocupación de efectos transitorios.

No es posible desconocer que los dos arbitrios escogitados han sido bien elegidos y que por medio de ellos deberá alcanzarse, y ya en parte se ha alcanzado, el fin propuesto por la ley. Al mismo tiempo que la Corte Suprema, por medio del despacho de sus dos salas, camina hacia el desiderátum de ponerse al día en sus tareas, puesto que el número de causas que falla es muy superior al que ingresa á su secretaría, las tres salas de la Corte de Apelaciones están al corriente en el despacho tanto civil como criminal, de tal suerte que por ahora no se divisa la necesidad de la creación de la cuarta sala, autorizada también por la ley.

Esta parte de la ley de 19 de enero sugiere, sin embargo, algunas observaciones.

Puede objetarse primeramente que, en lugar de atribuir la jurisdicción criminal á todas las salas de la Corte de Apelaciones, se habría atendido mejor á las exigencias del servicio judicial creando una sala especial de apelación destinada á conocer exclusivamente de los procesos criminales. Puede afirmarse con plena certidumbre que de esta suerte era más fácil y más seguro consultar las condiciones de una cumplida administración de justicia. Está probado por la experiencia, y fácilmente se comprende, que la división del trabajo, tanto material como intelectual, permite efectuar sus diversas operaciones con más expedición y más acierto. No puede ser lo mismo estar aplicando diariamente tres ó cuatro Códigos que aplicar uno solo. Y no habría sido un obstáculo la repartición del trabajo:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dada la extensión del distrito jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de Santiago, la nueva sala habría tenido materia bastante para llenar su despacho.

Debe observarse en seguida á esta parte de la ley que, mientras las salas de la Corte de Apelaciones, compuestas cada una de cinco ministros, disponen del personal suficiente á las necesidades del servicio, las dos salas de la Corte Suprema cuentan con los ministros estrictamente indispensables para funcionar. Parece que se hubiera creído que estos ministros no se enfermarían ni sufrirían jamás de accidentes pasajeros que les impidan atender á las labores de su empleo. Desgraciadamente lo contrario es lo cierto y lo que con frecuencia sucede. Y ello se comprende y es natural desde que no se llega al puesto más alto de la magistratura judicial sino después de muchos años de servicios, en una edad que no es seguramente la de la juventud. Los achaques son frecuentes en estos magistrados, y cuando se producen es necesario hacer suplir á los que accidentalmente se imposibilitan por los ministros de la Corte de Apelaciones, lo que es un mal por el hecho solo de sacar á un magistrado de la función que está llamado á desempeñar. El mal sube de punto cuando las salas de la Corte de Apelaciones, como sucede muchas veces, quedan á su vez incompletas por ser llamados tres y hasta cuatro de sus ministros á reintegrar la Corte Suprema y por afectar á otros algún inconveniente que no les ha permitido asistir al despacho. Entonces, para reintegrar las salas de la Corte de Apelaciones, hay que acudir á los jueces letrados, á quienes por este motivo se obliga á desatender durante la mayor parte de las horas hábiles de trabajo el despacho de primera instancia, con perjuicio evidente de los litigantes.

El inconveniente que acaba de apuntarse toma más cuerpo si se considera que la ley de 19 de enero ha sido entendida y aplicada, en lo que concierne á la Corte Suprema, en el sentido de que sus ministros no pueden funcionar sino en la sala de que les haya tocado formar parte en virtud del sortéo. De aquí es que si alguno de ellos, por causa de implicancia ó recusación, no puede conocer de algunas causas, tampoco puede reintegrar la otra sala, en la cual su presencia es quizás necesaria para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

formar tribunal, y queda sin ocupación. Puede afirmarse que la ley no se habrá propuesto llegar á semejante resultado.

En parte se atenuaran algunos de estos inconvenientes de la ley, reemplazando siempre á los magistrados accidentalmente inhabilitados y con licencia por medio de suplentes, aunque habrá de quedar en pie el tropiezo inevitable creado por el nuevo mecanismo de la ley para los nombramientos, el cual origina necesariamente alguna demora al efectuar los reemplazos y el mal de las imposibilidades accidentales que no dan lugar á una solicitud de licencia.

Aunque la división de la Corte Suprema en dos salas parece, atendido el texto de la ley, haber sido adoptada con el carácter de permanente, puede temerse que una vez falladas todas las causas criminales que figuran en su rol, entre las cuales se cuenta un número considerable de sumarios de fácil decisión, no dispondrá ese tribunal de materia bastante á la ocupación de dos salas. Es permitido al menos dudarlo. Para apreciar el fundamento de esta duda conviene no echar en olvido que las causas criminales han constituído el despacho principal de la Corte Suprema. Quizás esta circunstancia fué tomada en cuenta al dotarse á las dos salas de esta Corte sólo de los ministros estrictamente necesarios para funcionar, porque en la realidad de las cosas se creaba una situación accidental, que habría de modificarse en un plazo más ó menos breve.

Otro de los arbitrios creados por la ley que merece aprobación, y esta vez sin reservas, es el que establece que la vista de toda causa principiada y no concluída en una audiencia debe continuar en las siguientes hasta su conclusión. No era conveniente que un negocio de largo asiento y que debía verse en varias sesiones del tribunal, demorara semanas y hasta meses en la relación y en los alegatos. El mero transcurso del tiempo puede producir el olvido de datos que sean indispensables y que deban tenerse presentes en el acuerdo, y obligar á nuevos estudios y nuevo trabajo de revisión, sin contar con que la atención diaria á otros asuntos tiene que distraer necesariamente el espíritu y hacerle perder de vista el negocio iniciado. Con el nuevo procedimiento es seguro que se consulta una condición para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que la administración de justicia sea más acertada y más expedita.

Con igual criterio debe juzgarse el sortéo establecido para distribuir las tablas que semanalmente deben corresponder á cada una de las salas de la Corte de Apelaciones. Por este medio se consigue verificar el reparto del trabajo con la igualdad que es posible alcanzar en esta clase de negocios. Evitándose que una sala esté más recargada que otra, se suprime la propensión de muchos litigantes á radicar sus asuntos en la sala más recargada, porque ya no es posible por medio de este procedimiento demorar la marcha de los pleitos. El recargo que pesaba sobre la Corte de Apelaciones antes de regir la ley de 19 de enero, recargo que no pasaba de trescientas causas á fines del año anterior, provenía en gran parte de las apelaciones interpuestas durante el turno de la sala recargada, pudiendo afirmarse que la adopción de cualquier arbitrio encaminado á producir un reparto igual de trabajo entre las dos salas que antes funcionaron, habría contribuido á disminuir, sino á hacer desaparecer dicho recargo. Es lo que se ha conseguido por medio de la ley de 19 de enero al establecer el sorteo de las tablas, y no es más que justicia reconocerlo.

Hasta aquí la citada ley ha sancionado disposiciones de manifiesta utilidad, y las cuales no podían menos que alcanzar el fin laudable que se propuso obtener el Legislador, salvo uno que otro detalle en que, como se ha visto, no era difícil hacer más eficaz su saludable influencia. Pero desgraciadamente entró en otras reglamentaciones que están muy lejos de producir resultados de la misma especie, y que, por el contrario, los ocasionan en muy diverso sentido. En esta categoría debe contarse el sortéo mensual de los ministros de la Corte para efectuar por la suerte la formación de cada sala.

¿Qué fin práctico y útil se ha perseguido al establecer el sortéo? No se divisa ninguno. Si es la expedición en el despacho, objeto primordial de la ley, dista mucho de haber sido conseguida. El hecho cierto y probado hasta la evidencia es que á consecuencia del sortéo de los jueces, el despacho judicial se retarda. Muchas causas sufren demoras inevitables por el hecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de estar variando cada mes el personal de las salas. Si es el acierto y la fijeza en los fallos, tampoco han obtenido una garantía con esta innovación. De seguro sólo habrá probabilidades de una gran variedad en las decisiones, lo que, lejos de ser un bien, puede constituir una causa seria de incertidumbre y malestar.

Supóngase que en el acuerdo de una causa se produce empate ó dispersión de votos, lo que es frecuente: efectuada la vista del juicio á fines de un mes, el sortéo inmediato dispersa á los jueces en las tres salas de la Corte de Apelaciones, de las cuales hay que sacarlos para la nueva audiencia del asunto. Aunque se les previene con anticipación que están llamados con este objeto, rara vez faltan dificultades que impidan la reunión. Ya es el despacho de las causas criminales á que se da preferencia; ya el verse comprometido en el conocimiento de otros asuntos, porque las salas no pueden quedar sin ocupación mientras se espera el momento en que ha de verse la causa en empate ó dispersión; ya un llamamiento para reintegrar alguna de las salas de la Corte Suprema. Para la celebración de los acuerdos pendientes, aunque tenga lugar fuera de las horas del despacho ordinario, los tropiezos y dificultades que ocasiona el sortéo de los jueces son de todos los días. Hay acuerdos inmediatos que no pueden dejarse á un lado para celebrar los que hayan quedado pendientes. Iguales inconvenientes se producen en el servicio de los relatores, los cuales quedan semanalmente radicados en la sala á que toque por suerte la tabla que respectivamente han debido formar. Si la causa queda pendiente para la semana posterior y el relator respectivo pasa á otra sala, es muy difícil evitar cierta perturbación en el servicio.

Á pesar de la gravedad de los hechos sobre que han recaído las precedentes observaciones, no es éste quizás el peor aspecto en que puedan contemplarse las consecuencias que origina el sortéo de los jueces. Haciendo variar constantemente el personal de las salas, como una especie de juego en que es necesario barajar las cartas sin cesar, tiende á hacer de la justicia algo como una aventura en que no hay nada de cierto ni de fijo y en que se va buscando el azar. Es legítima aspiración de las naciones más adelantadas fijar la doctrina por medio de la más

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

correcta inteligencia de la ley, creando tribunales superiores encargados de fallar los recursos de casación. La sociedad está interesada en que la ley no sea entendida ni aplicada en sentidos diversos y contradictorios, porque de esta suerte sus derechos estarán mejor resguardados y se suscitarán menos litigios. La ley de 19 de enero, con el sortéo mensual de los jueces, es ocasionada á producir una situación diametralmente opuesta, á establecer como regla una perpetua incertidumbre, á hacer concebir, con la variación constante del personal, que es dable que pueda ganarse todo pleito. Su influencia en ese sentido no puede dejar de ser perjudicial y perturbadora, porque el verdadero interés social consiste precisamente en todo lo contrario.

La Ley de 15 de octubre de 1875, al dividir en dos salas la Corte de Apelaciones de Santiago, dispuso que ambas tendrían la misma jurisdicción y la ejercerían estableciéndose entre ellas un turno mensual para conocer en los asuntos judiciales que se promuevan durante su turno, y *que les quedarían sometidos hasta su conclusión.* El sortéo mensual de los jueces ha hecho desaparecer la última parte de este precepto. No es ahora posible que la sala que haya prevenido en el conocimiento de un negocio haya de continuar entendiendo en él. Debe sostenerse que esta nueva consecuencia del sortéo sólo puede ofrecer inconvenientes. El precepto de la Ley orgánica de los tribunales era prudente y racional; contribuía á hacer más expedita la administración de justicia y á mantener lógica y unidad en las decisiones recaídas en el mismo proceso. Fallada una incidencia que puede tener una gran importancia en el resultado definitivo de una causa, el interés social aconseja que sigan conociendo en ella los mismos jueces que la decidieron, que son los que ya han examinado muchos de los elementos de que se compone y que por lo mismo pueden con menos esfuerzo formar más pronto idea exacta de la cuestión que se debate. Los mismos jueces son también los que mejor deban comprender la naturaleza y alcance de la primera resolución y los que conozcan los motivos que se han tenido en vista para dictarla. Estas garantías de acierto y expedición han desaparecido con la nueva ley, sin que en cambio el sortéo ofrezca compensación de ninguna especie

Merece calificarse también de defectuosa, aunque en menor

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

grado, la regla de la nueva ley que atribuye á la sala en que esté el Presidente de la Corte el despacho de mera sustanciación. Desde luego no hay ventaja alguna en recargar á una sala con el trabajo que se repartía antes entre dos y que podía repartirse ahora entre las tres salas. Haciéndose por uno lo que puede hacerse separadamente por tres, no se produce economía de tiempo ni más expedición. Después el no haber exceptuado de esta regla á las causas puestas en tabla, es ocasión frecuente de perturbaciones. No es raro que por un lado se vea una causa, cuando por otro lado se está proveyendo una solicitud que debe tenerse presente en la audiencia de la misma causa. Por último, lo más útil al servicio judicial será siempre que cada sala tramite respectivamente los procesos que se sigan ante ella, porque es la que mejor los conoce y la que con más acierto puede enderezar la tramitación hacia el fin que legalmente corresponda.

Despachar los acuerdos pendientes, examinar los datos estadísticos, tomar las pruebas en los concursos de oposición, todo ello fuera de las horas ordinarias del despacho, ha tenido por objeto dar más actividad al trabajo, contribuyendo al mismo resultado que la división de las cortes en salas. Tal objeto ha sido conseguido. Pero al recargar el trabajo de los tribunales de Santiago por medio de una regla excepcional, que no tiene compensación, parece haberse echado en olvido que cuatro horas de trabajo diario, y del trabajo público más difícil, es una tarea suficiente para hombres por lo general envejecidos en el servicio, y los cuales están frecuentemente ocupados fuera del despacho ordinario en preparar el estudio y la decisión de muchos asuntos que no pueden fallarse en el acto mismo de ser vistos.

Las tablas de las cortes de justicia eran antes de orden público. El artículo 156 del Reglamento de administración de justicia preceptuaba que por enfermedad, ausencia ó cualquiera otra causa de los abogados no podían extenderse los términos judiciales ni retardarse el curso de las causas. La última parte de esta regla ha sido derogada por la ley de 19 de enero. Á petición de las partes ó de sus abogados puede hoy día suspenderse la vista de todo juicio, sin necesidad de alegarse funda-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mento alguno. No es raro que en virtud del ejercicio de este derecho un tribunal carezca ahora de trabajo con que ocupar las horas ordinarias de su despacho, aunque la tabla contenga un número crecido de causas. Las tablas se forman atendiendo á esta circunstancia, y se tropieza entonces con el inconveniente de que no pocos de los abogados que no hacen uso del derecho de suspensión, concurran inútilmente al palacio de los tribunales. Por esto es, que con el nuevo orden de cosas es muy difícil escapar de uno de estos dos extremos: ó la tabla es proporcionada al trabajo diario, y con la suspensión de la vista de algunos juicios el tribunal queda sin la ocupación necesaria, ó contiene muchas causas, y entonces se impone á los abogados una pérdida inútil de tiempo y el fastidio de permanecer algunas horas en un lugar que, tal como ahora se encuentra el palacio de los Tribunales, ofrece muy pocas comodidades. Puede creerse que era preferible la regla antigua, la cual, justo es reconocerlo, había recibido prudentes atenuaciones en la práctica.

Fruto de un examen atento y minucioso, estas observaciones deben manifestar que la ley de 19 de enero puede ser fácilmente mejorada y completada, haciendo desaparecer de ella todo aquello que no consulta las condiciones de una administración de justicia cumplida y expedita, y modificando en parte otros preceptos que conducen evidentemente á dicho fin.

José Alfonso

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

En consecuencia, el artículo 50 se distribuye en los dos siguientes:

«Art. 50. Toda anotación de diligencia judicial en el proceso principiará por la designación del lugar, día, mes y año en que se ha verificado.

«La firma de los particulares irá después de la del juez y antes que la del secretario.»

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 50 bis. Las diligencias judiciales deben practicarse en tiempo hábil, bajo pena de nulidad."

Agregamos la sanción como en el artículo 8.º de la Ley Electoral para seguir aquella redacción, como para quitar abusos inveterados.

Habilitado el tiempo ó el lugar, deja de existir nulidad.

"ART. 51. Son días hábiles para la práctica de actuaciones judiciales los no feriados.

"Son horas hábiles para el mismo efecto las que median entre la salida y la puesta del sol."

Tratan de la misma materia los artículos 9 y 10 de la Legislación Española: su redacción nos agrada más que la del Proyecto.

Creemos superfluas las frases "para la práctica de actuaciones judiciales" y "para el mismo efecto."

El tiempo que existe, mientras el sol está en el horizonte, es el competente para ejecutar diligencias judiciales; aunque con la voz *hora* se designa este tiempo, esa designación es impropia é inexacta.

Si hay doce horas y media de sol, la fracción ¿es hábil? ó según la definición, ¿sólo son hábiles las horas cabales?

En la práctica son hábiles las horas y minutos que dura el sol.

Redactaríamos así el

"ART. 51. Es tiempo hábil los días no feriados, y de éstos la parte que media entre la salida y la entrada del sol."

El artículo 149 de la Ley de Organización de los Tribunales, determina los días feriados; no hay necesidad de repetirlos aquí.

"ART. 52. Pueden los tribunales, con conocimiento de causa, habilitar para la práctica de actuaciones judiciales, días y horas inhábiles."

El Proyecto otorga la facultad de habilitar el tiempo inhábil con conocimiento de causa, y la Legislación Española en casos urgentes.

En último término, el que califica la causa ó la urgencia, es el juez; es inútil llenar de mayores circunstancias la habilitación, basta con el juez. Por eso se quita el conocimiento de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

causa y se confía en que los jueces harán uso moderado de la facultad para habilitar el tiempo inhábil.

En este artículo es preciso comprender la habilitación del lugar, que se dejó, al tratar del artículo 39, donde se hablaba de este punto.

No admitimos la habilitación tácita ó presunta, por las dudas que puede ofrecer. Redactaríamos así el

"ART. 52. Los jueces pueden habilitar el tiempo y lugar inhábiles ordenándolo expresamente."

TÍTULO IX.—De los términos judiciales

Debe suprimirse el "de los" y dejar como epígrafe la frase "Términos judiciales."

"ART. 53. Se entiende por *término judicial* el plazo designado por la ley ó por los tribunales para ejecutar cualquier acto de los que constituyen el juicio.

"Son *fatales* los términos concedidos para el ejercicio de ciertos derechos que se consideran irrevocablemente extinguidos por el ministerio de la ley cuando no se hacen valer dentro de ellos".

Á fin de uniformar la legislación se pone "es" en lugar de "Se entiende por;" y se usa el singular "tribunal" en vez del plural; porque es uno y no muchos la autoridad que determina el plazo. Así se está en la verdad. Suprimimos por redundante la frase "de los que constituyen", no hace falta ni aclara nada. En lugar de "cualquier acto del juicio," debe decirse "un acto de un juicio;" porque el juicio es indeterminado, en cuyo caso es impropio el uso de "él."

En el 2.º inciso se usa el singular y no el plural, porque lo que se define es la unidad y no la pluralidad.

La circunstancia de ser concedido por la ley es común á todos los otorgados por ella, sean ó nó fatales. Igual observación se hace respecto de la frase "para el ejercicio de ciertos derechos." Los no fatales se dan para lo mismo. El resto del artículo enuncia el hecho de que ciertos derechos se tienen por extinguidos cuando no se ejercitan dentro del término fatal, pero esto no es definir ni expresar la circunstancia esencial del tér-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mino fatal, cuya expiración extingue el derecho que no se ejercitó dentro de él y para el cual se concedió.

Por lo tanto, debería redactarse así el

"ART. 53. Término judicial es el plazo designado por la ley ó el juez para ejecutar un acto de un juicio.

"Fatal es el que, una vez expirado, extingue el derecho que no se ejerció durante él y para el cual se concedió".

No hallamos utilidad en que se enumeren los términos que son fatales. Basta la definición. La expiración del término fatal pone fin al derecho relativo á ese plazo, y que no se ejerció dentro de él.

El derecho tiene que llenar dos condiciones: 1.ª, que sea relativo al plazo, y 2.ª, que en él no se ejecute.

"ART. 54. Todo término judicial comenzará á correr desde el día de la notificación.

"Los términos comunes comenzarán á correr desde la última notificación."

Egemplo: Me notifican el 20 de marzo á las 6 de la tarde. Según este artículo, corre el término desde el día 20; y un plazo de 3 días correría el 20, el 21 y el 22. Así las cosas, los 3 días no serían completos, como lo manda el artículo 48 del Código Civil, sino que serían *incompletos*.

El Proyecto primitivo en su artículo 69, el 25 de la Legislación Española y la práctica, basada en el artículo 48 del Código Civil, dicen que los términos corren al día siguiente del de la notificación del litigante. Esto es lo mejor, á no ser que se quiera dar cabida al sistema de los términos incompletos.

Agregando algunas ideas que precisan el alcance del artículo 54, se redactaría así:

"ART. 54. Todo término judicial *individual* comenzará á correr desde el día siguiente *inclusive al* de la notificación, y el *común* desde el siguiente inclusive al de la última notificación".

Cuando se dice "Todo término judicial" sin ponerle "individual", se falta á la realidad de las cosas; por eso debe emplearse esa dicción y es necesaria.

"ART. 55. Los términos judiciales se suspenden durante los feriados de Semana Santa, de septiembre y de vacaciones."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La ilación de ideas hace que se trate después del artículo 53, el 55, el 56 y el 57; y después, el 54. Así debe ser y ordenarse.

La ley debe decir cuándo corre y cuándo no corre un término. El Proyecto primitivo, artículo 70, y el artículo 26 de la Ley Española, consignan la idea de cuándo corre un término.

También debe expresarse que los días de un término son continuos.

Redactaremos así el

"Art. 55. Los términos judiciales corren día á día; y sólo se suspenden en los feriados de Semana Santa, de septiembre y de vacaciones, el que durará todo el mes de febrero, y cuando el juez así lo ordene."

Añadimos dos ideas nuevas: limitamos el actual feriado de más de mes y medio, en que se paraliza la justicia, y otorgamos una facultad al juez, la de suspender el curso de un plazo.

La agregación propuesta por el señor Ravest á este artículo, es inoficiosa é innecesaria.

"Art. 56. Son prorrogables los términos señalados por el juez.

"Para que pueda concederse la prórroga es necesario:

"1.º Que se pida antes del vencimiento del término;

"2.º Que se alegue justa causa, la cual apreciará el juez prudencialmente.

Lo que existe actualmente, regido por las leyes de Partidas, es superior á lo que estatuye este artículo; de modo que lo que se legisló en el siglo XIII, es mejor que lo que se intenta hacer en el Proyecto en el siglo XIX. El Proyecto deja al capricho del juez la prórroga. Rechazamos tal idea y es inaceptable.

La prórroga debe otorgarse siempre, con tal que se pida dentro del plazo.

Redactaríamos así el

"Art. 56. Es improrrogable todo término fijado por la ley y prorrogable el señalado por el juez.

"La prórroga deberá concederse siempre que se pida dentro del término."

La distinción que establece el señor Ravest, es antojadiza, porque no tiene fundamentos en hechos positivos; por tanto, debe rechazarse.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 57. En ningún caso podrá la prórroga ampliar el término más allá de los días asignados por la ley."

Según la redacción se da un poder ó facultad á la prórroga; lo que es inaceptable, porque no es persona ni puede personificarse. La facultad corresponde al juez. En consecuencia, redactaremos así el

"ART. 57. En ningún caso se podrá prorrogar un plazo más allá de los días que la ley le ha fijado."

"ART. 58. Transcurrido un término judicial ó la prórroga que de él se haya otorgado, caducará el derecho que se hubiere dejado de ejercitar dentro del tiempo hábil para ello."

En efecto, lo que dispone este artículo es igual al del inciso 2.º del artículo 53, con esta diferencia, que el artículo 53 se refiere á términos fatales y el 58 á los demás términos. Si se refiriese á todo término, debería suprimirse, porque se aleja de la verdad.

Así, para evacuar un translado hay tres días; vencidos éstos, siempre se puede contestarlo al cuarto día ó al sexto, y no caducará el derecho. La contraria puede pedir que se dé por hecho el trámite de la respuesta y que siga el juicio adelante. Si se da por verificado, desde entonces caduca el derecho para evacuar el translado, antes no fenece.

El artículo 58 habla de término y de prórroga. Toda prórroga es un término ampliado, ella en todo caso es término; luego, cuando se dice término, se comprende el caso de la prórroga, y debe suprimirse de la redacción todo lo que dice relación con ella.

Debemos consignar aquí el derecho de acusar rebeldía y el efecto de la acusación, que es hacer fenecer el derecho que se pudo ejercitar dentro del plazo correlativo, y hacer progresar el juicio.

En consecuencia, se podría redactar así el

"ART. 58. Vencido un término no fatal, se puede pedir se dé por evacuado el trámite no verificado, para el cual se concedió; y dándose, caducará el derecho á dicho trámite".

No hay necesidad de decir que el juicio seguirá adelante, porque esa es la consecuencia necesaria de la evacuación de algún trámite.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Tres elementos son precisos en este artículo: 1.º, que haya un trámite por evacuar ó un derecho que ejercitar; 2.º, que haya un plazo para el ejercicio de ese derecho, y 3.º, que haya expirado dicho plazo. Entonces nace el derecho de pedir se dé por hecho el trámite no realizado.

TÍTULO X.—De las diligencias judiciales que deben practicarse fuera del lugar del juicio

En lugar de este largo epígrafe podría decirse: "Diligencias fuera del lugar del juicio", suprimiendo todo lo demás, que no quita ni da idea alguna necesaria. La voz "lugar" está usada en el sentido de "territorio" y comprende el distrito jurisdiccional de cada juez, á saber: el distrito, la subdelegación, el departamento, etc.

"ART. 59. Todas las diligencias judiciales necesarias para la formación del proceso deberán ser desempeñadas por el Tribunal que conozca de la causa, salvo los casos en que las leyes las encomienden expresamente á los secretarios ú otros ministros de fe, ó en que permitan al Tribunal delegar sus funciones en los dichos ministros, ó en que las diligencias hayan de evacuarse fuera del lugar donde se siga el juicio".

La regla general es que el juez debe desempeñar toda diligencia necesaria, como no necesaria; por consiguiente, la frase "necesarias para... proceso" es supérflua é induce á error haciendo que se crea que la regla no rige con las no necesarias.

"Desempeñar una diligencia" no es muy correcto; porque "desempeñar" es "sacar de empeño, librar de él, cumplir su deber, hacer ó ejecutar un encargo, servir un empleo".

En vez de la redacción pasiva que adopta el Proyecto, convendría emplear la construcción activa y decir: "El juez dictará todo decreto ó sentencia y ejecutará las demás diligencias judiciales ó mandará que las ejecute su secretario ú otro funcionario judicial".

El Proyecto supone la ejecución material del juez. La enmienda le quita ese carácter; dispone lo que debe dictarse, concretándose á la realidad de lo que acontece; y distingue lo que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el juez puede ejecutar materialmente, ó puede encomendar á otro funcionario.

El Proyecto reconoce tres casos de excepción á la regla general: 1.º, cuando la ley encomienda; 2.º, cuando el juez delega, y 3.º, cuando se evacua en otro departamento algo.

Nosotros distinguimos el caso de dictar un decreto ó sentencia y de evacuar otra diligencia judicial, y el caso de ejecutar ese decreto, esa sentencia, ó esa diligencia, el caso del cumplimiento.

El dar un decreto ó sentencia no es materia susceptible de encomendarla á otro funcionario; es atributo personal, inherente al cargo de juez. Su cumplimiento es suceptible de encargarlo á otro funcionario, juez ó no juez. No hay delegación cuando el juez manda practicar una diligencia; porque no hay transpaso de jurisdicción ó de funciones, sino mandato de efectuar algo. Así, por ejemplo, tomar declaración un ministro de fe, tomar juramento en la aceptación de un cargo ó en una caución juratoria, no es decidir nada, ni ejercer funciones judiciales, es establecer hechos en el caso de la declaración y en el caso del juramento.

Hay ciertas diligencias que no pueden ser ejecutadas por el juez, y son las que deben cumplirse ó ejecutarse en otro territorio de la jurisdicción del juez, y las que la ley encomienda especialmente á ciertos funcionarios, como los informes á los peritos, las tasaciones á los tasadores, los cargos á los secretarios; etc.; bien que hay tasación de honorarios que hace el juez y no otro, y ciertas declaraciones que sólo toma el juez, como las de causas criminales, etc.

Según el Proyecto, sólo al secretario ó á un ministro de fe puede la ley encomendar una diligencia, cuando en el hecho y en realidad se encomiendan á otros funcionarios, como á los peritos, tasadores, etc. La enumeración del Proyecto no es completa.

Por lo dicho se podría redactar así el

«ART. 59. El juez dictará todo decreto ó sentencia de un juicio, ejecutará las demás diligencias judiciales y les dará cumplimiento, menos cuando la ley las encomiende á otro funcionario expresamente, cuando ella permita delegar sus funciones,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó cuando hubieren de evacuarse fuera del lugar del juicio.»

«ART. 60. Todo tribunal es obligado á evacuar ó á dar las órdenes convenientes para que se evacuen en su territorio, las diligencias que otro tribunal no pudiera evacuar en el suyo y que por este motivo encomendare al primero.»

En lugar de la forma pasiva «es obligado» usamos «está obligado», frase más enérgica. En vez de «dar las órdenes convenientes para» empleamos «hacer». En lugar de «no pudiere» etc, hasta terminar «usamos», «le encomendare.» Suprimimos la causal determinante del encargo; porque en la ley no se pone la razón de ella, sino el mandato únicamente. El no poder y el motivo para encomendar es, pues, inoficioso y es la causa de la disposición legal.

Conviene en este artículo consignar al lado de la obligación, el hecho de que ella no entraba ó quita el derecho independiente de formar competencia. Así también es muy útil resolver el caso frecuente, que se presenta en la práctica, de si el juez exhortado puede cometer la diligencia encomendada á él, siendo que el exhortante no puede cometerla á otro funcionario que no sea juez. Cuando el delegante no puede cometerla, menos puede hacerlo el delegatario; porque las facultades de éste se derivan de aquél, y desde que aquél no tiene ese poder, tampoco puede tenerlo el delegatario.

Creemos que cuando el juez exhortante ordena que sólo puede evacuarla el juez, el exhortado no puede cometerla.

El artículo 60 podría quedar así:

«ART. 60. Todo juez está obligado á evacuar ó á hacer que se evacue en su territorio toda diligencia que otro juez le encomiende, sin perjuicio de su facultad de formar competencia.

«El juez exhortado la ejecutará él mismo, siempre que el exhortante no pudiere cometerla á un funcionario subalterno.»

«Territorio» puede ser un distrito, una subdelegación, un departamento ó un territorio de Corte.

«ART. 61. Siempre que una diligencia judicial hubiere de practicarse fuera del lugar donde se siga el juicio, el tribunal que conoce de él dirigirá la correspondiente comunicación al del lugar donde haya de evacuarse la diligencia, á fin de que éste proceda á ejecutarla.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Esta comunicación contendrá los escritos, decretos y explicaciones que fueren necesarios para evacuar la diligencia".

Lo regular es que se determinen el escrito y decreto que debe copiarse en la comunicación; y como comunmente es uno, convendría usar el singular y nó el plural. Fuera del escrito y decreto también suelen ir otras piezas que dicen relación. Comprendiendo este caso, podría redactarse así el artículo 61, comprimiendo un tanto sus frases:

"ART. 61. Siempre que una diligencia judicial hubiere de practicarse fuera del lugar del juicio, el juez que conoce de él, dirigirá directamente la correspondiente comunicación al del lugar donde haya de evacuarse la diligencia á fin de que éste proceda á ejecutarla ó á mandar se ejecute.

"La comunicación contendrá el escrito y decreto que la ordena, y demás piezas y explicaciones concernientes".

En la redacción del Proyecto se ordena que el juez ejecute. Nosotros comprendemos el caso de ejecución personal del juez y el caso en que ordene que otro ejecute la diligencia. Así queda completa la disposición.

"ART. 62. Las comunicaciones dirigidas por la Corte Suprema á las Cortes de Apelaciones, ó por una Corte de Apelaciones á la Corte Suprema, ó por una Corte de Apelaciones á otra de igual clase, serán firmadas por el presidente del tribunal que las expida, y dirigidas al presidente del tribunal que haya de darles cumplimiento."

Aquí se trata de comunicación de Corte á Corte. Es inoficiosa la especificación del artículo; basta decir, en general, de Corte á Corte, y se comprende y es más conciso. Debe determinarse la clase de firma, si entera ó media. Creemos preferible la entera, así como el uso del singular.

Las Cortes nunca dan cumplimiento á nada, sólo ordenan cumplir.

Por lo expuesto podría quedar así el

"ART. 62. Toda comunicación de una Corte á otra Corte será firmada con firma entera por el Presidente del Tribunal que la expida y dirigida al presidente del Tribunal que haya de ordenar su cumplimiento."

No consignamos aquí el hecho de la firma del secretario de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la Corte remisora de la comunicación, y no prescribimos que él la firme también, porque ya esto está mandado en el artículo 336 de la Ley Orgánica. El secretario debe autorizar todo acto emanado de la Corte ó Juzgado; la comunicación es un acto, luego debe suscribirla ó autorizarla como lo dice ese artículo.

"ART. 63. Las comunicaciones que la Corte Suprema ó las Cortes de Apelaciones dirijan á cualesquiera otros tribunales, serán firmadas sólo por el secretario respectivo, quien hablará y obrará á nombre y de orden del Tribunal á que pertenezca."

Usaremos el singular en la redacción.

En lugar de "*el*" es más conveniente el "*su*" posesivo y quitarle "respectivo", porque con el empleo de "*su*" es superfluo. Hay que agregarle "con firma entera" para evitar la media firma. Después de "nombre" hay que agregarle "de la Corte respectiva." Lo demas que sigue es superfluo. El secretario procede por orden de la ley y no hay necesidad de decir que lo hace por orden del Tribunal. Es fórmula antigua y que á nada positivo conduce.

El artículo podría quedar así:

"ART. 63. Toda comunicación que una Corte dirija á otro Tribunal distinto, será firmada con firma entera sólo por su secretario, quien procederá y hablará á nombre de la Corte respectiva."

"ART. 64. Las comunicaciones expedidas por los jueces de letras y dirigidas á otro funcionario de igual categoría ó á los secretarios de los Tribunales superiores, serán firmadas por el juez que las expida."

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

CUESTION DE ACTUALIDAD

¿Están ó no amparadas las pertenencias salitreras del desierto de Atacama?

I

Para poder definir con exactitud lo que técnicamente significa *el amparo*, tenemos necesidad de establecer las premisas que le dan origen, ya en el Código de Minería, ya en el regla-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mento dictado exprofeso para que los particulares pudieran constituir propiedad en los yacimientos salitreros declarados de propiedad del Estado.

El Código que para el caso es aplicable, es el de 1874; y el reglamento, es el único que se dictó al efecto, en 28 de julio de 1877.

El artículo 3.º de ese Código reserva los salitres en terrenos eriales del Estado para que sólo puedan concederse "bajo las condiciones que se establezcan en los reglamentos que se dicten al efecto." En virtud de esta autorización el Gobierno dictó en 28 de julio de 1877 ese reglamento que, completando el mandato y autorización expresados en el Código, tenía por tal motivo la fuerza de una ley incorporada al Código.

El artículo 1.º de ese reglamento concede á los particulares que cumplan las condiciones en él establecidas, el permiso de *explorar y explotar* los depósitos de salitres que se encuentren en terrenos eriales del Estado.

En su artículo 2.º declara que dichos depósitos "son denunciables ante el Intendente de la Provincia, y su registro, posesión y propiedad se regirán por las disposiciones del Código de Minería, *salvo* las modificaciones de los artículos siguientes."

El artículo 13 del Código de Minería, "concede á los particulares la propiedad de las minas con sujeción al Código y á los reglamentos que se dicten para su ejecución, *no pudiendo perderse esa propiedad, sino en los casos expresamente prevenidos en la ley*". Esta disposición es tan absoluta, que el Código de Minería no tiene disposición alguna que exprese la pérdida de estos derechos en favor del Estado, sino de terceros denunciantes que acusan la falta de cumplimiento de los primeros concesionarios.

Tanto el Código para las pertenencias mineras, como el reglamento de 1877 para las salitreras, dividen en dos partes la constitución de la propiedad: 1.ª la concesión de registro, que el Código llama título provisorio; y 2.ª, la ratificación ó título definitivo, por medio del cual se adquiere el derecho de explotación de las pertenencias.

La concesión de registro es el derecho de propiedad relativa que la ley concede al denunciante de pertenencia con la condi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción de que en el término de seis meses haga diez excavaciones de exploración por medio de las cuales se manifieste la potencia é importancia del criadero. Durante este tiempo el denunciante es tan dueño y libre poseedor de su propiedad, que puede enajenarla, aportarla como propiedad suya en la formación de alguna sociedad con otros haciéndoles copartícipes en ella para hacer su explotación, en una palabra, es una parte del peculio particular, con la cual puede hacer el más libre comercio. Las oficinas salitreras de Atacama, en su mayor parte, han sido formadas con esos derechos.

Este carácter de propiedad de la *concesión* de registro es el que el Legislador y sus autores le han dado desde que se redactó el tal Código, y en corroboración de esta verdad, que es muy necesario tener presente, en el caso que nos ocupa, es conducente copiar á la letra lo que á este respecto consignó el mensaje del Presidente de la República al pasar al Congreso Nacional el Código en proyecto. Ese mensaje se halla publicado en la obra de D. Miguel Cruchaga, *Estudio sobre la organización económica y la hacienda pública de Chile*, lib. II, *De las Industrias y los Consumos*, pág. 32. Dice el Mensaje á este respecto: «Para garantir la certidumbre del descubrimiento, el proyecto toma todas las precauciones posibles, sometiéndolo al régimen de la más ámplia publicidad. Á este efecto se prescribe la necesidad de la manifestación del hallazgo, la incorporación de esta manifestación en un registro especial de minas, y la publicación de todos estos actos por los medios más á propósito para que lleguen á conocimiento de todos. La manifestación verificada de esta manera constituye entre los concurrentes la única prueba legal del descubrimiento, sin otra excepción que la del fraude comprobado.

«Manifestada por este medio la existencia de la mina y averiguados sus caracteres, el descubridor puede ya constituir su título de propiedad. Para ello la ley le obliga á ratificar su demanda ó manifestación ante el juzgado respectivo, y á determinar los límites que quiere dar á su mina. Mas este título, no comprobado todavía de una manera irrefragable por la autoridad pública y basado en la mera exposición del demandandante, no reviste sino un carácter provisorio; el contenido de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los hechos afirmados en él está sujeto á impugnación y rectificación, y no constituye contra terceros una prueba legal. Pero el derecho al descubrimiento, que hasta este instante ha permanecido sujeto á reclamación, queda ya libre de toda controversia y fuera del alcance de toda impugnación.

"El proyecto no fija plazo determinado para la constitución del título definitivo é inmutable que se opera por el reconocimiento de la mina y por su demarcación, diligencias practicadas con intervención de la autoridad pública. En tanto que reclamaciones de terceros no hagan indispensable la constitución del título definitivo, al minero puede bastarle el título provisorio". Tal es, pues, el verdadero carácter que el mismo Código dá á una concesión de registro ó título provisorio.

La segunda parte que completa el título definitivo con la ratificación de las pertenencias salitreras, tiene también, como la concesión de registros, ciertas obligaciones que deben cumplirse para llegar á adquirir el derecho de explotar.

Pasados los seis meses de exploración y cumplidas las obligaciones para obtener el derecho de concesión de registro, el denunciante todavía tiene seis meses de plazo que por el mismo artículo 4.º del reglamento se le conceden para que verifique por el respectivo injeniero la mensura y se le dé la posesión; y todavía por el artículo 7.º del mismo, puede concedérsele una prórroga de tres meses para ejecutar los trabajos que indique el ingeniero para satisfacerse de la existencia de los yacimientos denunciados, todo lo cual, siendo satisfactorio, constituye el título definitivo de su propiedad sobre las pertenencias denunciadas; pero es necesario advertir que esta nueva situación del denunciante, á pesar de su título definitivo de propiedad, queda no obstante en la mismísima situación que en el caso de título provisorio ó concesión de registro dentro de su término de exploración, porque así como á éste, todavía se le imponen obligaciones, de explotación, de máquinas, edificios y cantidad de producción que debe cumplir en el plazo improrrogable de un año (art. 10 del reglamento) para obtener así el derecho de amparo de su propiedad.

Condensando lo expuesto, queda evidente y bien manifiesto que las minas como los salitres, según el Código y reglamento

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

constitutivo de la propiedad, se conceden á los particulares bajo ciertas condiciones que producen un derecho perfecto dentro del plazo otorgado para cumplirlas, de tal manera que si esos plazos fueran de veinte años ó determinados por un acontecimiento que debe tener lugar en plazo indeterminado, esos derechos subsistirán intactos hasta que se cumpla aquel plazo.

Todavía repetiremos, que tanto el Código como el reglamento mencionado dividen en dos partes ó actos la constitución de la propiedad minera ó salitrera, y en cada una de esas partes ó actos imponen ciertas condiciones onerosas que producen un derecho de propiedad indisputable dentro de los plazos en que deben cumplir sus respectivas condiciones. Esas dos partes ó actos de la constitución de la propiedad salitrera, como ya lo hemos visto, son: 1.º, la concesión de registro ó título provisorio que impone las condiciones de exploración (art. 4.º del reglamento) durante dos semestres, en el primero de los cuales debe hacer ciertas excavaciones, y en el segundo, pedir la mensura y posesión; 2.º, la ratificación de su título definitivo, que al denunciante revestido ya con la posesión por medio de la mensura se le concede el derecho de amparo de su propiedad siempre que cumpla con las condiciones (art. 10 del reglamento) de producción, etc., en el plazo de un año improrrogable.

II

Con los antecedentes expuestos, se comprenderá fácilmente y en todo su alcance la definición técnica de lo que en pertenencias mineras y salitreras significa *amparo*. Las minas y yacimientos salitreros pertenecen al Estado, el cual, por medio de leyes ó reglamentos, los concede á los particulares; pero junto con la concesión les impone obligaciones onerosas que una vez cumplidas producen un derecho de propiedad sobre la cosa concedida, y cuando en la concesión se fija un plazo para cumplir las condiciones, el concesionario dentro de ese plazo es perfecto dueño de lo concedido, de tal modo que puede vender y comerciar como le plazca el referido derecho. Amparo, técnicamente, es la subsistencia del derecho que produce una concesión sin necesidad de cumplir las obligaciones ó condiciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

onerosas que esa concesión impone; ó en otros términos: es la suspensión de los plazos en que deben cumplirse las condiciones impuestas á los que han obtenido concesiones de pertenencias mineras y salitreras, dejándoles en pleno vigor sus respectivos derechos concedidos, cuando hay plazos para las obligaciones; y simplemente, la suspensión de las condiciones onerosas impuestas al concesionario que así obtiene un derecho minero ó salitrero, cuando la obligación no tiene plazo.

El amparo puede estar previsto en la misma ley, ó puede decretarse por la autoridad competente para ello. Puede aplicarse á la concesión de registro ó título provisorio, como igualmente á las pertenencias con títulos definitivos.

Así, por ejemplo, el artículo 31 del Código de Minería en su título IV sobre los modos de constituir la propiedad, establece el plazo de noventa días para ejecutar los trabajos que son las condiciones impuestas al hacerle la concesión de su descubrimiento, y el artículo 37 concede un nuevo plazo igual al anterior en cierto caso que allí se expresa. Este nuevo plazo así concedido, es un amparo del título provisorio y consignado en el mismo Código. El artículo 4.º del reglamento de 1877 para constituir la propiedad salitrera, establece que el poseedor de una concesión de registros tiene seis meses para cumplir las condiciones de exploración y otros seis para verificar la mensura; y el artículo 7.º del mismo todavía autoriza para que en cierto caso allí expresado pueda concedérsele una prórroga de tres meses, etc. Este nuevo plazo es también, como aquel del Código, un amparo consignado en el reglamento y referente á la concesión de registro de las pertenencias salitreras.

A nadie le será, pues, permitido sostener, sin caer en craso absurdo, que los amparos sólo se dictan ó aplican á las propiedades con título definitivo, porque en primer lugar, como lo dice la historia del mismo Código de Minería en su preámbulo que dejamos transcrito, tan propiedad de libre disposición es la de título definitivo, como la de simple título provisorio dentro del término expresado para cumplir sus condiciones. La única pariedad próxima que habría comparando ambos títulos, sería admisible como la diferencia que existe entre la propiedad inmueble adjudicada y la propiedad en dominio, definidas por el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Código Civil, pues una y otra son tan propiedad de sus dueños como los que poseen una concesión de registro y el que tiene un título definitivo, con más ventaja el concesionario de registro, de poder *ipso facto* enajenar y comerciar su propiedad, mientras que el adjudicatario de inmueble no puede hacer lo mismo sin llenar los requisitos que le hagan propietario en dominio previstos en el Código Civil: en segundo lugar, no se podría sostener ilustradamente que el amparo sólo es aplicable á las pertenencias de título definitivo, desde que en el mismo Código y en el reglamento mencionado se consignan los amparos citados como ejemplos y referentes á la concesión de registro antes de estar medidas.

III

En la prensa de los diversos colores políticos, hemos visto trabajos que, con más ó menos exposiciones sobre la materia, no obstante, llegan uniformes á la conclusión de que en justicia y equidad debía el Gobierno ordenar se diera mensura á los poseedores de pertenencias salitreras no medidas. Por nuestra parte, sin conocer lo que el Gobierno haya determinado sobre el particular, y sólo con el propósito de presentar un estudio concienzudo, vamos á analizar las disposiciones que desde 1877 se han dictado en amparo de los derechos adquiridos, y con la misma fuerza de criterio que expondremos nuestra opinión consecuente con las disposiciones legales, también expresaremos con franqueza quiénes están amparados y cuáles han perdido sus derechos.

Es cierto que una historia dolorosa, de todos conocida, vino á ser el resultado final del entusiasta estímulo que por parte del Gobierno tuvo lugar durante el ministerio del señor don José Victorino Lastarria para instigar á los industriales chilenos á que llevasen sus capitales al desierto de Atacama para elaborar el salitre; ofreciéndoles la construcción de ferrocarriles que unieran á Aguas Blancas con el puerto que al efecto se fundó y habilitó con el nombre de Blanco Encalada, así como otro que debería unir el puerto de Taltal con las salitreras de Cachinal. En corto tiempo, lo que parecía una ilusión, se convir-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tió en realidad. En las salitreras de Cachinal se instalaron diez y siete oficinas y en Aguas Blancas con más dificultades y mayor distancia de la costa se fundaron sólo siete oficinas; y en lugar de Blanco Encalada buscaron el puerto de Antofagasta, que, aunque más distante, pudieron abrirse camino hácia él, para salir del desierto. Las dificultades onerosas para sobrellevar, á más de la inclemencia de aquellos páramos, toda clase de privaciones, se aumentaron considerablemente con las tramitaciones que debían hacerse en Copiapó para pedir mensura de las pertenencias salitreras y volver con el ingeniero, al cual, después de costosos viajes por vapor, debía también costeársele su transporte al desierto, en donde le cabría ejecutar sus operaciones lleno de privaciones y sinsabores de todo género. Era, pues, por esta causa excesivamente cara una operación de mensura de pertenencias salitreras. Casi á un tiempo de presentarse estos inconvenientes, vino á agravarse aquel triste cuadro de desengaños con la posesión repentina de Tarapacá, que obligó á proponer al Congreso una contribución de un peso y sesenta centavos á cada quintal de salitre exportado, haciéndose extensiva á las salitreras del desierto de Atacama. Fué entonces cuando los interesados, ya poseedores de pertenencias no medidas, como los dueños de títulos definitivos, ocurrieron para ver al intendente, á las municipalidades y al Supremo Gobierno, pidiéndoles amparasen sus derechos tan violentamente vulnerados, pues que sin ferrocarril para el acarreo de sus productos á la costa, la contribución era desigual, é imposible, sin duda, seguir adelante. El intendente de Atacama elevó esos reclamos al Gobierno, y las diversas municipalidades de la provincia se dirigieron á sus respectivos diputados á fin de que procurasen eximir de la contribución las salitreras del desierto de Atacama ínter no se construyesen los ferrocarriles mencionados. Prueba de la exactitud de estos hechos históricos son: 1.º, que la ley de contribución de 2 de octubre de 1880, al pasar en proyecto á la Cámara de Diputados, se modificó exceptuando á las salitreras de Atacama de esa contribución durante el primer año de su instalación, y eso consta por estar consignado en la misma ley; 2.º, que el Gobierno se vió obligado á dictar sucesivamente siete decretos de amparo que llevan las fechas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de 14 de noviembre de 1878, marzo 14 de 1879, mayo 30 de 1879, febrero 19 de 1880, agosto 5 de 1880, enero 31 de 1881 y 28 de mayo de 1881.

Los seis primeros decretos parecen estereotipados en su forma, pues dicen así: "Subsistiendo hasta el presente las mismas dificultades que motivaron la prórroga concedida por decreto de... (el anterior) para que los descubridores de salitre en el desierto de Atacama iniciaran los trabajos de explotación de sus pertenencias, decreto: Prorrógase hasta... el plazo concedido para dar principio á los trabajos de explotación de las salitreras de Atacama. Esta prórroga comprenderá tanto á los descubridores como á los estacados."

Antes de entrar á analizar la interpretación legal de los siete decretos que se dejan mencionados, es indispensable demos la razón por qué hemos principiado por consignar la historia que dió origen á estos decretos, y ella es obvia desde que se sepa que hombres que pasan por ilustrados han opinado *ex cathedra:* que el decreto de amparo de 28 de mayo de 1881 no comprende á las pertenencias no medidas sin dar razón alguna que les sirva de fundamento, y que, por consiguiente, están perdidas en favor del Estado, sin citar disposición alguna que así lo ordene, y llevándose por encima el artículo 13 del Código de Minería que hemos transcrito al principio de estas líneas. Nosotros tenemos muy presente que el artículo 19 de nuestro Código Civil dice textualmente: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión *oscura* de la ley, recurrir á su intención ó espíritu, claramente manifestado en ella misma, *ó en la historia fidedigna de su establecimiento.*" Ahora bien, esto entendido, necesitamos manifestar la unión intrínseca de estos amparos constatados por estos antecedentes históricos y la interpretación legal que ellos tienen y de que pasamos á ocuparnos.

IV

Hemos transcrito el texto de los seis decretos primeros dictados en amparo de los derechos adquiridos en pertenencias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

salitreras y vamos á manifestar que ellos amparan tanto á las pertenencias no medidas, como á las medidas. Nos contraeremos á sólo las primeras que se ha dicho no gozan de ese amparo.

Hemos visto por su texto que esos decretos dicen que se dictan "prorrogando los plazos concedidos para que los descubridores" pudieran dar principio á los trabajos de explotación de las salitreras y que se comprende en el amparo tanto á los *descubridores* como á los estacados. Desde luego, recordaremos que, según el artículo 10 del reglamento del 77, el primer acto indispensable para principiar la explotación, es pedir el título de mensura; y todavía, que el artículo 43 del Código de Minería, dá la definición de lo que se entiende por *descubridor*, diciendo: "Artículo 43. Se tendrá por *descubridor* al que primero se hubiese presentado á registrar; salvo el caso en que se pruebe que hubo dolo para hacer la manifestación, ó para retardar la del que realmente descubrió primero." Según esta definición establecida en la ley, el descubridor es aquel que se ha presentado primero para registrar su denuncio y no puede tener medida su pertenencia, y no obstante, á ellos precisamente amparan los seis decretos en referencia, desde que todos ellos dicen expresamente que comprenden á los *descubridores*, etc. Todavía tenemos el artículo 3.º del reglamento del 77 que en su 2.º inciso, dice: "Al que denuncie como descubridor un depósito de salitre se otorgará primero una concesión de registro, etc." Y por su parte, el artículo 20 del Código Civil, dice: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; *pero cuando el Legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal*". En consecuencia, á nadie le puede ser permitido decir que estos decretos, que expresamente dicen que comprenden en su amparo á los *descubridores*, cuya definición de éstos dá la misma ley, sólo es para las pertenencias medidas, porque esa sería una falsedad acusada por la misma ley.

Hemos visto por la historia de los acontecimientos que dieron origen á los decretos de amparo, que el principal de ellos, que contribuía á hacer tan desigual la contribución impuesta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

era la falta de un ferrocarril que colocara á los salitreros en igualdad de condiciones, pues por esa falta se suspendió todo trabajo de exploración y hasta la explotación de las siete oficinas de Aguas Blancas desde que finalizó el año de excepción del impuesto; circunstancia que afectaba indudablemente la economía de las empresas salitreras. Tampoco debemos olvidar que en todos esos decretos se dice expresamente "subsistiendo hasta el presente las mismas dificultades que motivaron la prórroga... (anterior), se prorroga, etc." Necesitamos invocar estos recuerdos, porque ya es oportuno entrar al análisis del último de esos decretos, que es el 7.º, de fecha 28 de mayo de 1881; pero como ya lo hemos dicho, su sentido literal y su interpretación legal están tan íntimamente ligados y en armonía con los otros anteriores que no es sino nacido del mismísimo origen y para subsanar las mismas dificultades que aquéllos, por eso se hace necesario que transcribamos el decreto anterior á él, que dice: "Valparaíso, 31 de enero de 1881.—Subsistiendo hasta el presente las mismas dificultades que han motivado las prórrogas concedidas para que los descubridores de salitre en el desierto de Atacama inicien los trabajos de explotación de sus pertenencias, y considerando que el estado de guerra en que se encuentra la República ha aumentado esos inconvenientes, decreto: Prorrógase hasta el 1.º de junio el plazo concedido para dar principio á los trabajos de explotación de las salitreras de Atacama.—Esta prórroga comprenderá tanto á los descubridores como á los estacados y se concede con el carácter de improrrogable.—PINTO.—*José Alfonso.*" Adviértase que en esta fecha ya estaba dictada la ley de contribución, pues ella lleva fecha de 2 de octubre de 1880, afectando así á la economía de las empresas salitreras.

Es sabido que, para iniciar trabajos de explotación, era necesario principiar por pedir la mensura de las pertenencias, además de expresarse terminantemente que el amparo es para los *descubridores.* Tengamos presente también que en la fecha del decreto no sólo subsistían las mismas dificultades que obligaban á dictar estos amparos, sino que se habían agravado con el estado de guerra y la contribución, y todavía no olvidamos que esta concesión expresa que tiene el carácter de impro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rrogable, porque esta circunstancia va á poner más de relieve la igualdad de origen y de propósito que con él y los anteriores tiene el decreto de amparo siguiente, que es el último de todos y luego transcribiremos; pero antes necesitamos llamar la atención al hecho de que ese decreto de 31 de enero de 1881, de carácter improrrogable, fijaba el 1.º de junio de 1881 como día fatal de prórroga, y sucedió que tres días antes de vencerse ese plazo, el mismo gobierno y personal que lo formaba y había dispensado aquellas prórrogas sucesivas de amparos, convencido, por los reclamos de los mismos interesados, de que subsistían las mismas dificultades anteriores para iniciar los trabajos de explotación mientras no se construyesen los ferrocarriles que eran indispensables, no obstante el carácter de improrrogable de aquel decreto, lo prorrogó todavía, y ya en términos generales y bien definidos, hasta el día en que se concluyesen los ferrocarriles en proyecto. Esto es tan cierto, que sólo basta comparar la fecha de 1.º de junio, en que debía concluir el día fatal del plazo de aquel decreto, con la fecha de 28 de mayo de 1881 que lleva el último decreto, es decir, que éste se dictó estudiosamente tres días antes de vencerse aquella prórroga que se había dicho improrrogable y á fin de que el amparo no se interrumpiese por la fecha fatal improrrogable.

V

El decreto de 28 de mayo de 1881 dice: "Vistas las solicitudes precedentes y considerando: 1.º Que la explotación y beneficio de las estacas de salitre no pueden verificarse, atendida la naturaleza de esta industria, sino con el empleo de máquinas y elementos que importan un capital considerable, no pudiendo, por consiguiente, aplicarse á dichas estacas el género de trabajo ó explotación que el Código de Minería establece para el amparo de las demás pertenencias mineras; 2.º Que ninguna conveniencia pública ni particular resultaría de obligar á los *adjudicatarios* y *propietarios de pertenencias* salitreras de Taltal á explotarlas, á pesar de las *dificultades* que presentan la mayor parte de ellas por su *situación*, por las *faltas de vías de transporte* y por otras causas que afectan la economía de estas em-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presas; 3.º Que en virtud de la iniciativa y diligencias de los mismos dueños de salitreras de Taltal, ha llegado á organizarse una empresa particular para la construcción de dos ferrocarriles en aquel territorio, obras que deben estimarse como el paso *más eficaz para el amparo* y desarrollo de las empresas salitreras de Taltal; decreto: Suspéndese, por lo que toca á las pertenencias salitreras de Taltal, los efectos de los artículos 10 y 12 del supremo decreto de 28 de julio de 1877, relativo á la *concesión* y *explotación* de los depósitos de salitres y boratos en los territorios eriales del Estado, y se declara que los dichos artículos no tendrán vigor sino desde el día en que queden terminados los ferrocarriles de Taltal á Cachinal y de Aguas Blancas á Antofagasta.—Comuníquese y publíquese.—PINTO. —*José Alfonso.*» (*Boletín*, página 171, año 1881.)

El artículo 10 del decreto de 1877, que se ordena suspender en sus efectos, consta de dos partes que establecen ciertas condiciones para obtener un derecho; en cada una dice: «Artículo 10. —El título de mensura y de posesión de una pertenencia, da el derecho de explotación; pero el concesionario queda obligado á poner trabajos conducentes al aprovechamiento del depósito. Estos trabajos consistirán á lo menos en la extracción de cien quintales métricos de mineral por mes, ó bien, en la inversión del capital equivalente al valor de dichos minerales; en la construcción de edificios y aparatos necesarios, en la apertura de vías de comunicación, en aguadas y otros análogos. El registrador tendrá derecho á que se le conceda por el intendente de la provincia el plazo improrrogable de un año para establecer máquinas de beneficio, y dentro de este plazo se considerará amparada su pertenencia, aunque no se ejecuten los trabajos á que se refiere el inciso anterior».

En la primera parte de este artículo se establece el derecho de explotación de las pertenencias salitreras, bajo la condición de tener el título de mensura y posesión de ellas; y como ya hemos dejado bien probado y establecido al principio de este estudio que todo *amparo* en minas deja subsistente y en todo su vigor el derecho concedido, á pesar de no cumplirse la condición onerosa con que se establece en la ley, se sigue lógicamente que suspendidos los efectos de este artículo por el decre-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

to de amparo del 81, lo único que queda suspendido en este caso es la condición onerosa de tener título de mensura y posesión y sin haberla cumplido, no obstante por el decreto de amparo queda en todo su vigor el *derecho* de explotación acordado al concesionario de una pertenencia salitrera no medida, porque los plazos establecidos son los efectos suspendidos para que subsista el derecho. De modo que esta primera parte del artículo es lo relativo á la *concesión*, ó título provisorio, que se ha amparado por el decreto del 81.

Mas el mismo artículo, fuera de esta primera exigencia, todavía impone á los que tienen mensura y posesión, ó sea, título definitivo, otras condiciones onerosas que deben cumplir dentro del término de un año para tener el derecho de amparo de su pertenencia salitrera. Mandados suspender los efectos de todo ese artículo 10, es claro que esas condiciones onerosas de producción, máquinas, edificios, etc., sin cumplirlas, quedan no obstante en vigor los derechos del título definitivo merced al decreto de amparo, por la misma razón que en el primer caso ó primera parte del artículo 10.

El artículo 12 del reglamento del 77, que también se ordena suspender en sus efectos, sólo dice que "las pertenencias caerán en despueble y podrán ser abandonadas conforme á las disposiciones del Código de Minería y de este reglamento"; de manera que los efectos suspendidos en este caso son todas las disposiciones del Código de Minería, así como las del reglamento, por medio de las cuales pueda correrse el riesgo de perder la propiedad salitrera, quedando el derecho de propiedad con todo su vigor y fuerza que existía el 28 de mayo de 1881, en que por decreto de amparo se suspende todo lo oneroso, y se deja en vigor todo derecho concedido.

Mas es necesario dejar bien claro como la luz, que este decreto de amparo de 28 de mayo de 1881, tiene el mismo origen histórico y el mismo propósito de amparar la propiedad salitrera, tanto á las concesiones de registro que no tienen medidas sus pertenencias, como á las de título definitivo con mensura.

Hemos visto que él se dictaba tres días antes de que llegara el día fatal establecido en el decreto de amparo anterior. Si pasamos una somera revista á su tenor literal, encontramos en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el primer considerando que este amparo se dicta porque no es posible aplicar á las pertenencias salitreras lo que el Código de Minería establece para el amparo de las demás minas; en el segundo considerando ya se enumeran las *dificultades* para la explotación salitrera provenientes de su *situación, falta de vías de transporte y otras causas que afectan la economía de estas empresas*, y que no hay conveniencia pública ni particular para obligar *á los adjudicatarios* y *propietarios* de pertenencias salitreras de Taltal á explotarlas; en el tercer considerando se declara terminantemente que los ferrocarriles que entonces estaban en proyecto eran considerados como el paso más eficaz para el amparo de las empresas salitreras. Por cuya razón se decreta la suspensión de los efectos de los artículos 10 y 12 del reglamento del 77 relativos á la *concesión* y *explotación* de salitre, etc. Así tenemos que en este decreto, en lugar de decir, como en los anteriores, que subsistían las mismas dificultades que habían motivado las prórrogas anteriores, enumera esas dificultades y son: *su situación; la falta de vías de transporte*, y otras que afectan la economía de la industria salitrera, la cual, sin nombrarla, es la contribución onerosa. Esta simple enumeración comprueba que subsistían las mismas dificultades que motivaron los decretos anteriores de amparo, porque nadie pondrá en duda que la situación de las salitreras era en esta fecha la misma de antes; y todavía, que si se hacía notar en la misma fecha la falta de vías de transporte, esa misma falta se venía sintiendo desde los tiempos anteriores que, junto con la contribución onerosa, obligaron á dictar por iguales motivos los decretos de amparo que precedieron á éste. Ahora es lógico preguntar: si eran las mismas dificultades que en los decretos anteriores las que motivaban hoy como entonces los decretos de amparo, ¿por qué este último decreto había de restringir el amparo no comprendiendo á las pertenencias sin medir, sino solamente á las pertenencias medidas, cuando unos y otros habían sido considerados anteriormente en igualdad para el amparo, y unos y otros imploraban el amparo?

No habría razón ni lógica para tal absurdo, porque derecho tan digno de respeto era el de un simple concesionario de registro, como el de una concesión de título definitivo. Ellos sólo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se habían obtenido en fuerza de sacrificios personales y de dinero buscando y catando los yacimientos en el desierto, y el mismo Código de Minería en su artículo 13 establece que la propiedad no puede perderse sino en los casos *expresamente prevenidos en la ley.* Por fin ¿qué explicación tendría entonces la enumeración de *adjudicatarios* y *propietarios* que hace el mencionado decreto al referirse á lo que él va á amparar? y últimamente ¿cuál sería el objeto de aquella referencia que hace su parte dispositiva al suspender los artículos 10 y 12 del reglamento del 77 *relativo* á la *concesión* y *explotación?* Es claro que lo relativo á la *concesión* abraza las pertenencias cuyos títulos están en tramitación para llegar al título definitivo, y lo relativo á la explotación abraza las pertenencias con títulos definitivos.

Así pues, ya por la historia de los antecedentes que originaron todos los decretos de amparo, ya por el tenor literal del último, de fecha 28 de mayo de 1881, no cabe la más remota duda que todos ellos tienen el mismo origen y el mismo propósito: luego comprenden en su amparo á las pertenencias medidas, así como á las no medidas, y es llegado el caso de examinar cuáles pertenencias, habiendo estado amparadas, no obstante han perdido ese amparo.

VI

Las prórrogas del amparo del decreto de 1881, tienen un límite, y es el día en que queden concluídos los ferrocarriles de Taltal á Cachinal y el de Aguas Blancas á Antofagasta. Estas dos zonas salitreras se hallan distantes unas de otras, aunque en el interior del desierto: la primera de Cachinal se halla al frente del puerto de Taltal y su ferrocarril que parte de este puerto sólo puede servir y ser benéfico á esa zona; del mismo modo la zona de Aguas Blancas que se halla al Sur-Este de Antofagasta, su ferrocarril sólo puede servir y ser benéfico á esta zona. El ferrocarril de Taltal hace á lo menos cuatro años que está sirviendo al acarreo de los salitres de Cachinal, y la garantía pecuniaria que se depositó en arcas fiscales hasta que se concluyese ese ferrocarril, ya se ha devuelto á los concesionarios, dando por cumplido el compromiso de la construcción; de consiguiente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las pertenencias de salitre no medidas y situadas en la zona que sirve el ferrocarril de Taltal, están completamente perdidas por haberse cumplido hace tiempo el día fatal del amparo.

Las únicas pertenencias sin medir que todavía quedan bajo el amparo del decreto de 28 de mayo de 1881, son las de la zona de Aguas Blancas que hayan sido concedidas durante el tiempo de la vigencia del reglamento de 28 de julio de 1877, porque sólo á estas pertenencias alcanzan las suspensiones de los efectos de sus artículos 10 y 12, ordenadas por el amparo de 28 de mayo de 1881; de consiguiente, las pertenencias no medidas situadas en Aguas Blancas, pero concedidas con anterioridad á la fecha del reglamento se hallan también perdidas, porque para ellas sólo regían las Ordenanzas de minas hasta 1874, fecha del Código de Minería, y éste hasta 1877, fecha del reglamento. Y tanto las Ordenanzas como aquel Código les son aplicables de un modo totalmente desfavorable.

MARCO ANTONIO DE LA CUADRA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

¿ES APLICABLE EL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO Penal al asesinato de los afines en línea recta?

En la *Gaceta de los Tribunales* de 25 de mayo de 1889 leemos la siguiente sentencia:

"Vistos: Se ha seguido este proceso en contra del reo Nicolás 2.° Fuentes por el homicidio de su suegra Angelina González perpetrado en la noche del 3 de agosto de 1887 en la subdelegación de Doñigüe del modo siguiente: Fuentes llegó á casa de su suegro José del Carmen Droguett con el objeto de llevarse á su mujer María Mercedes Droguett que había ido á hospedarse donde sus padres por el mal trato que le daba su marido. Negándose su suegro á entregarle su esposa, Fuentes se dirigió sin más trámites á la pieza en que estaba su suegra Angelina González y su mujer, echó abajo la puerta á garrotazos y en seguida disparó varios balazos en distintas direcciones, yendo uno á herir en el vientre á la González, la que murió casi instantáneamente.

Por lo expuesto y con arreglo á lo prescrito en las leyes de 3 de agosto de 1876, y 1.ª, título 37, libro 12 de la Novísima Recopilación y artículos 390 y 27 del Código Penal, condeno á Nicolás 2.° Fuentes á la pena de muerte, etc. Consúltese."

"Santiago, marzo 22 de 1889.—Vistos: Se aprueba la sentencia consultada del 16 de abril último, corriente á fojas 18 vuelta. Publíquese y devuélvase."

Resulta que tenemos establecido como doctrina legal, tanto por el juez de primera instancia como por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que el artículo 390 del Código Penal se aplica al convicto de haber dado muerte á su suegra, considerando á ésta como ascendiente legítima.

La palabra ascendiente comprende los padres, abuelos y demás progenitores, y está fuera de duda que esta palabra no incluye á la suegra, y, por consiguiente, no puede aplicarse el artículo 390 del Código Penal, que sólo se refiere al parricidio al individuo que mató á su suegra.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es de lamentar que la Corte de Apelaciones haya dejado pasar un error de esta magnitud tratándose del crimen mayor previsto en el Código Penal y que haya aplicado la pena capital fundándose en un artículo que de ninguna manera se refiere al crimen en cuestión. Una sentencia tan poco ajustada á la ley y en una causa en la cual se trata de la vida de un criminal, no puede menos de inspirar serios temores por la poca atención que muestran haber prestado los jueces á un asunto que merecía su más alto cuidado.

FRANCISCO BEUTNER-MARY

Chillán, 28 de mayo de 1889.

CANCELACIÓN DE UN TÍTULO DE ABOGADO

Ha llamado con justicia la atención pública y prestádose á diversos comentarios, de que los diferentes organos de la prensa se han hecho eco, la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en 8 del mes en curso sobre cancelación del título de abogado que á favor de don Luis Toro Guezalaga el mismo Tribunal poco antes expidiera.

Á pesar de que los antecedentes de este asunto son demasiado conocidos, no estará demás recordarlos aquí para la mejor inteligencia de las observaciones que nos proponemos hacer á ese fallo, que tan severa y unánimemente ha sido impugnado.

El 16 de abril del corriente año se extendió á Toro el diploma de abogado, previo el examen correspondiente y á virtud de haber acreditado su edad, el título de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas y no tener ninguna de las inhabilidades designadas por el artículo 402 de la Ley de 15 de octubre de 1875.

Pocos días después llegó á conocimiento del Tribunal que el nuevo abogado había optado á este título sin reunir los requisitos exigidos por la ley, por cuanto pesaba sobre él la incapacidad de haber sido condenado á pena corporal.

Practicadas por el ministro de semana las averiguaciones del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

caso y después de llamar al denunciado á la sala de acuerdos para ordenarle la presentación inmediata de su diploma, se llevó á la Corte la sentencia condenatoria, pronunciada en 15 de diciembre de 1881, que impuso á Toro la pena de 540 días de relegación á la ciudad de Ancud por cada una de dos estafas que cometiera en Talca y cuyo valor excedía de cincuenta pesos, y á seis meses de la misma pena por otra que no alcanzaba á aquella suma.

Con estos antecedentes, la Corte expidió la resolución que con sus fundamentos reproducimos en seguida:

"Considerando:

"1.° Que la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales prescribe en el artículo 402 que para poder ser abogado se requiere no haber sido condenado por delito que merezca pena corporal;

"2.° Que la pena asignada por los artículos 468 y 470 del Código Penal á los delitos de estafa cometidos por Toro, es la de presidio ó relegación; y que la pena de presidio, que obliga á los trabajos forzados, es evidentemente corporal;

"3.° Que el artículo de la Ley Orgánica de los Tribunales, para negar el ingreso á la profesión del foro, no atiende á la pena impuesta al reo por la sentencia condenatoria, sino á la pena designada por la ley al delito;

"4.° Que es atribución privativa de la Corte Suprema conferir ó denegar el título de abogado, atendiendo á si están ó nó comprobados los requisitos que enumera el artículo 402 precitado; y que en la ejecución de estos actos no contenciosos procede el Tribunal en virtud de las facultades disciplinarias y económicas que exclusivamente le competen.

"Visto lo dispuesto en los artículos 2, 3, 402 y 403 de la Ley de 15 de octubre de 1875, se cancela el título de abogado expedido á don Luis Toro el 16 de Abril último. En consecuencia, bórresele de la matrícula y comuníquese á las Iltmas. Cortes de Apelaciones de la República. El señor Ministro Barceló no acepta el tercer considerando de esta resolución. Publíquese y agréguese é inutilícese el papel sellado correspondiente.—*Cousiño.*—*Covarrubias.*—*Bernales.*—*Ábalos.*—*Ballesteros.*—*Barceló.*—Proveído por la Excma. Corte Suprema, *Infante.*" (Sentencia número 1093, *Gaceta* del 25 de mayo).

Antes de ocuparnos de la parte dispositiva de esta sentencia,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

conviene estudiar los considerandos en que se apoya y las diversas cuestiones de Derecho que en ellos plantea y resuelve el Tribunal.

Tres son esas cuestiones, de las cuales nos ocuparemos separadamente.

I. ¿Debe estimarse como pena corporal la de relegación por quinientos cuarenta días y por seis meses que por cada una de las dos primeras y por la tercera estafa se impuso respectivamente á Toro en la sentencia de 15 de diciembre de 1881?

II. Para apreciar si á un individuo ya condenado afecta la inhabilidad que para optar al título de abogado establece el artículo 402 de la Ley Orgánica de los Tribunales ¿se atiende á la pena impuesta al reo por la sentencia condenatoria ó á la pena designada por la ley al delito?

III. ¿Es atribución privativa de la Corte Suprema conferir ó denegar el título de abogado, y en la ejecución de estos actos no contenciosos procede el Tribunal en virtud de facultades disciplinarias y económicas que exclusivamente le competen?

I.—Respecto de la primera cuestión, debemos empezar por establecer si en nuestra legislación criminal existen, ó nó, las penas *corporales*, que en ninguna parte encontramos definidas y ni siquiera mencionadas.

Nuestro Código divide las penas en *aflictivas* y no aflictivas ó *correccionales*, que es el término opuesto. Las primeras las enumera el artículo 37, que dice que "para los efectos legales se reputarán aflictivas todas las penas de crímenes y, respecto de las de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos."

Esta clasificación de penas aflictivas viene del Derecho Romano, donde se las llamaba *corporis aflictivas* para distinguirlas de las pecuniarias, que sólo consistían en multas ó confiscación de bienes. De allí pasaron á las legislaciones modernas en que se las ha dado sentido y alcance diferentes.

Algunos Códigos las han definido y otros se han limitado simplemente á enumerarlas. Entre estos últimos se encuentra el nuestro, que al consignar el precepto contenido en el artículo 37 que acabamos de citar, tomó como modelo el artículo 26 del Código Español, que entre las penas de que nos ocupamos co-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

loca las inhabilitaciones perpetuas ó temporales para cargos públicos, derechos políticos y profesiones ú oficios. Y si el nuestro no las puso como penas principales, les dió, en cambio, el carácter de accesorias que aquéllas llevan siempre consigo.

Fuera de las penas que el artículo 37 del Código Penal menciona, no hay, pues, entre nosotros ninguna que lleve otras accesorias consigo, á excepción de las de que se ocupa el artículo 30 y que sólo acarrean la suspensión de cargo ú oficio público.

Al tomar la penalidad moderna las penas aflictivas de los romanos, les suprimió la palabra latina *corporis*, del cuerpo, sin duda por considerarla redundante; que por el hecho de afligir ó de imponer privaciones un castigo cualquiera se entiende que habrá de ser al cuerpo, á la materia, pues por lo que al espíritu ó al entendimiento se refieren, todas las penas deben considerarse aflictivas, al menos para los individuos que aun son susceptibles de remordimiento.

Tenemos, en consecuencia, que las denominaciones de *corporis aflictivas*, *corporales* ó simplemente *aflictivas*, tratándose de penas, significan la misma cosa, y con cualesquiera de estos nombres que se les designe, debemos comprender precisamente que se trata de las que el artículo 37 menciona y á las cuales se refieren los artículos 8 y 9 (antes 10 y 11 y otros) de la Constitución Política.

Á ellas se refiere, del mismo modo, el artículo 402 de la Ley de 15 de octubre de 1875 al negar el ingreso á la profesión de abogado á los que hayan sido condenados ó estén actualmente procesados por delito que merezca pena corporal.

Para saber entonces si esta inhabilidad afecta á Toro en el caso concreto de que venimos ocupándonos, basta averiguar si las penas de seis meses y quinientos cuarenta días de relegación que por la sentencia de 1881 se le impusieron están comprendidas entre las corporales ó aflictivas de que trata el artículo 37 varias veces citado del Código Penal.

Esas penas, que fueron asignadas de conformidad con lo prescrito en los artículos 467, inciso 3.º, 468 y 470, son menores en grado medio, y como las aflictivas empiezan con los menores en grado máximo, no alcanzan, por lo tanto, á compren-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

derlas. Las primeras no pueden, pues, acarrear las inhabilidades que sólo llevan consigo las segundas.

II. Veamos ahora si para negar el ingreso á la profesión del foro el artículo 402 de la Ley Orgánica de Tribunales atiende á la pena impuesta al reo por la sentencia condenatoria ó á la designada por la ley al delito.

Para resolver esta dificultad es necesario distinguir las circunstancias en que se trata de aplicar la disposición citada.

No haber sido condenado ni estar actualmente procesado por delito que merezca pena corporal, dice el número 3 del artículo 402. Hay, pues, dos casos que es preciso tomar en cuenta, según que el proceso esté pendiente ó haya terminado.

En el primero, como todavía no hay fallo, no se puede saber qué clase de pena se va á imponer al reo y es fuerza atenerse á la que la ley señala en general al delito por que se le procesa para determinar si le afectan las inhabilidades que llevan consigo.

Esto es lo natural y lo que claramente se deduce de la redacción del artículo que comentamos, que en esta parte guarda perfecta armonía con lo dispuesto en el 3.º del Código Penal, de acuerdo con el cual las infracciones voluntarias de la ley se clasifican de crímenes, simples delitos ó faltas, según la pena que les está asignada en la escala general que el artículo 21 del mismo Código contiene.

No podremos decir otro tanto en el segundo caso. Parece indudable que cuando ha habido sentencia es menester atenerse á ella y á la pena que imponga al procesado para calificar su gravedad y el orden ó categoría en que haya de colocarse.

Los antecedentes y las circunstancias de un delito pueden ser muy diversos y en todo proceso es menester tomarlos en consideración para calificar su gravedad y la pena que por él haya de imponerse al reo.

Se presenta á veces un hecho que reviste los caractéres de crimen y en cuya perpetración se divisan, *prima facie*, circunstancias que aumentan considerablemente la responsabilidad del autor; pero á medida que las investigaciones avanzan y que se da al proceso la tramitación correspondiente, llega el juez á convencerse de que sólo ha habido un simple delito ó acaso una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

falta. La pena que al principio se creyó sería muy grave, viene á quedar reducida á otra relativamente insignificante.

No se procedería con justicia, ni estaría de acuerdo con los verdaderos principios de la penalidad, si en el caso de que nos ocupamos afectaran al reo las inhabilidades que por regla general acarrea la pena asignada al delito de que á primera vista aparecía responsable y que no las lleva consigo la que por sentencia condenatoria se le impuso.

Á nuestro juicio, para negar á un individuo el ingreso á la profesión del foro, la ley atiende á la pena impuesta por la sentencia condenatoria y no á la designada por la ley al delito, puesto que á cada cual sólo debe aplicarse el castigo que merece en el caso concreto de que se trata.

Es verdad que la redacción de la primera parte del núm. 3.º del artículo 402 no es muy clara, pero á pesar de sus imperfecciones se comprende el propósito que con él se persigue.

Parece que esta opinión sustenta uno de los señores Ministros que suscriben la sentencia del Tribunal, que no aceptó el tercer considerando en que se apoya.

La misma teoría encontramos también en la legislación penal española, que, como ya hemos dicho, sirvió de base á la nuestra. Antes de la vigencia del Código de 1870 existía allí la clasificación de penas corporales é incorporales y el artículo 11 del Reglamento de Administración de Justicia de 26 de diciembre de 1835 incluía entre las primeras las de presidio, destierro, prisión ó reclusión por más de seis meses; debiendo tomarse la calidad de corporales, *nó de la naturaleza de la misma pena, sino del término de su duración.*

Esto por lo que hace á la segunda de las observaciones que la sentencia que estudiamos nos sugiere. Pero antes de concluir con el artículo 402 de la Ley de 15 de octubre debemos llamar la atención hacia un error grave en que, en nuestro concepto, se incurre al apreciar el alcance de las disposiciones que contiene.

Prescribe dicho artículo que *para poder ser abogado* se requieren las condiciones que en sus tres números señala, y hasta hoy se ha creído que esas condiciones sólo afectan á los que solicitan ingresar á la profesión del foro, mas no á los que en ella figuran.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Cuanto á las dos primeras de edad y hallarse en posesión del título de licenciado en la Facultad de Leyes, nada hay que observar, pero en cuanto á la tercera la cosa cambia. Ella inhabilita para ingresar á la carrera de abogado al que haya sido condenado á pena corporal ó esté actualmente procesado por delito que la merezca. Nada dice del abogado que en tales circunstancias se encuentre, y si hubiéramos de interpretar á la letra esa disposición, resultaría que la ley habría establecido una distinción odiosa que nada justifica y que, por el contrario, la lógica y la razón condenan.

No vemos en qué fundamentos descanse aquello de colocar en mejores condiciones al criminal ilustrado y que tiene una profesión que más que cualquiera otra exige conducta intachable en el que la ejerce, sobre el ignorante que en la mayor parte de los casos procede tal vez sin darse cuenta cabal de lo que hace ó impulsado por arranques de juvenil inexperiencia.

El criminal que conoce las leyes y sus lados vulnerables aprovecha sus conocimientos para llevar á cabo el delito en condiciones que le aseguren completa impunidad ó que, por lo menos, dificulten considerablemente la acción de la justicia. Prepara de antemano su defensa, ya sea con la coartada, ya haciendo que concurran en el hecho circunstancias que abonen su conducta ó que atenúen su responsabilidad, si llega á ser descubierto.

El que no posee esa ilustración no puede desplegar tanto lujo de maldad; no obstante, la ley es más severa para con él. Cuando después de cumplir el castigo que por sus faltas se le impuso, enmendado ya, porque la ley penal logró su objeto respecto de él, trabaja con tesón y venciendo muchos obstáculos que el pasado le opone en su camino, llega, por fin, á encontrarse en aptitud de adquirir un título profesional; pero entonces la misma ley que produjo su enmienda le cierra el paso y le impide ser un miembro útil de la sociedad.

En cambio, al abogado que deshonró su profesión con una falta igual ó más grave aun que la del primero, y en todo caso más censurable, se le castiga, con más lenidad muchas veces, y se le mantiene en el goce de todas las prerrogativas que aquel título lleva consigo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿No es verdad que serían absurdas é inícuas las leyes que semejante irregularidad establecieran?

No queremos imputar tan grave error á nuestros legisladores.

Á nuestro juicio, el caso de que nos ocupamos fué previsto y se halla resuelto por el artículo 402 que venimos estudiando. Donde dice "*para poder ser* abogado se requiere," debemos entender precisamente *para ser abogado* se requiere, etc., y dejando á un lado los defectos de redacción, que por desgracia son frecuentes en nuestros Códigos, es indispensable aplicar la inhabilidad que el número 3.º sanciona tanto al abogado como al que pretende serlo.

III. Debemos aceptar que es atribución privativa de la Corte Suprema conferir ó denegar el título de abogado, atendiendo á si están ó no cumplidos los requisitos necesarios para adquirirlo, porque este Tribunal, con exclusión é independencia de cualquiera otro, es la autoridad competente encargada por la ley de revestir á los abogados de las facultades de defender ante la justicia los derechos de las partes litigantes.

Dispone la Ley Orgánica tantas veces citada que además de la facultad de conocer de todas las causas civiles y criminales que en el orden temporal se promuevan dentro del territorio de la República, corresponde á los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención. Y en cumplimiento de este precepto la Corte interviene en la recepción del título de abogado, debiendo prevenir que su misión termina con el otorgamiento del diploma respectivo.

Ahora bien ¿es cierto que en la ejecución de estos actos no contenciosos procede la Corte en virtud de las facultades disciplinarias y económicas que exclusivamente le competen?

Junto con las obligaciones que acabamos de enumerar, tienen los Tribunales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.º, "las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que *a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de esta ley.*"

Las de la Corte Suprema se enumeran en el título IV y de ellas se trata en los artículos 69, 70, 71, 110, 73, 74, 75 y 76. En

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ellos se les confieren atribuciones sobre la conducta ministerial de los jueces, relatores, secretarios, procuradores y demás funcionarios del orden judicial, pero en ninguna parte hemos encontrado la de que acaba de hacer uso, cancelando á un abogado el título que poco antes le concediera.

Y como ya hemos manifestado que las facultades disciplinarias y económicas sólo se reducen á las que á cada tribunal asigne expresamente el título respectivo de la ley, resulta entonces que no puede ampararse bajo esa denominación la de que ahora tratamos.

Á nuestro humilde juicio, el papel que para conceder ó negar el ingreso á la profesión del foro desempeña la Corte Suprema es el de comisión examinadora designada al efecto por la ley. Sus atribuciones en esta materia son iguales á las que tiene la comisión de la respectiva Facultad universitaria encargada de dictaminar si un individuo se halla en aptitud de entrar á ejercer la profesión de médico ó de ingeniero; y creemos que nadie se atreverá á sostener que esas corporaciones pueden cancelar por un simple acuerdo los títulos que confieren, si posteriormente llegan á saber que el que los obtuvo no reunía los requisitos exigidos por las leyes.

***

Viniendo, por fin, á la parte resolutiva de la sentencia, que este nombre es aplicable al fallo en estudio por su forma y su fondo, ya la prensa ha manifestado con abundantes razonamientos que ella priva á un individuo de una propiedad garantida por la Constitución y las leyes de la República.

Es indudable que el título profesional es una propiedad como cualquiera otra, que confiere derechos especiales de que nadie puede ser despojado sino en virtud de sentencia expedida por la autoridad judicial correspondiente. Toda sentencia lleva consigo la idea de un juicio que con ella se resuelve y en todo juicio debe haber partes que derechos encontrados hagan valer.

En el caso actual las cosas han pasado de diferente modo: el primero de nuestros tribunales ha dado á la ley interpretación contraria á la que la generalidad sustenta; pero como quiera

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que sea, contra sus resoluciones no puede interponerse recurso alguno y es fuerza que respetuosos las acatemos.

Cuanto al licenciado Toro, si la Corte no reconsidera su acuerdo, lo que dentro de sus facultades disciplinarias y económicas en la forma que ella las entiende podría hacer, no le queda otra cosa sino aguardar que transcurra el tiempo necesario para que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 104 del Código Penal, prescriban las inhabilidades legales que el delito por que en 1881 fué condenado le acarreara y las cuales duran sólo el tiempo requerido para prescribir la pena.

Entonces podrá presentarse al Supremo Tribunal pidiendo se le admita á examen como si jamás hubiera sido condenado.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, mayo de 1889.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. DISPOSICIONES VIGENTES EN CHILE SOBRE POLICÍA SANITARIA Y BENEFICENCIA PÚBLICA, un volumen de 172 páginas. Imprenta Gutenberg, 1889. Es una interesante recopilación hecha por don Aníbal Echeverría Reyes, abogado y jefe de sección del Ministerio del Interior, y editada por don Roberto Miranda, acreditado librero de esta ciudad. Son notables la ordenación y buen criterio que han presidido este trabajo, así como el esmero que se ha puesto en complementarlo é ilustrarlo con datos que sirven al administrador y al escritor. La sección destinada á la policía sanitaria comprende las siguientes materias: Salubridad Pública, Vacuna, Protomedicato, Médicos de ciudad, farmacéuticos y boticas, Flebotomianos, dentistas y matronas, Cementerios, Consejos de Higiene. La que se refiere á la beneficencia pública abraza: Juntas de beneficencia, Casa de locos, Hospicios, Limosnas para obras pías, Casa de expósitos, Hermanas de la Caridad, Casa de maternidad, Hospitales, Cuerpos de Bomberos. Aplaudimos esta nueva labor del señor Echeverría, ya tan ventajosamente conocido en este género de trabajos, de tanta importancia pública, y en especial, administrativa.—2. ESCRITO DE TACHAS, ALEGATO DE BIEN PROBADO, Y OTROS DOCUMENTOS, *relativos al juicio sobre denuncio por despueble de la mina «Santa Rita» del mineral de Chañarcillo*, por don Ángel Esteban Guerra, distinguido abogado de Copiapó. Un opúsculo de 35 páginas, Imprenta de «El Atacameño», 1889.—3. MANUAL PARA LOS OFICIALES DEL REGISTRO CIVIL, ARREGLADO por don Nicanor Molinare, abogado, ex-notario público y actual Oficial del Registro Civil de la circunscripción primera urbana de Santiago. Un volumen de 123 páginas, Imprenta Victoria, 1889. Esta publicación contiene la siguiente dedicatoria: «No se me oculta que este pequeño *Manual*, trabajado en la vejez y en medio de las múltiples atenciones de mi destino de Oficial del Registro Civil, tenga muchos defectos é incorrecciones. He procurado en lo posible que no tuviera sino muy pocos; pero por muchos ó pocos que sean, yo lo entrego á la ilustrada Academia de Leyes, á quien lo dedico, para que, si lo tiene á bien, se digne indicarme todos sus defectos para corregirlos, y hacer de modo que pueda servir de seguro guía á los que desempeñen ahora

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó más tarde, el delicado cargo de Oficial del Registro Civil, y aun el de Inspector del mismo Registro.» Aplaudimos sin reservas esta manifestación de confraternidad científica con que el autor, que es también un distinguido miembro de la Academia, honra á sus compañeros de la misma. El libro está encabezado por una introducción y unas nociones preliminares y dividido en dos partes. Estamos, en general, conformes con las ideas jurídicas que desarrolla ó aplica el señor Molinare, las cuales pueden seguir con acierto los Oficiales Civiles, con preferencia á las de alguna otra publicación semejante. El autor es jurista práctico en la materia por haber desempeñado de antiguo funciones notariales y poseer una ilustración y criterio que dan autoridad científica á sus opiniones. Hubiéramos deseado, sin embargo, una más extensa dilucidación de ciertos puntos que son de importancia real y práctica. Nos referimos á los emolumentos de que pueden gozar los Oficiales Civiles cuando ejercen sus funciones fuera de sns oficinas, materia, sin embargo, en que no induce á errores como los que se han propalado últimamente con cierta autoridad. Y á este propósito lamentamos la solución dada á la tesis de si pueden cobrarse cincuenta centavos por cada certificado de soltería ó viudedad que el oficial expida, cuestión que ha originado dificultades de que se ha hecho eco la prensa en los últimos días. Á nuestro juicio, el Oficial no debe cobrar un centavo por tales certificados: 1.°, porque ninguna ley le autoriza para ello; 2.°, porque en materia de contribuciones no imperan razones de analogía, ni puede autorizarse su exacción por fundamentos de filosofía y de buen sentido, y 3.°, porque la contribución, que tal importa aquel emolumento, debe fundarse siempre y necesariamente en el texto de una ley, y esta doctrina es incontestable ante la legislación administrativa y penal de nuestro país. Este pequeño lunar no quita su mérito á la obra de nuestro ilustrado colega, á quien damos nuestros parabienes por su trabajo, agradeciéndole á la vez el obsequio con que nos ha honrado.

La Dirección

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.º de octubre de 1889 NÚM. 5

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado (continuación), por don José Clemente Fabres.—Condición legal del indígena, primera parte, por don Julio Zenteno Barros. — Ligeras consideraciones sobre el emplazamiento: efecto que produce la introducción de artículos de incontestación, por don Gelio Muñoz Fuente-Alba. — Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

ARTÍCULO 16

Los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán á las leyes chilenas.

SUMARIO.—I. Fuentes de donde ha sido tomado este artículo.—II. Explicación del inciso 1.º.—III. Qué leyes deben calificarse de reales.—IV. Excepciones de lo dispuesto en el inciso 1.º.—V. Explicación del inciso 2.º.—VI. Explicación del inciso 3.º.—VII. Comprobación y complemento de la doctrina con la opinión de Savigny.

I. Este artículo somete á la ley chilena todos los bienes situados en Chile sin consideración alguna á la nacionalidad, residencia ó domicilio de sus dueños; pero hace prevalecer sobre la ley chilena las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño, salvo cuando el contrato

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

debe llevarse á efecto en Chile, pues entonces debe ajustarse á las leyes chilenas.

La primera fuente que se señala al artículo 16 por el señor Bello es el artículo 3.º del Código Civil Francés y el comentario de Rogron. El inciso 2.º de dicho artículo dice así: "Los inmuebles, aun los poseídos por extranjeros, son regidos por la ley francesa." Aquí no se hace diferencia alguna entre los extranjeros; se comprenden, por consiguiente, tanto los residentes en Francia como los residentes y domiciliados en otro país; y la razón que dá Rogron comentando este artículo, y que es el fundamento de la teoría, confirma nuestra observación: "Las leyes reales, dice, se aplican aún á los inmuebles poseídos por los extranjeros porque la soberanía es indivisible. Cesaría de serlo si algunas porciones del territorio pudiesen ser regidas por leyes que no emanasen del mismo soberano: así un inmueble poseído por un extranjero se adquiriría en Francia por la prescripción en treinta años (art. 2262 del Código Civil), aunque en el país de este extranjero la prescripción no se cumpliese sino por cuarenta años".

La otra fuente que señala el señor Bello al artículo 16 es el artículo 10, inciso 2.º del Código Civil de la Luisiana, que dice: "Sin embargo, el efecto de los actos verificados en un país, cuando se trata de ejercitarlo en otro país, se regla por las leyes del país en que tiene lugar su ejecución". Esta regla, que podríamos llamar de Derecho común, es exactamente la misma que acepta nuestro artículo 16 en su inciso 3.º

También encontramos algún rastro de la teoría sobre las leyes reales y personales en la ley 15, título 14, Partida 3.ª, que hemos citado y aun copiado en parte en los comentarios de los artículos 14 y 15; siendo de notar que la dicha ley no hace diferencia, como no la hace nuestro artículo 16, entre los bienes muebles y los raíces. Por lo demás, esta ley es notoriamente deficiente, como antes lo hemos observado.

Combinada la ley que acabamos de citar con la 15, título 1.º, Partida 1.ª, de que también hicimos mención en el comentario del artículo 14, se encuentra algún tanto más diseñada la teoría de las leyes reales y personales, y hasta cierto punto formulada la regla: *locus regit actum;* pero con dos limitaciones, ó más

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bien dicho, diferencias: la primera es relativa á su generalidad, pues según la ley española la regla sólo se aplica á los actos ó contratos que tenían lugar en España, sean cuales fueran los que los ejecutaban ó celebraban, nacionales ó extranjeros, y á los actos y contratos que se efectuaban en el extranjero entre ciudadanos del mismo territorio donde se ejecutaba el acto ó celebraba el contrato. Pero no se aplicaba la regla á los actos ó contratos de los españoles efectuados en el extranjero, ni tampoco á los de los extranjeros que no eran ciudadanos del lugar donde se verificaban, pues tanto éstos como aquéllos eran juzgados en España por las leyes españolas. La teoría común no reconoce esta limitación á la regla, *locus regit actum*, pues según ellas se aplica á todos los actos de los nacionales y extranjeros y sea cual fuere el lugar ó país donde se ejecuta el acto ó se celebra el contrato.

La segunda limitación, que más propiamente es diferencia, era relativa á la naturaleza de la regla, pues á los actos y contratos que tenían lugar en España se les aplicaba la ley española, tanto la real y la personal, como la relativa á la forma de los actos y de los contratos, puesto que era prohibido juzgar por las leyes extranjeras, sin distinción alguna (salvo el caso de los actos y contratos verificados por extranjeros en su propio país): en el mandato de juzgar sólo por las leyes españolas, se comprendía tanto las reales y personales, como las relativas á la forma de los actos y contratos. Lo mismo debemos decir de los actos y contratos de los extranjeros verificados en su propio país y que se juzgaban en España: estos actos eran regidos (según la ley española) por las leyes reales, personales y relativas á la forma del país donde se ejecutaban los actos ó celebraban los contratos: de modo que la capacidad de los que intervenían en dichos actos ó contratos, como los requisitos internos y la forma ó solemnidades, y por último, las obligaciones y derechos que nacían de los dichos actos ó contratos, eran regidos por la ley del lugar donde se verificaban. Entre tanto, por la doctrina común la regla *locus regit actum* no comprende las leyes personales ni todos los requisitos internos, y dice relación especialmente á la forma del acto ó contrato, ó sea, á las solemnidades ó requisitos externos. En el lenguaje jurídico,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

forma, *solemnidad*, y *requisito externo* significan una misma cosa, como tendremos ocasión de comprobarlo en el comentario del artículo siguiente. Así, el testamento debe hacerse en la forma ó con las solemnidades que prescriben las leyes del país donde se otorga; y las donaciones y los contratos deben también sujetarse á la forma ó solemnidades prescritas por la ley del lugar donde se verifican. La teoría común restringe el significado de la regla *locus regit actum*, mientras que tendríamos que ampliarlo en toda su extensión si hubiéramos de juzgar por la ley española.

II. El inciso 1.º del artículo 16 dice que los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

La primera observación que ofrece este precepto es relativa á las dos generalidades que contiene, y que nos van á servir para resolver algunas de las más graves cuestiones á que dá lugar esta materia del Derecho Internacional Privado. Estas dos generalidades son la base fundamental de la teoría legal sobre el discernimiento de las leyes reales y su diferencia de las personales, que es la clave más legítima y más sencilla para el cabal conocimiento y acertada resolución de las principales dificultades que ofrece este variado y complicado asunto. Si logramos dar reglas precisas para conocer con exactitud cuáles son leyes reales, fácil es conocer también cuáles son personales, porque á éstas no deben ni pueden convenirles las calidades y condiciones que constituyen la naturaleza de aquéllas.

La primera generalidad que contiene el inciso 1.º que analizamos, es relativa á los bienes. La ley no hace distinción alguna, comprende todos los bienes, tanto los raíces como los mueble; lo único que exige el inciso 1.º para sujetar los bienes á las leyes chilenas es la ubicación, que estén situados en Chile.

El fundamento de esta doctrina es la soberanía del Estado en cuyo territorio se encuentran los bienes; y esta soberanía se ejerce, ó puede y debe ejercerse, igualmente sobre los bienes muebles que sobre los raíces. El señor Bello en sus "Principios de Derecho Internacional", Parte 1.ª, capítulo 4.º, número 4.º dice: "La soberanía, que en cuanto dispone las cosas se llama *dominio*, en cuanto dá leyes y órdenes á las personas se llama

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

propiamente *imperio*. Las funciones del uno y del otro se mezclan á menudo, y un mismo acto puede pertenecer ya al dominio, ya al imperio, según se considera con relación á las personas ó á las cosas». «Del dominio y del imperio emana la potestad de dar leyes sobre la adquisición, goce, enajenación y trasmisión de las propiedades existentes en el territorio del Estado». Es verdad que á continuación dice el señor Bello que la doctrina común enseña que se sujetan á las leyes del país de su ubicación sólo los bienes raíces, enseñanza que parece aceptar el señor Bello; pero es más cierto, porque es más lógico, que se sujetan á las mismas leyes los bienes muebles. El principio de la soberanía del Estado invocado por el señor Bello, que lo descompone en el *dominio* y en el *imperio*, como la reunión ó el ejercicio simultáneo de ambos, recaen igualmente en los bienes raíces y en los muebles. No se concibe un fundamento bastante racional para sustraer del *dominio* y del *imperio* de un Soberano ó de una Nación los bienes muebles, como vamos á verlo para justificar la teoría adoptada por nuestro Código Civil, que es la más conforme con las tradiciones del Derecho romano, con la escuela alemana y con la legislación española antigua, y que sin duda alguna fué aceptada después por el señor Bello al dar la redacción definitiva á nuestro Código Civil.

Pero antes conviene dejar firmemente establecido que el inciso 1.º del artículo 16 no hace diferencia alguna entre los bienes situados en Chile, que los comprende á todos, tanto los raíces como los muebles; pero que al mismo tiempo no comprende en ningún sentido los bienes que no están situados en Chile; y que, en consecuencia, la ley chilena no presume regir ó sujetar á su imperio, los bienes muebles de los chilenos ó de las personas domiciliadas en Chile, si estos bienes se encuentran fuera de su territorio: la ley chilena no acepta, pues, la regla que enseña que los bienes muebles se rigen por la ley del país donde el dueño de ellos tiene su domicilio; pero acepta la reciprocidad, y si sujeta á su imperio los bienes muebles situados en Chile, lo mismo que los inmuebles, no sujeta al imperio de la ley chilena los dichos bienes situados en el extranjero, aunque sus dueños sean chilenos y estén domiciliados en Chile.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Y la doctrina del inciso 1.º del artículo 16 es la más lógica y la más conforme con los principios fundamentales de la ciencia legal.

Es más lógico sujetar los bienes muebles á la ley de su ubicación, porque recae en ellos con igual fuerza la misma razón, en virtud de la cual se sujetan á la ley de su ubicación los bienes raíces. Esa razón es la soberanía del Estado, y la *soberanía*, ya sea bajo el aspecto de *dominio*, ya sea considerada como imperio, puede ejercerse igualmente sobre los bienes muebles que sobre los raíces: los bienes muebles no pueden sustraerse al *dominio* y al *imperio* de la soberanía del país donde están situados, mientras conserven esta ubicación. La fórmula misma que usan los publicistas en la materia de que tratamos, comprende ambas clases de bienes. *Lex loci rei sitæ* son las expresiones de que se valen para determinar el régimen legal de las cosas, ó sea, su sometimiento á la ley del lugar de su ubicación; y como se ve, abarca en su significación tanto los raíces como los muebles. Pero la escuela francesa y sus parciales restringen el significado de la fórmula por medio de una ficción, que consiste en suponer que los bienes están situados, porque pueden estarlo, en el lugar del domicilio del dueño; mientras que los sostenedores de la doctrina contraria aceptan el significado de la fórmula en toda su extensión.

Pero los bienes muebles, se dice por los sostenedores de la doctrina francesa, se pueden trasladar de un lugar á otro, y se pueden, por consiguiente, sustraer de la soberanía del país donde están situados; esta movilidad hace precaria la soberanía del lugar de la ubicación, porque puede fácilmente ser burlada trasladando el bien mueble á otro país, y una soberanía precaria, que no puede contar con medios eficaces para su ejercicio, no puede ser considerada como base sólida, ni para el *dominio*, ni para el *imperio*.

Tal es todo el fundamento de la doctrina que hace regir á los bienes muebles por la ley del domicilio del dueño; y á la verdad que no puede ser mas fútil. Desde luego, podría decirse lo mismo y con mayor razón de las personas, porque siendo éstas más movibles que las cosas, se les puede sustraer más fácilmente de la soberanía por medio de la traslación á otro lugar:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con este argumento se procede de la *posibilidad* al *hecho*, y lo que es peor, del *hecho posible* al *derecho*. El domicilio puede también cambiarse fácilmente y pende del arbitrio de la persona á quien le afecta: la soberanía andaría entonces fluctuando y se haría *precaria*. El argumento, por tanto, prueba demasiado, porque con él se echaría por tierra uno y otro sistema. Y el domicilio tiene además otro inconveniente, cual es que puede existir al mismo tiempo en dos ó más lugares regidos por distintas legislaciones, conflicto que no puede realizarse con la ley de la ubicación, porque las cosas no pueden bilocarse.

Pero la razón capital que demuestra la futileza del argumento, es que la doctrina que hace prevalecer la ley del domicilio del dueño sobre la *lex loci rei sitæ*, es perturbadora de esta última soberanía; lo que no puede decirse de la doctrina opuesta, consignada en el inciso 1.º del artículo 16.

Toda soberanía está llamada especialmente á proteger y fomentar el interés social del territorio donde impera; éste es su primero y más sagrado deber. Considerar esta misión como derecho es cambiar radicalmente las ideas, dando el carácter de facultad á lo que es estrictamente obligatorio. De aquí resulta que todo lo que perturba el interés social de un país, perturba la soberanía de ese mismo país encargada de la protección de ese interés. Nos resta sólo demostrar que perturba el interés social de un país el sustraer de su soberanía los bienes muebles situados en él, ó sea, el sujetarlos á otra soberanía. Para esto vamos á demostrar que es más conforme con los principios fundamentales de la ciencia legal la doctrina que sostiene la *lex loci rei sitæ* en toda su generalidad, ó sea, el precepto del inciso 1.º del artículo 16.

Las leyes reales sobre los bienes muebles dicen relación al dominio, ó sea, los modos de adquirirlo, de ejercerlo, de transferirlo por acto entre vivos, de transmitirlo por causa de muerte, y á la constitución, transferencia y transmisión de los derechos reales que pueden afectarles. En una palabra, las leyes reales pueden sin inconveniente alguno, atendiendo sólo á su naturaleza, ejercerse sobre los bienes muebles lo mismo que sobre los inmuebles; unos y otros dan la misma materia para las leyes reales. Los que sostienen la preferencia de la ley del do-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

micilio del dueño no nos alegan la diferencia de los derechos reales de que pueden ser materia los bienes muebles y los inmuebles; podemos, pues, aceptar la igualdad, y dejar este elemento como perfectamente establecido para el debate de la cuestión principal. Descartaremos todo lo relativo á la transmisión del dominio de los bienes muebles y de los derechos reales constituídos en ellos, ó sea, la sucesión por causa de muerte en estos derechos, porque este punto está exceptuado de la regla consignada en el inciso 1.° del artículo 16, excepción que comprende igualmente á los bienes raíces, y de lo que vamos á tratar después.

No hay, pues, cuestión alguna sobre que las leyes reales recaen igualmente sobre los bienes muebles que sobre los bienes raíces; ó bien, que las leyes concernientes al dominio y derechos reales de los bienes muebles son leyes reales y de la misma naturaleza de aquellas que versan sobre los mismos puntos en los bienes raíces. La cuestión está solamente en saber por cuáles leyes reales se deben regir los bienes muebles, si por las del lugar del domicilio del dueño ó por las del lugar de su ubicación.

Veamos lo que pasa ordinariamente en la transferencia del dominio como en la constitución y transferencia de los derechos reales sobre bienes muebles. Cuando compro ó vendo una cosa mueble, cuando la permuto, cuando la dono ó me la donan, ordinariamente se efectúan estos actos en el lugar de la ubicación de la cosa; sólo en raros casos, que pueden reputarse excepciones, se verifican esos actos ó contratos en otro lugar distinto del de la ubicación. El que ejecuta un acto ó celebra un contrato, no atiende ni puede atender á otra ley que á la del lugar donde está situada la cosa sobre que versa el contrato, porque ordinariamente también ese mismo es el lugar donde se cumplen las obligaciones que nacen del acto ó del contrato.

Este es el fundamento del artículo 1588 de nuestro Código Civil que dice: "Si no se ha estipulado lugar para el pago y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituírse la obligación.

"Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor". Esta regla es aceptada por la generalidad de las legislaciones europeas, y el Código Civil francés lo repite en el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

título de la venta (arts. 1247 y 1609). La ley 32, título 2.º, Partida 3.ª, enumerando los casos del foro competente, señala también como tal el del lugar donde está la cosa mueble: "E la dozena es, quando demandassen algun siervo, o bestia, o otra cosa mueble por suya. Ca aquel a quien la demandassen allí debe responder, do fuere fallado con ella, maguer él sea de otra tierra".

En la generalidad de los contratos ó negocios civiles no se toma en cuenta la persona con quien se celebra; y de aquí nace la regla consignada en el artículo 1455 de nuestro Código Civil, que dice: "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato". Esta doctrina es reconocida por la generalidad de los Códigos europeos y se encuentra en el artículo 989 del Código español de Goyena.

Si el lugar en que debe hacerse el pago es aquel en que existía la cosa ó cuerpo cierto cuando se constituyó la obligación, es porque los contratantes han tenido en vista naturalmente, y por esto no han necesitado expresarlo, que el lugar de la ubicación de la cosa debía ser el lugar del cumplimiento de la obligación; é igualmente natural es que hayan tenido en vista que en el mismo lugar se exigiría el cumplimiento de la obligación, ó ante los jueces de ese lugar; y, por consiguiente, que esa obligación y su cumplimiento debían juzgarse por las leyes vigentes en el mismo lugar.

Del mismo modo, si el error acerca de la persona con quien se contrata no vicia el consentimiento, es porque para celebrar el contrato no se toma en cuenta la persona; y si no se toma en cuenta la persona, menos se nos ocurrirá tomar en cuenta su nacionalidad ni su domicilio. Cuando yo vendo ó compro un objeto, no me importa, ni se me ocurre averiguar, si es francés, inglés, alemán ó chileno el comprador ó vendedor, porque no se me ocurre que esta calidad pueda influír en el precio de la cosa, y menos se me ocurre que este contrato pueda quedar sometido en algún sentido á las leyes del país donde tiene su domicilio el otro contratante, ó sea, el dueño de la cosa comprada.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿Qué es lo que resultaría de la doctrina opuesta? Si es la ley real del domicilio del dueño de la cosa la que impera sobre los actos ó contratos que versan sobre la misma cosa, se embarazan y dificultan en algunos casos y se impiden en otros las transacciones y negocios civiles y comerciales. Si hay que atender á la ley real del domicilio del dueño de la cosa, se obliga á los contratantes á ser conocedores de las legislaciones extranjeras, lo que es un absurdo, ó se les obliga en cada caso particular á consultarse con letrados, lo que entorpece la realización del negocio y la difiere quizá por largo tiempo, imponiéndole además un recargo de gastos. Se les obliga también á entrar en averiguaciones, tal vez odiosas, acerca del domicilio del dueño; y esto sólo es bastante para entorpecer los negocios ó los contratos y aún para impedir su realización. Y no se crea que esto sea raro ó de difícil ocurrencia; por el contrario, es cosa frecuente y ordinaria. Así, por ejemplo, según la ley francesa, con el solo contrato se adquiere el dominio de la cosa mueble: si yo le compro un caballo ó una mesa á un francés, domiciliado en Francia, adquiriría su dominio por el solo contrato de compra sin necesidad de la tradición, mientras que por la ley chilena (lugar de la ubicación de la cosa vendida) no adquiero el dominio sino por el *modo de adquirir* llamado *tradición.* El contrato de compra es solamente un título, según nuestra legislación, conforme en este punto con la española, la romana y muchas ó la mayor parte de las europeas y americanas; título que sólo confiere derecho personal y no real. Lo mismo sería, según la doctrina francesa, si el vendedor fuese español, inglés, alemán ó chileno domiciliado en Francia.

Véase ahora cuánta perturbación resulta para los negocios y contratos de la aplicación de la ley del domicilio del dueño; perturbación que se aumenta si tomamos en consideración los derechos reales, como la prenda, y aun en cierto sentido el derecho de retención, que tanto juego hace, según nuestro Derecho civil, en muchos contratos.

Todavía hay que agregar otros inconvenientes, si no tan graves como los anteriores, no por eso indignos de atención. El predominio de la ley del domicilio del dueño obliga á los jueces á estar aplicando con alguna frecuencia las leyes extranjeras,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lo que á más de imponerles un estudio dilatado, fácilmente será imperfecto. Los procesos civiles reciben también en estos casos un recargo de dilación y de gastos para comprobar satisfactoriamente el domicilio, que será la base del juzgamiento.

La perturbación gravísima del interés social con semejante sistema es incontestable, y entonces resulta que el soberano se ha despojado de derechos inalienables con grave perjuicio de los asociados y aun de los mismos extranjeros. Nadie saca ventaja del sistema de la ley del domicilio del dueño, y por el contrario todos sufren embarazos perjudiciales para los negocios y contratos.

Ni se arguya con que siendo precaria la soberanía del lugar donde está situada la cosa mueble, carece de medios eficaces para su ejercicio; porque mientras subsista esa ubicación de la soberanía se puede ejercer con medios perfectamente eficaces, y, lo repetimos, lo mismo sucede con las personas, que son tanto ó más movibles que las cosas muebles, y nadie ha tomado en consideración esta circunstancia para pretender que se sustraigan de la jurisdicción ó soberanía de un lugar á los extranjeros ó transeúntes mientras se encuentran en ese lugar.

En el sistema que da preferencia á la ley del lugar donde está situada la cosa mueble sobre la ley del lugar donde el dueño tiene su domicilio, no se presenta ninguno de los inconvenientes enunciados. La ubicación de la cosa mueble es de fácil conocimiento, y aun evidente en muchos casos: ordinariamente no necesita de prueba. Los contratantes, que es difícil se equivoquen en este punto, pueden también conocer más fácilmente la legislación del lugar de la ubicación; el peligro de equivocarse es mucho más remoto que en el sistema opuesto. Los negocios y contratos no sufren entorpecimiento por la ignorancia de la ley, ni en el caso de proceso ó de litigio hay recargo de gastos ni de dilaciones. El soberano ó la nación conservan su soberanía natural en provecho igual y recíproco de nacionales y extranjeros, de domiciliados y transeúntes.

III. La segunda generalidad que se nota en el precepto consignado en el inciso primero del artículo 16, es relativa á las personas, las leyes reales chilenas obligan á todas las personas sin distinción alguna; la ley enunció á los extranjeros solamen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

te, porque éste era el punto único que podía ofrecer dificultad y en los extranjeros van comprendidos hasta los soberanos y con mayor razón los Ministros diplomáticos. Ninguna duda ha ofrecido ni puede ofrecer este precepto en cuanto á las otras clasificaciones que hacen las leyes respecto de las personas: todas ellas están igualmente sujetas á las leyes reales del lugar de la ubicación. Para conocer la fuerza obligatoria de las leyes reales y toda su extensión, no se necesita distinguir ni clasificar las personas; aquí no hay que tomar en cuenta la calidad de menor de edad, ni la de mujer casada, ni otra clase de incapacidad.

Pero muchas leyes hablan de los bienes de las personas incapaces, y especialmente de los bienes raíces de estas personas; muchas leyes determinan cuándo pueden ó no enajenarse los bienes raíces que les pertenecen, dictan reglas precisas para su enajenación, lo mismo que para la constitución de derechos reales en esos mismos bienes. De aquí las dificultades y los conflictos para determinar en cada caso si es la ley extranjera ó la chilena (que suponemos sea la del lugar de la ubicación) la que debe aplicarse ó hacérsele prevalecer. Un joven inglés de veintidós años de edad y domiciliado en Inglaterra ¿puede vender libremente un bien raíz que le pertenece y que está situado en Chile? Un extranjero domiciliado en el extranjero ¿puede vender un bien raíz de su mujer extranjera sin sujetarse á los requisitos y trámites prescritos por la ley chilena, lugar de la ubicación?

Para resolver estas y otras muchas complicadas cuestiones, lo primero que hay que establecer es la calidad de la ley, si es real ó personal; ésta es la primera base de la discusión, y ésta es una de las principales dificultades que ofrece esta materia. No es extraño, por consiguiente, que sea éste el tropiezo más frecuente de los jurisconsultos más distinguidos. Procuraremos fijar las ideas sobre las leyes reales, y analizaremos en seguida algunos ejemplos para presentarla con más claridad.

Ya hemos dado algunas nociones sobre el particular en el número III del comentario del artículo 15. Allí digimos que la ley real era la que estatuía preceptos sobre las cosas sin tomar en cuenta las personas ni sus distintas cualidades, que no obstante que las personas eran las que quedaban obligadas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

con los preceptos de las leyes reales, puesto que las cosas no son susceptibles de derechos ni de obligaciones; y que á pesar de que las leyes en general tratan de las cosas, porque en el lenguaje legal *bienes, cosas y derechos* tienen la misma significación, sin embargo no puede haber ley alguna que no trate al mismo tiempo de las personas, porque no puede haber ley alguna que no imponga obligación á las personas. De aquí es que si el primer elemento de la ley real es el que verse directamente sobre las cosas, tomándolas como asunto principal de su mandato, el segundo elemento consiste en que comprende á todas las personas igualmente, sin hacer distinción alguna entre ellas. Este segundo elemento de la ley real se encuentra en el inciso primero del artículo 16 en la generalidad que él contiene relativamente á las personas.

No encontraremos una sola ley real que no contenga estos dos elementos; y por el contrario, no encontraremos una sola ley que carezca de uno solo de esos elementos y que no sea personal. El contraste de los dos elementos nos hará ver la distinción profunda que hay entre ellos, y que no obstante se olvida fácilmente por algunos jurisconsultos en la apreciación y juzgamiento de las difíciles cuestiones á que da lugar esta vasta y delicada materia.

Principiemos por las más fáciles: la ley prohibe al guardador la venta de los bienes raíces del pupilo, y cuando la permite, ordena que se haga en subasta pública. Estas leyes ¿son reales ó personales? Entre los jurisconsultos antiguos unos las calificaban de reales y otros de mixtas; pero en vista de los elementos que hemos señalado á las leyes reales, es indudable que las dichas leyes son personales. Ellas son dictadas en consideración á las personas, su propósito es proteger á los pupilos, procurando que no sean defraudados sus intereses con la venta de los bienes raíces.

Pero la ley, se dice, toma en cuenta esta clase de bienes, su objeto principal versa sobre los bienes raíces, luego la ley es real. De aquí resulta que si la ley hablase de todos los bienes del pupilo, de cualquiera clase que fuesen, la ley sería personal, porque los bienes raíces se contraponen á los muebles. ¿Y quién no ve lo monstruoso de esta consecuencia? La ley no tiene

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por objeto *los bienes raíces*, sino los *bienes raíces de los pupilos*. No se puede separar la persona ó desentenderse de ella en el objeto, ni en el propósito de la ley. Si las leyes de que tratamos en el ejemplo propuesto, fueran reales, lo serían también todas las que determinan las facultades administrativas de los guardadores, de los padres de familia, de los maridos, etc. El número de las leyes reales se multiplicaba extraordinariamente, y el número de las leyes personales quedaría excesivamente reducido. Vendríamos á parar á la doctrina que enseña que es ley real la que trata en cualquier sentido sobre los bienes, doctrina que es generalmente rechazada.

Las leyes del ejemplo propuesto son leyes personales, porque les faltan los dos elementos que constituyen las leyes reales. Son leyes que tienen por objeto directo y principal reglamentar las facultades administrativas de los guardadores; tienen por único propósito proteger los intereses de los pupilos; son leyes que tienen relación directa con la capacidad de las personas para ejecutar ciertos actos ó contratos; y en este triple aspecto son leyes personales. Les falta el primer elemento de las leyes reales, cual es que verse directa y principalmente sobre los bienes; y les falta también el segundo, porque no comprende á todas las personas indistintamente, sino que se dirigen á cierta clase de personas. Es el favor á las personas, la protección de las personas, las facultades ó la capacidad de las personas, la idea y el propósito que dominan en esas leyes y que les ha dado origen.

Veámoslo más claro estudiando la naturaleza de las incapacidades. El artículo 1,447 de nuestro Código Civil establece dos clases de incapacidades, *absoluta* y *relativa*. Ambas incapacidades son referentes á la administración de los bienes, ó al ejercicio de los derechos que tenemos en las cosas. La incapacidad absoluta no priva al incapaz de la aptitud para adquirir bienes y derechos, con tal que lo haga por medio de sus representantes legales, pero ni siquiera le priva de la aptitud para contraer obligaciones, con tal que lo haga por el mismo medio; pero le priva, salvo muy rara excepción, de la aptitud para adquirir por sí mismo los bienes y los derechos, y para contraer obligaciones. No necesitamos tomar en cuenta la naturaleza de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la incapacidad absoluta para dilucidar la cuestión de que tratamos, y no hablaremos más sobre ella.

El mismo artículo 1,447, después de enumerar los casos comunes ú ordinarios de incapacidad relativa, agrega: "Pero la incapacidad de estas cinco clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias, y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes". La incapacidad absoluta, á más de ser general para todos los actos y contratos del incapaz, es también general en cuanto á sus efectos, pues los impide por completo, incluso la obligación natural; y por esto es que causa nulidad absoluta; mientras que la incapacidad relativa no impide todos los efectos legales, y sólo da lugar á la acción rescisoria, que compete únicamente á las personas en cuyo beneficio la han establecido las leyes; y por esto es que la nulidad del acto ó del contrato de esta clase de personas es también relativa, que puede sanearse retroactivamente y se purga con el lapso de cuatro años.

Después de las palabras que hemos copiado, agrega el artículo 1,447: "Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto á ciertas personas para ejecutar ciertos actos". Estas incapacidades particulares, como las llama la ley, son también relativas y participan de la naturaleza de tales; no impiden en consecuencia la obligación natural y la caución; admiten el saneamiento, etc. Incapacidad de esta clase es la que establecen los artículos 1,797 y siguientes prohibiendo vender á los administradores de establecimientos públicos los bienes que administran, y comprar al empleado público, á los jueces, abogados, procuradores y escribanos, los bienes en cuya venta intervengan en el carácter expresado. Las leyes en que se establecen estas prohibiciones, ¿son reales ó personales? En esas leyes se habla de toda clase de bienes, muebles y raíces; la prohibición los comprende á todos. Aquí aparece con más claridad que estas leyes son personales, porque sólo se toma en cuenta la persona y no las cosas; aquí, nos dice la ley, se trata sólo de *incapacidad*, y la incapacidad es personal; y el número 1.º del artículo 15 habla también de la capacidad como de materia propia de las leyes personales, las que siguen al chileno á pesar de su residencia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó domicilio en país extranjero; leyes que no obligan al extranjero en los actos ó contratos efectuados en país extraño, por el hecho mismo de ser personales, y porque si fueran reales, no habrían necesitado expresar que seguían al chileno en cualquiera parte á donde traslade su residencia ó domicilio.

Marcadé (comentario al art. 3.º del C. F, § IV, núm. 74), resumiendo su modo de pensar sobre la difícil cuestión de saber cuándo es *real* y cuándo *personal* la ley que se ocupa al mismo tiempo y como asunto principal de la persona y de los bienes, en el caso de sucesión por causa de muerte, se expresa así: "En una palabra, todas las veces que los términos de la ley se ocupen simultáneamente de la persona y de los bienes; todas las veces en que aparece que la ley tiene por objeto al mismo tiempo la capacidad de la persona y la conservación ó la transmisión de los bienes, es menester aplicar la regla siguiente:

"Si la prohibición de enajenar ó de adquirir, de transmitir ó de recibir, es la consecuencia y uno de los efectos de una incapacidad general de la persona, la ley es personal; en el caso contrario, como no es el estado de la persona lo que se ha querido arreglar, el estatuto es real".

Esta doctrina formulada como una regla, y casi á manera de axioma, es contraria á la opinión que venimos sosteniendo. Si nos atenemos á la dicha regla, debemos reconocer como personales las leyes que estatuyen sobre la incapacidad general, y como reales las que establecen incapacidades especiales ó particulares. No es difícil demostrar que esto es un error muy grave; y que casi puede compararse con aquel en que incurrió el célebre Bartolo con su famosa regla fundada en el sujeto de la frase para distinguir las leyes reales de las personales. La razón misma que aduce Marcadé para dictar la regla, es el primer argumento que emplearemos para combatirlo.

Marcadé dice que las leyes relativas á la incapacidad general de las personas son personales, porque arreglan su estado. No hay duda que las leyes relativas al estado de las personas son personales; pero es falso que las leyes que establecen incapacidades especiales no arreglen el estado de las personas. Así, la calidad de menor habilitado de edad es un estado, lo mismo que el de casado, viudo, padre de familia, etc.: y no puede ofre-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cer duda alguna de que arreglan el estado del menor habilitado de edad las leyes que limitan sus facultades administrativas y su capacidad para ciertos actos y contratos. Las leyes que declaran incapaz al menor habilitado de edad para ser guardador ó albacea y para aprobar las cuentas de su tutor ó curador, arreglan su estado civil, á pesar de que establecen incapacidades especiales, ni más ni menos que arreglan el estado civil las leyes que declaran á los menores de edad generalmente incapaces para todos los actos ó contratos. Del mismo modo, pertenece al estado civil del menor habilitado de edad la incapacidad que establece otra ley para que pueda enajenar ó hipotecar sus bienes raíces; y como consecuencia rigorosa hay que sostener que esta última es personal y no real, ni más ni menos que las otras incapacidades especiales, como las generales de los menores de edad y de las mujeres casadas, porque todas ellas sin diferencia alguna arreglan el estado civil.

Es, pues, un error grave tomar como base la calidad de *general* ó de *particular* de la incapacidad para calificar de personales ó de reales las leyes que las establecen; porque el fundamento sólido y universalmente reconocido, para esa calificación, es el objeto ó el propósito del Legislador: si la ley trata de favorecer á la persona, si toma más en cuenta las personas que las cosas, si se propone más ampliar ó restringir las facultades de las personas, que los derechos y obligaciones que sin consideración á las personas son inherentes á las cosas, la ley es personal y no real; y á la inversa. si la ley toma más en cuenta las cosas, sin consideración especial á las personas, esto es, su calidad ó estado civil; si para el propósito ú objeto de la ley no se necesita clasificar las personas ó atender á su estado civil, la ley es real y no personal.

Si atendemos, pues, al propósito de la ley en las incapacidades especiales que impone al menor habilitado de edad, para ser guardador ó albacea, para aprobar las cuentas de su tutor ó curador y para enajenar ó hipotecar sus bienes raíces, se verá que no es otro que el favor ó protección á la persona del menor En cuanto á las dos primeras, no puede ofrecerse duda alguna; es evidente que la ley no ha tenido bastante confianza en las aptitudes del menor habilitado de edad para ejercer el cargo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de guardador ó de albacea y para aprobar las cuentas de su tutor ó curador, porque se ha creído que podía ser dañado gravemente y con facilidad, ó bien dañar á los pupilos ó testamentarías que se le confiasen: la calidad del estado civil, el favor ó protección á la persona del menor, es el único motivo de la ley. Lo mismo hay que decir de la prohibición de enajenar ó hipotecar sus bienes raíces: la ley sólo se ha propuesto protejer los intereses del menor, lo que es un favor á la persona; y si la prohibición la ha limitado á los bienes raíces, es porque son ordinariamente los más estimables, los más fáciles de conservar y los más productivos; la ley versa sobre los bienes, pero sólo en consideración á la persona.

Para conocer mejor cuán errónea es la regla formulada por Marcadé, examinemos uno de los ejemplos que propone en el número 72 del comentario del artículo 3.º del Código francés, que lo califica como *evidentemente real*, y apliquémosle la regla citada y la teoría que hemos establecido en vista de la letra y espíritu del inciso 1.º de nuestro artículo 16. Dice así Marcadé: «Es también un estatuto real, evidentemente, el que declara inalienables los bienes inmuebles que los esposos han sometido por su matrimonio al régimen dotal. No es seguramente con el fin principal de establecer una incapacidad en la persona de la mujer y del marido, que ha dictado esta prohibición. Esta incapacidad no es más que un medio y no un fin; se ha establecido para impedir que estos inmuebles salgan de la familia, y para asegurar su conservación á la mujer y á sus hijos».

Hemos tomado casualmente un ejemplo que por su sencillez es de los más fáciles para ser bien apreciado; y que por la misma razón, la divergencia de opiniones sobre su calificación nos prueba, al mismo tiempo, las graves dificultades que ofrece la materia y la facilidad con que talentos tan distinguidos como los de Marcadé, incurren en el error. Pues bien, lo que á Marcadé le parece *evidentemente* [cierto, nos parece á nosotros una *gravísima* equivocación.

Marcadé reconoce esplícitamente que la prohibición de vender los bienes raíces de la mujer casada en el régimen dotal es una incapacidad; pero sostiene que esa prohibición es ley *real*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

porque la incapacidad no es el fin ó el propósito de la ley, sino un *medio* para conseguir aquel fin. En la teoría de Marcadé esta razón es enteramente fútil, puesto que su regla establece que todas las incapacidades particulares, como lo es, sin duda alguna, la dicha prohibición, son otros tantos estatutos reales, pues sólo acepta como leyes personales las que establecen incapacidades generales. Por consiguiente, según la doctrina de Marcadé, no hay para qué atender á si la incapacidad es *fin* ó es *medio;* basta que sea incapacidad particular para que la ley sea real. Pero el hecho mismo de que Marcadé tome en cuenta, para calificar de real ó de personal la prohibición de enajenar en el caso propuesto, el propósito del Legislador ó el fin de la ley es la mejor prueba de que su regla no es legítima, porque supone que si fuera otro el propósito del Legislador (como si tratara de proteger la persona) la prohibición de enajenar ó la incapacidad particular que ella constituye, no sería la real. Luego es falso que las incapacidades particulares confieren por su propia naturaleza á las leyes que las constituyen el carácter *real.* Luego es necesario, según la misma opinión de Marcadé, para calificar de real ó de personal una ley, atender al fin que ella se propone. Luego, si en el caso de que tratamos el Legislador se ha propuesto proteger los intereses de la mujer casada, si es la calidad de la persona la que ha movido al Legislador á dictar la ley, es lógico establecer que la ley es personal y no real.

En efecto, no es difícil descubrir que el favor ó la protección á la mujer es el móvil que ha guiado al Legislador al dictar la prohibición de enajenar sus bienes raíces. Se ha querido garantir los intereses de la mujer contra las pretensiones del marido ó sus peligrosas negociaciones; se ha querido asegurarle los medios de subsistencia con la conservación de sus bienes raíces, que son los más seguros, los más permanentes y más productivos. La conservación de los bienes en la familia, decimos por nuestra parte, es un medio, no es el fin.

Apliquemos ahora nuestra teoría, y veamos si concurren en la prohibición de enajenar los bienes raíces dotales los dos elementos que deben tomarse en cuenta para constituír el carácter real de la ley. El primero es que la ley tenga por objeto direc-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

to los bienes, y el segundo, que es el comprobante del primero, consiste en que la ley no tome en cuenta para su mandato ó prohibición, la calidad ó estado de las personas que están en relación con los bienes que son asunto de la ley.

Ninguno de estos dos elementos encontramos en la ley que prohibe la enajenación de los bienes raíces dotales. No el primero, porque, como lo acabamos de observar, no son los bienes el objeto directo de la ley, sino la persona de la mujer casada, su protección, el asegurarle los medios de subsistencia. El mismo Marcadé lo reconoce después, y toma de esta consideración argumento muy sólido para sostener que son alienables los frutos de los bienes dotales. En el comentario del artículo 1554 del Código Francés, párrafo IV, discutiendo la cuestión que acabamos de insinuar sobre inalienabilidad de los frutos de los bienes raíces dotales, se expresa así: "Es bien claro que estos frutos no pueden ser propia y rigurosamente inalienables, pues que su destino mismo es ser enajenados para las necesidades de la familia (porque emplear los frutos en pagar á los diversos proveedores, es precisamente enajenarlos). Pero de que los frutos sean necesaria y esencialmente alienables para este objeto, no es lícito concluír, como lo hace Mr. Troplong (números 3288-92), que lo son absolutamente y con cualquier fin; y la naturaleza de las cosas obliga á decir como lo señalaba en otro tiempo y como lo decide bajo el Código una jurisprudencia constante, que estos frutos no son disponibles en las manos de los cónyuges sino *para las necesidades de la familia* ó después de satisfacer estas necesidades. ¿De qué serviría, en efecto, haber ordenado la inalienabilidad de un bien, si fuera permitido enajenar su goce mientras durase la unión conyugal? ¿Qué significaría para los esposos y los hijos tener un patrimonio considerable y que no puede salir de la casa, si se pudiese perder la totalidad de sus frutos?

"*Los frutos tienen la destinación legalmente obligada de hacer frente a las cargas del matrimonio; y como es precisamente para asegurar la conservación de la dote con este fin (como también para su restitución más tarde) que se ha establecido la inalienabilidad dotal*, sería desconocer el *pensamiento fundamental* de la ley, admitir, como lo hace Mr. Troplong, la plena y entera dis-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ponibilidad de los frutos. En vano el sabio magistrado nos dice que, si el marido emplea mal los frutos, la mujer tendrá el recurso de la separación de bienes. Esta no es una respuesta, porque si fuese cierto que los frutos son enteramente disponibles en las manos del marido antes de la separación, lo serían también en manos de la mujer después de la separación; de suerte que esta separación no haría más que cambiar de lugar, sin minorarlo, el *peligro que la ley ha querido prevenir:* en uno y otro caso, el comprometer la totalidad de los frutos podría hacer necesaria la enajenación de los mismos inmuebles para proveer á los alimentos de la familia (art. 1558), de suerte que la restricción puesta á la disponibilidad de los frutos, no es sino la consecuencia de la inalienabilidad de los inmuebles. Es menester, pues, distinguir dos partes en estos frutos: la una comprende lo que es necesario á la casa y participa de la inalienabilidad del inmueble, en el sentido de que no puede ser enajenada sino para satisfacer las cargas del matrimonio: la otra se compone de lo supérfluo y queda plenamente disponible». Es evidente, pues, que en sentir de Marcadé, el propósito de la ley al prohibir la enajenación de los bienes dotales, es proveer á los alimentos de la mujer y de la familia, y que no ha tenido entonces por objeto directo los bienes, faltando, en consecuencia, el primer elemento que da á la ley el carácter de real.

Pero le falta también el segundo elemento, que es el comprobante del primero: la ley ha tenido en mira la protección ó el favor de las personas, ha tomado en cuenta especial y directamente la condición de la persona, su estado civil; la prohibición de enajenar forma en este caso parte del conjunto de los derechos y obligaciones que constituyen el estado civil de *casado bajo el régimen dotal.* La ley no se ha propuesto otra cosa que proteger los intereses de la mujer casada; si el propósito final de la ley fuera, como lo pretende Marcadé, conservar los bienes raíces en la familia, ¿por qué no dispuso lo mismo respecto de los bienes raíces del marido? ¿Qué diferencia *legal* podría señalarse en cuanto al dicho propósito entre los bienes raíces de la mujer y los del marido? Por más que se piense, no se encontraría otra razón para prohibir la enajenación de los bienes raíces de la mujer y no los del marido, que la protección á que es

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

acreedora aquélla en razón de su debilidad y del predominio del marido.

Fácil es conocer la importancia de las dos doctrinas opuestas que acabamos de examinar, en vista de las consecuencias legales que resultan de su aplicación. Si la prohibición de enajenar los bienes raíces de la mujer casada (prohibición que tenemos también en Chile, artículo 1754 del Código Civil) fuera una ley real, no sería lícito á los cónyuges extranjeros, residentes en el extranjero, vender ó hipotecar los dichos bienes ubicados en Chile sino con arreglo á las prescripciones de la ley chilena; pero si por el contrario la ley es personal, como sostenemos por nuestra parte, los cónyuges extranjeros y residentes en el extranjero podrían vender é hipotecar los dichos bienes raíces sujetándose á lo dispuesto en las leyes de su domicilio ó en las leyes del país donde celebrasen el contrato, según los casos. Pero los cónyuges chilenos no podrían efectuar esa enajenación ó hipoteca, porque la ley chilena sigue al chileno en país extranjero *en lo relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile* (art. 15, núm. 1.º)

Seguiremos examinando algunos otros ejemplos de leyes personales y que en concepto de jurisconsultos notables deben calificarse de reales, lo que, si demuestra las dificultades de que está erizada esta importante materia, nos servirá al mismo tiempo para hacer más patente la legitimidad de nuestra teoría, ó sea, la interpretación que damos al artículo 16 de nuestro Código Civil.

Las leyes que determinan el premio del guardador, que en Chile es la décima de los frutos, las que conceden al padre de familia el usufructo de los bienes del hijo, ¿son reales ó personales? Si son leyes reales, los guardadores y padres de familia extranjeros y residentes fuera de Chile, tendrían en los bienes situados en Chile la décima y el usufructo; pero si las dichas leyes son personales, los guardadores y padres de familia no tendrán otros derechos que los que les confieran las leyes del domicilio.

El señor Concha y Toro, en su notable discurso pronunciado al tiempo de incorporarse en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas, estima como reales las referidas leyes, y resumiendo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

su opinión, dice: "Pero, cualquiera que fuese esta ley que concede la administración, de todos modos, desde que ella se ejerce sobre bienes situados en Chile, habría de conformarse con la ley chilena. El usufructo de que hablamos no es más que una recompensa por los cuidados de la administración, el salario de una gestión, y el padre que desempeña esta gestión, que ejerce esta administración sobre bienes situados en Chile, no podría justamente ser despojado de la retribución que la ley chilena le otorga". "En conformidad á estos principios deberán resolverse las cuestiones sobre las atribuciones y facultades de los tutores y curadores extranjeros sobre bienes de sus huérfanos situados en Chile, y la remuneración debida á sus servicios; todo lo cual se arregla necesariamente por la ley chilena".

Nosotros creemos, por el contrario, que todas estas leyes son personales, que todas ellas son dictadas únicamente en consideración á las personas, que ellas entran á formar el conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el estado civil de hijos de familia y menores sujetos á tutela ó curaduría; que esas leyes no tienen por objeto directo los bienes, sino la protección de las personas de cierta clase, ó sea, su estado civil. El examen de las razones en que funda su opinión el señor Concha y Toro nos servirá para dar más desarrollo á nuestra doctrina.

El fundamento de esta opinión consiste en que la administración de los bienes se ejerce en Chile, y por lo tanto, debe ella ajustarse á la ley chilena. La consecuencia es errónea, porque no es ni puede ser la ley del lugar de la ubicación de los bienes la que determine las reglas á que debe ajustarse la administración, ó sea, las facultades administrativas y la manera de ejercerlas; y la razón es clara, porque no es la ley de la ubicación de los bienes la que confiere la administración; ésta se confiere por la ley que discierne el cargo de tutor ó curador, y este discernimiento, ó sea, el *título* de guardador, es el que determina los derechos y obligaciones del guardador, que no son otra cosa que las facultades administrativas y la manera de ejercerlas, y el premio que le corresponde por esa administración. El *discernimiento* es el *mandato*, y el mandato se ajusta á la ley bajo cuyo imperio se otorga sin consideración al lugar donde están situados los bienes que se van á administrar con el mandato. Los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

derechos y obligaciones del mandatario, lo mismo que los del representante legal, no son inherentes á los bienes, sino á las personas, y no son, por consiguiente, materia de leyes reales, sino de leyes personales. Lo mismo hay que decir del usufructo del padre de familia sobre los bienes del hijo; ese usufructo lo otorga la ley que da origen á la patria potestad, y no la ley donde están situados los bienes; ese usufructo forma parte del conjunto de derechos y obligaciones que constituyen el estado civil de padre de familia, y las leyes del estado civil son esencialmente personales, y por eso siguen al individuo, aunque traslade su residencia ó domicilio á país extranjero. El representante legal tiene que ajustarse á la ley que confiere la representación, lo mismo que el mandatario tiene que ajustarse al contrato y á la ley bajo cuyo imperio adquirió la existencia; en uno y otro caso sólo hay obligaciones y derechos personales; en uno y otro caso las leyes tienen relación directa con las personas, é indirecta ó secundariamente con los bienes.

Más difícil es la calificación de las leyes relativas á la prelación de créditos. El señor Concha y Toro las estima como reales, y sostiene, en consecuencia, que la preferencia para el pago de los créditos con los bienes situados en Chile debe regirse por la ley chilena. En favor de esta opinión puede alegarse que las dichas leyes tienen por objeto directo los bienes, porque tratan de determinar la responsabilidad de ellos á favor de los acreedores. En efecto, el artículo 2,465 de nuestro Código Civil dice así: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces ó muebles del deudor, sean presentes ó futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1,618". De paso advertiremos que hay otros bienes no embargables á más de los designados en el artículo 1,618. Aunque esta ley está redactada en forma facultativa, como si se tratase de dar una facultad ó un derecho á los acreedores, en realidad ella establece una responsabilidad en los bienes del deudor; y la mejor prueba de que su propósito tiene relación directa con los bienes es que exceptúa de esa responsabilidad cierta clase de bienes, los no embargables. Así pudo redactarse la ley sin inconveniente alguno, y emitiendo exactamente la misma idea,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en estos términos: "Todos los bienes de una persona, sean presentes ó futuros, exceptúandose solamente los no embargables, responden de sus obligaciones personales". Esta idea es consonante con la que expresa el inciso final del artículo 1,619, que dice: "La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor á los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos". Estas leyes tienen, pues, relación directa con los bienes, y en cuanto establecen la responsabilidad de los bienes de una persona para el pago de sus deudas, son sin duda leyes reales, pues no toman en cuenta la calidad de las personas, no tratan de favorecer á una clase especial de individuos.

Pero las leyes que dan preferencia á cierta clase de acreedores para ser cubiertos de sus créditos, no son todas de la misma clase; porque si bien algunas no toman en cuenta la calidad de las personas, sino sólo la naturaleza del crédito para establecer esa preferencia, otras, por el contrario, sólo toman en cuenta la calidad personal del acreedor para darle la prelación. Así sucede con los créditos de los pupilos, de las mujeres casadas, del fisco, etc. Estas leyes tienen relación directa con las personas, tratan de proteger las personas, establecen un privilegio en favor de las personas; el espíritu que inspira á la ley, el propósito que persigue es el favor de las personas; son, por consiguiente, *personales* y no *reales*.

JOSÉ CLEMENTE FABRES

(Continuará)

CONDICIÓN LEGAL DEL INDÍGENA

PRIMERA PARTE

SUMARIO.—I. Incapacidad del indígena.—II. Leyes españolas.—III. Carácter general de esta legislación.—IV. El mulato y el indio.—V. Los indios de Chile.

I

Nuestra legislación clasifica las personas en cuanto á la facultad que tienen para ejercitar sus derechos, en *capaces* é *incapaces*.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Forman la primera clase todas las personas en general, con excepción de los *incapaces.*

Y la segunda la componen la mujer casada sujeta á potestad marital, el hijo de familia, el menor no emancipado ni habilitado de edad, el loco ó fatuo, el sordo-mudo, el pródigo y el ausente.

La ley hace esta distinción por cuanto establece limitaciones al ejercicio de los derechos en razón del estado, edad, demencia, incapacidad física, prodigalidad ó residencia de las personas.

Esta clasificación no comprende al *indígena* por el hecho sólo de serlo. Sin embargo, en el ejercicio de sus derechos se halla sujeto á ciertas limitaciones que hacen de su persona un verdadero *incapaz.*

Ellas no alcanzan al ejercicio de sus derechos políticos (1).

Se refieren en el estado actual de nuestra legislación á ciertas limitaciones en el *dominio* y *posesión* de los bienes raíces; y se hallan circunscritas á parte limitada de nuestro territorio.

Antes de ocuparnos de ellos, vamos á hacer una breve reseña de la situación legal del indígena creada por las diversas leyes españolas y patrias que rigieron desde la conquista á la fecha.

Su alcance legal, las causas que las motivaron y su índole ó carácter especial, han sido diversos en todo el período de su larga duración; y en ellas se ha visto impreso el sello de la época en que se dictaron.

Por eso nos ocupamos separadamente de la legislación española que rigió durante la conquista y el coloniaje; y de la legislación patria que comenzó con nuestra emancipación política.

II

Durante la conquista y el coloniaje rigieron en Chile y en América en general las disposiciones dictadas por los reyes de España en diversas cédulas, cartas, provisiones, ordenanzas, instrucciones, autos de gobierno y otros despachos dictados por las autoridades que en su nombre la ejercían.

(1) En la junta de mayores contribuyentes que funcionó en Mulchén, por asuntos electorales en 1884, figuró el indígena José Luis Guahiqueche.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Dadas en diversas épocas y obedeciendo á móviles también diversos, se modificaban unas á otras, se complementaban y aun se contradecían formando un caos en que se hacía difícil distinguir las disposiciones vigentes y las derogadas, lo que originaba en la práctica trabajo de difícil solución.

Este inconveniente se hacía sensible desde tiempo atrás, por cuyo motivo se dictaron diversas medidas á fin de precaverlo y evitarlo en lo sucesivo.

En la secretaría misma de Madrid no se hallaba una colección de las cédulas reales; y en las colonias era aún mayor la confusión que existía por el desorden de sus archivos.

Ello dió margen á la real cédula de 23 de mayo de 1674, firmada por la reina gobernadora, que disponía entregaran á sus sucesores los virreyes, presidentes y gobernadores de Indias, todos los despachos del rey que estuvieren en su poder y á los guardadores del tesoro los que se referían á la administración de la hacienda real.

Tal estado de cosas hizo necesario la compaginación y formación de un código que pusiera término á este desorden.

Esta obra se emprendió en los últimos tiempos de Carlos V, y continuada bajo Felipe II, sólo se llevó á término en el reinado de Carlos II.

Á petición del Fiscal del Consejo de Indias, Hernández de Licbano, se encargó en 1552 al virrey de Nueva España don Luis de Velasco, marqués de Salinas, reuniera las que correspondían á la audiencia de México.

Este funcionario cometió su encargo al licenciado Vasco de Puga, oidor de ese tribunal, el cual terminó su cometido formando un volumen que se publicó en 1563.

Poco después, el virrey del Perú don Ignacio de Toledo recibió el encargo de reunir en un volumen y por orden de materias todas las cédulas dictadas hasta la fecha.

Esta obra no se llevó á efecto, pues Felipe II ordenó en 1560 se ejecutara en España "para que todas puedan ser sabidas y entendidas, quitando las que no conviniesen, y proveyendo de nuevo las que faltasen, declarando y concertando las dudosas y repugnantes y distribuyéndolas por sus títulos y materias comunes".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De este trabajo sólo se imprimió el título del "Consejo y sus ordenanzas", el que se mandó ejecutar y guardar por real cédula de 24 de septiembre de 1571.

En esa época, el Consejo, para suplir en parte la falta que hacía la obra, ordenó á un oficial de su secretaría, don Diego de Encinas, copiase las provisiones, cédulas, capítulos de ordenanzas, instrucciones y cartas libradas y despachadas en diferentes tiempos hasta el año 1596.

Este trabajo se publicó en cuatro tomos; pero no llenó su objeto por no estar las materias en el orden y distribución convenientes.

En 1608 se comisionó á los miembros del Consejo, don Hernando Villagómez y don Rodrigo de Aguiar y Acuña; y sólo el último, asociado con don Antonio León Pinelo, célebre bibliógrafo americano, que ejercía el cargo de juez letrado de la Casa de Contratación, dieron á luz en 1628 un volumen que se publicó con el título de *Sumarios de la recopilación general de leyes.*

Por fallecimiento de Aguiar, fué nombrado en su reemplazo don Juan de Solórzano y Pereira, autor de la *Política Indiana*, obra que en aquellos tiempos era indispensable en las oficinas de la administración colonial.

En 1660 se comisionó directamente al Consejo de Indias para que procediera á compilar las leyes, en cuya labor fueron asistidos sus miembros por notabilidades de la época, tales como don Fernando Jiménez Paniagua, don Francisco Ramos del Manzano, los condes de Peñaranda y Medellín y el duque de Medina-Celi.

Esta comisión puso término á su labor, y su obra tuvo la sanción real por cédula de Carlos II, dada en Madrid en 18 de Mayo de 1680, y fué mandada publicar en el año siguiente con el nombre de *Recopilación de las leyes de los reinos de Indias.*

Mandóse asimismo que dos ejemplares corregidos y firmados por el Consejo, se depositaran, uno en su propio archivo y el otro en el de Simancas, para que sirvieran de texto auténtico de la ley.

Mil quinientos ejemplares de este código fueron enviados á América, para ser vendidos por cuenta de la corona.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Á Chile llegaron sólo cincuenta en el año 1682, siendo gobernador don Marcos José de Garro.

Sin embargo, en esta recopilación no se reunieron todas las leyes vigentes sobre el gobierno de la colonia, pues la misma cédula que la sancionó, establecía "que quedaban en su fuerza y vigor las cédulas y ordenanzas dadas á nuestras reales audiencias, en lo que no fueren contrarias á las leyes de esta recopilación".

Diversas reales cédulas dictadas con fecha posterior, y muchas en causas particulares, alteraron las disposiciones generales que contenía, y ocasionaron la confusión que su aparición había salvado en parte.

Más tarde, la aumentaron aún más los *autos acordados* de las reales audiencias, que fueron disposiciones dictadas por estos tribunales con carácter general y que versaban casi siempre sobre el mejor orden y desempeño de las funciones encomendadas á los agentes judiciales ó á las personas que intervenían en los litigios.

Subsistía también la legislación general de España, aunque con limitaciones.

La ley 2.ª, título 1.º, libro II disponía "que así en cuanto á la sustancia, resolución ó descisión de los casos, negocios y pleitos, como á la forma y orden de sustanciar, se observaran en América con preferencia las leyes de Castilla, las cuales sólo podían aplicarse en defecto de éstas".

III

Esta legislación estaba basada, como la administración general de la España de aquel entonces, en el más completo absolutismo.

El rey, y no la nación española, era dueño exclusivo de toda la América.

Ella le fué cedida con bosques, minas, suelo, mares y habitantes por donación del Romano Pontífice (1), hecha á los Reyes Católicos y á sus sucesores.

(1) Bulas de Alejandro VI, expedidas en 3 y 4 de mayo de 1493.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los antecedentes mismos de la conquista, llevada á cabo contra todo derecho y cometiendo toda clase de violaciones contra los principios de equidad y de justicia, dieron á ella un carácter restrictivo muy especial.

Como hemos dicho, el monarca era todo.

Designaba á su antojo á los funcionarios públicos, dictaba leyes, imponía contribuciones y ejercía en una palabra la plenitud de la soberanía por derecho divino.

Sancionaba y autorizaba la conquista del caudillo y la posesión de la hijuela ó encomienda del colono ó aventurero.

Notábase en ella la intolerancia de la época. Los conquistadores creían ejercer una misión divina, y por eso imponían á los conquistados sus creencias religiosas.

Sin embargo, veíase á veces el buen espíritu con que estaban dictadas y los defectos de que adolecían eran propios del atraso de la época.

IV

Esta legislación no establecía diferencias sociales entre los españoles, criollos y mestizos.

Sin embargo, la administración general de las colonias puso entre ellos barreras muy marcadas que más tarde fueron uno de los gérmenes de descontento que popularizó el movimiento revolucionario.

Una de ellas fué la exclusión sistemática que se hizo para los altos puestos de todo aquel que no hubiese nacido en España.

Había, sí, gerarquía social para el *mulato* y el *indio*.

Los primeros, hijos de europeos y de negros, eran reputados infames de derecho y no podían obtener empleos.

Las leyes no les prohibían su admisión á las órdenes sagradas; pero en la práctica eran rechazados.

Las leyes 14 y 28, título 5.º, libro 7.º de la Recopilación les prohibía tener armas, y á sus mujeres el uso de los mantos, la seda, las perlas y el oro.

El indio, con cuyo nombre se comprendía á los naturales de América, estaba sujeto á disposiciones especiales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La ley distinguía al indio salvaje ó bravo, y al indio manso, que era el conquistado.

De éstos algunos vivían en sus reducciones y bajo el gobierno de sus caciques; pero los más fueron incorporados lentamente á las poblaciones españolas.

Hubo disposiciones legales establecidas únicamente en favor de sus usos y costumbres.

Así, la ley 4.ª, título 1.º, libro II los autorizaba para conservarlas siempre que no fueran contrarias á la religion cristiana.

Para precaverlos de los fraudes á que estaban expuestos por su ignorancia, la ley los asimiló á los menores; les dió abogados para sus defensas y encargó á los fiscales de las audiencias velaran por sus intereses y personas.

Los eximió del pago de diezmos y del servicio militar; y ordenó fueran tratados como hombres libres y vasallos de Castilla.

Pagaban sólo un impuesto personal, llamado capitación, y que cubrían todos los varones casados desde dieciocho hasta cincuenta años y que variaba en las diversas localidades; pero su monto puede avaluarse en un peso anual por cabeza.

Sin embargo, estas disposiciones favorables, en la práctica no existían; pues fué norma usual y constante de las autoridades de la colonia usar para con ellos del más absoluto despotismo; el cual se hacía más duro aún con el incentivo del lucro de hombres que trataban de enriquecerse á toda costa y sin parar en medios.

Estaban además apagadas, si podemos decirlo así, con otras disposiciones que colocaban al indígena en condición bien desfavorable.

El indio pagaba al conquistador un impuesto de trabajo; y el sistema de *encomiendas*, nombre que se dió á este servicio, hacía de él un verdadero esclavo.

El soberano, á virtud de los derechos que tenía sobre ellos, los encomendaba, se decía, á sus buenos servidores para ponerlos bajo su amparo y protección, á fin de que se les tratase con suavidad y justicia.

Estas concesiones duraban la vida del agraciado y las de sus hijos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los indios, por el fallecimiento de éstos, volvían al dominio de la corona y eran nuevamente adjudicados á terceros que alegaban para ello títulos personales ó antecedentes de familia.

Por un salario fijo y determinado el indio estaba obligado á trabajar en el cultivo del campo, pastoreo de rebaños, construcciones de edificios y caminos y en la explotación de las minas y beneficios de metales.

Concurría á estos trabajos alternativamente y en divisiones á fin de tener algún descanso; y este orden se llamaba *mita.*

Era prohibido hacerles trabajar fuera de su turno y transladarlos á gran distancia de su residencia habitual.

Sin embargo, en la práctica sucedía lo contrario, y el encomendero sólo se preocupaba de obtener el mayor lucro de su encomienda.

Al principio sólo las otorgaba el soberano; pero más tarde tuvieron esta facultad los virreyes y gobernadores, sometiendo la concesión á la aprobación de aquél; sistema que hizo más onerosa la condición del desgraciado indígena.

V

Los indios de Chile (1) se hallaban también sujetos á estas leyes; pero la minería, á que se dedicaron sus encomenderos, hizo que el yugo fuera más pesado todavía.

Ella por sí sola era la más pesada de las industrias; y el lugar de su ubicación, apartado generalmente de los centros poblados, hacía la mita más odiosa y despótica.

Sin embargo, á veces se dictaron medidas para hacer más llevadera su condición; pero otras, en cambio, la hicieron más dura aún.

Ellas no importaban una innovación en la legislación general y pueden considerarse sólo como reglamentaciones, en atención á circunstancias locales.

Variaron sí durante el largo período de la colonia, y según la actitud que asumieron los araucanos y el plan de pacifica-

(1) Los datos históricos de este párrafo son tomados de la *Historia General de Chile* de don Diego Barros Arana.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción que adoptaron los conquistadores; quienes á veces ensayaron como sistema la guerra defensiva y la pacificación por medio de misiones.

El primer tributo que pagaron los indios de Chile á los conquistadores, fué su cooperación en la construcción de las ciudades de Santiago y La Serena.

Y luego que se produjo entre ellos la tranquilidad que había turbado la llegada de los conquistadores, los del valle del Mapocho fueron en 1544 repartidos por Valdivia entre sesenta encomenderos.

Y se designó á cada uno un número tan crecido con relación á la población indígena, que el reparto dió margen á serias dificultades entre los agraciados; pues hubo caciques con sus reducciones que fueron disputados por dos ó más encomenderos.

Este inconveniente se subsanó dos años más tarde, reduciendo á treinta y dos el número de repartimientos; y siendo las concesiones meramente temporales, pues necesitaban la sanción real y aun el mismo Gobernador se reservaba la facultad de hacerlas cesar.

Los encomenderos, al verse en esta situación precaria, hicieron empeños para que cesara, y así lo obtuvieron en 1546 del licenciado La Gasca, que gobernaba en el Perú.

Los tesoreros reales fueron también agraciados por esa concesión para tener repartimientos como los encomenderos.

Esta resolución, si fué del agrado de los conquistadores, no produjo igual efecto entre los indios, pues los más se fugaron ó se asilaron en los lugares donde trabajaban menos; dando margen á cuestiones que se debatieron ante la justicia, y razón de ser á medidas que se dictaron para evitarlo en lo sucesivo y que restringieron aún más su libertad.

Valdivia dictó ordenanzas para castigar las faltas de los indios, y las más leves se penaban con cien azotes.

Otras, movidas por sentimientos humanitarios, fijaban el peso con que podía cargárseles y las distancias que con ellos se les podía hacer recorrer.

El Gobernador don García Hurtado de Mendoza se preocupó vivamente de la condición de los indios, y tratando de poner

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

atajo al mal trato que se les daba, comisionó al licenciado Hernando de Santillán, su asesor y teniente gobernador, para que estudiara el régimen á que debía sometérseles.

Este funcionario se transladó á los establecimientos de la colonia, y al imponerse de la situación, trató de armonizar los intereses encontrados de los encomenderos y los indios, mediante una reforma prudente y parcial.

Presentó su trabajo á Hurtado de Mendoza, quien le dió su sanción en 20 de enero de 1559; y se mandó regir en forma de ordenanzas.

Se les llamó *La Tasa de Santillán*, porque era la tasación del tributo de trabajo á que estaban obligados los indios sujetos al sistema de encomiendas.

El texto original de ellos no ha llegado hasta nosotros; pero sus disposiciones se conocen por noticias de varios historiadores ó cronistas.

En ellos se estableció el sistema de *mita*, de que antes hemos hablado, y el jefe de la tribu debía suministrar un hombre para las faenas de la minería por cada seis vasallos, y uno por cada cinco para las agrícolas.

Este trabajador percibía como salario la sexta parte del valor de lo que ejecutaba y se le pagaba al final del mes.

Antes de esa fecha el indio trabajaba en las minas durante ocho meses y desde octubre á enero se ocupaba en el cultivo de sus maizales para proporcionarse alimento. Aquel período se llamaba *la demora*.

Esta ordenanza dispuso fueran alimentados por sus amos, los indios de trabajo, proporcionándoles carne tres veces á la semana.

Ordenó asimismo se les diera herramientas para las faenas.

Consignó disposiciones vigentes que eximían del trabajo á las mujeres y á los varones, menores de dieciocho y á los mayores de cincuenta años; y prohibió se les empleara como bestias de carga y se les exigiera pagos en especies; y que en los litigios se apoderara el amo de la cosa disputada con el vasallo.

Impuso á los encomenderos la obligación de atender á los indígenas en sus necesidades; curarlos en sus enfermedades; en-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

señarles la religión cristiana; asistirlos con misas y otras fiestas religiosas y absteniéndose de hacerlos trabajar los domingos y días festivos; tratarlos por la persuasión, reprimiendo los bárbaros castigos que antes se les aplicaban.

Para el cumplimiento de estas obligaciones creó en los asientos de lavaderos los alcaldes de minas.

Mas en la práctica, fueron la parte buena de estas disposiciones letra muerta; pues los indios trataban de eludir el trabajo en absoluto, y los conquistadores, de lucrar con ellos en la mejor forma.

Chile, como las demás colonias americanas, suministraba á la metrópoli ingentes sumas que la España tenía interés en aumentar.

La mayor parte provenía del quinto de los productos de las minas en explotación, y á fin de halagar la situación de los mineros, dictó la princesa gobernadora en el año 1555 diversas disposiciones que mejoraban su condición.

Ellas, como era natural, redundaban en perjuicio de los indios.

Tal situación se prolongó por largos años hasta que Felipe II, á instancias de fray Antonio de Avendaño, obispo de la Imperial, y contra la opinión del presidente Bravo de Sarabia, ordenó por cédula de 17 de julio de 1572 se tasasen los tributos que el indio debía pagar á la corona y al encomendero.

El monarca quería que el indio pagara un impuesto en dinero y no en trabajo obligatorio.

Esta disposición no se cumplió, pues los encomenderos fueron bastante influyentes para obtener su suspensión.

La real audiencia comisionó á dos de sus miembros para practicar una visita á fin de poner coto á los abusos, visita que no dió resultado alguno; pues las multas que éstos por ellos impusieron á los encomenderos, las dejó sin efecto aquel tribunal.

Por reiteradas órdenes del soberano, el Gobernador don Martín Ruiz de Gamboa trató de implantar la real cédula ya citada; y en 1580 expidió con este fin una ordenanza que es conocida por su propio nombre.

En ella se suprimía el trabajo obligatorio y el indio de las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

encomiendas debía pagar una contribución personal de nueve pesos anuales en el Obispado de Santiago y de siete en el de la Imperial.

Este tributo formaba la renta de los encomenderos con deducción de una parte, que era el sueldo de los corregidores de indios, que se establecieron á fin de velar por su cumplimiento.

Esta ordenanza cayó en desuso por la falta de cumplimiento que le dieron los indios, y más tarde fué totalmente derogada.

Así lo dispuso el gobernador don Alonso de Sotomayor en 1583, tratando de halagar á los encomenderos, de quienes esperaba auxilio para emprender la guerra á los indios rebeldes.

Alarmado el virrey del Perú don Gaspar de Acevedo y Zúñiga, conde de Monterrey, con los progresos que hacía la rebelión de los indios en Chile, y defiriendo á los sanos propósitos del fraile Luis de Valdivia, que tantos esfuerzos hizo en bien de éstos, ordenó al Gobernador don Alberto García Ramón suprimiera á la mayor brevedad el servicio personal de los indígenas.

Este funcionario llegó á Chile á principios del año 1605 y dió á conocer esas instrucciones en el bando que publicó su nombramiento de Gobernador. Ello no era una innovación: dicha resolución venía sólo á corroborar lo que estaba ordenado en real cédula de Felipe III, expedida en Valladolid en 24 de noviembre de 1601.

La condición de los indígenas era de vital importancia para los pobladores de Chile, de modo que toda innovación que se hiciera tenía que ejercer grande influencia.

Tener indios en aquel entonces era *tener que comer*.

Tal situación produjo un movimiento de intereses opuestos que se tradugeron en influencias encontradas ante la corte de España.

El Rey, para salir del paso, consultó al Consejo de Indias, quien, en un voluminoso informe, después de maduro estudio, expuso: "Ha parecido que sin embargo de estar prevenido por algunas cédulas, que no se deben dar por esclavos los indios, se pueden y deben dar por esclavos los que se cautivasen en la dicha guerra de Chile, y los que se tomaren después de la publicación de la provisión que para ello se despachase, así hom-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bres como mujeres, siendo los hombres mayores de diez años y las mujeres de nueve y medio, y que los menores de dicha edad no puedan ser esclavos, empero que puedan ser sacados de las provincias rebeldes y llevados á las otras que estén de paz, y dados y entregados á personas á quien sirvan hasta tener edad de veinte años para que puedan ser instruídos y enseñados cristianamente, como se hizo con los moriscos de Granada y con las demás condiciones de ellos».

Este informe tuvo la sanción real por cédula expedida en Ventosilla el 26 de mayo de 1608.

Su aplicación en Chile fué difícil y la noticia de su promulgación produjo una verdadera conmoción por la reforma que introducía en el servicio personal de los indígenas ya sometidos.

Un acuerdo de la real audiencia presidida por el Gobernador García Ramón la hizo verdaderamente ilusoria.

En él se estableció «que en todas las provincias de este reino y gobernación se quite el servicio personal de mujeres, así casadas como solteras, y de los varones menores de dieciocho años, que es la edad en que están obligados á tributos conforme á las ordenanzas de S. M., y que dichos indios gocen con la libertad de sus mujeres y los hijos menores de dicha edad, sin que puedan ser apremiados (las mujeres y los hijos) á servir á nadie contra su voluntad».

Esta resolución fué comunicada al soberano en momentos que la corte adoptara para con los indios el plan propuesto por el virrey del Perú y secundado en Chile por el padre Luis de Valdivia que se llamó la *guerra defensiva.*

Los jesuítas pedían al mismo tiempo el cumplimiento de la cédula que eximía á los indios del servicio personal y proponían su reemplazo por los negros.

Tal estado de cosas continuó durante algunos años, hasta que el Gobernador don Lope de Ulloa y Lemus en junio de 1618 dictó una ordenanza en la cual el impuesto de trabajo que los indios encomendados debían pagar á los encomenderos, era reemplazado por una contribución en dinero.

El rey reprendió al gobernador por la falta de cumplimiento que se había dado á la real cédula, y dictó otra en 1620, en que prohibía la transferencia y venta de las encomiendas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por fin, de orden del virrey del Perú, príncipe de Esquilache, promulgó el gobernador de Chile don Cristóbal de la Cerda, á principios del año 1621, la famosa ordenanza que abolía el trabajo personal.

Era ésta un código de setenta y tres artículos, que reglamentaba minuciosamente las relaciones de los indios con los encomenderos.

Los dividía en tres jerarquías: los de Chile, desde Biobío al norte; los de Cuyo; y los de Chiloé.

Y el impuesto era respectivamente de ocho pesos y medio, de siete pesos y de cinco pesos dos reales.

Sin embargo, en la práctica fueron, como siempre, letra muerta, y el servicio personal continuó gravando á los indígenas.

El 14 de abril de 1633 dictó Felipe IV una real cédula que disponía: "luego que ésta recibáis, habéis de alzar y quitar precisa é inviolablemente el dicho servicio personal, en cualquier parte y en cualquier forma que estuviere y se hallare entablado en esa provincia, persuadiendo y dando á entender á los dichos indios y encomenderos que esto les está bien y es lo que más les conviene, disponiéndolo con la mayor suavidad que fuere posible. Os juntaréis con el obispo, oficiales reales, prelados de las religiones y otras personas entendidas en esa provincia, y platicaréis y compensaréis en que punto, cosas ó especies se pueden tasar y estimar cómodamente los tributos de los dichos indios que correspondan y equivalgan al interés que justa y legítimamente les pudiere imponer el dicho servicio personal, si no excedieren del uso, exacción y cobranza de él. Y hecha esta conmutación, haréis que se reparta á cada indio lo que así han de dar; pagar en los dichos frutos, dineros y otras especies, haciendo nuevo padrón de ellos y de la dicha tasa en la forma que se ha referido, y que tengan entendido los encomenderos que lo que esto montare y no más han de poder pedir, llevar y cobrar de los dichos indios, como se hace en el Perú y Nueva España. Y esta tasa la habréis de hacer dentro de seis meses, como esta cédula recibieres dos y ponerla luego en ejecución".

El gobernador don Francisco Lasso de la Vega y la real audiencia trataron de cumplirla á la mayor brevedad, y al efecto, publicaron una ordenanza en 1634.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En ella se establecía la abolición del servicio personal de los indios y se reemplazaba por un tributo de diez pesos por cabeza.

Sin embargo, tampoco se cumplió y el servicio de los indios quedó subsistente como una necesidad económica y social del país y de la época.

La esclavitud de los indios hechos prisioneros en la guerra, daba á los conquistadores muy buenos resultados y contribuía en mucho á sostener el estado de rebelión de los araucanos.

Felipe IV quiso poner atajo á esta situación, y en 1665, por cédula dirigida al gobernador, dispuso: "Os mando dispongáis (que los dichos indios) sean reducidos á pueblos determinados (en los lugares donde son naturales) y de poca distancia, para que se pueda atender á su doctrina y enseñanza, y que cuidéis de aplicar á todo lo referido el remedio que más convenga, según permita el estado de las cosas".

El gobernador don Francisco de Meneses y el interino marqués de Navamarquende, nada hicieron por cumplir estas disposiciones, á pesar de las reiteradas órdenes de la princesa gobernadora, durante la menor edad de Carlos II, para restituir la libertad á los indios y que fueran devueltos á las tierras de donde se les había separado.

En 1679, á instancias del virrey del Perú, que notaba allí una considerable escaséz de brazos y que pedía se enviaran los indios de Chile, el rey sancionó la libertad de los indios; y para que no abusaran de ella, dispuso se les transladara á Lima, y fueran allí repartidos en las encomiendas, pudiendo hacerse nuevas si éstos fueran muchos.

Esta resolución hacía más triste la esclavitud del indio, que iba á sufrirla en país extranjero y desconocido, y que se dictaba con visos de ser una medida benéfica para ellos, siendo verdaderamente impulsada por la avaricia de los encomenderos peruanos, que veían desaparecer el indígena de aquel suelo.

Sin embargo, por representación del gobernador don Juan Henríquez, quedó esta disposición sin efecto alguno.

Y en ese entonces la aparición de la Recopilación de Indias sancionó la libertad del indio; pero dejando subsistentes los antiguos repartimientos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las disposiciones posteriores de este Código tendieron á mejorar la situación del indio hasta que llegara la abolición completa del sistema de encomiendas.

En 1683 una real cédula, á fin de poner término á la guerra de Arauco, ordenó se eximiera de todo tributo y durante diez años á todo indígena que aceptara la paz.

Otra del mismo monarca Carlos II en 1686 y de Felipe V en 1703, reiteraron el exacto cumplimiento de aquellas disposiciones que prescribían cesaran los depósitos de indios que procedían de las guerras de Chile; ordenaban asimismo se les redujera á pueblos en lugares cómodos y aprovechables para la agricultura, y de los cuales debían formar parte también los indios de encomiendas.

Tal estado de cosas duró algún tiempo más y con diversas alternativas, pues hubo disposiciones para abolir las encomiendas (real cédula de agosto 31 de 1721) que fueron derogadas poco después por otras de fecha posterior.

Este honor estaba reservado al gobernador don Ambrosio O'Higgins, quien, después de una visita que hizo al norte de Chile en la cual pudo palpar la triste suerte del indígena, expidió en La Serena un auto con fecha 7 de febrero de 1789 en el cual mandaba que los encomenderos, sujetándose á las disposiciones vigentes, no impusieran á los indios más tributos que los determinados por las leyes, debiendo remunerarles el trabajo que les hicieren.

Esta resolución fué sancionada por real cédula de Carlos IV, expedida en 3 de abril de 1791. Y otra fechada en el mismo año suprimía para siempre el sistema de encomiendas.

Los indios entonces se establecieron en antiguos asientos, que más tarde se convirtieron en pueblos como Chalinga, Pomaire, Conchalí; y otros continuaron en las haciendas formando esa nueva esclavitud que se ha llamado entre nosotros el *inquilinaje.*

Sin embargo, el indio de pura raza había desaparecido por completo, y sólo se le encontraba al sur de la frontera del Biobío. En el resto de Chile se había mezclado con los conquistadores formando una sola raza.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Tal fué la legislación colonial con relación al indígena, cuyas últimas disposiciones vino á derribar la revolución de 1810.

Los Ángeles, julio de 1889

JULIO ZENTENO BARROS

(Concluirá)

LIGERAS CONSIDERACIONES SOBRE EL EMPLAZAMIENTO; efectos que produce la introducción de artículos de incontestación

De los diversos plazos que nuestras leyes conceden á los litigantes para la defensa de sus derechos, el de citación y emplazamiento, es, sin duda, uno de los principales; sus efectos son de marcada transcendencia para las partes, ya que puede someterlos á jueces que no son los propios, imponerles obligaciones cambiar por sí solo el carácter de las cosas, etc.; y todo esto aparte del interés especial, con que se espera el noveno día, que, por regla general, pone una valla á los artículos de incontestación, odiosa arma del litigante de mala fe, ó por lo menos, disminuye su eficacia.

Por otra parte, la práctica constante y uniforme de nuestros tribunales, ha contribuído no poco á darle mayor prestigio é importancia. Por lo general, se señala este término para ejecutar actos de mucha importancia para la buena marcha del juicio y seguridad del derecho del demandado.

Por cierto que aquí nos referimos á la citación y emplazamiento para contestar á la demanda, y no para comparecer ante el Tribunal de Alzada para seguir el recurso.

Sabido es que este plazo es perentorio, y, en consecuencia, contínuo, debiendo correr sin interrupción ninguna y producir sus efectos al expirar, como si dentro de él se hubieran verificado los actos que el demandado debe llevar á cabo en los nueve días, necesitando sí, que el juez, á petición de parte, lo declare terminado, pues sin esta declaración, el demandado puede efectuar los actos referidos como si se encontrara dentro de él.

De propósito nada hemos dicho sobre la prórroga del térmi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no, por cuanto el objeto de ella es dejar al demandado los nueve días libres para contestar, pudiendo disponer de tres ó más, según sea la distancia á que se encuentre del asiento del Juzgado para su viaje.

El objeto de la citación y emplazamiento, nadie lo ignora, es la comparecencia del demandado ante el juez á contestar á la demanda, ó sea, según el lenguaje corriente, la contestación de la demanda, ya que nadie puede contestar sin comparecer.

Pero, no sólo contestar á la demanda puede el demandado hacer en el emplazamiento: puede introducir artículos que paralicen el curso de la causa y lo exoneren de la obligación de contestar; y en este caso, ¿qué suerte corre el emplazamiento?

Como hemos dicho, el emplazamiento es un término perentorio, dándole este carácter la ley 13, título 4.º, libro XI de la Novísima Recopilación; debiendo por esto correr continuadamente, sin interrupción alguna.

Ahora bien, introducido el artículo, sigue corriendo el emplazamiento, y, por consiguiente, produciendo todos sus efectos, lo que sería un absurdo, ó se suspende ínter se resuelva el artículo introducido.

Decimos que lo primero es un absurdo, por cuanto siendo el artículo de incontestación, y teniendo por objeto exonerar al demandado de contestar á la demanda, no se le podría obligar á hacer aquello que él cree, con buenas ó malas razones, que no debe hacer.

No sucede esto con la suspensión que, dejando las cosas en el estado en que se encuentran, ni quita ni pone rey, como se dice vulgarmente.

Pero, siendo perentorio el término, no puede suspenderse, ya que debe correr continuadamente, y de aquí es que, en nuestro concepto, la introducción de un artículo borra los días ya corridos del emplazamiento, empezando de nuevo, terminado que sea el artículo pendiente.

Nuestros tribunales han confirmado esta teoría, pues no conocemos un solo caso en que hayan declarado lo contrario, y sí muchos en que han desechado rebeldías, acusadas tomando en cuenta los días corridos antes de la introducción del artículo.

Escriche y Tapia aceptan de lleno esta misma teoría, como

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

puede verse en el "Diccionario de Jurisprudencia", en el párrafo Contestación del título Juicio, y en el libro III, título I, capítulo III del "Febrero Novísimo", aunque este último cree que debe distinguirse entre el litigante de buena y el de mala fe, concediéndole á aquél los nueve días, y á éste sólo el saldo; teoría por demás peligrosa y que no creemos muy útil, ya que sería difícil encontrar un litigante de buena fé que perdiese un artículo de incontestación, puesto que, ganándolo, nada le supondría el mayor ó menor número de días que le dieran para contestar, ya que había de hacerlo.

En cuanto á disposiciones legales, no conocemos una sola en contra, y estamos dispuestos á creer que no existen, tanto por lo expuesto, como por disposiciones posteriores que hemos podido consultar.

Sólo por vía de ejemplo, podemos citar el artículo 121 de la ley española de 24 de julio de 1830 sobre tramitación de juicios de comercio, que limita á seis días el plazo para contestar á la demanda, si se hubiere introducido artículo, y contado desde la resolución definitiva de éste.

Igual disposición contiene el proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, artículo 248, contándose los seis días desde la notificación de la sentencia que ordena contestar á la demanda resolución que creemos equitativa, pues deja en mejor condición al demandante sin perjudicar al demandado.

Y las medidas precautorias ordenadas por el juez, para que se cumplan en el término del emplazamiento, ¿qué suerte corren? Sucede generalmente que se decretan depósitos, arraigos y otras medidas de esta naturaleza, para que se cumplan en el término del emplazamiento. ¿Se entenderá en este caso, que el depósito, por ejemplo, debe hacerse en los nueve días siguientes á la notificación de la demanda, ó debe esperarse el vencimiento del término para saber si hay rebeldía á este respecto ó no?

Á nuestro juicio, si el juez ha ordenado que debe hacerse en el término del emplazamiento, el demandado no puede ser rebelde, ínter no haya expirado el término, cualquiera que sea el tiempo que demore.

Basta considerar que no es el plazo de nueve días el concedido para llevar á efecto la medida decretada; es el emplaza-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

miento. Luego, no hay por qué exigirle, ó más bien dicho, arrebatarle al demandado el derecho que le ha concedido el juez, irrogándole, tal vez, enormes perjuicios.

Sea cual fuere la medida decretada, si ella debe llevarse á cabo en el término del emplazamiento, el demandado debe gozar en toda su amplitud de este término; como asimismo, si es de nueve días el plazo señalado, se vería en la obligación de cumplir lo ordenado dentro de ellos, con entera prescindencia del emplazamiento.

En nuestro modo de pensar, esto es lo único correcto y legal.

GELIO MUÑOZ FUENTE-ALBA

Concepción, agosto de 1889.

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CODIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

"Las comunicaciones que dirijan los mismos jueces de letras á los jueces de subdelegación ó de distrito, serán firmadas sólo por el secretario respectivo".

Adoptando la redacción del artículo anterior y suprimiendo lo superfluo, podría quedar así el

"ART. 64. Toda comunicación dirigida por un juez de letras á otro juez de igual categoría ó al secretario de un Tribunal superior, será firmada con firma entera por el juez que la expida.

"La que dirija un juez de letras á otro de subdelegación ó de distrito, será firmada con firma entera sólo por su secretario".

"ART. 65. Las comunicaciones de los jueces de subdelegación y de distrito serán firmadas por los funcionarios que las expidan".

Redactaríamos así este artículo:

"ART. 65. Toda comunicación dirigida por un juez de sub-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

delegación ó de distrito, será firmada respectivamente por cada juez con firma entera».

La diferencia en la redacción se comprende comparando la una con la otra.

«ART. 66. Toda comunicación que tenga por objeto la ejecución de alguna diligencia judicial fuera del territorio del tribunal que conoce de la causa respectiva, será dirigida sin intermedio alguno al tribunal ó funcionario á quien corresponda la ejecución, aun cuando tal tribunal ó funcionario no sea dependiente del que expidiere la comunicación; sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 31 y 36 de la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales».

En sustancia, lo que se dispone es la *comunicación directa* y sin que intervenga el superior de ninguno, ni del que dirige, ni del que recibe la comunicación. Esta idea se significa en el artículo 61 con la voz *directamente;* y en consecuencia, debería suprimirse este artículo 66.

Si se conservare, habría que quitarle todo lo que sigue á «sin perjuicio...» etc., porque no tiene atingencia alguna con lo dispuesto en lo principal. En esa parte no se dispone sobre facultades de un funcionario, ni se quita ningún poder, ni guarda relación alguna con lo dispuesto en los artículos 31 y 36 de la Ley orgánica. Con la frase «sin perjuicio...» etc., ó sin ella, las cosas quedan como estaban. Esas disposiciones, siendo ajenas á lo dispuesto en el artículo 66, no se derogan por la existencia de este artículo. El «sin perjuicio» es un parche muy resaltante y debe quitarse.

El artículo 66 se redactaría así, si quedase:

«ART. 66. Toda comunicación para ejecutar una diligencia fuera del lugar del juicio, será dirigida directamente por el juez de la causa al funcionario correspondiente; y no tendrá que ir por intermedio del superior gerárquico de ninguno de los dos».

«ART. 67. Toda comunicación deberá ser conducida á su destino por los correos del Estado, siendo de cargo para el interesado el pago del porte».

Sería preferible establecer el servicio gratuito como servicio de la comunidad. El gasto que tal sistema impondría, sería insignificante.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La primera parte está estatuída en el artículo 119 de la Ordenanza General de Correos del 22 de febrero de 1855 y en la ley del 19 de noviembre de 1874. Por consiguiente, sólo resta que disponer la gratuidad.

"ART. 67. Toda comunicación judicial será conducida libre de porte por los correos del Estado".

TÍTULO XI.—De las rebeldías

El epígrafe debería estar en singular y ser *Rebeldía.*

"ART. 68. Es rebelde todo litigante que deja de obrar en el juicio dentro de los términos señalados para ello por la ley ó por los Tribunales".

Es preciso poner primero el sujeto ó lo que se define. La esencia de la rebeldía consiste en dejar de hacer un trámite, como contestar un traslado, ó de hacer una diligencia, como prestar una confesión. Esta esencia hay que expresarla en la definición. El plural de términos es impropio y debería usarse el singular. "Dejar de obrar" es muy bajo é indeterminado.

Por tanto, podría redactarse así el

"ART. 68. Rebelde es el litigante que no evacua un trámite ó diligencia judicial, dentro del plazo señalado para ello por la ley ó el juez".

"ART. 69. La rebeldía de un litigante no entorpecerá la prosecución del proceso".

"Proceso" está en vez de "juicio", y convendría reemplazar esa voz por "juicio".

No basta acusar una rebeldía, es necesario que se declare; por eso es conveniente agregar esta idea al artículo, el que podría quedar así:

"ART. 69. La rebeldía de un litigante no entorpecerá la prosecución del juicio; pero hay que declararla para que éste siga adelante".

"ART. 70. Todo trámite que haya debido ser evacuado por el litigante rebelde y que no lo haya sido dentro del término legal correspondiente, se tendrá por evacuado; y el tribunal proveerá lo que convenga según el estado de la causa, á solicitud de parte".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Conviene simplificar los trámites de los juicios y evitar la multiplicidad de presentaciones escritas, en cuanto fuere posible. Fundados en este principio, admitimos que la rebeldía se acuse verbalmente, se haga presente al secretario, y éste lleve los autos al juez para que declare si hay ó no rebeldía, teniendo presente que, antes de la declaración de la rebeldía, se puede ésta purgar pagando las costas.

Este artículo establece una presunción de rebeldía, cuando ordena que cierto trámite se tendrá por evacuado. La enumeración de las circunstancias que acompañen á dicho trámite para que se dé por evacuado, no tiene objeto; y la idea está expresada en el artículo 68 al definir al rebelde.

Después de la presunción viene la orden de que el juez, á solicitud de parte, resolverá lo que convenga; de modo que no hará la declaración de la rebeldía presunta, si pudiere resolver otra cosa. Tal mecanismo no nos satisface; por consiguiente, conforme con las ideas emitidas, podría redactarse así el

"ART. 70. Haciéndose notar verbalmente la rebeldía de un litigante, el secretario pasará el proceso al juez en la misma audiencia, si fuere posible, á fin de que declare si existe ó no. Existiendo, declarará evacuado el trámite ó diligencia en que se es rebelde. Mientras esta declaración no se pronuncie, el litigante podrá purgar su rebeldía, evacuando el trámite ó diligencia y pagando las costas ocasionadas por ella".

Con esta redacción se evitan dudas y se determinan casos concretos.

Así, por ejemplo, el hacerse parte no es trámite del juicio; pero es diligencia que la ley obliga á ejecutar, en segunda instancia sobre todo. Al que no comparece ante el tribunal en el término del emplazamiento, se le tiene por presente ó como hecho parte. La expresión de agravios, como cualquier otro trámite, puede darse por hecha y entonces seguir el juicio, ó bien, se puede pedir que la apelación se dé por desierta, y sólo existe la deserción cuando el tribunal así lo declara.

Con lo dicho y con la redacción que se da á este artículo, se contesta á las dudas y preguntas que formula el señor Ravest al examinar este mismo artículo.

"ART. 71. Si el litigante que ha sido rebelde compareciere

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en el juicio, podrá hacer todas las gestiones legales posteriores á la comparecencia, sin que retrograde la sustanciación del proceso».

El caso contemplado en este artículo es que, hecha la declaración de rebelde, se puede personar al juicio y en esa situación pueden ejercitarse todos los derechos, como si no hubiere tal declaración de rebeldía, sin que el juicio vuelva hacia atrás.

Por tanto, podría redactarse así el

«ART. 71. Después que un litigante ha sido declarado rebelde, podrá hacerse parte en el juicio y ejecutar todos los trámites de él, que queden sin cumplirse, sin que la sustanciación del juicio pueda retrogradar».

Así las ideas están expresadas de una manera clara, y se han quitado las impropiedades del lenguaje.

La proposición encabezada por «sin que» es inoficiosa con la frase «posteriores á la comparecencia.» Lo uno excluye lo otro. «Proceso» se toma en el sentido de «juicio», y se reemplazará.

«ART. 72. Podrá también el litigante rebelde pedir la rescisión de todo lo que se hubiere hecho en el juicio durante su rebeldía, ofreciendo probar que ha estado impedido por fuerza mayor.

«Este derecho prescribe en tres días, contados desde que hubiere cesado la fuerza».

Á fin de afianzar el derecho de las partes y de poner al juez en la necesidad de fallar bien, se podría agregar como inciso 2.º, lo que sigue:

«Probada la fuerza, se declarará la rescisión».

«ART. 73. Si al demandado rebelde no se le hubiere hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, podrá pedir la rescisión de lo obrado, ofreciendo acreditar alguna de las circunstancias siguientes:

«1.ª Que por un hecho que no le sea imputable ha dejado de llegar á sus manos la cédula destinada á notificarle la primera providencia del juicio;

«2.ª Que en la cédula se ha omitido alguna de las circunstancias especificadas en el artículo 42;

«3.ª Que el día en que aparece hecha la notificación por cé-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dula y los tres siguientes ha estado fuera del departamento en que dicha notificación se supone verificada.

"Este derecho prescribe en cinco días, contados desde que se acredite que el demandado tuvo conocimiento personal de la demanda".

Convendría introducir las siguientes modificaciones en el artículo 73.

El inciso 3.º contiene un motivo para declarar nula la notificación. En cuyo caso, esta nulidad retrotraería el juicio al estado en que estaba antes de la notificación. Por tanto, la omisión apuntada en este inciso no es causal de rescisión del juicio ó de lo hecho en él, sino motivo de nulidad de una notificación.

Convendría suprimir la circunstancia 2.ª.

En el inciso 4.º debería ponerse "lugar del juicio" en vez de "departamento"; porque si la cédula se ordena en un juicio ante juez de distrito, se tomará el distrito y no el departamento como lugar de donde se ha estado fuera.

En el inciso 5.º debería ponerse "proceso" en vez de "demanda". Así quedaría con más posibilidad de poderse probar; puede ocurrir que se conozca el final de un juicio é ignorar la demanda, en cuyo caso no nacería la prescripción.

Parecería muy útil agregar un 6.º inciso.

"Probado este conocimiento, se decretará la rescisión".

"ART. 74. En los casos de los dos artículos precedentes se condenará en las costas del incidente al litigante que no acredite la fuerza mayor ó la ignorancia".

De una manera más clara podría redactarse este artículo en la forma siguiente:

"ART. 74. El litigante que pidiere la rescisión será condenado en las costas si no acreditare el fundamento de ella, especificado en los dos artículos anteriores".

Por inducción se viene á caer en que el condenado en costas es, según la redacción del Proyecto, el solicitante de la rescisión. Para evitar esa excursión de la mente, es mejor decirlo directamente y sin rodeos.

No ponemos "fuerza mayor ó ignorancia", cosas que deben probarse, según el Proyecto; porque no es ese el fundamento

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

prescrito en los artículos 72 y 73, para que haya rescisión. Ese fundamento es en el artículo 72 el impedimento ocasionado por fuerza mayor, y en el artículo 73, las circunstancias que él enumera. Todos esos pormenores, base de la rescisión, son hechos *positivos*, hechos sobre los cuales vale la prueba; pero la ignorancia es la ausencia de conocimiento, es un hecho negativo y la prueba rendida sobre tal hecho, es ineficaz. Además, bien puede probarse la existencia de la fuerza mayor; y no obstante, puede ocurrir que ella no haya producido el impedimento del artículo 72; en cuyo caso, no podría decretarse la rescisión. Si no hay impedimento, aunque exista fuerza mayor, no se podría decretar la rescisión.

La ignorancia ó la falta de conocimiento, no es causal de rescisión, ni en el artículo 72, ni en el 73.

Según lo expuesto, hay razones para operar el cambio de redacción.

TÍTULO XII.—De los incidentes

Convendría poner sólo "incidentes".

"ART. 75. Se llama *incidente* toda cuestión accesoria que se suscita entre las partes durante el curso del juicio".

El "se llama" debe quitarse. La frase "que se suscita entre las partes" sólo admite los incidentes entre partes; un tercero no podría formar una cuestión incidental; no obstante, en la práctica se vé que terceros inician cuestiones incidentales. Así, en una ejecución, un tercero pide retención del dinero, valor del remate, ó el tasador pide su honorario; éstos no son partes, y no obstante, forman negocios incidentales. Los artículos pueden ser formados ó por las partes ó por terceros.

La frase "durante el curso" restringe inútilmente el significado de la voz "incidente" é induce á error.

Cuando una apelación no se sigue, puede pedirse que, por falta de curso ó movimiento, se dé por prescrito ese derecho de apelación. Este es un incidente que se forma, no durante el curso, sino por falta de recurso; y no obstante, existe siempre. Todo lo cual nos prueba que la definición no es exacta.

El artículo se podría redactar así:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 75. Incidente es toda cuestión accesoria que se promueve en un juicio".

Entre lo que puede ser tratado en un incidente, se hallan las excepciones dilatorias y las cuestiones de otro orden que no atacan el fondo de lo discutido en lo principal.

"ART. 76. Podrá ser rechazado de oficio todo incidente que no tenga conexión alguna con el asunto que es materia del juicio".

"ART. 77. Si el incidente naciere de un hecho anterior al juicio ó coexistente con su principio, como el de incompetencia del tribunal, el de falta de personería del demandante ó el de defecto legal en el modo de proponer la demanda, la parte deberá promoverlo antes de hacer cualquier gestión principal en el juicio.

"Si lo promoviere después, será rechazado de oficio por el tribunal de la causa".

"ART. 78. Todo incidente originado de un hecho acontecido durante el curso del juicio, deberá promoverse tan pronto como el hecho que le dé origen llegue á conocimiento de la parte respectiva.

"Si en el proceso constare que el hecho ha llegado al conocimiento de la parte y ésta hubiere ejecutado una gestión posterior á él, el incidente promovido después será rechazado de oficio.

"ART. 79. Lo dispuesto en los artículos anteriores no impide que el tribunal mande de oficio practicar todas aquellas diligencias que hubieren sido objeto del incidente ó incidentes rechazados y que fueren necesarias para la ritualidad ó la marcha legal del juicio".

En nuestro examen vamos á comprender los cuatro artículos copiados de seguido.

El artículo 76 da una facultad al juez, la de rechazar de oficio un incidente.

El artículo 77 fija la época en que puede interponerse un artículo y enuncia una causal de rechazo de oficio.

El artículo 78 determina el tiempo en que ciertos incidentes pueden deducirse y otra causal de rechazo de oficio.

El artículo 79 confiere una facultad discrecional para man-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dar practicar lo mismo que se rechazó con tal que sea necesario.

La facultad del artículo 76 es peligrosa y propia para que el juez persiga á sus enemigos. El rechazo de oficio es una paradoja; porque en este caso el juez procede incitado por la petición de la parte y no de oficio, idea que excluye toda participación de parte. "Rechazar" es "no admitir". En el hecho el juez admite la petición y la resuelve quedando en autos todo. Según la redacción del proyecto, la solicitud ó escrito no debía admitirse, debía quedar fuera del proceso; lo que no es verdadero, porque ella se admite, queda en los autos, y sólo no se otorga lo pedido, ni se le tramita. El proyecto quiere decir que se resuelve sin trámites y en sentido desfavorable.

Además, la no conexión no debe ser causal de no otorgamiento; porque peticiones habrá en que no se divise esa conexión, y que no obstante, sean legales y justas.

No admitimos otra causal de negativa de parte del juez para no admitir una petición que la de ser contraria á la ley.

¿Qué importa que no haya conexión, si hay justicia y conformidad á la ley?

Por lo expuesto, sería preferible suprimir el artículo 76 y contentarse con el artículo que proponemos después del 78.

En el artículo 77 "juicio" se toma por "demanda"; "principio" también por "demanda"; "parte" está en vez de "demandado"; y "gestión principal" en lugar de "contestación".

Se debe evitar este uso metafórico de estas dicciones, cuando es más propio y claro el uso de las palabras cuya idea reemplazan.

El demandado es el que puede iniciar los incidentes del artículo 77; y como la única y primera gestión principal que puede iniciar, es contestar á la demanda, se sigue que sólo antes de la contestación es cuando él puede iniciar los incidentes del 77.

Los del artículo 78 deben interponerse tan pronto como el hecho que lo motiva, sea conocido. Esta frase "tan pronto como" no da plazo, es inmediatamente; lo que no permite consulta y supone que el litigante haya de buscar con demasiada urgencia á su abogado y los materiales para proponer el incidente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es útil dar un plazo razonable de dos días después del conocimiento de que se trata.

En lugar de los incisos 2.os de los artículos 77 y 78, proponemos un nuevo artículo, que sea la sanción de lo dispuesto en ellos. Quedarían así los artículos 77 y 78:

"ART. 77. Si el incidente naciere de un hecho anterior, coexistente ó posterior á la demanda, como la incompetencia del juez, falta de personería del demandante, litispendencia ó escrito defectuoso, el demandado deberá proponerlo antes de contestar á la demanda".

Con la frase "escrito defectuoso" comprendemos lo que en los tratadistas se llama "ineptitud del libelo", y significa lo mismo que lo que el proyecto llama "defecto legal en el modo de proponer la demanda".

"ART. 78. Si el incidente naciere de un hecho posterior á la contestación, deberá promoverse dos días después que el hecho llegue judicialmente á conocimiento de la parte iniciadora".

La contestación es el punto de separación y de partida entre el artículo 77 y el 78; antes de ella tienen lugar los incidentes del 77, después de ella los del 78.

"ART. 79. Todo incidente, de los expresados en los dos artículos anteriores, que se promoviere después de la época fijada en ellos, se resolverá desde luego, sin lugar, con costas".

"Desde luego" es sin más trámite, *de plano*.

Como este artículo agregado manda no acceder á los artículos extemporáneos, y como no ha habido pronunciamiento sobre el fondo de ellos, conviene dejar subsistente el artículo 79; por más que no se pueda conciliar el rechazo de oficio de los artículos 76, 77 y 78, con la admisión de oficio del artículo 79. Esto es un contrasentido, y tal orden de cosas supone que lo dispuesto en los tres artículos, es un barbarismo en ciertos casos; porque se apresura á remediarlo con el artículo 79. Ó es bueno lo que se manda rechazar, y entonces no debe rechazarse; ó es malo, y no debe admitirse. Este dilema no admite réplica.

La forma del artículo 79 es algo deficiente.

Dice: "no impide que el tribunal mande". Esto da á conocer que el rechazo no es un obstáculo y que el mandato es fa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cultativo. Es útil imponer la obligación de mandar y que se destierren los factores tibios. Con una obligación imperativa no se desentenderán los jueces.

Además, las diligencias que se van á practicar, no pueden ser materia de los incidentes rechazados, según la redacción del proyecto; ellas no existen, y su falta se procura subsanar con esos incidentes; ese es el fin ú objeto de ellos, mas no la materia. El incidente puede negarse por extemporáneo, pero no por ser falso el hecho que lo motivó. Ahora bien, si los incidentes son desestimados, no por extemporáneos, sino por su fondo, toca al superior enmendar ese yerro y condenar en las costas al juez subalterno que lo hizo. Habría necesidad de agregar un inciso que contuviera esta idea, la facultad del superior.

En resumen, convendría redactar así el

"ART. 79. El juez mandará practicar de oficio aquellas diligencias esenciales á la marcha legal de un juicio, aunque ellas hubieran sido el motivo de un incidente, no otorgado por extemporáneo.

"Si el incidente del inciso precedente se hubiere desechado tomando en cuenta su fondo, el tribunal superior respectivo mandará practicar de oficio esas diligencias, si hubiere mérito para ello, y condenará en las costas al juez no otorgante".

La falta de las diligencias esenciales es muy notoria; el juez que no la conoce, acusa ó ignorancia ó mala fé: en ambos casos conviene un estímulo, como el de las costas.

"ART. 80. Si el incidente fuere de aquellos sin cuya prévia resolución no se puede seguir sustanciando la causa principal, se suspenderá el curso de ésta, y el incidente se sustanciará en la misma pieza de autos.

"En el caso contrario, no se suspenderá el curso de la causa principal, y el incidente se sustanciará en ramo separado".

Este artículo trata del efecto de los incidentes y cómo se sustancian, si en unión ó separados.

La frase "pieza de autos" es sin sentido, redundante, debería ser reemplazada ó por "ramo", "volumen" ó "cuaderno".

La disposición del artículo 80 es muy vaga, no dice cuáles artículos suspenden el curso del juicio. Los artículos 339 y 341 de la Ley española son más concretos. Opinamos por que se de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

termine el punto de la suspensión, y cuándo principia á correr el término suspendido.

Podría redactarse en la siguiente forma el

"ART. 80. Todo incidente formulado durante el término para contestar demanda ó durante el de prueba, suspenderá estos términos; el resto de ellos comenzará á correr cuando cause ejecutoria la resolución del artículo.

"El incidente que verse sobre falta de alguna formalidad esencial del juicio, ó sobre nulidad ó rescisión de lo obrado, ó en que así lo decrete el juez, suspenderá el curso del juicio; éste principiará á correr una vez que cause ejecutoria la resolución del incidente.

"El que suspende, se tramitará en el mismo cuaderno del juicio; los demás, en cuaderno por separado".

En el inciso 1.º se introduce una innovación á la práctica actual. En el día, suspendido el término para contestar y resuelto el artículo, vuelve á contarse de nuevo todo dicho término, como si no hubiera corrido un solo día. Con la disposición del inciso 1.º, si, cuando se suspendió el término para contestar, quedaba un solo día, ese solo día se tendrá una vez que principie á correr. Esto mismo sucede con el término de prueba, y no vemos razón para que no acontezca igual cosa con el término para contestar demanda. Nosotros igualamos ambos casos.

Otra innovación es la determinación del *principio del correr* del término suspendido ó del juicio paralizado.

Ese punto es la circunstancia de ser ejecutoria la sentencia incidental. Se toma esta circunstancia para evitar dudas, entorpecimientos y perjuicios. Algunos habrían querido que el asunto suspendido principiara á correr desde que se notificara la sentencia incidental. Nosotros pudimos adoptar esta base; pero nos detuvo la consideración de que, apelándose la sentencia, se alteraba todo, y de que, mientras no pasara el término de la apelación, no habría nada seguro y firme. Por ejemplo, se apela al quinto día, cuando en los cuatro se ha rendido prueba; después revocan y esta revocación deja inútil la prueba. Este es un perjuicio evidente, y así hay muchos que se evitan con nuestro sistema.

"ART. 81. Todo incidente que no tenga señalada por la ley

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

una tramitación especial, será tramitado conforme á las reglas siguientes:»

No hay observación que hacerle.

«ART. 82. Promovido el incidente, se concederán tres días al colitigante para que dé su contestación».

Este artículo da al juez la facultad de otorgar un plazo y supone que la parte reciba eso como una gracia. Nosotros, tomando las cosas por el lado positivo, imponemos una obligación al juez, la de poner el incidente en noticia de la contraparte, y garantizamos un derecho á esa parte, el de tener tres días para responder el incidente.

Destinamos la palabra «contestación» para designar el acto de contestar á una demanda, y empleamos «respuesta» para indicar el acto de contestar un incidente. Por tanto, podría redactarse así el

«ART. 82. Promovido un incidente, el juez lo pondrá en noticia del colitigante, quien tendrá sólo tres días para responder».

«ART. 83. Evacuada la contestación, el tribunal resolverá la cuestión que fuere materia del incidente, si á su juicio no hubiere necesidad de prueba.

«Si fuere necesaria la prueba, el tribunal señalará un término razonable para que se rinda.

«El término ordinario de prueba en los incidentes no podrá exceder de quince días».

El inciso 1.º presupone que siempre haya respuesta: el proyecto no se pone en el caso que se tenga que dar por evacuada, y hay necesidad de ponerse en este segundo caso. También dicho inciso manda fallar, si no se necesitare la prueba á juicio del juez. Creemos que debe consignarse un segundo caso de recibirse la causa á prueba, cuando lo pide un litigante. El fallo lo dejamos para otro artículo.

El 2.º inciso faculta al juez para que señale el término de prueba, y en el 3.º se dice la extensión de ese término.

Aquí se faculta al juez para que dé un plazo dentro del legal de quince días, y se deja á las partes que pidan prórroga. Nosotros desterramos este sistema de prórroga en los incidentes, y de una manera fija señalamos un solo término, diez días, por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ejemplo. El proyecto primitivo fijaba diez días, quince es muy largo.

También nos parece útil limitar el número de testigos en los incidentes.

Según el proyecto y los preceptos vigentes generales, se podrían presentar treinta testigos por cada parte. Esto es excesivo y nos parece que con cinco se prueba lo mismo que con quince ó treinta, y que este número es suficiente.

Por tanto, se podría redactar así el

"ART. 83. Presentada la respuesta ó dada por evacuada, el juez recibirá el incidente á prueba por diez días improrrogables, si algún litigante lo pidiere ó el juez lo creyere necesario.

"En todo incidente sólo podrán presentarse hasta cinco testigos por cada parte".

Con este número de testigos se hace menos laboriosa la tarea de los jueces, y menos dispendiosos los juicios.

"ART. 84. Vencido el término de prueba, háyanla ó no rendido las partes, el tribunal fallará el incidente á la mayor brevedad posible".

Lo que dispone este artículo es muy vago. Nada dice de la agregación de la prueba, y si se necesitará decreto prévio para agregarla. Tampoco ordena que se ponga el proceso en noticia de las partes, lo que es muy necesario. En seguida es útil fijar un plazo para que el juez dé su fallo. El proyecto dice "á la mayor brevedad posible". Esto no significa nada y equivale á no decir cosa alguna. El artículo 348 de la Ley española señala tres días para el fallo. Es indispensable poner un dique á la desidia de algunos jueces: de aquí nace la conveniencia del plazo.

Conforme con las ideas emitidas, podría redactarse así el

"ART. 84. Al siguiente día hábil de vencido el término de prueba, se agregará ésta á los autos sin necesidad de decreto, y se pondrán en noticia de las partes que ocurran ese día.

"Vencido este día, ó cuando no haya necesidad de prueba, el juez de oficio citará para sentencia, la que precisamente dictará dentro de los tres días siguientes á la última notificación".

Conviene agregar los dos artículos siguientes para completar el título:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. .... Dentro de un incidente no podrá introducirse otro incidente".

Esta disposición tiende á facilitar la sencillez en la tramitacion y á evitar los embrollos en cuestiones claras.

"ART. .... En los juicios ordinarios es apelable en ámbos efectos toda sentencia de incidente".

Es importante reproducir el precepto del artículo 349 de la Ley Española. Así se evitan arbitrariedades y se garantiza un derecho.

En la práctica conocemos los inconvenientes que presenta el procedimiento que tratamos de desterrar con el primer artículo agregado. El segundo artículo está ya consignado en la Ley española citada.

TÍTULO XIII.—De la acumulación de autos

Convendría suprimir el "de la".

"ART. 85. La acumulación de autos es la reunión de dos ó más procesos, hecha con el objeto de que todos ellos constituyan un solo juicio y sean terminados por una sola sentencia".

La frase "todos ellos" se refiere á "procesos," y según los términos del proyecto "los procesos" son los que van á constituir "un solo juicio". Esto es un contra-sentido, porque ¿cómo los procesos van á formar un juicio? Imposible. Conviene sacar esa anomalía. Los diversos juicios que se tramitan en otros tantos procesos, son los que se acumulan y componen "un solo juicio", los distintos procesos forman un solo proceso. Esta es la verdad, lo demás es ficticio.

La dicción "hecha" puede suprimirse sin alterar el sentido y quedando la redacción más concisa: suprimimos el "la" que encabeza el artículo, no hace falta.

El *objeto* de la acumulación no es constituir un solo juicio, *sino tener un procedimiento y una sentencia únicos*; se refiere á la tramitación y al fallo, no á la constitución ó esencia de los juicios. Por consiguiente, se podría redactar así el

"ART. 85. Acumulación de autos es la reunión de dos ó más procesos con el objeto *de* tramitarlos y de terminarlos con un solo procedimiento y una sola sentencia".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 86. La acumulación de autos deberá decretarse de oficio ó á petición de parte, siempre que así lo requiera la continencia ó la unidad de la causa. Habrá por tanto lugar á ella en los casos siguientes:

"1.º Cuando la acción entablada en un juicio sea la misma que se ha entablado en otro.

"2.º Cuando las personas y las cosas sean idénticas, aun cuando las acciones sean diferentes.

"3.º En general, siempre que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro".

Aunque el artículo 156 de la Ley española citada sólo admite la petición de parte para la acumulación, nos parece preferible el sistema del Proyecto, y que pueda decretarla también el poder público, representado por los jueces.

Á los casos de acumulación del Proyecto debe agregarse el del artículo 92 bis, del Proyecto, pero no como una consecuencia del inciso primero del artículo 86; pues en el caso del artículo 92 bis, no hay el peligro de dividir la unidad de la causa, como no lo hay en el del número 4.º del artículo 86.

La redacción española de los artículos 157 y 158 nos parece más lógica que la del Proyecto, y la preferimos á ésta. Aquella ley pone entre las causas de acumulación la cosa juzgada, el concurso y la continencia de la causa. Ésta tiene lugar en los seis casos del artículo 158 de la Ley española y en los dos de los números 1.º y 2.º del artículo 86 que analizamos.

Podría redactarse así el

"ART. 86. La acumulación de autos deberá decretarse de oficio ó á petición de parte.

"1.º Cuando la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio produzca excepción de cosa juzgada en otro.

"2.º Cuando los bienes, contra los cuales se haya deducido ó se deduzca una acción, se hallen en concurso.

"3.º Cuando se divida la unidad ó continencia de la causa. Esto ocurre:

"*A*. Cuando son idénticas las personas, las cosas y las acciones

"*B*. Cuando son idénticas las personas y las cosas, y diferentes las acciones.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"*C.* Cuando las acciones provienen de una misma causa, aunque sean distintas las personas y las cosas.

"*D.* Cuando sean iguales las acciones y las cosas, aunque diversas las personas.

"*E.* Cuando sean iguales las personas y las acciones, y distintas las cosas, si las partes consienten la acumulación".

Los cinco casos en que se divide la unidad de la causa, comprenden los seis casos enumerados en el artículo 158 de la Ley española. Esta ley es más completa en este punto que el Proyecto que analizamos.

El caso suprimido en el proyecto primitivo es reproducido en la redacción precedente, porque es caso de acumulación, y es muy necesario para hacer completa la enumeración anterior.

En el caso *E* se ha puesto el consentimiento de las partes, porque casos habrá en que conviene llevar juntos los dos procesos en que haya acumulación, y otros habrá en que no conviene proceder así. Ejemplo: Se litiga una viña al norte de la estación de Santiago por 20,000 pesos y un sitio de 10 metros en el llano Subercaseaux. En este caso, ¿qué conveniencia va á existir en acumular los dos juicios? No hay continencia de causa, al contrario, habría peligro en la acumulación, por no ser uno mismo el objeto litigado. Puede sí, convenir, y entonces las partes ven esta conveniencia. Por ejemplo: cuando los objetos están en el mismo lugar, tienen un mismo medio probatorio y son de la misma especie; dos porciones de terreno situadas á pocas cuadras ó varas una de otra, serían materia de acumulación.

El proyecto sienta el principio general de que tiene lugar la acumulación, cuando hay división de la continencia de la causa, y explana este principio en tres casos. En ello hay un error *por omisión*, porque no se enumeran casos en que se verifica esa división, como queda demostrado más arriba, y hay un error más por *comprensión*, porque se ha intercalado entre esos casos verdaderos, uno *ficto*, el 4.º del Proyecto, en el cual no hay división de la unidad y se falta á la realidad.

"ART. 92 BIS. Tiene también lugar la acumulación de autos cuando los bienes contra los cuales se haya deducido ó se deduce una acción, se hallen sujetos á concurso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"De esta acumulación se tratará en el título *Del concurso de acreedores*".

El caso de este artículo está consignado en el número 2.º de la redacción del artículo 86. El artículo 92 bis debe suprimirse; porque su contenido entró á formar parte lógica de otro artículo.

"ART. 87. Para que pueda tener lugar la acumulación, se requiere que los juicios acumulados sean ordinarios y que la sustanciación de todos se encuentre en instancias análogas".

"ART. 91. La acumulación se puede pedir en cualquier estado del juicio, y sólo ante el tribunal á quien corresponda con arreglo á lo dispuesto en los tres artículos precedentes".

Estos artículos pueden ser reunidos en uno solo. El primero contiene *dos* circunstancias relativas á los juicios: su *naturaleza*, y su *estado* ó instancia. El segundo comprende el *tiempo* en que se puede pedir y *ante quién*. Las cuatro circunstancias dichas son *cuatro elementos* necesarios para que haya acumulación. Es por esto, por que las reunimos en un solo artículo.

No sólo entre juicios *ordinarios* debe haber acumulación, debe haberla también entre juicios *ejecutivos* y entre juicios *posesorios*. Para unos y otros existe la misma razón de conveniencia pública ó privada. El Proyecto no comprende estos casos, nosotros los colocaremos.

En el artículo 87 la frase "pueda tener lugar" denota *mera posibilidad* y no la usamos. En su lugar colocamos "tendrá lugar", que indica un *mandato imperativo* y el hecho cierto de tener existencia.

La voz "acumulados" es impropia aplicada á "juicios," que aun no lo están; debería decirse "por acumular" y no "acumulados" para conformarse con la verdad.

En el artículo 91 notamos los siguientes defectos: "En cualquier estado" comprende más que lo necesario. El estado de "sentenciado" está comprendido en aquella frase tan general, y dicho estado no admite la acumulación. Para excluir la circunstancia de "sentenciado" agregaremos á "juicio" el calificativo "no sentenciado".

La frase "con arreglo á lo dispuesto en los tres artículos precedentes", es superflua, está demás; porque, aunque no se pon-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ga, tienen que observarse dichos tres artículos. Por otra parte, la petición no debe hacerse con arreglo á los tres artículos precedentes; por cuanto ellos no reglan la forma ó modo de pedir, sino que el 87 enuncia lo que se requiere para que haya acumulación, el 88 y 90 dice lo que se hará después que se decrete la acumulación. Por consiguiente, la frase examinada, no sólo es superflua, sino ajena á la verdad.

Cuando un juicio se sentencia en primera instancia y se apela, puede acumularse en segunda instancia; porque en esta instancia no está sentenciado. Sentenciada la instancia, no tiene objeto la acumulación; se pierde el fin que con ella se perseguía.

En armonía con lo argumentado, podrían redactarse así los artículos 87 y 91:

"ART. 87. La acumulación tendrá lugar: 1.º, cuando los juicios por acumular fueren ó todos ordinarios, ó todos ejecutivos, ó todos posesorios; 2.º, cuando todos se hallaren en una misma instancia; 3.º, cuando ninguno estuviere sentenciado en la instancia; y 4.º, cuando se pidiere ante juez competente".

"ART. 88. El juicio más moderno se acumulará al más antiguo.

"Pero si los juicios estuvieren pendientes ante tribunales de distintas gerarquías, la acumulación se hará sobre aquel de que estuviere conociendo el tribunal superior".

Nos parece muy útil reproducir aquí la idea del inciso 1.º del artículo 163 de la Ley española, que contiene el precepto de que, si dos juicios se siguen ante diferentes jueces, se pueda pedir la acumulación ante cualquiera de ellos, y no solo ante aquél en que deba verificarse la acumulación, como tendría que suceder si nada se estatuyera en contrario.

También es conveniente y necesario reproducir la idea del artículo 110 del Proyecto primitivo, que regla el caso del concurso y que determina en qué juicio se efectúa la acumulación.

En el inciso 2.º del artículo 88 se conservará la idea, su redacción es muy larga y sin resultado práctico.

Reemplazarémos "tribunales" por la voz "jueces" y recortaremos las frases.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. CONSTITUCIONES DE CHILE, FRANCIA, ESTADOS UNIDOS, REPÚBLICA ARGENTINA, BRASIL, BÉLGICA, ESPAÑA, INGLATERRA Y SUIZA, CONCORDADAS, por don Julio Bañados Espinosa, profesor de Derecho Constitucional positivo y comparado de la Universidad de Chile y diputado al Congreso Nacional por el departamento de Ovalle. Un volumen de 626 páginas, Imprenta Cervantes, Santiago. Según el nuevo programa de la asignatura del Derecho Constitucional, el profesor del ramo, señor Bañados Espinosa, ha hecho una edición de las Constituciones referidas concordándolas para el estudio de los preceptos fundamentales en vigor en nuestro país y en aquellas adelantadas naciones, que más han cultivado y aplicado las teorías del Derecho Público moderno. Este libro era una necesidad en la enseñanza y propende con ventaja á formar libertad de criterio entre los estudiantes. Los estudios comparados tienen la inmensa utilidad de demostrar las verdades y doctrinas políticas que cuentan con una mayor aceptación en el mundo civilizado; y en este sentido esta rama del Derecho, nueva entre nosotros, empieza á ser implantada con oportunidad, siendo de esperar que se extienda pronto á otras asignaturas. Nos congratulamos, por tanto, de la publicación de esta obra, á la cual deseamos una amplia aceptación en nuestra sociedad ilustrada. La edición ha sido hecha por el conocido librero don Roberto Miranda.—2. FOMENTO DE LA INDUSTRIA SALITRERA, un folleto de 171 páginas. Imprenta de «Los Debates», Santiago. Esta publicación, como lo expresa su inteligente director don Manuel Magallanes en la introducción de ella, obedece á la necesidad de dar amplio conocimiento de interesantes documentos sobre la industria salitrera, comunicados al Gobierno por funcionarios de la República. El trabajo ha sido hecho por orden del Ministerio de Hacienda y estimamos que prestará una positiva utilidad en orden al incremento de la industria á que se refiere.—3. BOLETÍN DEL MINISTERIO DE HACIENDA, cuatro entregas correspondientes á los meses de enero á abril del presente año. Ha entrado este BOLETÍN al año segundo de su publicación, dirigido siempre por el sub-secretario de Hacienda, don Isidoro Vásquez Grille. Encabeza la publicación la planta de empleados del Ministerio, sistema conveniente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y económico, pues evita la publicación de un anuario especial. Damos las gracias al señor Vásquez Grille por su atención.

COLOMBIA.—Proyecto de Código Penal, presentado al Consejo de Estado, por el consejero doctor don Demetrio Porras. Un volumen de CCXLIX-53 páginas, Bogotá. Precede á este proyecto una exposición de motivos, que constituye con tan modesto nombre un verdadero tratado de la ciencia penal. Las razones de la ley aparecen allí explicadas y desarrolladas con abundancia de ilustraciones y doctrinas que revelan el talento del jurisconsulto y el mérito del escritor. El proyecto del Código está distribuído en un título preliminar, que contiene disposiciones generales; un título primero, de los delitos; uno segundo, de las penas; uno tercero, relación entre los delitos y las penas; uno cuarto, extinción de la responsabilidad penal; y uno quinto, responsabilidad civil nacida de los delitos y faltas. Ignoramos la suerte que haya corrido este proyecto, cuya lectura nos ha dejado buena impresión. Lo que sí hemos sabido con dolorosa sorpresa, por comunicación de los señores Lázaro M. Pérez é hijo, de Bogotá, es el fallecimiento del señor Porras, ocurrido á fines de junio último. Nuestros lectores conocían á este distinguido ciudadano de Colombia, como jurisconsulto y publicista notable, y como amigo de Chile, de todos los cuales conceptos hemos dado noticia en estas páginas. Inclinándonos respetuosos ante los designios de la Providencia, lamentamos esa desaparición, que nos priva de un ilustre corresponsal y excelente amigo, y damos nuestro pésame muy sentido á los jurisconsultos y hombres de Estado de aquella nación, en que el señor Porras figuraba con tanta honra y esclarecidos méritos.

URUGUAY.—Revista de Derecho y Jurisprudencia, de Montevideo, publicada en su origen bajo la dirección del señor don Eladio A. Velazco, y últimamente bajo la del mismo señor Velazco y de don Francisco F. Alzola. Tres tomos de 256, 264 y 288 páginas, Imprenta Elzeviriana, 1887-89. Damos las gracias al señor Velazco por el establecimiento del canje entre esta Revista y su interesante publicación, que registra trabajos de alta importancia, en especial en la materia del Derecho Internacional Privado. Deseamos á los ilustrados directores éxito y constancia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.º de noviembre de 1889 NÚM. 6

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado (continuación), por don José Clemente Fabres.—Condición legal del indígena, segunda y última parte, por don Julio Zenteno Barros.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Revista bibliográfica (MEMORIAS Y DISCURSOS UNIVERSITARIOS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL CHILENO, tomo segundo y último), por La Dirección.

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

De esta calificación depende necesariamente la legitimidad y el acierto del fallo que se dicte en la colisión de las leyes extranjeras con las nacionales. Cualquiera otra consideración es subalterna, ó debe ceder ante la calidad de la ley; porque si no debe olvidarse que estamos tratando de esta difícil materia según los principios adoptados por nuestro Código Civil, debe también tenerse presente que la distinción de las leyes en reales y personales, y el predominio de las reales sobre los bienes situados en el territorio donde ellas imperan, al menos en cuanto á los raíces, es doctrina aceptada por todas las escuelas.

Felizmente, con la doctrina ampliamente liberal y generosa adoptada por nuestro Código Civil, se disminuyen considerablemente los casos de conflicto entre las leyes patrias y las extranjeras, sin negar por esto que contribuyen también al mismo propósito las reglas en que están de acuerdo los diversos sistemas.

Si suponemos que el concurso de acreedores se abre en Chile y que los bienes están situados en Chile, no hay conflicto alguno, aúnque algunos acreedores sean extranjeros que jamás hayan estado en Chile, y sean menores, mujeres casadas, etc. La

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuestión sobre si son reales ó personales las leyes que otorgan privilegio ó prelación á las dichas personas, es inútil, porque sean de la clase que fueren las expresadas leyes, el privilegio se puede hacer valer: si son reales los bienes del deudor, se distribuirán en el pago de sus acreedores según la ley chilena, y por consiguiente, según la prelación que dicta esta ley, y esto no puede ofrecer duda alguna, porque sería conforme con el principio aceptado por todas las escuelas. Si, por el contrario, las dichas leyes son personales, podrán siempre hacer valer su privilegio las personas indicadas lo mismo que lo podrían hacer valer los chilenos, en conformidad al artículo 57 del Código Civil, que dice: "La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código". En la palabra *extranjero* se comprende naturalmente no sólo á los domiciliados y transeúntes, sino también á los que no habitan en la República y no han venido jamás á ella. Así también el artículo 997, aunque sin necesidad, repite la misma idea. "Los extranjeros, dice, son llamados á las sucesiones abintestato abiertas en Chile de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos". No puede caber, pues, duda alguna de que los extranjeros, sean ó no residentes en Chile, gozan de todos los derechos civiles, lo mismo que los chilenos.

Aun el artículo 2,484, que podría tal vez servir de argumento para sostener que son reales las leyes que otorgan privilegio á ciertas personas para el pago de sus créditos, comprueba el sentido que damos á la palabra *extranjero*. El dicho artículo dice así: "Los matrimonios celebrados en país extranjero y que según el artículo 119 deban producir efectos civiles en Chile, darán á los créditos de la mujer sobre los bienes del marido existentes en territorio chileno el mismo derecho de preferencia que los matrimonios celebrados en Chile". Aquí la ley comprende indistintamente á chilenos y extranjeros de cualquiera clase, residentes ó no residentes; lo único que exige la ley es que el matrimonio celebrado en país extranjero produzca efectos civiles en Chile.

Volvemos á repetir: en los concursos de acreedores formados en Chile y sobre bienes situados en Chile no puede haber con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

flicto entre las leyes nacionales y las extranjeras. Supóngase (escogemos el caso más desfavorable á nuestra tesis) que una mujer francesa casada con un francés se presente al concurso abierto en Chile á su marido con bienes situados en Chile, y supóngase que por la ley francesa la mujer no goce de privilegio para el pago de sus créditos. Aunque por la doctrina francesa las leyes personales viajan con el individuo, la mujer francesa gozará en Chile del privilegio, porque aquí no se acepta esa doctrina, al menos con esa latitud, y porque el extranjero goza en Chile de los mismos derechos civiles que el chileno; y todavía más, porque en la suposición que examinamos, la ley francesa, si no le da á la mujer el privilegio, no le prohibe gozarlo en el extranjero. Pero en realidad la ley francesa otorga el privilegio de que hablamos, á la mujer casada y con más amplitud y eficacia que el que otorga la ley chilena. ¿Podrá la mujer ejercer en el concurso de su marido abierto en Chile y en los bienes situados en Chile el privilegio para el pago en la forma que se lo otorga la ley francesa? Evidentemente no, aunque sea ley personal, ya porque la ley de Chile no acepta la doctrina de que las leyes personales sigan al extranjero en su residencia en Chile, ya porque *no distingue* entre el extranjero y el chileno en cuanto á *la adquisición* y goce de los derechos civiles que regla nuestro Código. La ley no ha dicho que el extranjero tendrá en Chile los mismos derechos civiles que el chileno, sino que *no reconoce diferencia entre uno y otro;* y por consiguiente, no es posible que el extranjero tenga en Chile derechos civiles más cuantiosos que el chileno, estando ambos en las mismas circunstancias.

Pero puede existir el conflicto si suponemos que el concurso de acreedores se forma en Chile y hay algunos bienes del deudor situados en territorio extranjero. Sin embargo, es fácil resolverlo con la distinción de las leyes reales y personales. Los bienes situados en el extranjero están sujetos á la ley del país de la ubicación. Nuestro Código no establece este principio general, pero lo aplica ó lo reconoce respecto de los bienes situados en Chile, y la doctrina uniforme de todas las escuelas lo acepta en toda su latitud, al menos en cuanto á los bienes raíces. El predominio de la ley de la ubicación, *lex loci rei sitæ*,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es, por otra parte, incontestable, desde que los bienes no pueden sustraerse á la soberanía y á la fuerza pública de ese lugar.

En el caso supuesto los Tribunales de Chile tendrían que respetar y aplicar la ley de la ubicación de los bienes en todos los capítulos de prelación que se fundasen en leyes reales, y vendidos ó realizados los bienes, el resto del valor, después de satisfechos aquellos créditos, se repartiría en Chile dando lugar á las prelaciones que establezca la ley personal chilena, esto es, pupilos, mujeres casadas, etc.

Esta decisión no ofende la soberanía del lugar de la ubicación de los bienes; la venta se hace en el lugar del juicio; la justicia de este lugar es el representante legal del deudor concursado y por esto el artículo 671, inciso 3.º, dispone: "En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial á petición de un acreedor en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal"; y el inciso final del artículo 1,619 dice: "La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor á los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos".

Como se ve, el sistema adoptado por nuestro Código Civil es sencillo, lógico y ajustado á los principios más generalmente reconocidos. En comprobante nos permitimos copiar lo que sobre esta delicada é interesante cuestión consigna Mr. Paul Pont en el número 438 de su tratado sobre privilegios é hipotecas (tomo I, pág. 424). "Pero una hipótesis verdaderamente delicada puede presentarse en este caso de matrimonio celebrado en el extranjero. Puede suceder que un extranjero que se casa en su país, ya sea con una extranjera, ó sea aún con una francesa (lo que no cambia la situación, pues que la mujer francesa pierde su calidad de francesa por su matrimonio con un extranjero), posea inmuebles en Francia. La hipoteca legal, que la ley establece por el hecho sólo del matrimonio, ¿le corresponderá á la mujer en este caso? Y la mujer ¿podrá ejercer esta hipoteca sobre los inmuebles situados en Francia contra los terceros que allí hubiesen adquirido algunos derechos? Sobre este punto, la doctrina y la jurisprudencia presentan divergencias notables y sistemas muy varios.

"Dos opiniones opuestas se han presentado desde luego. Por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

una parte se ha sostenido que no hay diferencia, en cuanto á la hipoteca, entre el francés y el extranjero que poseen inmuebles en Francia, y en consecuencia, que la mujer del extranjero puede gozar, en cuanto al ejercicio de su hipoteca legal sobre los inmuebles situados en Francia que pertenezcan á su marido extranjero, del beneficio de la ley francesa. (Vid. en este sentido, Grenoble, 19 de julio de 1849, J. P.; 1850, t. II, pág. 233; M. M. MERLIN, *Repert.* V. *Remploi*, § 2, núm. 9; TROPLONG, números 429 y 513 ter.—M. Tessier admite igualmente la hipoteca, pero solamente en el caso en que el matrimonio de la mujer extranjera haya tenido lugar en Francia. *De la dote*, t. II, número 133.) Por otra parte, se ha dicho al contrario, y es la opinión que ha prevalecido largo tiempo en doctrina y en jurisprudencia, que la hipoteca legal debe negársele á la mujer extranjera, porque la hipoteca es una concesión del Derecho Civil que se ha establecido sólo en favor de los regnícolas; y que, en consecuencia, no puede aprovechar á las mujeres extranjeras, á las que no ha podido tener en vista la ley civil (Lieja, 16 de mayo de 1823; Burdeos, 17 de marzo de 1834; Amiens, 18 de agosto de 1834; Douai, 24 de junio de 1844; Burdeos, 14 de julio de 1845; Rennes, 30 de agosto de 1845. J. P., 1844, t. II, página 491; 1845, t. II, pág. 441; 1846 t. II, pág. 676.—Vid. asimismo M. M. GRENIER, núms. 246 y 247; DURANTON, t. XIX, número 292; BALTUR, t. II, núm. 354; ZACHARIÆ y sus anotadores Aubry y Rau, t. II, pág. 125 y nota 15; MASSÉ, *Droit comm.*, t. II, núm. 332; GAUDRY, *Rev. de Lég.*, t. II, pág. 300 y siguientes; FŒLIX, *Revs. Extranjera y Francesa*, t. IX, pág. 25, y *Tratado de derecho internacional privado*, t. I, pág. 136.)

"En seguida se han presentado otros dos sistemas, ambos intermediarios. Según el primero de estos sistemas, los matrimonios celebrados en el extranjero y bajo el imperio de una ley extranjera, deberían producir aún en Francia todos los efectos que les atribuye la ley extranjera, cuando estos efectos no son contrarios al orden público establecido en Francia. De lo que se seguiría que la mujer extranjera, á quien la ley de su país acuerda una hipoteca sobre los bienes de su marido, podría ejercitar esta hipoteca aun sobre los inmuebles situados en Francia; y que por el contrario, la mujer extranjera no tendría ningún

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

derecho que ejercitar en los inmuebles de su marido situados en Francia, si la ley de su país no consagra en su favor la garantía de la hipoteca. (Vid. París, 19 de agosto de 1851; J. P., 1852, t. II, pág. 452.—Vid. también M. M. CUBAIN, *Dr. des femm.*, número 679; RAPETTI, *Cond. des étr*; pág. 121; VALETTE, núm. 139, pág. 267 *et suiv.* DEMANGEAT, *Cond. civ. des étr. en France*, página 380, núm. 82; *et Notes sur le Dr. Int. de Fœlix*, t. I, página 136, nota *a.*) El segundo sistema intermediario se deriva del principio de reciprocidad consagrado por el artículo 11 del Código Napoleón, y en consecuencia, es como si se digera que el matrimonio celebrado en el extranjero entre dos extranjeros no confiere á la mujer hipoteca legal sobre los bienes de su marido situados en Francia sino en cuanto un tratado diplomático entre la Francia y el país á que pertenecen los esposos acuerda á la mujer francesa hipoteca sobre los bienes de su marido situados en este país. Los últimos datos que suministra la jurisprudencia convergen hacia este último sistema, el que ha sido consagrado, en principio, por una sentencia reciente de la corte de Metz, y ha recibido su aplicación en dos sentencias más recientes aún de la Corte de Grenoble, según las cuales la mujer sarda, casada en Cerdeña, tiene, en virtud del tratado celebrado el 24 de marzo de 1760, entre el rey de Francia y el rey de Cerdeña, hipoteca legal sobre los inmuebles que su marido sardo posea en Francia, en garantía de sus aportes y créditos matrimoniales.

"Por lo que á nosotros toca, hemos sido de dictamen que entre estas cuatro opiniones, la primera es la única verdadera. Después de un nuevo examen de la cuestión, conservamos nuestro dictamen. Persistimos en creer que cuando el matrimonio, que es el hecho de que nace la hipoteca legal, ha adquirido en Francia (aunque se haya celebrado en el extranjero) una notoriedad completa, esta garantía de la hipoteca legal debe existir de la misma manera que si el matrimonio se hubiera contraído en Francia y entre franceses. Desde luego, lo hemos dicho, la mujer extranjera no está menos que la mujer francesa, respecto de su marido, en las condiciones de dependencia que son la razón fundamental de la hipoteca legal; y á este respecto, no se ve por qué la ley francesa rehusaría su protec-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción á la mujer extranjera, cuyo marido poseyese inmuebles en Francia, y por qué espíritu de hostilidad y de egoísmo negase á esta mujer el derecho de obrar sobre estos inmuebles para la reparación del daño que haya podido causarle la administración marital, que su estado de sumisión no le ha permitido censurar. En seguida, y hablando en derecho, la pretensión de la mujer extranjera ¿no se sostiene en motivos razonables? En definitiva, es un principio de nuestro Derecho Público que los inmuebles situados en Francia, aun los poseídos por extranjeros, son regidos por la ley francesa. (Código Napoleón, art. 3.º); y están, por consiguiente, sujetos á todas las cargas que la ley francesa hace pesar sobre ellos. Es así que la hipoteca que la ley establece en favor de la mujer, y atribuye al solo hecho del matrimonio, es precisamente una de esas cargas. ¿Por qué razón los inmuebles que un extranjero posee en Francia estarían exentos de la hipoteca en perjuicio de su mujer extranjera? ¿Se dirá que la hipoteca, por cuanto es un efecto del Derecho Civil no protege sino á los regnícolas? Este sería un error evidente; porque si las formalidades prescritas para la inscripción útil de las hipotecas, si el modo que debe emplearse para poner en juego el ejercicio del derecho, son una creación del Derecho Civil, sin embargo, nadie se ha atrevido á negar á los extranjeros el derecho á la hipoteca convencional, ni el derecho á la hipoteca judicial. Hay que invocar entonces el principio mismo de la hipoteca, este principio de eterna justicia, según el que cada cual está obligado á satisfacer sus obligaciones con sus propios bienes; y se ve en la hipoteca de los inmuebles algo que, lo mismo que en las convenciones, pertenece al Derecho de Gentes y á las garantías constituídas sobre los inmuebles situados en Francia á favor de aquellos que (extranjeros ó nacionales, puesto que ningún texto hace distinción á este respecto); se encuentren en las condiciones que hacen adquirir la hipoteca en Francia. Así, pues, es necesario decir lo mismo de la hipoteca legal que de la hipoteca convencional ó judicial, pues que ella existe en los bienes del obligado por la sola fuerza de la ley francesa y por el solo hecho de la cualidad de tutor ó de marido que pertenece á este obligado, la cual, de seguro, es de Derecho de Gentes, al mismo tiempo que los bienes de Francia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

están afectos á causa de esta cualidad por la ley civil de Francia. En consecuencia, si un extranjero que posee inmuebles en Francia está investido de una de estas cualidades de marido ó de tutor, es menester que estos inmuebles (pues que no pueden ser poseídos por el extranjero, sino con la condición *sine qua non* de ser regidos por la ley francesa) soporten la aplicación de las disposiciones de la ley francesa que asegura á la mujer y á los menores una hipoteca sobre los inmuebles de su deudor, y en el instante mismo de la adquisición.

"Que nos sea, pues, permitido mantener aquí la opinión que hemos ya sostenido, y que se nos autorice para repetir, al terminar nuestras observaciones sobre la causa de la hipoteca, lo que hemos dicho al principio, á saber: que la hipoteca legal en favor de la mujer nace del solo hecho del matrimonio, sin que haya que tomar en cuenta las circunstancias en que el matrimonio fué celebrado".

La opinión que abraza M. Paul Pont es, sin duda, la más equitativa, la más generosa y la que debiera prevalecer en todas las legislaciones; es la que ha aceptado de lleno nuestro Código Civil, ya se califique de real, ya de personal, la ley que confiere la hipoteca legal á la mujer casada en los bienes del marido; ó bien que le da preferencia para el pago en los mismos bienes, lo que viene á importar lo mismo que la hipoteca. Si la ley es personal, como la ley chilena *no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el Código Civil*, la mujer extranjera tiene el mismo derecho de preferencia para el pago que la mujer chilena. Si la ley es real, se aplica igualmente al extranjero que al chileno, puesto que *los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile:* la ley real aprovecha y grava igualmente al chileno que al extranjero.

Pero la opinión de M. Paul Pont no es conforme á la doctrina francesa en esta materia del Derecho Internacional Privado, y las razones en que la funda no tienen mérito jurídico sino en el supuesto de que la ley francesa que concede hipoteca á la mujer casada en los bienes de su marido, sea una ley real, que es lo que hemos negado. Creemos haber demostrado que la dicha

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ley es personal, porque se ha dictado en favor de la persona de la mujer casada, y forma parte de los derechos que constituyen su estado civil; es de la misma naturaleza que su incapacidad para ejecutar ciertos actos y para celebrar contratos; la ley ha tenido en mira primariamente la persona y secundariamente los bienes; se ha tratado de garantir con ella los intereses personales de la mujer contra la administración del marido, que se ejerce sin censura ni corrección inmediata, como lo reconoce M. Paul Pont; es una garantía en favor de la debilidad y dependencia de la mujer casada.

Si la dicha ley fuera *real*, la opinión de Mr. Paul Pont estaría ajustada á la doctrina de la escuela francesa. No ha dicho expresamente que sea real esa ley; pero las razones en que funda su dictamen suponen necesariamente ese carácter en la ley. Las consideraciones de congruencia que aduce al principio y que podríamos estimar como argumento en *legislación*, los debemos descartar aquí, porque no pueden prevalecer sobre las reglas positivas, aceptadas ó reconocidas por las distintas escuelas, y aun consignadas en algunos Códigos. Mr. Paul Pont agrega: "En seguida y hablando en Derecho, la pretensión de la mujer extranjera ¿no se sostiene en motivos razonables? En definitiva es un principio de nuestro Derecho Público que los inmuebles situados en Francia, aún los poseídos por extranjeros, son regidos por la ley francesa (Código Napoleón, art. 3.º), y están, por consiguiente, sujetos á todas las cargas que la ley francesa hace pesar sobre ellos". Esto no importa otra cosa, ni más ni menos, que decir que es *real* y no *personal* la ley que otorga la hipoteca legal á favor de la mujer casada; pero en las palabras que hemos transcrito no se encuentra la prueba de que la ley tenga el carácter de *real*. Después concluye Mr. Paul Pont su argumento con estas palabras: "En consecuencia, si un extranjero que posee inmuebles en Francia está investido de una de estas cualidades, de marido ó de tutor, es menester que estos inmuebles (pues que no pueden ser poseídos por el extranjero sino con la condición *sine qua non* de ser regidos por la ley francesa), soporten la aplicación de las disposiciones de la ley francesa que asegura á la mujer y á los menores una hipoteca sobre los inmuebles de su deudor, y en el instante mismo de la adquisición".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Observamos lo mismo que antes: en estas palabras sólo encontramos la afirmación de que es real la ley que concede hipoteca á la mujer casada en los bienes de su marido; pero no se descubre en ella la prueba de esa afirmación.

No hay, pues, duda alguna de que para Mr. Paul Pont la referida ley es *real* y no *personal:* sus palabras no pueden tener otra significación; y sólo así tienen mérito jurídico los argumentos de que echa mano, por cuanto ellos conducen á sostener el carácter de *real* en la referida ley. Porque, lo volvemos á repetir, si es real la ley de que tratamos, la opinión de Mr. Paul Pont no sólo es la más equitativa y generosa, sino que estaría ajustada á la doctrina de la escuela francesa, y sería la preferente entre las cuatro que ha enunciado; pero la dicha ley es personal, y nos confirmaremos en esta idea examinando los argumentos que aduce Mr. Paul Pont en favor de su opinión, ó sea, para probar que la ley es real.

El primero de esos argumentos consiste en establecer que la hipoteca legal en favor de la mujer casada es una carga que la ley impone á los inmuebles del marido, y es una carga semejante á las hipotecas convencional y judicial: tan creación de la ley civil, nos dice, es la hipoteca legal á favor de la mujer casada, como las formalidades prescritas para la inscripción útil de las hipotecas, ó bien, el modo que debe emplearse para poner en juego el ejercicio del derecho. Si la hipoteca legal es semejante á la convencional y á la judicial, y si de estas hipotecas tienen derecho á gozar los extranjeros, no hay razón por qué negarles aquélla.

Este argumento no tiene fuerza alguna en Derecho, porque está fundado en un error capital. Es falso que la hipoteca legal de la mujer casada sea una *carga* de los inmuebles del marido; como es erróneo que la hipoteca legal sea semejante á la convencional.

La palabra *carga*, tratándose de bienes raíces, significa *derecho real*, y la hipoteca legal de la mujer casada no es derecho *real*, y sí lo es la hipoteca convencional, siendo ésta la primera y más radical diferencia que existe entre ambas. Prueba inconcusa de esta proposición es que la hipoteca legal no pasa contra terceros poseedores, y no es, por lo tanto, propiamente una li-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mitación del dominio; mientras que la hipoteca convencional pasa contra terceros poseedores, y es propia y estrictamente una limitación del dominio, y ésta es la razón por que en la prohibición de enajenar se comprende la constitución de hipoteca, prenda, servidumbre, usufructo y todo derecho real. (Ley 7.ª, tít. 51. Cód. *De rebus alien. non alien*, y ley 10, tít. 33, Part. 7.ª) La hipoteca legal no viene á importar principalmente más que la preferencia para el pago, pero que puede ser preferida á la hipoteca convencional si aquella es más antigua, mientras que en la doctrina de nuestro Código la hipoteca convencional es siempre preferida, de cualquiera fecha que sea. Por estas razones nuestro Código no ha calificado de *hipoteca*, sino de *privilegio*, el favor que otorga á la mujer casada para garantir sus derechos con el pago preferente.

Podríamos señalar todavía otras diferencias entre la hipoteca legal y la convencional: aquélla es general, se extiende á todos los inmuebles, y en cuanto á la preferencia para el pago, que es el objeto de la ley ó la sustancia de la garantía, se extiende á los muebles, y comprende, por consiguiente, todos los bienes; mientras que la hipoteca convencional es siempre especial, no puede recaer sino en bienes raíces, y bien especificados y determinados. La hipoteca legal es obra exclusiva de la ley, no puede ser alterada ni destruída por el contrato ó la voluntad de los interesados, ni en cuanto á su extensión, ni en las maneras de terminar; mientras que la hipoteca convencional es obra del contrato, y se sujeta en la mayor parte de sus efectos á las estipulaciones de los interesados, y puede ser, por consiguiente, más ó menos limitada, condicional y desde ó hasta cierto día, y terminar por la mera voluntad del acreedor. En la hipoteca legal la acción *personal* se confunde con la *real*, ó son una misma cosa, mientras que en la convencional las dos acciones, real y personal, se sostienen perfectamente distintas y aun independientes, mientras subsista la hipoteca; y puede, por consiguiente, desaparecer la acción real ó hipotecaria y quedar vigente la acción personal, lo que no puede suceder en la hipoteca legal.

El segundo de los argumentos de que se vale Mr. Paul Pont para sostener que es real la ley que otorga la hipoteca legal á favor de la mujer casada, consiste en hacer notar que si la hipo-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

teca legal es una creación del Derecho Civil, lo es igualmente la hipoteca convencional, puesto que las *formalidades prescritas para la inscripción útil de las hipotecas, como el modo que debe emplearse para poner en juego el ejercicio del derecho de hipoteca*, son creaciones de la ley civil y *sin embargo, nadie se ha atrevido á negar á los extranjeros el derecho á la hipoteca convencional.* Refuerza todavía su argumento Mr. Paul Pont con la consideración de que la hipoteca, ya sea legal ya convencional, no es más que la aplicación del principio de eterna justicia, que nos enseña que cada cual está obligado á satisfacer sus obligaciones con sus propios bienes, y entonces la hipoteca, lo mismo que las convenciones, pertenece al Derecho de Gentes. Agrega en seguida: "Así, pues, es necesario decir lo mismo de la hipoteca legal que de la hipoteca convencional, pues que ella existe en los bienes del obligado por la sola fuerza de la ley francesa y por el solo hecho de la cualidad de tutor ó de marido que pertenece á este obligado, la cual, de seguro, es de Derecho de Gentes, al mismo tiempo que los bienes de Francia están afectos, á causa de esta cualidad, por la ley civil francesa.

En este argumento se incurre en varios errores capitales. Consiste el primero en establecer la identidad de las hipotecas legal y convencional en cuanto á ser la una y la otra creaciones exclusivas de la ley civil. Que la hipoteca legal es pura creación de la ley civil, es cosa incuestionable, y en esto estamos de acuerdo con Mr. Paul Pont; pero la hipoteca convencional no es lo mismo, pues hay que distinguir en ella los requisitos externos, ó sea, las solemnidades, y la sustancia, ó sea, la garantía para el pago. En cuanto á las solemnidades, como es, verbigracia, la inscripción en el Registro, la hipoteca convencional es pura creación de la ley civil, y en esto se asemeja á la hipoteca legal, pero en cuanto á la garantía para el pago es obra exclusiva del contrato, ó como dice Mr. Paul Pont, es de *Derecho de Gentes*, y en esto se desemeja de la hipoteca legal.

El segundo error consiste en confundir ó asimilar las creaciones exclusivas de la ley civil con los derechos que nacen directamente de la ley natural; y así vemos que Mr. Paul Pont trata de probar que la hipoteca es de Derecho de Gentes porque es creación de la ley civil. En este argumento se hace una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

reminiscencia imperfecta de la teoría romana que distinguía el Derecho *quiritario* del Derecho de Gentes, atribuyendo el primero exclusivamente al ciudadano romano, y otorgando el segundo también á los extranjeros. No hay duda que tenemos afectos por Derecho Natural ó Derecho de Gentes, que es lo mismo, todos nuestros bienes al pago de nuestras obligaciones; pero en cuanto al pago preferente, ó sea, el privilegio de ciertos créditos para ser cubiertos antes que los otros, que es en lo que consiste la hipoteca, ó sea, el fondo de esta entidad jurídica, hay que hacer la distinción que antes enunciamos: si esa preferencia nace del contrato (hipoteca convencional) es una enajenación, es la transferencia de una parte del dominio, es de Derecho Natural primario y directo, puesto que lo es la propiedad y su transferencia por la voluntad del dueño; si la preferencia para el pago nace exclusivamente de la ley civil (hipoteca legal) sin concurso alguno de la voluntad del dueño de los bienes, es de derecho civil primario y directo, y sólo puede reputarse de Derecho Natural secundario é indirecto.

En tercer lugar, Mr. Paul Pont reconoce que la hipoteca legal *existe en los bienes del obligado por la sola fuerza de la ley francesa y por el solo hecho de la cualidad de tutor ó de marido*, lo cual es un antecedente incontestable para establecer que es *personal* la ley que crea la hipoteca legal, pues que en ella se tiene en mira primaria y directamente el interés de la persona; esa ley no tiene otro propósito que proteger al pupilo y á la mujer casada; si su mandato recae sobre los bienes, es sólo en consideración á las personas. Luego la ley es *personal* y no *real*. Mientras tanto, la ley que estatuye ó protege la hipoteca convencional es dictada sólo en consideración á los bienes; no se toma en ello para nada en cuenta las personas; no se trata de proteger ó de favorecer á personas determinadas, ni á cierta clase de personas; la ley, es por consiguiente, *real* y no *personal*.

Si la ley que establece la hipoteca legal á favor de la mujer casada es una ley personal, la opinión de Mr. Paul Pont no es conforme á la doctrina de la escuela francesa en materia de Derecho Internacional Privado; y si se hubiera de juzgar por esta doctrina, habría que rechazar aquella opinión por más que sea la más equitativa y la más generosa. Pero si no hubiera de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aceptarse la opinión de Mr. Paul Pont, con mayor razón deberíamos rechazar la opinión opuesta, y que es la segunda de las enunciadas en el párrafo que hemos transcrito. Esta opinión se funda en que *la hipoteca legal es una concesión del Derecho Civil que se ha establecido sólo en favor de los regnícolas; y que, en consecuencia, no puede aprovechar á las mujeres extranjeras, a las que no ha podido tener en vista la ley civil.* Esta opinión corresponde al sistema más desacreditado, al más inmediato á la época de la barbarie de la ciencia legal, del Derecho Internacional Privado, y no es conforme á la doctrina de la escuela francesa en esta materia.

En esta doctrina predomina el *comitas gentium* y la *reciproca utilitas*, y por ellas se acepta, entre otras reglas, el que las leyes personales de un país siguen al ciudadano á cualquiera parte donde vaya; y así resulta que las leyes personales extienden su jurisdicción más allá de las fronteras de la nación que las dicta; pero sólo respecto de los ciudadanos de esta nación y en cuanto no contraríen al orden público establecido en el país donde se trata de aplicar la ley. Los jurisconsultos de la escuela francesa dicen que las leyes personales viajan con el ciudadano, que le siguen lo mismo que la sombra sigue al cuerpo que la proyecta, y le están tan adheridas como la lepra á la cutis. Si la ley personal viaja con el individuo; y si se cree y sostiene que la cortesanía ó comedimiento para con los extranjeros, lo mismo que la recíproca utilidad de las naciones, exigen que no se aplique al extranjero la ley personal francesa, sino la ley personal de su propio país, y si la ley que estatuye la hipoteca legal á favor de la mujer casada es personal y no es contraria al orden público establecido en Francia, es claro que la opinión de Mr. Paul Pont peca por demasiado general, como asimismo por las razones en que la funda. Según la doctrina de la escuela francesa, si la ley del país á que pertenece la mujer extranjera le otorga la hipoteca legal en los bienes de su marido, como esta hipoteca no contraría el orden público de Francia, gozará igualmente de ella en los bienes situados en Francia, lo mismo que la mujer francesa; *secus*, en el caso contrario. Creemos, en consecuencia, que la tercera de las opiniones enunciadas por Mr. Paul Pont sería la mejor fundada, si el negocio se hubiera de juzgar según la doctrina de la escuela francesa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Felizmente, como antes lo hemos dicho, esta cuestión no ofrecería dificultad alguna si hubiera de ser fallada con arreglo á las leyes chilenas: en Chile la mujer extranjera, sin excepción alguna, gozaría del privilegio de ser pagada preferentemente con los bienes de su marido situados en Chile, aunque por la ley personal de su país no goce de este privilegio ó de hipoteca legal; pero tampoco gozará en Chile de otro privilegio que el que le otorga la ley chilena, por más que la ley de su país le conceda hipoteca legal ú otra clase de privilegio. Volveremos á recordar las disposiciones de nuestro Código Civil: "La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros" (artículo 14): "La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código" (artículo 57): "Los extranjeros son llamados á las sucesiones abintestato abiertas en Chile de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos" (artículo 997): "Los matrimonios celebrados en país extranjero y que según el artículo 119, deban producir efectos civiles en Chile, darán á los créditos de la mujer sobre los bienes del marido existentes en territorio chileno el mismo derecho de preferencia que los matrimonios celebrados en Chile" (artículo 2484). Los términos de este último artículo comprenden tanto á los extranjeros residentes en Chile como á los no residentes, y esta observación recae igualmente en el marido y en la mujer: la ley habla de *matrimonios celebrados en país extranjero*, con lo que no cabe distinción alguna entre marido y mujer extranjeros.

Nos hemos detenido en el estudio de esta cuestión no sólo para fijar mejor nuestras ideas sobre la distinta naturaleza de las leyes reales y personales, y conocer mejor las reglas que eviten el peligro de cambiarlas ó confundirlas, cuanto para hacer resaltar la importancia del sistema que tiene como base para resolver esta clase de cuestiones, la división de las leyes en reales, personales y relativas á los actos; sistema que se ha tratado de desconceptuar por cuanto no alcanza á disminuír á satisfacción de todos, las complicadas cuestiones que ofrece esta materia, y que nacen en gran parte (como hemos tratado de inculcarlo) del error en que se incurre al calificar una ley de *real*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó *de personal.* Queríamos al mismo tiempo llamar la atención á las ventajas que ofrece el sistema que ha formado nuestro Código Civil.

Este sistema lo componen las reglas que, sin desconocer las tradiciones del Derecho Romano en su parte más legítima, son en la actualidad reconocidas en las distintas escuelas que tienen dividido el campo de la ciencia del Derecho Internacional Privado. Reduciendo el número de esas reglas y generalizando sus preceptos, ha conseguido darles más claridad y más facilidad en la ejecución, y lo que es más importante, mayor equidad y generosidad, acercándonos así al ideal tan anhelado, la uniformidad de las legislaciones en esta materia.

Los que desprecian la distinción del estatuto real y personal no han podido formar un sistema que tenga una base medianamente sólida y científica, y se han convertido en casuistas, sin más recursos que los argumentos de congruencia, que sin ser los más satisfactorios, nos precipitan con frecuencia en la arbitrariedad. Se recurre también á los argumentos de autoridad, ó sea, la opinión de los jurisconsultos; pero en esta materia, como en todas las ciencias filosóficas, ese es el último argumento de que debe echarse mano.

IV.—La regla que se consigna en el inciso 1.º y que dispone que todos los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas y sea cuales fueren sus dueños, tiene sus excepciones.

La primera y la más importante es la que se consigna en el artículo 955, que dice: "La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados". "La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvas las excepciones legales".

La sucesión por causa de muerte, ya sea testamentaria ó abintestato, es un *modo de adquirir* el dominio y los derechos reales, excepto los que no pueden transmitirse y que perecen con el poseedor ó dueño, como son el usufructo, el uso y la habitación. Todas las leyes relativas á los modos de adquirir el dominio son reales, porque versan directamente sobre las cosas sin consideración alguna á las personas, y, por consiguiente, las leyes sobre trasmisión de los bienes por causa de muerte son

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

también leyes reales. Consecuencia rigorosamente lógica era que la sucesión por causa de muerte, ya sea testada ó intestada, se rigiese por las leyes chilenas en cuanto á los bienes situados en Chile. Pero el artículo 955 establece dos excepciones á la regla general del inciso 1.º del artículo 16, que dice que los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas.

El artículo 955 contiene tres reglas, que conviene distinguir.

Regla 1.ª: "La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte". La apertura de la sucesión, según la teoría de nuestro Código Civil, es el nacimiento de los derechos que confiere el testamento ó la ley, según sea la sucesión testada ó abintestato, y la consiguiente *delación* de las asignaciones testamentarias ó abintestato, salvo las condicionales de condición suspensiva (arts. 688, 722, 956, 1226, 1239, 1078). Esta regla no tiene otra limitación que la que ofrece el caso de la muerte presunta, en el que los interesados no pueden hacer valer sus respectivos derechos sino desde que se decreta la posesión provisoria ó la definitiva (arts. 83, 84, 90, 91,) salvo las medidas precautorias que pueden impetrarse. Esta regla no importa una excepción á lo dispuesto en el inciso 1.º del artículo 16.

Regla 2.ª: "La sucesión en los bienes de una persona se abre en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados". El caso de excepción más notable es el del desaparecido, cuya sucesión se abre en el último domicilio que haya tenido en Chile (art. 81), á pesar de que puede haber tenido su domicilio en otra parte, lo cual supone la ley que se ignora. Esta regla 2.ª determina la competencia del juez del último domicilio del difunto para todas las diligencias consiguientes á la apertura de la sucesión, como la apertura y publicación del testamento (art. 1009), la guarda y aposición de sellos (arts. 1222 y 1223), la facción de inventarios, la partición de los bienes hereditarios y el ejercicio de los derechos que por el testamento ó por la ley nacen de la misma apertura, como asimismo del juicio de petición de herencia, nulidad del testamento, etc., (art. 221 de la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875). Pero es preciso no confundir los derechos que nacen de la apertura de la sucesión, ó bien sea los derechos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á la sucesión, que son de los que hemos hablado, y los derechos contra la sucesión ó contra la herencia. Los derechos á la sucesión se hacen valer en el domicilio de la apertura; pero los derechos contra la sucesión se hacen valer en el domicilio que corresponda como si no hubiese muerto el obligado, ó bien aquel á quien representa la sucesión (*ille de cujus successione agitur);* es decir, que la muerte no cambia el lugar donde pudieran ó debieran ejercitarse esos derechos. De la misma manera, los derechos que competen á la sucesión, que son aquellos que competían al difunto, deben ejercitarse en el mismo lugar y ante los mismos tribunales en que habría podido ó debido ejercitarlos el difunto: la muerte no altera estos derechos. ni la manera de ejercitarlos.

Esta segunda regla puede ya considerarse como una excepción de lo dispuesto en el inciso 1.º del artículo 16, porque los bienes situados en Chile no quedan sujetos á las leyes chilenas en cuanto á la apertura de la sucesión, publicación del testamento, inventario, etc.

Regla 3.ª "La sucesión en los bienes de una persona se regla por la ley del domicilio en que se abre, salvas las excepciones legales". Estas excepciones son las del número 2.º del artículo 15; la sucesión del chileno que muere domiciliado en país extranjero se rige por la ley chilena, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes chilenos; lo que se confirma con el inciso final del artículo 998; y la otra excepción es la relativa á la sucesión del extranjero, que según el mismo artículo 998 se sujeta á la ley chilena en cuanto á los derechos que ella confiere á los chilenos, esto es, sucesión abintestato y asignaciones forzosas, según lo hemos explicado en el número V del comentario del artículo 14.

Esta regla 3.ª es otra excepción del precepto del inciso 1.º del artículo 16. Según esta regla los bienes situados en Chile se rigen por la ley extranjera en cuanto á la transmisión del dominio y de los derechos reales, como en cuanto á los demás derechos y bienes transmisibles, salvas las excepciones legales. Si se trata de un extranjero que no deja cónyuge ni parientes chilenos, su sucesión se arregla por completo según la ley del domicilio en que se abre, en cuanto á los bienes situados en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Chile; salvo empero los derechos del Fisco chileno, como lo expresa Bello, *Derecho internacional*, 1.ª parte, capítulo 4.°, número 4. Finalmente, cualquiera influencia que se conceda á las leyes de un Estado sobre los bienes situados en suelo extraño, debe siempre quedar á salvo el derecho del Fisco de cada nación para suceder en los bienes que en ella existen, á falta de todo otro heredero; bien que el Fisco en este caso sucede menos como heredero, que por su derecho á ocupar los bienes vacantes; derecho inherente á la soberanía territorial. Igual cosa sucede si se trata de un chileno que muere domiciliado en país extraño y no deja cónyuge ni parientes chilenos.

La ley chilena atiende sólo al domicilio y no á la nacionalidad del difunto para determinar la ley que debe regir su sucesión. La sucesión del individuo que muere domiciliado en Chile, sea nacional ó extranjero, se rige por la ley chilena, la que da en ella iguales derechos á los chilenos y á los extranjeros, salvo la preferencia excepcional á favor del chileno de que habla el artículo 998 y que es sólo para el caso en que hay bienes en país extranjero, y en que la ley de este país no da igual derecho á los chilenos que á los regnícolas. La ley chilena usa de perfecta reciprocidad en cuanto al extranjero que muere domiciliado en el extranjero y que no deja cónyuge ni parientes chilenos; su sucesión se regla exclusivamente, en cuanto á los bienes situados en Chile, por la ley del domicilio en que se abrió. Si un inglés, domiciliado en España, muere en Francia, Italia, Prusia ó en cualquiera otra parte, su sucesión en cuanto á los bienes situados en Chile se rige por la ley española, que es la ley del domicilio, y no por la ley inglesa, que es la ley de la nacionalidad. Puede suceder que la ley del domicilio disponga que la sucesión se rija por la ley de la nacionalidad, entonces los bienes situados en Chile se regirán por esta última ley, y se cumplirá así la ley chilena, porque en este caso la ley de la nacionalidad viene á ser la ley del domicilio, única que se respeta en Chile.

Las disposiciones de la ley chilena son bien claras y terminantes á este respecto. Pero ¿conviene dar preferencia á la ley del domicilio sobre la ley de la nacionalidad? Creemos que sí, y que nuestro Código está en la buena doctrina, porque es la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

más lógica y la más conveniente para los extranjeros. Es la más lógica, porque el hecho de elegir un lugar como domicilio supone el ánimo de atemperarse á los usos, costumbres, idioma, leyes, etc. de ese mismo lugar; supone un principio de gratitud y correspondencia entre la protección que recibe el extranjero y su sometimiento á las leyes, ó reglas de conducta que imperan en el lugar que él mismo ha elegido para residir permanentemente. ¿Querría el extranjero que en sus funerales se hiciera uso de ciertas pompas ó aparatos, que no son esenciales á las creencias religiosas, y que se estimaran ridículas en el lugar del domicilio? ¿No ha cambiado tal vez hasta la forma y calidad del traje, y hasta las maneras sociales? Lógico es entonces suponer la uniformidad, y que eligiendo el extranjero un lugar para su residencia, haya intentado no sólo á acomodarse á los usos, costumbres y maneras de vivir propios de ese lugar, sino también á las leyes que distribuyen los bienes de un individuo que fallece sin disponer de esos mismos bienes.

La doctrina de nuestro Código es también la más conveniente para los extranjeros; porque la sucesión por causa de muerte puede ser testada ó intestada; y en uno y otro caso le es más fácil al extranjero, generalmente hablando, conocer la ley del domicilio que la de la nacionalidad; en el testamento interviene por lo regular un funcionario ilustrado que puede dar conocimiento al extranjero de la ley del domicilio y que no podrá dárselo de la ley de la nacionalidad; y, por otra parte, muchos preceptos de fondo están relacionados y entrelazados con otros preceptos de forma, lo que embarazaría ó limitaría la testamentifacción en el lugar del domicilio, si se quisiese exigir allí el cumplimiento de la ley de la nacionalidad. En cuanto á la sucesión intestada, también le es más fácil al extranjero conocer la ley del domicilio que la de la nacionalidad; de la primera le podrán dar conocimiento todos los abogados y hasta los legos, mientras que de la segunda será difícil que encuentre abogado que la conozca.

En la sucesión intestada es donde puede ofrecer más interés esta cuestión, porque acerca de ella hay más divergencia entre las legislaciones de los distintos países, mientras que hay más uniformidad respecto de la sucesión testamentaria, puesto que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en ésta predomina la voluntad del testador. Pero, ¿qué es la sucesión intestada? No es otra cosa que el testamento que hace la ley por el difunto. La ley distribuye los bienes de la persona que no hace testamento, y los distribuye de la manera que sospecha ó presume que los habría distribuído el difunto. Ésta es la base filosófica de la sucesión intestada en los pueblos civilizados. Se pregunta entonces, ¿cuál ley interpretará mejor la voluntad del difunto? ¿Cuál ley estará en mejor aptitud para conocer esa voluntad? Decimos con nuestro Código Civil que es la ley del domicilio; porque si el extranjero ha aceptado deliberadamente los usos, costumbres, idioma, leyes y modo de vivir de un lugar, no habría razón por qué exceptuar la ley que arregla la sucesión intestada, rompiendo así esa uniformidad; y si la sucesión intestada guarda relación ordinariamente con los mismos usos, costumbres y modo de vivir, es claro que el extranjero ha tenido la intención de que sus bienes se distribuyan según la ley del domicilio y no según la ley de la nacionalidad.

Distinta es la cuestión sobre si conviene la regla 3.ª del artículo 955, esto es, que prevalezca la ley extranjera, ó sea, la del domicilio del difunto sobre la ley chilena, en la sucesión por causa de muerte, en cuanto á los bienes situados en Chile. Creemos también generosa y útil esta preferencia, que es una derogacion del principio consignado en el inciso 1.º del artículo 16. La razón es porque conviene á los extranjeros la uniformidad, ó sea, la unidad del sistema en la distribución de los bienes hereditarios, puesto que es fácil reconocer que ofrecería dificultades y perturbaciones el hacer regir la sucesión hereditaria por distintas legislaciones al mismo tiempo. Esta preferencia de la ley extranjera, por otra parte, no perjudica á los chilenos, en virtud de las limitaciones ó contra-excepciones que establece el artículo 998; y por último, no daña al orden público, ni á la soberanía de nuestro país.

V.—La otra excepción de la regla consignada en el inciso 1.º del artículo 16 se encuentra en el inciso 2.º del mismo artículo, que dice: "Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño". ¿Cuál es el significado y el alcance

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de esta excepción? ¿Será que en los contratos otorgados válidamente en país extraño se pueden contrariar ó infringir todas las leyes reales de Chile sin distinción alguna para venir en seguida á pedir aquí su cumplimiento? De ninguna manera; nuestro Código no ha podido intentar que fuese lícito hacer estipulaciones en un contrato celebrado en país extraño, que serían reprobadas como contrarias al orden público ó á las buenas costumbres, si se consignasen en un contrato celebrado en Chile, y autorizar así ó proteger aquí su cumplimiento. Nuestro Código no ha querido dar más eficacia y valor á las estipulaciones de los contratos celebrados en el extranjero que á los celebrados en Chile cuando aquéllos deben llevarse á efecto en Chile; ha querido sólo equipararlos. Nuestro Código no ha podido pretender el conferir autorización al chileno y al extranjero para violar leyes de orden público con solo dar un paso más allá de la línea de sus fronteras.

El inciso que hemos copiado tiene dos significaciones bien obvias: la ley chilena respeta y reconoce el valor legal de las estipulaciones consignadas en los contratos celebrados en el extranjero sobre bienes situados en Chile, aunque con esas estipulaciones se contraríen ó infrinjan las leyes de Chile, pero con la limitación que establece en el inciso siguiente; y entonces hai que distinguir si el contrato se ha celebrado en el extranjero y para cumplirse en el extranjero, la ley chilena no rige en ningún sentido, aunque los bienes sobre que verse el contrato estén situados en Chile (como los muebles que pueden transportarse al extranjero); en este contrato se pueden infringir todas las leyes de Chile. Si el contrato se ha celebrado en el extranjero para cumplirse en Chile, entonces sus efectos, (derechos y obligaciones, no los requisitos) se rigen por la ley chilena; las estipulaciones consignadas en él deben ajustarse á la ley chilena lo mismo que si se hubieran celebrado en Chile: la ley chilena permite hacer en el extranjero las mismas estipulaciones que permite ó autoriza en Chile; pero las unas y las otras, en cuanto á los derechos y obligaciones que producen (que son los efectos), se rigen por la ley chilena.

La segunda significación que contiene el inciso segundo, de que tratamos, es que la ley chilena reconoce y respeta el valor

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del contrato celebrado en el extranjero en conformidad á la ley extranjera: el contrato que es válido según la ley del país en que se celebra, es también válido en Chile; el inciso dice: *contratos otorgados válidamente en país extraño.* Dijimos en el comentario del artículo 14 que en todo contrato deben distinguirse los requisitos necesarios para su valor y los efectos que produce, ó sea, las obligaciones y derechos que emanan de él. Nuestro inciso dice entonces que los requisitos necesarios para el valor del contrato se rigen por la ley del país donde se celebra; y todos los contratos celebrados en el extranjero sin distinción alguna, tanto los celebrados para cumplirse en el extranjero, como los celebrados para cumplirse en Chile.

El sentido obvio y natural de la frase *contratos otorgados válidamente en país extraño*, no puede ser otro sino que la *validez* se juzgue por la ley del *país extraño*, ó sea, del país donde se celebra; es decir, que sea válido según esta ley; porque si la validez del contrato se juzgase por la ley chilena, podía resultar que según esta ley fuese válido, y nulo según la ley del país extraño, y entonces no podría decirse con propiedad que el contrato se había otorgado válidamente en país extraño: la *celebración* y la *validez* son dos circunstancias perfectamente unidas en la frase, una y otra tienen lugar en país extraño.

Pero tenemos á más del sentido obvio y natural de la frase dos argumentos en que apoyar la legitimidad de nuestra interpretación. El primer argumento lo tomamos del número 1.º del artículo 15, que dice que los chilenos permanecen sujetos á las leyes chilenas, no obstante su residencia ó domicilio en país extranjero *en cuanto á su capacidad para ejecutar ciertos actos* que *hayan de tener efectos en Chile;* luego, *a contrario sensu*, el chileno no permanece sujeto á la ley chilena en cuanto á los otros requisitos del acto ó contrato; si permaneciera sujeto en cuanto á todos los requisitos, habría sido no sólo superfluo sino inconveniente decir que queda sujeto en cuanto á la capacidad, porque habría dado ocasión á un error. Pero ni siquiera permanece sujeto á la ley chilena en cuanto á la capacidad, cuando el acto no ha de tener efecto en Chile. El artículo 15, número 1.º sólo exige del chileno que observe la ley chilena en cuanto á la *capacidad*, y sólo en los actos que hayan de tener efecto en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Chile; los otros requisitos que no importan *capacidad*, como los actos que no han de tener efecto en Chile, no se sujetan á la ley chilena: esta sujeción no la exige el número 1.º del artículo 15, ni ninguna otra ley chilena. Aquí presta argumento sólido la regla, *inclussio unius est exclussio alterius*, porque la ley habla taxativamente, por enumeración y no por vía de ejemplo.

El segundo argumento lo suministra el inciso 3.º del artículo 16, que dice: "Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán á las leyes chilenas". Este inciso no sujeta á la ley chilena sino los *efectos* del contrato; es así que los *requisitos* no son *efectos*, luego no los sujeta á la ley chilena. Podemos dar á este argumento el mismo desarrollo que al anterior y agregarle los mismos fundamentos. Notaremos también la otra deducción legítima que fluye de este inciso 3.º, y es, que los efectos (derechos y obligaciones) del contrato celebrado en país extraño para cumplirse en el extranjero, no se arreglan á las leyes chilenas.

Todavía más, las dos significaciones que hemos dado á la disposición del inciso 2.º que nos ocupa, la colocan en la buena doctrina; y este es otro argumento en favor de nuestra interpretación, pues que los pasajes oscuros y contradictorios de una ley deben interpretarse del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y á la equidad natural, como lo dispone el artículo 24 de nuestro Código Civil.

En cuanto á la primera significación, distinguiremos tres casos: Primero: el contrato se celebra en el extranjero y para cumplirse en el extranjero ,verbigracia: se venden en el Perú doscientos bueyes existentes en Chile, pero obligándose el vendedor á entregarlos en el Perú. Este contrato se rije por las leyes del Perú en cuanto á sus requisitos y en cuanto á sus efectos, y ninguna ley chilena tiene en él cabida. Si, por ejemplo, según la ley peruana el vendedor no responde de vicios redhibitorios, el comprador no tendrá en el ejemplo propuesto la acción de saneamiento por vicios redhibitorios, por más que se la otorgue la ley chilena; y si la ley del Perú concede la acción de lesión enorme, la tendrán los contratantes, aunque la ley chilena la niega en la venta de bienes muebles. Este primer caso es de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

notoria justicia, no puede haber sobre él divergencia de opiniones; pero es todavía evidente que los contratantes han podido hacer estipulaciones contrariando ó infringiendo las leyes de Chile de cualquiera clase, si esas estipulaciones son lícitas ó válidas según la ley peruana; por ejemplo, que el comprador no responda del saneamiento de los vicios ocultos de los bueyes, aún cuando tenga conocimiento de dichos vicios y no dé noticia de ellos al comprador. Por la ley chilena es ilícita esta estipulación y no vale; pero si por la ley peruana no está reprobada, vale y no se toma en cuenta la ley chilena.

Segundo caso: el contrato se celebra en el extranjero para cumplirse en el extranjero, pero se viene á pedir su cumplimiento en Chile. Tomemos el mismo ejemplo de los doscientos bueyes existentes en Chile, vendidos en el Perú y para entregarlos en el Perú, pero que el vendedor no los entrega, y se viene á pedir á Chile el cumplimiento del contrato ante tribunal competente. En los tribunales de Chile se juzgaría el asunto según la ley peruana, y no habría más diferencia del caso anterior, sino que no se reconocería el valor, ni se ordenaría en consecuencia, el cumplimiento de la estipulacion ilícita según la ley chilena; esto es, al vendedor se le obligaría al saneamiento de los vicios redhibitorios de que tuvo conocimiento y de que no dió noticia al comprador: esta disposición afecta á las buenas costumbres, y las leyes de esta clase se estiman lo mismo que las que son de orden público; es doctrina corriente, y creemos que unánimemente aceptada, que no se puede pedir ante los tribunales de un país el cumplimiento de estipulaciones que violan sus leyes de orden público ó que afectan á las buenas costumbres, porque sería pedir á los tribunales la protección de un delito. Tal acontece con las estipulaciones sobre el derecho de suceder por causa de muerte á una persona viva, ó sea, sobre la sucesión futura de una persona que en algunas legislaciones se permite con ciertas limitaciones ó entre cierta clase de personas y que en Chile son absolutamente reprobadas, siguiendo la regla romana: *Servanda non sunt pacta quæ ad delinquendum invitant.* En estos casos debe pedirse el cumplimiento de las estipulaciones ante los tribunales del país donde se celebró el contrato, porque éstos no tendrán embarazo alguno para orde-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

narlo, pues que según sus leyes son válidas y legítimas. El cumplimiento de la sentencia que dicten los dichos tribunales será el que pueda pedirse en el otro país, si es que en él se da cumplimiento á las sentencias extranjeras sin revisión ó examen del negocio.

Tercer caso: el contrato se celebra en el extranjero para cumplirse en Chile; entonces los efectos de este contrato, esto es, los derechos y obligaciones que produce, se rigen por la ley chilena; no se podrían hacer estipulaciones en ese contrato que violasen la ley chilena, ni podrían hacerse otras estipulaciones que las que podrían hacerse en Chile. De este caso trata el inciso 3.º del artículo 16, de cuyo comentario nos vamos á ocupar luego.

La segunda significación que damos al inciso 2.º del artículo 16, es también de buena doctrina. Decimos que en ese inciso se reconoce el valor del contrato celebrado en el extranjero en conformidad á la ley del país en que se celebra. Los requisitos necesarios para el valor del contrato, ya sean internos, ya sean externos, se rigen por la ley del país en que se celebra; para saber si un contrato es válido, sólo hay que atender á la ley vigente en el lugar y tiempo en que se celebra, salvas dos excepciones: 1.ª, la capacidad del chileno, si el contrato ha de tener efecto en Chile (art. 15, núm. 1.º); y 2.ª, el instrumento público cuando la ley chilena lo exige como prueba que ha de rendirse y producir efecto en Chile (art. 18).

No cabe aquí la excepción que pone el inciso 3.º del artículo 16, respecto de los efectos del contrato celebrado en el extranjero para cumplirse en Chile. En cuanto al valor del contrato, ó sea, los requisitos, todos los contratos celebrados en el extranjero sin distinción, se rigen por la ley del lugar de la celebración, aunque se hayan otorgado para cumplirse en Chile.

Decimos que ésta es buena doctrina, no tanto porque cuente con la opinión de la mayoría de los jurisconsultos ó de una parte principal de ellos, cuanto porque se funda en principios y razones incontestables.

En primer lugar, las leyes del lugar en que se ejecuta el acto ó se celebra el contrato, son las que lo protegen, favorecen su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ejecución ó celebración procurando los medios adecuados, y reprimiendo á los que tratan de impedir la ejecución ó la celebración. Cuando no fuera por respeto á la soberanía, por gratitud y correspondencia á esa protección, nos deberíamos conformar á sus mandatos.

En segundo lugar, las leyes del país en que se ejecuta el acto ó se celebra el contrato, protegen la ejecución y la celebración, pero sólo de la manera ó con los requisitos que ellas exigen. Esas leyes no prestan su protección al acto ó al contrato, sino en conformidad á las reglas que ellas mismas prescriben; y para lo cual han tomado en cuenta las circunstancias de la localidad, los usos y costumbres de los habitantes y hasta su carácter y sus tradiciones.

En tercer lugar, en el país donde se ejecuta el acto ó se celebra el contrato es fácil conocer las leyes que prescriben los requisitos necesarios para su valor; no sólo los abogados, sino también el común de las personas ilustradas tienen noticias de esos requisitos. Mientras tanto, es difícil encontrar personas en ese lugar, ni aun entre los abogados, que conozcan las leyes extranjeras y puedan apreciar sin gran peligro de equivocación los requisitos internos y externos que esas mismas leyes exigen. ¡Cuántas demoras, cuántas dificultades y embarazos no traería consigo la regla contraria á la doctrina de nuestro Código, que es la común! Si preguntamos á los abogados más aventajados de la Francia y de la Alemania por los requisitos que exige la ley chilena para otorgar un testamento ó celebrar un contrato, es seguro que necesitarán algunas horas de estudio, y teniendo el Código Civil Chileno á la mano, para contestar esa pregunta, y casi siempre con grave peligro de equivocarse. Ahora, si hacemos la misma pregunta á los abogados de la mayor parte de los pueblos de la Alemania y de la Francia, no podrán absolutamente contestarla, porque no tienen ni podrán procurarse un ejemplar de nuestro Código Civil, como no tienen, ni les es fácil procurarse con prontitud, la mayor parte de los Códigos extranjeros. De manera que en gran número de casos, si no en la mayor parte, los extranjeros estarían inhabilitados para hacer testamentos y celebrar contratos fuera de su patria.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En cuarto lugar, en muchos casos será imposible la celebración del contrato y la ejecución del acto, si no se han de verificar en conformidad á las leyes del país donde se realiza la ejecución ó la celebración. En efecto, es posible en algunos casos, y no muy raros, que la ley extranjera exija requisitos irrealizables en el lugar de la ejecución ó celebración, porque la ley de este lugar no suministra los medios adecuados, ó bien la ley del dicho lugar exige requisitos sin los cuales no permite la celebración del contrato ó la ejecución del acto. Por ejemplo: la ley extranjera exige la autorización judicial, previos otros trámites, para la enajenación de los bienes raíces de menores ó mujeres casadas (estas leyes son personales, no reales); pero en el lugar donde se celebra la venta no se exige ese requisito, sino la tasación por peritos oficiales. Si se va á pedir en este lugar la autorización judicial, los tribunales rehusarán dictar providencia alguna por no autorizarlos para ello la ley del lugar; y si se pidiese esa autorización, y suponiendo que se consiguiese en el país de la ubicación de los bienes ó de la nacionalidad de los contratantes, no por eso se podría realizar el contrato, porque siempre se exigiría la tasación por peritos oficiales; de manera que habría necesidad de ejecutar todos los requisitos exigidos en los dos países y tal vez en tres. ¿Quién no ve que es un absurdo obligar á una persona á viajar por distintos lugares para celebrar un contrato, ú obligarla á celebrarlo sólo en un lugar determinado? En el otorgamiento de un testamento se ve más fácil la hipótesis que hemos señalado, y la radical impotencia para ejecutar ciertas formalidades requeridas para el valor del acto. Por esta razón, el artículo 1,027 de nuestro Código Civil reconoce el valor del testamento otorgado en país extranjero con las solemnidades prescritas por las leyes del mismo país; y el artículo 2,411 reconoce asimismo el valor de los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero, y sólo exige para la constitución de la hipoteca el que se inscriban en el competente registro. En esta misma consideración se funda la regla que sujeta las formalidades del testamento á las leyes vigentes á la fecha de su celebración, ó como dice Savigny, *tempus regit actum.*

VI.—El inciso 3.º del artículo 16 dice: "Pero los efectos de los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán á las leyes chilenas». Este inciso es una excepción ó una limitación de lo dispuesto en el inciso 2.º, así como á su vez este último inciso es una excepción de la regla consignada en el inciso 1.º

Volvemos á recordar la distinción capital que hicimos en el comentario del artículo 14, entre los requisitos necesarios para el valor ó la existencia del contrato, y que son sus elementos constitutivos, y los efectos del contrato, que no son otra cosa que los derechos y obligaciones que produce. En un contrato de compra-venta son requisitos la capacidad de los contratantes, el consentimiento sin vicio, una cosa comerciable y el precio justo y en dinero. Si falta uno de estos requisitos, el contrato es nulo ó rescindible, ó bien puede degenerar en otro contrato, como ser la permuta. Ninguno de estos requisitos pueden considerarse como efecto del contrato, porque no emanan del contrato, sino que son el contrato mismo, sus elementos constitutivos. Por el contrario, son efectos del contrato de compra-venta las obligaciones que produce, para el vendedor las de entregar la cosa vendida y sanear la evicción y los vicios redhibitorios, que son al mismo tiempo los derechos del comprador; como son obligaciones de éste último la de pagar el precio en el tiempo y lugar estipulados. El contrato no existe ni puede existir sin que existan ó se cumplan los requisitos; pero existe perfecto y acabado sin que se cumplan las obligaciones. Por esta razón se dice que el contrato es causa ó fuente de las obligaciones, y no se dice ni podría decirse que es fuente de los requisitos necesarios para su valor.

En el párrafo anterior hemos visto que, según la doctrina de nuestro Código Civil, los requisitos necesarios para el valor del contrato se rigen por la ley del país donde se celebra; ahora en el inciso tercero se sujetan á la ley chilena los efectos de los contratos celebrados en país extraño con el propósito ó intención de cumplirse en Chile. Éste es el sentido natural y obvio que presenta la frase por su construcción y aun por su puntuación; por lo menos no puede ofrecer duda alguna de que están incluídos en el precepto de este inciso los contratos que se celebran en país extraño con la intención de cumplirlos en Chile.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No creemos que sea necesario que se exprese esta intención en el contrato, basta que se deduzca de sus términos ó del objeto sobre que versa. Así, la compra-venta de un bien situado en Chile supone que debe cumplirse en Chile, si nada dijeren á este respecto los contratantes, y como los bienes raíces no pueden transladarse de un punto á otro, los contratos que versen sobre ellos suponen forzosamente la intención de cumplirlos en el lugar de la ubicación de dichos bienes.

El efecto natural y propio de la disposición del inciso tercero es que los contratos celebrados en país extranjero con la intención de que se cumplan en Chile, son iguales ó se rigen por las mismas reglas que los contratos que se celebren en Chile; pero esta igualdad ó semejanza es sólo en cuanto á los efectos, ó sea, los derechos y obligaciones que producen. De manera que según la ley chilena es lo mismo vender en el extranjero que vender en Chile un bien raíz situado en Chile, porque este contrato se celebra con el propósito de cumplirse en Chile; y en consecuencia ese contrato da lugar á la acción de saneamiento por evicción, por vicios redhibitorios, y á la rescisión por lesión enorme, aun cuando por la ley del país donde se celebró el contrato no se otorguen estas acciones.

Pero también se deduce con claridad de lo dispuesto en el inciso tercero, que si el contrato no se ha celebrado para cumplirse en Chile, sus efectos (derechos y obligaciones) no se rigen por la ley chilena. En consecuencia, aun cuando exista en Chile el objeto materia del contrato, por ejemplo, mil fanegas de trigo, si se estipula que se entreguen en el país extraño donde se celebró el contrato ó en cualquiera otro país extranjero, y en general, cuando el contrato no se ha celebrado para cumplirse en Chile, sus efectos no se rigen por la ley chilena.

También se deduce inequívocamente de la letra del inciso tercero, que es lícito hacer en los contratos referidos las mismas estipulaciones que podrían hacerse en los contratos que se celebren en Chile, y que á falta de estipulaciones especiales los dichos contratos producen los derechos y obligaciones que determinan las leyes chilenas.

Para conocer mejor el alcance de esta observación, conviene

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

recordar lo que dijimos en el comentario del artículo 14 explicando el artículo 1,444 de nuestro Código Civil, en que se distinguen las cosas que son de la *esencia* del contrato, las cosas que son de su *naturaleza* y las que son *accidentales*; y se dice en este artículo que son de la *naturaleza* de un contrato, *las cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial.* Por nuestra parte dijimos, que eran de la *naturaleza* del contrato las obligaciones que emanan del contrato por el solo hecho de su celebración, sin necesidad de cláusula especial, con lo que es conforme la disposición del artículo 1546 que dice: "Los contratos deben ejecutarse de buena fé, y por consiguiente, obligan no sólo á lo que en ellos se expresa, sino á todas las cosas que emanan precisamente de la *naturaleza* de la obligación, ó que por la ley ó la costumbre pertenecen á ella;" y es conforme asimismo con el artículo 1563, que dice: "En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse á la interpretación que mejor cuadre con la *naturaleza* del contrato". "Las cláusulas de *uso común* se presumen, aunque no se expresen". Por último, dijimos que eran *accidentales* en un contrato las obligaciones que producía sólo en virtud de estipulación ó cláusula especial.

Pues bien, los derechos y obligaciones que son de la *naturaleza* del contrato y que se producen sin necesidad de estipulación expresa, son exactamente iguales en los contratos que se celebran en Chile, que en los que se celebran en el extranjero para cumplirse en Chile; en los unos y en los otros se entienden incorporadas las leyes de Chile en cuanto á las obligaciones y derechos que son de la *naturaleza* del contrato; y para decirlo en una palabra, la *naturaleza* del contrato que se celebra en el extranjero con el propósito de cumplirse en Chile, es igual á la *naturaleza* del contrato que se celebra en Chile.

Resulta también de aquí, que como por la ley de Chile se permite modificar, alterar ó suprimir las obligaciones ó los derechos que son de la naturaleza del contrato, salvo los casos expresamente exceptuados, pueden hacerse esas modificaciones ó supresiones tanto en los contratos que se celebran en Chile como en los que se celebran en el extranjero para cumplirse en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Chile, y que ni en los unos ni en los otros pueden hacerse las modificaciones ó supresiones cuando lo prohibe ó no lo permite la ley chilena.

En cuanto á las cosas accidentales, que son las obligaciones y derechos que nacen sólo de estipulación ó cláusula especial, debe decirse lo mismo: en los contratos que se celebran en el extranjero para cumplirse en Chile pueden hacerse las mismas estipulaciones que podrían hacerse en los contratos que se celebran en Chile, y no pueden hacerse las estipulaciones que no estén autorizadas por la ley chilena.

El fundamento de esta doctrina es, que al señalar los contratantes un lugar ó país donde debe cumplirse el contrato, natural y lógicamente se presume que han querido conformarse á las leyes de ese país en cuanto á los derechos y obligaciones que emanan de él; porque el señalamiento del lugar donde debe cumplirse el contrato, importa la elección del fuero competente: ese señalamiento significa que los contratantes se someten á los tribunales del mismo lugar para exigir el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, lo que significa igualmente la voluntad implícita, pero inequívoca, de ajustarse á las leyes que rigen en ese lugar, ó sea, á las leyes por las cuales juzgan los tribunales del dicho lugar. Esta doctrina no ofrece los inconvenientes que señalamos á la pretensión de someter los requisitos del contrato ó del acto á las leyes del país á donde se llevan á efecto las obligaciones que de ellas nacen.

La única cuestión á que pudieran dar lugar las palabras empleadas por el Legislador en el inciso 3.º, es si los contratos celebrados en el extranjero con el ánimo de cumplirlos en el extranjero deben ajustarse á las leyes chilenas, en cuanto á sus derechos y obligaciones, cuando por algún accidente se viene á pedir su cumplimiento en Chile. Por nuestra parte sostenemos la negativa, y nos fundamos en que el contexto de la frase no da cabida á los contratos que se celebran en el extranjero sin la intención de cumplirse en Chile. El complemento *para cumplirse en Chile* dice relación sólo con *los contratos otorgados en país extraño*, de manera que forman una sola frase; y por eso están separados por una coma de las palabras que siguen, *se arreglarán á las leyes chilenas.* Si el Legislador hubiese tenido la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

intención de sujetar á las leyes chilenas todos los contratos otorgados en país extraño cuando se tratase de cumplirlos en Chile, habría hecho que las palabras *para cumplirse en Chile* formaran una sola frase con las siguientes, *se arreglarán á las leyes chilenas;* entonces habría puesto la coma en la palabra *extraño*, y así la expresión *para cumplirse en Chile* no habría sido modificativa de la que precede, *los contratos otorgados en país extraño*, y aquellas palabras habrían formado una sola frase con las siguientes, *se arreglarán á las leyes chilenas.* Pero la puntuación empleada por el Legislador (en lo que era muy perito el señor Bello, redactor del Código Civil) hace dar al inciso 3.º el sentido que hemos señalado, y que es lo mismo que si hubiera dicho: "Se arreglarán á las leyes chilenas los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile". Aquí tenemos exactamente las mismas palabras que no podrían ofrecer duda y cuyo sentido es igual al que damos en el inciso 3.º

Insistiremos todavía en esta observación. Si el Legislador hubiese querido comprender en su precepto á todos los contratos celebrados en país extraño, cuando se tratase de cumplirlos en Chile, á más del camino que hemos indicado, habría podido emplear otros dos; ó bien dejar entre comas la frase *para cumplirse en Chile*, formando así un paréntesis, con lo que la segregaba de la anterior, *los contratos otorgados en país extraño*, la constituía independiente y le quitaba así su calidad de complemento, que es el papel que está haciendo actualmente; ó bien, en lugar de la frase *para cumplirse en Chile*, decir, *cuando se hubieren de cumplir en Chile*, que es el sentido contrario ó distinto del que creemos debe darse al inciso 3.º

Otro argumento incontestable de la rectitud de nuestra interpretación, es el fundamento de la doctrina consignada en dicho inciso. Uno de los motivos principales por que se sujetan á las leyes chilenas los contratos que se han otorgado en país extraño para cumplirse en Chile, es, como antes lo hemos expresado, la voluntad positiva y deliberada de los contratantes de someterse á las leyes de Chile, voluntad que revelan ó que va incluída en la intención de cumplir el contrato en Chile, y de someterse á la jurisdicción de los tribunales chilenos para el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato. No podría decirse lo mismo de los contratos que se celebran en el extranjero sin el propósito de cumplirse en Chile; faltando este propósito, los contratantes no han podido tomar en cuenta las leyes de Chile, ni han tenido, por consiguiente, el ánimo de adquirir los derechos ni de contraer las obligaciones que según la ley chilena corresponden á la *naturaleza* del contrato; los contratantes habrían adquirido derechos y contraído obligaciones sin su voluntad y aun contra su voluntad, y se atacaría así la raíz ó sustancia del contrato.

No es justo, ni es razonable someter todo contrato indistintamente á las leyes del país en que se trata de cumplirlo. No es justo, porque el contrato es espontáneo, es obra de la voluntad de los que lo celebran; y así como no puede obligarse á nadie á celebrar un contrato, tampoco pueden atribuírse al contrato más derechos y obligaciones que los que han estado en el ánimo de los contratantes al otorgarlo. La ley, al señalar los derechos y obligaciones que nacen del contrato, ó al fijar lo que es de su *naturaleza*, no hace más que interpretar la voluntad de los contratantes, á la manera de la sucesión intestada, en la que la ley dispone de los bienes del difunto de la manera que presume que él habría dispuesto de ellos si hubiese hecho testamento. Por esta razón los contratantes, salvas raras excepciones, pueden modificar, derogar ó cambiar los derechos y obligaciones que son de la *naturaleza* del contrato; ó bien, la estipulación expresa prevalece sobre la *naturaleza* del contrato.

No es tampoco razonable someter indistintamente el contrato á las leyes del país donde se exige su cumplimiento; porque no es fácil y muchas veces es imposible saber al tiempo de la celebración del contrato cuál será el país donde habrá necesidad más tarde de pedir su ejecución. En cuanto á las leyes del país donde se celebra el contrato y las del país donde los contratantes tienen la intención de cumplirlo, no hay dificultad alguna: los contratantes han podido y debido conocerlas; han querido someterse á ellas en toda su extensión si no han estipulado lo contrario. Pero pretender que se consideren incorporadas en el contrato leyes en las cuales no se ha pensado, que tal vez no han podido ser conocidas de los contratantes, es una anomalía

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se reagrava por la circunstancia de que pueden ser, no sólo distintas, sino contradictorias las leyes de los distintos países en que puede pedirse el cumplimiento del contrato; de manera que se supone que se ha estipulado al mismo tiempo el *sí* y el *nó*, y que se han estipulado dos cosas contradictorias sin tener siquiera posibilidad de saber lo que se estipulaba.

Concluiremos este punto tan importante de nuestro comentario con una observación á que ya antes hemos llamado la atención. Al someter nuestro Legislador á la ley chilena los efectos de los contratos que se celebran en país extraño para cumplirse en Chile, ha querido que en esos contratos se respeten las leyes de orden público ó relativas á las buenas costumbres. La ley chilena fundada en el axioma que dice *Privatorum conventio juri publico non derogat*, no permite que se estipule en el extranjero un derecho ó una obligación que viole el orden público ó las buenas costumbres, y que se venga á pedir en seguida su ejecución á los tribunales de Chile. Los magistrados de Chile no podrían legítimamente reconocer en Chile el ejercicio de un derecho ú ordenar el cumplimiento de una obligación violando una ley de orden público ó relativa á las buenas costumbres, porque eso vendría á tener la misma importancia que la ejecución de un delito. La genuína inteligencia de la disposición del inciso 3.º del artículo 16, es que para la ley chilena no hay diferencia alguna entre el contrato celebrado en Chile y el celebrado en el exranjero para cumplirse en Chile, relativamente á los derechos y obligaciones que nacen de esos contratos.

Todavía la doctrina común da mayor extensión á la regla y á nuestro modo de ver con bastante fundamento. Según ella no es lícito á los tribunales de un país ordenar el cumplimiento de una obligación ó respetar el ejercicio de un derecho, cuando por ello se quebrante una ley de orden público ó relativa á las buenas costumbres, aun cuando el contrato de que nace el derecho ó la obligación se haya celebrado en otro país en el cual era lícita la estipulación de este derecho ó de esta obligación; y aun cuando el contrato se haya celebrado con la intención de cumplirlo en el mismo país, y que sólo por un accidente se vaya á pedir su cumplimiento en otra parte.

Este fundamento descansa en una consideración de justicia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

incontrovertible. La jurisdicción y el imperio que ejercen los magistrados de un país á nombre de la soberanía nacional, tiene por objeto primordial la conservación del orden público y la observancia de las buenas costumbres, ó sea, de la moralidad, que es el primer elemento del bienestar y prosperidad de un país. Venir á pedirles el apoyo de la fuerza pública para el cumplimiento de una obligación ó el ejercicio de un derecho con los que se quebranta una ley de orden público ó de moralidad, es lo mismo que venir á pedirles la ejecución de un delito.

VII.—Daremos término á nuestro comentario del artículo 16 con la cita de Savigny, tomo VIII, página 266, § 374, *Tratado del derecho romano actual* (traducción al francés de Mr. Guenoux), para justificar nuestras observaciones y completar la doctrina en esta parte; pero sin que por esto se crea que pretendemos reconocer la conformidad absoluta de las opiniones de Savigny con las enseñanzas de nuestro Código Civil, por más que revelen en el fondo la identidad de origen y la unidad de escuela. Debemos también prevenir que por nuestra parte nos hemos limitado al comentario de los artículos del Código Civil y á su defensa ó justificación, ó sea, al Derecho Positivo Chileno, mientras que Savigny, aunque toma por base al Derecho Romano, su acción se ejercita en un campo más vasto y más independiente. Savigny dice así en el lugar citado: "Debemos establecer como principio que la validez de la obligación depende del derecho local que está sometida la obligación misma (§ 372), derecho determinado, según los diferentes casos, por el lugar de la ejecución, por aquel en que la obligación ha tenido origen, ó por el domicilio del deudor. Esta regla sufre, sin embargo, excepción todas las veces que, *en el lugar en que se intenta la acción, hay una ley positiva rigurosamente obligatoria (1) que le es contraria.*

"El principio que acabo de establecer es reconocido por la mayor parte de los autores, salvo naturalmente las diferencias

(1) No sólo Savigny sino la generalidad de los jurisconsultos califican de *ley rigurosamente obligatoria* á todas las que son de orden público ó versan sobre las buenas costumbres.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de aplicación que corresponden á las distintas opiniones sobre la determinación misma del derecho local de la obligación.

"Sin embargo, este acuerdo no existe sino para el contraste de la validez absoluta de la obligación y de su validez (de su nulidad). Pero entre estos dos extremos se encuentran muchos casos intermediarios, y están muy divididas las opiniones sobre la cuestión de saber cuál derecho local les es aplicable.

"Desde luego se presentan los casos en que la obligación, aunque válida en sí, no es protegida por una acción *(naturalis obligatio);* después, los casos mucho más numerosos en que la acción que nace de la obligación se encuentra rechazada por una excepción perentoria. Muchos autores, estimando las acciones y las excepciones como instituciones de procedimiento, han querido aplicar á los casos de esta especie la ley del lugar en que se entabla la acción. Pero esta opinión debe ser rechazada por completo. Todas las reglas que nos ocupan determinan hasta qué grado y bajo cuáles formas la validez de la obligación es incompleta (1) y ellas recaen sobre el fondo del derecho y no sobre el procedimiento, lo mismo que las reglas relativas á la validez absoluta ó á la nulidad de la obligación. No se podría pues, sin inconsecuencia, aplicar á estas dos especies de reglas principios diferentes, sobre todo cuando se trata de las legislaciones modernas, en que frecuentemente faltan las definiciones rigurosas y las expresiones técnicas, únicas en que esta distinción podría fundarse.

"El principio que acabo de establecer se aplica especialmente á la *exceptio non numeratæ pecuniæ;* porque si ella parece que corresponde al procedimiento como medio de prueba especial, en realidad pertenece al derecho que rige ciertas especies de obligaciones. Otro tanto digo de la *exceptio excussionis*, y de la

(1) V. vol. IV, § § 202 y 203.—«No tengo necesidad de decir que esta regla se aplica únicamente á las excepciones basadas en el fondo del derecho (así, á todas las excepciones perentorias), y que no se aplica á las excepciones fundadas en una simple prescripción de procedimiento, cuya naturaleza es simple dilatoria. V. vol. V, § 227, págs. 184 á 189. Para éstas últimas se sigue ciertamente el derecho del lugar en que se intenta la acción; y quizá la confusión de estas dos especies de excepciones es la que ha contribuido al establecimiento de la falsa doctrina».

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que resulta del *benefitium competentiæ*. Por otro lado, este principio no se aplica á la *exceptio Sc. Macedionani et Sc. Vellejani;* porque ellas no resultan de que la obligación sea defectuosa en sí, sino de que las partes no tienen una capacidad completa de obrar, y de la misma manera que todas las relaciones de derecho del mismo género, deben juzgarse según el Derecho en vigor en el domicilio de la persona.

"Las acciones que sirven para atacar y anular una obligación se juzgan, lo mismo que las excepciones, según el Derecho del mismo lugar al cual la obligación está sometida en general.

"Citaré como aplicaciones de esta regla: la rescisión de una venta por lesión de más de mitad: la rescisión de una venta en virtud de la acción redhibitoria ó de la de *actio quanti minoris*. En fin, todas las restituciones contra un contrato obligatorio.

"Entre las excepciones de que acabo de hablar, la que es de aplicación más general, como también la más importante, es la excepción de la prescripción. Debemos detenernos en ella, porque ha dado lugar á grandes divergencias de opiniones, divergencias de que ya he hablado á propósito de las excepciones en general, pero que tienen aquí un carácter más pronunciado. Así, cuando en el lugar fijado para la ejecución (donde se establece el asiento de la obligación), la prescripción difiere de la establecida en el lugar en que se intenta la acción, por ejemplo, el domicilio del deudor, ¿cuál de estas dos prescripciones se debe aplicar?

"Muchos autores pretenden que las leyes sobre la prescripción son leyes de procedimiento, y que, en consecuencia, se aplican á todas las acciones entabladas en los países que ellas rigen, sin consideración al Derecho local de la obligación.

"Según los verdaderos principios, no es el Derecho del lugar en que se intenta la acción, sino más bien el Derecho local de la obligación, el que determina el tiempo de la prescripción; y esta regla, establecida más arriba para las excepciones en general, se adapta tanto más á la prescripción cuantos los diversos motivos que le sirven de base se refieren á la esencia misma de la obligación. Así, esta doctrina ha sido en todo tiempo adoptada por un gran número de autores.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Esta doctrina, conforme al rigor de los principios, se recomienda además por motivos de equidad; porque determinando de una manera absoluta cuál ley debe regir la prescripción, impide todo lo que la voluntad arbitraria de cada una de las partes podría emprender en perjuicio de la otra. De esta manera, cuando hay muchas jurisdicciones competentes, el demandante no puede escoger para intentar su acción el lugar en que la prescripción es de más largo tiempo. Recíprocamente, el demandado, cambiando su domicilio á un lugar en que la prescripción es más corta, no puede sacar de ello ventaja, pues que el Derecho local de la obligación contraída en su antiguo domicilio y la jurisdicción especial de la obligación, se encuentran determinados de una manera inmutable. Tampoco habría en esto nada duro para el acreedor, si en el lugar señalado para la ejecución la prescripción fuese demasiado corta, y que el deudor, evitando de intento presentarse en este lugar, impidiese el ejercicio de la acción antes de que la prescripción se consumase; porque el acreedor puede siempre ejercer su acción en el domicilio del deudor. Si la jurisdicción del lugar de la ejecución fuese la única competente, el acreedor debería entonces recurrir á los medios de Derecho que protejen contra la prescripción á los que se encuentran en la imposibilidad de intentar sus acciones.

"La regla establecida más arriba (pág. 267), que la validez de una obligación se juzga según la ley del lugar al que la obligación está sometida en general, debe ser limitada por una excepción importante. En efecto, cuando la validez de una obligación se encuentra en contradicción *con una ley positiva y rigurosamente obligatoria, no es el Derecho local de la obligación el que se aplica, sino el del lugar en que se intenta la acción, el del juez llamado á fallar.*

"Esta excepción no es más que una simple consecuencia de un principio muy general sobre la autoridad de las leyes rigurosamente obligatorias (§§ 349-372 A). Ella se aplica positiva y negativamente, es decir, que el juez está obligado á obedecer á la ley rigurosamente obligatoria de su país, aun cuando ella no existiese en el lugar que es asiento de la obligación; y aun cuando estuviese en vigor en el asiento de la obligación, el juez

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no debe obedecerle, si ella no es conforme á la ley de su país.

"Esta excepción se aplica igualmente á los contratos y á los delitos.

"Entre los contratos de esta especie deben colocarse los prohibidos por las leyes sobre la usura. Así, cuando se reclama ante un juez intereses que no admite la ley de su país, el juez debe rechazar la demanda aun cuando esta ley sobre la usura no existiese en el lugar asiento de la obligación. Porque el sentido de una ley semejante es que todos los tribunales establecidos bajo su imperio deben rehusar su protección al contrato usurario, como inmoral y contrario al interés público. Recíprocamente, en un país en que esta estipulación de intereses no está prohibida por la ley, el juez deberá aceptar la demanda sin miramiento á la prohibición que pueda existir en otra parte, por ejemplo, en el lugar que es el asiento de la obligación. Esta proposición negativa no es solamente una consecuencia lógica de la proposición positiva que precede, sino que además se funda en el motivo siguiente. "La aplicación de un derecho local determinado á una obligación, reposa principalmente en una presunción de sumisión voluntaria; ¿y cómo suponer la sumisión voluntaria á una ley que no admite la validez de la obligación? (1).

(1) La reciprocidad absoluta que establece aquí Savigny no tiene fundamento sólido en Derecho Romano; y la razón que aduce de la *sumisión voluntaria* sólo tiene valor para el caso en que se juzga de la obligación en el mismo lugar en que debía ser cumplida según el contrato. En este sentido se expresa el mismo Savigny en el § 372 C. página 246. «Se ha dicho frecuentemente que, cuando hay más de un derecho local reputado aplicable en sí, se debe escoger aquel que asegura más la existencia del acto jurídico. Así generalizado este principio, no resulta del derecho actual, sino que se podría juzgar á propósito para hacer de él una ley positiva nueva. Sin embargo, esta proposición es justa en un sentido. Cuando según las reglas establecidas más arriba, el contrato se encuentra sometido á un derecho local (el del lugar de la ejecución, por ejemplo) que lo declara nulo, mientras que sería válido según el derecho del domicilio, no podría admitirse que las partes hayan querido someterse á un derecho local en contradicción directa con sus intenciones». Después agrega en la página siguiente: «Se ha contestado frecuentemente el principio establecido por mí, que el señalamiento de un lugar para la ejecución, determina al mismo tiempo el derecho local aplica

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Lo que acabo de decir de los intereses usurarios se aplica igualmente á las deudas de juego, cuando ellas son reconocidas por una ley y rechazadas por otra. La validez de la obligación se juzga exclusivamente según la ley del lugar en que se intenta la acción.

ble. Una parte de los autores, y aún el mayor número, están de acuerdo conmigo sobre este punto. Otros, por el contrario, pretenden que el derecho local se determina únicamente por el lugar del acto obligatorio; que el señalamiento de un lugar para la ejecución no ejerce aquí ninguna influencia, pues que todos los textos del Derecho Romano que hablan de esta convención se refieren exclusivamente á la jurisdicción y no al derecho local». Pues bien, el principio que invoca Savigny, cual es, que el *señalamiento de un lugar para la ejecución de un contrato importa que se le someta á la ley vigente en ese lugar*, es el que acepta nuestro Código Civil; pero este mismo principio, lo mismo que la presunción de sumisión voluntaria en que se funda, rechazan la reciprocidad absoluta que quiere establecer el sabio jurisconsulto. Cuando los contratantes señalan para la ejecución del contrato un lugar distinto de aquel en que lo celebran, sin duda que hay motivo bastante para presumir que han querido someterse á la ley vigente en el lugar de la ejecución, porque evidentemente han querido que las cuestiones á que se preste el contrato se juzguen en dicho lugar; y éste es el principio que sirve de base á nuestro Código Civil cuando dispone que deben ajustarse á las leyes chilenas *los efectos de los contratos* que se celebran en país extraño *con la intención de cumplirse en Chile*. Aquí sí que hay presunción bastante de que los contratantes han querido someterse á la ley chilena. Pero cuando los contratantes han celebrado el contrato para cumplirlo en el mismo lugar de la celebración, es también fundado y legítimo presumir que han querido someterse á la ley vigente en ese lugar para todos los efectos del contrato, como para todas las cuestiones que de él nazcan. Si por algún accidente se exige el cumplimiento de ese contrato ó se va á juzgar de él en un lugar distinto de la celebración, es equitativo y lógico que se aplique la ley del lugar de la celebración, porque es á ésta á la que se han querido someter las partes y no á la del lugar donde se va á juzgar; y en consecuencia, si por aquella ley el contrato es reprobado, aunque no lo sea por la ley del país donde se juzga, los tribunales de este país no pueden reconocerle un valor de que carece, ni proteger unos efectos que rechaza la ley á que está sometido dicho contrato. Como se ve, la doctrina de nuestro Código Civil no es compatible con la reciprocidad absoluta que sostiene Savigny. Los tribunales de Chile, juzgando sobre un contrato celebrado en país extraño con el ánimo de cumplirlo en el país de la celebración, deben aplicar la ley vigente en dicho país; y si por esta ley el contrato es reprobado, aunque sea lícito por la ley chilena, serán rechazados y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Lo mismo hay que decir respecto á la *lex Anastasiana* relativa á los créditos que se compran por menos de su valor nominal. Esta ley descansa en la suposición de que estas ventas pueden llegar á ser para el deudor una causa de peligros y de opresión, y se propone impedirlos como inmorales y contrarios al interés general, ordenando que el adquirente de semejante clase de créditos no pueda reclamar sino el precio real de la venta. Esta ley es aplicable ó no aplicable, según que ella exista ó no exista en el lugar en que se entabla la acción; el derecho del lugar de la obligación primitiva, ó el del lugar de la cesión, no tiene aquí influencia ninguna. (Savigny pone aquí la nota siguiente): "Una sentencia del tribunal supremo de Munich, de 1845, decide, por el contrario, que se debe seguir el derecho bajo cuyo imperio se ha contraído la obligación en su origen. (*Seuf-fert, Archiv, vol. I., núm. 402*)".

"La ley francesa sobre los créditos de los judíos contra los cristianos parece que debiera encontrar aquí su lugar; pero en realidad pertenece más bien á la cuestión de la capacidad para obrar, y ya he hablado de esta materia (§ 365, A, núm. 5). El resultado práctico es el mismo en los dos casos.

"La aplicación de esta excepción á las obligaciones que re-

desconocidos sus efectos, ajustándose el fallo á la ley del lugar de la celebración. Pero en la misma hipótesis, si el contrato y sus efectos son lícitos en el país de la celebración, y son reprobados por la ley chilena como contrarios al orden público ó á las buenas costumbres, los jueces chilenos no deben protejerlo ni reconocer los efectos de esa naturaleza aun cuando el contrato no se haya celebrado para cumplirse en Chile. Rechazamos también, en consecuencia como contrario á la doctrina de nuestro Código Civil, lo que agrega en seguida Savigny: «Lo que acabo de decir de los intereses usurarios se aplica igualmente á las deudas de juego, cuando son reconocidas por una ley y rechazadas por otra. La validez de la obligación se juzga exclusivamente según la ley del lugar en que la acción es intentada». Rechazamos esta doctrina por las mismas razones en que se ha fundado antes Savigny: como contraria á la regla que se apoya en la presunción de sumisión voluntaria, y como contraria á la equidad, que no permite que el acreedor ó demandante tenga en ningún caso la ventaja de dar valor al contrato ó hacerle surtir efectos mediante la elección del tribunal que haya de juzgar el negocio; y la rechazamos, por último, como contraria á lo que el mismo Savigny dice y sostiene al principio del párrafo que estamos transcribiendo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sultan de los delitos, es completamente general, porque las leyes que castigan los delitos son siempre del número de las leyes positivas rigurosamente obligatorias.

"Estas obligaciones se juzgan, pues, según la ley del lugar en que se juzga el delito, no según la ley del lugar donde se cometió. Aquí, lo mismo que para los contratos, el principio vale como positivo y como negativo, es decir, por ó contra la aplicación de una ley que admite una obligación fundada en un delito. Esta cuestión se ha controvertido especialmente á propósito de las obligaciones que resultan de la cohabitación fuera de matrimonio. Para exponerla con toda claridad, tomaré como punto de partida la disposición absoluta contenida en el artículo 340 del Código Civil Francés: *La indagación de la paternidad es prohibida.* Esta ley descansa evidentemente en la convicción de que toda acción judicial motivada por la cohabitación fuera de matrimonio debe ser prohibida por el interés de las buenas costumbres; otras legislaciones descansan en la convicción contraria. Tenemos, pues, aquí de una y otra parte una ley positiva rigurosamente obligatoria. Si una acción de esta clase se presenta ante un tribunal sometido á la ley francesa, debe ser rechazada aún cuando el hecho de la cohabitación que se alega haya tenido lugar en un país en que la ley admite y protege esta acción. Recíprocamente, los tribunales de semejante país deberían aceptar la demanda aun cuando la cohabitación hubiese tenido lugar en un país regido por el Derecho francés. Lo que digo de estos dos casos extremos, la admisión y el rechazo absoluto, se aplica igualmente cuando el contraste entre las diversas legislaciones es menos pronunciado, y no se refiere sino á las condiciones y á la extensión de la demanda.— Esta cuestión ha sido juzgada de distintas maneras por los tribunales (1).

"Esta cuestión tiene afinidad con la de saber si nuestros tribu-

(1) Por el lugar de la acción (que ordinariamente es también el del domicilio del demandado): sentencia del tribunal supremo de Stuttgart, *Seuffert, Archiv, für Entscheidunger der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten*, vol. II, núm. 4. Por el lugar de la cohabitación: sentencia del tribunal supremo de Munich y dos sentencias del tribunal de Jena, *Seuffert*, vol. I, núm. 153, vol. II, núm. 118.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nales deben castigar un delito cometido en país extranjero, y con qué penas. Sin embargo, estas dos cuestiones no deben identificarse, porque el Derecho penal, como parte integrante del Derecho público, es objeto de consideraciones que son extrañas á las obligaciones que nacen de los delitos.

"De los principios que acabo de establecer resulta que en los casos en que existen leyes rigurosamente obligatorias, se atribuye frecuentemente al demandante un gran poder; porque teniendo de ordinario la libertad de escoger entre muchas jurisdicciones igualmente competentes, puede por esto mismo determinar entre muchos derechos locales el que sea aplicable. Ésta es una consecuencia necesaria de la naturaleza particular de las leyes de esta especie. En seguida, el peligro del demandado se disminuye por las condiciones restrictivas á las que está subordinada la jurisdicción especial de la obligación (párrafo 371, Z).

"Los efectos de una obligación, especialmente la extensión de estos efectos, se regla según el Derecho del lugar donde está el asunto de la obligación en general; y tal es la significación capital del derecho local de la obligación. Así, esta cuestión se presta menos que cualquiera otra á la duda y á la controversia. Algunos ejemplos bastarán para hacerla comprender bien.

"Según muchas leyes locales la venta no se perfecciona sino por la tradición, principio extraño al Derecho común. Se trata aquí de saber si una ley semejante está en vigor en el lugar de la situación del inmueble, sin consideración al lugar del contrato ó al del litigio; porque la venta de un inmueble implica siempre un lugar determinado de ejecución, que es, al mismo tiempo, el asiento de la obligación, y cuyo derecho local es el único aplicable (§§ 370-372). Otro tanto digo de la ley local que para los fundos rústicos admite una reconducción tácita de tres años. Esta ley se aplica á todos los inmuebles situados en la extensión de su imperio, y por el mismo motivo que en el caso precedente.

"El Derecho común quiere que los intereses de la mora se paguen según la tasa usada en cada época, es decir, según el uso establecido de hecho. Ahora, si en diferentes lugares existe para los intereses de la mora una tasa legal, y esta tasa es dife-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rente, cada obligación se juzga según el Derecho del lugar en que ella tiene su asiento; así, por ejemplo, según el Derecho del lugar en que se hace el pago, cuando este lugar ha sido estipulado (1).

"Á la obligación puede estar afecto un derecho de prenda sea general ó especial. La cuestión de saber si esta convención tácita existe ó nó, se juzga según el Derecho local al que la obligación está sometida en general. Pero la cuestión de saber si un derecho de prenda existe en virtud de esta convención, se juzga, por el contrario, según el Derecho del lugar en que la cosa está situada (§ 368)".

JOSÉ CLEMENTE FABRES

(Continuará)

CONDICIÓN LEGAL DEL INDÍGENA

(Conclusión)

SEGUNDA PARTE

SUMARIO.—I. Leyes patrias hasta la creación de la provincia de Arauco.—II. Leyes patrias desde esa fecha hasta la actual.—III. Modificaciones de estas disposiciones por otras leyes generales.—IV. El protector de indígenas.—V. Conclusión.

I

El gobierno patrio que constituyó el movimiento político iniciado el 18 de septiembre de 1810, tuvo tareas de ardua labor que absorbieron por completo su actividad.

El transtorno producido en el régimen interno con el cambio operado; los peligros de la patria suscitados por los partidarios del Rey; y sobre todo, los aprestos de la Metrópoli para sofocar el movimiento revolucionario que envolvería pronto á la Amé-

(1) *V. Pand.*, XXII, I, § II. En la L. I, pr., *De Usur.* (XXII, 1), se lee: *ex more regionis ubi contractum est*. Este texto supone el caso más ordinario, aquel en que dos habitantes de la misma ciudad hacen allí un contrato; pero no habla de un contrato hecho fuera del domicilio, ó de un otro lugar señalado para el pago.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rica entera, hizo que sus esfuerzos tendieran más á conquistar para Chile el rango de nación independiente que á reglamentar la condición jurídica de los indios, que halagados por el pillaje y el robo fueron los auxiliares más poderosos de las huestes españolas.

Sus últimos caudillos Benavides y Pico, asociados de Mañil-Guen y Mariluán, pusieron á dura prueba al ejército patriota que después de diez años de lucha tuvo todavía que batir á los montoneros que como los Pincheiras tenían sus guaridas en el dédalo de nuestras cordilleras, en cuyos valles y montañas se asilaban después de correrías devastadoras.

Sin embargo, en medio de esos afanes y tareas el gobierno de aquel entonces sancionó principios que rompiendo abiertamente con el antiguo régimen, echaron las bases de las instituciones democráticas que hoy nos rigen.

"Todo habitante de Chile es igual en derechos," decía el artículo 19 de la Constitución promulgada el 12 de enero de 1812, disposición que sancionaba de este modo el precepto de la "*Igualdad ante la ley*" desconocido hasta entonces; y que nivelando las desigualdades legales hacía de todos los chilenos, ciudadanos con los mismos derechos y las mismas obligaciones.

Los azares de la guerra diéronle tiempo para preocuparse del territorio indígena, y adelantándose medio siglo en la realización de la obra, un decreto fechado el 1.º de julio de 1813 disponía la fundación de pueblos en los lugares habitados por ellos, tratando de este modo de atraerlos á la comunidad de la civilización que se les llevaba en nombre de la libertad.

El desastre de Rancagua, 2 de octubre de 1814, fecha inicial de la era luctuosa que en nuestra historia política se llama la "Reconquista Española" puso fin á la "Patria vieja" y dejó para mejores tiempos la solución del problema social que en ese momento parecía resolverse en sentido adverso á la causa americana.

La labor administrativa del nuevo gobierno se redujo á sofocar el movimiento revolucionario y á organizar la resistencia á la invasión de los patriotas que asilados en las provincias de Cuyo se aprestaban bajo el amparo del gobernador don José de San Martín.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Derrotadas las fuerzas españolas en Chacabuco (12 de febrero de 1817), proclamada la independencia de Chile (12 de febrero de 1818), y sellada nuestra emancipación con el triunfo de Maipo (5 de abril de 1818), se publicó y sancionó el 23 de octubre la Constitución de 1818, que contenía disposiciones generales y análogas á la anterior y que eran el corolario de los sucesos que dieron margen á su existencia.

Iguales preceptos consignaron sucesivamente las Constituciones de 30 de octubre de 1822, de 29 de diciembre de 1823, de 8 de agosto de 1828, y de 25 de mayo de 1833; que han sido los diversos Códigos fundamentales que han regido la nación en su vida independiente.

Un senado-consulto de 4 de marzo de 1819 declaró á los indígenas exentos de contribuciones especiales, y otro de 10 de junio de 1823, que ordenaba la venta de terrenos del Estado, reconoció el derecho de propiedad en los inmuebles por ellos poseídos.

El artículo 3.º decía así:

"Que lo actual poseído según ley por los indígenas, se declare en perpetua y legal propiedad".

Ello importaba un avance considerable en la legislación, pues ántes de esa época el indio había sido casi un esclavo, y ahora se le reconocía el dominio al suelo en que vivía.

Esta disposición fué consignada más tarde en nuestra legislación de un modo general en el artículo 700 del Código Civil, cuyo inciso 2.º dice: "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo". Y con relación al territorio indígena, en el inciso 2.º del artículo 6.º de la ley de 4 de diciembre de 1866.

De esta manera y en virtud de ambas disposiciones se colocaba al indio en perfecta igualdad civil con los demás habitantes del país, y desaparecían por completo las limitaciones que al ejercicio de sus derechos, como persona, le había creado una legislación injusta y retrógrada.

Por decreto de 28 de junio de 1830 se ordenó llevar adelante la ley senatoria de 1823 y en otro de 7 de septiembre de 1848 se destinó una suma de fondos nacionales para la construcción de casas para los caciques principales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Después de esta fecha y tratando el Gobierno de dar impulso á la colonización de los territorios ocupados por los araucanos, como asimismo á su pacificación, dictó las diversas disposiciones de que nos ocuparemos en breve; de las cuales rigen algunas todavía, y en las que se vé un espíritu más práctico que en las anteriores.

II

La ley de 2 de julio de 1852, que creó la provincia de Arauco, estableció en el artículo 1.º que: "Los territorios habitados por indígenas y los fronterizos, se sujetarán á las autoridades y al régimen que, atendidas sus circunstancias especiales, determine el Presidente de la República".

El artículo 3.º dispuso asimismo: "Se autoriza al Presidente de la República para dictar las ordenanzas que juzgue convenientes para el mejor gobierno de las fronteras, para la más eficaz protección de los indígenas, para promover su más pronta civilización y para arreglar los contratos y relaciones de comercio con ellos".

Y el artículo 5.º, dando plazo para el ejercicio de estas facultades, dispuso: "La autorización que confiere esta ley durará por el término de cuatro años, y en cada año se dará cuenta al Congreso de las disposiciones que se dictaren en virtud de ella, y se pedirá los fondos para los gastos que la ejecución de las providencias dictadas requiera".

En uso de estas facultades el Presidente de la República, con el laudable propósito de precaver, tanto los engaños con que podía arrebatarse el terreno á los indios, como asimismo los fraudes á que solían prestarse vendiendo tierras que debían pertenecer al Fisco, dictó el supremo decreto de 14 de marzo de 1853, que en su parte dispositiva dice así:

"ARTÍCULO PRIMERO. Toda compra de terrenos hecha á indígenas debe verificarse con intervención del Intendente de Arauco ó del Gobernador de indígenas del territorio respectivo, que el Intendente comisione especialmente para cada caso. La intervención del Intendente ó del funcionario comisionado por él, tendrá por objeto asegurarse de que el indígena que vende,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presta libremente su consentimiento, de que el terreno que vende le pertenece realmente y de que sea pagado ó asegurado debidamente el pago del precio convenido.

"Art. 2.º La misma formalidad se observará para el empeño de terrenos ó para el arriendo por un tiempo que exceda de cinco años. En los arriendos de menos tiempo, intervendrá el Gobernador de indígenas ó el Comisario del territorio respectivo.

"Art. 3.º Si las adquisiciones de terrenos fueren de una extensión de más de mil cuadras, el Intendente deberá consultarlas al Gobierno.

"Art. 4.º Las ventas de terrenos de indígenas ó de terrenos situados en los territorios de Arauco y Nacimiento, no adeudarán alcabala.

"Art. 5.º Las ventas de terrenos que en los territorios de indígenas se hicieren sin intervención del Intendente de Arauco ó del funcionario que él hubiese comisionado, son *nulas*. Lo mismo deberá aplicarse á los empeños de terrenos ó arriendos por más de cinco años.

"Art. 6.º Para cada territorio de indígenas se llevará un libro en que se extenderán las escrituras de venta, empeño ó arriendo. Estos libros serán llevados, por ahora, por el secretario de la Intendencia, y para las ventas que se hubiesen hecho ante el Gobernador de indígenas por éste, interviniendo la persona que el Intendente hubiese designado previamente. El Intendente formará la escritura de venta ó empeño en que hubiese intervenido; y en las de venta ó empeño hechos con intervención del Gobernador del territorio respectivo, se insertará la resolución del Intendente, en que, designando los contratantes y el objeto del contrato, hubiese comisionado al Gobernador.

"Art. 7.º Ni el Intendente ni el Gobernador de indígenas, ni ningún funcionario que ejerza cualquiera autoridad sobre ellos, podrá comprar terrenos de indígenas, ni recibirlos en empeño, ni arrendarlos, ni celebrar ninguna especie de negocio con ellos. El Intendente podrá permitir á los comisarios ú otros funcionarios que debieren vivir entre los indígenas para desempeñar sus deberes, el arriendo de terrenos por un tiempo determinado ó bajo condiciones aprobadas por él.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Art. 8.º Todos los dueños de terrenos ó propiedades rurales dentro de los límites de los territorios de Arauco y Nacimiento, sea que los hayan adquirido por compra á los indígenas, ó de cualquier otro modo, deberán hacer tomar razón de sus títulos en la secretaría de la Intendencia de Arauco en el término de un año. No se admitirán por ningún funcionario ó autoridad como títulos bastantes, los que no hubieren sido registrados en la expresada secretaría en el plazo que señala este artículo.

"Art. 9.º El Intendente de Arauco, al disponer que se tome razón de los títulos, hará registrar los que no estuviesen sujetos á contradicción. Los que estuviesen, sea sujetos á gestión judicial ó reclamo ante la autoridad administrativa, ó que presentasen algún vicio ó defecto que los haga sospechosos, serán registrados notando al margen ó al pie la gestión judicial, reclamo á que estuviésen sujetos, defecto de que adoleciesen, y para su validez se estará á la resolución que sobre la cuestión promovida se expidiese.

"Art. 10. El título de compra ó adquisición anterior á este decreto, de que se hubiese tomado razón en la Intendencia de Arauco, no adquirirá nueva fuerza, y quedará sujeto á las objeciones y reclamos á que hubiese lugar por los defectos ó vicios de su primitivo otorgamiento".

Sin embargo, los abusos no se extirparon del todo, pues los particulares eludieron estas prescripciones especiales celebrando contratos diversos á la compra-venta, empeño y arriendo, que eran de los que se trataban en él.

Para salvar tal situación se dictó el decreto de 10 de marzo de 1854, que dispone: "que las formalidades prescritas en el decreto de 14 de marzo de 1853, deberán aplicarse á toda enajenación de terrenos en territorio de indígenas, sean ó no indígenas los interesados en el contrato".

En 10 de abril de 1856 se dictó otro decreto disponiendo innecesaria la intervención del Intendente y la consulta al Gobierno, aun cuando el terreno enajenado excediera de mil cuadras en las ventas que se hicieran en pública subasta por ejecuciones ó por pertenecer á menores. Pero debiendo siempre

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

extenderse dichas escrituras en el libro que con tal objeto debía llevarse en la secretaría de la Intendencia de Arauco.

Estas medidas no fueron bastantes para precaver é impedir el fraude y los especuladores se hicieron otorgar por los indígenas poderes para litigar á nombre de éstos sobre la propiedad de los terrenos; y para evitarlo se dictaron los decretos de 5 de junio de 1856 y de 23 de marzo de 1857.

El primero ordena que:

"ARTÍCULO PRIMERO. Los poderes que se otorgaren por los indígenas para ventilar en juicio cuestiones de terreno, deberán extenderse con las mismas formalidades que las escrituras de compra-venta de esos mismos terrenos, según el supremo decreto de 14 de marzo de 1853.

"Estos poderes contendrán la designación precisa de la situación y límites de la propiedad reclamada, el título en que se funden los derechos del reclamante y la fecha del contrato ó acto que da origen á la reclamación.

"ART. 2.º La autoridad encargada de intervenir en tales actos, cuidará de que no se otorguen poderes, sino á favor de personas competentes, excluyendo en consecuencia, del cargo de procurador judicial, á todo individuo reconocido como instigador ó promovedor de juicios entre los indígenas".

El segundo dispone:

"ARTÍCULO PRIMERO. Los poderes que se otorguen por los indígenas para la venta, empeño ó arriendo por más de cinco años, de terrenos de su propiedad, no tendrán valor alguno sino después de ser visados por el Intendente de la provincia.

"ART. 2.º Este funcionario no visará dichos poderes sin que le conste que el indígena que los confiere obra con entera libertad".

En esa fecha más ó menos se dictaron disposiciones análogas á las contenidas en el decreto de 14 de marzo de 1853 relativas á la compra de terrenos de indígenas en la provincia de Valdivia y territorio de colonización de Llanquihue. (Decretos de 4 de diciembre de 1855 y de 9 de julio de 1856.)

Aquellas disposiciones fueron alteradas en parte por la ley de 4 de diciembre de 1866, que mandó fundar poblaciones en el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

territorio araucano y que creó el puesto de Protector de indígenas; la cual reconoció en el indio la propiedad del suelo mediante la posesión *efectiva y continuada de un año por lo menos.*

Ella dice así:

"ARTÍCULO PRIMERO. Fúndense poblaciones en los parajes del territorio de los indígenas que el Presidente de la República designe, debiendo adquirirse por el Estado los terrenos de propiedad particular que conceptuase conveniente para éste y los demás objetos de la presente ley.

"ART. 2.º Los sitios en que se dividan los terrenos destinados á poblaciones, se concederán gratuitamente á los pobladores por el Presidente de la República con las condiciones que acordare para el fomento de aquéllas.

"Se auxiliará á los indígenas que quieran avecindarse en las nuevas poblaciones con el costo de sus habitaciones, el cual designará el Presidente de la República según las localidades.

"ART. 3.º Los terrenos que el Estado posee actualmente y los que en adelante adquiera, se venderán en subasta pública en lotes que no excedan de quinientas hectáreas.

"El precio mínimum que se fija para estas ventas será el de compra en aquellos terrenos que el Estado hubiere adquirido por este título, y respecto de los baldíos, será el que fijen dos ingenieros que se comisionarán al efecto.

"Este precio se pagará en cincuenta años, entregándose un dos por ciento cada año.

"Sin embargo, una parte de estos terrenos se destinará al establecimiento de colonias de nacionales ó extranjeros con arreglo á las leyes que rigen esta materia.

"ART. 4.º Los contratos translaticios de dominio sobre terrenos situados en territorio de indígenas, sólo podrán celebrarse válidamente cuando el que enajena tenga título escrito y registrado competentemente.

"Siendo indígena alguno de los contratantes, se necesita además, que el contrato se celebre con arreglo á las prescripciones del decreto de 14 de marzo de 1853, el cual queda vigente en todo lo que no sea contrario á la presente ley; pero el Estado no estará sujeto á estas prescripciones en los contratos que ce-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lebre el agente del Ejecutivo en los casos á que se refieren los artículos 1.º y 3.º, incisos 1.º y 4.º

"ART. 5.º Para los efectos del inciso 1.º del artículo anterior, se procederá á deslindar los terrenos pertenecientes á indígenas por una comisión de tres ingenieros que designará el Presidente de la República, los cuales decidirán sumariamente las cuestiones que se suscitaren sobre cada propiedad que se deslinde, debiendo asesorarse con el juez de letras más inmediato en los casos que lo estimare necesario.

"Falladas dichas cuestiones y fijados los deslindes de un modo claro y preciso, los ingenieros extenderán acta de todo lo obrado en un libro que se llevará al efecto por un ministro de fe pública que servirá de secretario, y expedirán á favor del indígena ó indígenas poseedores un título de merced á nombre de la República, insertando copia de dicha acta y anotando el título en otro libro que servirá de registro conservador.

"Estas diligencias serán gratuítas.

"ART. 6.º De cada extensión ó sección de los territorios de indígenas en que el Presidente de la República mande ejecutar la disposición anterior, se levantará un plano, en el cual se marcarán las posesiones asignadas á cada indígena ó á cada reducción y las que por no haber sido asignadas se reputen como terrenos baldíos.

"Para los efectos de este artículo, se reputarán como terrenos baldíos, y por consiguiente, de propiedad del Estado, todos aquellos respecto de los cuales no se haya probado una posesión efectiva y continuada de un año por lo menos.

"ART. 7.º Toda operación de deslindes se practicará con citación de los poseedores colindantes y con intervención del protector de indígenas; debiendo proceder los ingenieros conforme á las reglas siguientes:

"1.ª La ocupación efectiva y confirmada por el tiempo que designa el inciso 2.º del artículo anterior, será título bastante para que el indígena sea considerado como dueño.

"2.ª Cuando varios indígenas pretendan derecho á un mismo terreno, se considerará como dueño el que haya poseído los últimos cinco años.

"3.ª Si varios indígenas poseyesen un terreno sin que ningu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no de ellos pueda establecer posesión exclusiva sobre una porción determinada, se les considerará como comuneros, y se les dividirá por partes iguales.

"4.ª Los derechos de propiedad que deberán reconocerse á favor de los indígenas se extenderán siempre á favor del que sea cabeza de familia, sea varón ó mujer.

"5.ª Cuando los indígenas que ocupan un terreno posean como individuos de una reducción dependiente de un cacique, se les tendrá á todos como comuneros, y se deslindará el terreno como propiedad común á todos ellos.

"6.ª Si una octava parte de los indígenas cabezas de familia de la reducción reconocida como propietaria de un terreno, pidiese que se le asigne determinadamente lo que les corresponda, los ingenieros procederán á hacer la división y demarcación de límites, asignando al cacique el triple de la parte de terreno que se asigne á las cabezas de familia.

"7.ª Al fijar los linderos, sea en las posesiones de indígenas particulares, sea en las de una reducción, se preferirán los límites naturales, cuando los poseedores no presentan los límites precisos; y á fin de adoptar esos límites se podrán establecer compensaciones de los terrenos colindantes, pero en ningún caso de aquellos en que los indígenas tuvieren planteles ó que destinaren á siembras.

"ART. 8.º En los territorios fronterizos de indígenas habrá un letrado con el título de Protector de indígenas, el cual ejercerá las funciones que atribuye al Intendente y Gobernadores el decreto de 14 de marzo de 1853, y representará los derechos de los indígenas en todas las circunstancias que se ofrezcan, y especialmente en el deslinde de sus posesiones y en todos los contratos translaticios de dominio.

"Será también de su obligación defender y agitar la resolución definitiva de las cuestiones pendientes sobre validez ó nulidad de los contratos de venta ó arriendo de terrenos indígenas, efectuados con anterioridad á esta ley.

"Este funcionario será nombrado por el Presidente de la República por el tiempo que creyere necesario.

"ART. 9.º El Protector de indígenas gozará, mientras dure su comisión, un sueldo de tres mil quinientos pesos anuales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"El secretario de la comisión de indígenas durante su encargo tendrá el sueldo de mil quinientos pesos anuales.

"ART. 10. El Protector, los ingenieros y el secretario no podrán adquirir durante su comisión, por sí ni para sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad inclusive y primero de afinidad, terreno alguno de los indígenas.

"ART. 11. Las propiedades que no fueren de indígenas, situadas en los territorios fronterizos, deberán deslindarse dentro del plazo que el Presidente de la República señale para cada localidad, y los deslindes se demarcarán de un modo visible y permanente.

"El propietario que no cumpla con tal disposición en aquel plazo, responderá con el valor de su propiedad por el costo de los deslindes, que se demarcarán por cuenta del Fisco.

"Cuando la propiedad que haya de deslindarse tuviere pleito pendiente, se omitirá el deslinde en la parte cuestionada mientras se resuelve la litis".

Ellas, como se vé, establecían como las anteriores, solemnidades ó requisitos para la validez de los contratos sobre terrenos ubicados en territorio indígena; pero ninguna prohibió su otorgamiento.

Esta prohibición la establecieron los decretos de 16 de octubre de 1863, que ordenó á los escribanos de Nacimiento y Arauco se abstuvieran de extender escrituras de venta, compra ó empeño de terrenos de indígenas; el de 6 de julio de 1872, que prohibió á los mismos y á los de Lebu é Imperial extenderlos sin tener á la vista los títulos de dominio; y el de 2 de marzo de 1873, que prohibió otorgarlos sin la concurrencia del protector de indígenas, sujetando á los contraventores á las penas de suspensión de sus oficios.

La ley de 4 de agosto de 1874, que ordenó la venta de terrenos ubicados en territorio indígena, estableció: "la prohibición de enajenar, contenida en el inciso 1.º del artículo 4.º de la ley de 4 de diciembre de 1866, se extiende á las hipotecas, anticresis, arriendo, ó cualquiera otro contrato sobre terrenos situados en territorio indígena".

De esta manera quedó establecido que los contratos sobre terrenos ubicados en territorio indígena sólo podrán celebrarse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

válidamente cuando el que enajene tiene título escrito y registrado. Siendo nulos en caso de contravención.

El artículo 6.º de la misma ley prohibió á los particulares la adquisición de terrenos por cualquier medio dentro de los siguientes límites: al norte, el Malleco desde Los Andes hasta su desembocadura en el Vergara y desde aquí siguiendo al sur por el Picaiquén hasta su nacimiento en Nahuelbuta, desde aquí una línea hasta la laguna de Lanalhuè y el curso del Paicaví hasta el mar; por el este, los Andes; por el sur, el límite de la provincia de Valdivia; y por el oeste, el mar.

Esta prohibición fué alzada en parte de los departamentos de Lebu, Cañete é Imperial por la ley de 13 de octubre de 1875, que creó la provincia de Arauco y Biobío y el territorio de colonización de Angol.

El artículo 15 de esa ley dispuso: "la venta de los terrenos de indígenas se hará conforme á las prescripciones del decreto de 14 de marzo de 1853"; disposición que, dando vigor á este decreto, olvidó que la intervención del Intendente en otros contratos estaba ya derogada por la ley de 4 de diciembre de 1866 que encomendó esas funciones al Protector de indígenas en el artículo 8.º.

Tal situación fué modificada por el decreto de 30 de noviembre de 1876 que, entre otras cosas, dispuso en el artículo 1.º:

"En la celebración de los contratos de venta, permuta, hipoteca, arriendo, ú otros de análoga naturaleza que intenten hacer los indígenas, y en los poderes que confieran para litigar, es menester que se acredite previamente por medio de una información rendida ante el juez de letras ó ante el juez de primera instancia, la existencia del derecho que los indígenas tengan sobre el terreno á que se refiere el contrato ó el poder, con especificación de los linderos, extensión y demás circunstancias que permitan formar una idea exacta del terreno".

Esta información debía rendirse con citación del agente fiscal, quien podía pedir un reconocimiento del terreno por el ingeniero de la provincia, y una vez constatado, no se trataba de terrenos baldíos, podía el contrato ó poder llevarse á efecto.

Disposición que fué en breve derogada por la ley de 20 de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

enero de 1883 que hizo extensiva la disposición contenida en el artículo 6.º de la ley de 4 de agosto de 1874 "á las hipotecas, anticresis, arriendos ó cualquiera otro contrato en virtud del cual se prive directa ó indirectamente á los indígenas de la posesión ó tenencia del suelo, sobre terrenos situados dentro de esos límites, aun cuando el indígena ó la reducción á quien pertenezcan, tengan registrado su título de propiedad. Esta prohibición subsistirá por diez años".

Mas ella olvidó que la prohibición demarcada en tal perímetro, había sido alzada en gran parte de él por la ley de creación de las provincias de Arauco y Biobío antes citada, quedando de este modo establecida en territorios en que estaba alzada la prohibición de vender, que podía considerarse comprendida en esta ley en mérito de su enunciación general.

Tales son las disposiciones de nuestra legislación con relación á los indígenas en las cuales no faltan la *confusión* y *la antinomia*, según la apreciación del señor Rojas, fiscal de la Excelentísima Corte Suprema, en una vista expedida en octubre de 1885 á propósito de una consulta administrativa.

Y ella es mayor todavía con las diversas modificaciones introducidas á virtud de las diversas leyes dictadas con carácter general y de las cuales nos ocuparemos en breve.

III

El Código Civil, que principió á regir el 1.º de enero de 1857, modificó por completo las disposiciones vigentes con relación á las escrituras de venta ó empeño que se otorgaban ante el secretario de la Intendencia de Arauco.

Tal precepto contenían los decretos de 14 de marzo de 1853 y de 11 de febrero de 1868.

El artículo 1801 de este Código ordena no se repute perfecta la venta de bienes raíces mientras no se otorgue en escritura pública, y el 2409 establece que la hipoteca se otorgue igualmente en escritura pública.

Á su vez el artículo 1699, definiendo lo que es escritura pública, dice, que es tal: "el instrumento otorgado ante escribano é incorporado en un protocolo ó registro"

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por consiguiente, el secretario de la Intendencia de Arauco, que no investía el cargo de notario, no podía otorgarlas válidamente.

Por lo cual creemos que el decreto de 11 de febrero de 1868 no pudo legalmente dictarse, pues se apoyó en la autorización concedida en el decreto de 14 de marzo de 1853, que, como hemos dicho, había ya caducado, pues sólo fué por cuatro años; y estaba en todo vigor el precepto general contenido en el Código Civil.

Estos registros se archivaron más tarde en la oficina del notario del departamento respectivo, á virtud del decreto de 28 de junio de 1878.

La Ley de 15 de octubre de 1875, que fijó la organización y atribuciones de los Tribunales, derogó asimismo la prohibición contenida en el decreto de 2 de marzo de 1873, según el cual «los notarios de Arauco no debían otorgar escritura alguna en que los indígenas contrajeran obligaciones personales ó confirieran algún derecho real, sin que concurriera al acto el Protector de indígenas».

El artículo 366 de ese Código establece que los notarios están obligados á «extender los instrumentos públicos con arreglo á las instrucciones que de palabra ó por escrito les dieren las partes otorgantes, sin emplear abreviaturas ú otros signos que los caracteres de uso común».

De acuerdo con ella, debe el notario, al otorgar una escritura, ceñirse á las instrucciones que le den las partes; y por consiguiente, no puede estampar en ella estipulaciones que no emanen de los interesados, ni exigir la concurrencia de terceros.

Por consiguiente, desde la vigencia de esta ley cesó la obligación impuesta á los notarios de Arauco por el decreto de 2 de marzo de 1873.

Igualmente han introducido cambios y modificaciones en la vigencia de estas disposiciones las diversas leyes que han fijado la división y demarcación política de esta parte del territorio de la República.

La ley de 2 de julio de 1852, que creó la provincia de Arauco, le señaló por límites el territorio comprendido al sur del Biobío, y al norte de la provincia de Valdivia con más las sub-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

delegaciones ó departamentos de las provincias limítrofes, que, á juicio del Presidente de la República, conviniese agregarle por ahora.

Y en ejercicio de esa facultad, por decreto de 7 de diciembre de 1852 se le agregó el departamento de La Laja y todo el territorio que se halla situado al norte del Toltén, y al este y sur el comprendido dentro de una línea que partiendo de la desembocadura del Taboleo en el Biobío sigue el curso de aquel río hasta la cordillera de Nahuelbuta y desde ella tome el curso del Carampangue al mar.

Estos territorios formaban parte de la provincia de Concepción en virtud de la ley de 30 de agosto de 1826.

Por ley de 15 de julio de 1869 se crearon los departamentos de Angol, Lebu, Imperial y Arauco, siendo los tres primeros con el carácter de territorios de colonización y el último dejando de ser considerado territorio de indígenas.

Por ley de 13 de octubre de 1875 se dividió esta provincia en otras dos: Arauco y Biobío; y en un territorio de colonización: Angol.

Esta ley derogó las disposiciones de la de 4 de diciembre de 1866 y 4 de agosto de 1874 en el departamento de Lebu, en la parte norte del de Cañete hasta la ribera septentrional del río Tirúa; y en el de Imperial en la parte comprendida entre el Toltén y el mar, el límite con Valdivia y el río Lichihuen.

La ley de 9 de noviembre de 1877 derogó la excepción consignada a favor del último territorio y lo dejó sujeto á la prohibición general.

Y por último, citaremos la ley de 12 de marzo de 1887, que creó las provincias de Malleco y Cautín con el territorio de colonización de Angol y parte de los departamentos de Cañete é Imperial, y que modificó los límites de lá de Biobío y Valdivia.

Esta ley dejó el valle del alto Biobío formando parte de la provincia de este nombre y de la de Cautín.

IV

No terminaremos este trabajo sin ocuparnos brevemente de las funciones encomendadas al Protector de indígenas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Este cargo fue creado por el artículo 8.º de la ley de 4 de diciembre de 1866 y á él se le encomendaron las funciones que atribuye al Intendente ó Gobernador el decreto de 14 de marzo de 1853.

Debía también representar los derechos de los indígenas en todas las circunstancias que se ofrezcan y especialmente en el deslinde de sus posesiones y en todos los contratos translaticios de dominio.

Este cargo fué desempeñado por un letrado hasta el año 1876 en que, nombrado juez de letras de Linares la persona que lo servía, quedó acéfalo el cargo.

Los artículos 14 y 15 de la ley de 13 de octubre de 1875 volvieron el ejercicio de estas funciones á la autoridad gubernativa, á quien las defería el decreto de 14 de marzo de 1853.

Y la de 15 de octubre de 1875, que legisló sobre los deberes y atribuciones de los funcionarios judiciales, á cuya clase pertenecía, sin duda, el Protector, como encargado de coadyuvar en ciertos casos al ministerio público, nada dijo sobre él, por lo cual y en mérito del precepto contenido en su artículo final, fundadamente debe considerarse que este cargo fué suprimido por dicha ley.

Sin embargo, la opinión contraria ha sido sostenida con muy buenos fundamentos (1), por cuanto el Protector inviste el carácter de funcionario administrativo, á virtud de diversas otras funciones que ejerce.

Un decreto de 1.º de mayo de 1875 dispuso que el Protector fuera subrogado en los casos de implicancia por el secretario de la comisión de ingenieros de Arauco. Y por fin, el artículo 3.º de la ley de 20 de enero de 1883 restableció dicho cargo que, como hemos dicho, había sido creado por la de 4 de diciembre de 1866 en su artículo 8.º

V

Al concluir este trabajo, séanos permitido hacer votos por que al terminar el plazo de diez años fijados en aquella última ley,

(1) El fiscal señor Rojas en la vista antes citada y el señor don J. B. Lira, nota E, página 153, libro II, *Legislación no codificada*.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no exista la necesidad que la motivó; y pueda el indígena entrar de lleno en la comunidad de la vida civil sin leyes proteccionistas que acusen deficiencia en su estado actual de civilización y cultura.

JULIO ZENTENO BARROS

Los Ángeles, julio de 1889

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

Sólo hemos fijado el momento oportuno en que el juez debe fallar. En cuanto al plazo, él queda, como el de todo incidente, sujeto á la regla general.

Respecto de la apelación, diremos que el artículo 115 del Proyecto primitivo la negaba en absoluto; y que los artículos 164, 168 y 171 de la Ley española la conceden en un solo efecto.

Nosotros creemos que debe otorgarse siempre y en ambos efectos; y dejamos este punto entre los propios de todo incidente y sujeto á la regla general.

TÍTULO XIV.—De las cuestiones de competencia

Convendría poner, en lugar de este largo epígrafe, la única voz: *Competencia.*

"ART. 93. Las cuestiones de competencia pueden promoverse por inhibitoria ó por declinatoria".

Este artículo es igual al inciso 1.º del artículo 82 de la Ley española y no merece observación.

"ART. 94. El litigante que hubiere optado por uno de estos medios no podrá después abandonarlo para recurrir al otro.

"Tampoco podrá emplear los dos simultánea ni sucesivamente".

Puede abandonarse cualquier recurso; pero este artículo dice

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que no se puede abandonar un modo para seguir el otro, aunque puede abandonarse para no seguir ninguno.

Cuando se abandona un modo y se sigue el otro, hay empleo sucesivo; por consiguiente, los casos del inciso 1.º están comprendidos en la significación de la voz "sucesivamente", y aquel inciso está demás y debe suprimirse.

El inciso 2.º del artículo 84 de la Ley española condena en costas al que usa de los dos modos; aunque obtenga sentencia favorable, y aunque abandone uno. Creemos que sólo debe imponerse las costas en el caso de sentencia desfavorable; porque no hay ningún perjuicio público en el uso simultáneo ó sucesivo, en sí, de los dos modos de obtener la declaración de competencia. Si de hecho se entablan los dos modos á un tiempo, se podrá obligar á que se abandone uno y á que pague las costas de él. Esto es lo que aconseja la justicia. Por lo tanto, podría redactarse así el artículo 91, suprimiéndole el inciso 1.º por redundante, como queda demostrado.

"ART. 94. No se podrán emplear simultánea ni sucesivamente los dos modos anteriores".

No hay necesidad de estatuir las costas ó el derecho para que se deje uno de los dos modos; porque eso cae de su peso y entra en la regla general de que el que *no tiene derecho* (por negárselo la ley), es condenado en costas y no puede alcanzar lo que pretende siguiendo un camino *prohibido* por la misma ley.

"ART. 95. La inhibitoria se intentará ante el tribunal á quien se crea competente, pidiéndole que se dirija al que esté conociendo del negocio para que se inhiba y le remita los autos.

"Si el recurrente pretendiere acreditar con documentos su derecho, deberá acompañarlos á la solicitud de inhibitoria ó pedir en ella los testimonios correspondientes".

En el primer inciso es conveniente hacer desaparecer la elipsis que existe en la frase "la inhibitoria" y decir como se dice en el segundo inciso "la solicitud de inhibitoria"; porque así hay mayor claridad y la ley queda al alcance del mayor número.

"Intentar" es "decidir en el ánimo la ejecución de algo; pretender, procurar, tantear, realizar algo": en el foro es "presentar la demanda". En lugar de "se intentará", sería mejor poner "se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presentará», como expresión más correcta y porque ella significa el hecho positivo que se verifica y que se regla en este artículo.

El proyecto legisla en este artículo dos hechos, *la presentación* y *la petición;* é impone la obligación de acompañar ó de pedir documentos en la misma solicitud de inhibitoria.

En lugar del artículo del Proyecto propondríamos el siguiente:

"ART. 95. La solicitud de inhibitoria se presentará ante el juez que se crea competente acompañando los documentos probatorios ó pidiendo se agregue copia de ellos.

"En la solicitud se pedirá que se declare competente y se dirija al juez que conoce en el negocio, á fin de que se inhiba y le remita los antecedentes.

"Agregados los documentos á petición de parte ó de oficio, el juez resolverá".

Comparemos ambas redacciones.

En el primer inciso se ordena *dónde* se presente, y *cómo*, la solicitud; indica el juez, y el acompañar ó el pedir de documentos.

En el 2.º inciso se indica lo que se pide en la solicitud, la declaración y la dirección, y el fin de esta dirección.

El inciso 3.º faculta al juez para hacer agregar de oficio documentos, y determina el momento preciso del fallo.

Es útil que el solicitante acredite su derecho revistiendo su petición con los documentos necesarios, ya acompañándolos desde luego, ya pidiendo se agreguen.

Esta obligación, que contribuye á la marcha pronta del incidente, no menoscaba el derecho general (para agregar documentos en cualquier estado de un incidente ó juicio), con tal que sea antes de su resolución, para que se tomen en cuenta; por cuanto, después de ese momento, ya no se hace caso de ellos.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

MEMORIAS Y DISCURSOS UNIVERSITARIOS

SOBRE EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

(1 vol. de 526 págs. Imp. de Los Debates, Santiago)

RECOPILACIÓN HECHA POR

ENRIQUE C. LATORRE, abogado y director de la "Revista Forense Chilena"

En el próximo pasado mes ha visto la luz pública este libro, que comprende, fuera de tres pruebas escritas para optar al profesorado extraordinario de Derecho Civil de la Universidad de Chile, las Memorias y Discursos que sobre materias del libro IV del Código Civil, se han publicado en los *Anales de la Universidad* desde 1856 hasta 1888.

Con este volumen queda completa la recopilación de los trabajos referentes al Código Civil, cuya importancia sería excusado encarecer á nuestros suscriptores.

Insertamos á continuación la nómina de los autores de los trabajos que comprende este segundo volumen. Son los señores: don José Francisco Fabres, don Cosme Campillo, don José Manuel Fernández Carvallo, don José Fernando Manterola, don Francisco Freire, don José Clemente Fabres, don Paulino Ahumada, don Federico García de la Huerta, don Manuel Amunátegui, don Leopoldo Urrutia, don Melquíades Valderrama, don Marcial Martínez, don † Carlos Aguirre Vargas, don Manuel Montero A., don José Tocornal, don Álvaro Covarrubias, don Carlos Aldunate Solar, don Benjamín Velasco, don José Antonio Lira, don Vicente Aguirre Vargas, don Moisés del Fierro, don Alvaro Vila Magallanes, don † Pedro Moncayo, don † Enrique Tocornal, don José del C. Troncoso, don Alejo Palma, don † Bernardino Opazo, don Salvador Castillo, don Florentino González y don Adolfo Calderón.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.º de diciembre de 1889 NÚM. 7

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO. — Don Ricardo Claro, por E. C. L. — La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado (continuación), por don José Clemente Fabres. — El cheque de banco y su valor documental en la jurisprudencia de los tribunales chilenos, por don Francisco Beutner-Mary. — ¿Subsisten en el estado actual de nuestra legislación las disposiciones del Código de Comercio referentes al arresto preventivo del fallido y á la fianza exigible en subsidio? por don Juan de Dios Vergara Salvá. — Comentario del artículo 144 del Código Penal, que trata del delito de violación de domicilio, por don Manuel 2.º Conejeros T. — Los celadores ¿son agentes de la autoridad? por don Álvaro Garcés P. — Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.

DON RICARDO CLARO

El 1.º de noviembre último ha fallecido en Concepción, donde tenía su residencia, este distinguido abogado y jurisconsulto.

En uno de nuestros números anteriores dimos cuenta, sin nombrarlo, porque así fué su deseo, de los trabajos del señor Claro en aquellos caracteres. Había sido en otros tiempos diputado y político de notoriedad en el partido radical. En Concepción era una de las lumbreras de su foro y un ciudadano para quien no era indiferente manifestación alguna del progreso ó de la inteligencia.

Rinde homenaje justísimo, por tanto, esta REVISTA á la memoria de un hombre que estimaba esta publicación con extrema bondad. La jurisprudencia y la política chilena recordarán también en él al ciudadano eximio, al talento privilegiado y perspicaz, al hombre dotado de sobresalientes virtudes públicas y privadas.

E. C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

ARTÍCULO 17

La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

La forma se refiere á las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.

SUMARIO.—I. Fuentes de donde se ha tomado este artículo. Deficiencia de su disposición.—II. ¿Qué se entiende por *forma?* Diferencia entre el requisito externo y el interno.—III. Qué cosa es la autenticidad.

I.—Podemos señalar como fuentes de donde ha sido tomado el presente artículo el inciso 1.º del artículo 10 del Código Civil de la Luisiana; el 10 del Proyecto de García Goyena, y los 47 y 1317 del Código Civil Francés. Antes de ocuparnos de estos artículos, recordaremos lo que el señor Bello dice sobre el particular en su obra PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL, parte 1.ª, capítulo IV, § 4.º: "Wheaton observa que, según el Derecho Internacional Privado que reconocen las naciones continentales de Europa, un acto de venta, donación ó testamento ejecutado con las formalidades requeridas por la ley del lugar del acto ó contrato *(lex loci actus vel contractus)*, es válido, no sólo en cuanto á los muebles, sino en cuanto á los inmuebles, cualquiera que sea la situación de estos últimos, con tal que, según las leyes del país en que están situados los inmuebles, puedan éstos enajenarse por acto entre vivos ó por testamento; sin perjuicio de las solemnidades externas que son necesarias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

para que conste la autenticidad del acto en el país donde debe producir sus efectos».

El inciso 1.º del artículo 10 del Código de Luisiana dice así: «La forma y el efecto de los actos públicos y privados se reglan por las leyes y los usos del país en el que estos actos se han verificado». El artículo 10 del Proyecto de García Goyena dice: «Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán por las leyes del país en que se hubieren otorgado». El artículo 47 del Código Civil Francés dice: «Todo acto del estado civil de los franceses y de los extranjeros hecho en país extraño, hará fe si ha sido redactado en las formas usadas en el dicho país». En el proyecto del Código Francés se había consignado un artículo en términos más generales: «La forma de los actos se regla por las leyes del país en el que se han ejecutado ó celebrado». Mr. Andrieux decía en la sesión del Tribunado de 3 de diciembre de 1801: «Esta es una máxima de Derecho que jamás ha sido contestada. —Pero la redacción podría tal vez ser mejor. ¿Qué dice á la letra el artículo tal como está concebido? No otra cosa, sino que en cada país se sigue, en cuanto á las formas de los actos, las leyes del país. Este artículo pertenece entónces al proyecto de la ley relativo á los extranjeros». El artículo se suprimió y no figura en el Código Civil Francés. Del artículo 1317 de este último Código nos ocuparemos en el § 3.º del comentario de nuestro artículo 17.

Tanto de los textos legales que hemos copiado como de las opiniones de los jurisconsultos á que nos hemos referido, resulta que en la doctrina común de las naciones europeas la regla es más general que lo que aparece en el texto del artículo que comentamos. En efecto, la regla que aceptan todas las escuelas de Derecho Internacional Privado y todos los jurisconsultos que tratan de esta materia, se formula así: *Locus regis actum.* Este es un axioma de Derecho, y se le da toda la amplitud que soportan sus palabras. Los actos civiles de cualquiera clase, entre los que se comprenden también los contratos, se sujetan, en cuanto á su forma ó solemnidades, á la ley del lugar donde se verifica el acto ó se celebra el contrato. Si el acto ó el contrato carece de alguna solemnidad que se estima como sustancial en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el lugar donde se efectúan, son nulos; pero si revisten todas las solemnidades requeridas por la ley del dicho lugar, no solamente son válidos en él, sino también en todas partes.

Esta regla, en toda su latitud, es de una equidad incontestable, y es por lo mismo de altísima conveniencia para todas las naciones. No hay tal vez regla alguna en materia de Derecho Internacional Privado que reúna en grado tan superior estas dos condiciones.

La equidad de la regla y la necesidad de su aplicación rigorosa resultan, no sólo de lafacilidad ó comodidad de ejecutar el acto ó celebrar el contrato en la forma que prescribe la ley del lugar de la ejecución ó celebración, sino principalmente del respeto y miramiento que debemos á la ley que nos ampara y protege en dicho lugar y en el momento mismo de la ejecución ó celebración. Por otra parte, no es posible señalar otra ley para determinar las solemnidades del acto ó del contrato, como antes hemos tenido ocasión de demostrarlo. Si las obligaciones que nacen del acto ó del contrato pueden tener su ejecución en distintos lugares ó en lugares indeterminados, no es posible exigir que el acto ó el contrato reúna las distintas solemnidades que se exigen en todos esos lugares, porque en muchos casos habría contradicción entre ellas, y por consiguiente, verdadera imposibilidad en la ejecución, y en otros, siendo indeterminados el lugar ó lugares de la ejecución, tampoco podría saberse qué solemnidades deberían ser preferidas.

La gran conveniencia que ofrece para todas las naciones la regla *locus regit actum*, es tan evidente, que nadie la ha puesto en duda, y es doctrina común en Derecho y en legislación.

La disposición del inciso 1.º del artículo 17 de nuestro Código Civil que habla sólo de la forma de los instrumentos públicos, es, por lo tanto, deficiente. Sin embargo, no podría decirse que, según la doctrina de nuestro Código Civil, no se acepta en toda su generalidad la regla de que tratamos. Por lo que hace al matrimonio y al testamento, que son los actos más importantes de la vida civil, tenemos disposiciones expresas en que se aplica la regla mencionada. El artículo 119 reconoce la validez del matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad á las leyes del mismo país. Sólo exceptúa el ma-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

trimonio que celebra el chileno contraviniendo á las leyes chilenas. El artículo 1027 reconoce la validez del testamento otorgado en país extraño, si se han observado en él las solemnidades prescritas por la ley del lugar del otorgamiento. Este artículo le pone una limitación á la regla, porque exige que el testamento sea escrito; de modo que un testamento verbal otorgado en país extranjero no vale en Chile, aunque se legalice y ponga por escrito con todas las formalidades que previene la ley del país donde se otorgó, y aunque en lo demás esté del todo conforme con dicha ley.

Esta limitación la hemos estimado como un defecto, porque la buena doctrina y la conveniencia personal de los chilenos están por que se dé á la regla toda su extensión. En efecto, el motivo por que se exigen para el testamento tantas solemnidades, es el peligro del fraude; pero la necesidad ó la suma conveniencia de poder otorgar testamento ha hecho que se relaje el rigor de las solemnidades y que se dé lugar al testamento privilegiado: vale más exponernos al peligro del fraude que quedarnos sin testamento. Si esta consideración ha dado mérito bastante para que se dé valor al testamento privilegiado que se otorgue en Chile, ello debe también autorizar al que se otorgue en país extranjero; y si debemos confiar en la ilustración y prudencia de las legislaciones extranjeras en cuanto al testamento solemne, otro tanto debe hacerse respecto del privilegiado, sin perjuicio de las excepciones que por circunstancias especiales se crea conveniente establecer.

Además de lo dispuesto en los artículos 119 y 1027 respecto del matrimonio y del testamento, tenemos otro fundamento más amplio con que sostener que nuestro Código Civil acepta en toda su extensión la regla *locus regit actum*. Ese fundamento es la doctrina misma que ha consagrado en el artículo 16. En el inciso 2.º de este artículo se reconoce el valor de los contratos otorgados en país extranjero, ó lo que es lo mismo, que los requisitos necesarios para el valor del contrato se arreglan á la ley del país donde se otorgan, y como confirmación de esta idea se agrega en el inciso 3.º que los *efectos* (ó sea, los derechos y obligaciones) *de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile*, se arreglan á las leyes chilenas. Aquí

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiene perfecta aplicación el argumento *a contrario sensu* y la regla *inclusio unius est exclusio alterius*, como hemos tenido ocasión de demostrarlo en el comentario del dicho inciso 3.º del artículo 16; deduciendo con todo rigor lógico que, según nuestro Código Civil, los requisitos del contrato deben ajustarse á la ley del lugar del otorgamiento, y que los efectos, ó sea, los derechos y obligaciones, se rigen por la misma ley, salvo que el contrato se haya celebrado para cumplirse en Chile, pues entonces se arreglan por la ley chilena.

II.—Hemos dejado establecido en el párrafo anterior que la regla *locus regit actum* significa que la *forma* de los actos y contratos debe ajustarse á la ley vigente en el lugar en que se realiza el acto ó se celebra el contrato; pero nos resta averiguar qué es lo que se entiende por forma. Nuestro artículo 17, en su inciso 2.º, dice: "La forma se refiere á las solemnidades externas"; lo que en buena doctrina quiere decir que la forma es lo mismo que las solemnidades, ó que ambas expresiones son sinónimas. Tendremos entonces que averiguar qué es solemnidad.

La solemnidad es un requisito necesario para el valor del acto ó del contrato; pero hay requisitos que no son solemnidades. Así la capacidad, el consentimiento sano ó sin vicio, el objeto lícito, etc., son requisitos necesarios para el valor del acto ó del contrato, y no son solemnidades; de aquí ha nacido la división de los requisitos en internos y externos, y el uso constante y uniforme de llamar *solemnidad* al requisito externo, de manera que las palabras *forma*, *solemnidad* y *requisito externo*, son sinónimas. La locución *solemnidad externa* es defectuosa, porque es un pleonasmo, y porque ella supone una contraposición que no existe, porque no hay ni puede haber *solemnidad interna*. Es cierto que nuestro Código Civil emplea á veces la expresión *solemnidad externa*, que sólo puede tolerarse en cuanto da más energía ó viveza á la idea, pero en ninguna parte encontraremos la expresión *solemnidad interna;* y sí podemos encontrar que en muchas ocasiones ha dicho simplemente *solemnidades* sin otro calificativo, refiriéndose inequívocamente á las externas. Podemos, pues, establecer sin peligro de equivocación que tanto en el lenguaje de los jurisconsultos como en el de las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

leyes chilenas y españolas antiguas, la palabra *solemnidad* significa siempre la externa, y que para significar la *interna*, ó más bien dicho, para expresar la contraposición á la palabra solemnidad, se emplea la de *requisito interno*.

La solemnidad externa, ó simplemente solemnidad, que es más propio, tal como la encontramos en los autores y en las leyes, no es otra cosa que la prueba especial que se exige para justificar la existencia del acto ó del contrato, y que podría llamársele *sacramental*, porque no puede ser reemplazada por otra. La solemnidad es siempre probatoria, tiene por objeto dar constancia fehaciente del acto ó del contrato.

Escriche, DICCIONARIO DE LEGISLACIÓN, palabra *Solemnidad*, dice: "Las formalidades que prescriben las leyes para que un acto ó instrumento sea válido ó auténtico, y *haya prueba* en justicia".

Rogron, al principio de la sección 1.ª, capítulo V del título II, libro 3.º, CÓDIGO FRANCÉS, se expresa así: "Se llaman formas ó formalidades de un acto la manera arreglada por las leyes para *hacer prueba* de su verdad, y mediante ellas establecer su validez".

Merlin, citado por Chabot en sus CUESTIONES TRANSITORIAS, palabra *Testament*, dice lo siguiente: "Es preciso distinguir en todos los actos de la vida civil, lo que pertenece á su *forma meramente probatoria*, de lo que es relativo á la capacidad requerida para hacerlos, y al fondo de sus disposiciones". "Para todo lo que conviene á la capacidad de las partes y al fondo de las disposiciones, es de principio que se debe atender principalmente á las leyes que existen en el momento en que nace y se adquiere el derecho que se deriva de los actos. Así, para saber si un testador ha podido disponer, y si no ha transgredido los límites legítimos se debe consultar la ley del día en que murió; porque es en este día solamente que ha podido nacer el derecho de los herederos instituídos ó de sus legatarios. Mas para todo lo relativo á la *forma meramente probatoria*, no hay ni puede haber otra ley que seguir que la *del lugar* y la del momento en que se ejecuta el acto; una vez el acto ejecutado, la *forma probatoria* de que está revestido le asegura su efecto, y este efecto es indivisible; la observancia de esta forma y el de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

recho de *hacer prueba* de todo lo que el acto contiene, son dos cosas correlativas, inseparables la una de la otra».

Escaño, en su tratado DE TESTAMENTIS, capítulo I, números 27 y 28, expone la división de los requisitos del testamento que establecen Trumola y Rodrigo Suárez, que es preferida por Menochio y Bártulo, y que es recibida comunmente. *In testamento duplex datur forma, substantialis et* PROBATORIA, *et ita duplex tantum perfectio, quæ est uniquique formæ conveniant debet considerari; et a forma substantiali, quæ est voluntas, desumitur perfectio voluntatis, et a forma* PROBATORIA QUÆ EST SOLEMNITAS, *perfectio solemnitatis, et sic communiter recepta est.* Cita en seguida. en el número 40, á Cancerio, número 76, que dice: *Cum duplex sit forma testamenti,* PROBATORIA *et substantialis, circa formam* PROBATORIAM, *ut omnis solemnitas juris civilis est relaxata in testamento inter liberos et ad pias causas et militari;* etc.

En el capítulo II, habla individualmente de las dos perfecciones (requisitos) del testamento, la sustancial ó de la voluntad y la probatoria ó de la solemnidad. Y respecto de la segunda, después de exponer los fundamentos y su necesidad, se pregunta cuáles son esas solemnidades, y dice que se encuentran en las leyes 1.ª y 2.ª, título IV, libro 5.º, Recopilación, que son las 1.ª y 2.ª, título XVIII, libro 10 de la Novísima, en cuyas leyes sólo se señalan como solemnidades las meramente *probatorias*, semejantes á las que señala el párrafo 2.º del título III, libro 3.º de nuestro Código Civil.

Antonio Gómez, en su comentario á la ley 3.ª de Toro, número 24, se pregunta: *Ratio per quam requiratur tanta forma in testamento de juri communi;* y contesta: *Quia ex caussa justa et communi, potest lex civilis humana positiva distinguere, declarare, vel limitare jus divinum et in testamentis et ultimis voluntatibus tractatur de* PROBANDA *voluntate defuncti post ejus mortem, qui veritatem perfecte sciebat, et non potest eam declarare, nec se et bona sua defendere, si de ea dubitatur, et potest facilius falsitas committi; ergo merito requiritur prædicta solemnitas.* Continúa citando otros autores y leyes que confirman su doctrina.

Burgos de Paz, comentando la dicha ley 3.ª de Toro, sostiene la misma doctrina, y concluye: *Codicilli autem solemnita-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tem testamenti nuncupativi habere debent: aliter autem testamenta et codicilli si sine DICTIS SOLEMNITATIBUS *conficiantur, minime* FACIUNT FIDEM.

Como se ve, en el lenguaje corriente de los jurisconsultos la palabra *solemnidad* significa la prueba especial que se exige para justificar la existencia del acto ó del contrato. Otro tanto sucede con las leyes. La 3.ª de Toro, que es la 2.ª, título XVIII, libro 10 de la Novísima Recopilación, emplea la palabra solemnidad en el sentido de prueba, y concluye estableciéndolo del modo más esplícito. "Los cuales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha *solemnidad* de testigos, mandamos que no hagan fe ni prueba en juicio, ni fuera de él".

Nuestro Código Civil, artículo 1699, dice: "Instrumento público ó auténtico es el autorizado con las *solemnidades* legales por el competente funcionario". "El 1700 dice: "El instrumento público hace plena *plena fe* en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto á la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes". Aquí se ve que la palabra *solemnidad* sin otro calificativo significa la *externa;* que el instrumento que tiene esas solemnidades es público y *hace plena fe* en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y por consiguiente, que el carácter probatorio del instrumento lo saca de las solemnidades. Por esta razón distingue el Código con separación las dos pruebas que produce el instrumento; las solemnidades sólo recaen sobre el hecho de haberse otorgado y su fecha, y por eso hacen prueba contra todos; pero las solemnidades no justifican la verdad de las declaraciones, y por eso estas declaraciones no hacen fe sino contra los declarantes; mas el hecho de haberse expresado las declaraciones es inconcuso aun para los terceros.

Hemos dicho también que la *solemnidad* es una prueba especial ó sacramental, esto es, que no puede reemplazarse por otra prueba; éste es el lenguaje común de los jurisconsultos, y lo vemos confirmado en los artículos 1701 y 1713 del Código Civil; el primero de estos artículos dice: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa *solemnidad*, y se mirarán como no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ejecutados ó celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos á instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno». El artículo 1713 dice que la confesión judicial hace plena prueba salvo lo dispuesto en el artículo 1701, esto es, que el instrumento público no puede ser reemplazado por la confesión judicial cuando la ley exige el instrumento *pro forma* ó como solemnidad.

En consecuencia, las capitulaciones matrimoniales, la compraventa de bienes raíces, la constitución de un censo, que son contratos solemnes; y la emancipación voluntaria, el reconocimiento de un hijo natural, la legitimación, que son asimismo actos solemnes, porque en aquéllos y en éstos exige la ley la escritura pública como solemnidad, no tienen valor alguno sin la escritura pública, ó sólo pueden probarse por este medio; ni la confesión, ni los testigos, ni otro género alguno de prueba puede reemplazar á la escritura pública.

Sin embargo, podemos establecer como doctrina corriente la opinión de Llamas y Molina que dice, en el comentario á la ley 22 de Toro, número 71: «Aunque la escritura se requiere *pro forma* para la subsistencia de la promesa de no mejorar, esto no impide que si llegase á faltar ó perecer la escritura por incendio ú otro cualquier accidente, se admita prueba de testigos para acreditar su otorgamiento, como lo afirma Diego Castillo en esta ley, *ver. scriptura pública* con Gómez al número 28 y otros, fundados en la ley 18 *C. de test*, y lo mismo indica la ley única, ff. *Si tabulæ testamenti stabunt*». Á la opinión de Llamas y de los jurisconsultos que cita, podemos agregar la de Mascardus, *De probationibus, conclussio* 32.ª, números 20 á 22. Podemos todavía agregar en apoyo de esta opinión las leyes 14, título XX, y 8.ª y 20, título XXI, libro 4.º, C. En consecuencia, si el acto se ha ejecutado y el contrato se ha celebrado con el otorgamiento de la respectiva escritura pública, la pérdida del instrumento no vicia el acto ó el contrato. Probado por testigos ó por otro medio legal el hecho de haberse otorgado la escritura pública y que se ha perdido ó destruído, se admitiría igualmente prueba de testigos ó de otra clase para justificar las estipulaciones del contrato.

Concluiremos repitiendo que *forma* es lo mismo que *solemni-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dad ó requisito externo, y que *solemnidad* es la prueba especial ó sacramental que exige la ley para el valor del acto ó del contrato y para probar su existencia.

III.—El artículo 1317 del Código Civil Francés define así el título ó acto auténtico: "Acto auténtico es el que ha sido recibido por oficiales públicos que tienen el derecho de actuar en el lugar en que el acto ha sido redactado y con las solemnidades requeridas"; y el artículo 1699 de nuestro Código Civil dice: "*Instrumento público* ó *auténtico* es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario". Pero con más propiedad ha dicho el inciso 2.º del artículo 17 que comentamos, que la autenticidad *se refiere al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.*

El efecto principal de la autenticidad es hacer fe ó merecer crédito; pero esto no es la autenticidad misma. Para que exista la autenticidad es preciso que el acto (en que se comprende también el contrato) ó el instrumento, esté autorizado por un funcionario público que invista este carácter por nombramiento de la autoridad pública competente. Se requiere además que el funcionario sea competente, esto es, que esté autorizado por la ley para ejercer aquella función determinada; que esté en actual ejercicio ó no se halle suspendido de sus funciones; que ejerza su ministerio en el lugar ó en el distrito señalado por la ley, porque fuera de él carece de carácter público; que no esté implicado para funcionar en el acto ó en el asunto á que se refiere el instrumento; y por último, que el acto ó el instrumento revista las otras solemnidades que respectivamente son requeridas por la ley, como ser la concurrencia de testigos, el papel sellado, la incorporación en un protocolo, etc.

El artículo 17, en su inciso 1.º, dice que la autenticidad del instrumento público se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento. Aun no se ha publicado el Código de Enjuiciamiento, y no tenemos en nuestra legislación vigente leyes especiales que determinen el procedimiento para establecer la autenticidad de un acto ó de un instrumento, y habría entonces que ocurrir á los medios ordinarios ó comunes de probar cualquier hecho.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Una especie de prueba de autenticidad es la que entre nosotros se llama *legalización* de documentos, ya sean los otorgados en país extranjero y que se quiere hacerlos valer en juicio ó ante otras autoridades públicas chilenas, ya sean los otorgados en Chile y de los que quieren valerse los interesados ante los tribunales ó funcionarios públicos extranjeros.

En cuanto á las escrituras públicas otorgadas en el extranjero, la firma del notario que autoriza los instrumentos es certificada por tres notarios que declaran al pie del instrumento que la firma y signo del dicho notario que aparecen en el instrumento, son realmente puestos por él, y los mismos que acostumbra usar en el ejercicio de su cargo; que el dicho notario se halla en actual ejercicio y que merece crédito en sus actuaciones. El Ministro de Relaciones Exteriores del país donde se otorgó el instrumento da igual certificado respecto de los tres notarios y sus firmas; y el Ministro diplomático ó Cónsul chileno abona á su vez la firma del Ministro de Relaciones Exteriores; y el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile abona la firma del agente diplomático ó consular chileno. Á falta de agente diplomático ó consular chileno, se ocurre al agente diplomático ó consular de una nación amiga de Chile. Si el instrumento ha sido autorizado por un funcionario público que no es notario, entonces su firma es abonada por el Ministro de Relaciones Exteriores del país del otorgamiento, quien certifica además sobre la competencia del funcionario para autorizar el acto ó instrumento y el crédito que merece. La firma del Ministro es abonada por el funcionario diplomático ó consular chileno ó de una nación amiga, y la de éste, por el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile.

Tal es la práctica respecto de la legalización de documentos extranjeros; pero no creemos necesaria la certificación ó abono de firmas hecho por el Ministro de Relaciones Exteriores extranjero, pues lo sustancial es que el funcionario diplomático ó consular chileno abone la firma del notario ó funcionario extranjero y certifique sobre su competencia ó actual ejercicio.

En cuanto á los instrumentos otorgados en Chile para pro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ducir efecto en el extranjero, se practica análogo procedimiento.

José Clemente Fabres

(Continuará) p 515

EL CHEQUE DE BANCO Y SU VALOR DOCUMENTAL en la jurisprudencia de los Tribunales Chilenos

La existencia de los bancos de depósito es inseparable de la institución de los cheques. Los bancos de depósito tienen por objeto disminuir la masa de dinero necesario para las transacciones pecuniarias dentro de un distrito determinado y dar á los capitales inertes otra inversión que la de servir únicamente de fondos de reserva para pagos futuros. En consecuencia, reciben de sus clientes sumas en depósito y éstos á su vez solucionan sus obligaciones por medio de mandatos de pago dirigidos á sus banqueros, de manera que se emplea el dinero efectivo casi únicamente en el pago de los servicios manuales y en el comercio entre consumidores y vendedores por menor.

En Inglaterra y Estados Unidos, países en los cuales el sistema bancario ha llegado á un desarrollo inmenso, casi no hay individuo que no tenga un depósito mayor ó menor en los bancos y aun la gente del pueblo gira constantemente cheques aun por las sumas más insignificantes. Aunque en Chile no hemos llegado todavía á conseguir un desarrollo tan considerable del sistema bancario, especialmente por la falta de hábitos de economía de la gente del pueblo, sin embargo el giro de cheques se ha hecho de tal manera frecuente, que existen pocas personas en Chile que no hayan girado ó tomado estos mandatos de pago casi como la moneda circulante.

Á pesar de todo esto el cheque no tiene entre nosotros una existencia legal bien definida, y su giro y aceptación ó rechazo dan constantemente lugar á dificultades que habría sido fácil evitar por medio de una legislación especial.

Un cheque es un mandato escrito que sirve al comitente para retirar parte ó todo de los fondos que tiene colocados á su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

crédito en poder del depositario y en calidad de disponibles. Puede ser nominal ó al portador, ó nominal y al portador á la vez. Generalmente los cheques que suministran los bancos de depósito llevan las palabras "ó al portador" después del espacio destinado al nombre de la persona á cuya orden se gire el cheque y el banco advierte en una nota puesta al pie del cheque que si no se borran las palabras "ó al portador" se pagará el cheque al que lo presente para su cobro sin necesidad del endoso; de manera que un cheque al portador ó á la orden ó al portador es una especie de papel moneda emitido por un particular sin autorización legal de ninguna especie, sin valor legal y cuyo ficticio valor está basado únicamente en el crédito y honorabilidad de la firma del girador.

La definición que hemos dado del cheque nos muestra que es una especie de libranza, y como tal se rige por los preceptos del Código de Comercio que trata sobre esta materia. El Código de Comercio, en el artículo 765, que define la libranza, exige que sea girada á la orden de otra persona determinada. En consecuencia, no existe legalmente el cheque al portador ó al portador, ó á la orden, sino que sólo pueden girarse legalmente cheques á la orden de persona determinada. Y no puede invocarse la costumbre mercantil para desvirtuar esta nuestra aseveración, porque la costumbre mercantil no puede crear nuevas situaciones en contra de ley expresa y determinada; y como el cheque es una libranza y las libranzas se hallan definidas expresamente por el Código de Comercio, resulta que, como tal libranza, el cheque debe someterse á todas las condiciones que la ley exige para la validez de una libranza.

Tenemos entonces establecido que sólo el cheque á la orden de una persona determinada es una libranza y se rige como tal por lo prescrito en el título XI del libro II del Código de Comercio.

Es siempre acto de comercio todo acto referente al cheque, pues aunque en su carácter de libranza podría ser, respecto de toda clase de personas, documento probatorio de obligaciones sujetas á las prescripciones del Código Civil, sin embargo, se debe considerar como una operación de banco y como tal cae bajo el imperio de la ley mercantil, aunque no procedan de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

operaciones mercantiles; bien entendido que esto tiene lugar no sólo respecto del giro, cobro y cargo de cheques directamente entre banco y comitente, sino también respecto de estos actos entre toda clase de personas, porque siendo el objeto y término final del giro de un cheque una operación bancaria, los actos mencionados entre particulares no son más que actos tendentes á un arreglo bancario y, consecuentemente, actos de comercio.

Los cheques á la orden deben contener, como las libranzas, según el artículo 771 del Código de Comercio, el nombre y apellido de la persona á cuya orden debe hacerse el pago, la cantidad, la época de pago, el lugar donde debe hacerse cuando no sea pagadero en el lugar de su fecha, el origen y especie de valor que representan, la fecha y la firma del librancista. Desde luego, percibimos que los cheques suministrados por los bancos á sus comitentes no cumplen rigorosamente con estos requisitos, aunque se borren las palabras "al portador". Es cierto que expresan nombre y apellido de la persona, cantidad, fecha y firma del librancista; pero en cuanto á la época de pago nada dicen, de manera que un cheque de banco á la orden podría ser á la vista, como es costumbre generalmente admitida, ó á plazo, si el Código de Comercio nada determinase para el efecto. Ahora el artículo 773 del Código de Comercio prescribe que, no teniendo plazo prefijado las libranzas, serán pagaderas á su presentación, de manera que un cheque del formulario como lo suministran nuestros bancos es pagadero á la vista ó presentación. Sin embargo. puede suceder y sucede efectivamente muchas veces que un cheque no sea presentado al banco para su cobro el mismo día de su libramiento, sino que llegue al banco después de transcurrido un tiempo variable que, en casos prácticos, ha excedido de años. Veamos qué determinan las leyes en un caso de esta especie sobre la validez de este cheque atrasado.

El artículo 775 del Código de Comercio determina que las libranzas pagaderas en el lugar de su fecha que no tengan plazo, serán cobradas en el mismo día de su entrega y devueltas al siguiente, si no fueren cubiertas. Siendo retenidas por mas tiempo, el portador responderá al librancista de los daños y per-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

juicios que se le siguieren. Y es de advertir que la devolución esta libranza podrá hacerse sin previo protesto. Como vemos, el Código conmina solamente al portador con el pago de daños y perjuicios, pero no obliga á éste á cobrarlo en el mismo día, dejando siempre válido el cheque aunque hayan pasado años después de su otorgamiento. Aunque generalmente sucederá en la práctica que se cobren los cheques dentro de pocos días desde su otorgamiento; sin embargo, sería conveniente establecer una regla fija, tal como la contiene el Código Belga, que obliga al portador á presentar el cheque dentro de cuatro días después del día de su fecha, á menos que el cheque hubiera ya obtenido el visto bueno del banquero ó se hubiese librado en otra plaza que aquella en que haya de cobrarse. La persona á cuyo favor se extendió el cheque, el portador ó endosatario que no cobren el cheque en el tiempo designado, perderán toda acción contra el librador ó endosante y el librado podrá protestarlo por este solo motivo. Pero si el cheque ha obtenido el visto bueno del banquero, se convierte en un papel moneda y será pagadero al portador á la vista durante seis meses contados desde el día de su fecha. La razón esencial de esta disposición es que se cargará en cuenta al librador el cheque desde que obtiene el visto bueno del librado, evitando de esta manera que el librador disponga de sus fondos en poder del banquero, que, aunque disponibles por el momento, se hallan comprometidos por un cheque flotante que de un momento á otro puede cobrarse.

Nuestra Legislación carece de una determinación especial sobre este punto, y consecuentemente prescribe el cheque como una libranza común, según el artículo 769 del Código de Comercio, en cuatro años contados desde el día de su vencimiento.

El artículo 771 del Código de Comercio exige, además, que la libranza exprese el origen y especie del valor que representa. Los cheques, es cierto, expresan siempre la especie del valor, pero nunca su origen, y éste es uno de los principales defectos del cheque en un país que carece de una legislación especial sobre este documento. En efecto, constantemente surgen dificultades en la interpretación de un cheque como documento probatorio de una obligación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Desde luego nos proponemos resolver dos cuestiones importantes sobre esta materia: *Primera:* ¿ES EL CHEQUE UN DOCUMENTO PROBATORIO DE UNA OBLIGACIÓN DEL PORTADOR Á FAVOR DEL LIBRADOR CUANDO EL CHEQUE HAYA SIDO PAGADO, Ó DEL LIBRADOR Á FAVOR DEL PORTADOR EN CASO QUE EL CHEQUE NO HAYA SIDO CUBIERTO POR EL LIBRADO? *Segunda:* ¿ES EJECUTIVO UN CHEQUE CONTRA EL LIBRADOR CUANDO SU IMPORTE NO HAYA SIDO CUBIERTO POR EL LIBRADO, UNA VEZ RECONOCIDA LA FIRMA PUESTA AL PIÉ DEL DOCUMENTO?

Algunos creen que los cheques que han tenido su origen en la necesidad de facilitar las transacciones mercantiles suplen hasta cierto punto á la moneda circulante, habiendo sido estimados por la costumbre universalmente reconocida como obligaciones contraídas por los que los escriben; pero otros sostienen que el cheque es una simple orden de pago que por sí sola no constituye el reconocimiento de una obligación del que lo suscribe con relación á determinada persona, siendo así que constantemente se expiden á favor de mandatarios para el solo efecto de retirar á la orden del mandante sumas depositadas en los bancos ó valores en cuenta corriente.

Los Tribunales se han inclinado á la opinión de estos últimos y han decidido que el solo hecho de otorgar un cheque á favor de alguna persona no importa una obligación de pagar, ni menos la confesión de una deuda. Salta á la vista el grande inconveniente de la falta de una legislación precisa sobre este punto importantísimo; elevada esta teoría á un axioma de Derecho, resulta que el cheque no tiene el carácter de documento probatorio de una obligación y se convierte en un mero papel de confianza, salvo que el librador confiese expresamente la obligación que originó el giro del cheque: así que para determinar si el acto de girar un cheque importa la constitución de una obligación de parte del girador hacia la persona á cuyo favor se gira, es menester atender á los antecedentes que motivaron el giro del cheque y á las relaciones legales que pueden existir entre girador y tomador.

Se sigue naturalmente de esta manera de interpretar el cheque que este documento jamás es ejecutivo contra el librador,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

salvo que éste al tiempo de reconocer su firma, reconozca especialmente la obligación que motivó el giro del cheque.

Fácilmente se habrían podido evitar dudas sobre este punto agregando á los cheques la cláusula "valor recibido" ó "valor en cuenta", tal como se acostumbra en las letras de cambio, porque de otra manera al cobrar judicialmente un cheque rechazado, habrá constantemente que ventilar asuntos que deben ser ajenos á un documento de valor tan evidentemente ejecutivo como debe ser un cheque cuyo importe no haya sido cubierto por el banquero, y cuya firma haya sido reconocida por el librador.

Tampoco es el cheque que haya sido pagado por el banquero al tiempo de su presentación, un documento probatorio en contra del portador, salvo que tenga la cláusula "valor en cuenta".

Un cheque representa un valor en un momento dado sin necesidad de recurrir al medio circulante, y como para evitar las dificultades que siempre trae consigo la movilización de grandes cantidades de dinero, es conveniente equiparar el cheque al billete bancario: su pago no puede probar más que el hecho de este mismo pago, pero no prueba de por sí obligación alguna por parte del portador á favor del librador.

Otro medio de evitar esta dificultad habría sido fijar el carácter jurídico del cheque y considerarlo como procedente de valor recibido; pero en este caso es necesario establecer que no produce novación si no es cubierto, tal como lo determina el Código Francés: en este caso el portador de un cheque rechazado tendría una doble acción contra el librador, ó por el cheque que se presume girado por valor recibido, ó por la antigua obligación que no se extinguió por el hecho de aceptar el tomador un cheque en solución de la obligación que motivó su giro, caso por cierto más ajustado á la equidad que la teoría arriba mencionada y aceptada por los Tribunales á falta de una legislación especial sobre este punto.

Veamos ahora cómo se transmite la propiedad de un cheque. El artículo 661 del Código de Comercio establece que el endoso en blanco importa la confesión de haber recibido el valor de la letra, transfiere la propiedad al portador legítimo y autoriza á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

éste para llenarlo sólo en la forma prescrita por el artículo 658 del mismo Código.

Sin detenernos en el cheque al portador, que legalmente no existe y cuya transmisión de mano en mano es ilegal, sólo diremos que el cheque á determinada persona ó al portador y el cheque girado sólo á determinada persona se encuentran en igual condición legal. Siempre necesita el endoso del primer tenedor en blanco para autorizar su transmisión de mano en mano y sin este endoso el banco no salva su responsabilidad pagando el cheque sin endoso á cualquier portador en caso de un reclamo por pérdida ó robo. Si el endoso se hace á persona determinada, ésta á su vez debe endosar en blanco el cheque para hacerlo transmisible de mano á mano y así en seguida, y es fuera de duda que sin este requisito es ilegal y nula la transmisión de un cheque, ya sea á favor de determinada persona ó al portador ó sólo á determinada persona, aunque así lo establezca la cláusula puesta al pie de los cheques suministrados por los bancos que dice: "si no se borran las palabras "ó al portador", se pagará este cheque al que lo presente para su cobro, sin necesidad de endoso". *Privatorum conventio non derogat leges.* Bien entendido que todo lo dicho anteriormente sólo se refiere á los cheques á la orden, pues los Tribunales han declarado repetidas veces que, si un cheque no es documento á la orden, no puede transferirse legalmente por la vía del endoso; y aunque tal sea la costumbre en el comercio, no puede ella tomarse en cuenta para una decisión judicial, puesto que la ley es esplícita y niega lugar al endoso en documentos que no sean á la orden. De manera que en el caso de ser un cheque nominal, como los girados en los formularios suministrados por los bancos, no es transferible en ningún caso ni con endoso ni sin él, y sería un documento exclusivamente pagadero á la persona determinada á cuyo favor haya sido girado. Esto es quitar al cheque todo su poder circulatorio, convirtiéndolo en una mera orden de pago á favor de determinada persona, destituyéndolo por completo de su carácter de sustituto de moneda circulante. Sin embargo, en el estado actual de nuestra legislación esta teoría es la única aceptable, por lo menos en cuanto á los cheques girados en la forma acostumbrada; pues no siendo documentos á la orden, no tiene

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aplicación respecto de ellos lo prescrito por los artículos 655 hasta 665, que sólo se refieren á los documentos á la orden.

Tampoco, como en la legislación civil, encontramos disposición alguna en la legislación penal sobre este importantísimo documento comercial, cuando es materia de un delito por falsificación, alteración ó hurto. El artículo 194, que se refiere á documentos públicos y auténticos, no tiene evidentemente aplicación á las falsificaciones de cheques, puesto que éste no es un documento auténtico, según la definición del artículo 1699 del Código Civil, y el artículo 197, que se refiere á la falsificación de instrumentos privados, exige para la existencia de este delito perjuicio de tercero, de manera que la sola falsificación de un cheque no es punible, si no se ha hecho uso del cheque falsificado para perjudicar á un tercero. Y si este perjuicio ha tenido lugar y el cheque falsificado ha sido pagado por el banquero, tampoco resulta falsificación sino estafa. Los Tribunales han declarado constantemente que el cheque falsificado ha sido un medio para llevar á efecto una estafa determinada y han castigado como estafa frustrada el hecho de cobrar maliciosamente un cheque falsificado obteniendo el pago, pero no aprovechándolo, y de tentativa de estafa la sola presentación del cheque sin obtener el cobro de la cantidad que representa.

Además, atienden los Tribunales á la circunstancia de que la firma puesta en el cheque falsificado tenga ó no semejanza con la que usa la persona cuya firma se pretendió fingir, y declaran que no existiendo esta semejanza, no hay que considerar este delito como falsificación de un documento comercial, sino como simple estafa. (Sentencia 2,564 de la *Gaceta de los Tribunales* de 1888).

Otra dificultad suele ofrecerse en la aplicación de las penas por hurto cuando el objeto hurtado es un cheque de banco. En nuestra legislación penal se atiende al valor del objeto hurtado para la aplicación del castigo; y cuando este objeto es un cheque que no tiene valor intrínseco, se podría dudar si se debe ó no tomar en cuenta el valor que representa para el fin de valorizar la especie hurtada. El cheque puede ser nominal, á la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

orden y al portador; si es nominal ó á la orden, es evidente que no tiene valor de ninguna especie, y consecuentemente no hay más hurto que el de un pedazo de papel; pero si es á la orden y endosado en blanco ó si reza "al portador" (lo que en el estado actual de nuestra legislación es ilegal, y por consiguiente, carece de existencia legal), el asunto cambia completamente de aspecto. El cheque en este caso se asemeja de tal manera al billete bancario, que sería aceptable considerar su valor como efectivo; de otra manera quedaría impune el delito de hurto de una especie valiosa que en cualquier momento se podría convertir en moneda circulante. En caso que el ladrón obtuviese el pago del cheque hurtado, ya no cabe duda alguna, y entonces se deberá clasificar el hurto según la cantidad nominal que representó el documento sustraído.

Todas estas confusiones se habrían evitado por medio de disposiciones especiales, en lo civil y en lo criminal, sobre el cheque. En cuanto á una legislación civil que regularice el carácter jurídico del cheque, nos remitimos al proyecto presentado á la Cámara de Diputados por el señor don Enrique Cood en su carácter de diputado por Chillán, el cual copiamos con algunas modificaciones, agregando al mismo tiempo un proyecto de legislación penal sobre este documento, que evite toda vacilación de los Tribunales para calificar delitos relativos al cheque, estableciendo penas equivalentes á delitos tan graves como son las alteraciones de un documento de confianza pública.

* ARTÍCULO PRIMERO. El cheque es una orden de pago escrita que permite al librador retirar en provecho suyo ó de un tercero el todo ó parte de los fondos que tiene colocados á su orden y en calidad de disponibles en poder de un banco público ó privado.

ART. 2.º El cheque debe reunir, en cuanto á su forma, las condiciones siguientes:

A. Firma del librador.
B. Designación precisa del librado.
C. La cantidad girada en moneda corriente.
D. Fecha del giro.
E. Debe ser á la vista.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

F. Si es nominal, á la orden ó al portador y, nominal ó al portador á la vez.

* ART. 3.º La transferencia de un cheque al portador y á la orden ó al portador se hace por la transmisión manual, y contra el pago de un cheque al portador sólo se admitirá la excepción de falta de fondos ó de embargo judicial, el cual sólo podrá decretarse en caso de pérdida, sustracción, robo, quiebra del portador ó cualquier otro suceso que le prive de la administración de sus bienes.

* ART. 4.º La transmisión de un cheque nominal ó á la orden se hace por medio del endoso según las reglas establecidas en el Código de Comercio.

ART. 5.º El cheque se presume girado por valor recibido, salvo prueba en contrario.

* ART. 6.º La emisión de un cheque es siempre acto de comercio y se sujeta á las disposiciones del Código de Comercio relativasá la garantía solidaria del librador y endosantes, al protesto y al ejercicio de garantías en materia de letras de cambio.

ART. 7.º El cheque puede ser girado dentro de una misma plaza ó de una plaza á otra.

ART. 8.º El tenedor de un cheque debe reclamar su pago dentro de cuatro días contados desde su fecha, si fuese girado en la misma plaza, y dentro de quince, en los demás casos. No reclamando dentro de estos términos, pierde su acción contra los endosantes y también contra el librador, si la provisión de fondos ha perecido por hecho del librado después de dichos plazos.

PROYECTO DE LEGISLACIÓN PENAL SOBRE EL CHEQUE.— ARTÍCULO PRIMERO. La sola falsificación ó alteración sustancial de un cheque será castigada con presidio menor en su grado medio.

ART. 2.º Si por medio de un cheque falsificado se ha obtenido parte ó todo del valor que representa, la pena será presidio menor en su grado máximo y multa de ciento á mil pesos.

ART. 3.º La sustracción de un cheque, ya sea nominal, á la orden ó al portador se castigará como hurto de especie equivalente á su valor nominal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 4.º El que maliciosamente hiciere uso de un cheque falso, será castigado como si fuera autor de la falsedad (1).

FRANCISCO BEUTNER-MARY,
Médico-cirujano

Chillán, 28 de octubre de 1889.

¿SUBSISTEN EN EL ESTADO ACTUAL DE NUESTRA legislación las disposiciones del Código de Comercio referentes al arresto preventivo del fallido y á la fianza exigible en subsidio?

(Lectura en la Academia de Leyes)

Según el artículo 1350 del Código de Comercio, además de la fijación del día de la cesación de pagos ó reserva enunciadas en el artículo 1349, el auto declaratorio de quiebra debe contener:

. . . . . .

"2.º La orden de arresto del fallido en la cárcel pública, ó en su propia casa bajo fianza á favor de la masa por la cantidad que el juzgado señale discrecionalmente, según las circunstancias de la quiebra".

Arresto es ése, al decir del malogrado don José Bernardo Lira en su PRONTUARIO DE LOS JUICIOS (tomo II, pág. 98), que no importa "sino una providencia preventiva para evitar que el fallido se oculte y no dé las explicaciones que haya que pedirle ó sufra la pena que se le imponga en el caso de calificarse la quiebra de culpable ó fraudulenta"; y tal es en verdad la explicación que de él suelen dar los escritores de Derecho Mercantil. Mas, si remontamos á las fuentes reconocidas por el Legislador como originarias de las disposiciones del libro IV del Código

(1) Los artículos señalados con asterisco son modificados en todo ó en parte por el autor.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de Comercio, vemos que aquel precepto del artículo 1350 está tomado, con ligeras variantes, del número 2.º del artículo 1044 del Código Español de 1829 y del número 3.º del artículo 1549 del Código Argentino, concordantes ambos en el fondo con el artículo 455 del Código Francés de 1808, modelo del Español é inspirado en principios muy diversos de los que el señor Lira apunta para justificar aquella disposición legal.

En efecto, en pocos puntos de la legislación francesa dejó tan duramente impreso Napoleón su sello personal como en el relativo á la condición jurídica del deudor que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles. Según refiere el Secretario General del Consejo de Estado, barón de Locré, había el Consejo discutido el Código de Comercio bajo la presidencia del archicanciller Cambacères, mientras el Emperador libraba las batallas de Eylau y de Friedland y trataba en Tilsitt. Vuelto á París, se hizo Napoleón dar cuenta de los trabajos y puso en discusión en tres sesiones presididas por él, en 28 de julio, 1.º y 8 de agosto de 1807, el Libro III, referente á las quiebras, ocupando la primera sesión en discutir si la quiebra sería siempre una presunción de delito. Así lo sostuvo, diciendo entre otras cosas: "En toda quiebra hay un cuerpo de delito, puesto que el fallido hace perjuicio á sus acreedores. Posible es que no haya mala intención, aunque este caso sea raro; pero el fallido se justificará... No es necesario menoscabar el interés de los acreedores; mas no se debe descansar en ellos del cuidado de restablecer el orden, pues un solo afán los preocupa: sacar de su crédito lo más que sea posible... Tómense, de consiguiente, medidas que sin perjudicar á los acreedores, sin herir de una condenación al fallido antes que haya podido justificarse, lo pongan, sin embargo, en un estado de humillación conforme á la situación de su fortuna y al que las antiguas costumbres le imprimían. La prisión, aunque no debiese durar sino una hora, obraría este efecto. El proyecto no hace más que despertar la atención de la justicia pública y darle la facultad de proceder; eso no es bastante: es preciso que la pesquisa sea obligatoria siempre que haya quiebra, salvas las distinciones que exija la justicia después de examinados los hechos. Pues que hay hecho material de quiebra culpable ó fraudulenta cuando el comer-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciante hace perder á sus acreedores, cualquiera que sea, por otra parte, la causa de este acontecimiento, menester es que por forma de prevención se dé desde luego el nombre de fallido culpable ó fraudulento á todo negociante que ocasiona pérdidas á sus acreedores...»—El resultado de estas observaciones fué introducir en el Código el artículo 455, en virtud del cual el auto declaratorio de quiebra ordenaba la detención de la persona del fallido en la cárcel de arresto por deudas ó la guarda de su persona por un agente de policía ó por un gendarme.

Fundábase, pues, ese precepto en una presunción legal y necesaria de delito ó de crimen, que consistían, según decía el Consejero de Estado Segur al Cuerpo Legislativo, «en la falta de cumplimiento de lo pactado y en el daño ó perjuicio de la propiedad ajena»; penábase en él la mala fe y el fraude presuntos de derecho en el fallido, ya que, como decía el orador del Tribunado, Freville, «sería abusar de un principio muy respetable, si se objetase á ese precepto que siempre debe presumirse la inocencia. Este principio es verdadero respecto del ciudadano que no sale de la situación común á todos; pero cesa de ser aplicable á una situación como la quiebra, que suspende el efecto de las leyes protectoras de los contratos que forman los particulares entre sí».

Los Legisladores de 1808 no supieron desprenderse del yugo de las antiguas preocupaciones y tradiciones nacionales y consagraron una vez más el aforismo: *Fallitus, ergo fraudator*, que varios jurisconsultos sacaban de la ley comercial en los principios de la Edad Moderna y se le aplicaba en la práctica, no obstante las reclamaciones de los autores de Derecho Mercantil para que se hiciese entre la desgracia y la mala fe la distinción que existía en la legislación romana sobre la cesión de bienes. Y tanto pudo esa opinión en la misma ley francesa de 28 de mayo de 1838, «que reformó el Libro III del Código de Comercio aprovechando las luces que habían acumulado la experiencia de treinta años, las discusiones del foro y las meditaciones de los jurisconsultos más eminentes»,—para valernos de las expresiones del mensaje con que se acompañó al Congreso el *Proyecto* del nuestro;—tanto pudo, que conservó íntegro el siste-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ma del Código de 1808, si bien trató de suavizar su rigor con la disposición del artículo 456, según el cual era potestativo para el Juzgado de Comercio exonerar del arresto al deudor que se presentaba en quiebra con arreglo á la ley.

Tal fué también el régimen legal adoptado por nuestro Código de Comercio en el Libro IV, que trata *De las quiebras*. El arresto del fallido, á virtud del número 2.º del artículo 1350, no es una medida precautoria para asegurar la presencia del fallido en las operaciones de la quiebra y facilitar á los síndicos y á los acreedores las informaciones y noticias que les fueren necesarias; es prescrito para satisfacción de la vindicta pública y de la justicia penal; es una intimidación, es un derecho ejercitado por el juez en un interés de orden público y de protección común. La cesación de pagos hace presumir de derecho el delito ó el crimen: de ahí el artículo 1358, que ordena instruir al ministerio público de todos los autos declaratorios de quiebra al punto de pronunciados; y el artículo 1391, que encarga especialmente al mismo ministerio público, en concurrencia con los síndicos, requerir el cumplimiento de la orden de arresto del fallido y cuidar se verifique en el mismo día en que se expida. Ni la exoneración del arresto en el caso previsto en el artículo 1393, simplemente facultativo como su correspondiente el 456 del Código Francés, ni el desencarcelamiento en los términos del artículo 1394, cuando no resulta mérito bastante para calificar de culpable la quiebra,—de efectos siempre transitorios y revocable, como la exoneración, en cualquiera época,—privan de su verdadero carácter penal y represivo al precepto del artículo 1350; antes bien, lo presuponen y confirman.

No obsta tampoco á que sea en realidad una pena el arresto del fallido, la declaración doctrinal del artículo 1392, que lo califica "una providencia preventiva, y no un medio de coacción para obligar al fallido al pago de sus deudas" (inc. 1.º). Ese artículo reproduce casi literalmente el contenido de una sentencia de la Corte de París, en 23 de diciembre de 1847, transcrita por Rogron en su explicación del artículo 455 del Código Francés, y no tuvo, sin duda, más objeto que armonizar las disposiciones del Código de Comercio con la ley, civil y comercial á la vez, de 8 de febrero de 1837, relativa al orden de proceder en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el juicio ejecutivo y sus incidencias. Según los artículos 5.º y 22 de ella, la ejecución contra la persona, la prisión por deudas, tenía lugar contra todo deudor; bien que el artículo 9.º establecía como regla general que se omitiese la prisión del deudor siempre que el ejecutante no lo exigiera. Y como aun en este caso podían los deudores libertarse del apremio personal, sea prestando fianza de saneamiento (núm. 2.º del art. 6.º), sea consignando la cantidad mandada pagar ó dando fianza de entregarla llanamente á la orden del juez (núm. 4.º del mismo artículo), resultaba que juntamente con las excepciones del artículo 23 estaba restringida la ejecución contra la persona casi á los señalados créditos que el artículo 9.º enumeraba, como quiera que el ejecutor tenía cuenta ajustarse estrictamente á la letra de la ley para no incurrir en la responsabilidad que por cualquier exceso ó perjuicio causado le imponía el artículo 26. Era, pues, en cierta manera un privilegio personal del acreedor la prisión del deudor en el juicio ejecutivo y del cual podía hacer ó no hacer uso; mas en el Código de Comercio se igualó la condición de todos los acreedores con el procedimiento uniforme de la quiebra, cuyo auto declaratorio implicaba siempre el arresto del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles y se hizo prevalecer el fuero real, el privilegio mercantil sobre los personales. "Las personas exentas de la prisión por deudas no lo serán del arresto por quiebra", preceptuó el Código en el inciso 2.º del artículo 1392, como corolario y sanción de lo dispuesto en el artículo 1354, á saber, que "la renuncia del apremio personal en favor del deudor, no importa la del derecho de solicitar la declaración de quiebra".

Á ese mismo propósito y al de mantener la más completa igualdad entre todos los interesados en la quiebra, tendieron las disposiciones de los artículos 1365, inciso 1.º; 1392, inciso 3.º, y 1496, que quitan y restituyen á los acreedores, según las circunstancias, el derecho de iniciar ó continuar las ejecuciones individuales contra la persona del fallido. Pero ni ellas, ni la declaración del artículo 1392 en su inciso 1.º, establecen diferencias características entre el arresto del fallido y la prisión por deudas, puesto que en realidad de verdad ambas instituciones tenían en nuestra legislación un origen común y habían

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sido inspiradas por un mismo designio; castigar con la privación de la libertad personal al deudor que llega al caso de no dar satisfacción cumplida y oportuna á sus obligaciones para con el acreedor. En el Derecho antiguo y bárbaro la sola insolvencia constituía un delito y el insolvente era asimilado al ladrón. El apremio personal, la *manus injectio* romana, era, al decir de Jharing, "la simple manifestación de la venganza privada. El acreedor cuya fe había sido burlada por el deudor no se dirigía á los magistrados para obtener justicia: daba libre curso á su animosidad y empleaba la fuerza, no para obligar á su mutuario á pagar, sino para castigarlo, para satisfacer sobre él su legítimo furor". Ese resentimiento suscitado por la negativa ó la imposibilidad de pagar originó las ceremonias ignominiosas, los malos tratamientos que acompañaban á la *obnoxiatio* y el *hostagium* de la Edad Media, á la prisión del deudor en los tiempos modernos, sea en la casa de su acreedor, sea en las cárceles públicas, una vez fortalecido el poder del Estado. En nuestra misma ley de juicio ejecutivo se deja ver la huella de esta tradición que consideraba al deudor como delincuente, que hacía padecer á su persona los efectos de la violación, de la ruptura, de la falta de cumplimiento de la promesa ó de la obligación, que hacía del apremio personal una verdadera pena, antes que un medio de constreñir al pago, de contrastar la solvencia. Más tal vez que en las disposiciones suyas ya citadas, nótase ese influjo en la sección II del título I, que trata *Del estado del deudor preso*, y principalmente en lo prescrito por los artículos 84 y 124, al tenor de los cuales todo deudor que hiciese cesión de bienes ó proposiciones de convenio á sus acreedores debía datar su presentación ó solicitud desde una prisión pública.

La generalidad misma de esas disposiciones de la ley de 8 de febrero de 1837 y del Código de 1865, fundadas sobre una presunción de crimen ó de delito, repugnaba á la equidad y á la justicia, por cuanto la insolvencia y la quiebra no prueban necesariamente negligencia ó culpa, infidelidad ó malicia, más suelen ser ocasionadas únicamente por la infelicidad ó angustia de los tiempos y por circunstancias fortuitas, por reveses de fortuna cuya contingencia escapa á la previsión más vigilante. Sin embargo, duró tal estado de cosas en nuestra legislación hasta que el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

eco de los debates del Cuerpo Legislativo Francés sobre la abolición del apremio personal los suscitó en el Congreso Nacional con la presentación en ambas Cámaras, de sendos proyectos de ley sobre la misma materia.

Fué el primero el del diputado por La Serena don Pedro Félix Vicuña, presentado en la sesión de 10 de junio de 1865, y compuesto de los cuatro artículos siguientes:

"ARTÍCULO PRIMERO. Ningún deudor podrá ser conducido á prisión sino por mandato especial del juez competente, otorgado en virtud de una declaración firmada por el ejecutante y revestida de una semiplena prueba del delito de fraude imputado al deudor.

"ART. 2.º En el caso de imputación de fraude, el acusado podrá quedar en libertad hasta que le sea probado el delito, otorgando fianza de cárcel segura, á satisfacción del juez.

"ART. 3.º En caso de no probarse el delito de fraude, el ejecutante será responsable por los daños y perjuicios ocasionados al deudor, conforme á las leyes generales.

"ART. 4.º Quedan derogados el artículo 5.º de la ley de 8 de febrero de 1837, y en lo que se refiere á la prisión del ejecutado, los incisos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 6.º, como asimismo todas las disposiciones legales que fueren contrarias á la presente".

La idea capital de esta moción, á saber, que el hecho solo de la insolvencia no constituye un delito que merezca prisión, tomó una forma más vigorosa en el artículo único que á aquéllos sustituyó la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados en el informe que acerca de la moción de Vicuña presentó en la sesión de 4 de septiembre de 1865. Decía así:

"ARTÍCULO ÚNICO. Deróganse los artículos 5.º y 6.º de la ley de 8 de febrero de 1837; como asimismo todas las disposiciones vigentes que establecen la prisión por deudas, la cual sólo tendrá lugar con arreglo á las disposiciones generales de enjuiciamiento criminal cuando se procese al deudor por manejos fraudulentos".

En la sesión de 7 de septiembre aprobó en general la Cámara este proyecto que abolía el apremio personal en las obliga-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciones civiles y presumía la inocencia del insolvente por el mismo hecho de dejar vigente la prisión respecto de actos que envuelven un principio de criminalidad; pero no llegó á ser ley por habérsele pasado nuevamente á la Comisión y haber ocupado de preferencia la atención de la Cámara graves cuestiones políticas é internacionales. Ellas fueron parte á que no se tomase en cuenta el nuevo informe de la Comisión de Legislación y Justicia presentado en la sesión de 21 de julio de 1866; de manera que cuando el diputado por La Serena pidió en la sesión de 23 de julio de 1867 que se ocupase la Cámara en el proyecto aprobado ya en general, acordó la Cámara aplazar la discusión del asunto hasta que el Senado se pronunciase sobre él.

No en balde había transcurrido el tiempo. Después de la moción de Vicuña se había promulgado el Código de Comercio que contenía disposiciones análogas á las de la ley de juicio ejecutivo en lo tocante á la persona del deudor insolvente; y la situación del comerciante desgraciado y de buena fe exigía se estableciese en favor suyo la distinción razonable y equitativa que consagraba el proyecto de la Cámara. Así lo comprendió el senador don Melchor de Santiago Concha, quien presentó al Senado en la sesión de 28 de junio de 1867 la siguiente moción:

"ARTÍCULO ÚNICO. La prisión por deudas sólo tendrá lugar en los casos de quiebra culpable y fraudulenta de que trata el Código de Comercio, y en los de multas que estén sustituídas por prisión según las leyes."

Acogida esta moción por el Senado en la sesión de 1.º de julio de 1867, se pasó en informe á su Comisión de Legislación, la cual lo evacuó y presentó en la sesión de 31 de julio, modificando el proyecto del señor Concha en los términos que sigue:

"ARTÍCULO ÚNICO. La prisión por deudas sólo tendrá lugar en los casos siguientes:

"1.º En los de quiebra culpable ó fraudulenta.

"2.º En los de penas que consistan en multas pecuniarias que estén sustituídas por prisión, según las leyes.

"3.º Contra los administradores de rentas fiscales, municipales ó de establecimientos de educación ó beneficencia creados ó sostenidos por el Estado, ó sujetos á la inmediata inspección del Gobierno.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Y 4.º Contra los tutores, curadores y ejecutores testamentarios, por lo que hace á la administración de los bienes que les está confiada en virtud de dichos cargos.

"Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias á la presente ley".

Inmediatamente se tomó en consideración el proyecto así formulado por la Comisión, y fué aprobado por el Senado. Se le pasó á la Cámara de Diputados en 8 de agosto de 1867 y discutido en ella ese día y el 13 del mismo mes, se aprobó finalmente la indicación del señor don José Victorino Lastarria que daba al proyecto esta nueva forma:

"ARTÍCULO ÚNICO. Queda abolida la prisión por deudas que como apremio personal fué establecida por el decreto de 8 de febrero de 1837 y como medida preventiva por el Código de Comercio".

El 5 de junio de 1868 devolvió la Cámara de Diputados á la de Senadores el proyecto modificado de esa manera, y habiéndose discutido la modificación en las sesiones de 8 y 12 de junio, la desechó el Senado en la última. No insistió la Cámara en su modificación, y el 23 de junio de 1868 se promulgó como ley de la República el proyecto sobre abolición de la prisión por deudas, que á propuesta de su Comisión de Legislación había votado el Senado, y aceptado al fin la Cámara de Diputados.

Desde entonces la jurisprudencia y los autores consideran derogadas las disposiciones de la ley de 8 de febrero de 1837 en todo lo relativo al apremio personal del deudor insolvente, sea en la ejecución de un solo acreedor, sea en la cesión de bienes, concurso necesario, etc., salvo en los casos de excepción señalados taxativamente en los números 3.º y 4.º de la citada ley de 23 de junio de 1868. Mas en lo referente al arresto preventivo del fallido, conforme al Código de Comercio, es varia la jurisprudencia en la aplicación de esta ley, y contraria á su fuerza derogativa la opinión de nuestro tratadista de Práctica Forense, el eminente y malogrado don José Bernardo Lira, á quien "parece, en vista de lo dispuesto por el artículo 1392 del Código de Comercio, que aquella ley no ha hecho alteración alguna en lo relativo al arresto del comerciante fallido".

Como se ve, esta opinión descansa en la interpretación literal

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de las palabras del artículo 1392, que reprodujo una de las sutilezas de la doctrina francesa sin atender al verdadero origen y carácter del arresto del fallido, que se declara mera "providencia preventiva", y del apremio personal, que se juzga "medio de coacción para obligar al deudor al pago de sus deudas". Los antecedentes de ambas instituciones legales, más arriba recordados, manifiestan que ha sido uno mismo el designio á que se las quiso hacer servir y una misma la aplicación que en la práctica recibieron; y del examen y comparación de ambas, quedó establecido el alcance puramente histórico y doctrinal del artículo 1392 que no contenía en realidad principios de diferenciación, ni menos podía anticiparse á restringir y determinar retroactivamente la aplicación que debiera darse á una ley posterior, como la promulgada el 23 de junio de 1868. Es inadmisible, pues, la limitación que con el artículo 1392 se quiere hacer en los efectos de la citada ley.

Para ello, la frase *prisión por deudas* no se contrapone á *arresto por quiebra;* es una expresión genérica, comprensiva de todas las privaciones y restricciones que la libertad personal del deudor padecía por el simple hecho de caer el plazo sin satisfacción de la deuda, cualesquiera que fuesen su naturaleza y denominación. El texto literal del artículo único de la ley de 23 de junio de 1868 lo muestra claramente, pues el número 1.º se refiere al Código de Comercio; el número segundo á las leyes criminales y de policía; los números 3.º y 4.º, á las leyes de enjuiciamiento y al Código Civil; y el inciso último, á todas las leyes preexistentes, especiales ó generales; y sabido es que á la ejecución contra la persona, se le da en ellas los nombres más diversos, *apremio, prisión, arresto, detención*, etc., y se la aplica, ya por vía de pena, ya como medio de coacción, ya como medida preventiva. Lo absoluto y general de las expresiones que abren y cierran la enumeración antedicha, impone la derogación de todo precepto legal que no se ciña á los cuatro casos específicamente determinados; y por tanto, la de los artículos del Código de Comercio que se relacionen con el arresto decretado por el solo hecho de cesar un comerciante en el pago de sus deudas mercantiles. En la nueva ley, el origen directo é inmediato de la prisión ó arresto es un delito real ó presunto por las circunstan-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cias especiales del deudor, nó la negativa ó imposibilidad para satisfacer á sus acreedores. Así aparece del contexto mismo de los varios proyectos preliminares de la ley actual sobre abolición de la prisión por deudas.

Confirman esta interpretación literal de la ley los antecedentes parlamentarios de la misma, en donde se manifiestan claramente su espíritu, su intención, fin y alcance, según el Legislador. Cuando el Senado se ocupó en discutir la modificación que la Cámara de Diputados introdujo en el proyecto que él había aprobado, el señor Errázuriz, Ministro entonces de la Guerra, decía acerca de esa modificación, en la sesión de 8 de junio de 1868: "Extinguir la prisión aun en los casos que especifica el Código de Comercio y en los cuales no se trata propiamente de apremiar al pago, sino de garantir la responsabilidad de un delito legalmente presumido, no me parece que convenga. En todos estos casos, la prisión es sólo una garantía dada á la justicia para asegurar la sanción penal de la ley... Fíjese la honorable Cámara en lo que dice el Código de Comercio en sus artículos 1332 á 1337. (Leyó). Esto entiende el Código de Comercio por quiebra culpable y fraudulenta; y para estos casos ha establecido la prisión preventiva de que habla el artículo 1392... El Senado legisló, pues, el año anterior conforme á estas disposiciones"... (1). En la sesión de 12 de junio fué más explícito aún: "En toda deuda, dijo, desde la aprobación y promulgación de esta ley, en todo negocio civil y comercial, ninguna persona será arrastrada á la cárcel por la mera falta de pago. La prisión no se halla establecida como un medio compulsivo para obligar á él; es una medida preventiva para castigar al que resulte culpable. Este es el principio que se observa en cualquier juicio criminal; se empieza por asegurar la persona del delincuente, ó sobre quien han recaído justas y legales sospechas... El Senado creyó conveniente consignar en la ley la primera excepción, (la del número 1.º, referente á la quiebra culpable ó fraudulenta), para ponerla en relación con el Código de Comercio..."

(1) Aunque no es estrictamente legal, en vista de lo expuesto anteriormente, la interpretación dada aquí al artículo 1392, sin embargo manifiesta este pasaje la aplicación que el Legislador dejó al artículo 1350, número 2.º y á los que con él se relacionan.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Idéntica interpretación dió al proyecto del Senado el promotor de él, señor don Melchor de Santiago Concha, con la ventaja de haber entendido en su verdadero sentido los preceptos del Código Mercantil. En la sesión de 12 de junio de 1868 decía al Senado: "La ley se halla entre dos intereses opuestos: entre el acreedor, que quiere reembolsarse, y el deudor, que pide piedad y conmiseración, piedad y conmiseración que con mucha justicia debe tener la ley para con el inocente, pero no para con el culpable. Es muy justo, pues, el proyecto del Senado y *modifica sustancialmente el Código de Comercio.* Según éste, se sospecha de aquél que, teniendo muchos acreedores, no les paga. El Senado no procede así y prefiere creer que ése es un individuo honorable á quien los contrastes de la fortuna han colocado en mala situación. Entonces, en el caso de quiebra inculpable ó fortuita, como dice el Código de Comercio, el proyecto del Senado exclama: Amparad á ese hombre. ¿Por qué? Porque presume su inculpabilidad. Pero llegado el caso de una quiebra efectivamente culpable, la ley da al acreedor una salvaguardia análoga á la que daba al deudor cuando era inocente..."

En presencia de estas explicaciones tan claras y tan precisas, es verdaderamente imposible dejar de reconocer que la ley de 23 de junio de 1868 derogó, así por su espíritu como por su tenor literal, todas las disposiciones del Código de Comercio referentes al arresto del fallido y á la fianza exigible en subsidio, salvo en los casos de excepción que señala el número 1.º Ni pueden invalidar esa derogación consideraciones de conveniencia ó utilidad para los intereses de la quiebra ó razones de analogía y casuística sutil con ejemplo de legislaciones extranjeras, ni aun la necesidad de conservar el orden y armónica correspondencia entre las diversas disposiciones del procedimiento de quiebras; porque ante la voluntad expresa del Legislador pierden toda su eficacia las disquisiciones de los jurisconsultos y los fallos disconformes de la jurisprudencia.

Aparte de eso, es inexacto decir que la supresión del arresto perturba las relaciones que la ley ha querido estrechar entre el fallido y la masa de sus acreedores ó los síndicos. La presencia del fallido en determinados actos y en las reuniones de la quiebra, y su cooperación al síndico en el desempeño de su cargo,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sea con trabajo personal, sea suministrándole informaciones y noticias, al tenor de los artículos 1400, 1401, 1417, 1420, 1421, 1427, 1439, 1457 y 1508, se halla suficientemente garantida con las disposiciones de los artículos 1333, número 8.º; 1403; 1420, inciso 4.º, y 1468, que establecen como presunción de culpabilidad la no comparecencia del fallido y declaran que ella no estorba á la ejecución de diligencias de capital importancia para él ó significa renuncia de ciertas ventajas y derechos con que la ley le favorece.

Además, la incorporación en el Código de Comercio de la ley de 23 de junio de 1868, y la consiguiente supresión del arresto del fallido en la quiebra declarada á solicitud suya con manifestación de su estado, según los artículos 1345, 1346 y 1347 del Código, han conformado nuestra Legislación sobre quiebras con los principios consagrados en los más notables Códigos extranjeros vigentes, al mismo tiempo que la ha acercado á los orígenes del Derecho.

Efectivamente, en el Derecho Romano clásico, después que al régimen severo y bárbaro de la *manus injectio* y del *nexum*,— instigador incesante de las luchas entre patricios y plebeyos,— sucedió el más benigno y perfecto de la *missio in possessionem* (modelo primario del procedimiento moderno de las quiebras), el fallido que hacía cesión de bienes, ó, lo que es lo mismo, se presentaba espontáneamente en quiebra y depositaba su balance, no solamente no incurría en la infamia, puesto que la cesión implicaba la demostración previa de la buena fe del deudor, mas procuraba á éste, además, la ventaja de escapar á la prisión por deudas.

La reforma belga de 18 de abril de 1851, incorporada en el Código de Comercio, adoptó este sistema, franqueando del arresto al fallido inculpable ó fortuito (art. 467), que se presume tal cuando cumple con la presentación y balance exigidos por los artículos 440 y 441 (art. 574, 4.º).

Según la ley alemana de 10 de febrero de 1877, el arresto sólo puede ser ordenado cuando el fallido parezca deber comprometer por sus manejos el éxito de la ejecución sobre sus bienes (§§ 93 y 98). Análogas disposiciones se hallaban también en la ley austriaca de 25 de diciembre de 1868 (arts. 98-102).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Código de Comercio Italiano, promulgado el 31 de octubre de 1882, consagra en principio la libertad personal del fallido, pues el Tribunal no tiene facultad para decretar el arresto sino cuando hay contra él indicios suficientes de responsabilidad penal (art. 695), conforme al título VIII del libro III.

En Inglaterra, después de la *Bankruptey-Act*, 1883, la Corte puede ordenar el arresto del deudor solamente en las circunstancias especificadas en el estatuto: si el deudor se apresta á huir y á receptar una parte de sus bienes, ó si se sustrae á la pesquisa ordenada contra él (*sect.* 25, 1).

El Código Español de 1886 no contiene prescripción alguna sobre el arresto del fallido; pero no puede deducirse de allí que el comerciante insolvente conserve su libertad. Dejando ese Código en vigencia las leyes preexistentes de procedimiento, las disposiciones combinadas del Código de 1829 y de la ley de Enjuiciamento Civil de 1881 impondrían el arresto en toda quiebra, como sucedía en nuestro Código de Comercio (artículo 1044, núm. 2.º del Código y arts. 1333, 1335 y 1336 de la ley de Enjuiciamiento). Si se las aplica estrictamente, es hoy la condición del deudor comerciante peor que bajo la vigencia plena del Código antiguo y de su ley complementaria de enjuiciamiento mercantil de 1830, pues, á virtud de los artículos 182, 183 y 184 de ésta, el arresto era una mera fórmula por la latitud dejada á la fianza de cárcel segura y por la falta de sanción para el quebrantamiento de la detención en la casa.

Del conjunto de las consideraciones hasta aquí expuestas y de los antecedentes constitutivos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley que abolió la prisión por deudas más arriba recordados, se deduce con evidencia completa la derogación, en el estado actual de nuestros cuerpos legales, de todas las disposiciones del Código de Comercio que ordenen el arresto del fallido ó exijan una fianza subsidiaria en cualquier caso que no sea el de quiebra culpable ó fraudulenta. Y así lo ha reconocido explícitamente la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en varios casos, entre otros, en sentencias de 8 de agosto de 1870, 30 de julio de 1887 y 6 de septiembre de 1888, la cual jurisprudencia es de desear se generalice y consolide á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fin de que en la práctica se lleve también á efecto la reforma que la ley de 23 de junio de 1868 realizó en nuestro Código de Comercio, anticipándose á casi todos los de Europa.

JUAN DE DIOS VERGARA SALVÁ

COMENTARIO DEL ARTÍCULO 144 DEL CÓDIGO Penal, que trata del delito de violación de domicilio

"ART. 144. El que entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo ó multa de ciento á trescientos pesos.

"Si el hecho se ejecutare con violencia ó intimidación, el tribunal podrá aplicar la reclusión menor hasta en su grado medio y elevar la multa hasta quinientos pesos".

Nos ha llamado la atención el artículo que dejamos transcrito por las razones siguientes: 1.ª, por tratar del afianzamiento de uno de los derechos más sagrados de las personas, cual es el de su seguridad; y 2.ª, por no encontrarse tratados los puntos de que nos vamos á ocupar por ninguno de los comentadores de nuestro Código Penal.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN DE DOMICILIO.—Para que exista este delito se requiere la existencia simultánea de estos dos elementos: 1.º, entrada en morada ajena; y 2.º, que esta entrada sea contra la voluntad del morador.

El solo hecho de la entrada en morada ajena, es decir, la existencia sola del primero de los elementos enunciados, no constituye el delito á que nos hemos referido, ni otro alguno.

Luego, aunque esté á la vista, *plenamente* probado el primero de tales elementos, no hay delito alguno mientras no se pruebe del *mismo* modo el segundo, viniendo á constituir la prueba de éste la prueba del delito mismo.

MANERA DE PROBAR LA EXISTENCIA DE CADA UNO DE LOS ELEMENTOS Á QUE NOS HEMOS REFERIDO. ¿SE PUEDE PROBAR

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

CON MERAS PRESUNCIONES?—Hemos demostrado que la falta de cualquiera de tales elementos equivale á la falta del delito mismo, produciendo, por lo tanto, la prueba de cada uno de ellos la prueba del mismo delito.

Es sabido que fuera de los delitos de prueba privilegiada, entre los que no se cuenta el de que nos venimos ocupando, no hay ninguno cuya existencia sea permitido probar con *meras presunciones.*

De manera, pues, que cada uno de los elementos indicados debe probarse, *necesariamente*, del mismo modo que se prueban todos los delitos en general; siendo consecuencia lógica y precisa de esto el que no sea admisible la sola prueba de presunciones para considerar suficientemente probada la existencia de cualesquiera de tales elementos.

¿SE CONSIDERARÁ VIOLACIÓN DE DOMICILIO EL SOLO HECHO DE LA ENTRADA AL SITIO Ó PATIO DE UNA CASA?—Según cuál sea el significado y alcance que demos á la palabra *morada*, así será la resolución del caso que contemplamos.

Morada no es una palabra que tenga un significado técnico, ni hay de ella una definición del Legislador, por lo que debe entenderse nada más que en su sentido natural y obvio, según el uso general de esta palabra. (*Morada* es, por tanto, el lugar habitado ó destinado á la habitación).

El sitio de una casa no es lugar habitado ni destinado á la habitación, por lo que no constituye lo que se llama morada, cuya entrada contra la voluntad de su morador es lo único que castiga la disposición legal.

El sitio de una casa, cuando más, puede considerarse como una dependencia de ella y la ley no castiga el hecho de *entrar á las dependencias, sino el de entrar á las moradas*.

Si la ley hubiera querido castigar la entrada á las *dependencias*, lo habría dicho expresamente, como lo ha dicho en el artículo 440 del Código Penal que, al ocuparse del delito de robo, dice:... "El culpable de robo, etc., efectuado en lugar habitado ó destinado á la habitación, *ó en sus dependencias*, sufrirá la pena..."

Por otra parte, es un principio de hermenéutica legal que lo odioso en una ley no debe extenderse á más allá de lo expre-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

samente determinado por ella, y como nada ha dicho de la entrada á las *dependencias*, es claro que no ha querido castigarla.

La razón natural nos dice que la entrada *al sitio* de una casa, aunque sea contra la voluntad del morador de ella, no constituye el delito de violación de domicilio.

Si se entendiera lo contrario, se marcharía contra el tenor literal de la misma ley que define el delito, porque se le daría á la palabra *morada* un significado y alcance que no le corresponde naturalmente.

Además, un sitio puede estar abierto ó cerrado, y tener una extensión de varas ó de cuadras, que para el presente caso sería lo mismo, puesto que la ley no hace distinción alguna sobre el particular.

Si se entendiera que su entrada á él, contra la voluntad del dueño de la casa á que pertenece, constituía el delito de violación de domicilio, resultaría que podría llegar á confundirse este delito con el de usurpación de derechos reales sobre inmuebles, delitos completamente distintos.

¿SE COMETE EL DELITO Á QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS CUANDO SE ENTRA SIN EL CONOCIMIENTO DEL MORADOR? — La frase *contra la voluntad* es muy diferente de la *sin su conocimiento.*

Contra la voluntad presupone necesariamente el *conocimiento* de lo que se ha hecho, porque sin este conocimiento no sería posible determinar si había habido aceptación ó rechazo de parte del morador.

Primero se conocen los hechos y después se delibera sobre si merecen aceptación ó rechazo.

Creemos que con un ejemplo, fundado en las disposiciones vigentes de nuestra misma legislación, se comprenderá con más facilidad la diferencia sustancial que existe entre las frases *contra la voluntad* y *sin su conocimiento.*

P. debe á un banco mil pesos. Nosotros que estamos muy mal con *P.*, y á fin de poder llegar á molestarlo como acreedores suyos, pagamos al banco la cantidad que debe *sin el conocimiento de P.*

¿Qué derechos habremos adquirido contra *P.* por este pago? El que nos confiere el artículo 1573, inciso 1.º del Código

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Civil, que dice: "El que paga *sin el conocimiento* del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado...»

Supongamos ahora que nos vemos con *P.* y le manifestamos nuestra voluntad de pagar su deuda al banco. *P.* rehusa nuestro ofrecimiento, y á pesar de esto pagamos: habremos pagado, indudablemente, *contra su voluntad.*

¿Qué derechos habremos adquirido ahora contra *P.?* Desde luego, ninguno, según el artículo 1574 del Código citado, que dice: "El que paga *contra la voluntad* del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; á no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción».

Si haciendo uso del derecho que tenemos, según el primer ejemplo, demandamos á *P.* y éste se excepciona diciendo que hemos pagado *contra su voluntad* ¿sería prueba bastante para justificar su excepción, ya que al que la alega le toca probarla, el hecho de la enemistad que tenemos con *P.* y el ser éste un hombre de cuantiosa fortuna?

¿Que no podría deducirse con más rigor aún que el pago lo habíamos hecho *sin su conocimiento?*

¿Que no estaba expuesto por más que pagáramos *contra su voluntad*, á que el banco nos subrogara voluntariamente en sus derechos, exponiéndose también así á llevarse el bochorno, los gastos y molestias que trae consigo necesariamente un juicio y sobre todo un juicio de cobro de pesos?

¿Se le absolvería de la demanda sin más que las presunciones de la referencia? Es evidente que nó.

Y si esto no es bastante prueba en una cuestión civil ¿lo será en una criminal, en que la ley exige que la prueba sea tan clara como la luz del sol en pleno medio día?

Corrobora nuestro modo de ver lo dicho por el comentador de nuestro Código Penal, don Robustiano Vera, al ocuparse de este artículo, pues, hablando de los allanamientos, dice:... "Se requiere, por fin, para que este delito exista (el de violación de domicilio) que el morador se *haya opuesto* y manifieste su voluntad de negar este derecho, puesto que si no se opone y guarda silencio, es natural suponer que presta su consentimiento al allanamiento». ¿Cómo podría oponerse el que *no tuviera noticias* del allanamiento?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Y corrobora, por fin, lo mismo, lo dicho por el ilustre comentador del Código Penal Español, fuente del nuestro, señor Pacheco, al ocuparse de los artículos 414 y 415 de ese Código... "Para que exista el delito (de violación de domicilio) no es indispensable que se use de fuerza ó amenaza; basta que se *contraríe* la voluntad del morador".

¿Cómo puede *contrariarse* si no se conoce el hecho sobre que debe recaer la aceptación ó rechazo de la voluntad?

LIGERO ANÁLISIS DE ALGUNAS CUESTIONES PROPUESTAS POR ESTE COMENTADOR.—"Cuando la voluntad del morador *no se hubiere declarado* expresamente ¿qué se ha de suponer acerca de ella, como presunción? ¿Ha de entenderse siempre, que es permisiva la voluntad, en tanto que no sea declaradamente prohibitoria? ¿Ha de entenderse, por el contrario, que es prohibitoria, en tanto que no sea permisiva? ¿Se ha de juzgar en cada caso según sus circunstancias particulares?"

Todas estas cuestiones presuponen que el autor se pone en el caso de que se obra *con conocimiento* del morador, *no sin su conocimiento.*

El punto de donde las hace arrancar lo demuestra así: *Cuando la voluntad del morador no se hubiese declarado expresamente.*

¿Cómo puede declararse la voluntad sobre hechos que le son desconocidos?

El autor pretende sacar presunciones que en todo caso servirían *únicamente* para formar la conciencia del juez y de ninguna manera para considerar probado, con el solo mérito de ellas, el hecho de la *oposición* de la *voluntad* del morador, circunstancia cuya comprobación, como ya lo hemos hecho notar, *equivale á la comprobación del delito mismo de violación de domicilio.*

El autor no establece tampoco que las presunciones que se desprendan siguiendo tal ó cual regla, *prueben suficientemente* que *ha habido oposición de la voluntad* del morador al hecho de entrar á su morada.

MANUEL 2.º CONEJEROS T.

Nacimiento, noviembre de 1889.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LOS CELADORES ¿SON AGENTES DE LA AUTORIDAD?

(Lectura en la Academia de Leyes)

Aunque se ha publicado en uno de los diarios de la capital un artículo que lleva el título del presente; por ser éste un punto de Derecho de reconocida importancia, y por no haber sido analizado anteriormente en todas sus fases, he creído conveniente decir unas cuantas palabras, á fin de que si ellas merecen observación, se expongan todas las razones que den verdadera luz sobre la acertada interpretación de nuestras disposiciones legales á este respecto.

Á pesar de que el origen de los celadores es muy remoto, el ejercicio de este empleo ó cargo nunca había dado lugar á un juicio, hasta el 31 de marzo último, con ocasion de un desorden cometido por Manuel Guerrero en la estación del Hospital. Con motivo de este desorden, un celador de dicha subdelegación trató de llevar preso á Guerrero y de ponerlo en la barra; mas, como éste se resistiera, se trabó una lucha entre ambos, cuyas consecuencias fueron funestas para el celador. Siguióse un juicio contra el autor del desorden y después de tres meses y medio fué condenado á la pena de reclusión menor en su grado medio, por quinientos cuarenta y un días, por ser reo del delito de atentado contra la autoridad. El 10 de octubre último, dicha sentencia fué confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con el voto en contra de uno de los ministros, don Domingo Godoy, quien opinó por la revocatoria.

Entre los considerandos establecidos por la Corte para fundar su sentencia, se encuentra el siguiente: "que no definiendo la ley lo que debe entenderse por agente de la autoridad, se debe considerar en ese carácter á todos los que la auxilien en el ejercicio de sus funciones, aunque ejerzan su cargo sin remuneración".

Creo que la conclusión á que arriba la Corte en este considerando es errónea, porque si bien el Legislador no ha definido expresamente lo que se entiende por agente de la autoridad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en cambio existen disposiciones constitucionales que nos permiten dilucidar en un caso dado si una persona es ó nó agente de la autoridad.

Me limitaré en pocas palabras á expresar las razones que me asisten para creer que los llamados *celadores* no son agentes de la autoridad.

ORIGEN DE LOS CELADORES.—SU INCONSTITUCIONALIDAD.—Los agentes de la administración, entre ellos los subdelegados é inspectores, tenían por la ley de 10 de enero de 1844, la facultad de tomar las *medidas del momento* que fueren *indispensables* para la conservación del orden en los distritos, para impedir cualquier atentado contra la seguridad de los individuos ó de las propiedades, para evitar la fuga de los que delinquen en ellos, y para perseguir y aprehender, cada uno en su distrito, á los criminales que se asilan en él, aunque hayan cometido el delito en otro distrito. Para los fines expresados, disponía el artículo 166 de dicha ley, se servirán los inspectores *de la fuerza armada que tuvieren á su disposición*, y si ésta no bastare para hacer que se obedezcan las leyes en algún caso *extraordinario* en que tampoco haya tiempo para solicitar refuerzo de los subdelegados, llamarán aquéllos en su auxilio, á cualesquiera personas que se encuentren en los distritos respectivamente.

Apoyados en esta disposición, los agentes de la administración exigían de los ciudadanos pobres, avecindados en el distrito, el servicio de resguardar el orden público, haciéndose este servicio por turnos. No se limitaban, pues, á exigir de los ciudadanos su auxilio en los casos *extraordinarios* mencionados en el artículo 165 de la ley de 10 de enero de 1844, sino que crearon empleos ó cargos con el nombre de *celadores*, y obligaron arbitrariamente á los ciudadanos á servirlos. Desde esos tiempos hasta la fecha se ha reconocido cierta autoridad á los celadores, la costumbre ha tolerado el ejercicio de esos cargos; pero en manera alguna han adquirido derecho para obrar á nombre de la autoridad, pues es bien sabido que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite á ella.

Decimos que estos servicios eran exigidos arbitrariamente, por cuanto los artículos 139 y 140 de nuestra Carta Fundamen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tal disponen: "Sólo el Congreso puede imponer contribuciones directas ó indirectas, y sin su especial autorización es prohibido á toda autoridad del Estado y á todo individuo imponerlas, aunque sea bajo pretexto precario, voluntario ó de cualquiera otra clase". "No puede exigirse ninguna especie de servicio personal ó de contribución, sino en virtud de un decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autoriza aquella exacción, y manifestándose el decreto al contribuyente en el acto de imponerle el gravamen".

Como se ve, el artículo 139 citado impone la prohibición, aunque la contribución se cobre bajo pretexto precario, voluntario ó de cualquiera otra clase. Y según el 140, sólo pueden exigirse esos servicios personales en virtud de decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autoriza aquella exacción, etc. Ahora bien, según la ley de 10 de enero de 1844, sólo eran autoridades competentes los agentes de la administración, para el hecho de dictar decretos exigiendo los servicios de los particulares, en los casos especiales mencionados en el artículo 165 de dicha ley. Luego, los decretos dictados por los agentes de la administración, exigiendo servicios de los ciudadanos en otros casos que los mencionados en la ley de 10 de enero de 1844, fueron inconstitucionales, y el puesto mismo creado por esos decretos era inconstitucional.

Pero se suscita la cuestión de si á los que sirven esos puestos voluntaria y gratuitamente, se les debe considerar como *agentes de la autoridad*. Creo que nó, y para ello me fundo en las siguientes razones.

La ley ha creado los agentes de la administración para que velen, entre otras cosas, por el orden público, y ha puesto á su servicio, para el recto cumplimiento de este fin, la fuerza armada. Esta fuerza obra en representación de los agentes mencionados; y usando de la autoridad que éstos le delegan, en virtud de una ley, restablecen el orden público trastornado. Dichos agentes no pueden obrar sino con la fuerza que se les confía, salvo los casos especiales mencionados en el artículo 165 citado en que pueden pedir auxilio de otras personas, porque la ley se lo prohibe terminantemente. Consecuencia lógica de dicha prohibición, es que los agentes de la administración no pue-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

den delegar su autoridad en otras personas y en otros casos que los mencionados, aunque los servicios se presten gratuitamente. Luego, los que auxilian á la autoridad, en otras circunstancias que las expresadas, no obran como agentes de ella, sino como simples particulares.

Para que los agentes de la administración pudieran imponer tal contribución á los ciudadanos ó admitirles sus servicios revistiéndolos en cambio con su autoridad, es menester que una ley los autorice para hacerlo; y ya hemos visto que no existe ley alguna á este respecto.

Existen otras consideraciones de un orden político y moral para solucionar esta cuestión negativamente. Con la facultad de crear empleos públicos, so pretexto de que se desempeñan gratuitamente, tendría el Ejecutivo un peligroso y poderosísimo auxiliar en las elecciones y otras circunstancias, con la particularidad de que los que componen este auxiliar obrarían en nombre y con la autoridad que se les ha delegado y sería, por tanto, más difícil establecer la responsabilidad de sus actos. Á este respecto dice el ilustre comentador de nuestra Constitución Política, don Jorge Huneeus: "Así podría el Ejecutivo crearse un ejército pagado por sus amigos, y no se divisa tampoco por qué no habría de recibir de éstos los fondos necesarios para sostenerse en el poder. Cuando la Constitución ha querido que los empleos públicos sean creados por ley, no ha distinguido entre los pagados y los no pagados. Ha querido reservar al Congreso cierta intervención superior en los negocios con los cuales se relaciona el empleo que se trata de establecer".

Si pues los agentes de la administración, que no son sino piezas de la gran maquinaria del Ejecutivo, no pueden crear puestos públicos, con ejercicio de autoridad, sino en los casos en que una ley los autorice, ¿cómo se sostiene que por su sola voluntad puedan delegar en otras personas la escasa autoridad que á ellos se les confía?

Es indudable que bajo el aspecto constitucional este punto no tiene otra solución que la que á la ligera he enunciado.

En apoyo de esta teoría están las disposiciones de los artículos 147 y 157 del Código Penal, que contemplan los casos en que un particular ó un empleado público exijan contribuciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó servicios personales de los ciudadanos, sin tener título para ello; y penan á los que cometieren tal delito. Si estos artículos no han tenido aplicación en la práctica, ello se debe, como hemos dicho, á la costumbre de nuestro pueblo de tolerar las cargas que injustamente se le imponen.

Si bien bajo el imperio de la ley de 10 de enero de 1844 se pudo suscitar la duda sobre si tenían facultad los agentes de la administración para crear estos empleos llamados celadores ó si podían delegar en los ciudadanos su autoridad bajo cualquier pretexto, hoy, bajo la vigencia de 22 de diciembre de 1885, no nos cabe duda en este particular.

Según el artículo 28 de esta ley, los subdelegados que desempeñan sus funciones fuera de los límites urbanos de la capital del departamento, deberán ejercer las atribuciones que confieren al gobernador los números 2, 16, 23 y 25 del artículo 20. Y el número 23 de este artículo dice: "disponer para el cumplimiento de sus atribuciones de la fuerza armada del ejército, guardia nacional y policía existentes en el departamento".

Examinando esta ley, no se encuentra en ella ninguna disposición que faculte á los agentes de la administración para exigir de los particulares los servicios que estaban obligados á prestar en los casos especiales mencionados en el artículo 165 de la ley de 10 de enero de 1844. Como se palpara que eran mayores los abusos y peligros resultantes de la disposición del artículo 165 de dicha ley que los beneficios que procuraba, no se insertó esta disposición en la ley de 22 de diciembre de 1885, viniendo, de esta manera, á suprimir por completo una facultad que tenían los subdelegados é inspectores en determinados casos.

En la actualidad, por consiguiente, las únicas personas en quienes los agentes de la administración pueden delegar su autoridad para el recto cumplimiento de sus atribuciones, son las enumeradas en el número 23 del artículo 20 de la ley citada de 1885, y en este artículo se tuvo buen cuidado de incluir á los particulares, por las razones que ya he expresado.

En conclusión, si la sentencia de la Corte pudo suscitar dudas considerando la cuestión bajo el aspecto de la ley de 10 de enero de 1844, creo que bajo el imperio de la nueva ley del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Régimen Interior, es más aceptable el voto emitido por el señor Godoy; pero es de lamentar que dicho voto especial no contenga todas las razones que influyeron en el ánimo de su autor para emitirlo.

ÁLVARO GARCÉS P.

8 de noviembre de 1889

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CODIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

En el Proyecto no existe la declaración de competencia. Este hecho es fundamental y es la base del procedimiento. Por eso lo estatuimos en la reforma. De él es sólo una consecuencia todo lo demás que sucede después.

Es materia del inciso primero la presentación, es materia del segundo la petición, y del tercero la orden de resolver.

Desterramos la forma de gerundio del Proyecto "pidiéndole" y "esté conociendo," y en su lugar usamos las formas verbales que denotan el hecho positivo, "se pedirá", "conoce".

La proposición condicional del 2.º inciso del Proyecto "si el recurrente pretendiere acreditar con documentos su derecho", está en pugna con la verdad.

Si acompaña documentos, ya no pretende probar sino que prueba; si pide se agreguen, entonces pretende acreditar. El pretender acreditar debería desterrarse y lo dejamos á un lado.

En vez de "tribunal" decimos "juez"; en lugar de "autos", "antecedentes"; y en vez de "testimonios", "copia", ó en singular.

El plural "testimonios" es incorrecto, no se pide muchos testimonios sino uno solo de cada documento, por eso empleamos el singular de "copia."

¿Cuándo resolverá el juez? No lo dice el Proyecto; y no obstante, es necesario decirlo para que todo vaya en orden y se garantice el derecho de las partes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 96. Con el mérito de lo que la parte expusiere y de los documentos que presentare ó de los que el tribunal mandare agregar de oficio, si lo tuviere á bien, accederá á la solicitud ó declarará no haber lugar á ella".

Precisamente, el precepto general es fallar con el mérito de autos. La primera parte, así como la última, es repetición redundante de ese precepto. Suprimido este artículo, sucederá lo mismo que él prescribe.

Pasando á los detalles, el complemento "de los que" y la proposición "si lo tuviere á bien," son redundantes, deben suprimirse. "Accederá ó declarará no haber lugar" es lo mismo que resolverá, y con esta palabra ú otra equivalente se evitaría la fraseología anterior.

La idea de resolver y agregar de oficio está consignada en el artículo anterior de la reforma.

El artículo 98 de la Ley española dispone que toda sentencia sobre competencia sea fundada. Este feliz precepto no hay para qué consignarlo aquí, porque está prescrito como regla general para toda sentencia en el título respectivo.

Los artículos 97, 100, 105 y 107 versan todos sobre apelación, conviene tratarlos en conjunto y al terminar la tramitación de la competencia en primera instancia, después del artículo 104.

"ART. 98. Si el tribunal accediere, dirigirá al que estuviere conociendo del negocio la correspondiente comunicación con inserción de la solicitud de la parte y de los demás documentos que estime necesarios para fundar su competencia".

Este artículo comprende la primera disyuntiva de una resolución, que puede otorgar ó negar lo pedido. De los dos casos del artículo 96 suprimido, uno de ellos es éste: el otro, no hay objeto en hacerlo materia de una disposición.

Conviene decir á qué cosa se accede; así es que agregaremos el complemento "á la solicitud de inhibitoria".

Decir á quién se dirige, es redundante; ya está dicho en el artículo 95 de la reforma; debe suprimirse esta circunstancia.

El Proyecto dispone que los documentos, solicitud y sentencia vayan en copia. Tal sistema de copias impone mayores gastos de dinero para el litigante, de tiempo para el mismo litigante y para los funcionarios judiciales: se aumentan los trámi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tes y el volumen de los expedientes, hay más papeles, sin que ganen el derecho ni la verdad.

Es necesario implantar el sistema del envío inmediato y de los originales, resguardando su remisión por medio del certificado en el correo.

Se dirá que la copia impide la pérdida de los antecedentes, y que el juez que los recibe, puede retenerlos y no darles salida. Contestaremos que la pérdida es tan posible con copia, como sin ella; que es verdad que la copia aleja la posibilidad de la pérdida; pero, tomándose la precaución del certificado, se aleja aún más la posibilidad del extravío. Por consiguiente, tendiendo el sistema de los originales á simplificar los trámites, es preferible al sistema de copias. Los jueces no son ogros que se comen papeles, y no vemos peligro en mandar los originales.

La inserción de los documentos no es para "fundar" la competencia, sino para "probarla," darla á conocer con sus justificativos. Debe quitarse la voz impropia "fundar" y usar en su lugar "probar".

Hay una omisión en este artículo, que corresponde al 89 de la Ley española, y es que no ordena que se inserte la resolución en donde va el fundamento de la competencia.

Podría redactarse así el

"ART. 98. Si el juez accediere á la solicitud de inhibición, enviará inmediatamente al juez conociente los antecedentes de la inhibición, originales y certificándolos en el correo".

En el juzgado de origen queda constancia de lo que se ha remitido: 1.º, en el libro copiador de correspondencia, y 2.º, en el libro del correo y en el recibo del certificado del paquete.

"ART. 99. Recibida la comunicación, el tribunal requerido oirá á la parte que ante él litigue y con lo que ella expusiere y el mérito que arrojen los documentos que presentare ó que el tribunal mandare agregar de oficio, accederá á la inhibición ó negará lugar á ella".

Así como en el artículo anterior introdujimos la idea nueva, envuelta en la voz "inmediatamente", y que no se consigna en la Ley española ni en el Proyecto, así también es conveniente acusar recibo de lo que se recibe, ponerlo en conocimiento de la otra parte y señalar un plazo fijo para oírla y para que el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

juez resuelva. De lo contrario, este incidente podría hacerse eterno. Con la demora y con el sistema indeterminado del Proyecto, nada gana la justicia.

El plazo de dos días es prudencial, basta para exponer lo que favorece un derecho. La facultad de acusar rebeldía de oficio hace abreviar la tramitación, y no permite expresar durante uno ni durante cien días la exposición de la parte. Según el Proyecto, cada trámite podía durar de uno á ciento ó más días; él nada determina, todo es vago.

No se puede decir "accederá á la inhibición ó negará lugar á ella", porque al juez requerido no se le pide esto; lo que se solicita de él, es la inhibición y la remisión de los antecedentes, como lo vemos en el artículo 95 de la reforma. En lugar de esa fraseología basta poner "resolverá" ú otra voz equivalente, sin individualizar lo que se resuelve. La especificación de cada especie de resolución es materia de los artículos siguientes.

Podríamos redactar así el

"ART. 99. Recibidos éstos, el juez requerido inmediatamente acusará recibo de la recepción y mandará ponerlos en noticia de la parte que litigare ante él.

"La oirá dentro de segundo día.

"Vencido éste, y con el mérito de lo que ella expusiere ó en su rebeldía, ó con el de los documentos que presentare ó el juez mandare agregar de oficio, y estando éstos agregados, resolverá".

Aquí se fija el momento oportuno del fallo, lo que no existe en el Proyecto.

"ART. 101. Si el tribunal requerido accediere á la inhibición y esta sentencia fuere consentida, remitirá los autos al requirente".

El Proyecto usa la voz "inhibición" y nó la voz "inhibitoria". Aquélla está perfectamente empleada. Usa también la palabra "sentencia", cuando, en el caso que propone este artículo, no hay sentencia, sino un simple decreto de remisión, de puro trámite, en que nada se resuelve. Al decir "sentencia," se da á esta voz un sentido que no le da el artículo 149 del Proyecto y de la reforma. En lugar de esa dicción debe colocarse "decreto".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con la frase "sentencia consentida," no se comprende el caso de "ejecutoria", como se llama más adelante la "sentencia firme". En lugar de "consentida" debe emplearse "ejecutoria"; porque con esta voz se comprenden todos los casos de inamovilidad de una sentencia, el por haber pasado el término y el por haber existido consentimiento de parte. El carácter de consentida de una sentencia ó de un decreto se lo dan las partes y nó el transcurso del tiempo.

El artículo 92 de la Ley española toma á "consentida" como equivalente á "ejecutoriada", y usa ambas voces promiscuamente. Nosotros sólo diremos sentencia ó decreto ejecutorio ó ejecutoriado.

El artículo español emplaza á la parte. Nos parece muy útil consignar la idea del emplazamiento para dar mayor brevedad á los trámites posteriores.

El Proyecto emplea la dicción "requirente". No hemos encontrado esta voz ni en el *Diccionario* de la Real Academia, ni en el de Domínguez; sólo hallamos á "requeriente" que significa "el que requiere" y que nace de requerir.

"Requerir" es "intimar, avisar, hacer saber algo con autoridad pública".

Requirir no es voz española.

Para hablar español castizo debe decirse en lugar de "requirente", la voz "requeriente ó requerente".

Podría redactarse así el

"ART. 101. Si el juez requerido accediere á la inhibición y estuviere ejecutoriado el decreto de remisión, emplazará á la parte para ante el juez requerente y le enviará inmediatamente todos los antecedentes que existan en su poder, certificándolos en el correo".

El decreto de emplazamiento habrá que notificarlo á la parte para que obligue, y sólo entonces tendrá lugar el envío inmediato y material de los autos.

Entre el decreto de remisión y el envío inmediato hay su diferencia jurídica: lo primero pone término á la competencia; lo segundo pone fin á la tenencia del proceso de los autos.

"ART. 102. Si lo negare, lo comunicará al mismo tribunal, acompañándole testimonio de la sentencia, de lo que hubiere

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

expuesto la parte y de lo demás que estime necesario en apoyo de su competencia».

Este artículo trata del caso de un nuevo pronunciamiento de competencia, es casi una copia del 93 de la Ley española y legisla casi lo mismo que el 98 del Proyecto. Aquí un nuevo juez se declara competente. Hay dos declaraciones de competencia, la lítis está trabada, el conflicto existe. Es necesario hacerla adelantar y que el juez requerido solicite el envío de los antecedentes al superior que decida á cuál de los jueces corresponde la competencia. El Proyecto posterga esta petición de envío al superior, la hace aparecer como invitación de parte del juez requerente en el artículo 104. Es preciso adelantar los trámites. Lo lógico es que la petición de envío al superior nazca desde el momento en que existen dos jueces que se creen competentes. Ese momento jurídico aparece en el juez requerido; luego á él le incumbe la petición del envío y nó al otro juez.

En lugar de la condicional «si la negare» del Proyecto, emplearemos la condicional «si se declarare competente». La primera significa la negación de la inhibición y de la remisión, que es un *efecto* ó una consecuencia de la declaración de competencia; la segunda significa esta declaración misma, que es la *causa*, el asunto controvertido y en disputa. No existe el hecho de la negación, la que es sólo una consecuencia de la declaración, que es el hecho positivo que se presenta al Legislador.

Nosotros tomamos este hecho y lo introducimos á la legislación. El Proyecto supone un hecho la negación, y lo legisla, este es el error.

El Proyecto dice «lo comunicará». El «lo» se refiere á «el negar», es un absurdo; no se comunica la negativa, se comunica la declaración de competencia; esto sí que es la verdad de lo que ocurre. ¿Y cuándo se comunica? No lo dice el Proyecto y debería decirlo. La comunicación debe ser inmediata.

La frase «al mismo tribunal» es ambigua, puede referirse al juez requerido ó al juez requerente, es útil reemplazarla por otra clara y sin lugar á interpretaciones, por la frase «al juez requerente».

El Proyecto admite el sistema de copias. Nosotros nó, sólo admitimos el envío de los antecedentes tales como están, origi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nales. No vemos utilidad en duplicar los ejemplares de la solicitud de la parte, de la sentencia y de lo demás que apoye la competencia. El sistema de los testimonios no garantiza ningún derecho, no precave ningún mal, ni ayuda á descubrir la verdad; sólo trae males sin compensar sus efectos. Para alejar la posibilidad de la pérdida, basta con los certificados de los funcionarios del correo.

En vista de lo expuesto y de las observaciones desarrolladas en los artículos precedentes y que son aplicables al presente caso, parece que convendría redactar así el

"ART. 102. Si el juez requerido se declarare competente, remitirá inmediatamente al juez requerente los antecedentes en comunicación certificada en el correo, y le pedirá su devolución, y caso de negarla, que los eleve al juez superior respectivo, á fin de que éste decida á quién compete el conocimiento del negocio".

El juez requerente y el requerido han resuelto la cuestión de competencia. El superior no resuelve nuevamente la competencia, sólo decide cuál de los dos jueces debe conocer del asunto materia de la competencia, decide cuál juez es competente.

"ART. 103. Recibida esta comunicación, el tribunal requirente proveerá lo que estime de justicia".

"ART. 104. Si el tribunal requirente insistiere en la inhibición, lo comunicará al requerido, invitándole á que remita los autos obrados ante él al tribunal á quien, conforme á lo dispuesto por los artículos 255 y 256 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, corresponde resolver la contienda, y enviará él al mismo los obrados ante él.

"Uno y otro tribunal harán la remisión de los autos con citación de las partes".

"ART. 106. Si el tribunal requirente se conformase con lo resuelto por el requerido y esta sentencia fuere consentida, lo comunicará á este tribunal para que continúe en el conocimiento del negocio".

Tenemos que los antecedentes han salido del juez requerido y al presente han llegado al requerente. Hay que oír á la parte, dar un plazo. Por consiguiente, tienen que suceder los mismos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pormenores preceptuados en el artículo 99 reformado, es la misma situación.

En reemplazo del artículo del Proyecto, convendría el siguiente:

"ART. 103. Recibidos los antecedentes por el requerente, tendrá lugar ante él lo dispuesto en el artículo 99".

Vienen en seguida los dos casos que se pueden presentar: ó el juez requerente se conforma con lo resuelto por el requerido, ó no se conforma; ó accede á la petición de devolución de los antecedentes, ó no accede. Lo natural y lo lógico es que primero esté lo conforme y después lo disconforme. Por eso trataremos primero el caso del artículo 106 y en seguida el del 104 del Proyecto.

En ambos reemplazaremos la frase "tribunal requirente" por la frase "juez requerente." Las razones que justifican este cambio ya están dichas más atrás.

En lugar del artículo 106 del Proyecto y desarrollando nuestro sistema, colocaremos el siguiente artículo:

"ART. 106. Si el juez requerente se conformare con la competencia del juez requerido, tendrá lugar lo ordenado en el artículo 101 respecto á este juez".

Comparemos ambas redacciones.

En vez de "lo resuelto", que es expresión genérica, colocamos "la competencia", que es la especie de cuestión tratada, es la cosa resuelta.

"Esta sentencia", dice el artículo 106 del Proyecto. ¿Cuál? ¿La del juez requerente ó la del requerido? Ó ¿"esta sentencia" se refiere á lo "resuelto"? En la reforma todo esto desaparece y se presenta todo claro y sin ambigüedad. El uso de la voz "lo" es impropio por la idea que reproduce.

Lo dicho respecto al artículo 101 del Proyecto tiene aplicación en el presente caso y no lo repetiremos.

En reemplazo del artículo 104 proponemos el siguiente:

"ART. 104. Si el juez requerente no se conformare, sostendrá su competencia y ordenará elevar los antecedentes al juez superior correspondiente con citación y emplazamiento de la parte de su jurisdicción.

"Comunicará inmediatamente esta resolución al juez reque-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rido para que cite y emplace á la parte de su dependencia y envíe esta diligencia al juez superior una vez cumplida».

Comparemos la redacción del Proyecto y la de la reforma.

El Proyecto dice «insistiere en la inhibición», cuando lo en que se insiste, es en la competencia; la inhibición es un efecto, una consecuencia de aquella causa. La reforma no admite la condicional, impone al juez, como deber, sostener su competencia, y decimos «sostendrá» imperativamente para resguardar el principio de independencia tan evidentemente necesario en el poder judicial.

El proyecto dice que se comunicará el «lo», es decir, el insistir. La reforma determina lo que se comunica, y dice «esta resolución»; fija el tiempo en que debe hacerse y el fin para lo cual se comunica, primero para citar y segundo para enviar. Así lo dice el inciso 2.º del artículo 104 reformado.

Se suprime por inoficiosa la frase «invitándole á que remita los autos obrados ante él». Ya no hay autos en poder del juez requerido, están todos ante el requerente, y es éste quien los eleva.

En lugar de «al tribunal...» hasta «la contienda» usa la reforma la frase «al juez superior correspondiente», que significa lo mismo de un modo más conciso. La cita de los artículos 255 y 256 es innecesaria; por cuanto habrá que recurrir á aquel Código para saber cuál es el superior que debe decidir á qué juez compete el conocimiento del negocio, materia de la competencia.

Sin la cita se llega al mismo resultado y se simplifica la disposición de que nos ocupamos.

El artículo 256 está mal citado, debe ser el 254; por cuanto el 256 trata de la *implicancia* y el 254 de los jueces que conocen de una competencia determinada.

El Proyecto dice «con citación»: la reforma «con citación y emplazamiento». El Proyecto dice «de las partes» y da á entender que cada juez debe citar á las *dos partes;* lo que sería inoficioso, un trámite duplicado y costoso. Basta que cada juez cite á una parte, la que se ha presentado á su tribunal, que es lo más sencillo y menos costoso. Esta idea es la que figura en la reforma.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La voz "contienda" es muy genérica, no determina la materia en litigio, ni circunscribe la idea indeterminada de él. La reforma quita esta generalidad.

Llega la oportunidad de tratar del recurso de apelación, referente á los decretos y resoluciones dadas hasta aquí.

"ART. 97. El auto en que se niegue lugar á la solicitud de inhibición es apelable".

"ART. 100. El auto en que el tribunal requerido acceda á la inhibición es apelable".

"ART. 105. El auto en que el tribunal requirente se conformare con lo resuelto por el tribunal requerido, es apelable".

"ART. 107. Las apelaciones de que se trata en este título se llevarán ante el tribunal á quien, conforme á los precitados artículos 255 y 256, corresponde conocer en la contienda de competencia".

Tenemos tres artículos para decir en qué casos hay apelación, y uno para indicar qué juez conoce de este recurso. Fuera de los tres casos designados por el Proyecto, no hay apelación. Lo mismo disponen los artículos 88, 91 y 96 de la Ley española.

Nosotros haremos más general la regla, la haremos extensiva á toda sentencia ó decreto del incidente de competencia; por cuanto la materia así lo requiere y así se respeta el derecho de revisión.

Los cuatro artículos anteriores podrían resumirse en uno solo, en la siguiente forma y bajo el número 107:

"ART. 107. Toda sentencia ó decreto, recaído en un incidente de inhibitoria, será apelable en ambos efectos.

"De las apelaciones conocerá el juez superior á que se refiere el artículo anterior".

No hay necesidad de mencionar los artículos 255 y 256 que cita el Proyecto. En lugar del 256 debe decirse 254 para salvar el error.

"ART. 108. Este tribunal declarará si es competente alguno de los jueces y cuál, sea que el proceso hubiere llegado ante él en virtud de las apelaciones interpuestas conforme á los artículos 100, 103 ó 105, sea que se le hubiere remitido por uno ú otro tribunal en el caso del artículo 104.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Para pronunciar esta resolución, citará á uno y otro litigante; y podrá, en el caso del artículo 100, pedir informe al tribunal que estuviere conociendo del negocio.

"Podrá también recibir la prueba que estime conveniente, inclusa la de testigos, si la consintiere la naturaleza del negocio principal".

Este artículo debe suprimirse; porque sus mandatos no tienen objeto, son redundantes, entran en las facultades generales de todo juez de alzada.

El inciso 1.º ordena que *se falle* la cuestión; el 2.º que *se cite* á las partes cuando ya están citadas en el artículo 104, y que se puede pedir informe; el 3.º dispone que se puede *recibir prueba* testimonial. Todo lo cual entra en las facultades generales de los jueces de apelaciones ó que tienen que decidir algo.

"ART. 109. Si los tribunales de cuya competencia se trata, ejercieren jurisdicción de diferente clase, oirá también dicho tribunal al ministerio público".

En este mismo caso el artículo 107 de la Ley española ordena *oír al fiscal*, al que le da los autos por tres días improrrogables.

El número 3.º del artículo 263 de la Ley Orgánica dice: "*Debe ser oído* el ministerio público: 3.º En las contiendas de *competencia* suscitadas por razón de la materia de la cosa litigiosa".

Esta disposición general de la Ley Orgánica, que es aplicable en primera instancia como en segunda, debemos circunscribirla únicamente al caso del juez superior de que habla el artículo 104, y al caso de una cuestión de que conozcan las Cortes.

El señor Ravest aconseja que en todo caso se oiga al fiscal, que se mande traer en relación y se ponga en tabla, etc. Este es el inciso 2.º que propone el artículo 108.

Pues bien, se promueve competencia entre dos jueces de distrito; según el inciso 1.º del artículo 254, Ley Orgánica, conoce de ella el juez de subdelegación de que dependan. ¿Á qué fiscal pasaría los autos? ¿Quién le haría relación á este juez de subdelegación? Y ¿cuál sería la tabla, ya que estos funcionarios no conocen el mecanismo de poner en tabla un asunto? Todo esto es impracticable.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Queda, pues, palpable el inconveniente de la generalidad de lo que propone el señor Ravest, y de hacer extensiva la vista fiscal á toda competencia. Debe restringirse el precepto.

Por tanto, podría redactarse así el

"ART. 109. Cuando una Corte conociere de una cuestión de competencia, oirá á su fiscal, quien podrá tener los antecedentes durante tres días improrrogables".

Usamos el singular de Corte y determinamos el fiscal por el posesivo "su". En la voz "Corte" sea la dicción "Sala" en su sentido forense.

"ART. 110. Expedida la resolución, se devolverá el proceso al tribunal que haya sido declarado competente, el cual empezará á conocer ó seguirá conociendo del negocio".

En vez de "resolución" se pondrá "sentencia de competencia por el superior," para mayor claridad.

Á nada conduce la diferencia que se hace entre "empezar á conocer" y entre "seguir conociendo." En ambos casos se conoce. Esto es lo esencial. Por consiguiente, debe dejarse á un lado tal diferencia. Más convendría suprimir la segunda parte del artículo 110 del Proyecto.

Podría redactarse así este artículo:

"ART. 110. Expedida la sentencia de competencia por el superior, se devolverá *inmediatamente* el proceso al juez que hubiere sido declarado competente para que conozca de él".

"ART. 111. La declinatoria se propondrá ante el tribunal á quien se cree incompetente y que estuviere conociendo del negocio, indicándole el tribunal á quien se cree competente y pidiéndole se abstenga de dicho conocimiento.

"En todo lo demás, la declinatoria se sustanciará y resolverá conforme á lo dispuesto en los artículos 108, 109 y 110".

Es útil hacer desaparecer la elipsis que hay en la frase "la declinatoria", expresando lo omitido. "Proponer" es hacer propuesta. Esta voz es impropia; porque en la solicitud de declinatoria no se hace propuesta alguna, sólo se pide y se funda lo que se pide. En lugar de "propondrá" se usará "presentará". Dos cosas son las que se piden: *abstención* y *remisión*. El Proyecto no dice una palabra sobre la remisión de los antecedentes, ni qué tramitación se dará á este incidente en primera instancia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Nos resistimos á creer que se sustancie conforme á los artículos 108, 109 y 110. Sería una tramitación absurda; porque no se oiría á la contraria y todo quedaría á la voluntad del juez. Debe omitirse el inciso 2.º; la tramitación de este asunto en primera y segunda instancia debe ser como todo incidente; y en segunda instancia y en su caso le será aplicable la disposición del artículo 109 reformado, sin necesidad de repetirlo aquí. Allí se dice *competencia* comprendiendo el caso de declinatoria é inhibitoria.

Podría redactarse así el

"ART. 111. La solicitud de declinatoria se presentará ante el juez que conoce del negocio; y se le pedirá que se separe de su conocimiento, y que remita los autos al juez competente que designará la parte.

"Se tramitará esta petición en primera y segunda instancia como un incidente".

No hay necesidad de decir quién conoce de la *apelación*, y si se otorga ó nó. Estos puntos quedan sometidos á los preceptos generales y no hay para qué repetirlos.

No le hallamos cabida al artículo 111 bis propuesto por el señor Ravest. La primera parte no cabe en la materia de este título, es ajena á ella. La segunda parte queda reglada por los preceptos ya examinados; y es inaceptable porque altera el régimen establecido sin causa plausible y sin mejorarlo.

"ART. 112. Mientras se halle pendiente el incidente de competencia, se suspenderá el curso de la causa principal; pero el tribunal que estuviere conociendo de ella podrá librar aquellas providencias que tengan el carácter de urgentes".

La suspensión es desde el principio hasta el fin del incidente de competencia. La redacción del proyecto comprende esta idea. Poniendo en armonía esta redacción con las ideas aceptadas, convendría que quedara así el

"ART. 112. Mientras el incidente de competencia se halle pendiente, se suspenderá el curso de la causa principal; pero el juez que estuviere conociendo de dicha causa, podrá librar únicamente providencias de carácter urgente y conservativo."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TÍTULO XV.—Implicancias y recusaciones

Suprimimos el *de las* por superfluo.

"ART. 113. La parte que intente implicar á un juez que desempeñe un tribunal unipersonal se presentará ante él mismo especificando la causa legal de la implicancia, ofreciendo probarla en caso necesario y pidiéndole se inhiba del conocimiento del negocio".

El proyecto en el presente título *trata sólo* de la implicancia y recusación *de los jueces* y *no de otros funcionarios*. La ley orgánica es la que trata de la recusación de secretarios, relatores, fiscales, defensores públicos y receptores; pero *no habla* acerca *de la recusación* de los tasadores, peritos, liquidadores ó contadores. La ley de 2 de febrero de 1837 se ocupa de la recusación de estos funcionarios judiciales. Es necesario consignar un artículo referente á la recusación de estos funcionarios: sólo así quedaría bien el epígrafe, en el sentido general que tiene. Si no se consigna, hay que quitarle esa generalidad, que induce á error, y agregarle el complemento *de los jueces* que restringe su sentido y determina la verdadera materia del título XV.

Previo lo dicho, pasaremos á ocuparnos del artículo 113. Ante todo advertiremos que en la legislación española no se hace distinción entre influencia y recusación: toda causal es motivo de recusación y la somete á un régimen igual. Entre nosotros hay diferencia en la sustanciación. Nos parece mejor el sistema español, más filosófico y más sencillo.

El artículo 249 de la Ley Orgánica dice que la implicancia *puede* y *debe* declararse de oficio ó á petición de parte. La declaración de oficio no tiene tramitación alguna. Sólo la tiene la hecha á petición de parte. Esta es la que regla el artículo 113; y bajo este punto de vista es correcta su redacción y no es fundada la observación que le hace el señor Ravest.

En una solicitud de implicancia se piden dos cosas: la declaración de implicancia y la remisión de los autos al juez que debe subrogarle. Sólo los jueces pueden ser implicados. Los demás funcionarios sólo pueden ser recusados, pero no implicados. En el artículo 113 se usa "intente" cuando no se trata de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

meras intenciones sino de hechos, del hecho de la implicancia, de la petición que la exige. Debe quitarse esa voz y colocarse "reclame" en su lugar, ú otra que signifique el hecho positivo. Hay que agregarle lo relativo á la remisión de los autos para subsanar esa omisión. Léase el artículo 115, contiene nuestro modo de pensar y nuestra redacción.

Redactaríamos así el artículo 113, sin que su forma se oponga á la declaración de oficio:

"ART. 113. El que reclame la implicancia de un juez de un tribunal unipersonal, se presentará ante él mismo especificando la causa legal de la implicancia, ofreciendo probarla en caso necesario y pidiendo se declare implicado y remita los autos al juez que debe subrogarle".

"ART. 114. El juez ante quien se reclame la implicancia conforme al artículo precedente examinará si la causa alegada es ó nó legal".

"ART. 115. Si lo fuere y le constare, se declarará implicado sin más trámite y remitirá el proceso al tribunal que debe subrogarle".

"ART. 116. Si no fuere legal la causa alegada, el juez rechazará de oficio la implicancia".

El 114 contiene un precepto que se aplica á toda presentación y que, por lo tanto, no hay necesidad de repetirlo. Sin el artículo 114, sucedería lo mismo que si existiera. Debe, por tanto, suprimirse por inútil y por superfluo.

De los artículos 115 y 116 formamos un solo artículo con dos incisos. Lo que contiene el artículo 115 es una repetición de lo que se pide; por consiguiente, puede omitirse esa repetición y decir llanamente que se accede á lo pedido.

El rechazo de oficio del artículo 116 no existe, porque el juez obra á petición de parte; lo que es contrario al procedimiento de oficio. Se suprime el "de oficio" y se agrega el elemento "costas", porque se procede contra derecho.

Podría redactarse así el artículo bajo el número 115:

"ART. 115. Si la causa de implicancia fuere legal y le constare al juez, accederá á la petición sin más trámite. Si no fuere legal, la desechará con costas".

"ART. 117. Si la causa fuere legal, pero no le constare al

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

juez, la mandará poner en conocimiento de la parte contraria y tramitará la implicancia en la forma prevenida para los incidentes».

El «mandar poner en conocimiento» es parte de la tramitación de todo incidente, debe omitirse esta circunstancia por estar comprendida en el precepto general de este artículo.

La frase «como incidente» es más concisa y comprensiva que la frase «en la forma prevenida, etc.»; la pondremos en lugar de ésta.

En consecuencia, podría quedar así el

«ART. 117. Si fuere legal y no le constare al juez, se tramitará como un incidente».

El caso de este artículo es el contrario al contenido en el inciso 1.º del 115 de la reforma.

«ART. 118. El que intentare reclamar la implicancia de algún juez, miembro de tribunal colegiado, se presentará al tribunal mismo, especificando la causa legal de la implicancia, ofreciendo probarla y pidiendo se inhiba al juez implicado del conocimiento del negocio.

«El tribunal tramitará el incidente en la forma prevenida por los artículos 114, 115, 116 y 117.»

«El que intentare reclamar» es lo mismo que «el que piensa»; pero aquí no se trata de eso, sino del hecho positivo del reclamo. Luego debe significarse ese hecho real y decirse «el que reclamare» y suprimir aquella frase; «algún juez» es pleonástico; suprimiéndolo, no hace falta.

El caso de este artículo es el mismo del 113, con la diferencia del implicado y á quien se hace la presentación; la forma de la presentación es la misma y no hay para qué repetirla, basta referirse al artículo 113: hay otra diferencia en la petición, no se pide que se remitan los autos, sólo se solicita la inhibición.

En lugar de «tramitará», que no comprende la «decisión», convendría usar una voz como «procederá» que comprenda la tramitación y la resolución.

Por tanto, convendría redactar así el

«ART. 118. El que reclamare la implicancia de un miembro de un tribunal colegiado, se presentará al tribunal en la forma

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

prescrita en el artículo 113, y pidiendo se inhiba el miembro del conocimiento del negocio.

"En lo demás se procederá como en los artículos 115 y 117, con exclusión del miembro que se implica".

Convendría agregar un artículo que consignare la idea contenida en los artículos 126 y 127 de la Ley española. Se redactará así el artículo.

"ART. 118 A. No hay apelación contra la determinación de un juez ó ministro que se da por implicado de oficio ó por constarle la causa de implicancia que se hace presente. La hay en los demás casos".

No somos partidarios de quitar la apelación en los demás casos. Debe derogarse el artículo 260 de la Ley Orgánica, que sólo admite una instancia.

En cuanto al tiempo oportuno para deducir este recurso de implicancia, se dirá en conjunto al tratar de la recusación.

No somos partidarios de las agregaciones propuestas por el señor Ravest, unas por ser repetición de lo estatuído y otras por ser contrarias á nuestro modo de entender el procedimiento. Quedan ellas rebatidas con las innovaciones que presentamos y con lo dicho.

Al entrar en las recusaciones, debemos principiar por el artículo 125. Es su lugar: primero debe tratarse lo más breve; y después lo que admite trámites, los casos de los artículos 119 al 124.

"ART. 125. Cualquiera de las partes, antes de entablar la recusación, podrá hacer presente la causa de ella al juez que intentare recusar, pidiéndole se declare recusado y remita el conocimiento del asunto principal al juez que debe subrogarle conforme á la ley.

"Si el juez se diere por recusado, quedará concluído el incidente.

"En el caso contrario, podrá la parte entablar la recusación en la forma determinada en el presente título".

"ART. 119. La parte que intente recusar á un juez se presentará ante el tribunal que según la ley deba conocer del incidente de recusación, especificando la causa legal por la cual le recusa, ofreciendo probarla en caso que no estuviere acreditada y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pidiendo se declare inhibido al juez para conocer del asunto principal».

El artículo 125 da una *facultad* á las partes de un juicio, la de hacer presente la recusación. Este *recurso de hacer presente*, según el Proyecto, no es el recurso de recusación; porque el mismo artículo dice: «antes de entablar la recusación,» lo que supone que no ha principiado el recurso aún.

Lo que regla el artículo 119, es el recurso de recusación. En el recurso de hacer presente del artículo 125 y en el de recusar del 119, se pide una misma cosa y con las mismas especificaciones. Para no admitir tantas distinciones y simplificar los trámites y la legislación, formemos de los dos recursos uno solo haciendo principiar la recusación en la forma que determina el artículo 125.

Iniciamos el recurso con esa presentación; consignamos el caso de un juez y el de un ministro, voz empleada en el artículo 126 de la Ley española y en la Ley Orgánica; la presentación se hace á ellos, y ellos mismos resuelven su recusación, declarando el juez, que pasen los autos al que debe subrogarle, y el ministro, que no forma parte del tribunal, pues no tiene autos que remitir; los pormenores del artículo 119 tienen que ponerse en la presentación del artículo 125.

De modo que, de los dos artículos se formará uno solo; y adoptaremos la misma redacción del artículo 113 reformado. Aquellas observaciones son en parte aplicables al artículo 125 y 119, en cuanto á su forma externa ó del lenguaje; y no las repetiremos.

El inciso 1.º del artículo 125 de la Ley española requiere para el recurso de recusación firma de letrado. El 2.º inciso y el artículo 126 reglan la idea general del recurso. Tal es el sistema español.

Se podría redactar así los dos artículos bajo el número de 119.

AGUSTIN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.° de enero de 1890 NÚM. 8

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO. — Crítica infundada hecha en el Senado Español á nuestro Código Civil en cuanto establece la posesión notoria como prueba del estado de matrimonio, por don Agustín Rodríguez. — La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado (continuación), por don José Clemente Fabres.— Administración de compañías mineras, por don Frutos Osandón.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Revista Bibliográfica, por La Dirección.

CRÍTICA INFUNDADA HECHA EN EL SENADO Español á nuestro Código Civil en cuanto establece la posesión notoria como prueba del estado de matrimonio

En el tomo 74 de la "Sección científica" de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* que ve la luz en Madrid, se publica la interesante discusión habida en el Senado de España sobre si el Código Civil, recientemente promulgado por el Gobierno de S. M., en virtud de la ley de 11 de mayo de 1888, se conforma ó nó á las bases contenidas en la misma ley.

Entre los senadores que atacan la conformidad, figura en primer término el jurisconsulto y profesor de Derecho de la primera Universidad del Reino, señor Comas, quien en la impugnación que hace al artículo 54 del nuevo Código, se expresa así:

"... Dice el artículo 54: "La posesión constante del estado de los padres, unida á las actas de nacimiento de sus hijos en concepto de legítimos, harán prueba del matrimonio de aquéllos, á no constar que alguno de los dos estaba ligado por otro matrimonio".

"Yo me atrevo á suplicar á la comisión que manifieste si en alguno de nuestros Códigos se encuentra una cosa parecida, que declare si hay algo parecido á esto en ninguno de los Códigos extranjeros, *salvo el de Chile, que establece en sus artículos 310*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y 312 un estado posesorio de la presunción de matrimonio; estableciendo, por el contrario, el Código Francés en sus artículos 194, 195 y 197, análogos preceptos á los que contiene nuestro proyecto de 1851 en sus artículos 98, 99 y 100. En ningún país del mundo, que yo sepa, *y he tenido cuidado de registrar todos los Códigos de Europa y América,* se establece la posesión de estado como prueba del matrimonio.

"Pues en ninguna parte del mundo, *excepto en esos artículos del Código chileno,* se establece, etc...

"Pues qué ¿basta que un hombre, que una mujer libre, solteros los dos, se reúnan sériamente, se junten para constituir una familia, con toda esa voluntad, con toda esa seriedad, para que se haga así matrimouio? Nó; de seguro que lo rechazará la Iglesia, de seguro que lo rechazará el Estado...

"Cuando las formas de una institución constituyen un requisito ó *elemento esencial* de la misma, los medios de justificación ó prueba no pueden ser otros que los que conduzcan á demostrar aquella única forma legal.

"Pero dos personas libres viven juntas como marido y mujer (de esto andan llenas las historias), y *pasan los diez años que dice el Código de Chile, único que se ocupa de esto,* ... la vida de estas dos personas ¿se considerará como matrimonio?"

Es tan inmotivada y viene de tan alto esta censura, y es tanto el merecido prestigio que entre propios y extraños goza nuestro principal cuerpo de leyes, que no hemos vacilado,—desconfiando que otros con más suficiencia lo hagan,—en ver modo de dar satisfactoria respuesta al señor Comas.

¿Es cierto que está aislada y destituída de precedentes y de razón en nuestro Código la doctrina que se le impugna? Puntos son éstos que examinaremos por su orden.

I

La tarea se simplifica con transcribir en lo conducente la respuesta qne recibió el señor Comas del distinguido jurisconsulto don Vicente Romero Girón, en estos términos:

"Por de pronto, al señor Comas se le pasó recordar que el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

artículo correspondiente de la ley de matrimonio civil no comprende exclusivamente el caso, ni pone como única condición la de que los cónyuges hayan fallecido, sino que añade otra: "ó se hallaren imposibilitados de manifestar el lugar de su casamiento"...

"De manera que, según la ley de 1870, si por cualquier concepto los cónyuges estuvieran en la imposibilidad de manifestar en dónde se había celebrado su casamiento, bastaría esto para que viniese la prueba y fuese aceptada *la de posesión constante de estado de los padres*, unida á las actas de nacimiento de los hijos en concepto de legítimos, que haría prueba plena del m a trimonio de aquéllos.

"Con lo dicho bastaría para demostrar que ya tenemos un precedente y lo tenemos en nuestro país. ¿Qué ha dicho el artículo correspondiente del Código Civil? Pues esa imposibilidad en que se encontraban los padres de manifestar el punto donde hubieran celebrado su casamiento, hacerla extensiva al caso posible y hasta realizado de que, por una de esas perturbaciones que son muy frecuentes en los hombres y cuya índole es muy difícil investigar, nos encontrásemos con que la imposibilidad de averiguar dónde se había celebrado el casamiento partiera de uno ó de los dos cónyuges por negarse á decirlo, estableciendo así esa imposibilidad y poniendo á sus hijos en la triste situación de perder su legitimidad. Y como este caso se ha presentado ya ante los tribunales españoles; como el Tribunal Supremo ha establecido esta doctrina en cuanto cabe establecerla por una sola sentencia, pero al fin es un precedente que tomar en cuenta, ahí tiene el señor Comas dos precedentes.

"Me había olvidado del artículo de la ley de matrimonio civil, y quiero ponerle también la interpretación auténtica que le da su ilustre autor, que en la página 50, explicando el artículo 81, se expresa de esta manera: "Lo anteriormente dicho sobre la prueba de la legitimidad de los hijos, téngase por aplicado aquí en cuanto es aplicable á la legitimidad de los padres".

"En lo cual veía el señor Montero Ríos, con su perspicacia habitual, lo que hay aquí de relación interna y de complejo; de tal manera, que cuando se trata de la legitimidad de los hijos,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

virtualmente se trata de la legitimidad del matrimonio; y cuando se trata de la legitimidad del matrimonio, se trata de la legitimidad de los hijos en realidad ó en potencia».

Pero, en fin, pasando esta observación, dice en la página 48: «La prueba directa de ésta es, sin duda, la partida de nacimiento, en la que no puede menos de constar si el hijo ha ó no nacido de matrimonio. Puede, sin embargo, faltar este documento por haberlo destruído la acción del tiempo ó cualquiera otra causa extraordinaria. En esta situación, debe admitirse como bastante la prueba que resulta de la posesión no interrumpida del estado de legitimidad...

«Pero ahora voy á contestar á la súplica del señor Comas: ¿Habéis encontrado algo parecido en los Códigos de Europa y América? Veamos.

«Código de Portugal: «Art. 1083. El matrimonio contraído » en el reino sólo puede probarse por certificación sacada del » registro oportuno, salvo que se pruebe la pérdida de éste, » porque, en tal caso, es admisible cualquiera clase de prueba».

«Código Civil de Tesino, puesto en vigor el 15 de noviembre » de 1882: «Art. 200. La prueba del matrimonio, del nacimiento » y de la muerte, se deriva de las actas del estado civil llevadas » conforme á las leyes.

«Art. 201. En defecto de registro, suplirá *la posesión continuada de estado* que se establece por virtud de la suficiente » reunión de hechos, especialmente si la persona ha sido constantemente tratada por la familia ó reconocida por la sociedad en la situación que pretende ser tenida».

«Código Civil de Holanda: «Art. 156. Si no existen registros, ó se han perdido, ó el acta de matrimonio ha desaparecido, la prueba de la existencia del matrimonio queda abandonada á la conciencia del juez, *con tal que medie posesión de estado*».

«Código Civil de la República Argentina: «Art. 21. La prueba se hace por inscripción: si no existen registros ó no pueden » presentarse, *puede probarse por los hechos de que marido y mujer se han tratado siempre como tales, que así eran reconocidos en la familia y en la sociedad*, y por cualquiera otro medio de » prueba».

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Á estas citas del señor Romero Girón, añadiremos nosotros las siguientes:

El Código Civil del Ecuador, promulgado el 4 de diciembre de 1860, es el Código Civil de Chile con ligeras modificaciones, que no conciernen á nuestros artículos 310 y 312.

El Código Civil del Estado de Cundinamarca, promulgado en 1.° de enero de 1860 y redactado sobre la base del de Chile, contiene en sus artículos 421 y 422 la misma doctrina de los artículos 310 y 312 de nuestro Código; y exactamente lo hace el Código de la Unión de los Estados de Colombia.

Es de creer, aunque carecemos de bastantes datos para afirmarlo, que iguales prescripciones consignan los Códigos Civiles de Nicaragua, Brasil y Uruguay, pues las noticias que de su confección tenemos, manifiestan que en ellas se ha tenido especialmente en vista el Código de Chile, del que los redactores de aquéllos hacen mención y señalados elogios.

Por último, el señor Comas no ha debido desconocer que en la Gran República de Estados Unidos de América, la posesión de estado es prueba habitual del matrimonio, pues los mismos textos franceses dan testimonio de casamientos celebrados en Norte América y reconocidos en Francia sólo en virtud de esta prueba.

"...El matrimonio debe ser probado, según la legislación francesa, por acta auténtica, y en principio ninguna otra prueba es admisible... *En los Estados Unidos basta la posesión de estado*, y se ha decidido que esta prueba es suficiente para establecer el matrimonio que los franceses celebran en América". (LAURENT, *Derecho Civil Internacional*, tomo VIII, pág. 52.)

"Considerando, que resulta '& que *en los Estados Unidos de América la notoriedad pública es en realidad la manera habitual de probar los matrimonios*... y que la inscripción en los registros no ha sido jamás una formalidad requerida como medio de prueba que no pueda ser suplido, &". (Sentencia de la Corte de Casación de 13 de febrero de 1857; DALLOZ, *Jurisprudencia* parte I, pág. 106.)

Estas diversas legislaciones, codificadas en su mayor parte después de la de Chile, manifiestan, cuando menos, que nuestro Código está bien acompañado en la doctrina que se le impug-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

na, y que ella no debe merecer la cruel censura que se le dirige cuando es sustentada por los más distinguidos jurisconsultos de tantos países, y ha sido incorporada por ellos, tras de consiguiente y maduro examen, en sus respectivos Códigos. Cuando así no fuera, bastaría á la honra y justificación del nuestro haber servido de precedente al Código que España acaba de darse, no sin glorioso triunfo contra preocupaciones, intereses y fueros, debido en tanta parte á la ciencia de sus más preciados jurisconsultos y al patriótico impulso del ilustre estadista don Manuel Alonso Martínez.

Antes de ocuparnos de la legislación francesa, que se invoca en desautorización del principio escrito en los artículos 310 y 312 de nuestro Código Civil, importa recordar otros precedentes que el catedrático español ha debido tomar en cuenta.

No sería justo saltar por sobre el Derecho Romano, pues, cualquiera que sea hoy la oportunidad de sus enseñanzas, no puede ser desoído en los pueblos que se han regido por él ó que lo han incorporado en sus legislaciones.

¿Qué, si no la prueba posesoria de todos los estados civiles, es lo que la jurisprudencia romana caracterizó con las palabras *nomen, tractatus, fama?*

La legislación del Pueblo Rey admitía como prueba ó presunción del matrimonio el hecho de que un ciudadano habitara junto con una mujer ingenua y honesta; y la presunción de concubinato cedía ante la de matrimonio hasta en el caso de diferencia de condiciones, con tal que se hubiesen otorgado *dotalia instrumenta*, antes de Justiniano, y aun sin esto, después. Presumíase la existencia del matrimonio siempre que se notaban en unión conyugal signos externos de ella; y al respecto puede citarse el Digesto en las leyes 24 *de ritu nuptiarum*, 31 *de donationibus*, y la célebre *de vicinis vel allis scientibus.*

Como se ve, la legislacion madre de la de casi todos los pueblos cultos consagraba el principio de la posesión de estado, y ello sin los caracteres de supletoria y de perfecta seriedad que le imprime el Código Chileno.

Se dirá que entre los romanos no revestía el matrimonio las posteriores formalidades, ni la de ser testimoniado en registros públicos; pero sobre no ser esta formalidad un requisito del ma-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

trimonio, que puede existir y ser comprobado sin ella, el casamiento romano no carecía de condiciones esenciales de validez, á saber: que el hombre fuera púber y la mujer núbil; que los dos, personalmente ó asistidos por la familia en ciertos casos, prestaran su mutuo consentimiento; y el *connubium*, esto es, capacidad relativa ó falta de impedimentos respecto de personas determinadas. Por lo demás, puede afirmarse que este medio probatorio fué mantenido en los países católicos observantes del Derecho Romano como ley ó como doctrina, hasta que se adoptaron las decisiones del Concilio de Trento, que sancionó y reglamentó los registros parroquiales. Y aunque las preocupaciones de la época dieron en asignar desmedido y casi único mérito probatorio á estos registros, la doctrina romana no fué abrogada ni por la ley civil ni por la canónica; y, por el contrario, se la ve subsistente siempre que se contempla un caso de dificultad ó imposibilidad para obtener otra prueba.

El señor Comas no tuvo acaso presente el principal Código de la antigua España, cuando significó no haber hallado nada, no ya igual, pero ni parecido, en ninguno de los Códigos españoles.

Las leyes 1.ª y 2.ª, título III, Partida IV, de acuerdo con la enseñanza de la Iglesia en reconocer el valor intrínseco del matrimonio clandestino, establecen que se puede probar por mero reconocimiento ó confesion de los contrayentes, *confessando e conosciendo manifiestamente que eran marido e mujer.* La última considera el caso de que alguno de los cónyuges alegue para separarse haber tenido impedimento de parentesco ú otro, y dice que no valdría esta alegación, *a menos de lo prouar o a menos de ser tal fama en la mayor parte de la vezindad, que assi era como ellos conoscieran.*

Es singular el caso, se dirá, y la Iglesia no habría aceptado en otro este linaje de presunciones.

Sin embargo, como observa Merlin, «el Derecho Canónico ha autorizado por mucho tiempo esta clase de presunciones, según lo prueban muchos de sus textos, entre ellos el capítulo *illud de præsumptionibus* de las Decretales».

¿Y qué eran en el Derecho Eclesiástico los matrimonios *presuntos*, que se establecían ó presumían por el solo acto carnal,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ejecutado después de los esponsales, fueran éstos condicionales ó nó, y aunque no se hubiera cumplido la condición? Aun cumplida, los esponsales eran simple promesa de matrimonio, si obligatoria en conciencia, esencialmente resoluble; de modo que el matrimonio en sí venía á presumirse por un acto que no le pertenecía ó que no era una formalidad suya, y por otro muy equívoco.

Sin salir todavía del Derecho Canónico, con el cual el señor Comas pone en entredicho el Código que redactó el sabio y católico don Andrés Bello, tenemos que, aun siglos después del Tridentino, fueron reconocidos y reglamentados por Benedicto XIV los matrimonios *ocultos* ó *de conciencia*, que son los celebrados secretamente, sin partida de registro y sin otra formalidad que la presencia del párroco y dos testigos de confianza obligados á guardar reserva. Pues bien, una de las reglas prescribe, como fundamento para autorizar éstos matrimonios, que los contrayentes hayan vivido largo tiempo en oculto concubinato y se les haya tenido en la opinión pública por legítimos consortes. Así, lejos de escandalizarse de estas uniones y de procurar su perturbadora disolución, la Iglesia, aun en este caso en que no se alega ni hay para qué presumir legitimidad, se apresura á hacer honra al concepto público y á la moral social, y, sin que la sociedad se aperciba, á dar á esas aparentes uniones la sanción del sacramento.

¿Cuáles eran ahora los principios seguidos en Francia antes del Código Napoleón?

Los tratadistas concuerdan en que, á falta de acta, se admitía la prueba de la posesión de estado, ya fuera invocada por los cónyuges ó durante la vida de ellos, ya por otros interesados, si bien solía atenderse más á esta prueba cuando la producían los hijos.

"La supresión ó suposición de estado, dice Merlin, entrañaría tantos delitos á la vez que no puede presumírselas, por lo que se mira la posesión como la expresión ó prueba de la verdad del estado. Hay una ley solemne, añade, que da gran fuerza á este argumento, y es la Declaración de 1697, que facultaba al ministerio público para hacer justificar en el término de un año el título legal de la cohabitación de dos personas de diferente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sexo que viven como marido y mujer; y el silencio del ministerio público durante el año era un homenaje rendido á la legitimidad del vínculo que las unía, y, de consiguiente, á la posesión de estado».

El mismo ilustre jurisconsulto, entre otros casos de amplia aplicación del principio de la posesión de estado, cita éste:

Andrés Dochin, procurador en el Parlamento de París, había vivido junto con Colette Raquelot, tratándose como casados durante muchos años. Los herederos del marido atacaron una donación universal que había hecho á su mujer, y alegaron que ésta no había sido casada y que no presentaba el acta de su matrimonio. Ella sostenía haberse casado en tal parroquia, pero en los registros no aparecía la partida, si bien en la hoja del día indicado figuraba una partida incomprensible. Á pesar de todo, el Parlamento de París reconoció por sentencia de 7 de enero de 1676 el estado legítimo de la Raquelot, á mérito del testimonio de la posesión. «Lo que contribuyó más á la verdad del matrimonio, dice el recopilador, fué la posesión en que uno y otra habían estado durante largo tiempo en calidad de marido y mujer á la vista de todo el mundo».

II

Expuestos los antecedentes de tantas legislaciones antiguas y modernas que prestan autoridad y honrosa compañía á la doctrina del Código Chileno, es ya oportuno hacer un breve estudio comparativo entre las disposiciones francesas, que el señor Comas lamenta no haya adoptado el Código de su patria, y las correlativas del nuestro.

El artículo 194 del Código Francés, en seguida de sentar en absoluto que «nadie podrá reclamar el título de cónyuge ni los efectos civiles del matrimonio, sin presentar el testimonio competente sacado de los registros del estado civil», consigna la excepción de inexistencia ó pérdida de los registros, pues entonces la justificación podrá hacerse por instrumentos ó por testigos, pudiendo consistir los instrumentos en apuntes ó notas privadas de los padres ó maridos, muertos ya. No establece este artículo la posesión de estado, y el 195 prohibe este medio pro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

batorio á los cónyuges en el errado concepto de que ellos pueden siempre probar su enlace por los modos habituales ó directos; pero el artículo 197, contemplando que los padres hayan fallecido y que por esta circunstancia no puedan saber los hijos el lugar y fecha del matrimonio, dispone que no ha de objetarse la legitimidad de éstos bajo el solo pretexto de faltar el acta de casamiento, siempre que prueben éste por la posesión del hecho á que no se opone el testimonio de nacimiento. Y como basta que este testimonio no contradiga á la posesión, no es necesario que lo presente el hijo que funda su legitimidad en el matrimonio de sus padres, bastando así acreditar el casamiento por la posesión de estado.

Hé aquí que el mismo Código Francés se acoge á la prueba de la posesión cuando conceptúa que toda otra prueba es imposible, cosa que hace el Código Chileno dentro de su distinto criterio de considerar todos los casos de imposibilidad. Por lo demás, el Código Francés, que tan severamente restrictivo se muestra con los cónyuges ó cuando éstos viven, como si en su mano estuviera siempre poder acreditar su estado por medios directos, no pára mientes en aceptar sin tasa en el artículo 46 la prueba de testigos y aun de simples papeles domésticos, y en aceptar todavía en el artículo 320 la mera posesión de estado como prueba de la filiación legítima, y esto sin requerir la justificación necesaria de la inexistencia ó destrucción de los registros, pues aplicando este artículo, no la ha exigido el primer tribunal de Francia. (Sentencia de la Corte de Casación, de 2 de febrero de 1870; DALLOZ, *Jurisprudencia*, año 1871, part. I, pág. 247.)

Veamos ahora el sistema del Código Chileno.

Atento á que las partidas (hoy certificados del Registro Civil) pueden faltar por causas extrañas al querer de los poseedores del estado, y no sólo por inexistencia, pérdida ó destrucción de los registros, sino también por inutilización, falsedad, error y nulidad de las partidas, establece por medio de éstas la prueba del estado en primero y no absoluto término; y á falta tan posible de las partidas, admite en el artículo 309 la prueba de documentos auténticos ó de declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

trata, y únicamente cuando todos estos medios directos son imposibles y se acredita la falta de la partida, acepta, como prueba necesaria y supletoria, la de posesión comprobada por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, y que, tocante al matrimonio, deben versar especialmente sobre el hecho de haberse tratado los supuestos cónyuges, á lo menos durante diez años continuos, como marido y mujer en presencia de sus relaciones domésticas y sociales, y de haber sido la mujer recibida en este carácter por los deudos y amigos del marido, y por el vecindario de su domicilio en general. (Arts. 310, 312 y 313.)

Comparando los dos Códigos, surgen á primera vista estas consideraciones diferenciales. El Francés admite sin restricción, como prueba principal y hasta sin justificación previa de la falta de acta, la posesión notoria para la filiación legítima; y la rechaza perentoriamente cuando los cónyuges invocan su estado, permitiéndola á los hijos, sin especificar en qué consiste, sólo en el caso de muerte de los padres y de no aparecer contradicha por el acta de nacimiento. ¿Por qué se admite tan inconsideradamente para la filiación legítima, inseparable del matrimonio según el principio *filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur*, lo propio que se niega en absoluto á los cónyuges y que tanto se restringe á los mismos hijos? Ya nos haremos cargo del fundamento que dan los intérpretes franceses, limitándonos por el momento á apuntar la antinomia que resulta de estas disposiciones.

El Código Francés, en cuyas prescripciones sobre la materia tanta garantía funda el señor Comas, admite á los cónyuges, como á cualquier interesado, la prueba de testigos y la de papeles domésticos, caso de no existir ó de haberse perdido los registros; y el Código chileno, atento, como se ha dicho, á todos los casos en que falta ó es ineficaz la partida, suple ésta, no ya con la prueba genérica y falaz de los testigos ni con la no menos ocasionada á fraude de documentos privados, sino con instrumentos auténticos ó de fe cierta y con testigos de calidad ó presenciales de los actos constitutivos del estado civil. Es exacto que el artículo 253 del Código de Procedimientos de Francia previene, en general para todos los hechos, que éstos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sean *admisibles* ó, como la jurisprudencia ha entendido, que tengan relación directa con el asunto controvertido; mas sobre ser vaga y arbitraria la calificación de admisibilidad, ni de este artículo ni de ningún otro de los textos legales franceses se desprende que la prueba testimonial haya de revestir las condiciones de acierto, verosimilitud y conducencia que prescribe el Código de Chile.

De esta suerte, el Código Francés, que tan duro y suspicaz se muestra con los cónyuges en negarles la prueba posesoria de su estado, no tiene reparo en consentirles con el mismo objeto la prueba común de testigos, tanto más fáciles de reclutar y adiestrar para deponer sobre el hecho simple del matrimonio, que sobre el conjunto de las múltiples y reiteradas circunstancias que caracterizan la notoria posesión del estado. Y no contento con anteponer esta prueba de testigos á la de posesión, contradiciéndose con lo que establece respecto de la filiación legítima en el artículo 323, le antepone también la de papeles ó notas privadas, tan susceptibles de ser fraguados por el estímulo de los intereses siempre importantes que se vinculan al estado civil.

Nuestro Código ha obviado estos serios peligros y estos desvíos, restricciones é inconsecuencias de doctrina; y después de establecer con seriedad y suficiente cautela los medios probatorios habituales y sólo cuando éstos justificadamente faltan, recurre al supletorio de la posesión con tal cúmulo de requisitos, que hacen de ella una de las presunciones más poderosas que es dable fundar en el testimonio humano. Y de aquí que no haya visto inconveniente para cubrir con esta prueba subsidiaria todos los estados legítimos, pues la existencia y estabilidad de todos interesan igualmente á la familia y á la sociedad. Y como dice Danty en su *Tratado de la prueba por testigos*, "en el matrimonio es preciso llegar siempre á la verdad, porque no se puede separar lo que Dios ha unido. Por eso, cuando faltan los registros hay que admitir *toda clase de prueba* para conocer si ha ó no habido matrimonio".

Aferrado el Legislador francés en contemplar situaciones independientes entre el matrimonio que engendra la filiación legítima y entre la filiación misma, niega á los cónyuges el me-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dio probatorio de la posesión de su estado, que concede á los hijos para acreditar el suyo; y luego, sin lógica ni concierto niega también á los últimos este medio mientras viven sus padres.

¿Cuál es el motivo de todo esto?

Hé aquí el que aduce el más autorizado intérprete del Proyecto del Código Napoleón en el discurso referente al título sobre el matrimonio.

"Por nuestra legislación actual, dice Portalis, la falta de funcionario público produce la nulidad que producía antiguamente la falta del respectivo cura párroco. El matrimonio era entonces radicalmente nulo; era sólo un atentado á los derechos de la sociedad y una infracción manifiesta de las leyes del Estado. *Por lo tanto*, nadie puede reclamar el título de esposo y los efectos civiles consiguientes al matrimonio, si no presenta un documento de haberse celebrado, inscrito en los registros del estado civil. Antes de la Ordenanza de Blois se admitían los matrimonios presuntos. Ahora ha desaparecido este abuso y es necesario un título inscrito probado por dos testigos y por el oficial público que la ley designa... Ninguna posesión será bastante para dispensar de este título, porque la posesión sola revela más bien un comercio criminal que un contrato legítimo... Los esposos cuyo título sea suplantado y que han encontrado un funcionario bastante negligente para cumplir con los deberes de su cargo, tendrán derecho á la persecución del delito y á la reparación del perjuicio sufrido... Por lo demás, no exageremos y distingamos los tiempos. *Una cosa es juzgar de la prueba del matrimonio durante la vida de los cónyuges, y otra verificarlo después de su muerte y con relación al interés de los hijos.* Mientras viven los cónyuges, la presentación del título es necesaria; *no pueden ellos ignorar el lugar en que se ha celebrado el acto más importante de su vida y las circunstancias que han acompañado al mismo;* mas después de su muerte todo cambia de aspecto. Los hijos, desamparados muchas veces en su primera edad por sus propios padres, ó llevados á puntos distantes, *no pueden conocer lo que ha pasado antes de su nacimiento.* Si no han recibido documentos, si no tienen papeles domésticos, ¿á dónde se dirigirán para acreditar sus derechos? ¿Los condenará

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la ley al abandono y á la desesperación?... Al contrario; podrán probar que los autores de sus días vivían como casados y que habían estado en posesión de su vínculo conyugal».

Como se advierte, el fundamento de bulto que Portalis, y con él Tronchet y demás intérpretes, da para restringir la prueba posesoria durante la vida de los cónyuges, consiste en que éstos no han podido racionalmente ignorar el lugar y circunstancias de su enlace.

Cuanto á la restricción impuesta á los hijos, observaremos de paso que se les priva de un medio que, aunque en casos no frecuentes, pero tampoco ajenos de la flaqueza humana, pueden verse en la necesidad de utilizar contra sus padres vivos; y que, si la restricción reposa en que los hijos han de saber por sus padres el lugar y circunstancias del matrimonio, no siempre es esto posible; especialmente no lo es cuando los cónyuges viven ausentes ó ignorados, cuando han caído en incapacidad mental ó de darse á entender, y hasta cuando, por interés bastardo y contrapuesto al de los hijos, ocultan ó falsean á éstos los datos del casamiento.

Cuanto á los mismos cónyuges, se comprende sin esfuerzo que el tiempo, el fraude, los siniestros, pueden en tantas ocasiones, independientemente de su voluntad, despojarlos de los medios probatorios directos; y sería sobre injusto, cruel, condenarlos, como dice Portalis para los hijos, al abandono y á la desesperación, y hacer pesar sobre ellos las consecuencias de hechos á que son extraños y de que sólo pueden ser víctimas inocentes. Ello sería también dar aliento al crimen, so pretexto de poner los matrimonios al abrigo y bajo la suspicacia del concubinato. Además, es inadmisible que aquel de los cónyuges que invoca su estado haya contribuído voluntariamente á hacer desaparecer los testimonios primordiales.

El eminente jurisconsulto parece conformarse con dar al cónyuge damnificado las acciones que nacen del delito de desaparición ó suplantación de los registros; mas este derecho consecuencial de todo acto criminoso, no podría ser ejercitado si no estableciendo previamente el matrimonio por todos los otros medios supletorios, el mismo de posesión en muchas veces; y principalmente no hay ni haber puede compensación penal ó ci-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vil para el desconocimiento legal del matrimonio y de los derechos de todo género á él adictos. De otro lado, la sociedad, vivamente interesada en la existencia de los matrimonios y en el reposo y estabilidad que ellos procuran á las familias, no puede fiar tan alto interés á los azares del delito, del siniestro ó de la incuria, cualesquiera que los responsables sean; y, sin desatender las sanciones del delito ha de procurar que él no alcance el abominable objeto de hacer imposible la justificación del matrimonio. Tanto Portalis, como el señor Comas, afectan hacer del instrumento matrimonial una condición del matrimonio mismo, cuando el primero hace depender de la validez del matrimonio la necesidad de justificarlo con el documento de su celebración, y cuando el segundo dice que puesto que "las formas de una institución constituyen un requisito ó *elemento esencial* de la misma, los medios de justificación ó prueba no pueden ser otros que los que conduzcan á demostrar aquella única forma legal".

Error es éste que acaso indujo al Código Francés en la doctrina opuesta á la del Chileno.

La confusión es, sin embargo, inconcebible, porque es elemental en Derecho que el acto jurídico es distinto del instrumento que lo hace constar, y que así no es el instrumento una condición esencial del acto, salvo sólo en los actos ó contratos llamados solemnes, en los que la ley exige como formalidad esencial determinado instrumento, como entre nosotros, la venta é hipoteca de bienes raíces. Pero el matrimonio no ha requerido en ningún tiempo ni en legislación alguna que sepamos, la partida ó acta de registro para su validez, de laya que, si estos testimonios faltan ó son nulos, no por eso deja de existir ó ser válido el matrimonio. De aquí que, si no existe ó es ineficaz el acta, el matrimonio nada sufre en su valor real, y, como hecho jurídico independiente del escrito que lo instrumenta, se le establece por los demás medios probatorios.

Entre éstos, debemos demostrarlo ya, no es el ménos seguro el de la posesión notoria, tal cual la admite nuestro Código.

III

No basta que, como dice el señor Comas, "un hombre y una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mujer libres, solteros los dos, se reúnan seriamente para constituir una familia, con toda esa voluntad, con toda esa seriedad, para que se haga así matrimonio». Nó, tamaña aberración no pudo pasar por la mente del sabio codificador chileno, ni la habrían asentido los representantes del pueblo culto y viril que, durante treinta y dos años, vive justamente orgulloso de su Código.

Muy otras son las condiciones de garantía, de fe y de moralidad en que descansa la posesión de estado entre nosotros.

En primer lugar, este medio de prueba es subsidiario y sujeto á la falta justificada de los demás medios directos.

En seguida, él consiste en un conjunto de testimonios fidedignos que establezcan la posesión legítima de un modo irrefragable.

Este conjunto de testimonios debe principalmente dirigirse á establecer que los cónyuges se han tratado, siquiera durante diez años contínuos, como marido y mujer en presencia de la familia y de la sociedad; y en haber sido la mujer recibida en este carácter por todos los interesados en rechazar un matrimonio fingido, como son los deudos, los amigos y el vecindario todo en que los cónyuges viven y ostentan su estado.

Claramente se comprende que, bajo estas condiciones, la presunción es fortísima y una de las más graves, precisas y congruentes que es posible basar en el criterio humano.

Siendo el matrimonio fundamento y fuente de múltiples derechos de la familia, mal se concebiría que ésta aceptara, contra su decoro, estabilidad é interés, un matrimonio ficto ó un concubinato disfrazado de matrimonio. Así, los deudos serían los primeros interesados en rebelarse y atestiguar contra semejante unión.

Suponiéndolos cómplices, la suposición no puede ir hasta la connivencia de todo el vecindario que naturalmente repudia de su seno á la mujer de mala vida, como un atentado al orden social y á la moral pública, de que la sociedad es el mejor custodio.

Aun en sociedades depravadas (á Dios gracias no lo es la de Chile, ni admitimos que lo sea la del altivo y caballeroso pueblo de donde proceden nuestros antepasados), siempre se hallarían en el vecindario personas que no consentirían estas ficciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ultrajantes del matrimonio, y, por lo menos, algún magistrado, algún sacerdote, algún honrado padre de familia, impedirían constituir la generalidad de vecinos que la ley requiere para aceptar á la mujer como legítima.

Pueden, para valernos de un dicho del señor Comas andar llenas las historias de concubinatos perfectamente discernidos y relegados al antro social en que se ocultan las liviandades humanas; pero la sociedad, celosa de su decoro y siempre consciente de los elementos que legítimamente la constituyen, no se engaña, nó, á lo menos después del tiempo en que la ley exige que se manifieste el matrimonio, acerca del origen y verdad del mismo.

No es, pues, el estado matrimonial fruto exclusivo de los supuestos cónyuges, sino que ha menester que la familia y la sociedad le presten inequívoco asenso y segura garantía de legitimidad. De aquí el mérito de la posesión de este estado y la imposibilidad de confundirlo con un simple comercio ilícito.

Al respecto, dice M. Elie de Beaumont citado por Merlin: "El estado es el conjunto de relaciones por las cuales un hombre tiende hacia los demás hombres de la sociedad... Por esto sólo se concibe que la posesión sea de gran peso en la materia, pues que no depende únicamente del arbitrio de quien la invoca, sino que exige el libre concurso de aquellos con cuyo vínculo se constituye el estado. Nadie se hace por sí sólo hijo, padre, esposo, y es preciso que medien otros seres con los que se formen estas cualidades... Así, no somos dueños de darnos estas varias relaciones, sino que es necesario derivarlas del reconocimiento de aquellos con quienes nos ligan. De esto la fuerza irresistible de la posesión de estado, porque requiriendo el concurso de tantas personas á la vez, no puede jamás ser sólo la obra del principal interesado".

Merlin añade por su parte: "Otro motivo de la posesión de estado es el que se deriva del decoro público. Es muy raro que un hombre sea tan audaz para inducir en error á sus amigos, á sus deudos y á la sociedad, sobre un objeto tan trascendental".

"La posesión, dice en otro pasaje, es esencialmente inalterable, pues no depende del error de un funcionario, ni de la superchería de un impostor desvergonzado, sino del reconocimiento

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

necesario de cierto número de personas, muchas veces halladas al caso, y que han sido los testigos involuntarios de relaciones, hábitos y vínculos de parentesco del sujeto que los reclama".

Como se ve, la posesión de estado es en cierto modo un título verdadero que la familia, que la sociedad misma disciernen al que invoca su legítima situación en ellas. Desautorizar así no más este título supletorio, cuando no hay otro, sería exponerse á romper con mano ligera el vínculo más sagrado de la vida, y á introducir hondas perturbaciones en las familias y en la sociedad.

El señor Cómas no se arredra por estas consecuencias ante la improbable de que alguna vez pudiera el concubinato vestir los aspectos del matrimonio; y por una contradicción inexplicable en quien conoce la íntima relación de causalidad y coexistencia entre el matrimonio y la filiación legítima, conjura para ésta los peligros que deja en pie para aquél.

Sobre este punto, nadie se ha expresado con más elocuencia que el ilustre procurador general, M. Mourre, en las conclusiones de una causa célebre de principios del siglo.

"¡Qué extraño espectáculo, exclama, ponemos á los ojos de la sociedad, si obligamos á presentar el acta de celebración al que pretende haber contraído matrimonio, y dispensamos de presentarla al hijo! De un lado se vería un concubinato, y del otro un hijo legítimo. ¡Monstruosa confusión de ideas inconciliables! ¡Temeraria paradoja que turba el orden social, que crea un edificio sin base, una legitimidad sin familia, y que nos muestra miembros dispersos allí donde debe haber un todo armónico é indivisible!"

AGUSTÍN RODRÍGUEZ

Tacna, 16 de noviembre de 1889.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

ARTÍCULO 18

En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.

SUMARIO.—I. Lo dispuesto en este artículo no es una limitación de la regla *Locus regit actum.*—II. Explicación de la doctrina que él contiene.—III. Interpretación extensiva que debe dársele.

I.—La doctrina que se consigna en este artículo relativamente á la fuerza probatoria que ha de darse en Chile al instrumento privado que se otorga en país extranjero, no es una limitación de la regla general y ampliamente aceptada por los jurisconsultos y por nuestro Código Civil, y que dice: *Locus regit actum.* Esta regla significa, como lo dejamos establecido en el comentario del artículo anterior, que la forma, ó sea, las solemnidades del acto, contrato ó instrumento, deben ajustarse á las leyes del país donde se otorgan ó realizan; mientras que nuestro artículo 18 dispone que el instrumento privado, aun cuando revista todas las solemnidades requeridas por la ley del país donde se otorga, en Chile no tendrá la fuerza probatoria de un instrumento público; ó, lo que es lo mismo, en Chile tendrá la misma fuerza probatoria de un instrumento privado otorgado en Chile.

Como se ve, la regla *Locus regit actum* es ajena de la doctrina del artículo 18; la dicha regla es relativa solamente á los *requisitos* externos del acto, mientras que el artículo 18 dice relación á los *efectos* del acto; y en el comentario de los artículos 16 y 17 hemos tenido especial cuidado de hacer resaltar la grande é importante diferencia que hay en legislación y en Derecho, en la doctrina y en la ley, entre el requisito necesario para el valor del acto y los efectos que produce, ó sea, los derechos y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

obligaciones que de él nacen. La regla *locus regit actum* determina los requisitos externos, la disposición del artículo 18 determina los *efectos* del instrumento privado en cuanto á su fuerza probatoria ante las autoridades chilenas; entre la regla y la disposición del artículo 18 hay, por consiguiente, la misma diferencia que entre el *requisito* y el *efecto*.

II.—Fácil es ahora conocer el significado y todo el alcance de lo dispuesto en el artículo 18. Aquí no se hace más que aplicar á un caso especial la regla general que resulta de la doctrina consignada en el artículo 16.

En el comentario de este último artículo, § V, dijimos que por *contrato válido* otorgado en el extranjero entendía nuestro Código Civil el que se ajustaba en cuanto á los requisitos á las leyes del país donde se otorgaba; y que nuestro Código, ó sea, el artículo 16, sujetaba también á las mismas leyes los *efectos* del dicho contrato cuando no se estipulaba expresa ó tácitamente que debiera cumplirse en Chile, puesto que según el inciso 3.º del dicho artículo sólo se rigen por la ley chilena los efectos del contrato celebrado en el extranjero cuando ese contrato debiera cumplirse en Chile.

Ahora, como se ve, en el artículo 18 no se hace otra cosa que aplicar al instrumento privado la regla que para los contratos establece el artículo 16. Uno de los efectos, y el principal, de los instrumentos públicos y privados, es hacer prueba de los hechos sobre que ellos versan. Si pues el instrumento privado se presenta como prueba en Chile y para producir efecto en Chile, es lógico y congruente con la regla del artículo 16, que el efecto del instrumento privado, ó sea, su fuerza probatoria, se ajuste á la ley chilena, y que, en consecuencia, no pueda reemplazar al instrumento público en todos los casos en que la ley chilena no permite ese reemplazo.

En este caso se encuentra el poder para litigar en juicio, que por la ley chilena debe otorgarse por escritura pública; y lo mismo habremos de decir de los contratos solemnes, ó sea, aquellos que exigen la escritura pública, como la hipoteca, el censo, etc.; porque si están situados en Chile los bienes que van á quedar gravados con esos contratos, éstos forzosamente tienen su cumplimiento en Chile, puesto que la tradición, que es uno

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de los efectos de esos contratos, debe forzosamente verificarse en Chile, y que, por lo tanto, debe decirse que se han celebrado para cumplirse en Chile.

El artículo 18 niega la fuerza probatoria al documento privado otorgado en país extraño ó no permite que pueda reemplazar al instrumento público cuando concurren las dos circunstancias que él expresa; á saber, que la prueba se rinda en Chile ó deba rendirse en Chile, y además deba producir efecto en Chile. La prueba debe rendirse en Chile cuando se sigue el juicio ante los tribunales de Chile, ó el acto ó gestión judicial en que se quiere hacer figurar el instrumento privado tiene lugar en Chile; y debe producir efecto en Chile cuando la sentencia, resolución ó decreto de la autoridad pública chilena debe cumplirse en Chile, ó versa sobre bienes situados en Chile ó sobre personas residentes en Chile y sujetas á la ley chilena.

Lo dispuesto en el artículo 18 tendría perfecta aplicación en el concurso de acreedores, pendiente ante un tribunal de Chile, y en el que se quisiese hacer valer la preferencia de la cuarta clase á favor de bienes ó derechos de la mujer del concursado, ó de sus hijos ó pupilos. Según el artículo 2,483 de nuestro Código Civil, es preciso probar por escritura pública, inventario solemne, testamento, acto de partición, sentencia de adjudicación, ú otro instrumento de *igual autenticidad*, los aportes matrimoniales, ó los bienes del hijo ó pupilo que recibió ó de que es responsable el deudor concursado. No se podría hacer valer con eficacia en dicho concurso un documento ó escritura privada otorgada en país extranjero en favor de la mujer, hijo ó pupilo, aun cuando por la ley del país donde se otorgó la escritura privada, ésta tuviese la misma fuerza probatoria de un instrumento público ó auténtico para justificar los aportes matrimoniales ó el recibo de los bienes del hijo ó del pupilo. En el caso propuesto, la prueba debe rendirse en Chile, produce efecto en Chile, y la ley chilena exige que la prueba tenga la calidad de instrumento público ó auténtico.

Pero no caería bajo el precepto del artículo 18 el caso en que la prueba no debe rendirse en Chile, aunque por algún accidente se rinda aquí; como cuando el juicio se sigue en el extranjero y la prueba se rinde en Chile por comisión ó decreto del juez

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

extranjero. El artículo 18 no dice *pruebas que se rindan en Chile*, sino *pruebas que han de rendirse en Chile*; lo que significa que la prueba *debe* rendirse en Chile, como sucede cuando el juicio en que se rinde la prueba se sigue en Chile. Queda, por consiguiente, dentro del precepto del artículo 18, el caso en que la prueba se rinde en el extranjero por comisión ó decreto del juez chileno, porque entonces la prueba debía rendirse en Chile, ó es como si se rindiese en Chile, por cuanto el juicio se sigue ante los tribunales chilenos.

Decimos que no cae bajo el precepto del artículo 18 el caso en que la prueba no debe rendirse en Chile, aun cuando haya de producir efecto en Chile: como sucedería, sosteniendo el mismo ejemplo, cuando el juicio de concurso se sigue en el extranjero y la sentencia que en él se pronuncie haya de afectar á bienes situados en Chile ó haya de tener algún otro efecto en Chile. Nuestro Código ha estado, ó está, en la buena doctrina, porque entonces no es el documento privado, ó la prueba que él produce, la que surte efecto en Chile, sino la sentencia que se pronuncia en el juicio, lo que es materia diversa ó extraña á las disposiciones de nuestro Código Civil sobre Derecho Internacional Privado, y que parece que el Legislador ha reservado para el Código de Enjuiciamiento, que es su lugar oportuno.

III.—Hemos hecho notar en el número I del comentario del artículo 18, que su disposición no tenía por objeto limitar la regla *Locus regit actum*, porque esta regla dice relación á los requisitos del acto ó del contrato, mientras que la calidad probatoria del instrumento privado que se quiere hacer valer en Chile, es un *efecto* del instrumento, y que, en consonancia con lo dispuesto en el inciso último del artículo 16, debía ajustarse á la ley chilena.

La lógica nos conduce entonces rigurosamente á dar interpretación extensiva á lo dispuesto en el artículo 18, ó bien, á dar aplicación más amplia á la doctrina que se acepta en este artículo. En efecto, combinado el precepto del inciso final del artículo 16 con el que se establece en el artículo 18, es indispensable reconocer que el instrumento privado otorgado en país extranjero no puede tener en Chile la fuerza de un instrumento público, aunque la tenga por la ley del país donde se otorgue,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no sólo en el caso de que se presente como prueba judicial ó para hacer fe de cualquier modo ante nuestros tribunales, sino también en todos los casos en que la ley chilena exige instrumento público para producir efecto en las oficinas públicas ó ante los funcionarios públicos chilenos. Así, verbigracia, no podría admitirse en una oficina del conservador de bienes raíces un instrumento privado como título translaticio del dominio, ni el juez podría mandar que se inscribiera. El artículo 63 del Reglamento para la oficina del Registro conservatorio de bienes raíces, dispone: "Los instrumentos otorgados en país extranjero no se inscribirán sin previo decreto judicial que califique la legalidad de su forma y su autenticidad, conforme á lo dispuesto en los artículos 16, 17 y 18 del Código Civil". Este artículo reconoce implícitamente, pero de una manera inequívoca, la necesidad de la interpretación extensiva que debe darse al artículo 18, puesto que entiende que la doctrina del dicho artículo 18 es aplicable al caso de la inscripción del título en el Registro del Conservador; caso distinto y que no está comprendido en aquellos en que se exige el instrumento público *para prueba que ha de rendirse en Chile*, que son los que contempla literalmente el precepto del expresado artículo.

Puede todavía servirnos de confirmación de las ideas emitidas lo dispuesto en el artículo 2,411 del Código Civil, que dice: "Los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero darán hipoteca sobre bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente registro". ¿Podría inscribirse en Chile en el Registro del Conservador un instrumento privado en que se estipulase una hipoteca sobre bienes situados en Chile? Creemos que no, sin embargo de que no se trata aquí de prueba *que ha de rendirse en Chile.* Si para inscribir el título hipotecario de que tratamos se necesitaría de decreto judicial, y si para dictar este decreto el juez debería calificar la legalidad de la forma del instrumento y su autenticidad conforme á lo dispuesto en el artículo 18, parece indudable que no podría admitirse en este caso el instrumento privado, cualquiera que sea la fuerza que le corresponda por la ley del país en que se hubiera otorgado.

Aquí se ve más claro que se trata del *efecto* de un instrumento, ó si se quiere, de un contrato, otorgado para cumplirse en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Chile, y que se encuentra, por consiguiente, dentro de la letra y del espíritu del inciso final del artículo 16. Tratándose de la venta de un bien raíz situado en Chile ó de la constitución de un derecho real sobre bienes de la misma clase, el contrato se ha celebrado precisamente para cumplirse en Chile; porque la entrega ó tradición, que es uno de los efectos del contrato, ó sea, una de sus principales obligaciones, ha de verificarse necesariamente en Chile; y como la ley chilena no reconoce otra especie de tradición para los inmuebles ó los derechos reales que en ellos se constituyen, que la inscripción del título en el Registro del Conservador, es de rigor ajustarse á la ley chilena para el cumplimiento de esa obligación, ó sea, este *efecto* del contrato,

Conclusión

Hemos dado término al comentario de los artículos de nuestro Código Civil que tienen relación con el Derecho Internacional Privado. Nuestro trabajo no es completo, porque no abraza todas las relaciones á que se presta la materia; pero como nuestro propósito era sólo explicar los preceptos consignados en las leyes civiles, la deficiencia de éstas debía necesariamente refluir en nuestra obra.

No debemos, sin embargo, guardar silencio sobre un punto de la más grave importancia y que puede ser de uso frecuente. Queremos hablar del efecto que deben producir en Chile las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros.

Las sentencias judiciales son mandatos de la autoridad soberana de un país, é iguales á las leyes en cuanto al origen, en cuanto á su fuerza obligatoria ó sus efectos, y en cuanto á la extensión del territorio donde ejercen su imperio.

Las sentencias se asemejan á las leyes en cuanto al origen, porque unas y otras son emanaciones de la autoridad soberana del país, ya sea que se ejerzan independiente y soberanamente los dos poderes públicos, judicial y legislativo, como sucede en Chile y en todas las repúblicas, ya sea que el Poder Judicial se ejerza en nombre y como delegación del Poder Ejecutivo, como sucede por lo general en las monarquías. Las sentencias no se distinguen de las leyes en cuanto al origen, sino en la forma en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se dicta el mandato y en la clase de los magistrados que las dictan.

Se asemejan las sentencias á las leyes en cuanto á su fuerza obligatoria, ó sea, sus efectos, porque ámbas son igualmente fuentes de derechos y obligaciones civiles. Es verdad que el objeto de la sentencia y su esfera de acción consiste en declarar ó reconocer un derecho ú obligación existentes, mas no en crear ese derecho ú obligación, porque esto compete primaria y directamente á la ley; pero como la sentencia puede ser contraria á la ley y á la verdad por varios motivos, y como es indispensable poner un término á las actuaciones judiciales, hay que acatar la sentencia aunque sea injusta ó contraria á la verdad, y hay que darle en cada caso especial más fuerza que á la ley, ó más propiamente, que prevalezca la sentencia sobre la ley; y entonces decimos que la sentencia es la fuente del derecho ó de la obligación, ó como decían los romanos, *hace de lo blanco negro y de lo negro blanco.* Por esta misma razón la sentencia produce la acción *de lo juzgado, actio judicati,* lo que importa una especie de novación, y que como acción personal dura veinte años.

Se asemejan también las sentencias judiciales á las leyes en cuanto á la extensión del territorio donde ejercen su imperio. Como las unas y las otras son igualmente emanaciones de la autoridad soberana de un país, y como ésta no puede ejercer su acción fuera del territorio que está sujeto á su jurisdicción, las sentencias, lo mismo que las leyes, deben quedar circunscritas á los mismos límites.

Pero así como las naciones civilizadas, por su recíproca utilidad han tenido que aceptar en su propio territorio el imperio de las leyes extranjeras, reconociéndoles sus efectos en ciertos casos, y no sólo respecto de los extranjeros, sino también de sus nacionales, el mismo móvil las impulsa á seguir igual procedimiento con las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros.

Tres sistemas se ofrecen en la práctica de las naciones modernas relativamente á los efectos de las sentencias pronunciadas por un tribunal extranjero. El primero consiste en ordenar el *cúmplase* ó el *pareatis* de la sentencia extranjera con sólo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

probar su autenticidad. Este sistema ofrece graves inconvenientes, que se salvan en el segundo sistema, el cual consiste en calificar previamente, no sólo la autenticidad de la sentencia, sino también la competencia del tribunal que la dictó y examinar si el fallo ataca en algún sentido las leyes de orden público de la nación donde se pide el cumplimiento.

Por último, el tercer sistema es el de la reciprocidad, que consiste en tratar á las sentencias extranjeras y reconocerles los mismos efectos tal como lo practica la nación en que fueron dictadas relativamente á las que pronuncian los tribunales de la nación donde se pide el cumplimiento. Este sistema, que parece el más equitativo por la igualdad, ofrece, sin embargo, casi los mismos inconvenientes que el primer sistema respecto de las naciones que por celo indiscreto en la protección de sus ciudadanos declaran arbitrariamente competentes á sus jueces en las contiendas en que forman parte sus nacionales, con ofensa de la legítima jurisdicción y soberanía extranjeras.

Toca á los tratados internacionales ajustar el procedimiento en esta importante materia, y llenar así el vacío que se note en la legislación positiva de cada país.

Desgraciadamente, no encontramos en nuestras leyes nacionales disposición alguna que nos autorice para dar cumplimiento á las sentencias dictadas por un tribunal extranjero, ó bien sea para reconocerles su carácter ejecutorio. Ni en las leyes españolas, vigentes en la época de nuestra emancipación política, encontramos tampoco ley alguna sobre el particular.

En el silencio de nuestra legislación no será lícito á nuestros tribunales dar á las sentencias extranjeras el mismo carácter y efecto que á las nacionales. Por esta razón, en las sentencias de 9 y 20 de septiembre de 1867 dictadas por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, se negó lugar al exhorto dirigido por el juez letrado de San Juan (República Argentina), en el que pedía el cumplimiento de las sentencias libradas por ese juzgado; y en aquellas sentencias se consignan entre otros considerandos los siguientes: "4.°, que los juicios ó sentencias de un tribunal extranjero de jurisdicción competente no pueden tener en ningún caso más valor que como títulos ó pruebas del derecho que se reclama; y 5.° que don N. N. no demanda con

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la sentencia restitutoria que ha exhibido del juzgado de letras de San Juan, sino que solicita meramente que se ponga el *cúmplase*, etc.»

Nos parecen legítimos los considerandos que hemos transcrito, y creemos que si en el estado actual de nuestra legislación no puede darse en Chile carácter ejecutorio á las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros, puede sí admitírseles como títulos ó pruebas del derecho que se demanda, lo que viene á importar algo semejante al segundo sistema que hemos señalado en el procedimiento que más comunmente se ha adoptado por las naciones modernas.

Aunque las sentencias de la Corte de La Serena no citan ley alguna en que fundar esta doctrina, creemos que ella podría apoyarse en la ley 15, título 14, Partida 3.ª, aplicándola por analogía. En esta ley, que hemos citado y aun copiado en el comentario del artículo 14, se admite como prueba la ley ó fuero nacional, y agrega en seguida: «E si por aventura alegasse ley, o fuero de otra tierra que fuesse de fuera de nuestro Señorio, mandamos que en nuestra tierra non aya fuerça de prueva; fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto, o postura que oviessen fecho en ella, o en razon de alguna cosa mueble, o rayz de aquel logar. Ca estonce, magüer estos extraños contendiessen sobre aquellas cosas antel juez de nuestro Señorio, bien pueden recebir la prueva, o la ley, o el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, e devese por ella averiguar, e delibrar el pleyto».

Hemos dicho que esta ley podría aplicarse por analogía, porque en efecto la hay, y muy notable, entre la sentencia y la ley, como lo dejamos demostrado al principio de este párrafo; y todavía agregaremos que la ley 15, que en parte acabamos de transcribir, reconoce la eficacia del contrato celebrado en país extranjero y supone que sea reconocido por los tribunales nacionales. Si se admite la fuerza probatoria, y aun diremos *creadora*, de la ley extranjera y del contrato celebrado en país extraño, no habría razón por qué negársela á la sentencia, que reviste las mismas condiciones que la ley, y que tiene aún más fuerza obligatoria que el contrato y que la ley. Debemos notar que en los considerandos que hemos transcrito se habla de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tribunal extranjero con *jurisdicción competente*, porque sólo así podrían sus sentencias servir de títulos ó de pruebas.

Pero no podrían servir de título ejecutivo como la sentencia pronunciada por un tribunal chileno, porque aunque en el artículo 1.º de la ley de 8 de febrero de 1837 se da mérito ejecutivo á la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, esto sólo puede entenderse de las sentencias pronunciadas por un tribunal chileno, y porque en el artículo 3.º de la misma ley se dispone: "Las obligaciones contraídas en países extranjeros no serán ejecutivas en el territorio chileno, sino con arreglo á las leyes de la República". Las expresiones de este artículo son genéricas; habla de las obligaciones contraídas en país extranjero, sea cual fuere su fuente, y se comprenden, por consiguiente, las obligaciones que nacen de una sentencia.

"En cuanto á la ejecución de las *sentencias arbitrales* pronunciadas en país extranjero, dicen los señores Manresa, Miquel y Reus en sus *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento española*, los publicistas distinguen entre el arbitraje forzoso y el voluntario. En aquél, como las partes están obligadas por la ley á someter sus diferencias á la decisión de árbitros, se conceden al fallo de éstos los mismos efectos que á los dictados por los tribunales ordinarios, y se sujetan, por tanto, á las mismas reglas respecto de su ejecución. Pero en el voluntario, como depende de la simple convención de las partes, es considerado el fallo arbitral para dicho fin como cualquier otro contrato". En Chile tendría perfecta aplicación esta doctrina, y nada tenemos que observar á su respecto; los laudos que se pronuncian en los juicios de partición de herencias ó de cosas comunes, de sociedades ó de cuentas, como los otros que tengan lugar con arreglo á la legislación del país donde se pronuncien, quedan sujetos á la misma regla.

JOSÉ CLEMENTE FABRES

(Continuará) ± 547 Ejemplares.

ADMINISTRACIÓN DE COMPAÑÍAS MINERAS

Con la promulgación del reciente Código de Minería, de 20 de diciembre de 1888, empiezan á ser de actualidad palpitante

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las cuestiones que versan sobre administración de las compañías de minas.

Graves y trascendentales modificaciones ha introducido, sobre el antiguo, el nuevo Código de Minería en lo tocante al modo y forma de constituir administración, modificaciones que se notan inmediatamente con sólo colocar vis á vis el artículo 169 del Código de 18 de noviembre de 1874 y el 111 de la ley de 20 de diciembre último.

Mas, antes de hacer el examen comparativo de esas dos disposiciones legales, conviene refrescar las nociones jurídicas que han debido presidir sobre la materia y formar concepto cabal sobre cuáles son las semejanzas y cuáles las diferencias, lógicas y razonables, que hay entre las sociedades civiles comunes y las sociedades puramente mineras.

Preparado así el terreno, fácil será insinuar siquiera los puntos más salientes para un examen crítico cumplido de las diversas cuestiones que con esta materia se rozan.

La sociedad ó compañía, definida por el Derecho, es un contrato en que dos ó más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

Como se ve, en la contratación de una sociedad hay dos elementos constitutivos de ella por considerar: la cosa que se tiene en común y la persona jurídica que resulta del convenio ajustado entre los socios, de manera que, faltando el avenimiento sobre cualquiera de estos dos puntos cardinales, simultáneamente considerados, no hay contrato de sociedad. Mas, en tratándose de la designación de la persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados, surge la dificultad de componer esa persona jurídica con los de todos y cada uno de los asociados; de aquí la representación de la sociedad.

En una compañía colectiva, en que entran á contratar veinte socios, por ejemplo, la representación de ella, encargada á todos, haría, si no imposible, sumamente difícil la marcha prudente, uniforme y regular del negocio. Lo que impone la elección

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la firma ó razón social que, representando á la sociedad, la administre.

Podrá suceder que la administración se convenga con la contratación de la sociedad formando la cláusula administratoria parte esencial del contrato mismo, ó por un acto posterior, unánimemente acordado. Pero, tanto en uno como en otro caso se refiere al avenimiento de los socios; pues, de otro modo, no habría compañía posible. En otros términos, la falta de convenio sobre administración de la sociedad, hace imposible la sociedad misma; y, de consiguiente, todos los preceptos legales sobre administración de sociedades, quedan sin aplicación.

Viniendo ahora á las compañías mineras, es de observar que (art. 100 del Código de Minería), hay compañía constituída: 1.º por el hecho de registrarse una mina en compañía; 2.º, por el hecho de adquirirse parte en minas registradas; y 3.º, por un contrato especial de compañía.

En el tercero de estos tres casos, el contrato de sociedad que se ajuste será en un todo semejante al de una sociedad colectiva ordinaria, es decir, los asociados necesitarán convenirse en la cosa que se pone en común y en el modo y forma de la administración social. Sin este doble avenimiento, no habrá compañía.

Pero, cuando dos ó más personas suscriben, juntas, una solicitud de manifestación y registro de propiedad minera; ó cuando adquieren partes en minas registradas, la sociedad que en tales circunstancias forman es *un hecho* y no un contrato en que se convenga en una sociedad sobre la mina, que es la cosa puesta en común, y sobre la administración de esa misma cosa. La administración supone un acuerdo posterior al hecho constitutivo de la sociedad.

En las dos situaciones que contemplan los incisos 1.º y 2.º del artículo 100 recordado hay una sociedad de hecho en que queda por constituir su administración; y es de notar que esas dos situaciones son las más frecuentes y usuales. Falta, entonces, el convenio acerca del segundo de los objetivos para la existencia de una sociedad civil, vulgar.

La sociedad colectiva civil no puede existir mientras los socios no pongan algo en común para repartirse los beneficios, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

miéntras no acuerden la administración; pero una sociedad minera puede tener existencia por el solo hecho de registrar dos ó más personas en común, ó por adquirir participación en mina registrada.

Una y otra clase de sociedades se asemejan en cuanto requieren una cosa común; y difieren en lo tocante á que una de ellas, la civil ordinaria, no puede empezar á existir sin acuerdo sobre administración; y la otra sí.

Ahora bien. Veinte socios concurren á registrar una mina en compañía ó adquieren participación en mina ya registrada y constituyen *ipso facto* una sociedad minera.

En presencia de este hecho, necesitan acordar el modo y forma de administrar la cosa puesta en común.

Á este propósito el Código de 18 de noviembre de 1874 disponía: "Art. 169. No habiendo estipulación, la administración de la sociedad ó comunidad corresponde á todos los socios ó comuneros que tengan derecho á votar en las deliberaciones; pero puede restringirse el número de los administradores, y aun confiarse el cargo á terceros por acuerdo de los interesados". Esta disposición contemplaba dos situaciones: ó había avenimiento entre los socios, ó no lo había.

En la primera de estas circunstancias no cabía cuestión de ningún género, por cuanto los comuneros habrían constituído administración de propio consentimiento, y él ó los administradores convenidos "ejercerían las mismas atribuciones que la ley confiere á los administradores de las sociedades civiles", (artículo 170 del mismo Código), haciendo desaparecer de este modo la diferencia capital, notada arriba, entre una sociedad civil vulgar y una compañía minera. Mas, no habiendo concurrencia de voluntades, se daba la regla general que atribuía á todos y á cada uno de los socios *con derecho de votar en las deliberaciones*, la facultad de administrar. Estos socios deliberantes, los que según el artículo 184 poseyeran á lo menos un cuatro por ciento de interés ó propiedad en la mina, eran llamados por la ley á *deliberar* sobre la administración, y podrían: 1.º, acordar una administración conjunta; 2.º, restringir el número de los administradores; y 3.º confiar el cargo á extraños. De este modo, la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ley enrielaba á los comuneros y les trazaba el camino para llegar á un avenimiento; y todavía se dictaban las reglas de procedimiento consignadas en los artículos 115 y siguientes.

Como se ve, la ley de 1874, con perfecta filosofía, consideraba todas las situaciones, se había penetrado de los inconvenientes que resultan de consagrar en absoluto el principio de que todos los socios administren en las compañías anónimas; y dictaba todas las reglas conducentes al establecimiento de una administración, sin la cual la marcha de la sociedad sería irregular, turbulenta y acaso imposible. Con los preceptos de este Código de 1874, había que arribar necesariamente á la administración convenida ó decretada.

En efecto, si los socios no se avenían extrajudicialmente, eran llamados por la ley á deliberar; la convocación á deliberar se hacía en la misma forma prescrita para el requerimiento de los socios morosos (art. 187); y este requerimiento á los socios morosos se hacía judicialmente (art. 180). En último análisis, la justicia ordinaria intervenía necesariamente en las deliberaciones para constituir administración, interponía su autoridad y resolvía.

Entretanto ¿qué acontece con la nueva ley de 20 de diciembre de 1888?

El artículo 111 de este nuevo Código ha suprimido del artículo 169 antiguo las palabras *no habiendo estipulación;* no se pone en el caso de una administración convenida; y empieza por establecer la regla de que *la administración corresponde á todos los socios.*

No cabe duda sobre que los comuneros en una compañía minera son árbitros de constituir la administración como les plazca, sin necesidad de que la ley les reconozca el derecho de hacerlo; pero en el supuesto de que no la acuerden, *no habiendo estipulación*, como decía el antiguo artículo 169, se hace preciso establecer que la administración *corresponde á todos los socios que tengan derecho de votar en las deliberaciones*, y no simplemente *á todos los socios*, porque ello no es cierto, ni en el antiguo ni en el nuevo Código, desde que no son socios deliberantes los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que no posean siquiera un cuatro por ciento en el interés de la sociedad.

Según el régimen legal de 1874, la estipulación constitutiva de la administración podía ser voluntaria ó forzada, judicial en el segundo caso, extrajudicial en el primero, y sólo para el caso de no haber estipulación; pero cuando los socios no quisieran convenirla ó no la procuraran, la ley les ponía delante el precepto de que, en tal circunstancia, la administración correspondía á todos los socios deliberantes, administración imposible con gran número de personas, situación que inclinaba necesariamente á procurar el acuerdo. Pero cuando se dice de una manera lisa y llana que la administración corresponde á todos, sin señalar el camino razonable y prudente de procurarse una estipulación, se abre la puerta á los socios intemperantes y á los que no comprenden su verdadero interés, ni mucho menos el general de la minería, para sostener á todo trance su derecho inalienable consagrado por la ley para administrar; y toda vez que sean invitados á constituir administración judicial ó extrajudicial, amigable ó forzada, se asilarán imperturbablemente en que nadie puede privarles de la administración conjunta, que les corresponde á virtud de lo dispuesto en el artículo 111.

Si bajo el imperio de la ley de minería de 1874 muchos miembros de una sociedad minera, veinte, verbigracia, no podían avenirse para constituir administración y estaban persuadidos de que la administración conjunta de todos ellos era difícil y acaso irrisoria, cualquiera de ellos tenía la facultad de invitar á los demás ante la presencia judicial para deliberar sobre la materia, so pena de tolerar la situación anómala de una administración de veinte personas; y tenía esa facultad de provocar un acuerdo ante la justicia, porque se la otorgaba el artículo 187 del mencionado Código, que se refería al 180 del mismo.

Ya en presencia del juez, los veinte comuneros ponían en discusión el asunto para el cual habían sido convocados, formulaban sus pretensiones y decidía de ellos, ó la mayoría de los votos presentes (art. 185), ó, caso de producirse empate, resolvía el juez (art. 186). De este comparendo resultaba constituída una administración que llevaba el sello de la autoridad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Mas, bajo el régimen actual, suprimidos en el nuevo Código los artículos 180 y 187 del antiguo, cualquier comunero recalcitrante resiste la comparecencia ante la justicia ordinaria, sosteniendo que para los efectos de constituír administración no puede ser arrastrado á la presencia judicial, por cuanto el artículo 111 de la ley de 20 de diciembre de 1888 le reconoce en absoluto su derecho de administrar, sobre lo cual no cabe oposición ni avenimiento forzado.

Sostendrá, además, que no reconoce al juez autoridad alguna para llamarlo ante sí, pues el artículo 105 del nuevo Código dispone que "las convocatorias ú órdenes nominales de citación se expedirán por el presidente de la sociedad, cuando lo juzgue conveniente; ó cuando cualquiera de los socios lo solicite", por más que se trate precisamente de constituir la representación de la compañía y no haya aun presidente.

Y alegará todavía que, si bien es cierto que el artículo 109 y otros del título XI de la ley de 20 de diciembre citada, indican la intervención de la justicia ordinaria, ella se refiere á la celebración de acuerdos de otra naturaleza, y no al que tenga por objeto deliberar sobre administración, una vez que ésta, de ley (art. 111) corresponde á todos los socios.

Y aun cuando este mismo artículo 111 dispone que "pueden nombrarse una ó más personas elegidas por los mismos, por dos tercios de votos de los presentes", este acuerdo deberá celebrarse en junta extrajudicial, á citación del presidente de la compañía y será cuestión la de saber si la expresada mayoría de dos tercios puede designar para la administración, precisamente á socios, ó también á extraños.

Es evidente que el comunero que tales dificultades suscita no suscribirá acuerdo alguno en junta privada que haya provocado el presidente de la sociedad, dado que lo haya, ni tendrán para él autoridad alguna respetable las decisiones que en dicha junta se dicten. Para reducirlo, será necesario llevarlo por fuerza á la justicia para que ésta, ejercitando su jurisdicción y su imperio dé vigor y eficacia al voto de los dos tercios; y en el entretanto, la administración habrá correspondido á todos los socios, como lo dispone el artículo 111.

Y bien; si en la junta privada de comuneros no se forma

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mayoría de dos tercios, sino mayoría absoluta ¿quién administra? ¿Todos, los veinte?

Bajo la vigencia del Código de 1874 en ningún caso podría quedar una sociedad minera sin constituir administración, llevado el asunto ante la justicia ordinaria.

Efectivamente, y sea el caso de los veinte comuneros: supóngase que en el comparendo judicial se emiten cuatro opiniones sustentadas por 7, 6, 6 y 5 votos cada una respectivamente. La dificultad quedaría resuelta con la aplicación de los artículos 185 y 186 de ese Código, porque, ó habría mayoría ó se producirían empates; y esos artículos indican los medios de solucionar una y otra situación.

Pero, en preferencia del artículo 111 del nuevo Código, no hay puerta de salida: ó administran todos ó los designados por dos tercios; y no siendo posible obtener mayoría de dos tercios, volvemos al caos de la administración conjunta de veinte.

Graves dificultades y hondos vacíos son éstos, imputables únicamente á la reforma de 20 de diciembre último y han provenido de las siguientes causas:

1.ª—De haber dispuesto el artículo 100 de esta ley que las compañías mineras se constituyan:

1.° Por el hecho de registrarse una mina en compañía; y

2.° Por el hecho de adquirirse parte en minas registradas.

Es de todo punto inexacto, jurídicamente, que el hecho de una comunidad importe un contrato de compañía.

Por causa de este error fundamental, un suscritor de la solicitud con que se registra una propiedad minera y un adquirente, á cualquier título, de parte en mina registrada, se sienten miembros de una sociedad minera legalmente constituída y reconocida, dispensados de prestar su avenimiento para la administración; y, asilados en la disposición del artículo 111, en posesión de todas las ventajas propias de un comunero de sociedad arreglada.

No sucedería lo mismo si se hubiese ahorrado el artículo 100 ó se le hubiese circunscrito al considerando 3.°, diciendo: "Las compañías de minas se constituyen por un contrato especial de compañía".

De esta suerte un comunero no sería tal, no formaría parte

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la sociedad ni gozaría de franquicias propias de miembro de compañía, sino cuando hubiese concurrido con su voluntad á constituirla y á establecer la administración, punto esencial para la existencia de una sociedad.

Hé ahí las consecuencias que entraña el error jurídico cometido en la redacción del artículo 100 de la ley de 20 de diciembre.

2.ª—De haber suprimido esta ley los artículos 180 y 187 del Código de 18 de noviembre de 1874.

Importa esta omisión apartar á la justicia ordinaria de su intervención en negocio de tan vital importancia.

En desacuerdo para constituir administración el mayor número de comuneros, todos menos uno, quieren llevar ante la justicia el asunto; pero el copartícipe se niega á comparecer y afirma con los artículos 101 y 108 de la ley de 20 de diciembre que sólo está obligado á celebrar acuerdos privados en reuniones provocadas por el presidente del directorio; y que el juez no es llamado por la ley sino á resolver los empates que se produzcan en dichas reuniones privadas, puesto que el artículo 109 es el único que autoriza la intervención judicial; y todavía le asaltarán dudas sobre si los empates en materia de administración caen bajo el precepto del artículo 109, siendo que el 111 parece significar lo contrario; y se inclinará, en consecuencia, á sostener que nadie puede privarle de su facultad de administrar, á menos de ser dominado por una mayoría de dos tercios. Y si en vez de ser uno el opositor, son nueve, la administración unipersonal ó confiada á pocos socios, que es lo que conviene al interés de la minería, se hará imposible; porque no habrá medio de hacer prevalecer la opinión de la mayoría absoluta, ni de reducir á decisión de mayorías las opiniones aisladas, dada la exigencia de los dos tercios.

3.ª—De no haber contemplado en el artículo 111 de la ley de 20 de diciembre las diversas situaciones que considera el artículo 169 del Código de 1874.

Efectivamente, y es menester insistir en ello, el artículo 169 citado se pone en el caso de no haber estipulación acordada, y para esta emergencia traza la ley de 1874 el camino que puede seguirse, á saber: provocar la estipulación en junta de socios;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

celebrar esa junta ante el juez y deliberar en la reunión conformemente á las reglas dictadas en los artículos 184, 185 y 186. De este comparendo judicial saldrá necesariamente constituída la administración.

Mientras la estipulación se obtiene, continúa el recordado artículo 169, la administración corresponde á todos los socios con derecho á votar en las deliberaciones; porque tal es la situación creada por la falta de acuerdo. Mas, como en concepto de la ley, la administración conjunta de veinte socios sería ruinosa, y no es razonable suponer que se la quisiera conservar, se coloca la ley en dos nuevos casos: ó se *restringe* el número de los administradores; ó se *delega* la administración en manos de terceros, á fin de salvar el conflicto de administrar veinte.

Empero, la ley de 20 de diciembre ni abre la puerta á la estipulación, ni hace palpar los inconvenientes de una administración conjunta multi-personal, ni estima, separadamente, que pueda *restringirse ó delegarse*; sino que, de una manera redonda, declara: "La administración de la compañía corresponde á todos los socios; pero pueden nombrarse una ó más personas elegidas por los mismos, por dos tercios de votos de los presentes". De modo que esta ley de 20 de diciembre no ha visto más que el caso difícil, ruinoso, de una administración compuesta de veinte ó más socios; y lo ha resuelto en el sentido de un golpe de mayoría de dos tercios, capaces de nombrar *una ó más personas*, ó administran todos, ó domina una opinión de dos tercios. No hay otra salida.

En otros términos, y sean los veinte copartícipes: ó administran todos, ó se confía la administración por el acuerdo de trece socios y fracciones de otro.

No es de admitir que la ley de 20 de diciembre haya querido consagrar tamaño absurdo, y que su artículo 111, tan inexorable y duro, que no resiste á parangón con el 169 del Código de 1874 en punto á flexibilidad y filosofía, sea de aplicar inconsideradamente y como suena en su letra.

En verdad, dispone el artículo 101 del Código de 20 de diciembre: "Todo negocio concerniente á una compañía se tratará y resolverá en juntas, por mayoría de votos". El negocio de constituir administración, uno de los más importantes que pue-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

den suscitarse, sin duda, ¿será de los que se resuelven en juntas y por mayoría de votos, ó se sustraerá á este precepto para caer bajo el del artículo 111?

Si á este artículo 111 se le hubiera hecho preceder de las palabras que contenía el antiguo Código, y se hubiera dicho: "*Mientras no haya estipulación*, corresponde la administración de la compañía á todos los socios con derecho de voto en las deliberaciones", la cuestión quedaría resuelta y la dificultad allanada.

Mas, la supresión de las palabras *mientras no haya estipulación* ¿significará que el Legislador no ha querido que el negocio de la administración no se trate y resuelva en juntas, por mayoría de votos? Seguramente nó; es menester concluir, entonces, que la primera parte del artículo 111 sólo tiene razón de existencia ínterin no se constituya la administración en junta deliberante.

Ahora bien, reunidos los veinte socios con derecho de voto, ¿decidirá la mayoría de votos presentes conforme al artículo 101, ó se requerirán dos tercios con arreglo á la parte segunda del 111? Parece innegable que esta mayoría de dos tercios, exigida por el artículo 111, se refiere al caso de administración delegada únicamente.

De modo, pues, que si en la junta de veinte socios, nueve opinan por la administración del socio Pedro y once por la del socio Juan, éste segundo será el administrador. Pero si aquellos nueve indican que administre el extraño Diego y los once que se confíe á Antonio, que obtiene mayoría, pero no los dos tercios de trece y fracción, no habrá acuerdo, y queda la administración en manos de los veinte copartícipes.

La administración de veinte, que pueden ser ciento, no es practicable, llegará á ser estrafalaria; y el concurso de dos tercios es de todo punto imposible ó irrisorio. ¿Cómo y quién resolverá el conflicto?

Hé aquí la necesidad manifiesta de interponer los oficios de la autoridad judicial; pues, aun cuando el Código de 20 de diciembre ha suprimido el artículo 187 del de 1874, no por eso se ha privado á nadie de recurrir á la justicia ordinaria en busca de arreglo para sus intereses comprometidos ó dificultades.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Dada esta intervención indispensable del juez ¿cómo resolverá el magistrado judicial la cuestión sometida á su conocimiento y decisión? El hecho mismo de ocurrir ante él, significa que los veinte socios no se avienen á la administración conjunta de todos y que desconocen la eficacia de la regla dada en la parte primera del artículo 111 del Código de Minería. No ha sido dable constituir la administración entre los socios, reunidos en junta, á mayoría de votos. Tampoco ha podido obtenerse el concurso de dos tercios para confiar el cargo á extraños; y, de consiguiente, no admite aplicación la parte segunda del inciso primero del artículo 111 de la ley de 20 de diciembre. Y entretanto, el juez no encuentra otra regla que la del artículo 109 de esta ley, que lo llama á decidir los empates *conforme á la ley y al interés de la compañía.*

La palabra *empate* no es aquí técnica, y la define el diccionario de la lengua: "Acción de suspender el curso de un negocio de una obra". EMPATAR: "Igualar los sufragios en alguna votación. Suspender el curso de algún negocio ó embarazarlo por haberse presentado alguna dificultad ó *no reunirse las circunstancias necesarias para su resolución*".

Cuando en junta de veinte comuneros se producen dos corrientes de opiniones, una sustentada por nueve votos y la otra por once, y esta dualidad de pareceres hace imposible el concurso de dos tercios, pero produce el efecto de suspender y embarazar el curso del negocio por no reunirse la circunstancia necesaria (los dos tercios) ¿se produce ó nó, en castellano, un empate?

Luego el juez está llamado á resolver un empate con arreglo al artículo 109, consultando la ley y el interés social de la comunidad minera.

Gradualmente se ha llegado á dejar establecido:

1.° Que, no obstante la ausencia de una disposición expresa y clara en la ley, el negocio de constituir la administración de una sociedad minera se resuelve en junta de socios, ó mayoría de votos; y

2.° Que en la imposibilidad de reunir dos tercios de votos para confiar la administración á extraños, es llamado á resolver el juez en conformidad al artículo 109 del Código de Minería de 20 de diciembre.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Tales conclusiones podrán ser equivocadas; el raciocinio que ha conducido a ellas, podrá resentirse de método y en general, de apretada lógica; pero es seguro que los hechos en que descansa, son ciertos; y que es necesario desarrollarlo para resolver, dentro del régimen legal de hoy, en minería, lo que no ofrecía dificultades bajo el imperio del Código de 1874.

Un estudio más prolijo de tan interesante asunto ha de suministrar á otro, mejores soluciones.

FRUTOS OSANDÓN

La Serena, 1889.

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

"ART. 119. La parte que recusare á un juez, se presentará á él especificando la causa legal de recusación, ofreciendo probarla en caso necesario, y pidiendo se declare recusado, y remita el proceso al que deba subrogarle, ó deje de formar parte del tribunal en dicho proceso, si se trata de un miembro de un tribunal colegiado.

"Si la causa fuere legal, el juez ó ministro accederán á la petición y terminará el recurso.

"Si no accedieren, ordenarán inmediatamente pasar la solicitud al tribunal que debe conocer de la recusación conforme á la Ley de los Tribunales".

"ART. 120. El tribunal ante quien se hiciere la presentación examinará si la causa aducida es ó no legal.

"Si no lo fuere, rechazará de oficio la recusación".

"ART. 121. Si la causa aducida fuere legal, el tribunal mandará poner la recusación en conocimiento de la parte contraria y lo hará saber á aquél ante quien se hallare pendiente la contienda principal para que se abstenga del conocimiento de ella".

"ART. 122. La recusación se tramitará en la forma prevenida para los incidentes".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De estos tres artículos hay sólo material para uno solo y muy conciso.

En efecto, el examen prescrito en el artículo 120, inciso 1.º, es redundante, es lo que debe hacerse con toda solicitud; de modo que prescribir aquí esta regla general es hacerlo inútilmente. Además, el examen ya está hecho antes y por el mismo recusado, y ya tenemos en marcha dicha solicitud donde el juez que debe tramitarla y resolverla. Debe, pues, suprimirse el primer inciso por superfluo.

El rechazo *de oficio* del 2.º inciso es un absurdo cuando el juez obra á instancia de parte. Debe suprimirse el "de oficio", por impropio y contrario á la verdad.

En cuanto al artículo 121, debe suprimirse lo relativo á poner en conocimiento de la contraria: 1.º, por ser ese trámite el traslado, procedimiento esencial de todo incidente, y estar comprendido en la disposición del artículo 122, que ordena tramitar la recusación como incidente; y 2.º, porque ya la contraria tiene noticia del recurso con la presentación hecha ante el juez por recusar.

La 2.ª parte del artículo 121 está ya cumplida con lo dispuesto en el artículo 119 reformado. Como el recurso se comienza con la presentación ante el juez por recusar, dicho juez tiene que saberlo forzosamente, desde que él remitió los autos.

En cuanto al artículo 122, habrá que decir "como" después de "tramitará", y suprimir la frase "en la forma prevenida para los...."

En consecuencia, podrían redactarse así los artículos 120, 121 y 122 bajo el número de 120:

"ART. 120. Este tribunal, si creyere que la causa de recusación no fuere legal, la desechará sin más trámite.

"Si la creyere legal, la tramitirá y resolverá como incidente".

Hay aquí una segunda revisión de la legalidad de la petición. Esto es en obsequio de la independencia de los diversos jueces que conocen en el recurso.

Veamos el procedimiento que debe observarse una vez que queda firme la resolución de la recusación.

"ART. 123. Resuelto el artículo de recusación, la resolución

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se pondrá en noticia del juez recusado para que continúe ó no en el conocimiento del negocio».

Aquí se trata de la sentencia del incidente y del juez por recusar ó recusado; pero no se trata de las demás resoluciones que finalizan la recusación antes de entrar al período de incidente, ni se trata tampoco del juez subrogante.

Es preciso subsanar estos vacíos ú omisiones. El artículo 123 usa «recusado» aplicando esta voz al que es realmente recusado y al que no es recusado; porque se es tal desde que una sentencia de término lo declara así. Debemos evitar esa impropiedad y confusión de ideas.

No hay para qué consignar en la disposición de la ley lo que es objeto del cumplimiento de la sentencia del punto de la recusación.

Por lo tanto, parece que convendría redactar así el artículo 123.

«ART. 123. Ejecutoriada la sentencia que recayere en la recusación, si se diere lugar á ella, se la comunicará inmediatamente al recusado para su cumplimiento y al subrogante, en su caso, para que conozca del asunto principal. Si no se accediere á ella, se la comunicará también inmediatamente al juez ó Ministro por recusar para que siga conociendo del negocio ó formando parte del tribunal en su caso».

Se establece la *obligación inmediata* de la transcripción de la sentencia, el *objeto especial* de esa comunicación y *á quiénes* se participa.

El Proyecto, ni el artículo 123, propuesto por el señor Ravest, establecen esta obligación inmediata, que tiende á la pronta administración de la justicia; ni se ponen en todos los casos ideados por el artículo reformado.

«ART. 124. Si la recusación fuere rechazada, el recusante será condenado en las costas.

«Será además condenado al pago de una multa que no baje de dos pesos, ni exceda de ciento.

«La cuantía de la multa será determinada por el tribunal que conozca del incidente, tomando en consideración la categoría del juez recusado, la importancia de la causa principal, la fortuna del recusante y la mayor ó menor malicia con que hubiere intentado la recusación».

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El ejercicio del derecho de los litigantes no debe tener cortapisas de ningún género, debe ser amplio. Si existe el derecho de recusar ¿qué objeto persigue la multa? ¿Castigar el abuso? Y si de buena fe se ejercita el derecho ¿se castiga el haber pensado en otra forma que los jueces? ¿y si ellos están en el error y no la parte?

La multa en el sistema del Proyecto es para el Fisco; en el sistema español, artículo 136, es mitad para el Fisco y mitad para el colitigante. En el Proyecto no es gradual, queda al arbitrio exclusivo del juez; en la ley española es gradual, como en la actual ley, y como lo aconseja el señor Ravest.

Opinamos por que no haya multa previa ni no previa. Si se la impone por el abuso ¿de qué no se abusa? Cuando se abusa con los incidentes ¿por qué no se impone también multa? Esta disparidad hace ver más la injusticia de la multa. Basta con las *costas* y *costos*; esto último, como un equivalente á perjuicios por ser gasto extrajudicial; pero no por eso menos positivo.

Se redactaría así el

"ART. 124. Desestimada la recusación, el recusante será condenado en costas y costos".

Si hubiera de persistirse en el sistema de multas, haríamos de los dos incisos, el 2.º y 3.º, uno sólo; y estableceríamos una multa moderada y gradual, dividida entre el municipio y el colitigante.

La amplitud que el Proyecto otorga á los jueces es para alarmarse. Si á un pobre se le aplica el máximo de cien pesos, se le arruinaría. Podría establecerse cinco categorías y redactarse así el inciso agregando al 1.º la palabra "multa."

"La multa se dividirá por mitad entre la municipalidad y el colitigante, y será de dos pesos si se trata de un juez de distrito, de cuatro si de uno de subdelegación, de diez si de un juez árbitro ó de letras de departamento, de veinte si de un juez de cabecera de provincia, y de cuarenta, si de un Ministro de Corte".

"ART. 126. Mientras esté pendiente el incidente de recusación, el tribunal llamado á subrogar al acusado podrá dictar en el asunto principal las providencias que tengan el carácter de urgentes".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Convendría poner antes de éste el siguiente artículo, cuyas ideas no vienen en el Proyecto.

"ART. 126. La implicancia ó la recusación pueden interponerse en cualquier estado del juicio antes de estar éste en sentencia ó en vista en segunda instancia".

"Ambas se tramitarán en cuaderno por separado".

"ART. 126.—*A*. Mientras esté pendiente la implicancia ó la recusación, se suspenderá el curso de la causa principal; pero el juez que conoce de ella, en unión de un abogado, podrá dictar á petición de parte las providencias conservativas urgentes; y en el caso de un Ministro, dictará esta clase de providencia otro Ministro del tribunal de que él forma parte".

Es muy necesario el designar el tiempo en que pueden interponerse estos recursos, así como la forma de tramitación, en cuaderno separado, para no complicar el asunto capital.

En el artículo 126 de la reforma consignamos la suspensión del negocio principal, idea no expresada en el Proyecto; y redactamos este artículo siguiendo la forma del 112 reformado.

El Proyecto faculta al subrogante para dictar medidas urgentes. Para esta medida se tropieza con el inconveniente que el proceso está donde el juez que se trata de implicar ó recusar y que habría que pedírselo; de otro modo no se podría apreciar la urgencia, ni se podría proveer nada. Este trámite de sacar los autos es largo y expuesto. Por eso seguimos el sistema propuesto, el sistema de la ley actual, el aconsejado por el señor Ravest.

Nos apartamos, sí, de estos sistemas cuando se trata de un Ministro; no hallamos motivo alguno para que otro miembro del tribunal pueda tomar las providencias conservativas y urgentes. Él da suficiente garantía de imparcialidad.

La Ley Española y la nuestra especial de recusación, estatuyen que no se otorgue apelación cuando se concede la recusación, y la otorgan cuando se deniega. (Arts. 129 y 130, Ley Española).

El artículo 261 de la Ley Orgánica reaccionó contra este sistema, y en su artículo 261 quitó la apelación en absoluto y ordenó que se fallase la recusación en única instancia. Los males que ha producido este sistema de la no-apelación son

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

incalculables para los intereses particulares. Por eso sería útil concluir con tal sistema y conceder la amplitud del derecho de apelación en todo caso, dictando una disposición así:

"ART. 126.—*B.* Toda sentencia de recusación es apelable"

No tendrían apelación por el artículo 260, Ley Orgánica, los decretos en el caso de implicancia, ni por el artículo 261 en los casos de recusación, por cuanto en esa parte no serían derogados esos artículos; lo serían en cuanto á las sentencias.

Dejemos cierta libertad de acción en la defensa de los derechos de los litigantes. Confiemos en el buen sentido y en que serán un correctivo para los audaces las costas de primera y segunda instancia en que se les condene.

Ya es tiempo de formular el artículo de que hablamos al tratar del epígrafe de este título. Dicho artículo sería el siguiente:

"ART. 126.—*C.* Los peritos, tasadores y liquidadores podrán ser recusados por la parte que no los propuso, sin expresar causa y hasta el número de dos, ante el juez en cuyo tribunal deban prestar sus servicios.

"La parte que los propuso sólo podrá recusarlos expresando causa legal de recusación, y serán las de los jueces en cuanto les son aplicables".

Convendría determinar desde cuándo surte efecto una recusación; á eso tiende el siguiente artículo:

"ART. 126.—*D.* La recusación sin expresar causa de cualquier funcionario judicial surtirá efecto desde que se inicia. La que requiere expresión de causa, desde que se admite por el tribunal".

Aquí la voz "tribunal" significa "juez" ó "Corte"; y está tomado en sentido propio y en metafórico.

Estos dos artículos contemplan casos no consignados en el Proyecto, ni en las leyes existentes vigentes, y vienen á llenar verdaderos vacíos que existen en la legislación. Con ellos se evitan cuestiones y dificultades.

El recurso de recusación de peritos, etc., se cree derogado por el artículo final de la Ley Orgánica. Se llena, pues, con el primer artículo de los dos anteriores un vacío de importancia y se salva una anomalía para los que no lo creen derogado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las observaciones y artículos propuestos por el señor Ravest quedan refutados con lo dicho en general más adelante.

TÍTULO XVI.—Del privilegio de pobreza

El epígrafe debería ser "Privilegio de servirse gratuitamente", porque se acerca más á la verdad. En efecto, el privilegio ó *beneficio* no está en *ser pobre* ó en la pobreza de alguien, sino en *obtener servicios gratuitos*, en servirse sin ejecutar pago alguno. El ser pobre es la *base* ó fundamento de tal beneficio, pero no es el beneficio mismo.

En España se llama este privilegio "Defensa de pobre". Tal epígrafe tiene el mismo defecto por lo que mira á la voz "pobre". El epígrafe podría ser "Privilegio de gratuidad" ó el del principio.

"ART. 127. Las personas que gozaren del privilegio de pobreza con arreglo á la ley y las que lo obtuviesen por decreto judicial, tendrán derecho para ser servidas gratuitamente por los funcionarios del orden judicial y por los abogados, procuradores y oficiales subalternos que fueren nombrados para prestar sus servicios á los litigantes pobres; pero las últimas quedan sujetas al pago de los derechos que causaren, en los casos y en la forma que determinan los aranceles judiciales.

"Quedarán también exentas del pago de las multas que en el presente Código se imponen á los litigantes, á menos que el tribunal entienda que proceden con notoria malicia, pues en este caso quedarán sujetas al pago de la multa, la cual podrá conmutárseles en un arresto á razón de un día por cada dos pesos".

El artículo 127 reconoce *dos categorías* de pobres: una que goza del privilegio con arreglo á la ley, y otra que lo obtiene por sentencia: ambas categorías existen con arreglo á la ley; en este punto no hay diferencia, y según él sólo puede haber una clase de privilegio, el con arreglo á la ley, por cuanto ambos son otorgados conforme á la ley. En este concepto, juzgamos perfectamente bien usado el complemento "con arreglo á la ley", que usa la redacción del Proyecto.

Lo que hay de más en la redacción del artículo 127 es la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

proposición "y las que lo obtuvieren por decreto judicial". Se puede omitir y su omisión no hace falta alguna. Por otra parte, los que obtienen el privilegio por sentencia, gozan de él con arreglo ó en virtud de la ley. Esto es evidente.

Con todo, si se quiere distinguir el *origen* del privilegio ó la causa inmediata que lo produce, hay que decir que unos son pobres *por ministerio de la ley* y otros por sentencia judicial. En el primer caso, el privilegio nace *de la ley* misma; en el segundo, *del juez*. En este supuesto y queriéndose dar á entender la circunstancia referida, el uso de "con arreglo á" sería impropio y debería reemplazarse por el complemento "por ministerio de" ó "por mandado de", que sería el único propio y correcto.

Á la voz "decreto" se le da en este artículo el sentido figurado de "sentencia." Como dicha voz está definida en el artículo 150 y en esa definición no tiene el sentido de sentencia, se sigue que está mal usada y que debe quitarse, empleando en su lugar la dicción legal "sentencia".

El artículo 127 del Proyecto expresa *quiénes* tienen derecho á ser servidos gratuitamente y *por quiénes*. La enumeración de estos últimos es defectuosa, comprendiendo más que lo efectivo. La frase "funcionarios del orden judicial" comprende á los *jueces*, los que sirven gratuitamente á todos sin distinción, y no únicamente á los pobres; ella no comprende á los *procuradores* y demás *oficiales subalternos*, pues el proyecto los especifica después de aquella frase general y los enumera aparte.

El artículo 389 de la Ley de Tribunales dice que los "procuradores" son "oficiales"; luego están ellos comprendidos en la expresión "oficiales subalternos" del Proyecto, y la repetición de la voz "procuradores" es redundante é inútil en tal caso.

Hay en el artículo 127 una promiscuidad de expresiones y de ideas que deben evitarse.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE—1. ALEGATO EN EL JUICIO QUE FRANCISCO GIL CANIU Y COMPARTES SOSTIENEN CONTRA EL FISCO SOBRE REIVINDICACIÓN DE LA ISLA DE COIHUECO. Opúsculo de 68 páginas, Imprenta de "La Libertad Electoral," 1889. Es un escrito de téngase presente del abogado don Abel Saavedra, presentado á la Corte Suprema en el juicio referido.—2. ALEGATO POR PARTE DE DON JUAN FERNÁNDEZ Y ARNEDO Y DON FELIPE DE LA MATTA Y FERNÁNDEZ, *sobre mejor derecho al goce de dos quinquenios del vínculo de Bucalemu*, pronunciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago y en la audiencia del 19 de noviembre de 1889, por el abogado don Roberto Huneeus. Un opúsculo de 71 páginas, Imp. Cervantes, 1889.—3. RESPUESTA AL ALEGATO DE BIEN PROBADO DE LOS HEREDEROS DE DON MANUEL FERNÁNDEZ CERECEDA *en el juicio sobre derecho á los censos en que se ha convertido la vinculación de Bucalemu*, por el abogado de don Vicente Balmaceda, don Carlos Aldunate Solar. Un opúsculo de 38 págs, Imp. Santiago, 1889.—4. PROYECTO DE LEY DE ELECCIONES *que presenta al Congreso de la República el Directorio General del partido democrático*. Un opúsculo de 56 páginas, Imp. de "El Correo," 1889.—5. LAS SOCIEDADES DE SEGUROS DE VIDA ANTE EL IMPUESTO. Opúsculo de 24 págs. Imp. Victoria, 1889, firmado por el presidente y secretario de la Junta de Vigilancia de *La Equitativa*, señores don Adolfo Ibáñez y don Fernando Mayer.—6. CHEQUES. *Escrito* presentado por el Banco Santiago en el juicio promovido por el Banco de Valparaíso sobre cobro de un cheque. Un opúsculo de 103 páginas, Imp. Cervantes, 1889. Es un estudio de mérito por el lato desarrollo de la materia y su erudición, no menos que por el interés científico de sus doctrinas, debido al estudioso y distinguido abogado don José Francisco Fabres.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.º de febrero de 1890 NÚM. 9

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don José Manuel Fernández Carvallo; don Domingo Roberto Contreras; don Bernardo Argomedo; don José Benítez, por E. C. L.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado. Apéndices: I. Tratados sancionados por el Congreso Sud Americano de Montevideo en 1889: Tratado de Derecho Civil Internacional.—La ley de matrimonio civil y los artículos 36, 38 y 39 del Código Civil, por L. O.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Un caso de aplicación de la ley de 3 de agosto de 1876, por don Francisco Beutner Mary.—Revista bibliográfica: Juicio de la Sociedad de Casación de Bogotá sobre la obra *Estudio sobre la ley de matrimonio civil*, por Enrique C. Latorre.

DON JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ CARVALLO

El 7 de enero ha fallecido este distinguido miembro de la alta magistratura judicial.

Había hecho estudios detenidos y especiales del Derecho. Sirvió primeramente en 1870-73, un empleo administrativo en la provincia de Aconcagua, y fué en seguida nombrado juez letrado de Chillán, donde permaneció hasta 1878.

El 8 de agosto de este año fué promovido al juzgado de letras de Talca, y creada la Corte de Apelaciones de esa ciudad, se le nombró Ministro de ella el 5 de septiembre de 1888.

Era un juez que gozaba de un merecido prestigio por su versación, talento y probidad intachable. Su trabajo sobre el artículo 1554 del Código Civil es magistral por más de un concepto.

DON DOMINGO ROBERTO CONTRERAS

El 29 de enero dejó de existir en la ciudad de Valdivia el señor Contreras, que desempeñaba el puesto de juez letrado de aquel departamento.

Había sido profesor de Derecho en el liceo de Concepción,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

relator de la Corte de Apelaciones de esta ciudad y juez letrado de Angol.

DON BERNARDO ARGOMEDO

En el mismo mes de enero ha fallecido el juez letrado de Rere, con cuyo nombre encabezamos estas líneas.

Había desempeñado diversos puestos judiciales y ejercido con éxito su profesión durante largos años.

DON JOSÉ BENÍTEZ

En los comienzos del mismo mes, verdaderamente fatal para nuestra magistratura, dejó de existir este abogado, que ejercía el cargo de juez de letras de Talcahuano.

El señor Benítez era también ingeniero, como el abogado don Abelardo Duvanced, recién fallecido también, y que tan gratos recuerdos ha dejado en nuestro foro.

El señor Benítez se dedicó en sus primeros años al profesorado tanto en Santiago como en Concepción hasta que como revolucionario fué expatriado en 1859.

Diputado después al Congreso Nacional, se consagró desde 1836 á la carrera judicial y desempeñó por muchos años la judicatura de letras en el departamento de Rere.

Hace poco tiempo había sido promovido al juzgado de Talcahuano.

E. C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

APÉNDICES

I

Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889

Tratado de Derecho Civil Internacional

S. E. el Presidente de la República Argentina, S. E. el Presidente de la República de Bolivia, S. E. el Presidente de la República del Paraguay, S. E. el Presidente del Perú, y S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, han convenido en celebrar un tratado sobre Derecho Civil Internacional, por medio de sus respectivos plenipotenciarios, reunidos en congreso en la ciudad de Montevideo, por iniciativa de los Gobiernos de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay, estando representados:

S. E. el Presidente de la República Argentina, por el señor doctor don Roque Sáenz Peña, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Oriental del Uruguay, y por el señor doctor don Manuel Quintana, Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

S. E. el Presidente de la República de Bolivia, por el señor don Santiago Vaca Guzmán, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina.

S. E. el Presidente de la República del Paraguay por el señor doctor don Benjamín Aceval y por el señor doctor don José Z. Caminos.

S. E. el Presidente de la República del Perú, por el señor doctor don Cesáreo Chacaltana, Enviado Extraordinario y Ministro

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

plenipotenciario de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por el señor doctor don Manuel María Gálvez, fiscal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, por el señor doctor don Ildefonso García Lagos, Ministro, secretario de Estado en el departamento de Relaciones Exteriores y por el señor doctor don Gonzalo Ramírez, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina.

Quienes, previa exhibición de sus plenos poderes, que hallaron en debida forma, y después de las conferencias y discusiones del caso, han acordado las estipulaciones siguientes:

TÍTULO PRIMERO

De las personas

ARTÍCULO PRIMERO. La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio.

ART. 2.º El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación ó habilitación judicial.

ART. 3.º El Estado, en el carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de otro Estado, de conformidad á las leyes de este último.

ART. 4.º La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales.

El carácter que revistan las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución, todas las acciones y derechos que le corresponden.

Mas para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán á las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.

TÍTULO II

Del domicilio

ART. 5.º La ley del lugar en el cual reside la persona, deter-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio.

ART. 6.º Los padres, tutores y curadores tienen su domicilio en el territorio del Estado por cuyas leyes se rigen las funciones que desempeñan.

ART. 7.º Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales.

ART. 8.º El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio, y en defecto de éste se reputa por tal el del marido.

ART. 9.º Las personas que no tuvieren domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia.

TÍTULO III

De la ausencia

ART. 10. Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto á los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en que esos bienes se hallan situados.

Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía.

TÍTULO IV

Del matrimonio

ART. 11. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo se rigen por la ley del lugar en que se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados á reconocer el matrimonio que se halle afectado de algunos de los siguientes impedimentos:

A) Falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimum catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer;

B) Parentesco en línea recta por consanguinidad ó afinidad, sea legítimo ó ilegítimo;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

C) Parentesco entre hermanos legítimos ó ilegítimos;

D) Haber dado muerte á uno de los cónyuges, ya sea como autor principal ó como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite;

E) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

ART. 12. Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial.

Si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos derechos y deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio.

ART. 13. La ley del domicilio matrimonial rige:

A) La separación conyugal;

B) La disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró.

TÍTULO V

De la patria potestad

ART. 14. La patria potestad, en lo referente á los derechos y deberes personales, se rige por la ley del lugar en que se ejercita.

ART. 15. Los derechos que la patria potestad confiere á los padres sobre los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos que los afecten, se rigen por la ley del Estado en que dichos bienes se hallan situados.

TÍTULO VI

De la filiación

ART. 16. La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.

ART. 17. Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajena á la validez ó nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 18. Los derechos y obligaciones concernientes á la filiación ilegítima se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.

TÍTULO VII

De la tutela y curatela

ART. 19. El discernimiento de la tutela y curatela se rige por la ley del lugar del domicilio de los incapaces.

ART. 20. El cargo de tutor ó curador discernido en alguno de los Estados signatarios, será reconocido en todos los demás.

ART. 21. La tutela y curatela, en cuanto á los derechos y obligaciones que imponen, se rigen por la ley del lugar en que fué discernido el cargo.

ART. 22. Las facultades de los tutores y curadores respecto de los bienes que los incapaces tuvieren fuera del lugar de su domicilio, se ejercitarán conforme á la ley del lugar en que dichos bienes se hallan situados.

ART. 23. La hipoteca legal que las leyes acuerdan á los incapaces sólo tendrá efecto cuando la ley del Estado en el cual se ejerce el cargo de tutor ó curador, concuerde con la de aquel en que se hallan situados los bienes afectados por ella.

TÍTULO VIII

Disposiciones comunes á los títulos IV, V y VII

ART. 24. Las medidas urgentes que conciernen á las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y á la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residan los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores.

ART. 25. La remuneración que las leyes acuerdan á los padres, tutores y curadores y la forma de la misma, se rige y determina por la ley del Estado en el cual fueron discernidos tales cargos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TÍTULO IX

De los bienes

ART. 26. Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen, en cuanto á su calidad, á su posesión, á su enajenabilidad absoluta ó relativa y á todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

ART. 27. Los buques en aguas no jurisdiccionales se reputan situados en el lugar de su matrícula.

ART. 28. Los cargamentos de los buques en aguas no jurisdiccionales se reputan situados en el lugar del destino definitivo de las mercaderías.

ART. 29. Los derechos creditorios se reputan situados en el lugar en que la obligación de su referencia debe cumplirse.

ART. 30. El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo á la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición.

Sin embargo, los interesados están obligados á llenar los requisitos de fondo ó de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición ó conservación de los derechos mencionados.

ART. 31. Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes de conformidad á la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente.

TÍTULO X

De los actos jurídicos

ART. 32. La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

ART. 33. La misma ley rige:

A) Su existencia;

B) Su naturaleza;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

C) Su validez;

D) Sus efectos;

E) Sus consecuencias;

F) Su ejecución;

G) En suma, todo cuanto concierne á los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

ART. 34. En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas é individualizadas, se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebradas.

Los referentes á cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios,

A) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;

B) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producir sus efectos;

C) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato.

ART. 35. El contrato de permuta sobre cosas situadas en distintos lugares sujetos á leyes disconformes, se rige por la del domicilio de los contrayentes, si fuese común al tiempo de celebrarse la permuta, y por la del lugar en que la permuta se celebró, si el domicilio fuese distinto.

ART. 36. Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia.

ART. 37. La perfección de los contratos celebrados por correspondencia ó mandatario se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta.

ART. 38. Las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito ó ilícito de que proceden.

ART. 39. Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan.

Los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TÍTULO XI

De las capitulaciones matrimoniales

ART. 40. Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas, y de los que adquieran posteriormente, en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación.

ART. 41. En defecto de capitulaciones especiales, en todo lo que ellas no hayan previsto y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado, de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio.

ART. 42. Si no hubiesen fijado de antemano un domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio.

ART. 43. El cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto á los bienes, ya sean adquiridos antes ó después del cambio.

TÍTULO XII

De las sucesiones

ART. 44. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento.

Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes, será admitido en todos los demás.

ART. 45. La misma ley de la situación rige:

A) La capacidad de la persona para testar;

B) La del heredero ó legatario para suceder;

C) La validez y efectos del testamento;

D) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

E) La existencia y proporción de las legítimas;

F) La existencia y monto de los bienes reservables;

G) En suma, todo lo relativo á la sucesión legítima ó testamentaria.

ART. 46. Las deudas que deban ser satisfechas en algunos de los Estados contratantes, gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante.

ART. 47. Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán sus saldos proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales.

ART. 48. Cuando las deudas deban ser canceladas en algún lugar en que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente.

ART. 49. Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte; se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio y, en defecto de ellos ó por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante.

ART. 50. La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida.

Si la colación consiste en algún bien raíz ó mueble, se limitará á la sucesión de que ese bien dependa.

Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones á que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente á su haber en cada una de ellas.

TÍTULO XIII

De la prescripción

ART. 51. La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley á que las obligaciones correlativas están sujetas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 52. La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar de la situación del bien gravado.

ART. 53. Si el bien gravado fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

ART. 54. La prescripción adquisitiva de bienes muebles ó inmuebles, se rige por la ley del lugar en que están situados.

ART. 55. Si el bien fuese mueble y hubiese cambiado de situación, la prescripción se rige por la ley del lugar en que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

TÍTULO XIV

De la jurisdicción

ART. 56. Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar á cuya ley está sujeto el acto jurídico, materia del juicio.

Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado.

ART. 57. La declaración de ausencia debe solicitarse ante el juez del último domicilio del presunto ausente.

ART. 58. El juicio sobre capacidad ó incapacidad de las personas para el ejercicio de los derechos civiles, debe seguirse ante el juez de su domicilio.

ART. 59. Las acciones que procedan del ejercicio de la patria potestad y de la tutela y curatela sobre la persona de los menores é incapaces y de éstos contra aquéllos, se ventilarán, en todo lo que les afecte personalmente, ante los tribunales del país en que estén domiciliados los padres, tutores ó curadores.

ART. 60. Las acciones que versen sobre la propiedad, enajenación ó actos que afecten los bienes de los incapaces, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en que esos bienes se hallen situados.

ART. 61. Los jueces del lugar en el cual fué discernido el cargo de tutor ó curador, son competentes para conocer del juicio de rendición de cuentas.

ART. 62. El juicio sobre nulidad del matrimonio, divorcio,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

disolución, y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal.

ART. 63. Serán competentes para resolver las cuestiones que surjan entre esposos sobre enagenación ú otros actos que afecten los bienes matrimoniales los jueces del lugar en que estén ubicados esos bienes.

ART. 64. Los jueces del lugar de la residencia de las personas son competentes para conocer de las medidas á que se refiere el artículo 24.

ART. 65. Los juicios relativos á la existencia y disolución de cualquiera sociedad civil, deben seguirse ante los jueces del lugar de su domicilio.

ART. 66. Los juicios á que dé lugar la sucesión por causa de muerte, se seguirán ante los jueces de los lugares en que se hallen situados los bienes hereditarios.

ART. 67. Las acciones reales y las denominadas mixtas deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre que la acción recaiga.

Si comprendieren cosas situadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de cada una de ellas.

Disposiciones generales

ART. 68. No es indispensable para la vigencia de este tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe, lo comunicará á los Gobiernos de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber á las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

ART. 69. Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

ART. 70. Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del tratado ó introducir modificaciones en él, lo avisará á las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar á un nuevo acuerdo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 71. El artículo 68 es extensivo á las naciones que, no habiendo concurrido á este Congreso, quisieran adherirse al presente tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las naciones mencionadas, lo firman y sellan en el número de cinco ejemplares en Montevideo, á los..... días del mes de febrero del año de mil ochocientos ochenta y nueve.—ROQUE SÁENZ PEÑA.—MANUEL QUINTANA.—SANTIAGO VACA GUZMÁN.—BENJAMÍN ACEBAL.—JOSÉ Z. CAMINOS.—CESAREO CHACALTANA.—M. M. GÁLVEZ.—ILD. GARCÍA LAGOS.—GONZALO RAMÍREZ.

(Continuará).

LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL Y LOS ARTÍCULOS 36, 37 38 Y 39 DEL CÓDIGO

En su *Estudio de la ley de matrimonio civil*, y refiriéndose á las cuestiones que pueden suscitarse relativamente á la calidad de ciertos hijos con motivo de las profundas innovaciones que aquella ley introdujo en materia de impedimentos para el matrimonio, el distinguido Director de esta REVISTA afirma que tales cuestiones no tienen atingencia directa con el asunto, porque sobre todo la principal de ellas, referente á la vigencia de los preceptos del Código Civil sobre los hijos sacrílegos, no se resuelve por la ley de matrimonio, que no trata en ninguna parte de los hijos, por ser materia extraña á su objeto (1).

Disentimos un poco de esta opinión, porque una ley de tal naturaleza no puede ser extraña á la calidad de los hijos, que son el fin primordial del matrimonio; y si la de 10 de enero de 1884 no se ocupó de ellos, debe de haber sido porque tal vez creyó que al respecto bastaban las disposiciones del Código, sin tomar suficientemente en cuenta los efectos á que el nuevo estado de cosas iba á dar lugar.

De dos de esas cuestiones vamos á ocuparnos en este artículo, y son las relativas á los hijos incestuosos y á los sacrílegos, pues nos proponemos manifestar que la segunda parte del nú-

(1) Pág. 51, nota 1.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mero 2.° y el 3.° del artículo 38 del Código Civil, como igualmente el artículo 39 del mismo, han sido derogados por la ley de matrimonio civil. Y como después de la vigencia de èsta ley han contraído matrimonio algunos religiosos y personas que se hallaban entre sí en el segundo grado de afinidad ó tercero de consanguinidad, apenas necesitamos advertir que estas observaciones no son de carácter meramente especulativo sino práctico, y esto es lo que nos ha movido á formularlas.

***

Una de las sanciones más injustas, porque no pesa directamente sobre los verdaderos culpables, es la de negar á los hijos de ciertas relaciones prohibidas por la ley algunos importantes derechos civiles. No entra en nuestro propósito el estudiar á fondo esta cuestión, sino simplemente establecer como base de nuestro estudio que esa negación tiene por fundamento la ilicitud de las relaciones entre los padres, consideradas desde el punto de vista de los impedimentos más ó menos absolutos que los progenitores pudieran tener para celebrar el contrato de matrimonio.

Tal fundamento no necesita demostrarse, porque si la ley no reglamentara la unión del hombre con la mujer, sino que la dejara al arbitrio de los interesados, no se comprende que hubiera impedimentos legales para el contrato, ni cabría hacer entre los hijos, para los efectos civiles, distinciones derivadas de una unión de tal clase. Pero se considera que por razones de pública utilidad social, el matrimonio debe estar sometido á la acción del Legislador; y es precisamente en esta idea capital donde es necesario buscar el origen de la sanción á que nos hemos referido, ya que si la ley puede y debe establecer las reglas que rigen aquella institución, no podrá ser extraña, para los efectos civiles, á la calidad de los hijos nacidos de uniones que ante ella serían imposibles.

***

Así, pues, y volviendo á nuestro asunto, incorporado el Dere-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cho Canónico en el Civil Chileno en lo relativo á impedimentos para contraer matrimonio, la lógica obligó al Legislador á dictar las disposiciones de los artículos 38 y 39 del Código, complementado aquél con el enérgico precepto del artículo 104.

Pero la ley de 10 de enero de 1884, y por razón de parentesco, sólo prohibe en su artículo 5.º el matrimonio entre ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad, y el de los colaterales sólo por *consanguinidad* y hasta el segundo grado inclusive, es decir, de los hermanos entre sí. De manera, pues, que es incontrovertible que el cuñado puede casarse válidamente con la cuñada, y el tío con la sobrina.

Del mismo modo, entre los impedimentos dirimentes, ya sean absolutos ó relativos, que estableció la recordada ley, no figura alguno referente á los clérigos de órdenes mayores ó á los religiosos. En consecuencia, es también incontrovertible que dichas personas pueden contraer matrimonio válido.

Por consiguiente, é invocando nuevamente el principio que hemos sentado como base de este ligero estudio, de que son los impedimentos para el matrimonio lo que hace necesario la desigualdad de los hijos en cuanto á los derechos civiles, se llega directamente á la conclusión de que han sido derogadas las disposiciones á que hemos venido refiriéndonos, porque, habiendo cesado en virtud de la nueva ley la causa que servía de fundamento á aquellos preceptos legales, han cesado también sus efectos, y quizás sea esta la razón que tuvo el Legislador de 1884 para no derogar expresamente el artículo 39, el número 3.º y última parte del número 2.º del artículo 38 del Código.

Por lo demás, sería perfectamente conducente á la demostración anterior lo que dispone el artículo 39 de la ley de matrimonio.

***

En la interpretación de las leyes, el procedimiento más fecundo y que más vivamente hace resaltar el sentido y alcance de sus preceptos, es el de llevar éstos á todas sus consecuencias posibles; y si esos preceptos se refieren al estado civil de las personas, aplicarlos á todos los en que un individuo puede ha-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

llarse. Trataremos de seguir ese procedimiento en las siguientes observaciones.

Ya hemos manifestado que el tío y la sobrina pueden casarse válidamente; sus hijos serán indudablemente legítimos. Supongamos ahora que tío y sobrina hayan contraído una unión libre, y que de ella haya nacido un hijo. Sentado esto, analicemos las consecuencias ó efectos jurídicos que se desprenderían de suponer vigentes las disposiciones del Código materia de este estudio. En tal hipótesis, el hijo sería necesariamente incestuoso, y, en consecuencia, de dañado ayuntamiento, circunstancia por la cual no podría ser reconocido como hijo natural por uno ó ambos padres. (Arts. 36, inc. 3.º, y 270 del Código). Verdad es que si ambos padres contraen después matrimonio, podrían legitimarlo, porque á este respecto no hay otras limitaciones que las determinadas en los artículos 203, 204 y 205 del Código Civil; pero bien puede haber fallecido uno de los padres, ó no querer casarse con el otro; y tendríamos así, en la hipótesis de que nos ocupamos, que el hijo no podrá ser reconocido como natural por sus padres, pero sí que éstos podían legitimarlo, consecuencia jurídicamente absurda.

En la misma hipótesis, si el hijo no puede ser reconocido como natural por sus padres, pero sí legitimado, se le priva de serlo *ipso jure*, ya que el beneficio no podría hacerse en otra forma que en la del artículo 208 del Código, conclusión que es también otro absurdo jurídico.

Lo que venimos diciendo se aplica en todas sus partes á los hijos de los ordenados *in sacris*, de los religiosos y á los habidos entre afines de segundo grado, y en todos los casos se llega á las conclusiones anteriores. Es, pues, necesario convenir en que han sido derogadas por la ley de matrimonio las disposiciones del Código Civil materia de estas observaciones, y en consecuencia, que para los efectos legales no son de dañado ayuntamiento los hijos á que se refieren la última parte del número 2.º del artículo 38, el 3.º del mismo artículo y el 39.

***

En el estudio de la ley de matrimonio civil que hemos citado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

al principio, dice el señor Latorre (1) que el proyecto de 1875 declaraba derogado el artículo 36 del Código en su número 3.º, así como el 39. No tenemos dicho proyecto á la mano; y si creemos que era lógico el derogar expresamente el artículo 39, respecto del número 3.º del 36 pensamos que esa derogación no podía ser total sino parcial y en cuanto las disposiciones de la nueva ley pugnaran con las de la antigua. Y ya que incidentalmente nos ocupamos de esta cuestión, para concluir, y por su relación inmediata con nuestro asunto, es conveniente, para fijar bien las ideas, determinar con precisión el alcance que actualmente tiene el inciso 3.º del artículo 36 ya citado.

Á este respecto, é invocando otra vez el principio á la luz del cual creemos haber resuelto la cuestión que nos propusimos, sostenemos que dicho inciso ha sido derogado sólo en parte, y que, para los efectos civiles, subsiste aún la calidad de hijos de dañado ayuntamiento, pero limitada en la misma proporción que la ley de matrimonio restringió los impedimentos para contraerlo.

Así, pues, como ya lo comprobamos, y para los efectos civiles, no hay hijos sacrílegos; subsiste la de incestuosos, más sólo respecto de los á que se refieren los números 1.º y 1.º del 2.º del artículo 38, pues coexisten estas disposiciones con el artículo 5.º de la ley de 10 de enero de 1884; subsiste, finalmente y para los mismos efectos, la condición de adulterinos.

L. O.

Enero de 1890.

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

De las dos clases de privilegiados reconocidas por el artículo analizado, una no paga ningún derecho en ningún caso; esta clase es la por ministerio de la ley; la otra clase, la por senten-

(1) Pág. 61, nota 1.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cia, paga ciertos derechos; los que disponen los artículos 40 y 41 de los Aranceles Judiciales.

En el sistema que proponemos no aceptamos diferencia alguna; el privilegiado es igual en todo, sea cualquiera su origen, y no debe serlo á medias y con cortapisas que no reconocen ninguna base razonable. Debe suprimirse la diferencia que establece la parte final del inciso 1.º del artículo 127 en relación con la Ley de Aranceles.

En el segundo inciso se libra al beneficiado de las multas, menos cuando el juez halle que ha procedido "con notoria malicia". En este caso, si no hay dinero, hay prisión para el pobre. Si, por ejemplo, se le condenare á 100 pesos de multa, tendría que sufrir cerca de sesenta días de prisión. Todo lo cual es una monstruosidad y un retroceso; porque el cumplimiento de una obligación civil, pagadera en dinero, se efectúa por medio de un castigo. "Deber" no es sinónimo á "ser criminal"; no tener dinero no es un delito. El reemplazo del dinero por arresto es el renacimiento de la prisión por deudas con otro nombre. Debe quitarse la excepción que consigna el inciso 2.º, porque contiene la iniquidad ya notada, y porque otorga al juez una facultad sujeta sólo á su arbitrio, sin ninguna cortapisa externa para cortar el abuso con su falta de observancia.

El artículo 127 no dice *donde* se tiene el derecho de ser servido gratuitamente, si *en un* juicio ó si *fuera* de él; ni comprende *el uso del papel*, que no es servicio, ni nadie lo presta. Hay que llenar estos vacíos y comprender los pormenores antes relacionados.

En consecuencia, las ideas que han merecido nuestra aceptación podrían expresarse en la siguiente forma:

"ART. 127. La intervención en un juicio será gratuita para el que gozare del privilegio de gratuidad por ministerio de la ley ó por sentencia judicial".

"ART. 127 A. Este privilegio consiste en no pagar:

"1.º La contribución de papel sellado;

"2.º Las cantidades especificadas en los Aranceles Judiciales;

"3.º El honorario del abogado que lo defienda;

"4.º Las multas que esta ley impone al litigante".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En ambos artículos determinamos y establecemos *la gratuidad* de los servicios y del uso del papel; decimos en qué consiste el privilegio, *á quién* aprovecha y *quién* lo otorga, la ley ó el juez. No damos al privilegio el nombre "de pobreza" sino "de gratuidad"; porque esa es la verdad y su verdadero nombre. Expresamos con la frase "de gratuidad" la esencia misma del privilegio y no la causa eficiente ó fundamental del privilegio. En nuestro sistema ya no habrá litigantes "declarados pobres", sino litigantes "privilegiados". Con esta última expresión nos acercamos más á la verdad. El empleo de las voces de nuestro sistema es menos bochornoso para la dignidad humana, á la que no hay para qué herir en sus trances angustiosos.

El privilegio está en no pagar lo que todo litigante paga, y no está en la pobreza.

En el número 1.° del artículo 27 A, se comprende la exención del uso del papel sellado, lo mismo que en el artículo 181 de la Ley Española.

En la reforma no decimos "derechos", como en el Proyecto, para evitar el uso impropio de esta palabra y para llamar las cosas por su verdadero nombre. En lugar de esa voz "derechos" empleamos la dicción "contribución" en el número 1.° citado, y "cantidades" en el número 2.°

Es verdad que lo mandado en el número 1.° está prescrito en el número 2.° del artículo 7.° de la ley especial de papel sellado, y que lo dispuesto en el número 2.° del artículo 127 A, está ordenado en el artículo 39 de la ley de Aranceles; pero es útil repetir esos preceptos, porque estamos codificando las disposiciones dispersas que existen sobre la materia por codificar, aunque estén en leyes aisladas, pero que no están codificadas.

En el número 2.° entra el honorario de procurador, por cuanto lo determina la ley de Aranceles. También comprende los emolumentos de los demás funcionarios que dicha ley menciona.

El número 3.° y 4.° no está comprendido en esta ley; por eso es necesaria su enumeración. Las multas que impone este Código de Enjuiciamiento no tienen el carácter que las del Código Penal; y por esta razón no pueden ser reemplazadas con arresto ni prisión.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 128. La exención del artículo precedente comprende los derechos que se causaren en la instancia para obtener el privilegio, en caso de obtenerse éste, menos en lo relativo á la contribución de papel sellado".

Este artículo debe suprimirse porque contiene un precepto que pugna con la razón y una excepción de mezquindad. En efecto, según la redacción del Proyecto, la exención consiste en el derecho de servirse gratuitamente; pues bien, ese derecho comprende las costas ó derechos que se causaren en la instancia ó en el incidente del privilegio. ¿Cómo las costas van á estar comprendidas en el derecho de servirse gratuitamente? Aquí está el contrasentido. Cambiando la redacción y el verbo "comprende" por "se extiende á", entonces desaparece la anomalía.

La excepción sólo favorece al Fisco y ella importa para cada caso, y en la generalidad de ellos, de 60 á 80 centavos. Esta suma es una mezquindad y no vale la pena consignarla en la ley, complicando su mecanismo.

El artículo 193 de la Ley española no excepciona el papel en el caso del artículo 128 del Proyecto, y ¿por qué nosotros habíamos de ser tan rancios y económicos con los que no se debe ser? Del artículo 128 sólo conservamos la idea que consigna el número 8.° del siguiente artículo que enumera de un modo taxativo los que gozan del privilegio por ministerio de la ley. En esta parte seguimos la idea de la Ley española, tantas veces citada.

En lugar del artículo 128 del Proyecto, proponemos el siguiente:

"ART. 128. Gozarán del beneficio del artículo anterior:

"1.° El Fisco;

"2.° Las municipalidades y parroquias;

"3.° Las congregaciones mendicantes;

"4.° Los establecimientos de educación y de beneficencia;

"5.° Los conventos religiosos que tengan una escuela de instrucción primaria;

"6.° Los que estuvieren en prisión y en lo relativo á ella;

"7.° Los reos condenados, para dirigirse á cualquiera autoridad constituída; y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"8.º Los que obtuvieren el privilegio y en lo relativo al proceso, para obtenerlo".

Cada caso de los cinco primeros números representa un bien para la colectividad, tal como real y verdaderamente está constituída la sociedad chilena. Cada caso de los tres números últimos simboliza un bien individual en obsequio de ciertos desgraciados y desheredados de la fortuna. Ningún caso admite excepción y cada uno tiene su razón de ser lógica y fundamental. Ninguno significa un privilegio odioso; para la generalidad se evita la declaración judicial, y en eso está más bien el privilegio y la importancia del artículo.

"ART. 129. El privilegio de pobreza sólo podrá otorgarse para una ó más causas determinadas, y deberá pedirse al tribunal á quien por la ley corresponde el conocimiento en primera instancia del asunto ó asuntos para los cuales haya de tener efecto".

"ART. 130. El privilegio de pobreza puede pedirse en cualquier estado en que se encuentre el juicio principal, y aun antes que éste se comience".

La materia confundida en estos dos artículos deberá ir separada por orden en los que los reemplacen. Así uniremos la primera parte del artículo 129 con el 130 por ser materia de la misma naturaleza; y así se tendrá el artículo 129 con la sola idea del juez *ante quién* se pide y *cómo* se pide, y el artículo 130 con la idea *para qué* se solicita y *en qué tiempo* es oportuno solicitarlo.

El Proyecto no admite la *información* para hacer constar el fundamento del privilegio. La ley española y la ley actual chilena admiten esta justificación prévia.

La información nos parece necesaria, porque hay que probar al juez la existencia del hecho en que se funda la petición del privilegio. De otro modo el juez tendría que creer la palabra del peticionario, lo que no es admisible en materia judicial.

El artículo 129 dice "podrá otorgarse", reglando una facultad del juez; debe decir "podrá pedirse" reglando un derecho del litigante.

Podría redactarse así el artículo 129 y 130, teniendo presente la redacción del 113 y 118 de la reforma:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 129. La solicitud del privilegio se presentará ante el juez que en primera instancia ha de conocer ó conoce del juicio ó juicios para los cuales se pide, especificándolos y ofreciendo información de dos testigos hábiles para hacer constar el estado y circunstancias de pobre".

"ART. 130. Podrá pedirse para una ó más causas determinadamente, y antes ó después de iniciado el juicio y aunque esté en apelación ó en nulidad".

En el artículo 129 expresamos las formalidades del escrito del privilegio. Con dos testigos se prueba lo mismo que con cuatro. Los tres que exige el auto acordado de la Corte Suprema no tiene fundamento razonable, dado el precepto de la Ley de Partida de que dos testigos hacen plena prueba. El artículo 129 dice á quién se presenta y la forma externa de la solicitud.

El artículo 130 afirma el hecho de poder iniciarse este incidente como preparatorio del juicio, ó dentro del juicio, ó mientras la causa está en apelación ó en nulidad ante otro juez. En ninguno de estos tres casos el incidente pierde el carácter de tal, ni cambia el juez ante el cual debe presentarse. Esto es una singularidad exclusiva de este incidente.

"ART. 131. El privilegio de pobreza deberá otorgarse con prévia citación del ministerio público y de la parte contra quien litigare ó hubiere de litigar el que lo solicite".

"El ministerio público y la parte contraria podrán oponerse á que se otorgue el privilegio y rendir prueba que justifique su oposición".

"ART. 132. La petición del privilegio de pobreza está sujeta á los trámites señalados para los incidentes".

La Ley Española no admite la intervención del fiscal en este incidente. El Proyecto la admite. Nosotros habríamos preferido el sistema español por la ninguna utilidad práctica que presenta la intervención de dicho funcionario en tal asunto; en cambio, restringiremos esa intervención á lo muy indispensable.

El inciso 1.º del artículo 131 impone un deber al juez, el inciso 2.º otorga una facultad al ministerio público y á la contraparte. El artículo 132 habla de los trámites de la solicitud del privilegio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La citación de que habla el inciso 1.º citado, como deber impuesto al juez, es un trámite, propio de todo incidente; y no debe hacerse degenerar en obligación del juez cuando él es equivalente al derecho de ser oído. El derecho de oponerse del inciso 2.º equivale á la respuesta del traslado, que se pondrá á la solicitud del privilegio, en virtud de la citación prescrita en el inciso 1.º, y ella es otro trámite de todo incidente. Todos estos trámites están comprendidos en la regla general contenida en el artículo 132 y su repetición por separado es inútil; basta con la regla general mencionada para que ellos sean cumplidos.

En el inciso 1.º del artículo 131, "otorgar" parece que está en el sentido de "tramitar": en tal sentido la última dicción es la más correcta y la que usaremos en este Estudio.

Como se trata de la tramitación que debe darse á este incidente, podremos redactar los dos artículos anteriores en la siguiente forma bajo el número de 131.

"ART. 131. La solicitud del privilegio se tramitará como incidente entre el peticionario y entre el minister público y la parte contraria, y se fallará como tal.

"Si éstos no se opusieren dentro de tercero día, no se les oirá después, se mandará recibir la información ofrecida sin más citarlos y sin necesidad de nueva presentación.

"Rendida y con su mérito exclusivo, se otorgará ó nó el privilegio, mandando dar copia de su concesión.

"Si se opusieren, se recibirá el asunto á prueba como todo incidente".

En el primer inciso sentamos la regla general de tramitar y fallar el privilegio como incidente, y determinamos entre quiénes se tramita.

En el 2.º inciso y 3.º, si no hay oposición se sigue una tramitación breve y sencilla: no se cita más, no se hacen más presentaciones, ni se admite ninguna, todo va *de plano*, no se pasan los antecedentes al fiscal, omitimos este paso, bastan al juez los autos en asunto tan sencillo. Ni en el Proyecto ni en la Ley Española se prescribe que se pasen los antecedentes en vistas, como se practica hoy. Aceptamos tal sistema como muy ventajoso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En el inciso 4.º se manda recibir á prueba la declaratoria y la oposición, que son las partes del incidente; y bajo este punto de vista, bien podría suprimirse este inciso como comprendido en el 1.º No obstante, no se puede, porque no es la totalidad del incidente el que se recibe á prueba cuando se opone la contraria; es sólo una parcialidad, la solicitud y la oposición. En ella, en la prueba, son partes el solicitante y la contraria, pero no el fiscal; éste nada tiene que ver cuando no se opone. Es por esto que conviene conservar el inciso 4.º y que no está comprendido en el 1.º

Es útil agregar los siguientes artículos; todos ellos contemplan omisiones del Proyecto:

"ART. 132 *A*. El privilegio se tramitará en cuaderno aparte.

"El no otorgamiento de él ó de la oposición llevará consigo la obligación de pagar las costas".

En este artículo consignamos el precepto del artículo español, el 196.

"ART. 132 *B*. El privilegiado podrá pedir que su privilegio sirva para otro juicio, y su petición se tramitará según el artículo 131, con la siguiente modificación:

"Si dentro de segundo dia, contado desde la notificación respectiva, no se opusieren el ministerio público ni la contraparte, el juez otorgará la ampliación del privilegio sin más trámite".

Tal es la única modificación.

El plazo de *dos días* es suficiente en el caso de ampliación, por cuanto en obsequio del solicitante ya hay una presunción de pobreza, como lo es la declaratoria existente. Tal es el fundamento del plazo más corto. Este término es individual, corre para cada parte desde su respectiva notificación. Esto ocurre cuando no hay oposición.

Si alguno se opone, entra la desconfianza de la ley, y se da toda amplitud para la prueba.

El caso de la copia del otorgamiento y el caso de oposición están comprendidos en el inciso 1.º del artículo 132 *B*, y por eso no los repetimos en el artículo anterior.

La disposición del artículo 132 *B* en su fondo es parecida al caso del artículo español 197.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Convendría determinar *quiénes son pobres* en concepto de la ley, á imitación del artículo 182, Ley Española, de modo que, probando las circunstancias que se indican en dicho artículo, el juez deberá otorgar el privilegio y no tramitarlo.

"ART. 132 *C.* Son pobres en concepto de la ley:

"1.° Los gañanes y los que viven del jornal diario.

"2.° Aquellos cuyos bienes de fortuna no pasan de tres mil pesos.

"3.° Las clases y soldados del ejército, de la guardia nacional y de policía".

La suma de 3,000 pesos representa un interés al año de 300 pesos, al 10 por ciento; de modo que, con menos de un peso al día, una persona tiene que alimentarse, vestirse y vivir en general, lo que no es muy holgado ni es gran cosa.

"ART. 133. Las circunstancias que el tribunal debe tener presentes para otorgar ó denegar el privilegio de pobreza, y sobre las cuales recaerá la prueba, son: la fortuna del solicitante, su profesión ó industria, sus rentas, sus deudas, las cargas personales ó de familia que le gravaren, sus aptitudes intelectuales ó físicas para ganar la subsistencia y cualesquiera otras que el tribunal crea conveniente averiguar para poder formar juicio sobre el fundamento del privilegio que se le pide".

Este artículo debe ser un corolario del anterior 132 *C*, y debe redactarse en la forma siguiente, teniendo presentes las observaciones ya hechas en otros artículos y que tienen cabida aquí:

"ART. 133. También son pobres los que el juez juzgue tales, tomando en cuenta la fortuna del solicitante, su profesión ó industria, sus rentas, sus deudas, las cargas personales ó de familia, sus aptitudes intelectuales ó físicas para ganar la vida y demás circunstancias que conduzcan al mismo fin.

"La prueba recaerá sobre estas circunstancias y las del artículo anterior".

Suprimimos lo demás por ineficaz. El sistema del Proyecto es menos engorroso que el actualmente vigente.

Las observaciones del señor Ravest á este título quedan refutadas por lo dicho acerca del Proyecto, y no nos han cautivado nuestra humilde opinión.

La apelación de este incidente queda sometida á la regla

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

general, y por esto nada se dice acerca de dicho recurso.

Nos parece muy conveniente reformar el artículo 40 de la Ley de Aranceles y establecer la reforma en los siguientes términos:

"ART. 133.—*A.* Si el litigante privilegiado obtuviere bienes que pasen de dos mil á cuatro mil pesos, pagará sus costas hasta la suma de cincuenta pesos.

"Si pasaren de cuatro mil á ocho mil pesos, pagará hasta cien pesos y la mitad de las debidas por sentencia.

"Si pasaren de ocho mil pesos, pagará íntegramente toda costa".

La proporcionalidad que proponemos garantiza mejor el derecho del litigante y de los funcionarios que deben recibir, y evita las irregularidades que se cometen con la vigencia del sistema actual, tanto respecto de las costas individuales como respecto de las debidas por sentencia.

La idea del artículo 133 *A* está en los artículos 199 y 200 de la Ley Española, y debe consignarse en el presente Código y no dejarla en una ley no codificada y especial.

TÍTULO XVII.—De la tasación de costas

Este epígrafe sólo comprende el punto exclusivo de la *tasación*, pero en el título se trata otro punto; de modo que se queda corto y no abraza toda la materia tratada en él.

Hemos dicho más adelante que la materia de este título y la del título V deben formar un solo título, por ser ella de una misma naturaleza.

El epígrafe *común* podría ser en armonía con lo dicho, "Costas y su tasación", por cuanto en él se trataría, como puntos capitales, de determinar quién las debería y cómo se avaluarían. Este título XVII sería continuación del V.

"ART. 134. Cuando una de las partes fuere condenada á pagar las costas de la causa, se procederá á tasarlas en conformidad á las reglas siguientes".

El sistema del Proyecto y el de la Ley Española es el mismo con cierta variante; pero cada cual recarga este asunto de formalidades, que suprimidas no harían falta.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Procuraremos simplificarlas cuanto lo permita la materia.

El artículo 134 ordena que las costas se tasen conforme á las reglas siguientes. Precepto inútil, porque sin él siempre tendría que suceder lo mismo, porque las leyes deben cumplirse. No hay necesidad de repetir el precepto general del artículo 134.

En su lugar debería decirse qué costas pagará el que fuere obligado á ellas.

"ART. 134. La persona gravada en costas, pagará las causadas por la favorecida con la sentencia que impuso ese gravamen".

Decimos "persona" y no "parte", como dice el proyecto, para comprender la parte y la que no es parte: un juez, un secretario, puede ser obligado á pagar costas; y estas personas no son partes.

Según el proyecto sólo se podrían tasar las costas de las partes, y las demás nó; por cuanto á ellas no se referirían las disposiciones del presente título.

"La favorecida" comprende la parte y terceros. Puede ser favorecido con las costas un perito ú otro tercero como él.

En el artículo 134 de la reforma se estatuye una obligación y el alcance de esa obligación.

"ART. 135. Las costas se dividen en procesales y personales.

"Son procesales las causadas en la formación del proceso.

"Son personales las provenientes de los honorarios que se deban á los abogados, procuradores, jueces árbitros ó peritos, que hayan intervenido en el juicio".

Es inoficiosa la división anterior y la distinción de costas. No conduce á ningún resultado práctico, máxime en un Código, que no es una obra didáctica.

La Ley española no hace tal división; y, no obstante, ella hace la tasación de costas sin ningún tropiezo.

Debe suprimirse el artículo por inútil.

"ART. 136. Las costas procesales y los honorarios de los procuradores serán fijados por el tribunal de la causa con arreglo á la ley; de aranceles judiciales.

"El tribunal podrá delegar esta función en su secretario".

"ART. 137. Las costas personales, menos los servicios de los procuradores, serán fijadas por las personas mismas de cuyos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

honorarios se trata, quienes presentarán al juez una minuta en que aparezca determinado el valor de sus servicios y en la cual podrán dar las explicaciones que consideren convenientes para justificar su avalúo».

El Proyecto da al juez el poder de tasar las costas procesales y el poder de delegar esa facultad. En la actualidad las tasa el secretario de la causa. Este mismo sistema observa la ley española.

Según la redacción del Proyecto, el papel sellado no se podría tasar por no entrar en la ley de aranceles. Y en todo caso de delegación, según el inciso 2.º del artículo 136, sería el secretario del juez el tasador, y no el secretario de la causa; de modo que, cuando el secretario del juez estuviera recusado, siempre tendría que hacer la tasación. Esto sería inaceptable y expuesto á complicaciones.

Según el artículo 137, habría que presentar una minuta y que ponerle decreto á esa minuta. Esto sería fuera del decreto que ordenaba la tasación de costas, y del decreto que se pone después de practicada, y de las consiguientes notificaciones.

Tanta diligencia complica inútilmente, y con perjuicio de los litigantes, el sistema de la tasación. Veamos modo de abreviarlo y de simplificarlo.

Basta con la sentencia que imponga las costas. No hay necesidad de presentar una solicitud para que se tasen ó una minuta en el caso del artículo 137 del Proyecto. Omitimos ambos trámites. Sólo exigimos que se ejecutorie la resolución, para que el favorecido con las costas exija verbalmente que el secretario tase las del proceso, y que, los que tengan honorarios, los pongan en el mismo proceso.

En consecuencia, de los artículos 136 y 137 formaremos uno solo, cuya redacción sería:

«ART. 137. Ejecutoriada la resolución que impone costas, el secretario del proceso, á solicitud verbal de cualquiera de las partes, ó del obligado á pagarlas, formará una lista de los gastos, hechos en la causa y relativos á las debidas, con arreglo á la ley de papel sellado y á la de aranceles judiciales.

«Los abogados, peritos, jueces árbitros y demás funcionarios no sujetos á arancel, designarán en el proceso sus respectivos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

honorarios con las especificaciones convenientes, antes que el secretario forme la lista del inciso precedente».

La innovación principal está en que la tasación no la hace el juez, la ejecutan otros; el juez sólo oye y decide. Es una aberración el que el juez tase y después él mismo éntre á juzgar su propia tasación, si alguna de las partes objeta su operación.

Semejante sistema es el que impera en el Proyecto, y él no puede aceptarse por ningún hombre amante de los principios de la justicia y la verdad. Dicho sistema hace al juez *parte*, porque tasa en persona; y lo hace *juez*, porque lo obliga á decidir. Todo lo cual va contra el principio de jurisprudencia que nadie puede ser á la vez juez y parte en un asunto dado.

Según el artículo 136 del Proyecto, en los tribunales colegiados tendría que hacer la tasación la Sala ó la Corte. Y de no hacerla ella, tendría que delegar su facultad en su secretario, por más que estuviere recusado. No tasaría un Ministro como hoy.

En la reforma tendríamos que en todo caso debería tasar el secretario de la causa las costas procesales, sea en primera ó sea en segunda instancia; no sería incumbencia de ningún Ministro de Corte.

El artículo 136 fija quién tase las costas procesales; pero no garantiza el derecho de pedirlas, ni dice quién puede pedir una tasación, ni la forma de esa petición, ni la manera como se efectúe la tasación. La ley no dice en qué consista la tasación. Todas estas omisiones están salvadas en la reforma en el primer inciso del artículo 137. Allí se dice que á petición de palabras puede pedir la tasación el favorecido ó el gravado con las costas.

Si un tercero es obligado á pagar costas, puede pedir su tasación él mismo ó una de las partes. Jueces he visto que han negado se tasen las costas, porque solicitaba su tasación el obligado á pagarlas, fundándose tal vez en que sólo podía formular tal petición el que tenía derecho para exigir su cobro. La reforma tiene en estos sentido la utilidad práctica de cortar estos abusos bochornosos.

El inciso 1.º del artículo 137 reformado expresa en que con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

siste la operación material de la diligencia de la tasación, circunscribiéndola á lo que debe ser, y conformándola á dos leyes únicas, las que enumera.

Pasemos al artículo 137 del Proyecto.

Él trata de las costas que en doctrina se llaman personales. Determina quién las tase, á quién se presenten y concede la facultad potestativa de dar ó no dar explicaciones; exige minuta por separado.

Á este artículo 137 corresponde el inciso 2.º del artículo 137 de la reforma. No prescribimos minuta, basta la forma del inciso, una simple expresión ó designación, que es lo más elemental que se puede idear. En lugar de la facultad potestativa ponemos la imperativa para, en todo caso, agregar las explicaciones necesarias.

El Proyecto no dice cuándo se presente la tasación. La reforma lo dice: antes que el secretario tase.

Los procuradores del número están sujetos á aranceles; por eso no se dice que ellos fijen su honorario.

Otra diferencia que existe entre el sistema del Proyecto y el de la reforma.

La minuta del Proyecto requiere un decreto y las consiguientes notificaciones, dos de las partes y una del autor de la minuta. La simple designación de la reforma no exige ni decreto ni notificaciones; ella entra á ser proveída en unión con la tasación del secretario; por eso la exigimos con antelación á ésta.

"ART. 138. Hecha la tasación de costas en la forma prevenida por los artículos anteriores, y notificadas las partes, se dejarán transcurrir tres días para que sea examinada, y si éstas nada expusieren dentro de dicho término, se tendrá por aprobada la tasación".

"ART. 139. Si alguna de las partes hiciere oposición contra la tasación de costas, el tribunal de la causa tramitará como cualquier incidente toda contienda que se suscitare sobre el particular, y la resolverá al fin, ó bien aprobando la tasación tal como haya sido hecha, ó bien corrigiéndola ó enmendándola, según lo creyere de justicia".

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

UN CASO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE 3 DE AGOSTO DE 1876

La Corte de Apelaciones de Santiago ha pronunciado una sentencia criminal muy interesante que se registra bajo el número 2295 de la *Gaceta de los Tribunales* de 1889.

El reo, cuya edad es de diez y nueve años, es acusado de haber arrebatado un sombrero de pita, avaluado en cuatro pesos, á un tal Esteban Rojas, y de haber asestado á éste una puñalada que le produjo enfermedad por más de treinta días.

El hecho aconteció de la manera siguiente: Rojas caminaba por la orilla del Mapocho cuando fué asaltado por cuatro desconocidos que le quitaron el sombrero, huyendo en seguida. El ofendido salió en persecución del ladrón del sombrero, por lo que uno de los agresores le dió una puñalada, y auxiliado por dos hombres consiguió á pocas cuadras capturar al que le había robado el sombrero, quien resultó ser el reo José González, huyendo los demás. El reo niega el delito y obran en su contra las siguientes circunstancias:

1.ª Haber sido una vez condenado por un hurto de menos de cincuenta pesos á sesenta y un días de presidio.

2.ª Haber sido encontrado con el sombrero róbado, aunque decía haberlo encontrado, excepción que no ha justificado.

3.ª La declaración del ofendido, quien le reconoce como uno de sus asaltantes.

En virtud de estas débiles presunciones, el juez de primera instancia condenó al mencionado José González á presidio por cuatro años y á sufrir cien azotes, pero la Corte de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia y declaró que el expresado reo debía sufrir la pena de muerte.

Investigaremos ahora si hay justicia en la aplicación de este tremendo castigo por el delito que cometió el muchacho González.

Según nuestra humilde opinión, adolece la susodicha sentencia de los siguientes defectos legales:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1.° La ley de 3 de agosto de 1876 permite, es cierto, al juez absolver ó condenar al reo según lo creyere inocente ó culpable en su conciencia en vista de las pruebas que suministre el proceso; pero no permite á los jueces establecer según su conciencia el cuerpo del delito, ó sea la real comisión del hecho, sino que en esta materia rigen las antiguas leyes españolas que exigen para hacer constar un delito una prueba tan clara como la luz del día. En el presente caso no se ha establecido de ninguna manera el cuerpo del delito de un robo con lesiones graves, ó, como dice la ley de 3 de agosto, injuria grave de obra contra las personas.

Para que haya robo es necesario que concurran copulativamente las siguientes circunstancias: Ánimo de lucrar, apropiación de una cosa mueble contra la voluntad de su dueño y violencia ó intimidación de las personas ó fuerza en las cosas. Analizando el delito de González, podría antes de todo dudarse si ha habido ánimo de lucrar. Todos sabemos que entre la gente del pueblo es una manera corriente de injuriarse, quitarse los sombreros, juego por cierto peligroso, puesto que muy á menudo degenera en trompadas y aun puñaladas, de manera que se podría mirar la cuestión bajo otra faz, y sostener que el delito en cuestión fué una simple pelea entre Rojas y González en la cual éste infirió al otro una herida que le ha tenido más de treinta días en el hospital y que puede haber sido grave ó leve; porque sabido es que en el hospital se demoran á veces más de treinta días en sanar heridas que no comprometen en nada la vida del paciente y cuya gravedad legal depende únicamente de la clasificacion insuficiente de las heridas en nuestro Código Penal, que toma como base de esta gravedad únicamente el tiempo que necesiten para sanar y no al mismo tiempo su extensión, su profundidad, su sitio, el peligro que acarreen para la vida del enfermo, los defectos físicos y otros elementos preciosos para su clasificación.

Se nos objetará que éstas no son razones legales, sino á lo sumo apreciaciones morales para establecer la mayor ó menor culpabilidad de González; mas hemos creído útil aducir estas consideraciones por tratarse de un delito previsto en la ley de 3 de agosto, que permite tanta latitud á los jueces para formar-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se conciencia de la culpabilidad del reo, y es justo que se aplique esta misma libertad de apreciación, no sólo en contra, sino también á favor del reo.

Pero aun admitiendo que haya habido ánimo de lucrar en el delito en cuestión y que González haya inferido á Rojas una herida que debemos calificar de injuria grave de obra contra las personas, nos falta todavía el tercer constitutivo del delito de robo, el cual es la violencia ó intimidación en las personas ó fuerza en las cosas.

El inciso 5.º del artículo 436 de nuestro Código Penal estima como circunstancia agravante haber cometido el delito de robo arrebatando por sorpresa ropa, alhajas ú otros objetos á la persona que los lleva consigo: mira, en consecuencia, como más grave el delito de robo cuando se verifica por sorpresa, que cuando se verifica con la violencia dirigida directamente contra la persona misma del ofendido. Mucho podríamos dudar si es robo el hecho de arrebatar por sorpresa un sombrero; más en vista de las palabras del Código Penal y siguiendo la jurisprudencia constante de nuestros Tribunales, tenemos que admitir que es robo según la ley, aunque no es robo en la acepción filosófica de la palabra. Sea esto lo que fuere, el hecho es que el delito de robo con lesiones graves en este caso no se halla establecido por ninguna circunstancia que conste del proceso, ni siquiera por la aseveración del mismo ofendido. La lesión inferida á Rojas no fué el medio empleado por González para obtener el sombrero, ni para impedir la resistencia ú oposición á que se quitase, ni una intimidación ó fuerza para obligar á la entrega del objeto, todos casos expresamente previstos por el artículo 439 del Código Penal para constituir el delito de robo. Al contrario, y por la misma declaración del ofendido, consta que la puñalada fué recibida para evitar la recuperación del sombrero ó para evitar la captura de González por parte de Rojas; de manera que no está establecido el cuerpo del delito en el sentido de la ley de 3 de agosto, que ha creado un nuevo delito conminado con la pena capital, el de robo con injurias graves de obras. La ley de 3 de agosto exige textualmente que la injuria grave de obra se verifique al mismo tiempo que el robo y nos parece que á una ley tan cruel y excepcional no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

debe darse más extensión que la que estrictamente le corresponde; y cuando ha mediado tiempo entre el robo y la lesión no tenemos para qué aplicar esta ley, sino ceñirnos á las prescripciones de la ley común y castigar el delito según ellas, como lo hizo acertadamente el juez de primera instancia en el caso que nos ocupa. Además, permitiendo la ley de 3 de agosto juzgar según conciencia y aplicando esta disposición, como ya lo hemos hecho notar, no sólo en contra sino á favor del reo (cosa que pocas veces sucede) podríamos mirar la cuestión bajo otra faz y sostener que hubo una reyerta entre González y Rojas que es un peón como aquél, y que el robo del sombrero es un delito completamente desligado de la lesión que recibió el ofendido en la persecusión del reo: todo esto en la hipótesis de que efectivamente se hubiese probado la culpabilidad del reo.

Pero aun prescindiendo de estas graves consideraciones, no podemos convenir que la culpabilidad de González se halle establecida de una manera legal ni aun juzgando con la libertad que permite á los jueces la ley de 3 de agosto. Según la exposición del ofendido Rojas, no consta si el reo fué el que le dió la puñalada, sino sólo dice que fué uno de los asaltantes. El reo niega terminantemente haber sido autor tanto del robo como de la lesión, pero fué encontrado con el sombrero de Rojas que dice haber hallado, excepción que no ha justificado. El artículo 454 del Código Penal, que hace presumir autor de un hurto ó robo al poseedor de la cosa robada, salvo que pruebe buena conducta ó lejítima adquisición, no puede aplicarse á las lesiones ú homicidios cometidos con ocasión del robo, de manera que no hay prueba legal de ninguna especie en contra del reo González de haber sido él quien hirió á Rojas; ahora nosotros, como ya hemos establecido, negamos al Tribunal el derecho de condenar sin prueba legal alguna á un reo aún de los delitos enumerados en la ley de 3 de agosto; es preciso que haya siquiera una prueba semi-plena, porque la palabra "prueba" á que se refiere la ley de 3 de agosto, se debe tomar en su sentido legal y técnico, tal como lo ha explicado el Legislador, y no en sentido legal, pues de otra manera se constituiría al juez en jurado, juez y parte, dejando completamente á la merced de un tribunal al procesado por delitos enumerados en la referida ley.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Nó, la prueba á que se refiere dicha ley es la prueba legal, ya sea plena ó semi-plena, y aunque la misma ley agrega las palabras «el juez absolverá ó condenará al reo según lo creyere inocente ó culpable en su conciencia», ella ha querido que esta conciencia del juez se forme en vista de la apreciación de la *prueba legal* que haya suministrado el proceso.

Nos abstendremos de hacer una crítica de esta sentencia partiendo de la faz moral que presenta comparando el delito en cuestión con otros infinitamente más graves cometidos por personas de cierta posición social y que no han sido castigados con la pena de muerte; pero no podemos menos de notar que la condenación á la pena de muerte, para ser eficaz, debe ser reservada para los grandes delitos, y entonces debe aplicarse con rigor y no conmutarse á cada momento en penas infinitamente inferiores por la gracia del Consejo de Estado. Además la enmienda de las pasiones y vicios del pueblo que conducen al crimen, no depende tanto de la severidad de las leyes como de su infalible y pronta aplicación. Mejor es la higiene que la medicina; y vale infinitamente más prevenir el crimen por medio de la educación, que castigarlo con una severidad incompatible con el progreso de la legislación criminal moderna.

FRANCISCO BEUTNER-MARY
Médico-cirujano.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

JUICIO DE LA SOCIEDAD DE CASACIÓN DE BOGOTÁ sobre el libro chileno "Estudio sobre la ley de Matrimonio Civil".

ADVERTENCIA

En la página 759 del tomo III de esta REVISTA prometimos reproducir el juicio que había emitido la Sociedad de Casación de Bogotá sobre el libro chileno mencionado en el título de estas líneas.

Aprovechamos ahora la oportunidad de las vacaciones para hacer esa reproducción, que tomamos de la *Revista Judicial* de Bogotá, de 20 de Diciembre de 1887.

Llamará la atencion de nuestros lectores el estudio comparativo de la legislación del matrimonio en Chile y Colombia; y en cuanto á los benévolos conceptos hácia nosotros, una vez más damos las gracias á la distinguida Sociedad de Casación.— *N. del D.*

SOCIEDAD DE CASACIÓN

MATRIMONIO CIVIL

La Sociedad de Casación ha leído con atención y agrado el folleto que en 180 páginas ha escrito el señor Enrique C. Latorre, director de la REVISTA FORENSE CHILENA, sobre la ley de matrimonio civil, expedida por el Congreso de aquella República en 1884.

Esta producción, enteramente forense, puesto que su autor no se ocupa de las doctrinas filosóficas que el legislador debe tener en cuenta al organizar el matrimonio, sino únicamente de las innovaciones que introdujo la mencionada ley de jurisprudencia, calcada en el Código Civil Chileno expedido en 1857, ha sido obsequiada por el señor Latorre á uno de los miembros de la Sociedad de Casación, y con este motivo vamos á tratar de ella, aunque someramente, pues esto bastará para nuestro objeto, que es hacerla conocer del foro colombiano y corresponder á ese acto de cortesía de su autor.

El folleto á que aludimos está escrito en lenguaje netamente jurídico, con mucha claridad y orden, y contiene observaciones y comentarios acerca de la ley de matrimonio civil, con los cuales el autor resuelve muchas dificultades que han nacido en la práctica, ya por pasajes oscuros de la letra, ya por la elasticidad que se pudiera dar á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciertas disposiciones para que tengan un alcance que no está de acuerdo con los sanos principios de la jurisprudencia.

Pero el servicio más valioso que está destinado á prestar entre nosotros, es el de suministrar los datos para hacer el estudio comparativo de la legislación de Chile con la colombiana, en uno de los capítulos más importantes del Código Civil: el del matrimonio. La constitución y organización de la familia es la piedra angular de la sociedad, pues nada sólido ni tranquilizador puede prometer el Legislador para lo porvenir, si el matrimonio no está rodeado por la ley del prestigio de una institución severa y honorable.

Y con respecto á los progresos de la jurisprudencia, el estudio de la legislación comparada entre dos países de costumbres si no idénticas, al menos semejantes, en los que las masas han recibido con poca diferencia igual instrucción, que han bebido en las mismas fuentes idioma, creencias religiosas, relaciones civiles, y que, en fin, después de su emancipación, han estado regidas por instituciones emanadas del principio de la soberanía popular, tiene que ser fecundo é ilustrativo, tanto para los que meditan en la filosofía del Derecho, como para los que consagran á defender en el foro, con el criterio de la equidad, el Derecho escrito.

Por este motivo, y por el que haya un interés bien marcado en leer el corto análisis que vamos á presentar del folleto del señor Latorre, hemos agregado en cada punto cardinal la cita de las disposiciones pertinentes de la legislación de Colombia; pues así los lectores de Chile compararán con facilidad y provecho las dos legislaciones, y la gente de foro de por acá no calificará de dislocado este trabajo de la Sociedad de Casación, una vez que en él se registran citas y datos que servirán para aclarar algunas de las muchas dificultades en que ha quedado envuelta la legislación sobre el matrimonio, con las disposiones nuevas que han adicionado y modificado el Código Civil nacional.

Introducción del folleto del señor Latorre.—En la introducción se ocupa el autor, en primer lugar, de la definición del matrimonio civil y de su explicación.

La definición es la que se encuentra en el artículo 102 del Código Civil de Chile: «Es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual é indisolublemente por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente».

Respecto de la explicación, son de notarse estos pasajes: «La definición exige que la unión haya de ser actual, porque el matrimonio es un contrato de presente, que no admite plazo ó condición suspensiva,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ni para efectuarse ni para producir sus efectos; que aunque el matrimonio es un acto de presente, no es necesariamente un acto de pre sentes. El matrimonio civil, como el canónico, puede celebrarse por medio de procurador debidamente autorizado».

«La unión conyugal es indisoluble y por toda la vida. Es indisoluble, porque no puede deshacerse en cuanto al vínculo. La idea de disolver supone que el acto ha sido válido en su origen y se contrapone á la de declarar la nulidad».

«El fin específico del matrimonio es la procreación, pero entiéndase que ésta no es la causa única del matrimonio, ni su efecto efecto obligado, pues son legales los matrimonios de personas de edad avanzada, y los matrimonios *in extremis*».

El Código Civil de Colombia define el matrimonio en el artículo 113, así: «Un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mútuamente».

En Colombia, aunque la definición no lo exprese, el matrimonio dura toda la vida; la muerte lo disuelve, pero el divorcio nó. Puede contraerse el matrimonio no sólo al hallarse presentes ambos contrayentes, sino también por apoderado especial constituído ante notario público por el varón, hallándose éste ausente, debiendo mencionarse en el poder la mujer con quien ha de verificarse el matrimonio. El poder es revocable, pero la revocación no surtirá efecto si no es notificada á la mujer contrayente antes de celebrar el matrimonio.

La introducción se ocupa, en segundo lugar, en hacer una breve reseña de la legislación chilena sobre el matrimonio, en la cual se hace notar que las leyes que rigieron en esta materia hasta 1810, durante el gobierno de la Metrópoli española fueron los cánones, y especialmente las disposiciones del Concilio de Trento.

Después de 1810, esas leyes continuaron dominando todo el campo del Derecho sobre el matrimonio, hasta 1820, en que se sancionó la primera ley chilena sobre matrimonio, la cual se ocupó en reglamentar el consentimiento necesario para celebrar el contrato, de los hombres menores de veinticuatro años y de las mujeres menores de veintidós; é imponía al eclesiástico que celebrara un matrimonio legal, la pena de expatriación.

Siguió rigiendo el Derecho Canónico sin otra variación, hasta 1844, en que la ley civil se ocupó del matrimonio de los no católicos. Esta ley, dice el señor Latorre, es antecedente histórico muy significativo del artículo 118 del Código Civil, y su redacción perteneció al célebre jurisconsulto Andrés Bello.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Vino después el Código Civil puesto en vigencia el 1.º de enero de 1857, que, aunque sometió el matrimonio á las leyes de la Iglesia, confirmó la ley patria de 1844, reformó la pragmática de 1820, restituyendo sus fueros á la justicia ordinaria y consignó otras novedades que fueron objetadas por la autoridad eclesiástica.

El artículo 118 del Código Civil dispone: «Los que profesando una religión diferente de la católica quisieren contraer matrimonio en territorio chileno, podrán hacerlo con tal que se sujeten á lo prevenido en las leyes civiles y canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes o curadores y demás requisitos; y que declaren ante el competente sacerdote católico y dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio, ó que se reconocen el uno al otro como marido y mujer; y haciéndolo así no estarán obligados á ninguna solemnidad ó rito».

En 1874 se dictaron en el Código Penal, disposiciones encaminadas á castigar la infracción de las leyes sobre matrimonio, extensivas, entre otras personas, á los párrocos y á los futuros oficiales del Registro Civil.

«Finalmente, dice el señor Latorre, la ley de 10 de enero de 1884, objeto del folleto, ha establecido un cuerpo más ó menos completo de legislación sobre el matrimonio, modificando profundamente el Código Civil y prescribiendo reglas especiales acerca de aquel contrato. Es esta una de las reformas más considerables efectuadas en los últimos tiempos, junto con la ley de Registro Civil, que era su indispensable complemento».

Colombia.—Lo mismo que en Chile, regían los cánones y el Concilio de Trento durante el imperio de la Metrópoli, y hasta que se expidió por la República la ley de matrimonio civil.

La primera ley del gobierno colombiano que tenía relación con el matrimonio, y en la que se sentía el poder civil, fué la del año 1823, que prohibía exigir derechos á los arzobispos, obispos y jueces de sólitas por dispensas y proclamas matrimoniales.

Después se expidió en 1826 la ley que fijaba la edad de veintiún años para los varones y á la de dieciocho para las mujeres, en que se necesitaba del consentimiento paterno para poder contraer matrimonio, y en la que se declaraba que de las demandas sobre esponsales, solamente conocieran los tribunales civiles, y que los esponsales debían constar por escritura pública para que produjeran acción civil.

En el año 1837 se sancionó el Código Penal, que sustituyó á la legislación penal española, y en él se castigaba á los bígamos, á los que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por razón de su ministerio autorizaban á sabiendas la celebración de un matrimonio que envolvía bigamia, ó en que había impedimentos dirimentes, ó que era nulo por falta de formalidades, ó que permitiesen que se contrajera por personas no habilitadas con la licencia que la ley requiere.

Hasta el año 1853 se expidió la ley sobre matrimonio civil, sin que en ella se desconociera el matrimonio católico; pero en 1852 se sancionó la que creaba y organizaba el oficio de notario, y en ella se disponía que desde el 1.º de enero de 1853 los matrimonios se comprobaran con certificaciones del respectivo notario, tomadas de los datos que suministrase la lista civil.

En 1856 se dictó una nueva ley sobre matrimonio, y en su artículo 1.º se dispuso: «Para los efectos civiles y políticos, la ley considera el matrimonio como un contrato»; y en el artículo 3.º: «No produce efectos civiles y políticos si su celebración no tiene lugar en la forma y con los requisitos establecidos en esta ley».

«ART. 31. El matrimonio contraído en país extranjero entre granadinos y extranjeros, es válido con tal que haya sido celebrado según las formalidades establecidas por las leyes del país en que se haya contraído. Los granadinos casados en el extranjero harán agregar al registro público del lugar de su domicilio el acta de su matrimonio, dentro de tres meses después de haber vuelto al territorio de la República».

«ART. Los matrimonios celebrados después de la sanción de la ley sobre matrimonio de 1853, sin llenar las formalidades establecidas en ella, serán no obstante válidos con tal que se hayan verificado conforme al rito religioso de los contrayentes y de que éstos cumplan lo dispuesto en el artículo 30».

El artículo 30: «Es válido, para los efectos civiles, el matrimonio celebrado conforme al rito religioso de los contrayentes, con tal de que después de la celebración comparezcan ante el Notario ó Juez del distrito de la vecindad de la mujer y dos testigos, y expresen que ha habido mutuo y libre consentimiento y que concurren las cualidades y condiciones de que trata esta ley. El Notario extenderá un acta de lo ocurrido y dará á los interesados las copias que soliciten».

Con fecha 1.º de mayo de 1856 se expidió la ley sobre registro del estado civil de las personas, y se ordenó que se registrara el acta del matrimonio para que se pudiese comprobar ante los tribunales.

Con fecha 24 de abril de 1857 se dispuso que en los distritos en que no hubiera corporación municipal y en las secciones territoriales que tuviesen administración propia, debía llevarse el registro del estado ci-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vil de las personas por el notario, si lo había, y en su defecto por el secretario de la primera autoridad política. (Esta ley fué declarada vigente por la ley de Cundinamarca de 19 de noviembre de 1857).

En 1859 se adoptó, bajo la forma federal, el Código Civil de Chile, con algunas modificaciones, como Código del Estado de Cundinamarca: en él se organiza el matrimonio civil y se dispone en el artículo 134 que son válidos, para los efectos civiles y políticos, los matrimonios celebrados ante los respectivos ministros de los cultos, conforme á los cánones ó constituciones religiosas á que los contrayentes se hayan sujetado para celebrar el matrimonio.

En el año 1864 se expidió la ley de 30 de agosto, adicional y reformatoria del Código Civil, que dispone que sólo producirán efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren ante los Notarios y Jueces de distrito, y que el estado civil de las personas no podrá probarse con certificaciones dadas por los ministros de los cultos religiosos.

En los otros Estados de la Unión colombiana tampoco producían efectos civiles y políticos los matrimonios religiosos.

En esta situación se encontraba la legislación respecto del matrimonio, cuando se expidieron la ley 57 de 15 de abril de 1887 y la 153 de 24 de agosto del mismo año, en las cuales se revive el matrimonio católico independientemente del matrimonio civil. En el capítulo siguiente se copiarán las disposiciones pertinentes al matrimonio, sancionadas después de la Constitución, que han modificado la legislación anterior.

En la actual legislación hay en Colombia matrimonio civil regido por el Código Civil, que determina las autoridades ante las cuales se contrae, las formalidades que deben observarse, los impedimentos y las causales de nulidad. Hay matrimonio religioso para los católicos, celebrado ante los ministros del culto católico, regido por los cánones en cuanto á la capacidad de las personas, los impedimentos, las causales de divorcio y de nulidad, y las demás formalidades que deben observarse en su celebración. Hay, en fin, matrimonios celebrados conforme al rito católico que se tienen que reputar legítimos desde que se administró el sacramento, aunque se celebraran en tiempo en que la ley no los reconocía como uniones legítimas, ni les daba los efectos civiles del matrimonio.

Como por la legislación sobre matrimonios que estaba vigente antes de que se apelara á la Constitución, el matrimonio civil era el único que producía efectos civiles, hubo muchos casos en que celebrado el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

matrimonio religioso con las formalidades del rito católico, el marido casó con otra mujer civilmente. El primer enlace no daba legitimidad á los hijos, y en materia de herencia no entraban á heredar á sus padres sino como hijos naturales; y si del matrimonio civil había hijos, éstos excluían de la herencia á los hijos del matrimonio celebrado conforme á los ritos de algún culto, aunque fuera el católico.

Varias cuestiones empiezan á suscitarse, tanto con relación á los bienes de los cónyuges, como al derecho hereditario, por el alcance que cada interesado da á los artículos que se dejan copiados. La Sociedad de Casación tiene varias consultas sobre las nuevas leyes, y por el estudio que está haciendo para resolverlas es hoy convenido que las últimas disposiciones sobre el matrimonio son un semillero de pleitos, debido á la falta de orden en la manera de reformar el Código Civil y la confusión introducida con la retroactividad y la diversidad de sistemas adoptados para organizar el matrimonio.

CHILE.—*Examen de la ley sobre matrimonio civil, expedida en 10 de enero de 1884.*—Artículo primero.—El matrimonio que no se celebre con arreglo á las disposiciones de esta ley, no produce efectos civiles.

«Es libre para los contrayentes sujetarse ó nó á los requisitos y formalidades que prescriba la religión á que pertenecieren; pero no se tomarán en cuenta esos requisitos y formalidades para decidir sobre la validez del matrimonio, ni para reglar sus efectos civiles».

Acerca de esto, el señor Latorre hace algunas observaciones, de las cuales las más interesantes son:

1.ª Que por esta disposición de la ley sobre matrimonio civil, los artículos del Código Civil por los cuales se reconoció en Chile como matrimonio legal el matrimonio canónico, quedaron abolidos. Las reglas del Derecho eclesiástico han dejado de regir en las relaciones civiles en cuanto á la validez, los impedimentos, la celebración y la disolución del matrimonio. También han quedado sin efecto las obligaciones prescritas por el referido Código en el caso de las segundas nupcias,

2.ª Que con esta ley no se reconoce el arbitrio inventado en otras legislaciones, para considerar como civil el matrimonio celebrado ante los ministros de la religión de los contrayentes é inscrito en el Registro civil.

3.ª Que la frase *no produce efectos civiles* que emplea este artículo, estaba consagrada por el artículo 104 del Código Civil, que, respetando los impedimentos que reconoce la Iglesia católica, y en la necesidad establecer uno por su parte, el de los afines en cualquier grado de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la línea recta, se limitó á negar para estos enlaces los efectos civiles del matrimonio.

De aquí concluye el señor Latorre: «La expresión *no produce efectos civiles* estaba, por consiguiente, bien colocada en el Código Civil, que reconocía y ordenaba acatar una serie de disposiciones pertenecientes al orden espiritual; pero es impropia en la legislación del matrimonio civil, que está destinada á imperar con exclusión del matrimonio religioso».

Luego entra á enumerar los efectos civiles del matrimonio.

4.ª Que al declarar el Legislador que es libre para los contrayentes el sujetarse ó nó á las formalidades que prescriba la religión á que pertenecen, no comete delito el ministro de una religión que casa á los que previamente no han contraído matrimonio civil.

5.ª Que no puede calificarse legalmente de concubinato la unión verificada á virtud de sólo el matrimonio civil; ni es reo de bigamia el que contrae á un mismo tiempo un matrimonio civil con una mujer, y un matrimonio religioso con otra.

Como se ve, en Chile se encuentra la legislación sobre el matrimonio en el mismo pie en que se hallaba en Cundinamarca bajo el imperio de la ley del Estado de 30 de agosto de 1864, que declaró que solamente producían efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebrasen ante notarios ó jueces de distrito con las formalidades establecidas en el Código Civil para los matrimonios civiles.

COLOMBIA.—La legislación vigente hasta abril de 1887, sobre matrimonio ha variado sustancialmente, pues separó del régimen del matrimonio civil, al que reconoce tanto este matrimonio como el católico; y para llenar el objetó que nos hemos propuesto con esta publicación, damos cuenta en seguida de las disposiciones mencionadas sobre matrimonio, después de la nueva Constitución de 5 de agosto de 1886, referentes al capítulo de que tratamos.

La ley 57, de 15 de abril de 1887, reconoce la validez, para todos los efectos civiles y políticos, de los matrimonios que se celebren conforme al rito católico, y ordena que esta disposición tenga efecto retroactivo; de manera que los matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo surtirán todos los efectos civiles desde la promulgación de ella.

También dispone que la mujer casada, católica pero no civilmente, al tiempo de la expedición de esa ley, puede conservar la administración de sus bienes y celebrar con el marido, dentro del término de un año, capitulaciones matrimoniales.

La ley 153, de 24 de agosto de 1887, reformatoria de la anterior,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contiene artículos de mucha importancia en esta materia, como los siguientes:

"ART. 16. La legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta; pero solemnemente respetada por las autoridades de la República".

"ART. 21. El matrimonio podrá, por ley posterior, declararse celebrado desde época pretérita, y válido en sus efectos civiles á partir de un hecho sancionado por la costumbre religiosa y general del país, en cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derechos adquiridos bajo el imperio de otra Legislación".

"ART. 50. Los matrimonios celebrados en la República, en cualquier tiempo, conforme al rito católico, se reputan legítimos y surten, desde que se administró el Sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio, en cuanto este beneficio no afecte derechos adquiridos por actos ó contratos realizados por ambos cónyujes, ó por uno de ellos, con terceros, con arreglo á las leyes civiles que rigieren en el respectivo Estado ó territorio antes del 15 de abril de 1887. Queda así explicado el artículo 19 de la ley 57 de 1887.

"ART. 51. De los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, conocerán exclusivamente los tribunales eclesiásticos, con arreglo a las leyes canónicas, y la sentencia firme que recaiga producirá todos los efectos, con arreglo á lo dispuesto en la ley 57, artículos 17 y 18".

CHILE.—Artículos 2.° y 3.° de la ley de matrimonio civil: "El conocimiento y decisión de todas las cuestiones á que diere margen la observancia de esta ley, corresponden á la jurisdicción civil.

"Corresponden también á la jurisdicción civil el conocimiento y decisión de las cuestiones sobre divorcio ó nulidad de los matrimonios contraídos antes de la vigencia de ésta".

Con relación á lo dispuesto en estos dos artículos, el señor Latorre hace notar que la jurisdicción civil pertenece en Chile á la justicia de mayor cuantía; que no se pueden someter á arbitraje las contiendas matrimoniales, y que es deficiente la redacción del artículo 3.°, porque el espíritu de la ley era someter á la jurisdicción civil las cuestiones sobre matrimonio que, á la fecha de aquélla, estuvieran al estudio de la autoridad eclesiástica; pues bien se concibe que habría otras cuestiones matrimoniales, diferentes de las de divorcio y nulidad, que se encontrasen sometidas á la resolución de la mencionada autoridad.

COLOMBIA.—Con arreglo al artículo 126 del Código Civil nacional, el matrimonio civil se celebra ante el juez de distrito de la vecindad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la mujer; antes se celebraba, conforme al artículo 119 del Código de Cundinamarca, ante el notario público, y donde no hubiera notario, ante el juez de distrito de la vecindad de la mujer. El acta que se extienda de la celebración del matrimonio, se firmará por los contrayentes, dos testigos, el juez y su secretario, y se registrará y se protocolizará en la notaría respectiva.

El matrimonio de los católicos se celebrará ante el párroco de la vecindad de la mujer, con las formalidades prescritas por los cánones ó leyes de la Iglesia católica.

El artículo 51 de la ley 153 de 1887 dispone: «De los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos celebrados en cualquier tiempo, conocerán exclusivamente los tribunales eclesiásticos, con arreglo á las leyes canónicas, y la sentencia firme (lenguaje de comercio, no de foro), que recaiga, producirá los efectos civiles, con arreglo á los artículos 17 y 18 de la ley 57».

CHILE.—*Impedimentos.* Los artículos 4.° y 5.° tratan de este asunto.

El Derecho Canónico reconoce impedimentos dirimentes é impedimentos impedientes.

La ley de matrimonio civil de Chile llama á los primeros *impedimentos*, y á los segundos *prohibiciones*.

El señor Latorre manifiesta que es perfecta y justificable la clasificación de los impedimentos matrimoniales en dirimentes é impedientes le parece que es racional y lógica, porque en realidad ambos impiden el matrimonio, los primeros dirimiéndolo, y los segundos simplemente sin dirimirlo, pero quedando sujeto á una sanción que no es la nulidad.

Sobre este particular agrega: «Que rige en nuestro Derecho civil el principio de que los actos prohibidos por la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto ésta designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención. Aplicada esta regla á los matrimonios contraídos con prohibiciones legales, resulta: 1.° Que todos aquellos que no tienen señalado otro efecto que el de la nulidad, de la nulidad, de un modo expreso, imprimen al matrimonio una nulidad incontestable; 2.° Que todas las prohibiciones que tienen señalado por la ley un efecto distinto de la nulidad, mantienen al acto su validez».

Observa también una particularidad que señala la ley chilena en orden al momento á que se atiende para calificar la existencia del impedimento dirimente, el cual es el de la celebración del matrimonio. «Si un menor que hiciese la manifestación de aceptar el matrimonio antes de los catorce años, que es la edad de la pubertad, celebra el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

acto cuando los hubiera cumplido, el matrimonio será perfectamente válido».

El Derecho Canónico concede á ciertas autoridades de la Iglesia la facultad de dispensar, en algunos casos, los impedimentos impedientes; pero en la legislación de Chile las autoridades civiles no tienen esta facultad, á pesar de no reconocerse otro matrimonio que el civil.

Examina luego uno por uno los impedimentos, y tratando del de los impúberes, dice que aun cuando la acción de nulidad del matrimonio no prescribe por tiempo, está exceptuado el caso de este impedimento, pues la acción fundada en él prescribe por un año.

Respecto del impedimento de los dementes, presenta esta cuestión: ¿Es necesario que el demente haya sido sometido á previa interdicción por aquel capítulo? Dice que él sostiene la negativa, aunque algunos están por la afirmativa.

En los impedimentos por razón de parentesco, después de aplicar las reglas sobre cómo se cuentan los grados de parentesco en el Derecho Canónico y en el Derecho Civil, manifiesta que el Legislador chileno había dispuesto en el Código Civil, que la computación de los grados de parentesco no se aplicaba á los impedimentos canónicos del matrimonio; pero aunque la Ley de Matrimonio Civil nada ordena sobre el particular, le parece claro que, abolida en esta materia del matrimonio la legislación eclesiástica, la computación de los grados debe hacerse con arreglo á la computación civil.

Con relación á los impedimentos provenientes de la afinidad, presenta la cuestión de si se comprende la afinidad ilegítima ó solamente la legítima, y resuelve que ambas, aplicando el artículo 104 del Código Civil.

El artículo 5.° de la Ley, dice: «No podrán contraer matrimonio entre sí: 1.° Los ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad. Los colaterales por consanguidad hasta el segundo grado inclusive».

Dice el señor Latorre: «En consecuencia, á los únicos colaterales á quienes afecta este impedimento es á los hermanos. Como se ve, la Ley ha restringido considerablemente la extensión dada á ciertos impedimentos en la legislación canónica que prohibe el matrimonio hasta el cuarto grado inclusive en la línea transversal, bien que era fácil obtener dispensas; de aquí que el espíritu del Legislador haya sido mantener sólo el impedimento de los hermanos, que no dispensaba la Iglesia».

COLOMBIA.—*Impedimentos.*—El Código Civil no reconoce separada-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mente impedimentos, ni los clasifica. El título 5.°, que trata de la nulidad del matrimonio y de sus efectos, los menciona como causales de nulidad.

El artículo 45 de la ley 57 de 1887, deroga los incisos 4.°, 10, 13 y 14 del artículo 140 del Código Civil, que es el en que se enumeran las causales de nulidad del matrimonio; pero el inciso 4.° lo repitió la ley en el artículo 13 al pie de la letra; el 10 lo cambió de redacción, diciendo: «Cuando se ha contraído por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima». No se comprende la afinidad ilegítima.

El Código decía: «Cuando el matrimonio se ha contraído entre el padrastro y la entenada, ó el entenado y la madrastra».

El 13 se repitió sin variación sustancial, y el 14 cercenando la prohibición de casarse el tutor ó curador con su pupilo ó pupila, cuando hayan obtenido habilitación de edad.

Por no prolongar demasiado esta exposición, que, como dejamos indicado, tiene por principal objeto dar á conocer el bien elaborado folleto del señor Latorre, suspendemos aquí su examen y comparación con la legislación de Colombia, pues por lo que se deja analizado, se formará una idea justa del trabajo que recomendamos al foro de Colombia.

Cuando nuestras tareas nos lo permitan, nos ocuparemos en presentar un estudio legal sobre el matrimonio, que comprenda lo referente al Matrimonio Civil en Colombia, y lo relativo á la legislación canónica sobre esta materia, para que los que se casen católicamente, sepan á qué reglas y mandatos se someten en la celebración del sacramento que ha de producir efectos civiles; y por último, daremos á conocer nuestras opiniones en las diversas cuestiones que sobre esta materia se nos han consultado, siempre que obtengamos permiso de los consultantes para publicarlas por la prensa.

Concluímos felicitando nuevamente al señor Latorre por su trabajo sobre la Ley de Matrimonio Civil Chilena, y suplicamos á los abogados de Chile nos favorezcan con sus trabajos sobre asuntos de carácter general; ofreciéndoles la reciprocidad.—Ramón Gómez.—Emigdio Palau.—Agustín Núñez.—Andrés Lara.—Liborio D. Cantillo».

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.° de marzo de 1890 NÚM. 10

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado. Apéndices: I. Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889: Tratado de Derecho Comercial Internacional.—La formación de los acervos en la partición de una herencia, por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Estudio de las circunstancias esenciales de la donación entre vivos, ó comentario de los artículos 1386 y 1398 del Código Civil, por don David Toro Melo.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Nulidad de un testamento otorgado antes de la vigencia del Código Civil y con arreglo á las leyes vigentes á la fecha de su otorgamiento, por don Agustín Correa Bravo.

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

APÉNDICES

I

Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889

TRATADO DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

S. E. el Presidente de la República Argentina; S. E. el Presidente de Bolivia; S. M. el Emperador del Brasil; S. E. el Presidente de la República de Chile; S. E. el Presidente de la República del Paraguay; S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, han convenido en celebrar un tratado sobre Derecho Comercial Internacional por medio de sus respectivos plenipotenciarios, reunidos en Congreso en la ciudad de Montevideo, por iniciativa de los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, estando representados:

S. E. el Presidente de la República Argentina, por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El señor doctor don Roque Sáenz Peña, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Oriental del Uruguay, y por

El señor doctor don Manuel Quintana, Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

S. M. el Presidente de la República de Bolivia, por

El señor doctor don Santiago Vaca Guzmán, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina.

S. E. el Emperador del Brasil, por

El señor doctor don Domingo de Andrade Figueira, Consejero de Estado y Diputado á la Asamblea General Legislativa.

S. E. el Presidente de la República de Chile, por

El señor don Guillermo Matta, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por

El señor Belisario Prats, Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

S. E. el Presidente de la República del Paraguay, por

El señor doctor don Benjamín Aceval, y por

El señor doctor don José Z. Caminos.

S. E. el Presidente de la República del Perú, por

El señor doctor don Cesáreo Chacaltana, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por

El señor doctor don Manuel María Gálvez, Fiscal de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay por

El señor doctor don Ildefonso García Lagos, Ministro Secretario de Estado en el departamento de Relaciones Exteriores, y por

El señor doctor don Gonzalo Ramírez, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina.

Quienes, previa exhibición de sus plenos poderes, que hallaron en debida forma, y después de las conferencias y discusiones del caso, han acordado las estipulaciones siguientes:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TÍTULO PRIMERO

De los actos de comercio y de los comerciantes

ARTICULO PRIMERO. Los actos jurídicos serán considerados civiles ó comerciales, con arreglo á la ley del país en que se efectúan.

ART. 2.º El carácter de comerciante de las personas se determina por la ley del país en el cual tienen el asiento de sus negocios.

ART. 3.º Los comerciantes y agentes auxiliares del comercio están sujetos á las leyes comerciales del país en que ejercen su profesión.

TÍTULO II

De las Sociedades

ART. 4.º El contrato social se rige, tanto en su forma, como respecto á las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial.

ART. 5.º Las sociedades ó asociaciones que tengan carácter de persona jurídica, se regirán por las leyes del país de su domicilio; serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados, y hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales.

Más para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán á las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos.

ART. 6.º Las sucursales ó agencias constituídas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas á la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente á las operaciones que practiquen.

ART. 7.º Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal, son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios ó que inicien los terceros contra la sociedad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro, que den mérito á controversias judiciales, podrá ser demandada ante los tribunales del último.

TÍTULO III

De los seguros terrestres, marítimos y sobre la vida

ART. 8.º Los contratos de seguros terrestres y de transportes por los rios ó aguas interiores, se rigen por la ley del país en que está situado el bien objeto del seguro, en la época de su celebración.

ART. 9.º Los seguros marítimos y sobre la vida, se rigen por las leyes del país en que está domiciliada la sociedad aseguradora ó sus sucursales ó agencias, en el caso previsto en el artículo 6.º

ART. 10. Son competentes para conocer de las reclamaciones que se deduzcan contra las sociedades de seguros, los tribunales del país en que dichas sociedades tienen su domicilio legal.

Si esas sociedades tienen constituídas sucursales en otros Estados, regirá lo dispuesto en el artículo 6.º

TÍTULO IV

De los choques, abordajes y naufragios

ART. 11. Los choques y abordajes de buques se rigen por la ley del país en cuyas aguas se producen y quedan sometidos á la jurisdicción de los tribunales del mismo.

ART 12. Si los choques y abordajes tienen lugar en aguas no jurisdiccionales, la ley aplicable será la de la nación de su matrícula.

Si los buques estuviesen matriculados en distintas naciones, regirá la ley del Estado más favorable al demandado.

En el caso previsto en el inciso anterior, el conocimiento de la causa corresponderá á los tribunales del país á que primero arriben.

Si los buques arriban á puertos situados en distintos países,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

prevalecerá la competencia de las autoridades que prevengan en el conocimiento del asunto.

ART. 13. En los casos de naufragio serán competentes las autoridades del territorio marítimo en que tiene lugar el siniestro.

Si el naufragio ocurre en aguas no jurisdiccionales, conocerán los tribunales del país del pabellón del buque ó los del domicilio del demandado, en el momento de la iniciación del juicio, á elección del demandante.

TÍTULO V

Del fletamento

ART. 14. El contrato de fletamento se rige y juzga por las leyes y tribunales del país en que está domiciliada la agencia marítima con la cual ha contratado el fletador.

Si el contrato de fletamento tiene por objeto la conducción de mercaderías ó pasajeros entre puertos de un mismo Estado, será regido por las leyes de éste.

ART. 15. Si la agencia marítima no existiese en la época en que se inicie el litigio, el fletador podrá deducir sus acciones ante los tribunales del domicilio de cualquiera de los interesados ó representantes de aquélla.

Si el actor fuese el fletante, podrá entablar su demanda ante los Tribunales del Estado en que se encuentra domiciliado el fletador.

TÍTULO VI

De los préstamos á la gruesa ó á riesgo marítimo

ART. 16. El contrato de préstamo á la gruesa se rige por la ley del país en que se hace el préstamo.

ART. 17. Las sumas tomadas á la gruesa para las necesidades del último viaje, tienen preferencia en el pago á las deudas contraídas para la construcción ó compra del buque, y al dinero tomado á la gruesa en un viaje anterior.

Los préstamos hechos durante el viaje, serán preferidos á los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se hicieren antes de la salida del buque, y si fuesen muchos los préstamos tomados en el curso del mismo, se graduará entre ellos la preferencia por el orden contrario de sus fechas, prefiriéndose el que sigue al que precede.

Los préstamos contraídos en el mismo puerto de arribada forzosa y durante la misma estancia, entrarán en concurso y serán pagados á prorrata.

ART. 18. Las cuestiones que se susciten entre el dador y el tomador, serán sometidas á la jurisdicción de los tribunales donde se encuentren los bienes sobre los cuales se ha realizado el préstamo.

En el caso en que el prestamista no pudiese hacer efectivo el cobro de las cantidades prestadas en los bienes afectos al pago, podrá ejercitar su acción ante los tribunales del lugar del contrato ó del domicilio del demandado.

TÍTULO VII

De la gente de mar

ART. 19. Los contratos de ajuste de los oficiales y de la gente de mar, se rigen por la ley del país en que el contrato se celebra.

ART. 20. Todo lo concerniente al orden interno del buque y á las obligaciones de los oficiales y gente de mar, se rige por las leyes del país de su matrícula.

TÍTULO VIII

De las averías

ART. 21. Las averías gruesas ó comunes se rigen por la ley del país de la matrícula del buque en que han ocurrido.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si esas averías se han producido en el territorio marítimo de un solo Estado, se regirán por sus leyes.

ART. 22. Las averías particulares se rigen por la ley aplicable al contrato de fletamento de las mercaderías que las sufren.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 23. Son competentes para conocer en los juicios de averías comunes, los jueces del país del puerto en que termine el viaje.

ART. 24. Los juicios de averías particulares se radicarán ante los tribunales del país en que se entregue la carga.

ART. 25. Si el viaje se revoca antes de la partida del buque, ó si después de su salida se viere obligado á volver al puerto de la carga, conocerán del juicio de averías los jueces del país á que dicho puerto pertenece.

TÍTULO IX

De las letras de cambio

ART. 26. La forma del giro, del endoso, de la aceptación ó del protesto de una letra de cambio, se sujetará á la ley del lugar en que respectivamente se realicen dichos actos.

ART. 27. Las relaciones jurídicas que resultan del giro de una letra entre el girador y el beneficiario, se regirán por la ley del lugar en que la letra ha sido girada; las que resultan entre el girador y aquel á cuyo cargo se ha hecho el giro, lo serán por la ley del domicilio de este último.

ART. 28. Las obligaciones del aceptante con respecto al portador y las excepciones que puedan favorecerle, se regularán por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación.

ART. 29. Los efectos jurídicos que el endoso produce entre el endosante y el cesionario, dependerán de la ley del lugar en que la letra ha sido negociada ó endosada.

ART. 30. La mayor ó menor extensión de las obligaciones de los respectivos endosantes, no altera los derechos que primitivamente han adquirido el girador y el aceptante.

ART. 31. El aval se rige por la ley aplicable á la obligación garantida.

ART. 32. Los efectos jurídicos de la aceptación por intervención, se regirán por la ley del lugar en que el tercero interviene.

ART. 33. Las disposiciones de este título rigen para los vales, billetes ó pagarées de comercio, en cuanto les sean aplicables.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 34. Las cuestiones que surjan entre las personas que han intervenido en la negociación de una letra de cambio, se ventilarán ante los jueces del domicilio de los demandados en la fecha en que se obligaron, ó del que tengan en el momento de la demanda.

TÍTULO X

De las falencias

ART. 35. Son jueces competentes para conocer de los juicios de quiebra, los del domicilio comercial del fallido, aun cuando la persona declarada en quiebra practique accidentalmente actos de comercio en otra nación ó mantenga en ella agencias ó sucursales que obren por cuenta y responsabilidad de la casa principal.

ART. 36. Si el fallido tiene dos ó más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los tribunales de sus respectivos domicilios.

ART. 37. Declarada la quiebra en un país, en el caso del artículo anterior, las medidas preventivas dictadas en ese juicio, se harán tambien efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en otros Estados sin perjuicio del derecho que los artículos siguientes conceden á los acreedores locales.

ART. 38. Una vez cumplidas las medidas preventivas por medio de las respectivas cartas rogatorias, el juez exhortado hará publicar por el término de sesenta días, avisos en que dé á conocer el hecho de la declaración de quiebra y las medidas preventivas que se han dictado.

ART. 39. Los acreedores locales podrán, dentro del plazo fijado en el artículo anterior, á contar desde el día siguiente á la publicación de los avisos, promover un nuevo juicio de quiebra contra el fallido en otro Estado, ó concursarlo civilmente si no precediese la declaración de quiebra.

En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y se aplicarán respectivamente en cada uno de ellos las leyes del país en que radican.

ART. 40. Entiéndese por acreedores locales, que correspon-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

den al concurso abierto en un país, aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el mismo.

ART. 41. Cuando proceda la pluralidad de juicios de quiebras ó concursos, según lo establecido en este título, el sobrante que resultare á favor del fallido en un Estado, será puesto á disposición de los acreedores del otro, debiendo entenderse con tal objeto los jueces respectivos.

ART. 42. En el caso en que se siga un solo juicio de quiebra porque así corresponda, según lo dispuesto en el artículo 35, ó porque los dueños de los créditos locales no hayan hecho uso del derecho que les concede el artículo 39, todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos ante el juez ó tribunal que ha declarado la quiebra.

ART. 43. Aun cuando exista un solo juicio de quiebra, los acreedores hipotecarios anteriores á la declaración de la misma podrán ejercer sus derechos ante los tribunales del país en que están radicados los bienes hipotecados ó dados en prenda.

ART. 44. Los privilegios de los créditos localizados en el país de la quiebra y adquiridos antes de la declaración de ésta, se respetarán aun en el caso en que los bienes sobre que recaiga el privilegio se transporten á otro territorio y exista en él, contra el mismo fallido, un juicio de quiebra ó formación de concurso civil.

Lo dispuesto en el inciso anterior sólo tendrá efecto cuando la translación de los bienes se haya realizado dentro del plazo de la retroacción de la quiebra.

ART. 45. La autoridad de los síndicos ó representantes legales de la quiebra será reconocida en todos los Estados, si lo fuese por la ley del país en cuyo territorio radica el concurso al cual representan, debiendo ser admitidos en todas partes á ejercer las funciones que les sean concedidas por dicha ley y por el presente tratado.

ART. 46. En el caso de pluralidad de concursos, el tribunal en cuya jurisdicción reside el fallido, será competente para dictar todas las medidas de carácter civil que lo afecten personalmente.

ART. 47. La rehabilitación del fallido sólo tendrá lugar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuando haya sido pronunciada en todos los concursos que se le sigan.

ART. 48. Las estipulaciones de este tratado en materia de quiebra se aplicarán á las sociedades anónimas, cualquiera que sea la forma de liquidación que para dichas sociedades establezcan los Estados contratantes, en el caso de suspensión de pagos.

Disposiciones generales

ART. 49. No es indispensable para la vigencia de este tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias.

La que lo apruebe lo comunicará á los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay para que lo hagan saber á las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

ART. 50. Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

ART. 51. Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del tratado ó introducir modificaciones en él, lo avisará á las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar á un nuevo acuerdo.

ART. 52. El artículo 49 es extensivo á las naciones que, no habiendo concurrido á este Congreso, quisieran adherirse al presente tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las naciones mencionadas, lo firman y sellan en el número de siete ejemplares, en Montevideo, á los..... días del mes de febrero del año de mil ochocientos ochenta y nueve.—ROQUE SÁENZ PEÑA.—MANUEL QUINTANA.—SANTIAGO VACA GUZMÁN.—DOMINGO DE ANDRADE FIGUEIRA.—GUILLERMO MATTA.—B. PRATS.—BENJAMÍN ACEVAL.—JOSÉ Z. CAMINOS.—CESÁREO CHACALTANA.—M. M. GÁLVEZ.—ILDEFONSO GARCÍA LAGOS.—GONZALO RAMÍREZ.

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LA FORMACIÓN DE LOS ACERVOS EN LA PARTICIÓN DE UNA HERENCIA

Entre las incumbencias delicadas que competen particularmente al abogado, figura en primera línea la partición de los bienes que una persona ha dejado á su fallecimiento.

Los copartícipes de una herencia depositan toda su confianza, muchas veces sin ulterior recurso, en el partidor que han designado.

Éste, por consiguiente, viene á ser el árbitro encargado de señalar la porción de bienes que debe corresponder á cada uno de los asignatarios llamados por la ley ó por el testador.

El cargo de juez compromisario requiere, pues, desde luego, una probidad exquisita.

Pero de nada serviría la integridad más acrisolada si no fuera unida al mismo tiempo al conocimiento perfecto de las reglas que establece nuestro Código Civil en esta importante materia.

Por desgracia, los preceptos á que me refiero no están á veces expuestos con la suficiente claridad, si hemos de juzgar por las discusiones y errores manifiestos á que han solido dar origen aun entre personas profundamente versadas en la legislación que nos rige.

Todos sabemos, verbigracia, las contrarias opiniones que se han sustentado sobre si el cónyuge sobreviviente puede percibir conjuntamente la porción conyugal y la cuarta de libre disposición, cuando, á pesar de dejar legitimarios, el testador lo haya ordenado así.

Esta cuestión, en la cual han tomado parte distinguidos jurisconsultos, se puede decir que no ha tenido aún una solución doctrinal, puesto que la divergencia de pareceres se ha pronunciado hasta en el seno de nuestros mismos Tribunales.

He encontrado algunos antecedentes que puedan dar mucha luz sobre el punto debatido, y espero que he de tener en breve la oportunidad de exhibirlos, tanto más cuanto que ellos vienen á servir, á mi juicio, de apoyo irrefutable á la resolución que siempre he sostenido.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por ahora, me propongo discurrir sobre un tema que es, sin duda alguna, mucho más interesante que el relativo á la porción conyugal, puesto que se trata de la interpretación de reglas que tienen una aplicación más frecuente y que son á menudo mal comprendidas.

Me refiero á la formación de los acervos, que la ley ordena para distribuir convenientemente los bienes de una persona que ha fallecido.

El primer artículo del Código Civil, que se relaciona con este asunto, es el 959, que á la letra dice como sigue:

"ART. 959. En toda sucesión por causa de muerte, para llevar á efecto las disposiciones del difunto ó de la ley, se deducirán del *acervo* ó masa de bienes que el difunto ha dejado, inclusos los créditos hereditarios,

"1.º Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas á la apertura de la sucesión;

"2.º Las deudas hereditarias;

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

"4.º Las asignaciones alimenticias forzosas;

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

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

El objeto de este artículo no es otro que el de establecer una regla general que sirva al mismo tiempo de base para hacer los cálculos de que se tratará en los artículos 1184 y siguientes.

Fácil es notar que el Legislador distingue ya dos acervos en el artículo que he transcrito.

Desde luego, uno que comprende, como dice el inciso primero, "la masa de *bienes* que el difunto ha dejado, *inclusos los créditos hereditarios*".

Advertiré de paso que la última frase subrayada es manifiestamente redundante, puesto que los créditos también son bienes según el artículo 565 del Código Civil.

Este primer acervo, que podríamos llamar *en bruto* ó *ilíquido*, abraza, pues, todos los bienes que una persona deja á su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fallecimiento, sin entrar á hacer rebajas de ninguna especie.

El segundo acervo, de que habla el artículo 959 en su inciso final, es el acervo *líquido*, que viene á ser lo que resta del acervo *en bruto* ó *ilíquido* después de hechas las deducciones indicadas en el mismo artículo.

El testador ó la ley disponen sólo de este acervo líquido, según lo expresa el Código.

Sin embargo, esto no es muy exacto, porque, en realidad, el testador se puede decir que dispone de todo lo que tiene.

Las asignaciones alimenticias forzosas y la porción conyugal á que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos, son también disposiciones hechas por el testador en cumplimiento de la ley, y, sin embargo, figuran entre las deducciones.

Y no se diga que el Legislador ha querido hablar, en el último inciso del artículo 959, únicamente de la parte de que el testador puede disponer libremente, porque entonces habría enumerado entre las deducciones las demás asignaciones forzosas que no se mencionan en el artículo citado, como ser, por ejemplo, la mitad legitimaria.

Nada importaría tampoco para el caso el que las asignaciones alimenticias forzosas y la porción conyugal á que hubiere lugar en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes legítimos, se considerasen como disposiciones de la ley, pues siempre resultaría la misma inexactitud del referido inciso final, como es fácil comprenderlo.

Sea lo que fuere á este respecto, la impropiedad de la expresión del Legislador no tiene aquí importancia alguna, puesto que no puede perjudicar á la inteligencia de las reglas contenidas en el artículo de que se trata.

Como ya lo he advertido, los preceptos establecidos en este artículo 959 suministran sólo ciertos antecedentes para sacar las cuentas de que se hablará más adelante.

Bien ó mal formado el acervo líquido, es indudable que tenemos que aceptarlo tal como el Código nos lo ofrece.

Para comprender bien los cálculos á que he hecho referencia, es menester tener presente el artículo 1184, que copio á continuacion:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 1184. La mitad de los bienes, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 959 y las que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas ó extirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere á cada uno en esa división será su legítima *rigorosa.*

"No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer á su arbitrio.

"Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, ó sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer á uno ó más de sus descendientes legítimos, sean ó no legitimarios; y otra cuarta, de que ha podido disponer á su arbitrio".

Hemos visto que en el artículo 959 no se habla más que de *deducciones*, y luego veremos que en los que siguen al 1184 se trata sólo de *agregaciones;* de modo que la redacción del inciso primero del artículo que acabo de reproducir aparece un tanto descuidada.

Preferible habría sido, sin duda, que este inciso hubiera empezado del modo siguiente:

"La mitad de los bienes, previas las deducciones del artículo 959 y las agregaciones que en seguida se expresan, etc."

Examinemos ahora cuáles son estas agregaciones, en qué forma y en qué casos deben hacerse; para lo cual es indispensable tener desde luego á la vista el artículo 1185, que dice como se copia á continuación.

"ART. 1185. Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables é irrevocables, hechas en razón de legítimas ó de mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, y las deducciones que, según el artículo 1176, se hagan á la porción conyugal.

"Las cuartas antedichas se refieren á este acervo imaginario".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Como se ve, en este artículo nos encontramos con un nuevo acervo, que el Legislador denomina *imaginario*, porque, para formarlo, se acumulan bienes que no existen entre los del testador, sino de un modo ficticio.

Sin embargo, la acumulación que aquí se hace no tiene nada de imaginaria, como dice el Código, sino que es muy real.

La impropiedad de esta manera de expresarse es sobre todo manifiesta tratándose de donaciones revocables, puesto que las cosas donadas de este modo están en el patrimonio del testador hasta el momento de su muerte.

Hasta entonces, el donatario sólo se considera usufructuario de la cosa donada (art. 1140); de modo que bien podría ponerse ésta en el inventario de los bienes del difunto, y en este caso debería computarse en el acervo líquido. Pero el Código ha procedido en otra forma.

En el Derecho Español se decía en lugar de "acumular imaginariamente", "traer á colación", expresión que es mucho más propia y exacta que la de nuestro Código Civil, porque, como ya se ha dicho, la acumulación en este caso no tiene existencia únicamente en la imaginación, sino que es real, efectiva.

El fin que persigue el Legislador con estas acumulaciones, no es otro que el de igualar á los legitimarios en sus legítimas, y esto no podría hacerse sin traer á colación lo que el testador ha donado á uno ó á algunos de ellos.

Para mayor claridad, voy á poner un ejemplo en que se vea prácticamente cómo se hace el cálculo.

Supongamos que el difunto ha dejado un patrimonio que, después de hechas las deducciones del artículo 959, asciende á 300,000 pesos.

Esto es lo que se llama acervo *líquido*.

La sucesión se compone de tres hijos legítimos, uno de los cuales había recibido ya de su padre una donación de valor de 20,000 pesos, imputable á su legítima ó á mejora.

Aplicando las reglas del artículo 1185, tendríamos que el acervo *imaginario* resultante ascendería en el caso propuesto á 320,000 pesos.

La mitad de esta suma será lo que debe distribuirse entre los tres hijos, ó entre los tres hijos y el cónyuge, si lo hay, para sa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ber cuánto les corresponde á cada uno de los hijos, como legítima rigurosa, y al cónyuge, como porción conyugal.

Supongamos que hay cónyuge sobreviviente.

La mitad de 320,000 pesos son 160,000, que divididos entre cuatro (tres hijos y el cónyuge) dan para cada uno la suma de 40,000 pesos, que será la legítima rigurosa y la porción conyugal en el presente caso.

Advertiré, sin embargo, que al hijo á quien se había hecho la donación sólo se darán 20,000 pesos, como legítima rigurosa, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 1198.

El valor de las cosas donadas debe computarse, según el Código, al tiempo de la entrega de ellas.

Esta regla no ofrece observación alguna tratándose de donaciones irrevocables; pero no sucede lo mismo en el caso en que las donaciones sean revocables, pues entonces el donatario no se hace dueño de ellas sino en el momento de la muerte del donante.

Sin embargo, el Legislador no ha querido hacer diferencia entre unas y otras, fundado probablemente en que el donatario de cosas donadas de una manera revocable es, prácticamente hablando, un verdadero propietario fiduciario, como puede verse en el artículo 1140.

En el artículo 1185, que he copiado anteriormente, se habla también de acumular «las deducciones que, según el artículo 1176, se hagan á la porción conyugal».

Esto de *acumular deducciones*, á primera vista parece incomprensible; sin embargo, la explicación es sencilla, como voy á manifestarlo.

Un ejemplo nos hará ver de un modo palpable lo que ha querido decir el Código.

En el caso propuesto anteriormente, discurriendo sobre este mismo artículo 1185, suponíamos que el cónyuge sobreviviente tenía como porción conyugal la suma de 40,000 pesos, y que se la llevaba íntegra por no tener bienes propios.

Supongamos ahora que este cónyuge tenga una casa de valor de 18,000 pesos.

Si tal sucede, no tendrá derecho más que al complemento (art. 1176), es decir, á la porción conyugal íntegra menos los 18,000 pesos antedichos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Éstos forman aquí las deducciones de que habla el artículo 1185; de modo que habrá que agregarlos al acervo líquido dejado por el difunto á fin de obtener el acervo imaginario de que trata este mismo artículo, y del cual habrá que sacar: 1.º, la mitad que corresponde á los legitimarios por sus legítimas rigurosas y al cónyuge (que en este caso se considera como hijo por su porción conyugal); 2.º, la cuarta de mejoras; y 3.º, la cuarta de libre disposición.

Por consiguiente, el acervo imaginario se compondrá en el caso actual de la suma de las cantidades que en seguida se expresan:

Acervo líquido dejado por el difunto.	$ 300,000
Valor de una donación imputable á legítima ó mejora. . . .	20,000
Bienes propios del cónyuge sobreviviente (en los cuales se consideran comprendidos todos los que éste tenga derecho á percibir en la sucesión del difunto por cualquier título que no sea la porción conyugal).	18,000
Acervo imaginario resultante.	$ 338,000

La mitad legitimaria será, pues, la mitad de este último acervo, es decir 169,000 pesos, que divididos entre cuatro (los tres hijos y el cónyuge), dan para cada uno la cantidad de 42,250 pesos.

Esta será la legítima rigorosa de cada hijo y la porción conyugal; pero como el cónyuge tiene una casa de valor de 18,000 pesos, puede quedarse con ella y entonces sólo habrá que darle el complemento, esto es, 42,250 − 18,000 = 24,250 pesos.

De lo expuesto, resulta que la palabra *deducciones* empleada en el artículo 1185 no significa otra cosa que aquellos bienes propios del cónyuge sobreviviente que éste puede abandonar en conformidad á lo prescrito en el artículo 1177 y que se acumulan al acervo líquido para obtener el acervo imaginario que ha de servir para hacer los cálculos de que ya se ha hablado.

Téngase presente que este último acervo sólo se toma en cuenta para la computación de las legítimas, mejoras, porción conyugal (en el orden de sucesión de los descendientes legítimos) y cuarta de libre disposición.

Para los extraños, tales como los acreedores hereditarios, no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hay más acervo que los bienes que realmente ha dejado el difunto; ó, como dice el artículo 1199, la acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas ó de mejoras, *no aprovecha á los acreedores hereditarios ni á los asignatarios que lo sean á otro título que el de legítima ó mejora.*

Bien entendido que, al hablar el Código de que esta acumulación *no aprovecha á los acreedores hereditarios ni á los asignatarios, etc.*, lo que ha querido significar es que estas personas no tienen acción contra los donatarios del difunto, como la tendría un legitimario.

Hago esta advertencia porque, en realidad, los asignatarios que lo sean á otro título que el de legítima ó mejora *se aprovechan* de la acumulación en el sentido de que por ella la cuarta de libre disposición es mayor de lo que sería si sólo tomáramos en cuenta el acervo líquido.

Para la mejor inteligencia de lo que aún me resta que explicar, conviene que el acervo formado con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1185 lo denominemos *primer acervo imaginario* para distinguirlo de otro de que trata el artículo 1,186.

Este artículo está concebido en los términos siguientes:

"ART. 1186. Si el que tenía á la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos á extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere á la cuarta parte de la suma formada por este valor y el del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras".

En el artículo 1185 se hablaba de donaciones *revocables ó irrevocables hechas en razón de legítimas ó de mejoras.*

En el que acabo de reproducir, se trata sólo de donaciones *irrevocables hechas á extraños*, es decir, á personas que no son legitimarios ni descendientes á quienes se pudiera mejorar.

En el artículo 1185, la circunstancia de que las donaciones revocables hayan sido hechas en razón de legítimas ó de mejoras, hace que sea necesario tomarlas en cuenta para el objeto de igualar á los legitimarios.

No sucede lo mismo respecto á las donaciones á que se refiere el artículo 1186, puesto que ellas han ido á favorecer á personas extrañas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Estas donaciones, en caso de ser revocables, sólo producen pleno efecto después de la muerte del donante (art. 1144); de modo que se consideran como legados que habrá que sacarlos de la cuarta de libre disposición (art. 1141), según las reglas generales.

Formado ya el primer acervo imaginario, según lo dispuesto en el artículo 1185, toca ahora preguntarnos si la persona de cuyos bienes se trata ha hecho donaciones entre vivos á extraños.

Fácilmente se puede comprender que las disposiciones relativas á legítimas y mejoras serían letra muerta si el Legislador no hubiera tomado precauciones para impedir que una persona que tenga legitimarios pueda hacer donaciones excesivas, privando así á éstos de aquella porción de bienes que la misma ley les asigna.

El Código, pues, ha establecido preceptos que tienden á precaver este abuso, y de aquí proviene que sea menester investigar si el difunto ha hecho donaciones á extraños y cuál es la cuantía de ellas.

Supongamos que en efecto las haya hecho, y veamos cómo procede el Código á averiguar si han sido ó nó excesivas.

He tenido la fortuna de encontrar, entre los papeles de don Andrés Bello, dos ejemplos relativos al artículo 1186, escritos de su puño y letra por el ilustre redactor del Código Civil.

Estos ejemplos emanados de una autoridad irrecusable, nos harán ver palpablemente la verdadera inteligencia del artículo citado, y nos indicarán de un modo práctico cómo hemos de dirigirnos hasta llegar á obtener el *segundo acervo imaginario*.

El primer ejemplo se refiere al caso en que haya lugar á la formación del acervo imaginario del artículo 1185, y dice como sigue:

«Acervo imaginario formado en conformidad al artículo 1185.	$ 50,000
«Donaciones entre vivos no imputables á legítimas ó mejoras	» 30,000
TOTAL.	$ 80,000
«Cuarta parte.	$ 20,000

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Exceso	$ 10,000
Acervo resultante.	» 60,000
Legítimas	» 30,000
Cuarta de mejoras	» 15.000

«La porción libre queda, pues, reducida en este caso á $ 5,000».

En el segundo ejemplo, supone el señor Bello que no hay lugar á la formación del acervo imaginario del artículo 1185, y se expresa en estos términos:

«Acervo líquido	$ 48,000
«Donaciones entre vivos no imputables á legítimas ó mejoras	» 32,000
TOTAL	$ 80,000
«Cuarta parte.	$ 20,000

Exceso.	$ 12,000
Acervo resultante.	» 60,000
Mitad legitimaria	» 30,000
Cuarta de mejoras	» 15,000

«Habiendo descendientes legítimos, la porción libre asciende á

$$48,000 - 30,000 - 15,000 = \$\ 3,000$$

«No habiéndolos, dicha porción es

$$48,000 - 30,000 = \$\ 18,000»$$

Como se ve, en los dos ejemplos propuestos las donaciones no eran excesivas, puesto que el difunto quedaba todavía con cierta cantidad de que podía disponer libremente sin perjudicar á los legitimarios.

Este *segundo acervo imaginario* que hemos formado sumando el exceso de que habla el artículo 1186 con el *primer acervo imaginario* (el del art. 1185) ó con el *acervo líquido*, según sea el caso, sirve para computar las legítimas y mejoras.

Obtenidas éstas y aquéllas, se suman: si la suma no es mayor que el primer acervo imaginario, ó que el acervo líquido en su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

caso, los donatarios pueden estar tranquilos, porque las donaciones no han sido excesivas; si, por el contrario, esta suma es mayor, habrá acción contra los donatarios para que restituyan el exceso, como lo dispone el artículo 1187.

Este artículo dice textualmente lo que paso á copiar:

"ART. 1187. Si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer á su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigorosas, ó la cuarta de mejoras, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios, en un *orden inverso* al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes.

"La insolvencia de un donatario no gravará á los otros".

He logrado descifrar otros dos ejemplos relativos á este artículo y escritos también por don Andrés Bello, los cuales no pueden menos de contribuir á dar mayor claridad á esta interesante materia.

El primero de dichos ejemplos dice así:

«Acervo imaginario formado en conformidad al artículo 1185.	$	20,000
«Donaciones no imputables á legítimas ó mejoras. .	»	100,000
TOTAL.	$	120,000
«Cuarta parte.	$	30,000

Exceso.	$	70,000
Acervo resultante	»	90,000
Legítimas	»	45,000
Mejoras.	»	22,500
Déficit que debe cubrirse por los donatarios.	»	47,500

El segundo ejemplo se refiere al caso en que no haya lugar á la formación del acervo imaginario del artículo 1185, y está concebido del modo siguiente:

«Acervo líquido.	$	48,000
«Donaciones no imputables á legítimas ó mejoras. .	»	96,000
TOTAL.	$	144,000
«Cuarta parte.	$	36,000

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Exceso.	$	60,000
Acervo resultante.	»	108,000
Mitad legitimaria.	»	54,000
Cuarta de mejoras.	»	27,000

"Habiendo descendientes legítimos, la porción libre sería en el presente caso

$$48{,}000 - 54{,}000 - 27{,}000 = \$\ 23.000$$

que deben repetirse contra los donatarios.

"No habiendo descendientes legítimos, la porción libre sería

$$48{,}000 - 54{,}000 = \$\ 6{,}000$$

que representan lo que debe repetirse contra los donatarios".

Ahora bien, ¿qué parte de su patrimonio puede un individuo donar irrevocablemente á extraños con la seguridad de que estas donaciones no sean después de su muerte atacadas por excesivas?

El mismo don Andrés Bello va á resolvernos esta importante cuestión.

En el manuscrito que he hallado, después de los dos últimos ejemplos que acabo de reproducir, el señor Bello agrega lo que paso á indicar.

"Estos cálculos, dice, pueden expresarse por medio de fórmulas algebraicas.

"Siendo A el acervo y D el valor de las donaciones, el acervo imaginario resultante será $\frac{3A+3D}{4}$; y sus tres cuartas partes destinadas á legítimas y mejoras, $\frac{9A+9D}{16}$; de que se sigue que, mientras esta cantidad no exceda al valor de A, estarán seguros los donatarios. Este límite es representado por $\frac{9A+9D}{16} = A$, ó $D = \frac{7}{9} A$.

"Sea, pues, $A = 90$ y $D = 80$.

El acervo imaginario resultante será $\frac{3A+3D}{4} = \frac{510}{4}$, y sus tres cuartas partes, $\frac{1530}{16} = 95\frac{10}{16}$.

"Habrá que repetir contra los donatarios por $5\frac{10}{16}$.

"Para que la computación de las legítimas no menoscabe la cuarta libre, es menester que $\frac{9A+9D}{16} = \frac{3A}{4} = \frac{12A}{16}$, de donde sale

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

$$9A + 9D = 12A$$
$$9D = 3A$$
$$D = \tfrac{1}{3}A$$

"Sea, pues, A=90.
D=30.
A + D = 120.
"Cuarta parte: 30.
"Exceso: 00.

"De manera que siempre que sea $D > \frac{1}{3}$ A, sufre la porción libre un desfalco en favor de legítimas y mejoras.

"De todo lo cual, podemos deducir las fórmulas siguientes:

"$D = \frac{A}{3}$. Límite de lo que puede donarse sin comprometer la porción libre, no habiendo descendientes legítimos ó habiéndolos.

"$D = \frac{5A}{3}$. Límite de lo que puede donarse sin comprometer á los donatarios, no habiendo descendientes legítimos.

"$D = \frac{7}{6}A$. Límite de lo que puede donarse sin comprometer á los donatarios, habiendo descendientes legítimos".

En resumen, se puede decir que nuestro Código Civil distingue perfectamente cuatro acervos, que son:

1.º El *acervo en bruto* ó *illquido* de que habla el inciso primero del artículo 959 y que comprende todos los bienes que el difunto ha dejado, considerados en globo y sin hacer todavía de ellos deducción alguna.

2.º El *acervo líquido* de que trata el inciso final del mismo artículo y que no es otra cosa que el *acervo en bruto* ó *illquido*, menos las deducciones indicadas en los incisos anteriores.

3.º El *primer acervo imaginario*, que se forma, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1185, del *acervo líquido* más las donaciones imputables á legítimas ó mejoras; más las deducciones que, según el artículo 1176, se hagan á la porción conyugal.

Este acervo tiene por objeto igualar á los legitimarios; y se toma por base para computar las legítimas, la porción conyugal siempre que haya descendientes legítimos, las mejoras y la cuarta de libre disposición.

4.º El *segundo acervo imaginario*, que se obtiene, en conformidad á lo prescrito en el artículo 1186 sumando el exceso de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que habla este mismo artículo con el *primer acervo imaginario*, ó con el *acervo líquido* según los casos.

Este *segundo acervo imaginario*, que sólo se forma cuando se trata de donaciones hechas á extraños, sirve para la computación de las legítimas, de la porción conyugal en el orden de sucesión de los descendientes legítimos, y de la cuarta de mejoras, pero no para deducir la cuarta de libre disposición.

He dicho al comenzar este trabajo que las disposiciones que he analizado han sido frecuentemente mal interpretadas aún por personas de reconocida competencia.

Mi distinguido maestro don José Bernardo Lira, cuya pérdida lamentan todavía el foro y las letras nacionales, á pesar de su clara inteligencia y de su profunda versación en materias legales, se confundía lastimosamente al tratar de explicar la formación de los acervos en su *Prontuario de los Juicios* (1).

He visto con placer que en la última edición de este importante libro, dada á luz con posterioridad al fallecimiento de este malogrado jurisconsulto, se han corregido los errores que él había cometido á este respecto, y para ello se ha tenido presente uno de los ejemplos encontrados entre los manuscritos del señor Bello (2).

Don José Clemente Fabres, uno de los profesores que honran á nuestra Universidad por su ciencia, erudición y talento, ha dedicado al estudio del Código Civil una atención preferente, y sin embargo, al ocuparse en dilucidar esta cuestión de los acervos, ha incurrido en equivocaciones manifiestas.

En su conocida obra sobre *Instituciones de Derecho Civil Chileno*, publicada en 1863, el señor Fabres dice, á la página 141, número 323, lo que copio en seguida:

"Para formar las legítimas se deducen primero del caudal del difunto, las costas, deudas y cargas de que se habló en el número 253 (que trata del artículo 959), y se acumulan en seguida imaginariamente al acervo líquido: 1.º, las donaciones revocables ó irrevocables, imputables á legítima ó mejora, según el

(1) Véase el tomo I de la edición de 1880, á la página 360, número 511, con las notas correspondientes.

(2) Consúltese el tomo I de la edición de 1886, á la página 358, número 511, con la nota 1.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega; 2.º, las deducciones que se hagan á la porción conyugal; pero si hubiere descendientes legítimos, la acumulación se hace sólo á la mitad legitimaria, porque en este caso la porción conyugal se saca de esa mitad; 3.º, las donaciones entre vivos que el difunto hubiese hecho á extraños, cuando ya tenía legitimarios; pero sólo en la parte que excedan dichas donaciones á la cuarta parte de la suma formada por el valor de ellas y el del acervo imaginario. Formado así el caudal, la mitad se destina para las legítimas rigorosas en todos los órdenes de sucesión. No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, el testador *puede disponer libremente de la otra mitad*; pero si hubiese tales descendientes, el testador sólo *puede disponer libremente de la cuarta parte de dicho caudal*, reservando la otra cuarta parte á favor de uno ó más de sus descendientes legítimos á su arbitrio, en calidad de mejora».

Como se observa sin dificultad al leer el trozo que precede, el autor confunde el acervo del artículo 1185, que he llamado *primer acervo imaginario*, con el acervo del artículo 1186, que he designado con el título de *segundo acervo imaginario*.

El señor Fabres toma, sin dar lugar á duda, este último acervo como base para computar, no sólo las legítimas y mejoras, sino también la porción libre: mientras tanto en el artículo 1186 se dice terminantemente que el exceso de las donaciones se agrega al primer acervo imaginario *para la computación de las legítimas y mejoras*; para nada más.

Ahora bien, si personas como las que he citado han podido caer en error al interpretar estos preceptos, se comprende que la inteligencia de ellos ha de ofrecer en la práctica muchas dificultades.

Por otra parte, á nadie se pueden ocultar las gravísimas consecuencias que traería consigo la mala aplicación de estas reglas, sobre las cuales está basada la distribución de los bienes en las sucesiones testamentarias ó ab intestato.

Ojalá que las explicaciones que he dado puedan contribuir en algo para disipar estos inconvenientes.

Tengo la presunción de creer que así sucederá.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI REYES

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ESTUDIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESENCIALES de la donación entre vivos, ó comentario de los artículos 1386 y 1398 del Código Civil

ART. 1386.—La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita é irrevocablemente una parte de sus bienes á otra persona, que la acepta.

ART. 1398.—No hay donación, si habiendo por una parte diminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se dá para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero.

La donación entre vivos ¿es acto ó contrato?

El artículo 1386 principia: "La donación entre vivos es un *acto*".

Esta declaración de nuestro Código nos obliga á determinar, antes de entrar al estudio de las circunstancias necesarias para que haya donación, si es acto ó contrato; en otros términos, el verdadero carácter jurídico de ella.

Acto es un hecho producido por la voluntad de una sola persona, aunque después de su ejecución sobrevengan dos. Se contrapone á contrato ó convención, que es formado por la concurrencia real de las voluntades de dos ó más personas, una de las cuales, ó todas, se obligan á dar, hacer ó no hacer alguna cosa. (Arts. 1437 y 1438).

La diferencia entre acto y contrato está en que el primero es producido por una sola voluntad, y el contrato, por el concurso de dos voluntades.

Examinemos las cosas que son de esencia de la donación entre vivos para ver cuál de las dos definiciones la comprende.

Son de la esencia de la donación:

1.° La diminución gratuita é irrevocable del patrimonio del donante. (Art. 1386).

2.° El aumento del patrimonio del donatario. (Art. 1398).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

3.º La aceptación de la donación por el donatario. (Artículos 1386 y 1412).

Conjuntamente estas tres circunstancias producen la donación entre vivos.

Podemos reducirlos, para el caso, al desasimiento gratuíto é irrevocable que de sus bienes hace el donante con el propósito de beneficiar al donatario, y á la aceptación de éste de tal beneficio.

Es esencial esta última circunstancia.

Antes de la aceptación del donatario, la donación es revocable á voluntad del donante (art. 1412); no tiene su carácter de irrevocabilidad; le falta este requisito esencial; no está perfecta, en una palabra, y no estando perfecta, no hay donación.

Luego para que haya donación, es necesario, como en los contratos, la concurrencia de dos voluntades, desapareciendo así la diferencia que aparentemente pudo tener con ellos.

Como ellos también, tiene por objeto producir una obligación, ya del donante sólo, ó ya de éste y del donatario, cuando se impone alguna carga al segundo.

Nuestro Código se ha inclinado á considerarla como un acto, según lo declara en su artículo 1386, ya citado, y según la voluntad del Legislador que sacó la donación entre vivos de entre los contratos, como estaba en los proyectos de los libros III y IV publicados en *El Araucano* primero, y en cuadernos separados en 1853, y colocándola al lado de los actos á título gratuíto, asignaciones y donaciones por causa de muerte.

Pero en el fondo es un verdadero contrato, de una naturaleza especial, es cierto, al que se le aplican las reglas concernientes á la interpretación de las asignaciones testamentarias, al derecho de acrecer y á las sustituciones, plazos, condiciones, y modos relativos á ellas (art. 1416); y que les son comunes algunas disposiciones referentes á la capacidad de recibir que deben tener el donatario y el asignatario.

Como contrato, puede figurar entre los de beneficencia cuando es pura y simple la donación, y entre los bilaterales, cuando se impone alguna carga al donatario, siendo consensual ó solemne en el primer caso y únicamente solemne en el segundo.

Como en las convenciones, en las donaciones es preciso que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las partes sean legalmente capaces y consientan en el acto y su consentimiento no adolezca de vicios.

Las obligaciones que contrae el donante, y el donatario en su caso, están sometidas á las mismas reglas generales que las nacidas de las convenciones. Deben tener objeto lícito, y causa, que en la donación es la liberalidad. Pueden ser condicionales, modales, á plazo, alternativas, facultativas, de género, solidarias, indivisibles, con cláusula penal, etc.

Como en los contratos, hay en las donaciones una acción resolutoria cuando, habiéndose impuesto alguna carga al donatario, está en mora de cumplirla. (Art. 1426).

Por estas semejanzas es por que se siguen las reglas de los contratos en lo que no se opongan á las disposiciones de este título *De las donaciones entre vivos.* (Art. 1416).

Tienen, sin embargo, las donaciones entre vivos dos diferencias de los contratos: la revocabilidad por ingratitud (art. 1428), y la resolución, caso que el donante disponga más de lo que puede hacer libremente. (Arts. 1425 y 1187).

En los contratos sucede algo parecido á esto último cuando el deudor insolvente celebra contratos onerosos á sabiendas, esto es, conociendo ambas partes el mal estado de los negocios del primero.

Esta manera de considerar la donación entre vivos (como contrato) no es nueva.

Es doctrina de Demolombe (*Cours du Code Napoléon*, I.—*Des donat. et test.*, pág. 19, núm. 21); de Pothier (art. prelim. *Des donat. entre vifs* et introduction à la Court d' Orleans, tít. XV, num. 1-4); de Ricard (*Des donat*; part. I, num. 835-846), y disposición de las leyes romanas. (L. 7, *Cod. De his quæ vi met.* L. 8, *Cod. Des præscript. trig. vel quadr. ann.).*

CIRCUNSTANCIAS ESENCIALES DE LA DONACION ENTRE VIVOS

Establecido el verdadero rango que corresponde á la donación entre vivos en el Derecho Civil, entramos á estudiar las circunstancias esenciales de ella, que nos dan los artículos 1386 y 1398, que por esto y porque encierran la razón de otros posteriores, estudiamos conjuntamente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Para ello descompondremos á cada una de esas circunstancias esenciales en sus partes elementales.

Hemos dicho que esas circunstancias son:

1.ª Que una persona (el donante) se obligue á transferir *gratuita* é *irrevocablemente* una cosa (artículos 1386 y 1398), ó lo que es lo mismo, que haya diminución gratuita é *irrevocable* del patrimonio del donante.

Decimos "se obligue á transferir", aunque el Código dice que es un acto por el cual una persona *transfiere*, porque la donación es un título translaticio de dominio, como la compraventa, y no un modo de adquirir (arts. 675 y 588). En el proyecto del Código estaba bien la definición en esta parte. Decía el artículo 1386, inciso 2.º: "La donación se consuma con la tradición".

También decimos "se obliga á transferir *una cosa*" y no decimos "*una parte de sus bienes*", como el artículo 1386, porque la donación no solamente puede ser de *una parte*, sino además de *todos* los bienes del donante. (Art. 1407).

Ha incurrido, pues, el artículo 1386 en dos inexactitudes.

Segunda circunstancia.— Aumento del patrimonio de otra persona (donatario) producido por la diminución sufrida en el patrimonio del donante. (Art. 1398).

Tercera circunstancia.—Aceptación de la donación por el donatario.

Estas tres circunstancias bastan, en general, para la existencia de la donación.

Hay que agregar una cuarta, también esencial, de *algunas* donaciones de que hablaremos después. Esta es:

Cuarta circunstancia.—Observancia de ciertas formalidades.

PRIMERA CIRCUNSTANCIA

I

Primer elemento de la primera circunstancia: Diminución del patrimonio del donante

Hay, por consiguiente, con la donación, transferencia del dominio, que es lo que constituye enajenación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Que haya enajenación es la base fundamental de toda donación, y es á lo que viene á reducirse este primer elemento.

Así es que cuando no hay enajenación verdadera, no hay donación, aunque el acto jurídico encierre otros elementos de ella; aunque tuviere por móvil suyo, un beneficio desinteresado.

Sucede que no hay enajenación cuando prestamos un servicio gratuito, v. gr., desempeñando un mandato gratuitamente ó sirviendo de igual modo de depositario; cuando entregamos á otro una especie mueble ó raíz para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso, v. gr., si damos á otro, sin que nos pague arriendo, un fundo que nos produce diez mil ó más pesos anuales; cuando entregamos á otra persona una cierta cantidad de cosas fungibles, sin interés, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad, v. gr., si presto una fuerte suma de pesos sin interés.

En todos estos casos, aquel á quien prestamos nuestros servicios, sirviéndole de mandatario ó depositario, por ejemplo, que goza nuestro fundo ó casa gratuitamente, ó nuestro dinero sin interés, reporta un provecho positivo economizando el reembolso del pago del mandatario, del arriendo, del interés, etc; y sin embargo, no hay donación, porque no hay diminución actual de patrimonio.

No disminuye tampoco su patrimonio y, por consiguiente, no dona, el que repudia una herencia, legado ó donación, ó deja de cumplir la condición á que estaba subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar á un tercero.

Se deja de ganar, se renuncia á un aumento posible de riqueza sin sacrificar un derecho adquirido. Hé aquí la razón de los artículos 1390, 1394 y 1395 de nuestro Código Civil, que evitan las innumerables cuestiones y las muchas vacilaciones á que daba lugar la legislación romana.

Así, los servicios personales, cuando eran de aquellos que ordinariamente se pagan, constituían donación; el comodato de un inmueble que ganaba arriendo era donación, porque se decía que los fundos ordinariamente producen; no el mútuo gratuito de dinero, porque no siempre nuestro dinero gana inte-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rés; se le da ordinariamente otros destinos, por ejemplo, compras de objetos de arte.

Estas determinaciones que había que hacer en el Derecho Romano no siempre eran fáciles, y daban lugar á un sinnúmero de cuestiones.

Nuestro Derecho, para evitar éstas, dispone que los servicios gratuitos, el comodato de un objeto cualquiera, el mútuo sin interés, en *ningún caso* constituyen donación. (Art. 1305).

Es verdad que en el comodato, económicamente considerado, hay diminución de patrimonio de un lado y aumento de otro; mas nuestro Código ha dispuesto lo contrario, porque actualmente no hay esa diminución ni ese aumento.

No hace sacrificio de un derecho adquirido el que da el goce de su fundo, ó la habitación de su casa ó el uso de su caballo, el que presta un servicio, etc.: no hay empobrecimiento.

De este primer elemento, que debe haber diminución de patrimonio, sacamos la razón de la capacidad que debe tener el donante.

Puesto que el que dona dispone de sus bienes, puede donar el que tiene la libre administración de ellos.

II

Segundo elemento de la primera circunstancia: Que el desprendimiento que de sus bienes hace el donante sea gratuito

Gratuito se contrapone á oneroso y quiere decir que la persona á quien se hace no da nada en cambio.

La gratuidad ó liberalidad caracteriza la donación, es la causa de ella.

El donante se propone enriquecer al donatario por gracia, por bondad ó por conmiseración, reconocimiento ó generosidad, y acaso por ostentación ó por cálculos egoístas.

La intención de enriquecer al donatario debe ser el motivo dominante que se propone el donador. No basta el enriquecimiento.

Por esto no hay donación en la prescripción, aunque uno pierda lo que adquiere otro; ni cuando uno paga lo que cree

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

deber y no debe; ó compra una cosa por más precio que lo que vale; ó vende en menos porque desconoce su verdadero valor; ó compra demasiado caro ó vende demasiado barato á sabiendas, por necesidad, ó abandona en una transacción una parte de sus derechos; ni cuando un acreedor concede quitas á su deudor; ni cuando el padre emancipa al hijo, en que pierde el usufructo de los bienes de éste.

En todos estos casos hay de una parte empobrecimiento y enriquecimiento de la otra; pero no hay donación, porque no hay intención de enriquecer.

Á las donaciones cuyo único móvil es la liberalidad, las llaman los autores *propias*, é *impropias* las en que ese móvil va acompañado de otro ú otros, como acontece en las remuneratorias, en las cuales la liberalidad va acompañada con el reconocimiento ó necesidad de pagar un servicio.

Impropias son también las onerosas.

Discútese entre ellos si las impropias son ó nó verdaderas donaciones.

Nuestro Código las considera tales solamente en lo que exceden al servicio específico que se trata de remunerar y al gravamen pecuniario ó que puede apreciarse en dinero. (Arts. 1434 y 1405). Deducimos esto de que únicamente en esa parte las somete á las reglas de las donaciones.

III

Tercer elemento de la primera circunstancia

El tercer elemento de la primera circunstancia es la *irrevocabilidad* del desasimiento.

"Es la condición del abandono" (1).

La donación opera para siempre el cambio de propiedad.

El donante, una vez que se ha obligado, no puede deshacerse de su obligación por un cambio de su voluntad.

Pero pueden resolverse las donaciones por otra causa, como

(1) *Traité de Droit Romain*, par M. F. C. de Savigny, 2.ième édition, Paris, 1856, vol. IV.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sucede con las que se hacen á terceros cuando el monto de ellas menoscaba la legítima rigurosa ó la cuarta de mejoras (artículos 1425 y 1187); y con las hechas á título de legítima á una persona que no era legitimario del donante y que no adquiere después dicha calidad, y la que se hace al legitimario que después deja de serlo por incapacidad, indignidad, desheredamiento y repudiación, ó por haber sobrevenido un legitimario de mejor derecho. (Art. 1200).

Bien es verdad que á estas últimas se ha pretendido negarles el carácter de donaciones.

No ofende tampoco á la irrevocabilidad el que la donación pueda revocarse por ingratitud. (Art. 1428).

Puédese también, sin faltar á la irrevocabilidad, hacer al donación bajo condición ó plazo, v. gr., que el donatario abrace una carrera ó estado, ó á título de dote, ó por razón de matrimonio, ó bajo la condición de que no le nazcan hijos al donante. Condiciones éstas que, si no se cumplen, resolverían la donación. (Arts. 1424, 1427, 1789 y 1790).

Al contrario, pecaría contra la irrevocabilidad, y por tanto, no sería donación, si el donante dijera: si dona tales bienes si existen al tiempo de su muerte, porque se reserva tácitamente la facultad de disponer como quiera de ellos.

En el Derecho Romano podía revocarse la donación: 1.°, por ingratitud; 2.°, por falta de ejecución de la condición, y 3.°, por supernacencia de hijos.

En el nuestro, acabamos de ver, puede hacerse por los tres modos; si bien, para que se resuelva por el tercero, requiérese estipulación expresa en la escritura pública de donación. (Artículo 1424).

Segunda circunstancia

I

Aumento del patrimonio del donatario. (Art. 1393)

Tres causas pueden impedir que la adquisición de la cosa del donante aumente el patrimonio del donatario, dejando, por consiguiente, de haber donación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1.º El acto jurídico puede ser de tal naturaleza que no aumente la extensión de los bienes, sino que asegure el ejercicio ó la persecución de un derecho existente.

2.º La ganancia puede ser compensada por un sacrificio equivalente que hace el adquirente del derecho.

3.º La donación puede hacerse para un objeto que consumiese la cosa donada.

Figura en la primera el pago de una obligación natural: no hay aumento de patrimonio porque el acreedor poseía ese derecho en sus bienes; el caucionamiento de una deuda, la constitución de una prenda ó hipoteca. Se garantiza en estos casos al acreedor la persecución de su derecho.

En la constitución de una prenda ó hipoteca hay limitación del dominio, diminución de nuestro patrimonio y de nuestro crédito; mas no hay aumento del patrimonio del donatario, que es lo que exige nuestro Código en su artículo 1397.

Por esto declara que no dona á un tercero el que constituye prenda ó hipoteca á su favor. (Art. 1397).

Tampoco hace donación el que deja prescribir su cosa, porque la posesión es un hecho, y un hecho no es jamás materia de donación (art. 1397). En razón, dona porque una cosa que está en su patrimonio deja de estarlo por su voluntad; pero como la cosa no sale actualmente de sus bienes, queda en ellos, no hay donación.

En la remisión de una prenda ó hipoteca, estando solvente el deudor, se renuncia á esa garantía, pero no hay ese aumento de patrimonio. El crédito subsiste y los bienes no disminuyen ni aumentan.

Figuran en la segunda causa el pago de una deuda, la venta, el cambio, el cumplimiento de una promesa de donación.

Y la tercera se verifica en las donaciones modales; por ejemplo: si se donan ciertas sumas para fuegos artificiales.

Nos importa determinar cuándo hay ó no donación para saber á qué formalidades debemos sujetarnos, y para saber lo que y el monto que tenemos que colacionar en las particiones de las herencias, v. gr.: un padre da á su hijo en comodato un fundo que produce veinte mil pesos anuales, por dos ó más años. No figuraría en el acervo de los bienes del padre al hacerse la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

partición el valor aquel que habrá aumentado indudablemente el patrimonio del hijo.

II

Objeto de la donación

Después de haber analizado los casos en que no hay enriquecimiento, pasemos á ver en qué puede consistir este enriquecimiento.

Los artículos 1386 y 1416 enseñan que la donación puede tener por objeto todos los bienes del donante ó una parte de ellos.

Siendo los bienes cosas muebles ó inmuebles, derechos reales ó personales, la donación puede ser de cosas muebles ó inmuebles, derechos reales ó personales.

Los muebles se donan sin formalidad alguna hasta el valor de dos mil pesos.

Los raíces, pronto lo veremos, exigen escritura pública.

La de los muebles ó raíces cuyo valor excede de dos mil pesos, debe además insinuarse.

Los derechos reales, según sean muebles ó inmuebles, se donan como los anteriores.

Los derechos personales pueden ser á cargo del donante, del donatario ó de un tercero.

La donación de los primeros es una donación en que la tradición de lo que se debe viene á ser el pago de la donación adeudada.

El donante deudor de la donación goza el beneficio de competencia y no paga intereses y responde de la culpa lata. (Artículo 1417).

Si el crédito es á cargo del donatario, la liberación de la deuda es una donación que puede efectuarse entregando, destruyendo ó cancelando el título de la deuda y sujetándose á las reglas generales.

Si el crédito pertenece al donante contra un tercero, hará con la donación una cesión gratuita que habrá que notificarla al deudor, etc. (Arts. 1902 y 1903).

Podemos donar cosa ajena. Si consiente el dueño, no hay

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuestión; si no, puede servir de justo título la donación para prescribir.

Si el donatario es privado de la cosa donada, hay que distinguir si era pura y simple la donación, ó con causa onerosa. Si lo primero, el donatario no tiene ningún derecho; si lo segundo, hay que distinguir si sabía ó nó el donante que era ajena la cosa. Si sabía, responde de la evicción; si no, nó. (Art. 1423).

Con todo, si se han impuesto al donatario gravámenes pecuniarios ó apreciables en dinero, tendrá siempre derecho para que se le reintegre lo que haya invertido en cubrirlos, con los intereses corrientes que no parecieren compensados con los frutos naturales y civiles de la cosa donada.

Cesa en lo tocante á este reintegro el beneficio de competencia del donante. (Art. 1423).

DAVID TORO MELO

(Concluirá)

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

Según el artículo 138, presentada una tasación, el juez manda ponerla en noticia de las partes. Si en tres días no se objeta, hay que presentar nuevo escrito pidiendo su aprobación. El juez expide nuevo decreto y vienen nuevas notificaciones.

Según el artículo 139, si hay oposición, se tramita como incidente y el juez resolverá aprobando, corrigiendo ó enmendando.

Tal es el mecanismo del sistema del Proyecto.

Nuestro sistema consiste en dar á este asunto el trámite de incidente, es todo.

En efecto, practicada la tasación en general, se comunicará traslado de ella por tres días; si el favorecido ó quien debe pagarla, no se opone en este plazo, sin necesidad de nueva petición el juez la aprobará; si se opone, se resuelve en el acto, ó disminuyéndola, ó aumentándola, ó dejándola invariable.

La redacción de los artículos 138 y 139 del Proyecto es muy

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

redundante. El 138 tiene de más lo siguiente: "en la forma prevenida en los artículos anteriores", "se dejarán...." hasta "sea examinada". El 139 tiene de más: "alguna de las partes", "contra la tasación de costas", "de la causa", "toda" "que se suscitare sobre el particular", "al fin ó bien" hasta "enmendándola". Suprimiendo todo esto, no hace falta, ni altera el sentido.

Además, el poner la tasacion en noticia de las partes, el término de tres días para su examen, el objetarla ó la respuesta al traslado, y la sentencia, son trámites de incidente, que se comprenden cuando se dice que la tasación se tramitará como incidente.

Si ellos se especifican, su enunciación es redundante; por consiguiente, debe suprimirse.

La última parte del artículo 139 "la resolverá... según loc reyere de justicia" es inoficiosa; por la razón de que concluída la tramitación de una cuestión, tiene que venir el fallo. Y en el presente caso, concluído el último trámite, tiene que venir la resolución, que concede ó no lo que se pide.

Este es el mandato general que se prescribe para todo incidente ó cuestión principal. Así es que no hay necesidad de repetirlo aquí; basta su existencia; sin ponerlo, se tendrá que observar precisamente.

El sistema que proponemos es aplicable en primera como en segunda instancia.

En consecuencia, podría redactarse así el

"ART. 138. Presentadas las tasaciones, el juez ordenará que se tengan por respectivamente aprobadas sin más trámites, si no se objetaren al siguiente día hábil de notificada cada parte".

"ART. 139. Si se objetaren, comunicarán traslado á la otra parte por dos días. En lo demás se tramitará como incidente."

En la redacción de la reforma se consultan todas las garantías compatibles entre el derecho de las partes y la naturaleza breve del asunto.

La voz "respectivamente" significa que respecto de cada parte se tendrá por aprobada á medida que corra el plazo para cada una de ellas. El término es individual y no común. La voz "hábil" evita que las partes anden en días feriados ocupadas en hacer presentaciones. Para este plazo tan corto no se toman los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

días inhábiles. Lo contrario haría en ciertos casos ilusorio el derecho de objetar ó de observar. Tres días es plazo muy largo para un asunto de tan poca monta, en la generalidad de los casos; y dar ese término, es detener por mucho tiempo el curso del negocio principal ó del proceso en general. Por esto, abreviamos este asunto, no sólo para objetar, sino para responder á una objeción. Damos *dos* días para evacuar el traslado de una objeción.

En cuanto á la apelación, participamos de la opinión de que debe haber lugar al recurso, sea que se trate de una apelación de costas de primera instancia, ó de una de segunda instancia, siempre que la naturaleza del juicio principal permita el recurso. Esta materia queda, por lo tanto, sujeta á la regla general de todo incidente.

No somos de la opinión del señor Ravest, quien juzga que no debe otorgarse apelación de una tasación de costas hecha en segunda instancia. Nosotros apuntaremos el hecho de que en esa instancia hay también pasiones y hay abusos, y de que la privación del derecho de apelar no está justificada en el presente caso con ningún beneficio positivo. Significaría sólo un ensanche de poder sin utilidad para el derecho individual.

Convendría reglamentar quién en segunda instancia resolvería el incidente de costas, en el caso de objeción en primera instancia, y quién en segunda. Propondríamos el siguiente artículo:

"ART. 139, *a*. Objetada una tasación practicada en segunda instancia, resolverá el incidente en primera instancia el ministro tramitante, y en segunda instancia el resto de la Corte ó Sala".

TÍTULO XVIII.—Del desistimiento de la demanda

En el presente título sólo se legisla la materia significada por el epígrafe, el derecho del demandante.

Cabe ahora preguntar: ¿Por qué no se trata en este mismo título del desistimiento del demandado, del de algún incidente ó del de algún recurso en primera ó en segunda instancia? No sabríamos decir el por qué.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si el demandado se desiste de su contestación ó defensa, ó alguna de las partes de algún recurso ó de cualquiera petición ¿qué tramitación se le dará á este desistimiento? ¿No se le dará ninguna ó no se le admitirá por no contemplar este caso la ley?

Creemos que tan desistimiento es el uno como el otro, y que, para subsanar los vacíos anotados, debe comprenderse todo desistimiento, sea en primera, sea en segunda instancia.

Por lo expuesto, el epígrafe debe ser: *Desistimiento.*

"ART. 140. El que haya intentado una demanda puede desistir de ella en cualquier estado del juicio, expresándolo así ante el tribunal que conozca del asunto".

"ART. 141. El desistimiento de la demanda está sujeto á los trámites señalados para los incidentes".

Como queda dicho más arriba, el Proyecto trata únicamente del caso de una persona que se desiste de su demanda; nosotros nos ocuparemos de los diversos casos en que se desiste de todo en primera instancia y de la apelación ú otro recurso en segunda instancia. La omisión del Proyecto habría dejado sin solución este punto que es tan frecuente en segunda instancia.

Los dos artículos precedentes pueden reducirse á uno sólo, y podría dárseles la siguiente forma:

"ART. 141. Cualquier litigante podrá desistirse de su acción, de su excepción, ó de cualquier recurso, en ambas instancias, en cualquier estado del juicio ó del recurso, ante el juez que conozca de la causa ó que la tenga en su poder.

"La solicitud de desistimiento se tramitará y resolverá como incidente".

Por este artículo se concede una facultad general, se fija el tiempo en que puede ejercerse y ante quién, y se señala el procedimiento que debe seguir hasta su fallo.

Resolvimos la dificultad ó duda sobre el desistimiento de una apelación otorgada ya. Si los autos están aún en primera instancia, ese juez es el competente para conocer del desistimiento; si están en segunda instancia, aquel tribunal será el competente. El punto dicho está dilucidado con la proposición "que la tenga en su poder". La tenencia es norma de competencia en este caso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los trámites del desistimiento de una apelación son en la actualidad los de un incidente.

En el artículo 140 "intentar" es incorrecto, debería decirse "interponer ó iniciar". Las demás enmiendas se explican con comparar ambas redacciones.

"ART. 142. Si el reo acepta el desistimiento, el tribunal dará por terminado el juicio, y esta resolución será ejecutoria y tendrá como tal la fuerza de cosa juzgada".

"ART. 143. Si el reo no acepta el desistimiento, ó si lo acepta bajo condiciones que el actor no admite, el tribunal, tomando en consideración las razones aducidas por las partes, resolverá si debe ó no continuar el juicio, y en caso de resolver su no continuación, determinará la forma y condiciones con que haya de tener efecto el desistimiento".

El punto capital tratado en estos dos artículos, es el determinar cómo se resuelve un desistimiento, que se acepta ó que no se acepta; pero el dar por terminado un juicio, como lo dice el artículo 142, ó darlo ó no darlo, según lo manda el 143, es la consecuencia general á que se somete toda cuestión puesta ante un juez; algo se tiene que fallar, y no hay necesidad ni mera conveniencia en estar repitiendo el *precepto general de decidir*, que para los jueces importa *un deber capital.*

Sobre todo, ya en el artículo 141 reformado se ha prescrito cómo se tramita este asunto y cómo se falla. ¿Cuál será esa sentencia? Eso lo dirán los antecedentes, el juez; no es materia de la ley. Pensamos que estos dos artículos deben suprimirse por redundantes; no hacen falta, y sólo complican la codificación alargándola.

Ambos se ponen en el caso de aceptación y de no aceptación; pero no se ponen en el caso de que no se diga cosa alguna acerca del desistimiento. ¿Qué se haría en este caso? Habría que proceder como en el caso igual en un incidente, dar por evacuado el trámite que falte y resolver. Ya se puede ver que en un caso no previsto en los artículos 142 y 143, no hay dificultad alguna para tramitarlo y resolverlo, y que casos así no hay necesidad de consignarlos en la ley.

Si hubieran de quedar esos dos artículos, habría que redactarlos en una forma más concisa y en armonía con lo desarrollado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

más adelante, ensancharíamos su alcance y reduciríamos su forma externa.

Es redundante la proposición del artículo 142 "tendrá como tal la fuerza" etc., su significado es repetición de la idea contenida en la dicción "ejecutoria." Debe quitarse la voz "reo" y poner en su lugar "el contendor" ú otra equivalente. Hay que reemplazar la voz "juicio", por "lo de que se desiste"; porque, si se desiste de un incidente se dará por terminado éste y no el juicio; si se desiste de un recurso, se tendrá por desistido el recurso, y el juicio quedará subsistente ó finalizado con la firmeza que le dé la cesación del obstáculo que nació del recurso. Lo mismo hay que decir respecto de la voz "juicio" en el artículo 143.

Se determinará de una manera precisa cuándo cause ejecutoria la resolución del caso del artículo 142; y en cuanto al artículo 143 hay que quitarle desde "ó si lo acepta bajo condiciones" etc., hasta "resolvería" exclusive; porque todo eso es redundante. En efecto, el caso de aceptación con condiciones está comprendido en la no aceptación lisa; pues esas condiciones modifican lo pedido, no lo aceptan.

La frase "tomando en consideración..." es hasta irritante para los jueces; porque se les recuerda un deber primordial é ineludible, como significándoles un olvido de su parte; debería suprimirse tanto por este motivo como por redundante.

Podría redactarse así el

"ART 143. Si el contendor aceptare el desistimiento ó si nada dijere en el término legal, el juez lo admitirá definitivamente; y esta resolución causará ejecutoria inmediatamente después de la última notificación.

"Si no se aceptare, el juez resolverá, después de tramitado, si se accede ó no á lo pedido, y la forma y condiciones en que él haya de tener lugar".

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(*Continuará*)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

NULIDAD DE UN TESTAMENTO OTORGADO antes de la vigencia del Código Civil y con arreglo á las leyes vigentes á la fecha de su otorgamiento

La sentencia número 4,641, publicada en la *Gaceta* del 17 de enero último, resuelve uno de los juicios más cuantiosos é importantes que en materia de testamentos se han presentado á la decisión de nuestros Tribunales durante la vigencia del Código Civil, promulgado como ley de la República el 14 de diciembre de 1855 para empezar á regir desde el 1.° de enero de 1857.

Por testamento otorgado en 17 de diciembre de 1845, doña Bárbara Molina, madre del insano don Miguel Pacífico Herrera, instituyó heredero de los bienes de este último á don Francisco Arriagada, á virtud de la facultad que para hacerlo le confería la ley 11, título 5.°, Partida 6.ª, esto es, haciendo uso de la testamentificación conocida en el antiguo Derecho con el nombre de *sustitución ejemplar*, que el Código Civil abolió en absoluto, estatuyendo que la facultad de testar es indelegable y declarando á los dementes inhábiles para testar (arts. 1004 y 1005).

Muerto don Miguel Pacífico Herrera en 12 de enero de 1880, entraron en posesión de sus bienes los herederos que su madre en aquel testamento le nombrara. Pero poco después se presentó doña María Josefa Molina, tía carnal del interdicto, diciendo de nulidad del testamento y reclamando para sí la cuantiosa herencia que dejó á su fallecimiento.

De acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente á la fecha en que se otorgó, el testamento que la señora Molina hizo para su hijo era perfectamente válido, de tal manera que, si éste hubiera muerto bajo el imperio de esa legislación, no habría podido suscitarse cuestión alguna. Mas, habiendo fallecido bajo el imperio de leyes que no reconocen esa forma de testamentificación, surge la dificultad de saber si aquel acto que fué válido en un principio se invalidó por la causa superviniente ya indicada; en otros términos, si el testamento, en la parte relativa á las disposiciones que contiene ó á las solemnidades internas,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

debe regirse por las leyes vigentes á la fecha en que se otorgó ó por las existentes á la fecha de la muerte del testador.

Según los principios generales del Derecho, el poder de las leyes se extiende á todos los actos que á la fecha de su promulgación no se hallan irrevocablemente consumados; reglamentan los hechos futuros, pero su acción no alcanza á los pasados.

Para estudiar la retroactividad de una ley, es necesario conocer la naturaleza y el carácter de los actos ó derechos sobre que se pretende aplicar. Si se trata de actos consumados ó de derechos adquiridos definitivamente, debe colocárseles fuera del alcance de la nueva ley; pero si no reúnen esas condiciones, la ley nueva prevalece sobre la antigua en todo lo que sea contrario á ella.

El testamento es un acto esencialmente revocable á voluntad de la persona que lo otorga; para que sus disposiciones surtan efecto, es necesario que se hagan irrevocables, y esto sólo ocurre cuando el testador muere sin haberlas modificado. Los derechos que el testamento confiere, no se perfeccionan, pues, sino con su irrevocabilidad; mientras dicho testamento puede ser revocado, sólo confiere meras expectativas que difieren en absoluto de los derechos adquiridos.

Como dice M. Tronchet, citado por el señor Santa María en interesante trabajo escrito sobre esta materia, "el testamento saca toda su fuerza de la voluntad de su autor y de la presunción de que persiste hasta su muerte en esa voluntad que era revocable, pero voluntad que hasta lo último está subordinada á lo que la ley permite hacer. El testamento no tiene existencia á los ojos de la ley sino el día del fallecimiento del testador y no recibe ejecución sino en cuanto está conforme á la ley existente en esa época; de donde se sigue que es absolutamente indiferente que haya sido hecho por el testador en la víspera de su muerte ó mucho tiempo antes de ella".

La retroactividad no existe en el caso de que nos ocupamos; no vulnera la ley derecho alguno consumado; á lo sumo vendría á destruir expectativas que por sí mismas son insuficientes para constituir derechos. Bien podría el testador que había otorgado un testamento con arreglo á la ley antigua, modificarlo en todo lo que contrariase la nueva que aquella derogó;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

si no lo hizo, teniendo en sus manos los medios necesarios, es justo que él, ó sus herederos, carguen con las consecuencias que su descuido ó su indolencia traiga consigo.

Por otra parte, puesto que el testamento es reputado como la última voluntad del testador, parece fuera de duda que debe ajustarse en todas sus disposiciones á las leyes bajo cuyo imperio esa última voluntad se manifiesta; de otra manera se vendría á pretender que un acto en cuya celebración se habían infringido las disposiciones expresas de la ley, tuviera la fuerza que la misma ley le atribuye para el caso en que con arreglo á ellas sea otorgado.

Las nociones que dejamos expuestas se hallan también consignadas expresamente en nuestro Derecho positivo y para resolver la cuestión que ahora estudiamos bastará recurrir á la ley de 7 de octubre de 1861, dictada con el objeto exclusivo de decidir los conflictos que resulten de la aplicación de leyes expedidas en diversas épocas.

El artículo 18 de esta ley dispone en su inciso primero lo siguiente: "Las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea á su otorgamiento; *pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas á la ley vigente á la época en que fallezca el testador*".

De conformidad con estas disposiciones, el juez señor Palma Guzmán, actual Ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, á quien tocó fallar el ruidoso juicio de que al principio hemos hecho mención, dió lugar á la nulidad solicitada, declarando que la herencia de don Miguel Pacífico Herrera correspondía á doña María Josefa Molina ó á sus herederos, á título de heredera *ab intestato*, como pariente colateral legítima de aquél, con los frutos percibidos desde el día de su muerte.

Reproducimos en seguida los fundamentos en que ese ilustrado fallo descansa, en los cuales se plantea y resuelve brillantemente la cuestión propuesta:

Considerando:

Que el testamento de doña María Bárbara Molina de 17 de abril de 1845, fué otorgado durante la legislación española, que permitía á los padres nombrar un sustituto que pudiese heredar á sus hijos des-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

memoriados ó locos, en aquellos bienes en que los mismos padres los hubiesen instituído herederos;

Que posteriormente, por la promulgación del Código Civil, conforme á lo dispuesto en su artículo final, y por no haber nada dispuesto en el título 3.º que trata de las instituciones de heredero y de las sustituciones, no hay disposición alguna que autorice al padre para testar por el impúber ó demente, ha quedado derogada la facultad que los padres tenían de nombrar sustitutos á sus hijos dementes, reglándose la sucesión, en caso que los hijos mueran en estado de demencia, por las prescripciones comunes que reglamentan la sucesión *ab intestato*;

Que para resolver el conflicto, en caso que las disposiciones de la legislación antigua y el Código Civil se encuentren en choque, se ha dictado la ley de 7 de octubre de 1861;

Que esta ley prescribe en su artículo 18 que las solemnidades externas de los testamentos se rigen por la ley coetánea á su otorgamiento; pero que las disposiciones contenidas en ellos deben estar subordinadas á la ley vigente á la época en que fallezca el testador: así, habiendo fallecido tanto doña María Bárbara Molina como don Miguel Pacífico Herrera cuando ya estaba vigente el Código Civil, las disposiciones del testamento de doña Bárbara deben sujetarse á las reglas establecidas por dicho Código;

Que el artículo 19 de la misma ley, llevando adelante con todo rigor la consecuencia de la disposición anterior, establece que si las disposiciones del testamento pueden ser llevadas á efecto, con arreglo á la nueva ley, deben ser cumplidas, aún cuando la disposición no pudiera hacerse conforme á la ley antigua;

Que las prescripciones de los dos artículos citados están manifestando hasta la evidencia que no puede haber duda alguna acerca de la aplicación de la prescripción que ordena que las disposiciones de un testamento otorgado durante la legislación antigua, deben quedar subordinadas á la ley vigente á la época en que fallezca el testador;

Que al deducir el Legislador las consecuencias generales, establecidas en el inciso 2.º del artículo 18, diciendo que prevalecen sobre las leyes anteriores las que reglan la incapacidad ó indignidad de los herederos, asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredamientos, no ha querido pasar en silencio el caso de las sustituciones ejemplares, porque esta clase de disposiciones quedaban completamente abolidas, y no pudo ponerse en el caso que pudieran hacerse valer después de la vigencia del Código y de las disposiciones terminantes de los dos artículos de la ley citada; no pudiendo esperarse, en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

consecuencia, que apareciera el mismo conflicto que pueden provocar las cuestiones de incapacidad é indignidad de herederos, legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredamientos, reconocidas en una y otra legislación;

Que la explicación á la regla general que da este inciso segundo no tiene el sentido limitativo que le atribuyen los hijos de don Francisco Arriagada, porque en tal caso resultaría que no estando enumeradas las sustituciones fideicomisarias indefinidas, ni otras disposiciones prohibidas por el Código Civil, podían haberse hecho válidamente durante la antigua ley y habrían tenido que respetarse y cumplirse durante la nueva, aun cuando estuvieran expresamente prohibidas, lo que es contrario á la prescripción terminante de la regla establecida por el artículo 18 citado;

Que la resolución que se invoca como interpretativa del efecto que puedan tener las disposiciones del testamento de doña Bárbara Molina, no tiene influencia alguna en la resolución de esta causa, tanto porque entonces no se trató, ni se discutió, ni se resolvió sobre la interpretación de esa cláusula del testamento, como porque las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren;

Que en la adjudicación de una herencia ó legado deben observarse las reglas que rigen al tiempo de su delación, según lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley citada, y habiendo fallecido intestado don Miguel Pacífico Herrera en estado de celibato y sin descendientes ni ascendientes, su herencia debe deferirse á sus colaterales más próximos, conforme á lo dispuesto por el artículo 992 del Código Civil.

No se conformaron, sin embargo, los demandados con este fallo y dedujeron contra él el recurso ordinario de apelación. Pero la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del asunto en segunda instancia, por sentencia expedida en 11 de enero de 1890 confirmó en todas sus partes la de primera, agregando además los considerandos siguientes:

1.° Que todo testamento es esencialmente revocable y no queda firme y valedero sino á la época en que, muerto el testador, se verifica la apertura de la sucesión;

2.° Que antes de deferirse la herencia, ningún asignatario puede considerarse que tiene un derecho adquirido en ella, sino una mera expectativa, que por sí sóla no constituye derecho alguno;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

3.° Que no habiendo derechos adquiridos que respetar, una ley nueva que introduce modificaciones en la manera de suceder, debe cumplirse inmediatamente y quedan sometidos á e'la, no sólo los testamentos por hacer, sino los ya hechos y cuyas disposiciones se reputan susceptibles de modificación antes del fallecimiento del testador;

4.° Que si no se estimaren más que como meras expectativas los llamamientos á la herencia antes de la apertura de la sucesión, tampoco puede sostenerse que haya un derecho adquirido de parte del testador, pues la facultad de morir testado es un beneficio que no arranca del dominio sobre los bienes de que se dispone, sino que ha sido introducido por la ley en virtud de una ficción legal que prolonga los efectos de propiedad más allá del término natural de la vida y que, por consiguiente, ésta puede quitarlo cuando lo considere conveniente, sin que con ello lastime ningún derecho;

5.° Que, ya se considere el instrumento de f..., cuaderno agregado, como testamento exclusivo de doña Bárbara Molina ó como testamento á la vez de ésta y del fatuo Herrera, en ambos casos el llamamiento hecho por dicha señora en los demandados para que por vía de sustitución ejemplar entraran al goce de sus bienes, después del fallecimiento de su hijo, es por su propia naturaleza una verdadera disposición testamentaria, como que tiene por objeto deferir una herencia á favor de determinada persona para después de los días del heredero principal y directo;

6.° Que en el conflicto de dos legislaciones dictadas en diversas épocas, como sucede en el presente caso, las disposiciones de un testamento deben regirse por la ley vigente al tiempo en que fallezca el testador, conforme á lo dispuesto en el inciso 1.° del artículo 18 de la ley de 7 de octubre de 1861;

7.° Que habiendo sido derogadas las sustituciones pupilar y ejemplar, reconocidas en la antigua legislación española, por el Código Civil, vigente en la República desde el 1.° de enero de 1857, y habiendo fallecido Herrera con mucha posterioridad á la promulgación de este Código, las disposiciones del testamento de f..., relativas á la sustitución de que se ha hecho mérito quedaron írritas y sin valor alguno desde el momento mismo en que la nueva ley suprimió esta clase de asignaciones, caducando así el derecho del testador para disponer de sus bienes en la forma referida;

8.° Que aun dado caso de que la sustitución envolviera un acto testamentario del demente mismo, hecho por su madre en representación de su persona, siempre el testamento sería nulo en esa parte, por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

proceder de un incapaz á quien la ley vigente al tiempo de su fallecimiento declaraba absolutamente inhábil para testar, conforme á lo dispuesto en el artículo 1005 del Código citado;

9.° Que si bien el testamento referido cumple en su forma externa con las solemnidades requeridas por la ley coetánea á su otorgamiento, esta circunstancia no le presta suficiente fuerza para que purgue el vicio de la incapacidad que afectaba al demente á la época de su muerte, que es la que debe tomarse en cuenta para fijar la voluntad del testador para abrir su sucesión, y por consiguiente, para resolver si la ley le confería también la facultad de morir testado.

Nada más se puede agregar sobre la materia; los fallos reproducidos establecen la verdadera doctrina jurídica y dan á la ley una aplicación práctica, que resiste los ataques que por cualquier lado se le pretenda dirigir.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 1.° de febrero de 1890.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.° de abril de 1890 NÚM. 11

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado. Apéndices: I. Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889: Tratados sobre propiedad literaria y artística y sobre Derecho Penal Internacional. — De la presunción de muerte por desaparecimiento, por don Santiago F. Cruz.—Estudio de las circunstancias esenciales de la donación entrevivos, ó comentario de los artículos 1386 y 1398 del Código Civil (conclusión), por don David Toro Melo.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

APÉNDICE

I

Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889

TRATADO SOBRE PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA

S. E. el Presidente de la República Argentina; S. E. el Presidente de la República de Bolivia; S. M. el Emperador del Brasil; S. E. el Presidente de la República de Chile; S. E. el Presidente de la República del Paraguay; S. E. el Presidente de la República del Perú; S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, han convenido en celebrar un tratado sobre propiedad literaria y artística, por medio de sus Plenipotenciarios, reunidos en Congreso en la ciudad de Montevideo, por iniciativa de los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, estando representados:

S. E. el Presidente de la República Argentina, por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El señor doctor don Roque Sáenz Peña, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Oriental del Uruguay, y por

El señor doctor don Manuel Quintana, Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires;

S. E. el Presidente de la República de Bolivia, por

El señor doctor don Santiago Vaca Guzmán, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina;

S. M. el Emperador del Brasil, por

El señor doctor don Domingo de Andrade Figueiras, Consejero de Estado y Diputado á la Asamblea General Legislativa;

S. E. el Presidente de la República de Chile, por

El señor don Guillermo Matta, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por

El señor don Belisario Prats, Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

S. E. el Presidente de la República del Paraguay, por

El señor doctor don Benjamín Aceval y por

El señor doctor don José Z. Caminos.

S. E. el Presidente de la República del Perú, por

El señor doctor don Cesáreo Chacaltana, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por

El señor doctor don Manuel María Gálvez, Fiscal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia;

S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, por

El señor doctor don Ildefonso García Lagos, Ministro Secretario de Estado en el departamento de Relaciones Exteriores, y por

El señor doctor don Gonzalo Ramírez, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina.

Quiénes, prévia exhibición de sus plenos poderes, que hallaron en debida forma, y después de las conferencias y discusiones del caso, han acordado las estipulaciones siguientes:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ARTÍCULO PRIMERO. Los Estados signatarios se comprometen á reconocer y proteger los derechos de la propiedad literaria y artística, en conformidad con las estipulaciones del presente tratado.

ART. 2.º El autor de toda obra literaria ó artística y sus sucesores, gozarán en los Estados signatarios de los derechos que les acuerda la ley del Estado en que tuvo lugar su primera publicación ó producción.

ART. 3.º El derecho de propiedad de una obra literaria ó artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de enajenarla, de traducirla ó de autorizar su traducción, y de reproducirla en cualquiera forma.

ART. 4.º Ningún Estado estará obligado á reconocer el derecho de propiedad literaria ó artística por mayor tiempo del que rija para los autores que en él obtengan ese derecho. Este tiempo podrá limitarse al señalado en el país de origen, si fuere menor.

ART. 5.º En la expresión *obras literarias y artísticas*, se comprenden los libros, folletos y cualesquiera otros escritos; las obras dramáticas ó dramático-musicales, las coreográficas, las composiciones musicales con ó sin palabras, los dibujos, las pinturas, las esculturas, los grabados, las obras fotográficas, las litografías, las cartas geográficas, los planos, croquis y trabajos plásticos, relativos á la geografía, topografía, arquitectura ó á ciencias en general; y en fin, se comprende toda producción del dominio literario ó artístico, que pueda publicarse por cualquier modo de impresión ó de reproducción.

ART. 6.º Los traductores de obras acerca de las cuales no exista ó se haya extinguido el derecho de propiedad garantido, gozarán, respecto de sus traducciones, de los derechos declarados en el artículo 3.º, mas no podrán impedir la publicación de otras traducciones de la misma obra.

ART. 7.º Los artículos de periódicos podrán reproducirse, citándose la publicación de donde se toman. Se exceptúan los artículos que versen sobre ciencias y artes, y cuya reproducción se hubiere prohibido expresamente por sus autores.

ART. 8.º Pueden publicarse en la prensa periódica sin necesidad de autorización alguna, los discursos pronunciados ó leí-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dos en las asambleas deliberantes, ante los tribunales de justicia ó en las reuniones públicas.

ART. 9.º Se consideran reproducciones ilícitas las apropiaciones indirectas, no autorizadas, de una obra literaria ó artística y que se designan con nombres diversos, como adaptaciones, arreglos, etc., etc., y que no son más que reproducciones de aquélla, sin presentar el carácter de obra original.

ART. 10. Los derechos de autor se reconocerán, salvo prueba en contrario, á favor de las personas cuyos nombres ó pseudónimos estén indicados en la obra literaria ó artística.

Si los autores quisieren reservar sus nombres, deberán expresar los editores que á ellos corresponden los derechos de autor.

ART. 11. Las responsabilidades en que incurran los que usurpen el derecho de propiedad literaria ó artística, se ventilarán ante los tribunales y se regirán por las leyes del país en que el fraude se haya cometido.

ART. 12. El reconocimiento del derecho de propiedad de las obras literarias ó artísticas no priva á los Estados signatarios de la facultad de prohibir con arreglo á sus leyes, que se reproduzcan, publiquen, circulen, representen ó expongan aquellas obras que se consideren contrarias á la moral ó á las buenas costumbres.

DISPOSICIONES GENERALES

ART. 13. No es indispensable para la vigencia de este tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe, lo comunicará á los gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber á las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

ART. 14. Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este tratado quedará en vigencia desde ese acto por tiempo indefinido.

ART. 15. Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del tratado ó introducir modificaciones en él, lo avisará á las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar á un nuevo acuerdo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 16. El artículo 13 es extensivo á las naciones que, no habiendo concurrido á este Congreso, quisieran adherirse al presente tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las naciones mencionadas, lo firman y sellan en el número de siete ejemplares, en Montevideo, á los once días del mes de enero del año mil ochocientos ochenta y nueve.—ROQUE SÁENZ PEÑA.—MANUEL QUINTANA.—SANTIAGO VACA GUZMÁN.—DOMINGO DE ANDRADE FIGUEIRAS.—GUILLERMO MATTA.—B. PRATS.—BENJAMÍN ACEVAL.—JOSÉ Z. CAMINOS.—CESÁREO CHACALTANA.—M. M. GÁLVEZ.—ILDEFONSO GARCÍA LAGOS.—GONZALO RAMÍREZ.

TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

S. E. el Presidente de la República Argentina; S. E. el Presidente de la República de Bolivia; S. E. el Presidente de la República del Paraguay; S. E. el Presidente de la República del Perú, y S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, han convenido en celebrar un tratado sobre Derecho Penal Internacional por medio de sus respectivos plenipotenciarios, reunidos en Congreso en la ciudad de Montevideo, por iniciativa de los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, estando representados:

S. E. el Presidente de la República Argentina, por el señor doctor don Roque Sáenz Peña, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Oriental del Uruguay, y por el señor doctor don Manuel Quintana, Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires;

S. E. el Presidente de la República de Bolivia, por el señor doctor don Santiago Vaca Guzmán, Enviado Extraordinario y Ministro Pledipotenciario en la República Argentina;

S. E. el Presidente de la República del Paraguay, por el señor doctor don Benjamín Aceval y por el señor doctor don José Z. Caminos;

S. E. el Presidente de la República del Perú, por el señor doctor don Cesáreo Chacaltana, Enviado Extraordinario y Mi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nistro Plenipotenciario en las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por el señor doctor don Manuel María Gálvez, Fiscal de la Excma. Corte Suprema de Justicia;

S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, por el señor doctor don Ildefonso García Lagos, Ministro Secretario de Estado en el Departamento de Relaciones Exteriores, y por el señor doctor don Gonzalo Ramírez, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina;

Quienes, previa exhibición de sus plenos poderes, que hallaron en debida forma y, después de las conferencias y discusiones del caso, han acordado las estipulaciones siguientes:

TÍTULO PRIMERO

De la jurisdicción

ARTÍCULO PRIMERO. Los delitos, cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima ó del damnificado, se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la nación en cuyo territorio se perpetran.

ART. 2.º Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado, que serían justiciables por las autoridades de éste, si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos é intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último.

ART. 3.º Cuando un delito afecta á diferentes Estados, prevalecerá, para juzgarlo, la competencia de los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se capture al delincuente.

Si el delincuente se refugiase en un Estado distinto de los damnificados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviese la prioridad en el pedido de extradición.

ART. 4.º En los casos del artículo anterior, tratándose de un solo delincuente, tendrá lugar un solo juicio, y se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas.

Si la pena más grave no estuviera admitida por el Estado en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se juzga el delito, se aplicará la que más se le aproxime en gravedad.

El juez del proceso deberá, en estos casos, dirigirse al Poder Ejecutivo para que éste dé conocimiento de su iniciación á los Estados interesados en el juicio.

ART. 5.° Cualquiera de los Estados signatarios podrá expulsar, con arreglo á sus leyes, á los delincuentes asilados en su territorio, siempre que después de requerir á las autoridades del país dentro del cual se cometió alguno de los delitos que autorizan la extradición, no se ejercitase por éstas accion represiva alguna.

ART. 6.° Los hechos realizados en el territorio de un Estado, que no fueren pasibles de pena, según sus leyes, pero que estuviesen penados por la nación en donde producen sus efectos, no podrán ser juzgados por ésta sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción.

Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos.

ART. 7.° Para el juzgamiento y castigo de los delitos cometidos por cualquiera de los miembros de una legación, se observarán las reglas establecidas por el Derecho Internacional Público.

ART. 8.° Los delitos cometidos en alta mar ó en aguas neutrales, ya sea á bordo de buques de guerra ó mercantes, se juzgan y penan por las leyes del Estado á que pertenece la bandera del buque.

ART. 9.° Los delitos perpetrados á bordo de los buques de guerra de un Estado, que se encuentran en aguas territoriales de otro, se juzgan y penan con arreglo á las leyes del Estado á que dichos buques pertenezcan.

También se juzgan y penan según las leyes del país á que los buques de guerra pertenecen, los hechos punibles ejecutados fuera del recinto de éstos, por individuos de su tripulación ó que ejerzan algún cargo en ellos, cuando dichos hechos afecten principalmente el orden disciplinario de los buques.

Si en la ejecución de los hechos punibles sólo intervinieren individuos no pertenecientes al personal del buque de guerra, el enjuiciamiento y castigo se verificará con arreglo á las leyes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del Estado en cuyas aguas territoriales se encuentre el buque

ART. 10. Los delitos cometidos á bordo de un buque de guerra ó mercante en las condiciones prescriptas en el artículo 2.º, serán juzgados y penados con arreglo á lo que estatuye dicha disposición.

ART. 11. Los delitos cometidos á bordo de los buques mercantes, son juzgados y penados por la ley del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se encontraba el buque al tiempo de perpetrarse la infracción.

ART. 12. Se declaran aguas territoriales, á los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de cinco millas desde la costa de tierra firme é islas que forman parte del territorio de cada Estado.

ART. 13. Los delitos considerados de piratería por el Derecho Internacional Público, quedan sujetos á la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes.

ART. 14. La prescripción se rige por las leyes del Estado al cual corresponda el conocimiento del delito.

TÍTULO II

Del asilo

ART. 15. Ningún delincuente asilado en el territorio del Estado, podrá ser entregado á las autoridades de otro, sino en conformidad á las reglas que rigen la extradición.

ART. 16. El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos; pero la nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la nación contra la cual han delinquido.

ART. 17. El reo de delitos comunes que se asilase en una Legación, deberá ser entregado por el jefe de ella á las autoridades locales, previa gestión del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando no lo efectuase espontáneamente.

Dicho asilo será respetado con relación á los perseguidos por delitos políticos; pero el jefe de la Legación está obligado á poner inmediatamente el hecho en conocimiento del Gobierno del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Estado ante el cual está acreditado, quien podrá exigir que el perseguido sea puesto fuera del territorio nacional, dentro del más breve plazo posible.

El jefe de la Legación podrá exigir á su vez las garantías necesarias para que el refugiado salga del territorio nacional, respetándose la inviolabilidad de su persona.

El mismo principio se observará con respecto á los asilados en los buques de guerra surtos en aguas territoriales.

ART. 18. Exceptúase de la regla establecida en el artículo 15, á los desertores de la marina de guerra surta en aguas territoriales de un Estado.

Esos desertores, cualquiera que sea su nacionalidad, deberán ser entregados por la autoridad local, á pedido de la Legación, ó en defecto de ésta, del agente consular respectivo, previa la prueba de identidad de la persona.

TÍTULO III

Del régimen de la extradición

ART. 19. Los Estados signatarios se obligan á entregarse los delincuentes refugiados en su territorio, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

1.ª Que la nación que reclama el delincuente tenga jurisdicción para conocer y fallar en juicio sobre la infracción que motiva el reclamo;

2.ª Que la infracción, por su naturaleza ó gravedad, autorice la entrega;

3.ª Que la nación reclamante presente documentos, que según sus leyes autoricen la prisión y el enjuiciamiento del reo;

4.ª Que el delito no esté prescripto con arreglo á la ley del país reclamante;

5.ª Que el reo no haya sido penado por el mismo delito ni cumplido su condena.

ART. 20. La extradición ejerce todos sus efectos sin que en ningún caso pueda impedirla la nacionalidad del reo.

ART. 21. Los hechos que autorizan la entrega del reo son:

1.º Respecto á los presuntos delincuentes, las infracciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que según la ley penal de la nación requirente, se hallen sujetas á una pena privativa de la libertad, que no sea menor de dos años ú otra equivalente.

2.º Respecto de los sentenciados, las que sean castigadas con un año de la misma pena como mínimum.

ART. 22. No son susceptibles de extradición los reos de los siguientes delitos:

El duelo;

El adulterio;

Las injurias y calumnias;

Los delitos contra los cultos.

Los reos de delitos comunes conexos con cualquiera de los anteriormente enumerados, están sujetos á extradición.

ART. 23. Tampoco dan mérito á la extradición los delitos políticos, y todos aquellos que atacan la seguridad interna ó externa de un Estado, ni los comunes que tengan conexión con ellos.

La clasificación de estos delitos se hará, por la nación requerida, con arreglo á la ley que sea más favorable al reclamado.

ART. 24. Ninguna acción civil ó comercial relacionada con el reo podrá impedir su extradición.

ART. 25. La entrega del reo podrá ser diferida mientras se halle sujeto á la acción penal del Estado requerido, sin que esto impida la sustanciación del juicio de extradición.

ART. 26. Los individuos cuya extradición hubiese sido concedida, no podrán ser juzgados ni castigados por delitos políticos anteriores á la extradición, ni por actos conexos con ellos.

Podrán ser juzgados y penados, previo consentimiento del Estado requerido, acordado con arreglo al presente tratado, los delitos susceptibles de extradición que no hubiesen dado causa á la ya concedida.

ART. 27. Cuando diversas naciones solicitaren la entrega de un mismo individuo por razón de diferentes delitos, se accederá en primer término al pedido de aquella en donde á juicio del Estado requerido se hubiese cometido la infracción más grave. Si los delitos se estimasen de la misma gravedad, se otorgará la preferencia á la que tuviese la prioridad en el pedido de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

extradición; y si todos los pedidos tuvieran la misma fecha, el país requerido determinará el orden de la entrega.

ART. 28. Si después de verificada la entrega de un reo á un Estado, sobreviniese respecto del mismo individuo un nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado, corresponderá acceder ó nó al nuevo pedido, á la misma nación que verificó a primera entrega, siempre que el reclamado no hubiese sido puesto en libertad.

ART. 29. Cuando la pena que haya de aplicarse al reo sea la de muerte, el Estado que otorga la extradición podrá exigir ea sustituída por la pena inferior inmediata.

TÍTULO IV

Del procedimiento de extradición

ART. 30. Los pedidos de extradición serán introducidos por los agentes diplomáticos ó consulares respectivos, y en defecto de éstos, directamente de gobierno á gobierno, y se acompañarán los siguientes documentos:

1.º Respecto de los presuntos delincuentes, copia legalizada de la ley penal aplicable á la infracción que motiva el pedido, y del auto de detención y demás antecedentes á que se refiere el inciso 3.º del artículo 19.

2.º Si se trata de un sentenciado, copia legalizada de la sentencia condenatoria ejecutoriada; exhibiéndose á la vez, en igual forma, la justificación de que el reo ha sido citado y representado en el juicio ó declarado legalmente rebelde.

ART. 31. Si el Estado requerido considerase improcedente el pedido por defectos de forma, devolverá los documentos respectivos al Gobierno que lo formuló, expresando la causa y defectos que impiden la sustanciación judicial.

ART. 32. Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el gobierno requerido remitirá todos los antecedentes al juez ó tribunal competente, quien ordenará la prisión del reo y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si á su juicio procediese tal medida, con arreglo á lo establecido en el presente tratado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 33. En todos los casos en que proceda la prisión del refugiado, se le hará saber su causa en el término de veinticuatro horas y que puede hacer uso del derecho que le acuerda el artículo siguiente.

ART. 34. El reo podrá, dentro de tres días perentorios contados desde el día siguiente al de la notificación, oponerse á la extradición alegando:

1.º Que no es la persona reclamada;

2.º Los defectos de forma de que adolezcan los documentos presentados;

3.º La improcedencia del pedido de extradición.

ART. 35. En los casos en que fuese necesaria la comprobación de los hechos alegados, se abrirá el incidente á prueba, rigiendo respecto de ella y de sus términos las prescripciones de la ley procesal del Estado requerido.

ART. 36. Producida la prueba, el incidente será fallado sin más trámite, en el término de diez días, declarando si hay ó nó lugar á la extradición.

Dicha resolución será apelable dentro del término de tres días, para ante el tribunal competente, el cual pronunciará su decisión en el plazo de cinco días.

ART. 37. Si la sentencia fuese favorable al pedido de extradición, el tribunal que pronunció el fallo lo hará saber inmediatamente al Poder Ejecutivo, á fin de que provea lo necesario para la entrega del delincuente.

Si fuese contraria, el juez ó tribunal ordenará la inmediata libertad del detenido, y lo comunicará al Poder Ejecutivo, adjuntando copia de la sentencia, para que la ponga en conocimiento del Gobierno requirente.

En los casos de negativa por insuficiencia de documentos, debe reabrirse el juicio de extradición, siempre que el Gobierno reclamante presentase otros, ó complementase los ya presentados.

ART. 38. Si el detenido manifestase su conformidad con el pedido de extradición, el juez ó tribunal labrará acta de los términos en que esa conformidad haya sido prestada, y declarará, sin más trámite, la procedencia de la extradición.

ART. 39. Todos los objetos concernientes al delito que mo-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiva la extradición y que se hallaren en poder del reo, serán remitidos al Estado que obtuvo la entrega.

Los que se hallaren en poder de terceros, no serán remitidos sin que los poseedores sean oídos préviamente y resueltose las excepciones que opongan.

ART. 40. En los casos de hacerse la entrega del reo por la vía terrestre, corresponderá al Estado requerido efectuar la translación del inculpado hasta el punto más adecuado de su frontera.

Cuando la traslación del reo deba efectuarse por la vía marítima ó fluvial, la entrega se hará en el puerto más apropiado de embarque á los agentes que debe constituir la nación requirente.

El Estado requirente podrá, en todo caso, constituir uno ó más agentes de seguridad; pero la intervención de éstos quedará subordinada á los agentes ó autoridades del territorio requerido ó del de tránsito.

ART. 41. Cuando para la entrega de un reo, cuya extradición hubiese sido acordada por una nación á favor de otra, fuese necesario atravesar el territorio de un Estado intermedio, el tránsito será autorizado por éste sin otro requisito que el de la exhibición por la vía diplomática del testimonio en forma del decreto de extradición pedido por el Gobierno que la otorgó. Si el tránsito fuese acordado, regirá lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo anterior.

ART. 42. Los gastos que demande la extradición del reo, serán por cuenta del Estado requerido hasta el momento de la entrega, y desde entonces á cargo del Gobierno requirente.

ART. 43. Cuando la extradición fuese acordada y se tratase de un enjuiciado, el Gobierno que la hubiese obtenido comunicará al que la concedió la sentencia definitiva recaída en la causa que motivó aquélla.

TÍTULO V

De la prisión preventiva

ART. 44. Cuando los gobiernos signatarios reputasen el caso urgente, podrán solicitar por la vía postal ó telegráfica, que se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

proceda administrativamente al arresto provisorio del reo, así como á la seguridad de los objetos concernientes al delito, y se accederá al pedido, siempre que se invoque la existencia de una sentencia ó de una orden de prisión y se determine con claridad la naturaleza del delito castigado ó perseguido.

ART. 45. El detenido será puesto en libertad, si el Estado requirente no presentase el pedido de extradición dentro de los diez días de la llegada del primer correo despachado después del pedido de arresto provisorio.

ART. 46. En todos los casos de prisión preventiva, las responsabilidades que de ella emanen corresponden al Gobierno que solicitó la detención.

DISPOSICIONES GENERALES

ART. 47. No es indispensable para la vigencia de este tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará á los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay para que lo hagan saber á las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

ART. 48. Hecho el canje en la forma del artículo anterior este tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

ART. 49. Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del tratado ó introducir modificaciones en él, lo avisará á las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar á un nuevo acuerdo.

ART. 50. Las estipulaciones del presente tratado sólo serán aplicables á los delitos perpetrados durante su vigencia.

ART. 51. El artículo 47 es extensivo á las naciones que, no habiendo concurrido á este Congreso, quisieran adherirse al presente tratado.

En fe de lo cual, los plenipotenciarios de las naciones mencionadas, lo firman y sellan en el número de cinco ejemplares, en Montevideo á los..... días del mes de enero del año de mil ochocientos ochenta y nueve.—ROQUE SÁENZ PEÑA.—MA-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

NUEL QUINTANA.—SANTIAGO VACA GUZMÁN.—BENJAMÍN ACEVAL.—CESÁREO CHACALTANA.—M. M. GÁLVEZ.—ILDEFONSO GARCÍA LAGOS.—GONZALO RAMÍREZ.

(Continuará)

DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO

Muerte presunta es la que supone la ley que se ha verificado, siempre que cumpla con las condiciones exigidas por ella misma.

Así dice el artículo 80. Se presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive y verificándose las condiciones que van á expresarse.

De esta definición se desprende que son necesarios tres requisitos para que pueda verificarse la presunción de muerte: 1.º, que el individuo de quien se trata haya efectivamente desaparecido; 2.º, que se ignore si vive. Si positivamente se supiese este último, ó que no existía, no habrá lugar á las disposiciones de este párrafo; en el primer caso, se haría la declaración de la muerte de un individuo cuando positivamente se sabe que ésta no ha tenido lugar, y en el segundo, dejaría de ser presunción y pasaría á ser un hecho cierto y determinado sobre el cual ha desaparecido toda duda. Y es la 3.ª condición, que se verifiquen los demás requisitos expresamente determinados por la ley.

En la legislación romana y española, y en general en toda la legislación antigua, este punto no ha sido tratado. Y se comprende perfectamente, pues no existiendo entonces las grandes facilidades de comunicación que tenemos en la actualidad, ni siendo las relaciones entre los países tan estrechas como lo son ahora, el desaparecimiento de un individuo era algo muy raro, poco menos que imposible.

El Código Francés, ocupándose de esta materia, llama presunción de ausencia á lo que el nuestro designa con el nombre de presunción de muerte, y señala efectos más ó menos semejantes á los indicados en nuestra legislación para esta última. Creo mucho más exacta la expresión de nuestro Código Civil. La ausencia no es una presunción; desde el momento que una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

persona no se encuentra presente ó está fuera del territorio de la República, como expresamente requiere para que se verifique la ausencia el artículo 2508, éste no es punto dudoso. Lo que se discute es si el individuo ha muerto ó nó, y por consiguiente los derechos que tengan sus herederos presuntos sobre los bienes que ha dejado.

Sin embargo de que, como ya lo he dicho, el Código Francés y algunos otros dan el mismo nombre al desaparecimiento y á la mera ausencia, son en realidad dos estados diferentes que producen efectos bien diversos. Á propósito de este punto, dice don Andrés Bello en sus notas explicativas al Código Civil: «En la mera ausencia subsiste la sociedad conyugal; los mandatarios del ausente continúan ejerciendo las funciones de tales mientras no expira por alguna otra causa el mandato, y si es necesario, se provee á los derechos del ausente por medio de un curador que le represente; en el segundo hay á lo menos un principio de presunción de muerte, y se da á los herederos presuntivos la posesión provisoria y al cabo de cierto tiempo la posesión definitiva».

El estudio de la presunción de muerte por desaparecimiento, se puede exponer en tres párrafos diferentes: 1.º, formalidades que deben preceder á la declaración de muerte; 2.º, diferentes clases de posesión de los bienes del desaparecido según el tiempo que haya transcurrido ó las circunstancias que acompañaren al mismo desaparecimiento, y 3.º, efectos del reaparecimiento. Terminaré proponiendo algunas reformas de que creo es susceptible esta parte de nuestra legislación.

I

Una persona emprende un viaje, y al cabo de algunos años deja de comunicarse con sus amigos ó parientes. Transcurre un tiempo más ó menos largo, y ya los que por él se interesan ó que según la ley son llamados á sucederle, comienzan á hacer diligencias para obtener la averiguación del paradero del desaparecido, ó la posesión provisoria ó definitiva de sus bienes. Á este efecto es menester esperar el plazo de cuatro años conta-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dos desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de paradero del desaparecido.

¿Desde cuándo comienzan á contarse los cuatro años? ¿Desde la fecha en que fueron despachadas ó desde la fecha en que se recibieron las últimas noticias?

Esta pregunta no admite discusión. Nuestro Código señala expresamente la fecha de las noticias como día inicial para que principie á contarse el plazo ya indicado.

No sucede lo mismo en el Código Francés, que es la principal fuente de donde se han sacado las disposiciones del nuestro sobre esta materia. En aquél hay muchos puntos que no están claramente determinados, y entre otros se encuentra el que motiva la pregunta anterior. Así dice en su artículo 115: "Cuando una persona se hubiere ausentado de su domicilio ó residencia, no teniéndose noticias de ella durante cuatro años consecutivos las partes interesadas podrán pedir al tribunal de primera instancia que se declare la ausencia". Los comentadores del Código Francés están, pues, enteramente disconformes en sus apreciaciones acerca del día en que debe comenzar á contarse el plazo señalado.

Por otra parte, nuestro Código ha hecho muy bien en fijar como día inicial la fecha en que se despacharon las noticias, pues de otro modo quedaría enteramente al arbitrio del que las recibía, retardar la declaración del juez, no presentándolas en tiempo oportuno.

La declaración de muerte podrá ser provocada por cualquiera persona que tenga interés en ello. No ha dicho la ley de qué clase debe ser éste, pero parece que claramente se refiere al interés pecuniario, no al que pudiera despertarnos el cariño ó afección que tuviésemos por el ausente. En aquel caso estarían todos los que tuvieran derechos subordinados á la condicion de muerte del desaparecido, como los herederos, legatarios, el propietario de bienes, de los cuales el desaparecido poseía el usufructo, pues llegado el caso de muerte, el usufructo se consolida con la propiedad, el fideicomisario á quien por la muerte del desaparecido se defiere el fideicomiso, el socio, etc.

El juez que debe declarar la presunción de muerte ha de ser el del último domicilio del desaparecido. Corroborando esto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mismo, dice la Ley de 15 de octubre de 1875: "El juez del lugar en que el desaparecido hubiere tenido su último domicilio, será competente para declarar la presunción de muerte y para conferir la posesión provisoria y definitiva de los bienes del desaparecido á las personas que justifiquen tener derecho á ellos".

La disposición de nuestro Código se funda en que siendo el domicilio de un individuo el lugar en que se encuentran sus relaciones y el principal asiento de sus negocios, en ése, mejor que en cualquiera otro, pueden obtenerse noticias de él con mayor facilidad. Por otra parte, si se atendiese al lugar en que se encuentran los bienes, podría suceder que éstos fuesen inmuebles y estuviesen situados en diversos puntos, en cuyo caso, ó serían todos los jueces competentes, ó sería necesario averiguar cuál de las propiedades tenía más valor, atribuyendo entonces la competencia al juez correspondiente, operaciones cuya molestia no estaría compensada, si es que trajera alguna ventaja, con la regla general que ya se ha indicado.

Pedida que sea la declaración del juez por algún interesado, la primera diligencia de aquel debe ser la citación del desaparecido, hecha por tres veces en el periódico oficial, mediando más de cuatro meses entre cada dos citaciones. Y si transcurrido este tiempo no se presenta, cualquier interesado puede pedir la declaración de presunción de muerte, con tal que hayan transcurrido al menos seis meses desde la última citación. El juez hará esta declaración justificándose los requisitos siguientes: 1.° que se ignora el paradero del desaparecido; 2.°, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo; y 3.°, como ya se ha dicho, que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia han transcurrido á lo menos cuatro años.

Si el juez no estimare suficientes todas las pruebas rendidas hasta este momento, puede pedir de oficio, ó á petición del defensor de ausentes, el cual debe ser oído en todos los trámites del juicio, ó de cualquiera persona interesada en ello, otras que convengan según las circunstancias.

La ley exije la intervención del defensor de ausentes, para tener mayor seguridad de que la declaración del juez no es equivocada, como que este defensor, por la naturaleza de las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

funciones que es llamado á desempeñar, estudiará el asunto tanto como el mismo juez que sobre él debe pronunciar su sentencia.

Como se sabe, los defensores públicos son de dos clases: los fiscales y promotores fiscales, que están llamados á la defensa de la sociedad y del fisco; y los de menores, ausentes y obras pías. En algunas ciudades de la República, la defensa de estas tres últimas personas ó corporaciones corre á cargo de un solo individuo; en otras, estas funciones están divididas entre dos ó más.

Nótese que la ley prescribe que el defensor simplemente debe ser oído; de suerte que en ningún caso el magistrado está obligado á seguir su dictamen, pudiendo proceder hasta en desacuerdo con él. El informe del defensor es meramente ilustrativo.

Por último, estando ya rendidas todas las pruebas, y no quedando duda alguna en el ánimo del juez, pronuncia su sentencia por la cual declara la presunción de muerte por desaparecimiento, y señala el día en que ésta debe haber tenido lugar, el cual, según disposición expresa de la ley, es el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias.

Esta determinación prudencial que hace el Código de la fecha en que debe haberse verificado la muerte presunta, ha sido impugnada por muchos que sostienen que en todo caso debió haberse dejado esta facultad al juez, para que él la señalase en vista de los antecedentes que obren en el juicio. Como contestación reproduzco la nota ilustrativa del señor Bello, que considero de grande interés.

"Si se dejase al juez la facultad de fijar la fecha de la muerte presunta, no podría casi nunca hacerlo sino por medio de conjeturas sumamente falibles que abrirían gran campo á la arbitrariedad. Es verdad que según la disposición del inciso 6.º pudieran ser alguna vez llamadas á la sucesión del desaparecido, personas que por no haberle sobrevivido no tuvieren derecho á sucederle; y por el contrario, serán alguna vez excluídas de la sucesión, personas que por haberle realmente sobrevivido tenían derecho á ella. Pero ¿qué regla podrá adoptarse que no esté sujeta á ninguno de estos inconvenientes? Por otra parte, el que ha sido excluído no tiene de qué quejarse, puesto que para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hacer valer su derecho le es necesario probarlo, esto es, probar que ha sobrevivido efectivamente al desaparecido. Ahora bien, conesta prueba es admitido á la sucesión, y aun en el caso menos favorable, puede hacer valer hasta cierto punto sus derechos, si no han prescrito.

"Finalmente, el derecho de sucesión es una creación de la ley, y debe sujetarse á las condiciones y restricciones que ella tenga á bien imponerle.

"La necesidad de fijar de cualquier modo la fecha de la muerte, es evidente, puesto que por ella se califican los derechos en la sucesión del desaparecido".

Completando esto mismo, el Código dice expresamente que los herederos que han de ocupar los bienes del desaparecido son los testamentarios ó legítimos que eran en este día, y el patrimonio de que entrarán á gozar comprende los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran en esta misma época.

Esta disposición expresa y terminante de la ley, dilucida infinidad de cuestiones que sin ella pudieran tener lugar. En efecto, habrá muchos casos en que por circunstancias especiales los derechos pueden cambiar por completo aun en espacios de tiempo relativamente pequeños; de suerte que sería necesario para aclarar aquellos derechos, entrar en multitud de investigaciones, que quizá en la mayor parte de los casos no arrojarían ninguna luz sobre el punto cuya solución se busca.

Mientras no tenga lugar la posesión provisoria, se reputará al desaparecido simplemente como ausente, y cuidarán de sus bienes sus apoderados y representantes legales.

El período de *mera ausencia* que señala la ley únicamente para antes de concederse la posesión provisoria, es el efecto que atribuyen muchas otras legislaciones al desaparecimiento de un individuo. De los Códigos que conozco, no he encontrado uno solo en que á virtud del desaparecimiento se presuma la muerte de una persona, sino simplemente su ausencia.

Por último, dispone la ley que todas las sentencias tanto definitivas como interlocutorias se insertarán en el periódico oficial, fundada en que éste es el órgano más fidedigno por el cual pueden llegar á conocimiento de los interesados todas las resoluciones que se tomen en el juicio de desaparecimiento.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

II

La posesión de los bienes del ausente es de dos clases: provisoria y definitiva.

La primera tiene lugar cuando han transcurrido diez años desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del desaparecido, esto es, ocho años después del día que el juez ha fijado como presuntivo de aquel en que debe haberse verificado la muerte.

La posesión definitiva tiene lugar en tres casos, en los cuales aumentan considerablemente las probabilidades que hay de la muerte del desaparecido. Estos son: 1.°, si recibió alguna herida grave en la guerra, ó naufragó la embarcación en que navegaba ó le sobrevino otro peligro semejante, y no se han tenido noticias de él en los cuatro años siguientes al acontecimiento; 2.°, cuando además de los diez años que se necesitan en los casos generales para conceder la posesión provisoria, se probase que han transcurrido ochenta desde el nacimiento del desaparecido; 3.°, cuando han transcurrido treinta desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuese en esa época, la edad del desaparecido si viviera. En el primer caso el juez deberá fijar como día presuntivo de la muerte, el de la acción de guerra, peligro ó naufragio, y no estando enteramente determinado ese día, deberá adoptar un término medio entre el principio y fin de la época en que pudo ocurrir el suceso.

Son tantas las probabilidades que existen en este caso de que el desaparecido ha muerto en realidad, que nuestro Código, en contra del lujo de plazos que señala para otorgar en general la posesión de los bienes, ha ordenado que á los cuatro años se conceda la entrega definitiva de ellos. Y no podía ser de otro modo. ¿Quién puede dudar, por ejemplo, de que sabiéndose positivamente que un individuo iba de viaje, que naufragó la embarcación en que navegaba y mucho tiempo después no se ha tenido noticia alguna de su existencia, pueda haber sobrevivido á esa catástrofe?

No habiendo manera alguna de determinar el día en que ocurrió el suceso, lo natural es que se tome el término medio de la época en que pudo tener lugar.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los efectos que produce la posesión provisoria son los siguientes: 1.°, disuelve la sociedad conyugal si la hubiere con el desaparecido; 2.°, puede procederse á la apertura y publicación del testamento, si hubiere dejado alguno; 3.°, los herederos entran en la posesión provisoria de los bienes, y en el caso de no presentarse heredero, se declarará yacente la herencia y se procederá en conformidad á lo prescrito por el Código Civil para este caso.

Al efecto, previene en su artículo 1240, que si á los quince días de abierta la sucesión no se hubiere aceptado la herencia, ni hubiere albacea, el juez la declarará yacente y se procederá al nombramiento de un curador que tenga su administración.

Una vez disuelta la sociedad conyugal ¿puede el otro cónyuge proceder á la celebración de un nuevo matrimonio?

Esta cuestión, que ha sido muy debatida y resuelta en sentidos enteramente opuestos, creo que debe confirmarse; y mucho más, desde que la ley de matrimonio civil dice expresamente que el matrimonio se disuelve por la muerte presunta de uno de los cónyuges, si cumplidos diez años desde las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido; y también, transcurridos que sean treinta años desde la fecha de las últimas noticias.

Disolviéndose en conformidad á una de estas ó de las otras causales que señala la ley, y no prohibiéndose expresamente contraer un segundo matrimonio, ninguna dificultad hay, en consecuencia, para que se proceda á la celebración de otro nuevo.

En caso de reaparecer el primer cónyuge, ¿cuál de los dos matrimonios queda subsistente?

Fuera de duda creo que el primero. Si el segundo se ha celebrado ha sido en vista de la evidencia, puede decirse, que había de la muerte del otro cónyuge; pero desde el momento en que se descubre que éste existe todavía, padece el segundo de un vicio que lo hace enteramente nulo. Sin embargo, produce efectos civiles hasta el momento en que se descubre el defecto que lo deja sin valor, salvo mala fe de uno de los contrayentes.

Son obligaciones de los poseedores provisorios: 1.ª, formar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

un inventario solemne de los bienes, ó revisar ó rectificar con las mismas solemnidades el inventario que exista; 2.ª, representar á la sucesión en sus acciones y defensas; y 3.ª, prestar caución de conservación y restitución. Además no podrán enajenar ni hipotecar los bienes raíces sino por causas necesarias ó de utilidad evidente, declarada por el juez con audiencia del defensor, debiendo además hacerse en pública subasta. Para los bienes muebles no se necesitan estos requisitos, bastando únicamente que el juez lo crea conveniente.

Por remuneración del trabajo que tiene en la administración de los bienes del desaparecido, los poseedores provisorios harán suyos los respectivos frutos é intereses.

Son efectos de la posesión definitiva: 1.°, los propietarios y los fideicomisarios de bienes usufructuados ó poseídos fideicomisariamente por el desaparecido, los legatarios, y en general todos aquellos que tengan derechos subordinados á la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlos valer como en el caso de verdadera muerte; 2.°, los herederos presuntivos entran en la posesión definitiva, teniendo el pleno uso y goce del patrimonio del desaparecido; 3.°, quedan canceladas las cauciones que hayan dado como poseedores provisorios.

III

La presunción de muerte puede terminar de tres modos: 1.°, por el conocimiento exacto de la fecha en que el desaparecido ha dejado de existir; 2.°, por noticias que se tengan de que se encuentra vivo, y 3.°, por el reaparecimiento.

Respecto del primer punto hay que observar, que conociéndose ya exactamente la fecha verdadera de la muerte, la primera declaración expedida por el juez sobre el día en que ha tenido lugar, como presunción legal, tiene que ceder á esta última. Son, en consecuencia, llamados á suceder al desaparecido los herederos que lo eran en esta segunda fecha, como también entonces se entiende abierta la sucesión.

Por las noticias que se tengan de que el desaparecido se encuentra vivo, cesa la posesión definitiva de los bienes, y sus he-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rederos presuntivos continuarán cuidando de ellos simplemente como representantes legales.

La ley concede la acción rescisoria del decreto de posesión de los bienes del desaparecido á tres clases de personas: al mismo desaparecido; á sus legitimarios habidos durante el desaparecimiento, y á su cónyuge por matrimonio contraído también en la misma época.

Parece que esta numeración que el Código hace en su artículo 93, fuese taxativa, porque no emplea alguna frase por la cual pudiera indicarse que otras personas tuviesen también derecho á solicitar la rescisión. Sin embargo, la equidad natural nos dice que nada sería más injusto que privar de la acción para que cobrase sus bienes á un legítimo heredero del desaparecido que no fuera de los expresamente enumerados, quien por circunstancias extraordinarias no ha podido presentarse antes del decreto que ordena la posesión definitiva. Por otra parte, el señor Bello en una nota del artículo de que tratamos, dice: «Por ejemplo, un hijo legítimo habido durante el desaparecimiento y cuya existencia se ignoraba; un legatario por testamento otorgado durante la misma época, etc.» Para mi modo de ver, esta nota tiene un alcance más lato, y abarca un significado más extenso que el que determinadamente señala el artículo 93.

Estas diferentes personas no pueden hacer valer su derecho de igual modo. El desaparecido puede presentarse en cualquier tiempo; mientras que las demás sólo pueden ejercitar sus derechos dentro de los respectivos plazos de prescripción.

Si los herederos derivan sus derechos de algún título justo, como el testador ó la ley, tienen el largo plazo de treinta años para presentarse reclamándolos, como que éste es el tiempo en que prescribe la acción de petición de herencia. Pero si los actuales poseedores son herederos putativos, esto es, que creen serlo con buena fe y justo título, pueden oponer la prescripción de diez años de los bienes que están en su poder; y en el caso contrario sólo pueden alegar la de treinta años únicamente.

Téngase presente que la prescripción comienza á contarse desde la fecha de la verdadera muerte del desaparecido; de tal manera que de nada sirve el tiempo en que antes de este día hayan estado en posesión de los bienes, aún cuando hubiese

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mediado ya la declaración de muerte presunta hecha por el juez.

Gozan del beneficio de la acción rescisoria sólo aquellos que lo obtienen por sentencia judicial. En consecuencia, esta rescisión no aprovecha á otros, aún cuando sean herederos del mismo grado, ó tengan derechos iguales ó mejores que aquel que ya ha obtenido una declaración á su favor.

Por fin, las últimas disposiciones de la ley sobre este punto son muy justas y razonables. Así dice: los que obtuvieren el beneficio que acuerda la acción rescisoria recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo de consiguiente todos los gravámenes que en ellos hubieren constituído legalmente los poseedores, los cuales siempre se presumen de buena fe, á menos de prueba contraria.

Sin esta regla habría sido enteramente inconciliable el derecho de los que han contratado con los poseedores de buena fe de los bienes del presunto desaparecido, y lo que éste mismo pidiese después anulando los contratos ó dejando sin efecto las enajenaciones que sobre esos bienes se hayan hecho. Por otra parte, como los poseedores se consideraban antes del reaparecimiento como verdaderos dueños, es natural suponer que todos los giros ejecutados por ellos hayan sido tendentes al mejoramiento mismo de los bienes. Y si por el contrario han disminuído de valor, culpa es del desaparecido, cuyas consecuencias él sólo debe soportar por no haber dado los avisos convenientes.

Las acciones que tengan los poseedores contra los terceros por causa de enajenaciones ó gravámenes de los bienes que están en su poder, pasan al dueño, como que estas acciones, teniendo su origen y fundamento en los bienes, forman, puede decirse, parte integrante de ellos.

Se ha puesto en duda por algunos si podrían rescindirse por el reaparecido las donaciones que se hubieran hecho antes de su reaparecimiento. La cuestión me parece que no puede tener lugar en vista de la disposición terminante de la ley, que ordena se conserven todas las enajenaciones y gravámenes. Siendo la donación un cargo para los bienes, debe subsistir, salvo el caso en que se probase mala fe de alguna de las partes que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

intervino en ella. Además, ya se ha dicho, decretada la posesión definitiva, se cancelan las cauciones de los poseedores, y éstos, ante todo el mundo, son los verdaderos dueños de esos bienes, quienes pueden disponer de ellos como lo estimen conveniente, salvo las restricciones de la ley, que se extienden á todos los propietarios, y se refieren á la disipación ó á la donación de esos bienes cuando pasan de cierta cantidad determinada.

El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido constituye mala fe.

SANTIAGO F. CRUZ

(Concluirá)

ESTUDIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESENCIALES de la donación entre vivos, ó comentario de los artículos 1386 y 1398 del Código Civil

(Conclusión)

TERCERA CIRCUNSTANCIA

Aceptación de la donación notificada al donante

I

Esta circunstancia es exigida por los artículos 1386, 1411 y por el 1386 en su última parte... "á otra persona que *acepta*", por el 1411 que nos habla de *aceptación*, y esplícitamente, por el artículo 1412, que dice: "Mientras la donación no ha sido aceptada y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla á su arbitrio".

Y como la donación no está perfecta sino desde que queda obligado *irrevocablemente* el donante, y esto no sucede sino con la aceptación, ésta es circunstancia esencial de toda donación.

Ha de haber, por consiguiente, concurrencia de las voluntades del donante y donatario en el momento de la aceptación.

La oferta del donante antes de la aceptación constituye una policitación que puede retirarla cuando quiera, porque no emana sino de él.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Al contrario, aceptada la oferta y conocida ésta por el donante, queda éste *irrevocablemente* obligado, habiendo desde este instante donación.

Creo que la circunstancia de que nos ocupamos, no se puede poner en duda, por lo que no me apresuro á apoyarla con más pruebas.

Se encuentra establecida en todos los Códigos modernos.

En el Francés, artículos 894 y 932; en el Sardo, artículos 1121 y 1127; en el Napolitano, artículo 814; en el de Vaud, artículo 557; en el Holandés, artículos 1703 y 1720; en el de Luisiana, artículo 1454; en el Español, artículo 945, y en el Ruso, artículo 575, que copio: «La donación es nula si no es aceptada». En los sudamericanos: Colombiano, artículo 1469; Peruano, artículo 581, y Argentino, artículo 4.º del título VIII, y en el de Santo Domingo, artículo 932: «La donación entre vivos no obliga al donante, y no produce efecto alguno sino desde el día en que haya sido aceptada en términos expresos».

II

¿Cómo debe ser esta aceptación? ¿Expresa ó tácita?

¿De cualquiera de estos modos indiferentemente?

Sostenemos que la aceptación debe ser expresa, que no perfecciona la donación la aceptación tácita. Nos fundamos en que la aceptación debe ser notificada al donante, para que haya donación. Así lo manda el artículo 1412, que repito: «Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla á su arbitrio».

Y no se puede notificar una aceptación tácita.

Pero como hemos oído sostener que la donación se perfecciona con sólo la aceptación sin notificación, nos toca probar préviamente que la notificación es una formalidad esencial de la aceptación, lo que equivale á que la aceptación debe notificarse al donante *en todo caso*, ó en otros términos, si puede estar perfecta la donación con la sola aceptación sin notificación.

Si conseguimos demostrar que es esencial la aceptación y la notificación de ésta al donante, habremos demostrado al mismo tiempo que la aceptación debe ser forzosamente expresa, por-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que la formalidad de la notificación no puede cumplirse sino con la aceptación expresa.

¿Cómo notificar una aceptación tácita?

No pudiendo cumplirse con la ley (art. 1412), no puede haber aceptación tácita.

Hemos dejado establecida la naturaleza del contrato de la donación y que es de su esencia la concurrencia de las voluntades de las partes para su perfección.

Esta concurrencia no puede tener lugar sin que se conozcan esas dos voluntades, sin que el donante tenga noticia de la aceptación del donatario: antes no está ligado, porque no puede saber la voluntad del donatario mientras éste no se la dé á conocer notificándosela.

Si damos el conocimiento privado que puede tener el donante de la aceptación como bastante para que haya concurrencia de voluntades, y luego para la existencia de la donación, no cumpliremos con el artículo 1412, lo violamos, porque nos está ordenando: la aceptación debe ser notificada; mientras tanto no está perfecta, no hay donación.

¿Por qué, en qué nos fundamos para sustraernos del mandato de la ley?

¿Desde cuándo iríamos á dar por existente la donación, habiendo únicamente ese conocimiento privado?

¿Cómo conocemos la concurrencia de la voluntad del donante y donatario para poder exigir el cumplimiento de la donación?

¿No puede resultar que en el momento mismo que creemos que hay esa concurrencia suceda que hay oposición de voluntades?

Además, ¿no se comprende que esta interpretación que combatimos da lugar á fraudes?

¿Quién le va á privar al donante el derecho de revocarla exponiendo que no tenía noticia del consentimiento del donatario?

Con la notificación se evita todo esto; el donatario cuidará, al hacerla, de dejar constancia de ella.

No debiéramos cuestionar cuando tenemos la clara disposición del referido artículo 1412.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La notificación no es necesario sea judicial; el Código exige sólo *notificación*; y sabemos que siempre que quiere que sea judicial, así lo expresa.

Cumple el donatario con la formalidad de la notificación, haciendo saber al donante de cualquier modo digno de fe que ha aceptado la donación. Eso es notificar.

Aconsejaremos, como medida de seguridad, que se procure dejar constancia de la notificación al donante.

No se extrañe que aceptemos una formalidad más para el valor de la donación. Seguimos el pensamiento de nuestro Código que ha querido reducir los casos de donación; pruébanlo las muchas formalidades á que las somete y no las presume. Con razón "ella quita á los herederos sus legítimas esperanzas haciendo pasar sin ninguna compensación los sacrificios de una familia á otra, muchas veces arrancados á la debilidad", como exclama Mourlon.

Estos obstáculos (las formalidades) son establecidas en el interés personal del donante y sus herederos, son un freno para la liberalidad.

Las palabras de Mourlon al respecto parece que fueron inspiradas para nuestro Código.

"Duranton piensa que no es perfecta la donación sino desde la notificación de la aceptación.

"Tal es, creo el dictamen que es preciso seguir. El contrato de donación no es, en efecto, de aquellos que se forman *solo consensu;* las voluntades que no son manifestadas en la forma prescrita por la ley, son nulas y de ningún valor; luego, como la aceptación hecha sin la presencia del donante está sometida á la solemnidad de la notificación, mientras la notificación no esté hecha, el contrato no está todavía formado, pues la voluntad de una de las partes no está revestida de la forma que debe darle la fuerza civil que le falta.

"Es en el momento de la notificación cuando el donante pierde el derecho á los bienes comprendidos en la donación" (1).

(1) *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, par M. Fr. Mourlon, quatrième édition, Paris, 1855, vol. II, pag. 248, comment. à l'article 932.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Y téngase presente la opinión de Grenier (1).

..."Pero el acto de la aceptación deberá ser *notificado* al donante, porque no es sino desde este instante cuando está ligado á no disponer de los objetos donados... La donación no tiene efecto sino desde el día de la notificación".

Y de Pothier (2).

"La aceptación es de la esencia de la donación, y mientras que no se notifique aquélla, el donante queda como antes propietario y libre de disponer de la cosa á su gusto.

"La donación no es válida sino á partir desde el momento que ha sido *notificada*. Precaución sabia que no se encuentra en las antiguas leyes, pero que ciertamente es necesaria para que el donante no sea víctima de los contratos que celebraría estando en la creencia que no pesaba sobre él ninguna obligación ni empeño".

Y de Duranton (3).

"Es solamente la *notificación* lo que forma el contrato de donación.

"No debe formarse sino por el concurso de las voluntades de los contratantes recíprocamente conocidas".

Como Duranton piensa Dalloz.

La notificación es, pues, un requisito esencial y fundado; evita pleitos é incertidumbres en la propiedad del donante.

III

Ahora es tiempo de solucionar si la aceptación puede ser tácita.

Del último inciso del artículo 1411 se ha sacado que la aceptación puede ser tácita.

Ese inciso dice: "Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de las herencias se extienden á las donaciones". Una de esas reglas es el artículo 1241: "La

(1) *Traité des donations, des testaments...* par M. Grenier, seconde édition, s. l., 1812, vol. I, chapitre II, num. 58.

(2) *Cours de législation.*

(3) *Cours de droit français suivant le Code Civil*, par M. Duranton, quatrième édition, Paris, 1844, vol. VIII, titre II, sect. II.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aceptación es expresa ó tácita. Expresa, cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero».

Desde luego, el último inciso del artículo 1411 no puede referirse sino á aquellos casos no previstos en este título *De las donaciones entre vivos*, y á aquellas reglas que sean compatibles con las disposiciones expresas del mismo título.

Tenemos el artículo 1412 y el artículo 1386 que, como son especiales de las donaciones entre vivos, rigen la aceptación. Por manera que no necesitamos del artículo 1241. Además, hemos demostrado que siempre debe tener el donante noticia de la aceptación del donatario; porque así solamente puede haber concurrencia de voluntades, lo que se cumple notificándolo al donante. Si puede notificarse, la aceptación tácita existe; si no, nó. No vemos cómo pueda notificarse la aceptación tácita.

De modo que no podemos dar por perfecta la donación con la aceptación tácita, puesto que quebrantaríamos el artículo 1412, no notificando ésta por la imposibilidad que hay de notificar una aceptación tácita.

Para nosotros, habiendo aceptación, debe haber notificación, y siendo necesaria la notificación, tiene que ser expresa la aceptación.

Á no ser que se aceptase como notificación el conocimiento privado que el donante pudiera tener de la aceptación tácita. Mas, esto no es notificación, y por tanto, no se cumple con el artículo 1412.

Si suponemos que pudiera aplicarse el artículo 1241 á las donaciones entre vivos, habría contradicción, por las razones expuestas, con este artículo 1412; y en tal caso, recurriríamos al espíritu general de la legislación y á la equidad natural (art. 24). El espíritu de nuestro Código ha sido limitar, reducir, disminuir los casos de donación. Nos muestra su pensamiento sometiéndola á varias formalidades y dándole existencia cuando es expresa.

Las legislaciones europeas pueden servirnos como los mejores intérpretes de la equidad natural, sobre todo cuando hay uniformidad sobre esta materia en casi todas ellas. En los Có-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

digos modernos encontramos iguales disposiciones á la del artículo 1412 del nuestro; exigen que la aceptación debe notificarse al donante para que esté perfecta la donación.

Vamos á recorrerlas.

El artículo 945 del proyecto del Código Español dispone: "La donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta, y se pone la donación en conocimiento del donante". García Goyena, en su comentario á este artículo, expone: "Como la donación no puede ser perfecta hasta que el donador quede obligado irrevocablemente, la *aceptación* del donatario en escritura pública no puede producir efecto sino desde el día en que se hizo saber en forma auténtica al donador, precaución que se ha creído necesaria para evitar que éste fuese personalmente víctima de las negociaciones que ha podido hacer entretanto en la persuación de que no estaba obligado".

El Francés, artículo 932: "La donación entre vivos no obligará al donante ni producirá efecto alguno, sino desde el día que se acepte en términos *expresos*. La aceptación podrá hacerse en vida del donante por acto posterior y auténtico de que quedará protocolo; pero entonces no tendrá efecto la donación respecto del donante, sino desde el día en que se le *notifique* el acta en que consta esta aceptación".

El Sardo, artículo 1127, es como el Francés.

Concuerdan con éstos, el 814 del Napolitano, el 1720 del Holandés y el 1526 de Luisiana.

Oigamos ahora á los comentadores del Código Francés, cuya influencia sobre el nuestro no podemos negar; como tampoco que el mismo pensamiento y la misma razón domina en ambos.

Habla Troplong (1):

"El Derecho Romano se contentó, cuando fué relajado saliendo del rigor de las formas, con la aceptación tácita...

"Pero nuestro Derecho por aversión á las donaciones, es severísimo...

"El artículo 932 es la repetición abreviada del artículo 6.º de la ordenanza de 1731, que decía:

(1) *Droit Civil Expliqué, Des donations entre vifs et des testaments*... par M. Troplong, Paris, 1855, vol. III, nums. 1087, 1088, 1096.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"La aceptación de la donación *será expresa*, sin que los jueces puedan atender á las circunstancias de que se pudiera inducir una aceptación tácita ó presunta, y esto, aunque el donatario hubiera estado presente en el acto de la donación, que él hubiera firmado, ó aunque hubiera entrado en posesión de las cosas donada".

En otro número: "El donante puede revocar la donación no aceptada expresamente. La aceptación es de la misma naturaleza que la donación; es preciso que sea revestida de formalidades semejantes".

Habla Marcadé (1):

"No basta que haya una aceptación, es preciso que la aceptación sea *expresa*. La falta de esta aceptación expresa no podrá suplirse por la confirmación tácita proveniente de la ejecución voluntaria de parte del donante".

Merlin (2):

"Las donaciones no pueden ser válidas en tanto que no han sido aceptadas expresamente y en términos formales por el donatario...

"Según el Derecho Romano, no era preciso que la aceptación fuera hecha en términos expresos; podía suplirse...

"Pero entre nosotros no se admite ésta... y las donaciones no pueden ser válidas, mientras tanto no hayan sido aceptadas expresamente..."

Proudhon (3):

"Las convenciones ordinarias no exigen sino el simple consentimiento de las partes; desde que consta éste, la convención es perfecta sin que sea necesario revestirla de otra formalidad sustancial; en la donación, al contrario, el simple consentimiento del donatario no basta; es preciso una aceptación *expresa* de su parte..."

Pothier (4):

(1) *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, par V. Marcadé, Paris, 1855, vol. III, num. 633.

(2) *Répertoire universel et raisonè de jurisprudence...* Cinquième édition... par M. Merlin, Paris, MDCCXXVII, vol. V, *Donation*, sect. IV.

(3) *Cours de droit français*, par M. Proudhon, vol. I, pág. 276.

(4) Texto citado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

«La aceptación debe verificarse en términos *expresos:* la presencia sola del donante en el acto, no basta».

Démolombe (1):

«La aceptación es una condición esencial, de modo que su ausencia ó *imperfección* constituye una nulidad radical, que no sería susceptible de ser subsanada por ninguna confirmación tácita ó expresa del donante».

IV

Resumen

La donación se perfecciona con la aceptación expresa notificada al donante.

Desde el momento de la notificación está perfeccionada la donación, naciendo, por tanto, desde este instante el derecho del donatario y la obligación del donante.

V

Aplicaciones del principio que debe haber aceptación *notificada* al donante para que haya donación perfecta, son:

1.ª Que la aceptación no puede hacerse después de muerto el donante (art. 1415).

2.ª Que no pueden hacerla los herederos del donatario (artículo 1414).

3.ª Que la notificación no puede hacerse á los herederos del *donante*, aunque hubiese aceptado el donatario.

4.ª Que la notificación no pueden hacerla los herederos del donatario, si murió éste después de haber aceptado.

Lo 1.º y 2.º es claro, porque, muerta una de las partes, ya no puede haber la concurrencia de sus voluntades, que es indispensable para la existencia de toda donación, como ya hemos visto.

Esta manera de pensar está corroborada por la intención del

(1) *Cours de Code Civile*, par M. Démolombe, Paris, 1866, vol. XX, número 119.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Legislador. Sabemos que se suprimió la última parte del artículo 1412 del proyecto de Código presentado al Congreso, que decía: "... y se confirmará por su muerte, como las donaciones revocables»; y que se agregó al artículo 1415 un *no*, dando á entender así que pensaba de otro modo.

Creemos que aquella supresión y esta agregación se hicieron con el levantado propósito de uniformar la teoría de la donación; así como ha quedado no tiene excepción.

De paso, pensamos que los Tribunales llamados en alguna sentencia á solucionar esta cuestión, aplicarían el Código promulgado.

No sabemos si ya se ha ventilado la cuestión de si debe aplicarse el Código aprobado por el Congreso ó el promulgado.

Lo 3.º y 4.º, por las razones expuestas, es decir, porque en el momento de la notificación es cuando debe haber concurrencia de la voluntad del donante y donatario; puesto que hasta este instante, repetimos, pudo el donante revocar su oferta, dejando de haber donacion (art. 1412).

Tengamos presente que, muerto el donante antes que se le haya notificado la aceptación, los bienes ofrecidos forman parte de su patrimonio, de la herencia que transmite á sus herederos.

Cuarta circunstancia

Observancia de ciertas formalidades

I

Hemos hablado de las circunstancias esenciales de la donación entre vivos cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Tenemos que agregar una cuarta, para las donaciones de algunos bienes que deben sujetarse á ciertas formalidades, por cuyo motivo hemos considerado también á la donación como contrato solemne.

Se ha sometido á estas restricciones la libertad de disponer de nuestros bienes, porque se teme el abuso de esa libertad: una irreflexiva generosidad puede ser víctima de cálculos egoístas.

Estas formalidades son la escritura pública y la insinuación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por escritura pública deben hacerse las donaciones de los bienes raíces, las á plazo ó bajo condición (art. 1403), las onerosas, las á título universal, que exigen inventario además, y las remuneratorias.

Deberá llenarse este requisito también con toda donación que exceda de dos mil pesos, expresándose en dinero el valor de los bienes donados, bajo pena de nulidad de la donación en el exceso de los dos mil pesos, caso que no se cumpla con él; pero el donante no podrá revocarla por falta de estos requisitos si el donatario exigiese que se llenen.

"Se podrá omitir el otorgamiento de escritura pública, respecto de estas últimas donaciones, si se justificare al tiempo de la insinuación el pago del impuesto". (Art. 15 de la ley de 28 de noviembre de 1878).

El artículo 1400 exige, fuera de la escritura pública, la inscripción. Exigencia es esta que no debió hacerse para que hubiera armonía y unidad en la teoría de las donaciones, y quedara arreglada á derecho.

Nuestro Código ha debido considerar, en todo caso, la donación como justo título, y dejar á la inscripción haciendo el papel que le corresponde, de modo de adquirir.

La inscripción, aunque la hubiera exigido, habría sido necesaria para la tradición del dominio y demás derechos reales donados, constituídos sobre inmuebles, excepto la servidumbre.

Es un defecto del artículo 1400 citado; sin embargo, lo vemos aplicado estrictamente en la sentencia número 1917, página 938 del año 1874, que declaró sin valor una donación porque no había sido inscrita la escritura pública de donación.

Quiénes piensan que basta la escritura pública sin inscribirla para la validez de las donaciones de que hablamos, porque son válidas las donaciones de futuro. (Art. 1417).

Caso que se hubiese hecho una donación de bienes raíces ó derechos reales constituídos en ellos, por escritura pública, sin haber inscrito ésta, podría obligarse al donante á inscribirla, pues se le puede obligar á entregar.

Deben solicitar la inscripción el donante y donatario, porque para verificar la tradición deben concurrir el tradente y el adquirente. (Arts. 671, 690 y 695).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

II

Insinuación

La otra formalidad es la autorización del juez del lugar donde se hace la donación, solicitada por el donante ó donatario, formalidad á que deben someterse las donaciones que exceden de dos mil pesos para que tengan efecto en el exceso.

Exceptúanse:

1.º Las donaciones entre cónyuges hechas con los requisitos debidos en las capitulaciones matrimoniales. (Arts. 1406 y 1716 del Código Civil).

2.º Las donaciones con causa onerosa cuando ésta es un gravamen pecuniario ó que puede apreciarse en una suma determinada de dinero; á menos que, descontando el gravamen, excedan de dos mil pesos. (Art. 1405).

3.º Las remuneratorias, salvo cuando exceden en dos mil pesos al valor de los servicios remunerados. (Art. 1434).

DAVID TORO MELO

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

Á fin de estimular la conclusión de los pleitos ó la terminación de los recursos, creemos que debe reaccionarse contra el actual sistema de obligar á pagar costas al desistido. El desistimiento es un beneficio para el que lo efectúa y para su colitigante; significa un ahorro de tiempo, dinero y paciencia, para ambas partes; por tanto, no debe gravarse con costas al que se desiste; al contrario, debe librársele de tal gravamen para propender á esta medida.

Propondríamos un nuevo artículo que consignara esta reforma.

"ART. 143, *a.* — Al que se desiste no se le impondrá la obligación de pagar costas".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TÍTULO XIX.—Del abandono de la instancia

En este título se trata del abandono *del procedimiento*, de la terminación de los trámites hechos. En él se dejan intactas las acciones y las excepciones, se puede interponer de nuevo aquellas ó éstas sin más pérdida que los trámites.

Ni en éste ni en ningún otro título especial nos habla el Proyecto del *recurso de deserción*, de que hacen mención las leyes 23, título 22, Partida 3.ª, y 3, título 20, libro 11 de la Novísima Recopilación; tampoco nos dice una palabra de la *prescripción* de los recursos de alzada, estatuída en la ley 29, título 7, libro 4 de la Novísima Recopilación.

Ambos medios tienden á dejar sin efecto ó una apelación ó una nulidad; y por ende, á que la sentencia en que ellas inciden quede firme y valedera.

En ambos recursos, en la deserción y en la prescripción, se extingue el derecho ó la acción de seguir adelante la apelación ó la nulidad deducida; no queda subsistente nada del derecho ni de los trámites. Sucede al revés de lo que pasa con el abandono del procedimiento.

La ley actual da los medios de declarar el abandono de los recursos de apelación y de nulidad: esos medios son la deserción y la prescripción.

La deserción tiene lugar en dos casos: 1.º, cuando no comparece el apelante en el emplazamiento; y 2.º, cuando habiendo comparecido, no expresa agravios.

La prescripción tiene lugar en un solo caso: cuando transcurre un año desde que se apeló.

En la actualidad no existe el recurso de deserción en los juicios de menos de mil pesos ó que se rigen por la ley de 15 de octubre de 1856: en los demás casos existe. En materia criminal existe sólo en las causas entre partes; no existe en los demás casos.

En los juicios en que no existe el recurso de deserción, el tribunal agita de oficio la causa; y por lo tanto, no puede existir jamás en ellos la prescripción.

Como la deserción ó la prescripción tienden á que el tribunal

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

superior no revea el juicio apelado ó dicho de nulidad, y se pronuncie sobre el punto apelado ó reclamado por nulo; y como eso, en vez de ser un beneficio para la justicia ó para que triunfe la verdad, es más bien un obstáculo para que ella se manifieste; además, como dichos recursos complican la tramitación en vez de hacer más sencillo el procedimiento, pensamos que deben hacerse desaparecer de nuestra legislación tanto la deserción como la prescripción de los recursos de segunda instancia. En efecto, los suprimimos.

Llegado un proceso al tribunal de alzada, se le dará una tramitación brevísima, ocurran ó no las partes, y el tribunal sentenciará. No hay posibilidad de dar cabida á dichos recursos.

Queda subsistente sólo el abandono del procedimiento, que lo limitaremos á los casos de primera instancia; aunque nuestra opinión es por que se suprima todo el título y se deje á un lado el sistema del abandono.

El no satisface ninguna necesidad actual, ni corrige ninguna corruptela, ni evita ningún mal. Al contrario, trae perjuicios á los litigantes y en especial á los pobres. El interés público ó la sociedad también se daña con tal sistema.

En efecto, si alguno no puede seguir adelante su juicio por faltas de recursos, por enfermedad ú otra causa, se le hace perder todos los trámites evacuados. ¿Con qué fin? Para tener que practicarlos de nuevo si inicia la misma cuestión, para dar los mismos pasos que se declaran sin valor jurídico por el abandono del procedimiento, para volver por el mismo camino abandonado.

Sin necesidad del abandono, el proceso podría estar archivado. En tal situación no perjudicaría á nadie. Y si á alguna de las partes no le agradara tal archivamiento, agitaría el juicio. Esto es todo.

Con hacer perder unos trámites y con volverlos á repetir por segunda vez, no se sirve el interés público; la sociedad no se beneficia con la renovación de estas contiendas ó batallas judiciales, que mantienen á sus miembros en un estado continuo de guerra judicial.

En vez de concluir con los trámites existentes, debería propenderse á utilizarlos. Así no se beneficiaría la mala fe, se aho-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rraría mucho camino y no se desperdiciaría lo que tal vez ha costado muchos sacrificios, mucho tiempo y mucho dinero.

Hay también otra consideración que abona la supresión del título, y es que el Proyecto con la disposición del artículo 146 hace ilusorio el abandono y lo reduce en sus efectos á un algo que no vale la pena de consignarlo en un Código; porque según ese artículo, basta cualquiera gestión para hacer revivir el proceso; con presentarse de año en año, el abandono no llega jamás, porque se interrumpe el tiempo para que llegue.

Al sistema que criticamos, no le vemos otro alcance práctico que llevar á los archivos una cantidad de papeles para pasto de bichos y sin valor el que menor.

Principiemos el análisis del presente título, por si los legisladores optasen por su subsistencia. El epígrafe sería: *Abandono.*

"ART. 144. La instancia se entiende abandonada cuando todas las partes que figuran en el juicio han dejado de obrar en él durante un año.

"Este término comienza á contarse desde la fecha de la última providencia librada en el juicio".

En este artículo debe decirse "procedimiento" en donde dice "instancia", "entenderá" en lugar de "entiende", "proceder" en vez de "obra", "diligencia practicada" en lugar de "providencia librada" y "correr" en vez de "contarse", porque así es más correcto.

"Instancia" es, según Escriche, "el ejercicio de las acciones en juicio desde la contestación de la demanda hasta la sentencia definitiva"; también es la *súplica, petición, solicitud.* Fuera del foro denota *urgencia,* prontitud, repetición. Luego, no es adecuado el uso de esta voz en el artículo analizado.

El abandono proviene de cierta omisión de las partes; en él no tiene el juez participación alguna. Por consiguiente, para contar el tiempo del abandono, que en el artículo es de un año, deben tomarse como punto de partida los actos de los litigantes y no los del juez: una providencia es un acto del juez, una diligencia cualquiera es acto en que interviene un litigante. De lo expuesto se deduce que el término para el abandono principiará á correr desde la última diligencia practicada por una ó las dos partes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El tiempo *corre*, pero *no se cuenta* á sí mismo. Los seres humanos cuentan el tiempo. Esto explica el uso de *correr* en la reforma.

Debe suprimirse "todas", modificativo de "partes", y la proposición "que figuran en el juicio", también modificación de "partes", y la proposición "que figuran en el juicio", también modificación de "partes"; porque son redundantes, su falta no menoscaba el sentido legal de la frase; pues no hay partes que no figuren en juicio, toda parte tiene que figurar en él necesariamente.

En vez de *un año*, como término de este artículo, diríamos *tres años:* 1.º, porque así se guardaría uniformidad con la disposición del número 2.º del artículo 2503 del Código Civil, habría congruencia entre los distintos Códigos en un punto relacionado y que tiene un pie en uno y otro en otro Código; y 2.º, porque con el plazo de tres años se daría al abandono una utilidad práctica mediocre, y se le quitarían en mucho sus malos efectos.

En vista de lo expuesto se redactaría así el

"ART. 144. El procedimiento se entenderá abandonado cuando las partes han dejado de proceder en el juicio durante tres años, contados desde la fecha de la última diligencia practicada en él.

"ART. 145. El abandono de la instancia no extingue las acciones ni las excepciones de las partes, sino sólo el procedimiento abandonado, del cual no podrá hacerse uso en el nuevo ejercicio de las acciones ó excepciones".

En vez de "instancia" debe decirse "procedimiento"; en lugar de "extingue", "extinguirá".

Suprimimos la voz "abandonado", porque lo extinguido es el procedimiento, sin calificativo alguno; y por redundante el complemento "de las partes", porque las acciones y las excepciones *sólo* son de las partes y no de terceros. También se hacen otros cambios.

Podría redactarse así el

"ART. 145. El abandono del procedimiento no extinguirá las acciones ni las excepciones, sino el procedimiento mismo, del cual no podrá hacerse uso en el nuevo ejercicio de ellas".

"ART. 146. La extinción de la instancia por abandono no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiene efecto sino en virtud de la resolución del tribunal que declare dicha extinción á solicitud de parte.

"Cualquiera gestión hecha en el juicio antes de que se solicite la declaración, hace revivir el procedimiento".

En vez de "instancia" diremos "procedimiento". Usaremos la voz *interrumpir* para conformarnos á la terminología del Código Civil. Los requisitos para que haya abandono, fuera de los ya dichos, son *petición* de parte y *declaración* de juez. Como el abandono sólo tiene lugar en primera instancia, y como en ésta puede intervenir ó un juez ó una Corte, conservaremos la voz "tribunal".

Conservamos la forma prohibitiva del inciso 1.º por la sanción que le da el artículo 10 del Código Civil.

Redactaríamos en esta forma el

"ART. 146. La extinción del procedimiento no tendrá lugar sino en virtud de declaración expresa del tribunal, hecha únicamente á petición de parte.

"Cualquiera gestión, hecha antes de esta petición, interrumpirá la extinción".

"ART. 147. La solicitud que se haga con el objeto de que se declare extinguida la instancia, se sujetará á la tramitación señalada para los incidentes".

Como en este artículo sólo se regla la tramitación de la solicitud de extinción, podría redactarse la idea de dicho artículo en la siguiente forma:

"ART. 147. La solicitud de extinción se tramitará como incidente".

"ART. 148. El procedimiento cuya extinción ha sido ya declarada por sentencia ejecutoria, se mirará como si no hubiera jamás existido.

"Lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 2503 del Código Civil".

Este artículo dice el efecto que produce la extinción definitivamente declarada.

El procedimiento no es el declarado, sino la extinción; por consiguiente la terminación masculina debe reemplazarse por la femenina y decir *declarada* en el artículo 148 y no *declarado*.

La salvedad del inciso 2.º del artículo 148 no tiene razón de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ser con el plazo de tres años, estatuído en el artículo 144 reformado; puesto que ese término, con el establecido en el artículo 2503 del Código Civil, guarda perfecta congruencia, coincide.

Si no se conserva el plazo de tres años, habría que mantener la excepción del inciso 2.º para no derogar la disposición civil citada.

Hay que consignar aquí la idea del archivamiento de los autos extinguidos, sea por la extinción del artículo 1480 por haberse cumplido la sentencia que los finalizó: se ordenará que tales autos pasen al estado de archivarse para evitar que día á día se esté practicando esta operación de archivar. En efecto, con este sistema ideado, se quitarían de los corrientes y quedarían en un otro lugar en disposición de enviarse al archivo en el tiempo de vacaciones, por ejemplo, que es el de expurgamiento y arreglo de las secretarías.

De un solo golpe se realizarían todos los archivamientos de un año; en ello habría economía.

En vista de lo dicho podría quedar así el

"ART. 148. El proceso, cuyo procedimiento se ha declarado extinguido por sentencia ejecutoria, se considerará no haber existido jamás.

"Este proceso y el extinguido por haberse cumplido su sentencia, pasarán desde luego al estado de archivarse".

TÍTULO XX.—De las sentencias

Este epígrafe no comprende toda la materia tratada en el título XX, deja fuera todo lo relacionado con los *decretos;* por lo tanto, debe agregarse una palabra que comprenda esa parte que queda fuera, y decir, suprimiendo el "de las": *Sentencias y Decretos.*

"ART. 149. Se llama sentencia toda resolución emanada de un tribunal, que recae sobre el asunto sometido á su conocimiento".

"ART. 150. Es sentencia definitiva la que pone término á la instancia resolviendo la cuestión que ha dado origen al juicio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Es interlocutoria la sentencia que se pronuncia en el discurso del juicio y recae sobre un incidente del mismo.

"Se llama providencia, proveído, auto ó decreto la resolución que, recayendo sobre un incidente, tiene sólo por objeto determar y arreglar la sustanciación del proceso".

La materia tratada en los artículos precedentes, *puede* y *debe* ser objeto de un solo artículo; por cuanto en el 1.º se define lo que es *sentencia*, y en el 2.º, *sus especies* y lo que es *decreto*. Por tanto, debe refundirse en uno sólo.

Entremos al examen particular de cada uno de ellos.

La definición dada en el 149 es la misma que don Bernardo Lira da en su *Prontuario de los Juicios*.

Don Joaquín Escriche, en su *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, dice: "Sentencia es la decisión legítima del juez sobre la causa controvertida en su tribunal".

La ley 1.ª, título 22, Partida 3.ª, define á sentencia y dice "*Juyzio* en romance tanto quiere dezir, como *sententia* en latin. E ciertamente juyzio es dicho, mandamiento que el judgador faga a alguna de las partes, en razon de pleyto que mueuen ante él".

En cada una de estas tres definiciones hay un fondo de verdad y mucho de bueno; pero son deficientes. Parece que las tres definen solamente la sentencia definitiva, mas no la interlocutoria. Por consiguiente, es necesario dar una definición general, que comprenda las dos clases de sentencias; de otro modo se cae en el mismo defecto de las arriba transcritas.

Siendo la *sentencia* un acto propio de la jurisdicción del juez, tiene que ser por necesidad un algo *emanado* de él. Además la circunstancia de ser emanado del juez, no es una peculiaridad exclusiva de toda sentencia, es también un algo propio é inherente de los decretos. Por consiguiente, en el artículo 149 debe suprimirse la voz "emanada", que no significa ningún requisito esencial y distintivo de lo que es sentencia.

Las frases "que recae" y "sometido á su conocimiento" no indican un elemento distintivo de lo que es sentencia, ni un algo peculiar de ellas; las ideas que denotan son también propias de los decretos.

Tanto aquella palabra como estas frases, no hacen falta, son

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

supérfluas, están demás, deberían suprimirse. Su no existencia no se notaría.

En lugar de "se llama" y "tribunal" hay que poner "es" y "juez". Este reemplazo está ya explicado más atrás.

Lo esencial de toda sentencia es que *decide;* no hay sentencia que no *resuelva* algo.

En la definición que hemos de dar de *sentencia*, se comprenderán sus dos clases; por consiguiente, los incisos del artículo 150, que definen esas especies, pasarán á ser incisos del 149.

En el inciso 1.º del 150 se pone un *elemento esencial* de toda sentencia definitiva, el *resolver la cuestión* que ha dado origen al juicio; también se pone un *efecto* producido por ese mismo elemento, el *poner fin á la instancia.* El efecto de *resolver* es poner fin á la instancia, poner fin á la cuestión con que principió el juicio. No se confunda la *causa* de un juicio ó *su origen* con el *principio* de un juicio ó la *demanda.*

La causa de un juicio puede ser la malquerencia con un individuo ú otro motivo. Sobre este punto nada resuelve la sentencia.

La instancia son *los grados* por los cuales suele pasar un juicio. Así se dice primera *instancia* ó primer grado, aquel en que el juez recibe la demanda, la tramita y resuelve ó falla; segunda *instancia* ó segundo grado, aquel en que otro juez *revé el fallo* de primera instancia para revocarlo, confirmarlo ó enmendarlo.

Más adelante hemos dicho, artículo 1.º reformado, que "*Juicio* es toda cuestión principal, que se presenta á un juez, quien dirige sus trámites y la resuelve".

Lo que resuelve la sentencia, es el juicio, ó lo que constituye el mismo juicio, la *cuestión principal*, presentada á un juez y tramitada.

La frase "que ha dado origen al juicio," es inexacta y ambigua, no exprime con fidelidad el pensamiento, no es conveniente usarla.

Sentencia definitiva es tanto la que se pronuncia en primera instancia, como la que se da en segunda instancia. Por consiguiente, tanto el *resolver* el juicio, como el *poner fin á la instan-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cia, son un elemento característico y peculiar de toda sentencia definitiva.

En el Proyecto se pone primero el efecto, y segundo la causa. Nosotros invertimos este orden y ponemos primero la causa y segundo el efecto de esa causa. Tampoco emplearemos el gerundio "resolviendo" sino un verbo que denote la acción positiva de lo que constituye una sentencia.

En el inciso segundo del artículo 150 se enumeran dos caracteres de una sentencia interlocutoria: el pronunciarse durante el juicio y el recaer en un incidente. Los decretos también se pronuncian durante el juicio; por consiguiente, esta circunstancia de pronunciarse en el discurso del juicio no es un distintivo esencial de las sentencias interlocutorias. Debemos quitar ese elemento, que es aplicable también á los decretos, y no mencionarlo en la definición de sentencia interlocutoria.

El segundo elemento de la definición del Proyecto, es el recaer sobre un incidente.

"*Recaer*" es "volver á caer, caer por segunda ó repetidas veces"... "*Caer*" es "venir á tierra, ir á parar en ó sobre, dar en tierra" etc.

El Proyecto da á "recaer" un significado que no tiene en el Diccionario Clásico de Domínguez, ni en el de la Real Academia Española. Evidentemente, usa dicha voz metafóricamente, y en el sentido de *pronunciar, dar*, uso que no es castizo ni español autorizado. En lugar de *recae* debería decirse *se da*, si hubiera de conservarse el artículo del Proyecto.

La ley 2.ª, título 22, Partida 3.ª, usa el verbo *dar* en la definición de *juicio interlocutorio.*

Pasemos al examen del inciso 3.º En él se hace á *auto* sinónimo de decreto. En el foro la voz *auto* significa indistintamente *sentencia* ó *decreto*..

Este uso general se observa tanto en los autores peninsulares como en los americanos. Así se dice auto definitivo por sentencia definitiva, auto interlocutorio por sentencia interlocutoria, auto por cualquier decreto. En el foro chileno es general y frecuente el hacer á la voz *auto* sinónima de *sentencia;* pero no se usa comunmente como equivalente de la voz *decreto.*

Nosotros, conformándonos con esta práctica, daremos á *auto*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el significado de sentencia y nó el de decreto, y quitaremos esa voz del inciso 3.º.

La voz "providencia" está legalmente definida en el artículo 85 de la ley de Tribunales; su inciso 2.º dice: "Se entienden por *providencias* de mera sustanciación, las que tienen por objeto dar curso progresivo á los autos, sin decidir ni prejuzgar ninguna cuestión debatida entre partes".

Esta diferencia da á entender que hay, fuera de las providencias definidas, otra clase no definida; ella no es tan correcta que se pueda dejar pasar sin observaciones; pero, desde que es ley vigente, su análisis sería infructuoso, porque no se enmendaría.

En mérito de lo expuesto podrían expresarse las ideas definidas en los artículos 149 y 150 en la forma que sigue:

"ART. 149. *Sentencia* es lo que decide ó resuelve en un juicio.

"Sentencia *definitiva* es la que resuelve el juicio y pone fin á la instancia.

"Sentencia *interlocutoria* es la que resuelve un incidente.

"*Decreto, proveído* ó *providencia* es lo que no decide".

Este artículo es un todo, en que se definen el *género* y *las especies*. En cada definición va la *esencia característica* de lo definido, todo, emanación del Poder Judicial.

Si los decretos fueran lo que dice el proyecto, tendríamos también que muchas sentencias interlocutorias tendrían el mismo objeto que los decretos, determinar la sustanciación del proceso. En muchos casos se forma incidente sobre este punto, y la resolución que recayera en él, terminaría la sustanciación; y si estaba desarreglada, la arreglaría. Según esto, no se puede asignar á los decretos el objeto ese del proyecto, de determinar y arreglar la sustanciación. Los decretos nada determinan, nada deciden: esta es su esencia.

Habríamos deseado ver en la ley la práctica que hace á la voz *auto* exclusivamente equivalente á sentencia interlocutoria. Así tendríamos *sentencia* en los juicios, *auto* en los incidentes. *decreto* en la tramitación; una palabra para cada negocio.

En un juicio hay *dos* órdenes generales de negocios como se manifiesta la voluntad soberana del Poder Judicial, ó decidien-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

do, ó tramitando: lo que no decide, es trámite; lo que tramita, no es decisión. Lo que decide, pertenece al *orden* de las sentencias; lo que no decide ó que tramita, corresponde al *orden* de los decretos.

"ART. 151. Puesto el proceso en estado de sentencia, podrán los tribunales para mejor proveer:

"1.º Decretar que se agregue á él cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.

"2.º Exigir confesión judicial á cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados;

"3.º Practicar una inspección personal ó pedir el dictamen de peritos, siempre que reputen necesaria aquella ó esta diligencia.

"4.º Hacer comparecer á los testigos que hubieren declarado en el juicio para que aclaren ó expliquen sus dichos oscuros ó contradictorios;

"5.º Hacer traer á la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito".

Este artículo del Proyecto es copia casi exacta del artículo 48 de la Ley Española; sólo tiene de más el número 4 y la fijación de la época en que el magistrado puede ejercer las funciones que él le encomienda.

La ley 11, título 4.º, Partida 3.ª contiene en el fondo la misma materia que el artículo 151.

Conviene esclarecer de una manera cierta el punto de cuándo un juicio *está en estado de sentencia;* porque este punto es la base de donde arrancan las facultades que el artículo 151 otorga á los jueces. En el Proyecto no se halla legislado este particular; nosotros lo consignaremos en un inciso especial.

Algunos creen que un juicio está en estado de sentencia cuando se pone el decreto *de citación* para ella; otros piensan que lo está cuando ese decreto se *notifica* á todas las partes.

Nosotros opinamos de esta última manera, porque cuando se pone el decreto, el juicio está únicamente en estado de citación para sentencia; y sólo cuando ese decreto se notifica á todas las partes, entonces el juicio está en estado de sentenciarlo.

La primera medida que un juez puede tomar, según el artícu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lo 151, es decretar que se agregue un documento que crea conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes. Los términos de esta regla son vagos. Si el documento esclarece el derecho de los litigantes, pero no el derecho debatido ó en litigio; si se esclarece el derecho debatido, pero no influye en el resultado final de la cuestión principal; ó si dado que aclare y que influya, pero versa sobre un hecho ya probado en el proceso por otros medios ¿habría conveniencia en que se diera al juez el poder para hacer agregar tal documento? Creemos que no la hay; porque con la agregación no se alcanzaría *el fin* que persigue la ley con tal agregación, que *es buscar la verdad,* por cuanto la verdad *ya estaba probada* en autos *por otros medios:* además, con la agregación en las condiciones narradas *se gravaría* á las partes *con los gastos* y *molestias* que ella originaría, así como *con la demora* consiguiente á la tal agregación, la que retardaría el fallo del juicio.

Los inconvenientes que encontramos en la primera regla analizada, existen también en las cuatro restantes del artículo 151.

La vaguedad de los términos en que están expresadas las cinco reglas del artículo citado, hace ver muy enorme la facultad *discrecional* con que se reviste al Poder Judicial por este artículo.

En la redacción que propongamos hay que salvar esos inconvenientes y evitar esa vaguedad.

En reemplazo del artículo del proyecto proponemos el siguiente:

"ART. 151. Notificadas las partes de la citación para sentencia definitiva, el juicio quedará en estado de sentencia.

"Cuando esté en este estado, y únicamente para averiguar la verdad de hechos debatidos, improbados y que influyan en el resultado final del juicio, el juez podrá decretar para mejor resolver:

"1.° Comparendos para oír á las partes;

"2.° Comparecencia de ellas para hacerles preguntas, sin ó con juramento, dándolas por contestadas en su rebeldía;

"3.° Inspección personal del juez, ó reconocimiento de un hecho material por dos ministros de fe asociados;

"4.° Dictamen pericial;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"5.º Comparecencia de los testigos examinados, para que aclaren sus dichos oscuros ó expliquen los contradictorios, ó de los testigos omitidos en el examen ó mal interrogados, para que se les interrogue conforme á la ley;

"6.º Agregación de documentos en copia;

"7.º Traída á su estudio, del proceso que se relaciona con el pleito por fallar".

Con la anterior redacción quitamos la *excesiva amplitud* y *ambigüedad* del artículo 151 del proyecto, y comprendemos *todos los medios* que un juez puede adoptar *para llegar* al esclarecimiento de *la verdad* de lo que se litiga, que es el *fin capital* de una buena administración de justicia.

Sólo en tres casos es lícito al juez tomar alguno ó algunos de los *siete medios* que narramos en la redacción reformada; fuera de ellos, tomados en colectividad, no puede tomar ninguno: 1.º, cuando el hecho entra en el debate jurídico del juicio por resolver; porque, cuando no existe en la demanda ó incorporado en ella, es inútil probarlo; 2.º, cuando ese hecho debatido no está probado en el proceso; porque cuando lo está, toda medida posterior es redundante y no nos trae ninguna luz ni beneficio; 3.º, cuando el hecho debatido é improbado, una vez probado, haga variar el resultado final del juicio, es decir, que con el hecho tal, probado, la sentencia sería en un sentido; y con ese mismo hecho improbado sería en otro sentido. Cuando esto ocurre, el hecho influye en el resultado final, es decisivo en la forma de la sentencia. La razón de este punto es que, cuando no influye ó no hace variar el fallo, de nada sirve ni á nada conduce el probar ese hecho. Entonces ese hecho es ineficaz; no tiene influencia, peso, autoridad; no ejerce acción ni produce cambio; es *indiferente*.

Los tres caracteres del *hecho, debatido, improbado, é influyente*, deben coexistir en conjunto; y si falta uno, es como si no existiese ninguno.

Sólo para averiguar la efectividad de tal hecho, es permitido al juez tomar alguna de las *siete medidas* para las que se le faculta en el artículo 151 reformado. Ese hecho de tres caracteres es la *base* de la facultad del juez. Esa base no existe en el proyecto, y sólo á medias y completamente ineficaz aparecen insi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nuados los caracteres en el número 2.º del proyecto, relacionándolos con él.

Dejar subsistente el artículo 151 analizado es dar al juez una arma terrible y enormísima, con la cual pueda molestar y perjudicar á sus enemigos, sobre todo en tiempos electorales.

El inciso 1.º de dicho artículo dice "podrán los tribunales". Esta forma plural parece significar que sólo en colectividad pueden ellos ejercer la facultad del citado artículo, cuando lo que se quiere y debe denotar es que *cada juez* puede ejercer tal poder.

Para guardar conformidad entre lo que se quiere mandar y la forma como se expresa ese mandato, debe usarse el singular y decir, como decimos en el inciso 2.º de la reforma, "el juez podrá" en vez de "podrán los tribunales". El reemplazo de "juez" en lugar de "tribunal" está ya explicado.

El mismo inciso 1.º del Proyecto dice "sentencia" sin determinar el sentido general de esta palabra; por cuanto con ella se significan *dos especies*, definidas en el artículo 149 reformado. Como la ley no distingue, no le es lícito al hombre distinguir; porque, si distinguiese, limitaría ó restringiría el sentido general de la ley, haciéndolo alcanzar sólo á uno de los miembros de la distinción. Por consiguiente, con la voz "sentencia" se comprende la definitiva y la interlocutoria. En ambos casos, el Proyecto da al juez la facultad de *proceder de oficio* y *discrecionalmente*, como lo consigna el artículo 151.

Nosotros limitamos esa amplitud y circunscribimos esa facultad en la reforma al *solo caso de sentencia definitiva*, único en el cual la conceden los autores del derecho y en que hay conveniencia práctica.

El Proyecto no distingue, porque usa un término *genérico;* nosotros distinguimos, y usamos uno *específico*, "sentencia definitiva", en el inciso 1.º de la reforma.

Después el Proyecto dice "para mejor proveer"; este complemento es impropio.

"Proveer" en el foro es "despachar, dar un auto ó una resolución"; por esta circunstancia y por principiar estos decretos con las palabras sacramentales "para mejor proveer" se llamó y se llama, en España y América, "*decretos para mejor proveer*" á los referidos proveídos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En este sentido, ó como *nombre* dado ó designación puesta á tales decretos, el Proyecto no emplea tal complemento. Si no lo usa como *nombre*, tampoco lo emplea como *significación* neta de lo que suenan las palabras.

En efecto, el artículo 150 del Proyecto define á *proveído*, cuyo origen es proveer. Teniendo presente tal definición, el uso de *proveer* en el artículo 151 es impropio; porque el juez no decreta para dar providencias ó proveídos, sino con el fin de dar *mejor sentencia*.

El objeto de los decretos del artículo 151, no es dar providencia alguna, no es proveer, sino sentenciar, "resolver", por consiguiente debe ponerse "resolver" en vez de "proveer". Así la redacción reformada está más en armonía *con el objeto* que persigue el decreto y *lo que* el juez va á hacer en seguida.

La materia del artículo 151 del Proyecto está dicha en desorden y sin lógica. Así por ejemplo, el primer medio probatorio del Proyecto es *documental;* no sigue con esta misma clase de medios; salta y llega al 5.°, *traer autos*, que también es medio *documental*. El 2.° es *confesión* de parte. El 4.° es *testimonial;* también *lo es* la 2.ª parte del número 3.°, *la valorización* y la 1.ª parte, la inspección.

En la reforma se han juntado todos los medios de la misma naturaleza y se ha puesto: 1.°, lo *confesional* bajo los números 1.° y 2.°; 2.°, lo *testimonial* bajo los números 3.°, 4.° y 5.°; 3.°, lo *documental* ó instrumental bajo los números 6.° y 7.°

Descendamos al examen en detalle.

En el número 1.° del Proyecto se habla de *agregar documentos* sin decir si éstos van originales ó en copia. Conviene restringir esta generalidad y circunscribir el caso á la agregacion en copia. Esto en cuanto á la facultad del juez. En cuanto á las partes, ellas quedan en libertad de agregar lo que les sea más fácil y económico. La agregación de instrumentos originales iría en muchos casos en contra del mandato de ley expresa y en contra del interés de las partes y de terceros; traería dificultades, tropiezos y molestias, é impondría gastos y pérdida de tiempo, paciencia y dinero. La agregación en copia obvia estos inconvenientes. Por eso, la facultad general del Proyecto se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

circunscribe en la reforma al solo caso de la agregación en copia.

En el número 6.º de la reforma no se dice: "sin perjuicio de poder la parte agregar los originales"; porque no hay necesidad de tal salvedad para que el derecho individual se conserve, desde que esa disposición de la reforma sólo limita el derecho judicial ó del funcionario y no el derecho general de las partes; se refiere á una facultad del juez.

El Proyecto dice también en el número 1.º cuál es *el fin* de la agregación, á saber, "esclarecer el *derecho* de los litigantes". Pero esto no es exacto; porque lo que *se pone claro* son los *hechos* debatidos y nada más. Nada importa que el esclarecimiento de tales ó cuales hechos dé por resultado el poner claro, ó la acción, ó la excepción, deducidas en el juicio, y que esto último deje en limpio el derecho de uno de los litigantes, y *nó* el de los dos, como lo deja comprender la redacción del Proyecto cuando dice: "el derecho de los litigantes".

Nosotros expresamos no sólo el *fin* de la agregación, sino el *fin* de los siete medios de la reforma, y decimos que ese *fin general* es averiguar la verdad de los hechos que individualiza el inciso 2.º

En el número 2.º del Proyecto se dice "de influencia en la cuestión". ¿En qué *cuestión?* ¿en la principal ó en la incidental? ¿en la debatida ó en otra? No lo determina el Proyecto. Hay que restringir ese sentido tan general, no idealizar ni hacer tan abstracta la disposición legal, limitarla y traerla á lo positivo, á lo material. La influencia se *ejerce* en la sentencia, y por consecuencia, en la cuestión que constituye el juicio.

De nada serviría que un litigante confesara hechos que influyan y que no resulten probados, si tales hechos no entran en el debate judicial, si no han sido materia del juicio por fallarse. Y en vano daríamos á un juez la facultad de excursionar en un campo ajeno al punto en litigio.

El número 3.º dice "practicar una *inspección*". ¿En qué juicio? ¿sobre qué puntos? *Una* ¿y por qué nó *dos* ó *más* inspecciones?

Lo mismo es aplicable á la facultad de pedir dictamen, consignada en dicho número.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La facultad general de los números 4.º y 5.º no tiene más limitación que la que le dan esos números, limitación vaga é ineficaz.

En el número 5.º se dice «traer á la vista»; en la reforma se dice «traer al estudio», lo primero es algo ficticio, de otra época, el efectó de «traer al estudio»; lo último es lo positivo y cierto, lo que exprime lo que sucede, *la causa* de aquel efecto.

Esta facultad tan general que otorga el Proyecto, sería un azote terrible en manos de un funcionario poco escrupuloso ó politiquero; dañaría los intereses que la ley procura cautelar. Por eso, la restringimos en la reforma á lo indispensable, y la reducimos á puntos tales, que sea nada menos que imposible tornarse en abusiva.

En el número 1.º de la reforma se establece el medio de *oír* á las partes en comparendos; en él ellas pueden interrogarse, esclarecer los hechos indispensables ó ponerse de acuerdo. El papel del juez es *pasivo*. Todo es propio de la iniciativa de las partes. Este medio no está consignado en el Proyecto.

En el número 2.º el papel del juez es esencialmente *activo;* puede interrogar con ó sin juramento, en ó fuera de comparendos, en cualesquiera forma y situación. La confesión sin juramento tampoco está consignada en el Proyecto. Este medio y el número 1.º se diferencian de la confesión judicial en la solemnidad, en el juramento.

El número 3.º se habla de *inspección* y *reconocimiento*. Este último medio, que no consigna el Proyecto, puede ponerse en práctica, ó cuando se quiere dejar constancia en autos de los hechos materiales, objeto de la inspección, á fin de que no ocurra *el caso de recusación* del número 10 del artículo 250 de la ley de Tribunales, pronunciándose el juez antes de fallar; ó cuando no puede tener lugar la inspección del juez por hechos independientes de su voluntad; también en el caso de cotejo de firma, aunque bien pudiera comprenderse este caso en el de operación pericial.

En el número 4.º comprendemos todos los casos en que el juez tenga necesidad de *oír á un perito* ó á un práctico, con el objeto de saber el precio de una cosa, el valor del hecho litigado, ó bien, conocer alguna circunstancia ó calidad de algo que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

requiere el conocimiento especial de los hombres de profesión, ciencia ó arte. Los informes, tasaciones, traducciones y demás operaciones periciales están designados con la voz "dictamen".

En el número 5.º se trata de la *prueba de testigos;* sea que éstos hayan sido *examinados*, ó que, habiéndolo sido por un interrogatorio, en donde nada hay dudoso ni contradictorio, no lo hayan sido por otro; ó bien hayan comparecido, pero no hayan sido examinados en ningún punto, ó no estén contrainterrogados como está decretado. En la reforma se comprenden tres clases de testigos: 1.º, los *bien* examinados; 2.º, los *mal* examinados, y 3.º, los omitidos ó no examinados. Hay que llenar tres fines: 1.º, para aclarar lo dudoso ó explicar lo contradictorio; 2.º, para examinar lo no examinado por culpa de funcionario; 3.º, para examinar bien lo que sólo está conforme á lo decretado ó á la ley. En los dos primeros casos hay *mal* examen, en el último hay *omisión* de examen.

Los números 6.º y 7.º tratan de *prueba instrumental, preexistente.*

Concluído el análisis del artículo 151, trataremos de la *omisión* del Proyecto.

El artículo 159 de la ley de Tribunales hace responsable á los jueces de toda *prevaricación* "con arreglo á lo establecido en el Código Penal".

El número 3.º de los artículos 224 y 225 de este Código consigna un caso de prevaricación, *el retardo de la administración de justicia;* pero no dice cuándo esa administración se considere *retardada.*

Además, el artículo final de la ley de Tribunales *deroga*, "aun en la parte que no fueren contrarias á ella, *las preexistentes sobre todas las materias que en la misma se tratan*".

El Reglamento de Administración de Justicia, de 2 de junio de 1824, está derogado por este artículo final.

Dicho Reglamento fijaba *10 días* á los jueces letrados para dar sus sentencias definitivas, (art. 29), y á las Cortes, *15 días*, cuando la causa quedaba en acuerdo, y *50 días* cuando había *informe en derecho* (art. 61). En los demás casos no fijaba el plazo.

El artículo 41 de la Ley Ejecutiva de 8 de febrero de 1837, dice:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"En el *mismo día* de la vista... ó en los *dos* siguientes á más tardar, el juez pronunciará... *sentencia* de trance y remate".

El artículo 29 de la ley de 15 de octubre de 1856, para los juicios de más de 150 pesos y menos de 1,000 pesos, dice que los *incidentes* se fallarán el *mismo día* en que se oiga á las partes en comparendo.

El artículo 25 de la misma ley dice: "El juez deberá pronunciar sentencia en el término de *seis días*".

En vista de lo expuesto y de lo que dice la legislación patria sobre este particular, el capítulo de *acusación* á los jueces por *retardo en la administración de justicia*, es completamente ilusorio por la indeterminación de lo que constituye ese delito.

El artículo 102 de la Constitución vigente dice: "Los jueces son personalmente responsables por los crímenes de cohecho, falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso, y en general por toda prevaricación, ó torcida administración de justicia. La ley *determinará* los casos y el modo de hacer efectiva *esta responsabilidad*".

En virtud de tal disposición hay una necesidad constitucional para determinar el caso de retardo de administración de justicia; hay también una necesidad social que impone ese mismo arbitrio. El artículo transcrito ordena determinar cada caso de responsabilidad y hay que cumplir ese mandato.

Hay que fijar los plazos en que cada juez puede y debe dar sus fallos, teniendo en cuenta el recargo de trabajo existente en la generalidad de los casos, y previendo muchos casos de excepción, por que pasan y pueden pasar muchos juzgados y algunas Cortes.

Hemos examinado el sistema de los plazos *sucesivos* y el de los comprendidos unos en otros ó de los plazos *simultáneos;* y hemos hallado preferible este último, que es el que adoptaremos.

Los plazos que damos á los jueces están justificados por las necesidades del buen servicio y por la sustanciación breve que debe darse á los juicios. Ellos serán un azote para los jueces flojos y poco estudiosos, no precipitarán al magistrado á dar un fallo inconsulto, al contrario, lo invitarán al trabajo, que es virtud y ley de progreso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo que proponemos, diría así:

"ART. 151 *a.* En primera instancia se fallará el incidente de puro derecho dentro de *dos días;* cualquiera otro, dentro de *seis;* y en segunda instancia todo incidente, dentro de *diez días.*

"En primera y segunda instancia se fallará definitivamente el juicio de puro derecho dentro de *doce días;* y cualquiera otro, dentro de *veinte.*

"Si el proceso pasare de cien fojas, el juez tendrá, para dar sentencia definitiva, sobre los plazos precedentes, *seis días* más por cada cien fojas de exceso ó fracción de sesenta.

"En los juicios extraordinarios se reducirán á la *mitad* los plazos anteriores; y en los de menor cuantía se efectuará igual reducción, tratándose de sentencia definitiva.

"Cada uno de los términos otorgados para sentencia definitiva, podrá ser prorrogado, á petición fundada y pública del juez obligado, y por concesión improrrogable del superior respectivo, por un plazo que no exceda de *quince días.*

"Los plazos precedentes se contarán desde que terminen los trámites del incidente ó del juicio, sin menoscabo de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

"Si los jueces no fallaren en estos plazos, habrá retardo en la administración de justicia".

Los plazos que fijamos no pueden ser más equitativos y proporcionados, tanto para los juicios ordinarios, como para los extraordinarios, en primera como en segunda instancia. Y si se agotan estos plazos, queda el recurso de la prórroga, que puede ser de uno á quince días, según los casos.

Y no se diga que vendrán los fallos inconsultos. No vendrán; ya hemos visto en la práctica cómo se expiden los magistrados, cuando la ley los urge con los plazos fatales; ellos trabajan más, y no se retardan, ni dan malos fallos. Ahí están los asuntos electorales en las cuestiones de mayores contribuyentes. El trabajo los abrumaba; pero ningún juez dejó pasar el plazo y ninguno dió por lo común fallo inconsulto. La práctica abona nuestro sistema. Otras legislaciones tienen señalados plazos relativamente más cortos. Así, por ejemplo, en México se da tres días para la sentencia interlocutoria y ocho para la definitiva.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En Venezuela debe fallarse en el mismo día de la vista, y en los juicios difíciles puede el juez diferir su sentencia definitiva hasta por dos días.

Aunque el artículo 159 de la Ley de Tribunales consagra en su inciso 2.º la irresponsabilidad de la Corte Suprema, pensamos que el presente caso *de retardo* no está comprendido en dicho inciso; y por eso no consignamos la correspondiente excepción en el artículo 151 *a;* ni es útil consignarla.

"ART. 152. En toda sentencia se fijarán y resolverán separadamente las cuestiones de hecho y las de derecho que sea menester decidir para poner término á la contienda ó incidente.

"Las cuestiones de hecho se resolverán antes que las de derecho.

"Si hubiere varias cuestiones de hecho ó derecho, cada una de ellas será resuelta por separado.

"Se omitirá la resolución de las cuestiones de hecho ó de derecho que fueren incompatibles con las ya resueltas".

"ART. 153. Las cuestiones que sin tocar al fondo del asunto principal requieren por su naturaleza resolución previa, serán resueltas préviamente".

"ART. 154. Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso y no podrán extenderse á puntos que no hayan sido expresamente sometidos á juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden ó permitan á los tribunales proceder de oficio".

Hemos transcrito los tres artículos anteriores para dar orden en su colocación y orden en su forma respectiva.

La materia propia de ellos y de los artículos siguientes del Proyecto, es dar reglas: 1.º, *para fallar;* 2.º, para *acordar* el fallo; 3.º, para *redactar* dicho fallo; 4.º, para *conocer los efectos* de ese fallo.

En lo 1.º hay que determinar la materia ó *sustancia* de la sentencia, qué cosa es *lo que comprende* y dónde se debe ir á buscar *sus componentes* ó elementos sustanciales.

Lo 2.º abraza los *acuerdos* referentes á la sentencia ó á toda la materia comprendida en el número 1.º y á que se refiere el párrafo precedente. También comprende la *forma* como se to-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

man, y el *orden* en que se emiten sus componentes y en que ellos se toman. Es el *estudio, examen.*

En el número 3.º viene la *redacción* de la sentencia, su estilo ó *forma externa.*

Conforme con lo relacionado y manteniendo la lógica de las ideas emitidas, deberán colocarse en el orden siguiente: 1.º, los artículos 154, 152, 153, 163 y 164; 2.º, los artículos 155, 157, 158 y 159; 3.º, los artículos 156, 160, 161, 162, 165, 166, 167 y 168. Los examinaremos en el orden de enunciación precedente.

En el artículo 154, copiado más arriba y que corresponde al 166 del Proyecto primitivo, se habla, como puntos capitales, 1.º, de darse "las sentencias conforme al mérito del proceso"; 2.º, de no salirse (ellas) "de los puntos sometidos á juicio", y 3.º de "proceder los tribunales de oficio".

En la presente situación se trata de que el juez *dé una* sentencia y *del modo* como debe pronunciarla, no se trata de *muchas* sentencias; el singular es de rigurosa lógica y más propio que el plural.

Los preceptos legales deben individualizarse reduciendo sus términos á denotar la unidad, materia de su mandato. La unidad es aquí la sentencia. Debe desterrarse la forma plural ó las colectividades cuando se trata de una unidad de un sólo sér. En vez de "sentencias" del Proyecto se dirá "sentencia" en singular. Parece también de rigurosa lógica el uso de la forma activa de la proposición, para que aparezca el hombre dando la sentencia, no ésta dándose a sí misma, como parece significarse cuando se usa la forma pasiva del artículo 154 "se pronunciarán", "no podrán extenderse". El hombre es el autor de las sentencias; y nó la sentencia, autora de sí misma. Con la forma activa se impone una obligación al magistrado, con la pasiva se deja ver un algo inanimado que se genera á sí mismo.

La frase "conforme al mérito" es un poco oscura, vaga; requiere explicación por su excesiva nebulosidad; debe reemplazarse por otra más clara.

El proceso es la base fundamental de cada sentencia. En él hay que ver la verdad. La *discusión* es el campo que el juez debe recorrer para acopiar datos para su sentencia; de este terreno no puede salir, aunque sepa todo lo contrario y aunque

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vea que las partes se perjudican. La demanda y la contestación son los lugares donde el juez debe buscar la discusión. Recorridos éstos, debe ver cuáles hechos de los discutidos tienen los caracteres de *una verdad jurídica*; porque, si resultan probados otros hechos, fuera de los discutidos, nada valen; el juez no puede tomarlos en cuenta; son como si no existieran.

Tampoco deben tomarse en cuenta las *sutilezas* del derecho ó *la falta* de ciertas solemnidades que no acarrean el vicio de nulidad en el procedimiento.

Entran también en la materia del artículo 154 la *conformidad* que debe guardar la sentencia con la demanda; en efecto, si en ésta se pidiere un caballo, no se podría dar en aquélla una yegua. Sobre lo que se pide literalmente, sobre eso el juez debe resolver: nada más, ni nada menos.

La segunda parte del artículo 154 ordena negativamente lo mismo que en la primera parte había mandado en términos afirmativos. Repetición de preceptos sobre un mismo punto y ordenando lo mismo, debe evitarse. El precepto ó se vierte en forma afirmativa, ó se da en forma negativa, una de dos; pero no hay conveniencia en hacerlo en ámbas formas.

La frase "sometidos á juicio" nos suena mal, no le concedemos un significado correcto.

"Someter" es "poner algo debajo de algo, sujetar, dominar" "Juicio" ¿significaría en la frase proceso ó debate? Pero entonces, la preposición *á* sería *al* y la frase sería "sometidos al juicio, al debate, al proceso".

Así construída la frase, sería equivalente á "contenidos en el proceso"; pero tal significado no es legítimo.

Además, "sometido á juicio" se refiere á las personas y es sinónimo de "enjuiciado". Se dice de las cosas que "están en juicio", pero no "sometidas á juicio".

La expresión "á juicio" es muy genérica, debe restringirse su significación. No basta que un hecho conste en un juicio cualquiera; es preciso que conste en el proceso en el cual va á darse sentencia. Debe individualizarse esa frase, particularizarla.

Después de decir la segunda parte del artículo 154 que no se puede salir del proceso, viene la tercera parte, la excepción á esa regla general. Francamente no vemos qué contacto tiene la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

regla con la excepción: la regla se refiere á puntos contenidos en el proceso; la excepción á procedimiento de oficio. Ella no existe en el proyecto primitivo ni debe existir; porque no es excepción, pues no es un caso en que el juez pueda salir del proceso.

Además, la ley no puede mandar ni permitir lo que ella misma prohibe, á saber: que un juez introduzca al debate un punto ó un hecho que las partes no han colocado en la discusión, porque sería entrar en contradicción consigo misma.

Es verdad que el artículo 151 faculta al juez para de oficio traer pruebas al proceso, sobre hechos del juicio, y para inquirir la verdad de lo que se debatió en él; pero toda esa prueba, una vez producida, entra al proceso. La base de esa facultad *permisiva* del artículo 151 es que el hecho figure en el debate; si no figura, es ineficaz, y sin valor cuanto se haga referente á ese hecho.

Es también muy útil prohibir al juez que se excuse para dar sentencia en ningún caso. Este mandato prohibitivo lo expresaremos en un artículo por separado, ya que no existe en el Proyecto.

Podría redactarse así el

"ART. 154. El juez deberá dar sentencia con arreglo estricto á lo que esté expresamente debatido y plenamente probado en el proceso que va á fallar.

"Otorgará lo que se demande, en todo ó en parte, con ó sin modificación, si ello fuere conforme á la ley; ó lo negará en las mismas condiciones en el caso contrario".

"ART. 154 *a*. Un juez no podrá excusarse de dar sentencia alguna, so pretexto alguno".

El precepto prohibitivo no puede ser más general ni más comprensivo, ni reconoce ninguna limitación.

En el inciso 1.º del artículo 152 se dice: "se resolverán"... "las cuestiones que sea menester decidir" para "poner término"... Resolver, decidir, poner término, son expresiones que repiten inoficiosamente la misma idea.

Antes de sentenciar un juicio ó un incidente, hay que fijar ó determinar ciertas cuestiones; y después, *resolverlas*, ó *por todos los votos* y entonces hay unanimidad ó *acuerdo*, ó por *mayor*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

número de votos y entonces no hay acuerdo, sino *mayoría*. Estas operaciones arreglan el material de la sentencia, son la preparación de ella, una especie de borrador. Arreglada la resolución, viene la redacción de la sentencia.

"Decidir" se puede suprimir sin que haga falta. "Contienda" está en lugar de "juicio": debe ser reemplazada por dicha voz.

Si se conservase la redacción del Proyecto, debería ponerse "al juicio ó al incidente" en lugar de " á la contienda ó incidente", ó bien, suprimir la especificación.

El inciso 2.º manda una *anterioridad* entre las cuestiones de cierta especie ú orden; el 3.º establece cierta *separación* entre cuestión y cuestión de cada especie; el 4.º fija una *excepción* á la regla anterior. El artículo 153 ordena una *preferencia*.

Todas las cuestiones se dividen en dos grupos: primer grupo, las de hecho; segundo, las de derecho. Cada grupo puede tener una ó muchas cuestiones. Si hay muchas, se resuelve una á una; la que tenga preferencia, se falla primero que las demás de su grupo, y no se falla primero que las demás de su grupo, y no se falla en contraposición con la ya resuelta. Esto es todo, y podrían quedar en esta forma las anteriores ideas y el artículo 152 y 153 del proyecto, bajo el número 152.

"ART. 152. El juez fijará y resolverá separadamente, una por una, y con la debida anticipación: primero, las cuestiones de hecho y después las de derecho, que necesite para decidir".

"Omitirá resolver aquélla que fuere incompatible con otra resuelta de antemano".

En la reforma en las voces "*separadamente*", "*una por una*", "*primero y después*", están comprendidas las ideas de los incisos 2.º y 3.º del artículo 152. En el complemento "*con la debida anticipación*" está significada la "*resolución previa*" del artículo 153, y el "préviamente" del mismo artículo, con la siguiente ventaja.

Habla el dicho artículo de *sólo* las cuestiones que no tocan el fondo de la cuestión principal y que requieran resolución previa. Lo cual denota que tales cuestiones deben ser, por naturaleza, de derecho, no de hecho; por cuanto sólo las de derecho pueden referirse al fondo ó cuerpo del fallo.

En la reforma *lo previo*, lo preferente, se hace extensivo á lo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de derecho y á lo de hecho; basta que su naturaleza pida prelación, algo de previo, para que tenga que existir la resolución previa, en cuyo caso la anticipación es debida, indispensable. Por eso, en la reforma se dice "*con la debida anticipación*".

No hay necesidad de emplear la forma restrictiva del artículo 153. Es preferible la idea general de la reforma.

El complemento "*al fondo*" es acusativo; no debe llevar *al*, porque no significa persona ni cosa personificada.

El singular está empleado en lugar del plural que usa el artículo 152 y 153; porque así se dice todo con más verdad y lógica.

La proposición explicativa "que necesite para decidir" restringe el número de cuestiones de hecho y de derecho á lo preciso, para el acertado fallo; las innecesarias no se toman en cuenta.

La excepción consignada en el inciso 2.º de la reforma, se refiere á la *resolución*, no alcanza á la *fijación* de cuestiones.

Fijar y *resolver* dice el inciso 1.º, *resolver* dice el inciso 2.º El artículo 152 circunscribe á *resolver*, el precepto de los incisos 2.º y 3.º; no lo hace alcanzar á *fijar*. En la reforma se comprende el fijar y el resolver en todo caso. El precepto es más general en esta última, y guarda más armonía el todo con las partes.

Para completar esta materia, aunque para algunos pudiera parecer que el caso está resuelto en el artículo 152, nos ha parecido útil agregar un nuevo artículo, cuya idea nos la suministró el Código de Enjuiciamiento Judicial de Venezuela.

El artículo 152 parece legislar el caso de unidad de petición y unidad de sentencia; el que proponemos, el caso de multiplicidad de peticiones ó de sentencias.

Diría así el artículo propuesto, el que correspondería al 168 del Proyecto primitivo, que por acuerdo de la Comisión Revisora pasó á ser inciso 2.º (del artículo 152).

"ART. 152 *a*. Si en una demanda se han entablado varias acciones, ó la cuestión principal comprende diversos puntos capitales, aunque sean conexos entre sí, el juez dividirá la sentencia en tantos capítulos cuantas sean las acciones ó puntos, para que cada una ó cada uno tenga su resolución por separado".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 163. Si una de las partes fuere condenada á la devolución de los frutos ó á la indemnización de perjuicios, la sentencia determinará la cantidad líquida que se deba pagar por cualquiera de estas causas, ó fijará por lo menos las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidación.

"Sólo en caso que no obren en el proceso los datos suficientes para determinar la cantidad debida ó para fijar las bases de la liquidación, podrá reservarse á las partes su derecho para establecer estos puntos".

Este artículo es en el fondo el mismo que el artículo 63 de la Ley Española; y nos parece preferible éste al del Proyecto por su concisión y por su claridad.

En el artículo 163, en lugar de "una de las partes" puede decirse "una parte", más conciso.

La frase "fuere condenada" supone que existe ya sentencia, condena; lo que no es exacto, porque sólo se está dando reglas para dar esa sentencia, acumulando sus materiales y cómo se deben colocar.

No hay condena, y es mal dicho decir "si fuere condenada"; debe decirse "si hubiere de ser condenada", "si hubiere de venir condena" por lo que mira á la forma verbal. Así se dice la verdad.

Convendría usar en vez de "condenada" la voz "obligada", reservando aquélla para las causas criminales. En los asuntos civiles se contraen ó se imponen *obligaciones* ó *cargas*, pero no *condena*.

En el Proyecto se dice *devolución* y *restitución*. Para significar la idea denotada por una y otra, emplearemos la palabra *pago*. "*Devolución*" significa *restitución*, acción y efecto de devolver; "*indemnización*" denota *reparación*, resarcimiento.

Se habla después de *frutos* y *perjuicios*. Los frutos son civiles ó naturales (arts. 644 y 647 del Código Civil.) Los perjuicios son el lucro cesante y el daño emergente (art. 1,556 del mismo Código).

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO V Santiago, 1.° de mayo de 1890 NÚM. 12

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado. Apéndices: I. Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889: Tratados de Derecho Procesal y de marcas de comercio y de fábrica.—De la presunción de muerte por desaparecimiento (conclusión), por don Santiago F. Cruz.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Sumario general del tomo quinto.—Cuadro de los colaboradores del tomo quinto.

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

APÉNDICES

I

Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889

TRATADO DE DERECHO PROCESAL

S. E. el Presidente de la República Argentina; S. E. el Presidente de la República de Bolivia; S. M. el Emperador del Brasil; S. E. el Presidente de la República de Chile; S. E. el Presidente de la República del Paraguay; S. E. el Presidente de la República del Perú, y S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, han convenido en celebrar un tratado de Derecho Procesal, por medio de sus Plenipotenciarios, reunidos en Congreso en la ciudad de Montevideo, por iniciativa de los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, estando representados:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

S. E. el Presidente de la República Argentina, por

El señor doctor don Roque Sáenz Peña, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Oriental del Uruguay, y por

El señor doctor don Manuel Quintana, Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

S. E. el Presidente de la República de Bolivia, por

El señor doctor don Santiago Vaca Guzmán, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina.

S. M. el Emperador del Brasil, por

El señor doctor don Domingo de Andrade Figueira, Consejero de Estado y Diputado á la Asamblea General Legislativa.

S. E. el Presidente de la República de Chile, por

El señor don Guillermo Matta, Enviado Extraordinario en las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por

El señor don Belisario Prats, Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

S. E. el Presidente de la República del Paraguay, por

El señor doctor don Benjamín Aceval, y por

El señor doctor don José Z. Caminos.

S. E. el Presidente de la República del Perú, por

El señor doctor don Cesáreo Chacaltana, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por

El señor doctor don Manuel María Gálvez, Fiscal de la Excma. Corte Suprema de Justicia.

S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, por

El señor doctor don Ildefonso García Lagos, Ministro Secretario de Estado en el Departamento de Relaciones Exteriores, y por

El señor doctor don Gonzalo Ramírez, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina.

Quienes, previa exhibición de sus plenos poderes, que hallaron en debida forma, y después de las conferencias y discusiones del caso, han acordado las estipulaciones siguientes:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TÍTULO PRIMERO

Principios generales

ARTÍCULO PRIMERO. Los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo á la ley de procedimientos de la Nación en cuyo territorio se promuevan.

ART. 2.º Las pruebas se admitirán y apreciarán según la ley á que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso.

Se exceptúa el género de pruebas que por su naturaleza no autorice la ley del lugar en que se sigue el juicio.

TÍTULO II

De las legalizaciones

ART. 3.º Las sentencias ó laudos homologados expedidos en asuntos civiles y comerciales, las escrituras públicas y demás documentos auténticos otorgados por los funcionarios de un Estado, y los exhortos y cartas rogatorias, surtirán sus efectos en los otros Estados signatarios, con arreglo á lo estipulado en este tratado, siempre que estén debidamente legalizados.

ART. 4.º La legalización se considera hecha en debida forma, cuando se practica con arreglo á las leyes del país de donde el documento procede, y éste se halla autenticado por el agente diplomático ó consular que en dicho país ó en la localidad tenga acreditado el Gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución.

TÍTULO III

Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales

ART. 5.º Las sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales en uno de los Estados signatarios tendrán, en los territorios de los demás, la misma fuerza que en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el país en que se han pronunciado, si reúnen los requisitos siguientes:

A) Que la sentencia ó fallo haya sido expedido por el tribunal competente en la esfera internacional;

B) Que tenga el carácter de ejecutoriado ó pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido;

C) Que la parte contra quien se ha dictado haya sido legalmente citada y representada ó declarada rebelde, conforme á la ley del país en donde se ha seguido el juicio;

D) Que no se oponga á las leyes de orden público del país de su ejecución.

ART. 6.º Los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias y fallos arbitrales son los siguientes:

A) Copia íntegra de la sentencia ó fallo arbitral;

B) Copia de las piezas necesarias para acreditar que las partes han sido citadas;

C) Copia auténtica del auto en que se declare que la sentencia ó laudo tiene el carácter de ejecutoriado ó pasado en autoridad de cosa juzgada, y de las leyes en que dicho auto se funda.

ART. 7.º El carácter ejecutivo ó de apremio de las sentencias ó fallos arbitrales, y el juicio á que su cumplimiento dé lugar, serán los que determine la ley de procedimientos del Estado en donde se pide la ejecución.

ART. 8.º Los actos de jurisdicción voluntaria, como son los inventarios, apertura de testamentos, tasaciones ú otros semejantes practicados en un Estado, tendrán en los demás Estados el mismo valor que si se hubiesen realizado en su propio territorio, con tal de que reúnan los requisitos establecidos en los artículos anteriores.

ART. 9.º Los exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones ó practicar cualquiera otra diligencia de carácter judicial, se cumplirán en los Estados signatarios, siempre que dichos exhortos ó cartas rogatorias reúnan las condiciones establecidas en este tratado.

ART. 10. Cuando los exhortos ó cartas rogatorias se refieran á embargos, tasaciones, inventarios ó diligencias preventivas, el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

juez exhortado proveerá lo que fuere necesario respecto al nombramiento de peritos, tasadores, depositarios, y en general á todo aquello que sea conducente al mejor cumplimiento de la comisión.

ART. 11. Los exhortos y cartas rogatorias se diligenciarán con arreglo á las leyes del país en donde se pide la ejecución.

ART. 12. Los interesados en la ejecución de los exhortos y cartas rogatorias, podrán constituir apoderados, siendo de su cuenta los gastos que estos apoderados ocasionen.

DISPOSICIONES GENERALES

ART. 13. No es indispensable para la vigencia de este tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará á los Gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber á las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

ART. 14. Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

ART. 15. Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del tratado ó introducir modificaciones en él, lo avisará á las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar á un nuevo acuerdo.

ART. 16. El artículo 13 es extensivo á las naciones que no habiendo concurrido á este Congreso, quisieran adherirse al presente tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las naciones mencionadas, lo firman y sellan en el número de siete ejemplares, en Montevideo, á los once días del mes de enero del año de mil ochocientos ochenta y nueve.—ROQUE SÁENZ PEÑA.—MANUEL QUINTANA.—SANTIAGO VACA GUZMÁN.—DOMÍNGO DE ANDRADE FIGUEIRA.—GUILLERMO MATTA.—B. PRATS.—BENJAMÍN ACEVAL.—JOSÉ Z. CAMINOS.—CESÁREO CHACALTANA.—M. M. GÁLVEZ.—ILDEFONSO GARCÍA LAGOS.—GONZALO RAMÍREZ.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TRATADO DE MARCAS DE COMERCIO Y DE FÁBRICA

S. E. el Presidente de la República Argentina; S. E. el Presidente de la República de Bolivia; S. M. el Emperador del Brasil; S. E. el Presidente de la República de Chile; S. E. el Presidente de la República del Paraguay; S. E. el Presidente de la República del Perú y S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, han convenido en celebrar un tratado sobre marcas de comercio y de fábrica por medio de sus Plenipotenciarios, reunidos en congreso en la ciudad de Montevideo, por iniciativa de los gobiernos de las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, estando representados:

S. E. el Presidente de la República Argentina, por

El señor doctor don Roque Sáenz Peña, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Oriental del Uruguay, y por

El señor doctor don Manuel Quintana, Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

S. E. el Presidente de la República de Bolivia, por

El señor doctor don Santiago Vaca Guzmán, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de la República Argentina.

S. M. el Emperador del Brasil, por

El señor doctor don Domingo de Andrade Figueira, Consejero de Estado y Diputado á la Asamblea General Legislativa.

S. E. el Presidente de la República de Chile, por

El señor don Guillermo Matta, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por

El señor don Belisario Prats, Ministro de la Corte Suprema de Justicia.

S. E. el Presidente de la República del Paraguay, por

El señor doctor don Benjamín Aceval, y por

El señor doctor don José Z. Caminos.

S. E. el Presidente de la República del Perú, por

El señor doctor don Cesáreo Chacaltana, Enviado Extraor-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dinario y Ministro Plenipotenciario en las Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, y por

El señor doctor don Manuel María Gálvez, Fiscal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

S. E. el Presidente de la República Oriental del Uruguay, por

El señor doctor don Ildefonso García Lagos, Ministro Secretario de Estado en el departamento de Relaciones Exteriores, y por

El señor doctor don Gonzalo Ramírez, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en la República Argentina.

Quienes, previa exhibición de sus plenos poderes, que hallaron en debida forma, y después de las conferencias y discusiones del caso, han acordado las estipulaciones siguientes:

ARTÍCULO PRIMERO. Toda persona á quien se conceda en uno de los Estados signatarios, el derecho de usar exclusivamente una marca de comercio ó de fábrica, gozará del mismo privilegio en los demás Estados, con sujeción á las formalidades y condiciones establecidas por sus leyes.

ART. 2.º La propiedad de una marca de comercio ó de fábrica comprende la facultad de usarla, transmitirla ó enajenarla.

ART. 3.º Se reputa marca de comercio ó de fábrica, el signo, emblema, ó nombre externo que el comerciante ó fabricante adopta y aplica á sus mercaderías y productos para distinguirlos de los de otros industriales ó comerciantes que negocian en artículos de la misma especie.

Pertenecen también á esta clase de marcas, las llamadas dibujos de fábrica ó labores, que, por medio del tejido ó de la impresión, se estampan en el producto mismo que se pone en venta.

ART. 4.º Las falsificaciones y adulteraciones de las marcas de comercio y de fábrica, se perseguirán ante los tribunales, con arreglo á las leyes del Estado en cuyo territorio se cometa el fraude.

ART. 5.º No es indispensable para la vigencia de este tratado su ratificación simultánea por todas las naciones signatarias. La que lo apruebe, lo comunicará á los Gobiernos de las Repú-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

blicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber á las demás naciones contratantes. Este procedimianto hará las veces de canje.

ART. 6.º Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

ART. 7.º Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse del tratado ó introducir modificaciones en él, lo avisará á las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar á un nuevo acuerdo.

ART. 8.º El artículo 5.º es extensivo á las naciones que, no habiendo concurrido á este Congreso, quisieran adherirse á este tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las naciones mencionadas, lo firman y sellan en el número de siete ejemplares en Montevideo, á los dieciséis días del mes de enero del año de mil ochocientos ochenta y nueve.—ROQUE SÁENZ PEÑA.—MANUEL QUINTANA.—SANTIAGO VACA GUZMÁN.—DOMINGO DE ANDRADE FIGUEIRA.—GUILLERMO MATTA.—B. PRATS.—BENJAMÍN ACEVAL.—JOSÉ Z. CAMINOS.—CESÁREO CHACALTANA.—M. M. GÁLVEZ.—ILDEFONSO GARCÍA LAGOS.—GONZALO RAMÍREZ.

(Continuará)

DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE POR DESAPARECIMIENTO

(Conclusión)

IV

Terminaré proponiendo algunas reformas de que es susceptible este punto de nuestro Código, y que creo que no sólo son convenientes, sino también indispensables.

El sabio autor de nuestro Código Civil dice en sus notas ilustrativas:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Las posesiones provisorias embarazan la mejora de los bienes y su circulación comercial, y no deben durar más tiempo que el necesario para proteger racionalmente los derechos privados que puedan hallarse en oposición con los intereses generales de le sociedad.

"Por otra parte, la facilidad y rapidez de las comunicaciones entre países distantes, se han aumentado inmensamente en nuestros días, y ha crecido en la misma proporción la probabilidad de que una persona de quien por mucho tiempo no se ha tenido noticia en el centro de sus relaciones de familia y de sus intereses, ha dejado de existir, ó por lo menos ha querido abandonar los derechos que la ligaban á su patria ó domicilio anterior. En fuerza de estas consideraciones se ha disminuído notablemente en este Código la duración que se da en algunos otros á las posesiones provisorias».

Esto lo escribía don Andrés Bello antes del año en que se promulgó nuestro Código Civil, y desde entonces acá las cosas han cambiado mucho. Las mismas razones que se exponen en el párrafo que he transcrito, pueden aplicarse hoy día, pero con tanta más fuerza, que á pesar de lo que en él se dice, considero en realidad que todos los plazos señalados, sin excepción alguna, son enormemente largos. La Economía Política, aplicando sus principios á nuestra legislación positiva, no puede por menos que criticar, con justa razón, el tiempo fijado para el otorgamiento de la posesión provisoria, del mismo modo que la duración de esta última: porque si bien es cierto que aquellos principios pudieron ser buenos hace algunos años, hoy día que las relaciones comerciales entre los Estados han estrechado inmensamente sus comunicaciones, que los ferrocarriles cruzan los continentes y el telégrafo atraviesa los mares, que por la rapidez con que tienen lugar los viajes, éstos son mucho mas frecuentes y se hacen con mayor facilidad, de suerte que llevarlos á efecto es altamente más sencillo, hoy que las publicaciones han aumentado tanto, de manera que cualquiera noticia en el espacio de breves horas puede ser conocida en el mundo entero, siendo posible, en consecuencia, que el desaparecido tenga aviso de la primera citación oficial que se le haga en el mismo día que ésta se verifique y también en el mismo día dar parte de su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

existencia, es un contrasentido que la propiedad permanezca sin dueños durante el enorme espacio de tiempo de *treinta años*, la mitad de la vida de un hombre. Y esto no tiene justificación posible. ¿Podrá por un momento comprenderse que un individuo que se ausenta para viajar, estudiar, ó por cualquier otro motivo, que dejando sus bienes en el país, es natural que que, den en él su familia y todas sus relaciones, y, por consiguiente habría de comunicarse con los suyos; y cesando su correspondencia, habiéndosele llamado oficialmente, ignorándose su paradero después de haberse hecho todo lo posible para averiguarlo, y por fin, llenándose cuantas gestiones hayan sido imaginables para obtener siquiera un indicio de su existencia, sea necesario que transcurra todavía un espacio de treinta años para que pueda asegurarse que el mencionado individuo ha dejado de existir? Y á pesar de todo esto, nuestro Código aún duda de que se haya efectuado la muerte de aquel individuo, pues se pone todavía en el caso de que se verifique su reaparecimiento.

Mientras tanto, las personas que por derecho propio son llamadas al dominio de esos bienes, no pueden gozar ni disponer de ellos sino con miles de trabas, que embarazan ó impiden la libertad de industria y de comercio, bases importantes de la prosperidad de un país. ¿Quién que está en posesión de un inmueble se tomará el trabajo de prepararlo convenientemente, á fin de que su producción tome más valor, tal vez sin obtener inmediatos resultados y haciendo fuertes desembolsos para dejarlo así, si está en la inseguridad de que al día siguiente pueda presentarse un individuo con una sentencia judicial en que se declare que todo aquello le pertenece? ¿Quién, en igualdad de circunstancias, se atrevería á dar vida á maquinarias que con el tiempo serían nuevas industrias, si desde luego no vé en ellas inmediatos resultados; y quién tendría el arrojo de construir hermosos palacios ó edificios, una de las esenciales condiciones del adelanto y embellecimiento de los pueblos, si dadas ciertas circunstancias, podrían llegar á ser propiedad de otros dueños, que tal vez no sabrían apreciar en lo que valen los trabajos que se han hecho? Para mí es evidente que un poseedor provisorio, que está en la inseguridad de que pueda quedarse sin los bienes que están en su poder, como la ley le concede los frutos, bien

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lejos de proponder á su verdadero desarrollo, tratará por cuantos medios estén á su alcance, de explotarlos, á fin de sacar de ellos el mayor partido posible, con perjuicio manifiesto del porvenir que para después podrían ofrecer esos mismos bienes si se procediese de otro modo en su beneficio y cultivo.

Y cosa curiosa. A pesar de las razones que dejo expuestas, que para mí son de fuerza, en toda la legislación moderna se han señalado para el mismo objeto, plazos más ó menos extensos. El Código francés en su artículo 129, exige treinta años para conceder la posesión definitiva; pero téngase presente que el citado Código tiene por fecha el año 1803, época en que las facilidades de comunicación no existían como ahora. El Código italiano exige también treinta años, como igualmente el holandés, el austriaco, el de México y el de los Estados Unidos de Colombia que, como se sabe, es en todas sus partes nuestro propio Código Civil. El de Guatemala no fija plazo alguno, y la posesión definitiva no puede concederse sino hasta el momento en que se sepa la muerte, salvo el caso en que hubieran corrido setenta años desde el nacimiento del desaparecido. Sólo el Código portugués, entre los que he visto, exige veinte años para conceder definitivamente la posesión.

A pesar de todo, aun este último plazo lo considero demasiado largo. Creo que si alguna vez se reformara esta parte de nuestra legislación, el máximum del plazo debía fijarse en diez años únicamente. En este espacio de tiempo, llevándose á efecto todas las diligencias que el Código prescribe, por retirado que sea el país en que se encuentre el desaparecido, es imposible que dejen de llegar á su conocimiento las gestiones que se hagan para averiguar su paradero.

Un segundo punto que también valdría la pena de tocarse, es el relativo á la edad de *ochenta años* que se exige tenga el desaparecido para conceder la posesión definitiva de sus intereses, habiéndose cumplido precisamente todas las solemnidades que ordena la ley en el artículo 81. Según una estadística de *El Mundo*, citado por el señor Chacón en su obra *Exposición razonada y estudio comparativo de nuestro Código Civil*, de cada mil personas, una llega á cien años; de cada cien personas seis

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

llegan á sesenta y cinco años, y sólo una en cada quinientas alcanza á los ochenta años.

Ateniéndonos á la verdad de las cifras anteriores, vemos que es una edad muy avanzada la que requiere la ley para presumir la muerte del desaparecido. Registrando el texto de otros Códigos, he notado que en la generalidad de ellos se exigen setenta años y aun en uno sesenta y cinco solamente. Y sin ir más lejos, nuestra ley de matrimonio civil, tratando de la disolución del matrimonio, dice en su artículo 38: "Se disuelve también por la muerte presunta de uno de los cónyuges, si cumplidos diez años desde las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, se probare que han transcurrido *setenta* desde el nacimiento del desaparecido".

Es indudable que tiene mucho más importancia y que puede traer mayores perturbaciones en la sociedad y en la familia, el reaparecimiento de uno de los cónyuges, después que el otro por la disolución del vínculo haya contraído un segundo matrimonio, que el hecho de que estén en éstas ó aquellas manos ó de tales ó cuáles maneras los bienes del desaparecido. Y sin embargo, á pesar de esta consideración, se declara la disolución del matrimonio diez años antes del plazo que se pide para hacer la entrega definitiva de los bienes.

Es, pues, una edad muy avanzada la que exige la ley en el desaparecido para declarar la posesión definitiva de sus bienes; y sería conveniente que en vez de ochenta se fijasen sesenta y cinco años al efecto. Aun á esta edad sólo por un conjunto de circunstancias verdaderamente extraordinario, podría suceder que el ausente no hubiese muerto. Se necesitaría la declaración previa de la posesión provisoria, y haber hecho, en consecuencia, todas las diligencias tendentes á este fin, y sería necesario además que el desaparecido llegase á la bien avanzada edad de sesenta y cinco años. En todo caso, la ley no debe atender á las raras excepciones que puedan acaecer, y mucho menos cuando están previstas especialmente, desamparando otros puntos que también deben ser debidamente atendidos.

Otro de los plazos que también considero demasiado largo, es el de diez años que se necesita para conceder la posesión

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

provisoria. Esta, que en realidad se diferencia bien poco en una curatela de los bienes del ausente, no debía tener tantas restricciones ni trabas, y sobre todo no debía señalarse para concederla un plazo tan largo, que por sí solo basta, como ya lo he dicho, para conceder la posesión definitiva. Desde el momento que el poseedor provisorio tiene que rendir fianzas garantizando las resultas de su administración, está obligado á recibir los bienes bajo inventario solemne, y no puede vender los bienes muebles sino con permiso del juez, y enajenar ó hipotecar los bienes raíces solamente en el caso de reconocida utilidad declarada también por el juez, oyendo previamente al defensor de ausentes, hasta puede considerarse como simple administrador de esos bienes, que por pago de su administración hace suyos los respectivos frutos é intereses. ¿Para qué entonces exigir un plazo tan extenso á fin de dar una administración, que bien mirado, podría concederse al día siguiente del desaparecimiento? Diez años es un espacio de tiempo demasiado largo. Durante él pueden tener lugar multitud de hechos ó circunstancias que lleguen hasta hacer cambiar la faz de una familia; pueden ocurrir causas que hagan nacer ó extinguirse derechos; la vida de muchas personas que habrían sido llamadas á gozar, aunque más no fuera provisoriamente, de esos bienes, puede extinguirse por mil causas, y sin embargo, hay que esperar ese plazo para declarar su derecho, pues que así lo dispone nuestro Código Civil.

Por otra parte, registremos un poco los otros códigos que he citado más arriba, y encontraremos que el francés señala el plazo de cuatro años para que puedan los interesados pedir la declaración de ausencia. Justificado que sea el plazo y la ausencia del desaparecido, manda el juez recibir información, y un año después pronuncia su resolución declarando la posesión provisoria. Según el Código Civil de México se necesitan cinco años y nueve meses desde las últimas noticias hasta el momento de la sentencia. El Código de Guatemala exige cinco años. El de Portugal, cuatro años; y por último, según el italiano, son necesarios poco más de tres años solamente.

En estos cinco ejemplos vemos palpablemente la diferencia con nuestra legislación. Y si tomáramos al acaso los códigos de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

otras naciones, seguramente en ninguno encontraríamos señalado el plazo de diez años para conceder la posesión provisoria. ¿Y por qué todas estas leyes habían de estar en el error y sólo nosotros en la verdad, cuando la sana razón, por otra parte, nos dice lo contrario?—Considero, pues, que este plazo es también uno de los que debe acortarse, señalando como máximum de su duración, un término que no pasase de cuatro años.

En consecuencia, el ya citado artículo 82 quedaría en esta forma:

"El juez concederá la posesión definitiva, en lugar de la provisoria, si cumplidos los dichos *cuatro años* se probase que han transcurrido *sesenta y cinco* desde el nacimiento del desaparecido. Podrá asimismo concederla, transcurridos que sean *diez años* desde la fecha de las últimas noticias; cualquiera que fuese á la expiración de dichos *diez años* la edad del desaparecido, si viviese.

Ocupémonos ahora del número 7 del artículo 81, que trata de la posesión definitiva en caso de que al desaparecido le haya ocurrido algún grave accidente, como ruina, batalla, terremoto, etc.

El plazo de cuatro años que se indica en este caso para conceder la mencionada posesión, debe reducirse á tres. Las presunciones que median entonces para creer la muerte del ausente, son tan fuertes, que casi sin temor de equivocarse se puede asegurar que esto se ha verificado. Y no es posible estar privando á los herederos del derecho de disfrutar de los bienes del desaparecido, para el caso enteramente casual de que hubiese sobrevivido á aquella catástrofe, y no se hubieran tenido noticias de él en el curso de muchos años. Además, es de suponer que el viajero ó militar que se encuentra en los casos especiales que señala nuestro Código ó cualquiera otra persona que pase por un peligro semejante, debe apresurarse á dar noticias de su existencia á su familia, justamente alarmada con el accidente que ha tenido lugar.

En consecuencia, el artículo 83 quedaría en esta forma: "Durante los *cuatro* ó *tres años*, etc."

Agregaré, finalmente, que este inciso debe ser un artículo aparte. Hay una completa diversidad de materia entre él y los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

anteriores, pues éstos tratan de las formalidades necesarias para conceder la posesión provisoria, y aquél se refiere exclusivamente á uno de los casos de posesión definitiva.

Una vez señalado el plazo de cuatro años para obtener la posesión provisoria, debería agregarse un nuevo artículo en esta forma:

"Si el desaparecido hubiera dejado procurador y manifestado su intención de ausentarse por largo tiempo, los herederos presuntivos no podrían solicitar la posesión provisoria, sino después que hayan transcurrido ocho años desde la fecha de las últimas noticias".

Esta disposición la he encontrado consignada en los códigos francés é italiano. El primero, en el caso mencionado, señala diez años para la concesión de la posesión provisoria, el segundo exige solamente seis.

En efecto, nada más lógico que fijar en este caso un plazo más extenso, desde el momento en que se ha declarado expresamente por el ausente que su viaje ha de durar un tiempo largo; y aun en el caso que no manifestase su intención, natural es suponerla, desde que nombra procurador para la gestión de sus negocios y administración de sus bienes. Aunque transcurra un plazo más largo, la presunción de muerte es mucho menos fuerte.

En el estado actual de nuestro Código no hay necesidad de tal artículo, desde el momento que el plazo de diez años que se exige para conceder la posesión provisoria, lo considero largo aun en el caso de haber dejado procurador que lo represente.

Otra reforma que también podría hacerse con ventaja, es la del artículo 89, en cuanto al punto de conceder todos los frutos desde el primer momento, á los poseedores provisorios.

Creo que mejor podría quedar así:

"Los que á consecuencia de la ausencia del desaparecido hayan administrado sus bienes, tendrán derecho á las dos terceras ó á las cuatro quintas partes de los frutos, en los cuatro ó seis primeros años siguientes á la fecha de la posesión provisoria.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Después de este tiempo los poseedores de esos bienes tendrán derecho á todos los frutos.

"Tendrán igualmente este derecho en los demás casos de posesión definitiva".

De todos los Códigos que conozco, sólo el nuestro da á los poseedores provisorios la propiedad de todos los frutos.

Según el francés, el poseedor provisorio está obligado á entregar al reaparecido la quinta parte de los frutos, si reaparece antes de quince años; y la décima, si reaparece después de este plazo.

El de México deduce la mitad de los frutos y rentas á beneficio de los que han tenido la posesión provisional. Igual prescripción se encuentra en el de Guatemala.

El Italiano dispone que si las personas que tienen la posesión provisoria son parientes dentro del sexto grado, deben reservar el quinto de las rentas en los diez primeros años contados desde el día de la ausencia, y la décima parte desde este momento hasta que se cumplan los treinta años. Si son parientes en grado más remoto, deben reservar la tercera ó la sexta parte, antes ó después de los diez primeros años.

No multiplicaré los ejemplos, agregando otros con disposiciones más ó menos semejantes á las que vengo de dejar señaladas, pero sí haré notar que en ninguno de ellos se encuentra consignada la disposición que concede todos los frutos al poseedor de los bienes.

El fundamento del artículo de que tratamos, está en que es justo indemnizarle al poseedor las molestias, gastos y gravámenes que haya tenido con la administración de los bienes; pero considero que estos servicios estarían suficientemente renumerados, por ejemplo, con diez ó doce mil pesos, en el caso que las propiedades produjeran quince, y mantener siempre de reserva una pequeña parte de los frutos para el caso del reaparecimiento deldesa parecido. La reforma está en el sentido de retener una parte de los frutos, retención que disminuye á medida que aumentan las probabilidades de muerte del desaparecido, hasta desaparecer enteramente en los casos de posesión definitiva, en que sería conveniente, por cuanto es muy triste la condición del reaparecido que, viniendo á recobrar sus propiedades, se en-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuentra sin ningún capital disponible para trabajarlas, y al efecto tenga que enajenar ó hipotecar una parte de ella.

Otro de los artículos reformables es el 93, el cual considero que ventajosamente podría quedar así:

"El decreto de posesión definitiva podrá rescindirse á favor del desaparecido si reapareciese, ó de sus legitimarios habidos *antes ó después* del desaparecimiento, ó de su cónyuge por matrimonio contraído también *antes ó después* de la misma época".

La innovación consiste en agregar al cónyuge por matrimonio anterior al desaparecimiento, como también á los legitimarios habidos en esa época.

No sé cuál sea la causa por que la ley no los ha señalado; quizá haya sido un olvido, ó bien debe de habérseles considerado entre los herederos presuntivos. Pero podría perfectamente suceder que no se tuviese conocimiento de su existencia ó no se presentasen reclamando sus derechos sino después que la posesión haya sido adjudicada á otra persona. Justo es entonces que tengan acción para rescindir el decreto de posesión definitiva, desde que esta acción se acuerda al cónyuge por matrimonio posterior y á los legitimarios habidos después.

Dispone expresamente el Código en el número 1.º del artículo 94, que el desaparecido podrá pedir la rescisión en cualquier tiempo que se presente ó que haga constar su existencia, lo que equivale á decir que contra él no corre prescripción alguna.

Según un distinguido comentador, el fundamento de esta disposición se encuentra en que no concurren en este caso las circunstancias que han inducido al Legislador á establecer la prescripción. Así dice que no existe la relativa á determinar ó probar los derechos después del transcurso de cierto tiempo.

Y ¿por qué habría de suceder esto en este caso y no en los demás en que tiene lugar la prescripción, tal como en la adquisitiva extraordinaria de treinta años, en que poseyéndose con título injusto se sabe demasiado bien á quién pertenecen los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

derechos que se prescriben?—Á la verdad que no le atribuyo valor alguno á esta razón, y si así fuera, podría alegarse con igual motivo en los demás casos de prescripción.

Otra de las razones que se señala para no aceptar la prescripción en este caso, es que, fundándose aquélla en la conveniencia de dar seguridad á los poseedores que no serán turbados en el ejercicio de sus derechos después de transcurrido cierto tiempo, la ley les ha advertido anticipadamente en el caso actual que no deben contar con esa seguridad y que el dominio que se les confirió podía resolverse presentándose el verdadero dueño. Este raciocinio aun tiene menos fuerza que el anterior. Si basta con que la ley advierta que en tal ó cual caso no tendrá lugar la prescripción, lo natural es que se refiera á todos aquellos actos que nada tienen de excepcional en el fundamento de su naturaleza. Por consiguiente, ó bien debía sentar reglas generales de prescripción para todos los casos, ó bien exceptuarlos á todos expresamente. Iguales derechos tienen los propietarios para usar y abusar de las cosas de su propiedad; iguales deben ser los efectos que se producen cuando por títulos falsos ó verdaderos estas cosas han caído en otras manos.

No se nos diga, pues, que una de las bases en que descansa la no existencia de la prescripción en este caso es que el Legislador ha declarado expresamente que no existe. Esta declaración se refiere al ejercicio del derecho y en manera alguna á la naturaleza intrínseca de él. Sería lo mismo que alegar que la razón que tuvo la ley para no dar derecho á la prescripción en un caso determinado, era la de haber declarado ella misma que ésta en tal caso no debía tener lugar.

No existiendo ningún fundamento sólido en que pueda descansar la no existencia de la prescripción, en este caso, el inciso de que hablamos ó debía suprimirse ó redactarse en esta forma:

"El desaparecido podrá pedir la rescisión del decreto de posesión definitiva dentro de los treinta años siguientes á la fecha de las últimas noticias que, antes de su reaparecimiento, se tuvieron de su existencia".

Finalmente, el inciso 3.º de este mismo artículo debería suprimirse. Él dispone que el beneficio de la rescisión aprovecha

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

solamente á aquellas personas que lo obtienen por decreto judicial.

No encuentro que no haya ninguna razón plausible para negar la propiedad de acciones á que tienen derecho determinados individuos cuando se sabe positivamente que á ellos les pertenecen. Esto puede dar lugar á abusos por parte de aquellos que tienen títulos ménos atendibles para presentarse anticipadamente y obtener la propiedad de los bienes del desaparecido, ó adquirir estos derechos haciendo desaparecer los títulos que fundadamente pudieran alegar otras personas. Me parece lo natural que el juez, en tal caso, proceda al llamamiento de todos aquellos á quienes por derecho propio les corresponde la propiedad de los bienes, aun cuando no hayan tomado parte en el juicio de rescisión.

La cuestión que he elegido como tema de este trabajo todavía no es de mucha aplicación práctica, por cuanto los viajes no tienen lugar con la frecuencia que debieran hacerse, como que ellos son una de las principales bases de nuestra instrucción práctica y positiva. Pero como poco á poco este gusto se va desarrollando y día por día generalizándose más y más, tanto por especulaciones mercantiles como por adquirir en otros países más adelantados nuevos conocimientos que vengan á servir de complemento á las lecciones que hemos recibido en nuestra Universidad, ya por estudiar otras costumbres ó civilizaciones, creo que es llegado el caso de pensar seriamente en la reforma de esta parte de nuestra legislación, tomando en cuenta las que he indicado en el curso de este trabajo.

SANTIAGO F. CRUZ

Santiago, junio de 1889

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

El Proyecto agrega: "la sentencia determinará y fijará". Dos verbos que denotan una misma acción, acción que es propia de un ser racional, como el juez, y no de algo inanimado, como lo es la sentencia. Según la redacción del artículo 163, el agente de esos verbos es la sentencia; lo cual es una impropiedad y algo contrario á lo natural y verdadero. El juez determina y ejecuta la determinación *en la* sentencia. Esto es todo y es la verdad de lo que ocurre. Hay que suprimir uno de los dos verbos antedichos.

En el inciso 1.° del artículo 163 se hace la voz *liquidación* equivalente á *cantidad líquida*, y en el 2.° se hace igual á *cantidad debida*. Ninguna de las tres ideas expresadas por esas voces son iguales entre sí ni una con otra: además la voz *liquidación* está mal empleada en el referido artículo, debe desterrarse.

Liquidación es el efecto y acción de liquidar, poner claro; aclaración, desenredo de cuentas; el conjunto de operaciones para ajustar ó saldar una cuenta. *Cantidad líquida* es cantidad cierta, fija, total, íntegra. *Cantidad debida* es la que se debe, se tiene que pagar.

Según el proyecto, *se fijan* las bases *para hacer* la *liquidación;* mientras que en el 2.° inciso se fijan las bases *mismas* de la liquidación. Todo lo cual no es exacto; porque las bases se fijan sólo *para determinar* la cantidad líquida.

En el inciso 2.° *obren* está por *hallen* conforme á lo ya dicho más adelante.

Hay vaguedad en cuanto al "establecer los puntos". ¿Dónde y cómo se establecen? ¿En el mismo expediente ó en otro proceso? ¿siguiendo el mismo juicio ó iniciando otro de nuevo? Creemos que es mejor que se establezcan en el mismo proceso y sin necesidad de un nuevo juicio; porque se ahorra tiempo y dinero, y porque la naturaleza de lo que se va á establecer, se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

relaciona íntimamente con el proceso sentenciado. El artículo 63 de la Ley Española dispone que se forme otro proceso. No hallamos conveniencia en tal separación, porque los litigantes y materia serían los mismos en el uno que en el otro proceso, y porque mucha parte del antiguo proceso tendría que pasar en copia á encabezar y servir de principio al nuevo proceso. Esto se cortaría y sería una de las ganancias de la no separación.

Con lo dicho y suprimiendo lo supérfluo, podría quedar así el

"ART. 163. Si una parte hubiere de ser obligada al pago de frutos ó de perjuicios, el juez fijará en la sentencia la cantidad líquida que ella deba pagar.

"Si esto no se pudiere, determinará las bases que sirvan para fijarla.

"Si aún esto no fuere posible, reservará á las partes el derecho de establecer en el mismo proceso los hechos que sirvan al juez para determinar aquella cantidad ó en subsidio aquellas bases".

Comparando esta redacción con la del Proyecto, se sacan las consideraciones que siguen:

En primer lugar, el inciso 1.° del artículo del Proyecto establece respecto del juez una obligación en forma abstracta y disyuntiva. La sentencia ó determinará la cantidad, ó fijará las bases, una de esas dos cosas. Si se hace una, bueno; si se hace la otra, también bueno; si se puede hacer la primera y no se hace, pero se efectúa la segunda, también es bueno. Esta promiscuidad y la redacción abstracta hay que desterrar, y hay que ir derecho á la forma de la reforma.

En ella se impone una obligación *directa* y absoluta, al magistrado en reemplazo de la *alternativa* del inciso primero del Proyecto.

En la reforma las obligaciones alternativas son *sucesivas*, se verifican unas á falta de las otras, son *subsidiarias*. Así se ordena fijar la *cantidad* en el primer inciso; si esto no se puede, se ordena fijar las *bases* en el segundo inciso; y si esto no es posible, se prescribe la *reserva* del inciso 3.° Todo va por escala.

El 2.° inciso del Proyecto dice "podrá reservarse"; el mandato

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es *facultativo;* el juez puede reservar ó nó; el derecho de los litigantes es desconocido con esta clase de facultad potestativa; todo pende del juez, puede otorgar la reserva y puede negarla. La reforma hace imperativo el (mínimum) mandato *facultativo;* según ella el juez tiene necesariamente que otorgar la *reserva*, es su deber.

El *inconveniente* de no existir datos para fijar la cantidad cierta ó las bases, *no es causal* para no reconocer el derecho de las partes para llegar á ese resultado, ni para tornar, respecto del funcionario, la *obligación* del juez *en derecho* ó facultad; ni es motivo para cerrar la puerta de la investigación y conocer la verdad de las cosas; á este resultado se llegaría si el juez no otorgase la reserva.

En el proyecto y en la reforma se reserva el *derecho de establecer*. Saliendo de aquí, viene la diferencia. La reforma dice *dónde* se establece, *en el mismo proceso*; en el proyecto nada se dice, todo queda á la voluntad del juez. La reforma señala la *materia* que se establece, la que son *los hechos*. En el Proyecto la materia son estos puntos, es decir: la cantidad, la liquidación ó bases; pues *estos* se refiere á esas expresiones, á esas ideas.

La concepción del Proyecto es errónea; porque el establecer la cantidad ó las bases es función del magistrado, no de las partes. Estas prueban los hechos ó traen á la discusión los datos que pongan al juez en aptitud de fijar, ó esa cantidad, ó esas bases. Esta es la verdad de lo que ocurre, y es lo que se consigna en la reforma y se echa de menos en el Proyecto.

"ART. 164. Deben los tribunales, siempre que estimen que alguna de las partes ha litigado con notoria falta de derecho, imponerle en la sentencia definitiva ó interlocutoria la condenación al pago de las costas del juicio ó del incidente".

La *condicional* en este artículo debe ser el *hecho* positivo de haber litigado con notoria falta de derecho; y la *consecuencia* de esa condicional, el pago de costas. Todo lo demás es superfluo ó inexacto. La base del pago es un hecho del litigante, no un hecho del juez, quien solo aprecia y decide. La estimación del juez, como condicional en el artículo 164, es inadmisible; y es errónea la concepción vertida en esos términos.

En lugar de "siempre que estimen que alguna de las partes",

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se dirá "si una parte". En vez de "deben los tribunales imponerle la condenación", se dirá "el juez le impondrá la obligación", conforme se ha explicado más adelante estas subrogaciones.

La sentencia es de dos clases; diciendo sólo sentencia se habla en general, se comprenden sus dos especies y no hay necesidad de expresar los calificativos "definitiva ó interlocutoria". Deben suprimirse.

En la legislación actual de España se impone costas al litigante *de mala fe* ó temerario, y por la ley 8.ª, título 22, Partida 3.ª al que *no tiene razón derecha*; en el Proyecto por la *falta notoria* de derecho. No basta *la falta*, es preciso que sea *notoria*, visible para todos, *pública*. Nosotros quitaremos ese carácter *de publicidad* ó de generalidad de la falta y le daremos sólo el carácter de que sea *manifiesta*. *Manifiesta* para el juez y para el que tiene la falta ó para cualquiera que se ponga en su lugar. No pasan de dos las personas que *notan* la falta ó la carencia de derecho. Á fin de quitar un poco la vaguedad de la ley, usaremos en vez de "notoria" la voz "manifiesta". También con ella nos aproximamos á la verdad, de la cual se aleja el Proyecto.

Conviene concretar más el precepto general del artículo 164, y tener en estima el decir la verdad y el no desfigurarla en la discusión de los juicios. Debería pagar costas el que pide algo, fundándolo en un hecho cuya inexactitud aparece en los autos; el que afirma algo contrario á lo que aparece de los autos. En estos casos hay falta *manifiesta de verdad*. De modo que en la redacción habrá que comprender la manifiesta falta de derecho y la manifiesta falta de verdad. Se podría redactar en los siguientes términos el

"ART. 164. Si una parte hubiere litigado con *manifiesta falta* de derecho ó de verdad, el juez le impondrá en la sentencia la obligación de pagar las costas del incidente ó del juicio total".

Según el Proyecto y la reforma, sólo por sentencia puede imponerse costas, no puede hacerse por decreto.

Ni este artículo ni el del Proyecto derogan las disposiciones legales que en esta ley ó en otras obligan á pagar costas; porque en él se consigna un precepto general, que en nada obsta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

al cumplimiento de las especiales para cada caso de costas. Por consiguiente, el inciso que sobre este punto propone el señor Ravest que se agregue al artículo 164, es inoficioso y redundante; porque el juez tendrá que cumplir todas las disposiciones que en este Código impongan costas, y el 164 será una entre esas muchas. El punto referente á las costas en segunda instancia, conviene tratarlo cuando se llegue á aquella materia.

Lo dispuesto en los artículos 163 y 164 no obsta al precepto del 152-*a*, ni ellos son una repetición de aquél. Los primeros se refieren á la parte dispositiva de la sentencia; el 152-*a* se refiere á la separación de materia, y comprende tanto la parte dispositiva como la expositiva y de considerandos. Se complementan unos á otros.

"ART. 155. En el acuerdo de los tribunales colegiados cuando éstos consideren que está suficientemente debatida la cuestión y que se puede formar juicio sin necesidad de más discusión, lo declararán así y procederán á formular la resolución en conformidad á las reglas siguientes:

"1.ª Se comenzará por establecer sencillamente los hechos sobre que verse la cuestión que se va á fallar, sin entrar en apreciaciones ni observaciones que no tengan por exclusivo objeto el esclarecimiento de los mismos hechos;

"2.ª Si en el debate se hubiere suscitado cuestión sobre la exactitud ó falsedad de uno ó más de los hechos controvertidos entre las partes, cada una de las cuestiones suscitadas, será resuelta por separado;

"3.ª La cuestión que hubiere sido resuelta servirá de base en cuanto la relación ó encadenamiento de los hechos lo exigiere, para la decisión de las demás cuestiones que en el debate se hubieren suscitado;

"4.ª Establecidos los hechos en la forma prevenida por las reglas anteriores, se procederá á aplicar las leyes que fueren del caso, si el tribunal estuviere de acuerdo en este punto;

"5.ª Si en el debate se hubieren suscitado cuestiones de derecho, cada una de ellas será resuelta por separado, y las cuestiones resueltas servirán de base para la resolución de las demás;

"6.ª Resueltas todas las cuestiones de hecho y de derecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se hubieren suscitado, las resoluciones parciales del tribunal se tomarán por base para dictar la resolución final del asunto».

Lo dispuesto en los artículos ya analizados es aplicable á los jueces de un tribunal *unipersonal* y á los de un tribunal colegiado ó *multipersonal*. El 155 se refiere sólo á estos últimos.

Veamos la sucesión de los hechos que en la práctica se observan, desde que una sentencia se va á dar hasta que se redacta por el juez:

1.° Según el número 8.° del artículo 99, Ley de Tribunales, el *presidente* del tribunal *fija* las cuestiones (de hecho ó de derecho) que hayan *de discutirse*.

2.° Viene la *discusión* sobre un hecho.

3.° Agotada ésta, el *tribunal* la *declara concluída*, según el número 9.° del mismo artículo.

4.° El *presidente pone en votación* la materia discutida (número 9.° citado), y *fija la proposición* que se ha de votar (núm. 8.°).

La precedente exposición demuestra que el inciso 1.° del artículo 155 es inoficioso y debe suprimirse; por cuanto el punto en él legislado está ya reglado en el artículo 99 citado de una manera menos embrollada.

En dicho inciso se usa *juicio* en el sentido de *opinión*, conocimiento, conciencia; y la voz *discusión* aplicada como aquélla á los jueces, no á los litigantes: no se trata del juicio y discusión *de las partes*, sino del juicio y discusión *de los jueces*. Vemos también la dicción *acuerdo* que significa *examen*, reflexión, estudio, criterio; consejo, *opinión*; sentido, juicio; mandato, *auto*; *resolución* tomada por una corporación por todos ó por mayoría de votos. *De acuerdo* es modo adverbial, que significa *de conformidad*, *conforme*, de común asenso, unánimemente, *de opinión común*. Especialmente, *acuerdo* suele significar la *unanimidad misma*: así se dice que *hubo acuerdo* cuando hubo opinión unánime, conformidad, cuando la resolución se tomó por unanimidad de votos.

El inciso 1.° induce también en el siguiente error. Según la redacción, una vez terminada la discusión de los jueces, tiene lugar la aplicación de las seis reglas que da el artículo 155; mientras que eso no es lo que ocurre, sino que, durante el exa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

men del proceso, durante el acuerdo, el estudio, discusión de él, tiene cabida la aplicación de dichas reglas.

En la primera regla del Proyecto se ordena fijar los hechos sin prescribir que se fije cada uno por separado, y con las mismas voces que usó la parte si fuere posible, y durante la discusión total de la causa, mientras ella permanece en acuerdo, ó en examen, en estudio.

En la regla segunda se supone una discusión en conjunto, de todo. Conviene separar este conjunto; y si se propone cuestión sobre la efectividad de un hecho, se debe resolver esa cuestión antes de seguir más adelante, antes de establecer otro hecho ó fijar su exactitud.

No basta establecer los hechos y la efectividad de ellos, no basta enumerar los exactos; es preciso ver cuál está plenamente y mejor probado y cuál nó, y resolver cada cuestión que se presente sobre este carácter de probado ó nó de un hecho, antes de pasar á examinar esa condición en otro hecho.

La idea contenida en la regla tercera y en la segunda parte de la regla quinta, conviene sea expresada en una sola. La primera parte de la regla quinta está ya prescrita en el artículo 152; no hay que repetirla, debe suprimirse por superflua.

Si un hecho no tiene relación ó conexión con otro, si es completamente desligado, no puede servir de base el primero resuelto para el segundo. Hay, pues, necesidad de mencionar esta circunstancia y estatuirla.

La regla cuarta dice que se aplicarán las leyes si el tribunal estuviere de acuerdo. Y si no lo está ¿qué se hace? No lo dice el Proyecto y es necesario decirlo. ¿No se aplicarán?

"Estar de acuerdo" es *estar conforme*, tener opinión unánime. Cuando no exista esta uniformidad, tendrá que resolverse por mayoría del Tribunal.

La cuestión es si se aplica ó nó la ley del caso; esto se resolverá, ó por todos los votos, ó por la mayoría legal. Este procedimiento es general y conforme con el precepto del artículo 87, Ley de Tribunales; no conviene limitar esta disposición en el caso especial de la regla cuarta, no hay necesidad. Entonces lo mejor es suprimir la proposición condicional "si el Tribunal estuviere de acuerdo en este punto;" en cuyo caso el Tri-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bunal procederá á aplicar la ley por resolución unánime ó por resolución de mayoría. Así se efectuará el paso ó la transición de las cuestiones de hecho á las de derecho y así se cumple el artículo 87.

En el artículo 155 el vocablo "suscitado" está tomado en el sentido de "propuesto, presentado"; y debe reemplazarse por una de estas voces, ó suprimirlo.

Como las reglas del artículo 155 tienen por objeto preparar los componentes de un buen fallo, creemos que, con lo dicho y recortándoles lo superfluo y lo impropio que contienen, podrían redactarse en los siguientes términos:

"ART. 155. Todo Tribunal colegiado, al preparar los elementos de una sentencia, observará las siguientes reglas:

1.ª Establecerá los hechos del juicio por fallar, uno á uno, de un modo breve y claro, y si fuere posible, con las mismas voces con que la parte lo enunció, sin entrar en apreciaciones ni observaciones que no tengan por exclusivo objeto el esclarecimiento de dichos hechos.

"2.ª Puesta en duda la exactitud de un hecho, se pronunciará sobre ella antes de pasar á fijar otro hecho.

"3.ª Establecidos los hechos y su exactitud, examinará cuáles están plenamente y mejor probados, y no tomará en cuenta los demás.

"4.ª Puesto en duda el carácter probado de un hecho, se pronunciará sobre este punto antes de considerar ese mismo carácter en otro hecho.

"5.ª Establecidos los hechos, conforme á las reglas precedentes, procederá á aplicar las leyes del caso y á exponer breve y claramente el fundamento de tal aplicación.

"6.ª La cuestión resuelta servirá de base para la resolución de las demás, si éstas tuvieren relación con aquélla.

"7.ª Las resoluciones parciales se tomarán por base para dictar la sentencia que se procura dar".

En vista de la redacción del Proyecto y de la reforma, pueden hacerse las siguientes observaciones.

Suprimimos el *comenzará* de la regla primera del Proyecto por inútil. *Sencillamente* significa *sin engaño*, con sencillez, naturalidad. Con tal dicción no se denota ninguna idea provecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sa; la reemplazamos por la frase *de un modo breve y claro*, que significa ideas precisas y útiles. En lugar de la voz *cuestión*, usamos *juicio;* porque más adelante se usa dicha voz en otro sentido distinto, y así se evita que en un mismo artículo se dé á una palabra dos significaciones diversas.

En la reforma decimos *uno á uno* para establecer la idea de *separación*, y *si fuere posible* con relación á la *transcripción* de un hecho; porque habrá casos en que las partes dicen mal una cosa y redactan peor otra: entonces no habrá para qué ajustarse á tal orden anómalo, y el tribunal quedará en libertad de exponer los referidos hechos en términos concisos y claros.

La proposición *condicional* y el *sujeto* del atributo de la *condicionada* de la regla segunda del Proyecto, es reemplazada en la reforma por la cláusula absoluta *puesta en duda*, etc. En el Proyecto se dice *debate* sin saber si es de las partes ó de los jueces; *cuestión* se toma por *discusión*, *duda;* la voz *falsedad* es inútil, basta con un término de la disyuntiva.

La idea de *separación*, tan necesaria, está consignada, en la regla segunda de la reforma, en la *anterioridad* con que debe fallarse la condición de exactitud.

Con la regla tercera de la reforma, *no contenida* en el Proyecto, se busca la verdad jurídica ó del proceso. Según la regla tercera hay que dividir los hechos en probados é improbados; estos últimos no se toman en cuenta para el fallo. De los probados se dividen en mejor probados y peor probados; estos últimos tampoco se toman en cuenta. Que la prueba sea *plena y mejor*, son las dos circunstancias que constituyen el carácter de probado de que habla la regla cuarta.

En la regla 5.ª de la reforma se trata de la *aplicación* y de la *exposición* clara y breve: de lo primero se habla en el Proyecto; de lo segundo, nó. Respecto al modo como se resuelven las cuestiones de derecho, nada se dice aquí, porque ya está legislado este punto en el artículo 152 de la reforma. Es verdad que este punto está repetido en la primera parte de la regla 5.ª del proyecto; pero tal repetición se ha suprimido por inútil. En la segunda parte de dicha regla 5.ª se dice que las cuestiones de derecho resueltas servirán de base para las demás; pero, si no hay relación entre una y la que sirve de base ¿cómo va á ser

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ésta fundamento de aquélla? Imposible. Este defecto se subsana en la reforma y se establece como condición, para que sirva de base, el que medie *relación* entre ambas, la misma circunstancia de *conexión* que se exige entre cuestión y cuestión tratándose de hechos en la regla 3.ª del Proyecto.

No hay necesidad de estatuir que una vez resueltas todas las cuestiones llegue la oportunidad de que ellas sean tomadas por base para la resolución general. El carácter de fundamento ó base se adquiere desde que el tribunal aprueba una proposición de hecho ó de derecho; y no habiendo más cuestiones que resolver por unanimidad ó por mayoría legal, necesariamente se llega al punto de la sentencia, que puede ser ó interlocutoria ó definitiva.

"ART. 157. Si ocurriere empate de votos, la causa será vista de nuevo con la concurrencia de un juez más, el cual sólo tomará parte en los debates y acuerdos acerca de las cuestiones de hecho ó de derecho que aún no estén resueltas por el tribunal".

"ART. 158. Si hubiere dispersión de votos, cada opinión particular será sometida separadamente á votación, y si ninguna de ellas fuere aceptada por la mayoría absoluta del tribunal, se llamará para la resolución del negocio tantos jueces cuantos en el concepto del tribunal sean necesarios para obtenerla.

"Si hechos los llamamientos á que se refiere el inciso anterior y vista nuevamente la causa, resultare que más de dos opiniones dividen al tribunal, y, recogida por segunda vez la votación, no se obtuviere sentencia, los miembros que sostengan la opinión que cuenta en su favor con menor número de votos, deberán abrazar cualquiera de las otras opiniones manifestadas.

"Si hubiere más de una opinión que se hallare en este caso, decidirá el tribunal cuál debe ser excluída, y el miembro ó miembros que la sostengan deberá optar entre las demás opiniones que dividen al tribunal".

"ART. 159. El procedimiento que prescriben los dos artículos precedentes se repetirá siempre que se presenten las circunstancias que dichos artículos mencionan".

La materia de los artículos 152 y 153, que recopilamos más adelante en un solo artículo, el 152 de la reforma, era también

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el año 51 materia de un solo artículo, del 1.º de la ley de 12 de septiembre de 1851. El artículo 153 era inciso 2.º del referido artículo 1.º

De igual modo, la materia de los artículos 157, 158 y 159 es la misma que contienen las reglas 2.ª, 3.ª, 4.ª y 5.ª del artículo 2.º de la citada ley del 51. Por consiguiente, cuando de los tres artículos hacemos uno sólo, no procedemos tan desautorizadamente como algunos creyeran.

La redacción de estos artículos nos sugiere algunas observaciones, aunque ha sido hecha por el jurisconsulto don Bernardo Lira y aprobada por la respetable Comisión revisora del proyecto.

Como base legal del sistema á que obedecen en el proyecto los acuerdos ó resoluciones de un tribunal multipersonal, conviene dejar determinado que sólo se pueden presentar, según él, tres casos:

1.º Dos ó más opiniones, y una de ellas con mayoría absoluta.

2.º Dos opiniones con igualdad de votos.

3.º Más de dos opiniones y ninguna con mayoría absoluta.

Para el sistema que proponemos sólo admitimos dos casos: ó hay mayoría ó no hay mayoría absoluta.

Esta mayoría puede ser ó la unanimidad ó uno más sobre la mitad. Así está computada en el artículo 87 de la Ley de Tribunales, que dice:

"Todo acuerdo se constituye por los votos uniformes de la mayoría absoluta de los miembros concurrentes".

Acuerdo es resolución. Esta mayoría puede ser de uno, dos, tres ó más, sobre la mitad, hasta llegar á la unanimidad.

Antes del artículo 157 se ha legislado para el caso de la mayoría, para el primer caso de los tres ó de los dos de un párrafo anterior.

En los artículos 157, 158 y 159 se legislan los otros dos casos, el 2.º y 3.º ya enunciados en el mismo párrafo.

Veamos el significado de algunas voces del artículo 157 é inciso 1.º del 158.

"Empate" es "igualdad de votos ó sufragios", obstáculo. "Voto" es "opinión", dictamen, parecer, sufragio y el papel

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mismo en que se emite la opinión. "Debate" significa discusión. "Acuerdo" está aquí en el sentido de "resolución". "Dispersión" es segregación; "separación", discordar lo que estaba junto.

Expongamos el sistema del Proyecto.

ART. 157. (Dos opiniones con igualdad de votos ó con empate, segundo caso). Habrá *segunda vista* y se llamará *un* juez. No hay la segunda votación del inciso 1.º del artículo 158. Hecha la votación con el nuevo juez, ó resulta la mayoría ó resulta el caso de dispersión del artículo 158.

ART. 158. (Más de dos opiniones, ninguna con mayoría, tercer caso). Habrá segunda votación sobre cada opinión. Si ninguna obtuviere mayoría, habrá nueva vista y se llamará nuevos jueces. Si después de la primera y segunda votación no hubiere mayoría, se excluirá una opinión, y los que la sostengan tendrán que decidirse por las demás opiniones ú otras nuevas.

La distinción que se hace en el caso del artículo 157 y en el caso del 158 no trae ningún beneficio práctico, ni facilita la expedición de las cosas; al contrario, en muchas ocasiones se perderá el tiempo discutiendo para averiguar si será llegada la oportunidad de aplicar el artículo 157 ó el 158 del Proyecto.

Es verdad que hay sus diferencias, pero insignificantes: en el 157 se limita á uno el número de jueces llamados, en el 158 no se limita; en el 157 se circunscriben las funciones del nuevo juez y no hay segunda votación antes de llamarlo; en el 158 no hay tal circunscripción de funciones y hay segunda votación.

Hay necesidad de uniformar el procedimiento y simplificar el mecanismo del sistema, evitando las distinciones inútiles. Lo que impide que el caso de empate del artículo 157 y el caso de dispersión del 158 tengan una misma tramitación, es la segunda votación sobre cada opinión, votación que puede suprimirse, por consideraciones de respeto á la libertad de voto y de conveniencia práctica. Suprimida esa segunda votación, se llega á la igualdad de procedimiento, que es el que buscamos.

En la Ley de Enjuiciamiento Español se reconocen para estos casos sólo dos situaciones: ó mayoría ó discordia; si no hay mayoría, considera los demás casos como discordia. Siguiendo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nosotros ese ejemplo, sólo admitimos dos situaciones: ó mayoría, ó dispersión; si no hay mayoría, todos los demás casos son de dispersión; y tendrán un solo procedimiento. El caso del artículo 157 y el del 158 se refundirán en uno sólo, el caso de dispersión; ambos artículos formarán uno sólo y el 159 se suprimiría por innecesario.

En efecto, una disposición legal tiene forzosamente que cumplirse cada vez que se presente el caso contemplado en ella; nada importa que esta vez sea una, tres ó diez veces; tampoco necesita que se diga especialmente su cumplimiento cuando se presente el caso contemplado. La disposición del artículo 159 es aplicable á todo procedimiento, no sólo al de los artículos á que se refiere. Sin su existencia, tendrá que observarse lo mismo que ordena, porque toda disposición lagal tiene que cumplirse. Por consiguiente, el artículo 159 debe suprimirse por superfluo, por estar demás.

La redacción que daríamos al artículo que enunciase el sistema que reemplazase al sistema del Proyecto y que ocupase el lugar de los artículos 157, 158 y 159, sería la siguiente:

"ART. 157. Si no hubiere mayoría legal, se llamará tantos jueces cuantos sean necesarios para obtenerla, y habrá nueva vista de la causa con los jueces llamados.

"Después de la vista, los nuevos jueces sólo podrán tomar parte en las cuestiones no resueltas.

"Si, después de votada la cuestión con los nuevos jueces, no resultare la mayoría legal, los miembros que sostengan la opinión que cuenta en su favor con menor número de votos, tendrán que abandonarla y abrazar en nueva votación una de las otras opiniones que dividan al Tribunal.

"Si hubiere más de una opinión que se hallare en este caso, el Tribunal decidirá cuál debe ser excluída.

"Si después de la exclusión y votación, no resultare mayoría legal, se excluirá otra opinión de las que cuentan menor número de votos y habrá nueva votación.

"El procedimiento de exclusión se seguirá observando hasta encontrar la mayoría buscada".

Comparemos el Proyecto con la reforma.

En el sistema y redacción del Proyecto puede haber segun-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

da, tercera, cuarta ó más vistas de la causa. En el de la reforma únicamente puede haber dos vistas; las demás operaciones son abandono ó exclusión de opiniones ó votaciones.

Apliquemos el sistema del Proyecto.

Hay tres jueces y tres opiniones; cada una tiene un voto. Aquí hay igualdad de votos; y en el lenguaje corriente y forense hay *empate de votos* ó simplemente *empate*, como lo demuestra el significado que tienen las voces enunciadas más adelante. El artículo 157 dice *empate de votos*, para significar *empate de opiniones*, ó bien, *dos opiniones* con iguales votos. El Proyecto no llama el caso de los tres jueces con tres opiniones, caso de empate, sino caso de dispersión según el lenguaje del artículo 158. Según este mismo lenguaje, si en vez de haber con tres jueces tres opiniones, hay sólo dos opiniones, una con dos votos y otra con uno, no habría dispersión, sino caso de mayoría; no obstante que en el lenguaje corriente y forense sería caso de dispersión. Las voces *dispersión de votos* del artículo 158 denotan más de dos opiniones y ninguna con mayoría legal. Con lo dicho queda demostrada la impropiedad del uso de las palabras del Proyecto y que ello induce á confusiones.

En el caso de llamarse un juez para el empate del artículo 157, si el nuevo juez sostiene una tercera opinión, se produce el caso de dispersión del artículo 158; y se resolvería conforme á este artículo. No habría necesidad del inciso propuesto por el señor Ravest, quien supone que el nuevo juez dirime sólo el empate, cuando dirime el empate y las demás cuestiones, parciales y la final, que aun quedan por resolver. El nuevo juez integra el tribunal hasta el final de la sentencia y en lo que resta para llegar á su final.

Sigamos: tenemos tres jueces y tres opiniones. Se llama dos jueces; se vota y resultan las mismas tres opiniones, una con dos votos, otra con dos y una con un voto. Vendría la exclusión de una y terminaría el asunto. Pero en vez de tres opiniones, resultan cinco, cada una con un voto. Se excluye una y quedan cuatro.

Como el Proyecto no admite más exclusiones, el caso es de dispersión; y según el artículo 159, hay que repetir el procedimiento del 158. Manteniéndose en su opinión por segunda

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

votación, se llaman dos jueces más y se ve de nuevo, y *en tercera vista*, la causa. La votación da dos votos por una opinión, dos por otra, dos por una tercera, uno por otra. Se excluye ésta y resultan tres opiniones. Nueva repetición del artículo 158 y cuarta vista; etc.

Si estos casos son muy posibles en el Proyecto, no podrían existir con el sistema de la reforma propuesta.

En la reforma todo se determina por el orden cronológico de la sucesión de las operaciones que se legislan.

En la proposición "si no hubiere mayoría legal", se comprenden todos los casos imaginables, el empate y la dispersión del proyecto, casos que en doctrina llamaremos *de dispersión*.

Decimos "se llamará" y suprimimos el complemento "en el concepto del tribunal" del inciso 1.º del artículo 158, y no decimos, que llamará *el presidente* ó *el tribunal*, para dejar subsistente lo dispuesto en la regla 4.ª é inciso final del artículo 99 de la Ley de Tribunales. El sistema de este artículo es el verdadero. Si se deja subsistente el complemento mencionado, se deroga la facultad 4.ª del presidente conferida en el artículo citado.

El Proyecto deroga esa facultad en este punto.

Viene después el fijar el número de jueces, cuyo número se determina por el presidente del tribunal, ó éste mismo en su caso (art. 99 citado).

El Proyecto dice uno en el caso de empate, y lo llama el presidente; no determina cuántos en el caso de dispersión, y entonces los llama *sólo* el tribunal.

La reforma ordena la vista con los jueces llamados. El artículo 157 la prescribe en la misma forma; pero el artículo 158 no la prescribe ni dice con quiénes tendrá lugar, sólo se deduce por inducción.

En el inciso 2.º se da una regla general que fija la *extensión de la jurisdicción* de los nuevos jueces. Esa misma regla existe en el caso del artículo 157, pero no existe en el del artículo 158. Como en toda cuestión parcial y en la final hay debate y resolución ó acuerdo, no hemos creído conveniente especificar el campo en que puede y debe tomar parte un juez reintegrante.

Basta decir "cuestiones" para comprender las dos clases que hay, á saber, de hecho y de derecho. Por esto hemos su-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

primido esta especificación, la cual parecía dar á entender que no podían los jueces reintegrantes tomar parte en la resolución final ó sentencia. La forma genérica expresa más fielmente el pensamiento.

Inciso 3.º de la reforma: 1.º, se llama á los jueces; 2.º, se tiene la vista; 3.º, se vota. La reforma toma ésta última operación como *premisa* y dice: "si después de votada la cuestión *con* los nuevos jueces". Hace entrar en la votación á los nuevos jueces. El Proyecto toma como premisa, inciso 2.º, artículo 158, el llamamiento y la vista, deja á un lado la votación, cuando ésta es la que define ó liquida la duda. Tampoco habla de no encontrar la mayoría, como dice la reforma, sino que cita el hecho de más de dos opiniones que dividan el tribunal. Puede suceder que haya tres opiniones, y no obstante, no hay que repetir la segunda votación; porque hay mayoría. Ejemplo: cinco jueces: una opinión, 3 votos, otra 1, otra 1. Esta duda del Proyecto desaparece en la reforma, la cual omite la segunda votación y no usa la voz "sentencia" estudiadamente; porque está mal usada en el sentido de mayoría legal. Cuando se resuelve una cuestión de hecho ó cualquiera otra cuestión parcial, no existe "sentencia", sino sólo una resolución ó un acuerdo, nada más.

"Tendrán que abandonarla y abrazar en nueva votación una..." dice la reforma. "Deberán abrazar cualquiera", dice el Proyecto. La reforma prescribe el abandono, punto esencial para tomar otra opinión. Ella determina cómo se abraza otra opinión. Si no lo dijera, podría suceder que el juez ó jueces reintegrantes sólo se adhiriesen á las opiniones en discusión, sin necesidad de votación; lo cual coartaría la libertad del voto. El Proyecto no prescribe el abandono, ni habla de la manera como se significa el tomar algunas de las opiniones reinantes.

No ponemos "manifestadas", como dice el artículo 158, porque puede suceder que alguna se haya manifestado en el curso de la discusión, y se haya abandonado después, y no sea de las favorecidas con votos en la última votación. En lugar de "manifestadas", y para quitar toda duda, usamos la proposición "que dividen al tribunal", frase que finaliza el inciso último del artículo 158 del Proyecto.

La última parte del inciso final del artículo 158, después de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la conjunción *y*, es un precepto repetido en el final del inciso 3.º La reforma ha evitado esta repetición.

El inciso 5.º de la reforma comprende una segunda inclusión y una segunda votación. El 6.º contiene una regla para repetir una tercera exclusión ó más.

Estos dos incisos no están en el Proyecto.

Se echa de menos una prescripción semejante á la del artículo 51 de la Ley Española, á fin de fijar una facultad de que carece el presidente de un tribunal, fuera del caso consignado en el artículo 97 de la Ley de Tribunales. Dicho precepto diría así:

"ART. 157 *a*. Cuando una causa quedare en acuerdo, el presidente señalará en ese mismo instante el día en que deba resolverse".

El trabajo ordinario de las cortes ó de sus salas, así como el de los juzgados de asiento de corte, tiene lugar ordinariamente de 11 A. M. á 3 de la tarde, durante cuatro horas.

Cuando hay necesidad de integrar las cortes ó sus salas, se saca un ministro ó dos de una sala, ó un juez ó dos de los juzgados; y se paraliza por completo el trabajo de la otra sala que quedó incompleta, ó de aquel juzgado que quedó acéfalo. Estos casos de integración desorganizan por completo las funciones ordinarias de los tribunales, así como la de los fiscales de corte, que no siempre se hallan á mano.

Para hacer desaparecer esta causa de perturbación, que origina molestias á los jueces y pérdidas á los litigantes y abogados, proponemos los siguientes artículos, cuya idea capital se halla en el artículo 52 de la Ley Española, del artículo 79 del Reglamento de Administración de Justicia, de la atribución 5.ª del artículo 99 de la Ley de Tribunales y de los artículos 5.º, 8.º y 9.º de la ley de 19 de enero de 1889, referente sólo á las cortes de Santiago.

"ART. 157 *b*.—Las cuatro horas diarias del despacho ordinario de un tribunal se destinarán exclusivamente al pronunciamiento de sentencias.

"Los acuerdos pendientes, la segunda vista de una causa ú otra posterior, el examen de datos ó de personas, la formación de listas y los asuntos administrativos, no podrán tener lugar sino después de las horas del despacho ordinario.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"La audiencia pública de los artículos 82 y 114 de la Ley de 15 de octubre de 1875 tendrá lugar antes del despacho ordinario y ante un solo Ministro".

"ART. 157 *c*.—El último día hábil de cada semana y después del despacho ordinario, el presidente del tribunal designará por turno semanal el ministro tramitante de que habla el inciso precedente, y formará la lista de las causas que se ha de fallar cada día hábil de la semana entrante, dividiéndola equitativamente, en su caso, en tantas secciones cuantas sean las salas del tribunal.

"Si no pudiere asistir el ministro tramitante, será subrogado por su antecesor en el turno.

"El presidente del tribunal impartirá las órdenes necesarias para que no sufra el despacho diario de la tramitación.

"El tribunal ó una sala podrá encomendar á uno de sus ministros todo lo que no sea sentenciar, formar ternas ó listas, ó acuerdos".

El Reglamento de Justicia del año 24 confiere al regente de una corte la facultad de graduar la preferencia en que deben verse las causas (art. 79 citado).

El artículo 99 de la Ley de 15 de octubre del 75 habla del orden en que deben verse las causas, pero no habla de tablas.

El artículo 5.º de la Ley de enero citada habla de que las tablas que el presidente debe formar semanalmente, se sorteen.

Comparemos lo existente con la reforma que proponemos.

Según el sistema que desarrollan los artículos 157 *b*, y 157 *c*, se distribuyen los distintos trabajos del tribunal y se divide el tiempo del día judicial.

Hay primera hora, segunda hora y tercera hora de trabajo.

Un solo ministro tramita y oye quejas. Tres ó mas ministros fallan las causas y las quejas.

Durante la primera hora, ó sea, antes de las cuatro horas diarias, un solo ministro da decretos, providencias, todo lo relativo á trámites; en ella tiene lugar la cuenta, la audiencia pública con los fines de los artículos 82 y 114 de la Ley del 75 citada.

Durante las cuatro horas diarias el tribunal oye relaciones, alegatos y pronuncia sentencias. Nada de esto puede cometer.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Durante la tercera hora, ó sea, después de las cuatro horas diarias, el tribunal sigue ocupándose de algún acuerdo pendiente (á que se refiere el artículo 157 *a* de la reforma ó el 97 de la Ley de Tribunales), de nuevas vistas de causas, del examen de datos estadísticos ú otros datos, del examen de los opositores á un empleo judicial para componer las ternas prescritas por la ley, de las listas judiciales que la ley le encomienda, y por último, de los acuerdos relativos al ejercicio de las facultades conservadoras, disciplinarias ó económicas del artículo 3.º de la Ley del 75 citada, y del 98 y 115 de la misma.

El inciso 1.º del artículo 157 *b*, dedica las cuatro horas al fallo de causas; no admite otra clase de trabajo. En el segundo inciso se detallan ciertos trabajos que deben tener lugar en la tercera hora; porque, si no tienen lugar en esa tercera hora, no valen. Esa sanción les da la forma negativa de la redacción. El precepto de ese inciso es prohibitivo y tiene la sanción del artículo 10 del Código Civil. Así se evita que no se cumpla la ley.

En los dos primeros incisos hay acuerdos, funciones del tribunal ó de sus salas.

En el tercero no hay acuerdos; hay sólo funciones de un ministro. En él tiene lugar la audiencia pública, se designa *el tiempo en que* debe tener lugar y *ante quién*. La materia de las audiencias públicas ó el trabajo que debe realizarse en ellas, está determinado en los artículos 82 y 114 de la Ley del 75.

Según ellos, las audiencias son para *despachar* las providencias de mera sustanciación y para *oír* quejas, y corresponden á las cortes. El artículo 8.º de la ley de enero del 89 desconoce el sistema de la Ley de Tribunales, disponiendo que las providencias y la audiencia corresponden á la sala del presidente. La ley del 75 designa el tiempo en que debe verificarse tal ó cual trabajo. La ley del 89 enumera este mismo tiempo y una clase de trabajo, enumeración impropia y sin objeto; bastaba haber dicho en la ley del 89 «la audiencia pública» para comprender sus dos componentes, providencias y quejas. Con el sistema que proponemos, quitamos á las cortes la tarea de poner providencias y oír quejas: damos este trabajo á un solo ministro que llamamos tramitante, porque sólo tramita.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 85 de la Ley de Tribunales dice: "Para dictar las providencias... bastará un solo ministro". Esta misma ley no hace este punto exclusiva materia de un ministro, la hace extensiva á uno, á dos, ó á todo el tribunal.

En la práctica hemos visto que las Cortes no firman ningún decreto sino que se pone una constancia del secretario en que dice entre otras como "la... Corte proveyó: En relación", "la... Corte proveyó: En tabla", "la... Corte proveyó: Exprésese agravios", etc. Bajo esta forma llegan las providencias á los autos. La ley no ha querido esto ni puede quererlo. Cada decreto debe ser firmado por su autor y autorizado por el secretario.

Aquella forma certificada es forma anónima, irresponsable, que impide ver al autor determinado: debe desterrarse tal manera de proveer.

El artículo 157 *c*, dispone lo que debe hacer el presidente de cada Corte el último día hábil de cada semana. Incorporamos á la ley la formación semanal de las tablas ó listas de causas, divididas en tantas partes como días hábiles haya en la semana que viene. Hasta hoy sólo se ha ordenado que las referidas listas se formen por el presidente (Ley del 75), semanalmente (ley del 89). Pero no se ha dicho *cuándo* se formen, á qué *hora* ni *cómo* se formen; si una lista única ó varias para la semana, ó si esta lista única, pero dividida en días. Todos estos vacíos llena la reforma, diciendo, después del despacho ordinario ó á tercera hora del último día hábil de cada semana, que puede ser sábado, viernes ó martes, se hará una lista, dividida en porciones para cada día hábil si no hay Salas, y dividida en secciones, si hay Salas y las secciones divididas en porciones para cada día.

En el mismo tiempo en que se forman las tablas, se nombra el ministro tramitante.

En el inciso 2.º del artículo 157 *c*, se estatuye la subrogación del ministro tramitante, y en el 3.º se da al presidente una facultad general para que mantenga siempre expedito el despacho de la tramitación.

Creemos que para dar decretos basta un solo ministro, por cuanto en ellos nada se resuelve y son sólo de pura formalidad; la garantía de un magistrado que se turna, es suficiente en estos casos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En la reforma hemos hecho extensivo á todas las Cortes de la República lo que sólo era aplicable á la Corte de Apelaciones de Santiago y á la Suprema por ley de 19 de enero del 89.

Esta ley recarga al presidente y á la Sala en que funciona con el enorme trabajo de la audiencia pública, es decir, del despacho de la cuenta y de las quejas.

Nosotros dividimos esa tarea entre todos los ministros por turnos semanales, y como al presidente no le alcanza este turno, porque debe tener alguna regalía el ser presidente, hemos compensado este trabajo con la tarea de los turnos de ministros tramitantes, de los sorteos de ministros para Salas, de los sorteos de las tablas y lo relativo á la formación del rol de causas que debe tener cada secretario.

Con esta división del trabajo hemos evitado uno de los defectos de la ley de enero del 89. El peso de la tramitación tocará á los catorce ministros de Santiago. Hoy sólo toca al presidente y á su Sala.

El inciso final del artículo 157 *c*, faculta á cada tribunal ó á cada Sala para cometer á uno de sus respectivos miembros todos aquellos asuntos que la ley no confiere determinadamente á un ministro dado. Se hallan en este caso todas aquellas diligencias que un tribunal, sea Corte ó Sala, decrete en conformidad al artículo 151 de la reforma; el examen de datos estadísticos ó de otra especie de datos; la redacción de informes ó aglomeración del material para evacuarlos, la visita de establecimientos penales ó de las oficinas públicas de funcionarios judiciales, como secretarías, notarías, conservadores y archivos; los asuntos económicos y el cumplimiento de alguno de los acuerdos tomados en esta clase de negocios; etc.

Todo lo que hoy día pertenece al ministro de semana, corresponde por la reforma al ministro tramitante, que es uno en todo tribunal, aunque tenga él dos ó tres Salas. Hoy día para cada Sala se nombra un ministro semanero; el que en realidad de verdad nada tiene que hacer y es en muchos casos de mera fórmula.

En efecto, por el sistema de la reforma, cuanto decrete el ministro tramitante, todo tiene que verificarse ante él y pasar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por su vigilancia. Por ejemplo, si decreta posiciones, comparendos, prueba testimonial, correspondencia, tienen que verificarse ante él estas diligencias; él tiene que examinar las comunicaciones, visar la correspondencia franca, etc.

El ministro tramitante subroga al ministro semanero y lo reemplaza.

Cuanto decrete el ministro tramitante, todo debe tener lugar ante él; y cuanto ordene una Corte ó Sala debe tener lugar ante ella ó ante el ministro á quien ella comisione, según la facultad conferida en el inciso final del artículo 157 *c*.

Si la hora de audiencia no es suficiente para evacuar todo el despacho, puede continuar el ministro tramitante en el desempeño de sus mismas funciones hasta concluir todas las diligencias que haya que evacuar en ese día, á fin de no atrasar nada. Tal es el sistema de la reforma.

Aquí es útil y oportuno insinuar dos reformas en la ley de 19 de enero del 89: una es reemplazar el sorteo mensual del personal de un tribunal, por el sorteo en dos épocas del año, el 2 de marzo y el 1.º de agosto de cada año; otra es que la suspensión de la vista de una causa sólo podrá tener lugar *una vez* y en virtud de decreto del ministro tramitante. Una y otra reforma se harían extensivas á todos los tribunales de la República. Con las medidas propuestas se evitan los entorpecimientos que traen el sorteo mensual y la suspensión por simple voluntad de los interesados, y se hace más expedita y fácil la administración de justicia, fin primordial de la ley.

Es también útil incorporar á este Código el artículo 6.º de la ley citada de enero.

"ART. 6.º Comenzada la vista de una causa, continuará en los días siguientes hasta su terminación".

Este precepto se aplica sólo á las Cortes de Santiago; conviene extenderlo á las demás Cortes de la República.

"Continuará", dice la ley. ¿En la misma Sala ó en otra? Si los días siguientes son festivos ó feriados ¿continuará la vista durante ellos, ó no seguirá en ellos?

Para salvar estas dudas, y á fin de hacer más concreto el precepto legal, conviene redactarlo en la siguiente forma:

"ART. 157 *d*.—Comenzada la vista de una causa, no podrá

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

suspenderse y continuará el siguiente ó subsiguientes días hábiles hasta su terminación».

El punto relativo á los mismos jueces está resuelto por el artículo 88 y siguientes de la Ley de Tribunales.

Decimos «no podrá suspenderse», para evitar que las partes ó los abogados pidan la suspensión: no poniéndose esa prohibición, se tendría que suspender en virtud del mandato del artículo 7.° de la ley de enero del 89.

El artículo propuesto propende al buen servicio y al bien de los funcionarios y del público, porque no se les esteriliza su tiempo.

«ART. 156. Terminado el acuerdo, cada juez escribirá su voto particular conforme á lo establecido por la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, y se procederá á la redacción de la sentencia por el miembro que el tribunal señalare, el cual se ceñirá estrictamente á lo resuelto por la mayoría. Si se suscitare alguna dificultad acerca de la redacción, el tribunal decidirá».

El Proyecto en este artículo dispone que una vez dada la sentencia, se redacte y se escriban ella y los votos especiales. Usa mal la voz «acuerdo» en el sentido de «sentencia», tal como esta voz se definió en el artículo 149. Es verdad que «acuerdo» significa resolución y que cada cuestión de hecho ó de derecho requiere ser finalizada por un acuerdo ó una resolución; también es cierto que una sentencia es una resolución. Pero todo esto no autoriza el dar á la palabra «acuerdo» el significado legal de la voz «sentencia».

En lugar de la frase «terminado el acuerdo», que es muy genérica y sujeta á dudas é interpretaciones, y que no dice lo que se quiere decir, usaremos la frase «acordada la sentencia» ó «pronunciada la sentencia».

¿Qué es lo que hace el tribunal una vez encontrada la sentencia?—Las siguientes operaciones según el Proyecto: 1.ª, nombrar un ministro redactor; 2.ª, resolver las cuestiones de redacción. Pero, en realidad, una vez dado el fallo, hay que escribirlo y hay que escribir los votos especiales. Éstos por sus autores y aquélla por sus autores también, por alguno de la mayoría. Esto es lo lógico.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Redactaríamos así el artículo analizado:

"ART. 156. Acordada una sentencia, el presidente del tribunal designará, por turno y de entre los demás miembros de la mayoría, al que deba redactarla; y el que hubiere dado voto especial, lo redactará en el libro de votos y lo firmará.

"El ministro redactor se ceñirá estrictamente á lo resuelto por el tribunal, redactará en términos claros y precisos y leerá su redacción ante el tribunal.

"Éste resolverá las cuestiones acerca de la redacción y la aprobará suscribiendo en el proceso la sentencia".

Comparemos ambas redacciones.

En el inciso primero decimos "*una* sentencia" indeterminadamente; porque el *la* determinaría y nos haría ver un algo que carece de ese requisito de determinación.

El nombramiento se hace por turno entre los ministros de la mayoría y se excluye al presidente; en el Proyecto no se determina ninguno de estos pormenores. La facultad de nombrar se la otorgamos al presidente, por ser un acto administrativo de orden interno; el Proyecto confiere esa facultad á todo el tribunal. Conviene excluir al presidente para aliviarle en algo su crecido trabajo sobre sus demás colegas. Esta misma exclusión existe en el artículo 36 de la Ley Española. Si no se estableciera el turno, podría recargarse el trabajo desproporcionalmente y con capricho. No entran en el turno los ministros disidentes, porque es natural que no redacten bien una sentencia que no es de su opinión y que han combatido con su voto; por consiguiente, dicha operación sólo debe encargarse á sus autores, que serán los más interesados en que salga lo mejor posible. El *turno* está prescrito en el artículo 4.°, ley de 12 de septiembre del 51. No carece de precedentes.

Mientras se redacta la sentencia, los ministros de votos especiales redactan su voto. Decimos *redactará* y no *escribirá*, porque no es decoroso exigir la operación *manual de escribir;* eso queda para los escribientes; la ley sólo exige la redacción, que pueden hacer todos; mas la escritura no podrían en muchos casos ejecutarla todos, y queda á voluntad. También la reforma impone la firma, que no prescriben el Proyecto ni la Ley de Tribunales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Aunque no existía necesidad de decir *dónde* se redactase el voto, por decirlo el número 2.º del artículo 95 de la Ley de Tribunales, lo hemos dicho para dar á ese libro *su verdadero nombre.* Dicha ley lo llama *libro de acuerdos*, y no contiene *ningún acuerdo* en el sentido que le da el artículo 87 de la misma ley; sólo contiene votos especiales ú opiniones individuales; por eso y para significar lo que realmente contiene, apellidamos ese libro *libro de votos.*

La duda que propone el señor Ravest en este artículo 156, está resuelta en la disposición del artículo 95 citado; y según ella no podría redactarse (ó "escribirse", como dice el Proyecto), en el proceso. El inciso que dicho señor propone es inadmisible; porque dispone cómo terminará el acuerdo, punto que no hay necesidad de legislar.

Otra de las razones que hay para que se excluya de la redacción de la sentencia á los miembros de la minoría, es que éstos, teniendo que redactar su opinión, no podrían á la vez redactar la sentencia; habría incompatibilidad de operaciones y demora perjudicial.

El Proyecto dice que se "*escribirá conforme* á lo establecido en la Ley de Tribunales". Vemos esta ley y no hallamos que *establezca modo* alguno para escribir los votos especiales. Es una cita inconducente y equivocada; debe evitarse.

En el inciso 2.º de la reforma ponemos "*por el* tribunal" en lugar de "por la mayoría" del Proyecto, por ser más propio y comprensivo aquel complemento. La mayoría es expresión indeterminada, no se sabe á cuál se refiere. *La forma externa* de la redacción y *la lectura* son otros puntos legislados en la reforma.

En el inciso 2.º del Proyecto se dice "suscitar dificultades": su uso es incorrecto, está en lugar de "surgir, presentarse cuestión". Esa impropiedad debe subsanarse.

En el inciso 3.º de la reforma decimos que el tribunal resolverá lo relativo á redacción y aprobará ésta; y designamos el modo cómo preste su aprobación, y es suscribiéndola en el proceso; así se consigue suscribir la sentencia misma.

La *aprobación* es operación no prescrita en el Proyecto, y consignada en el artículo 58 de la Ley Española; no carece de precedente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Apéndice á los artículos 157, 158 y 159

Después de las ideas desarrolladas con motivo del examen de los artículos 157, 158 y 159 del Proyecto, nos parece útil consignar á continuación una *regla* clara y práctica, que determine de una manera sencilla el *número de jueces* que deben ser llamados en cada caso que se produzca *la falta de mayoría legal* en un tribunal colegiado. Puede ser que algunos no acepten nuestra innovación; porque echen de menos esa regla, y porque el artículo 157 consigna un caso comprendido en el precepto que deseamos se consigne en el Código.

Así también restringiremos el campo de las divagaciones y de las disputas; desde que todo tribunal colegiado debe amoldar á esta regla su procedimiento en el número de jueces que se ha de llamar para reintegrarse ó reconstituirse en condiciones legales.

El nuevo artículo que propondríamos diría así:

"ART. 158. Los votos de la opinión más favorecida, se aumentarán en los necesarios para exceder en uno al total de los de las demás opiniones; y se llamarán tantos jueces cuantos fueren el aumento indicado".

Así, por ejemplo, si el tribunal tiene cuatro jueces y cada uno da su opinión especial, tendremos cuatro opiniones y cada una con su voto: si el tribunal se divide en dos grupos, habiendo dos votos para cada opinión, tendremos dos opiniones con dos votos cada una. En ambos casos, las opiniones son igualmente favorecidas; en cuya situación es indiferente tomar cualquiera como base de la operación aritmética que nos prescribe la primera parte del artículo propuesto.

En el primer ejemplo, uno representa los votos de la opinión más favorecida ante la ley y la concepción abstracta que nos formamos. Los votos de las demás opiniones suman tres. Para exceder á tres en uno, se necesita aumentar á uno en tres. El aumento es tres. Luego, son tres los magistrados que deben llamarse para formar tribunal competente.

En el segundo ejemplo, las opiniones tienen igual número de votos; en este caso, mediante la abstracción, puede tomarse

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cualquiera como la más favorecida; ello es indiferente para el resultado de la operación aritmética. El total de votos del resto de opiniones que quedan, es sólo *dos*. Luego, para exceder á éste dos en uno, habrá que aumentar en uno el primer dos tomado. El aumento necesario para que haya este exceso, es uno; luego, debe llamarse un juez para integrar el tribunal.

Un tercer ejemplo. Hay cinco jueces: una opinión con 2 votos, otra con otros 2 y una tercera con 1 voto. La opinión más favorecida es 2; las otras dos opiniones suman 3 votos. Para exceder á 3 en 1, hay que agregar 2 á 2 y formar 4. Así 4 supera á 3 en 1. Luego, el aumento *dos* nos dice que deben ser dos los jueces que deben ser llamados.

Con los ejemplos propuestos basta para comprender el alcance de la disposición que queremos que se incorpore en nuestra legislación.

Con ella no se perderá el tiempo en discusiones estériles para determinar el llamamiento de los jueces necesarios; al contrario, con su establecimiento habrá ventaja positiva y de efectos seguros para la marcha expedita del procedimiento del tribunal en el llamamiento de los reintegrantes.

"ART. 160. Toda sentencia, de cualquiera clase que sea, deberá expresar la fecha y lugar en que se expide, y llevar al pie media firma del juez ó jueces que la hayan dictado".

La frase "de cualquiera clase que sea" está demás, debería suprimirse. Primero se pone el lugar y después la fecha. En el artículo se dicen al revés estas cosas.

Aquí conviene estatuir cómo se encabeza un decreto ó una sentencia, y cómo firman los jueces y los secretarios esos mismos actos.

Creemos muy útil la firma entera en las sentencias definitivas, como lo manda el artículo 20 de la Ley Española; dada la confusión de apellidos que va existiendo, se hace necesaria esta medida.

Podría redactarse así el

"ART. 160. Toda sentencia ó decreto principiará expresando el lugar, día, mes y año en que se expida.

"El decreto y la sentencia interlocutoria serán suscritos con

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el apellido del juez y secretario de la causa, y la sentencia definitiva con firma entera de dichos funcionarios».

El proyecto no dice dónde debe colocarse el nombre del lugar, y la fecha; ni expresa el orden cronológico de sus elementos, ni dónde debe ir la firma del juez ó jueces, ni del secretario. Todo esto lo determina detalladamente la reforma.

«ART. 161.—Toda sentencia definitiva de primera instancia ó revocatoria de la de otro tribunal contendrá:

«1.° La designación precisa de las partes litigantes.

«2.° La enunciación breve de las peticiones ó acciones deducidas por el demandante.

«3.° La misma enunciación de las excepciones ó defensas alegadas por el reo.

«4.° La relación de los hechos acreditados en el proceso y que, á juicio del tribunal, sean congruentes.

«5.° Las razones ó consideraciones legales que sirven de fundamento á la sentencia.

«6.° La enunciación de las leyes con arreglo á las cuales se pronuncia.

«7.° La decisión del asunto controvertido».

Este artículo es casi una copia exacta del artículo 3.° de la ley de 12 de septiembre de 1851, con la diferencia que el artículo 3.° hacía extensivo este procedimiento á las sentencias interlocutorias de primera instancia y que aquella ley daba la sanción de nulidad para la infracción del referido artículo 3.°

Nosotros sólo haremos aplicable á la sentencia definitiva la disposición del artículo 161; y no á todas, sino á las de primera instancia y á las que revoquen en segunda instancia una sentencia definitiva, que sea inexacta en la exposición de los pormenores que se prescriben para tales sentencias en el mismo artículo.

Cuando se revoca ó confirma una sentencia exacta, no hay para qué repetir esos pormenores; basta decir que se reproduce esa parte expositiva. La misma observación hacemos respecto de las sentencias interlocutorias de segunda instancia; en ellas no hay que repetir lo que se dijo en primera instancia.

El proyecto dice en el inciso 1.° «revocatoria de la de otro tribunal», ó bien, que es revocatoria de la definitiva; bajo tal expresión se comprende la sentencia exacta y la que no lo es.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En una sentencia debe decirse *quién* demanda, y *á quién*, y *sobre qué* cosa, individualizando estos tres pormenores; después una razón compendiosa, pero clara de lo que dicen los litigantes; en seguida, los hechos debatidos que han sido plenamente y mejor probados, y la individualización del medio probatorio con que se ha conseguido esa probanza; por último, el derecho que se deduce de tales hechos y la ley que lo garantiza. Al fin, la parte dispositiva ó la declaración judicial.

Este artículo tiene que ponerse en relación con el 155 y 156 de la reforma, para coordinar sus mandatos. Hay que armonizarlos.

Francamente, si se hubiera de cumplir *ad pedem litteræ* el artículo 161 del proyecto, saldría en cada sentencia una masa confusa, sin principio ni fin lógico, un todo sin ilación. Tomando por base lo que se ve en la práctica en las sentencias que hoy día dan los juzgados y Cortes de la República, redactaremos así el nuevo artículo:

"ART. 161. Toda sentencia definitiva de primera instancia, dirá:

"1.° Quién demanda, y á quién, y sobre qué cosa, designando á los litigantes ó á sus representantes en su caso, uno á uno, por sus nombres y apellidos, ó por la denominación que tengan en el juicio.

"2.° Una exposición compendiosa, clara y fidedigna de lo que dice el demandante y después de lo que expone el demandado.

"3.° Uno á uno los hechos debatidos, y que plenamente, y que mejor probó el demandante ó el demandado, y el medio con que se acreditó cada uno y la foja donde está la prueba.

"4.° El derecho que se deduce de tal hecho ó conjunto de hechos, y la disposicion legal que lo estatuye ó de que se desprende.

"5.° Las leyes que sirven de fundamento al mandato del juez.

"6.° Lo que manda el juez".

Comparemos.

El número 1.° de la reforma corresponde al número 1.° del Proyecto. La reforma dice cómo se designen las personas naturales y las jurídicas, y que, si alguna litiga por representante,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se mencione esta circunstancia y se nombre al representante. También dice la reforma á quién se nombre primero y á quién después; y cuando son muchos, que se nombren uno en pos de otro. En seguida, viene lo que se demanda. En este artículo no se ordena cómo se enuncie este particular, porque ya está dicho en el artículo 155. Ninguno de estos pormenores esenciales existen dichos expresamente en el Proyecto.

Él usa una palabra que no dice nada determinadamente; pero que puede decir cuanto en ella se quiera hacer caber.

El número 2.º de la reforma corresponde á los números 2.º y 3.º del Proyecto. Estos dos números estaban en uno en la ley del 51; y allí se decía *demandado*, donde el Proyecto dice impropiamente *reo*.

Ningún juez se contenta hoy día con decir lisamente la acción y la excepción; cada uno narra los hechos y los fundamentos legales de la demanda, y lo que dice el demandado en contestación á ella, las razones que aduce y su defensa.

Para el Proyecto la enunciación debe ser *breve;* para la reforma la exposición debe ser *compendiosa*, *clara* y *fidedigna*, tres cualidades esenciales. De nada serviría que fuese breve, si resultaba confusa, oscura; ó no guardaba fe con lo dicho por las partes, ó era inexacta, ajena á la verdad.

El número 3.º de la reforma corresponde al 4.º del Proyecto.

No manda éste que se determine á quien corresponde cada hecho, ni el orden en que se digan, ó si todos se dicen á un tiempo ó por separado, ni que sean de los del debate judicial. En la reforma se subsanan todas estas omisiones y se quita toda indeterminación. Además, no admitimos ningún hecho en la sentencia que no llene los tres requisitos, de *discutido*, *plenamente* y *mejor probado.*

Se agrega la circunstancia de que se diga *con qué está probado* y la foja del proceso donde está la prueba. Así se estimula á los jueces al estudio prolijo del proceso; así se sabe de dónde el juez ha sacado la cualidad de probado de tal hecho.

Si según el Proyecto y este número 4.º, hubiera de ponerse un hecho acreditado, pero no discutido, la sentencia sería ineficaz; por cuanto la ley declara sin valor esos hechos y cuanto se funde en ellos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El número 4.º de la reforma corresponde al 5.º del Proyecto. Éste dice "*razones, consideraciones, fundamentos* legales de la sentencia". Esto es vago, indeterminado, deja á la mente en el vacío. Usa tres sustantivos para una sola idea. La reforma dice: *el derecho* que *nace* de tal hecho, y *la ley* que reconoce ese derecho, ó de la cual se hace nacer como principio general. Del hecho nace el derecho, y éste nace de la ley, expresamente ó por deducción rigurosa.

El número 5.º de la reforma corresponde al 6.º del Proyecto. La reforma dice: "las leyes en que se funda el mandato judicial". Esta es la verdad. El Proyecto dice que se citen las leyes con arreglo á las cuales se pronuncia la sentencia, es decir, estas que estamos confeccionando, las de procedimiento. Este es un error que debe quitarse. Sentencia es el todo, que se está confeccionando. En él hay *parte narrativa;* parte considerativa, ó probatoria, ó de derecho, *parte doctrinaria;* y *parte dispositiva,* declarativa. La parte dispositiva tiene por base la parte doctrinaria; la de derecho, la parte legal. Esto es todo y es lo que denota la redacción de la reforma.

El número 6.º de la reforma es el 7.º del Proyecto. Nos parece más concreta la redacción de la reforma. En ella no se especifica cómo se expresa el mandato; porque este particular ya está prescrito más adelante en los artículos 155 y 156 reformados.

Conviene agregar en forma de artículo lo referente á las sentencias de segunda instancia, que son definitivas y que revocan una inexacta:

"ART. 161 *a.* Contendrá los pormenores del artículo precedente la sentencia de segunda instancia, revocatoria de una definitiva que es inexacta en dichos pormenores".

No hay necesidad de repetir en segunda instancia las circunstancias exigidas por el artículo 161, siempre que ellas estén especificadas de una manera verídica y con arreglo á la ley en la sentencia revocada. Sería una operación inútil, superflua y sin objeto.

"ART. 162. En las sentencias interlocutorias se cuidará de expresar, en cuanto la naturaleza del negocio lo permita, á más de la decisión del asunto controvertido, las circunstancias expresadas en los números 5.º y 6.º del artículo precedente".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No basta *cuidar de* expresar, es preciso expresar; lo primero es algo ilusorio, lo segundo es lo positivo y es lo que debe mandarse. La proposición "en cuanto la naturaleza del negocio lo permita" es sólo expuesta á abusos. En ningún juicio los incidentes rechazan por naturaleza el que se exprese en la sentencia que los resuelve, los pormenores que ordena este artículo 162. Su índole permite siempre la expresión de esos pormenores. Es esa proposición un boquerón legal para que éntre la desidia de los jueces traviesos.

El Proyecto comprende toda sentencia; la reforma no hace extensivo el precepto á las interlocutorias de segunda instancia confirmativas de las de primera instancia, por las razones ya dichas al tratar este mismo punto respecto de las definitivas de segunda instancia. El artículo podría quedar así:

"ART. 162. Toda sentencia interlocutoria de primera instancia ó revocatoria de segunda instancia de otra interlocutoria, contendrá las circunstancias de los números 4.º, 5.º y 6.º del artículo 161".

"ART. 165. Se llama sentencia *firme* ó *ejecutoria* aquélla contra la cual no concede ya la ley recurso alguno que la deje sin efecto.

"Si transcurrido el término que la ley concede para interponer contra la sentencia definitiva los recursos de apelación ó de casación, no se hubiere interpuesto ninguno de ellos, el secretario respectivo lo certificará así á continuación de la sentencia, la cual adquirirá con este certificado el carácter de firme sin necesidad de más citación ni decreto.

"Si la ley no concediere contra dicha sentencia ninguno de los recursos expresados en el inciso precedente, se mirará como firme desde que se hubiere notificado á las partes.

"En el caso de haberse concedido contra la sentencia definitiva los recursos de apelación ó de casación, se entenderá firme ó ejecutoria desde la notificación del decreto que la mande cumplir".

En el inciso 1.º hay que cambiar el "se llama" por "es" y suprimir la proposición "que la deje sin efecto", á fin de sentar un precepto general y una definición exacta.

El efecto del recurso de que habla el Proyecto, es dejar sin

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

valor la sentencia. Hay recursos que no producen este efecto y son el de enmienda del título XXI, y el de reposición del título XXII del Proyecto. Pues bien, contra la sentencia que el Proyecto llama firme, pueden interponerse los referidos recursos; lo que enervaría esa sentencia y haría ver *enervable* lo que *no* es susceptible de ser *enervado*, dos términos contradictorios.

Por consiguiente, para decir con exactitud lo que es sentencia firme, debe suprimirse esa proposicion *explicativa* de *recurso*, que limita á la generalidad ó el total de los recursos; así se comprenderá todo género de recursos.

El inciso 1.° es una definición general que se aplica á la sentencia definitiva y á la interlocutoria. Los incisos restantes son tres casos especiales de sentencia firme, y relativos todos á las sentencias definitivas.

El inciso 2.° habla de transcurrido el plazo de la apelación ó casación, pero no dice *desde cuándo* se cuenta ese plazo. Este vacío hay que subsanarlo. Después ordena que el certificado se ponga "á continuación de la sentencia", lo cual es materialmente imposible, por cuanto á continuación de las sentencias están las notificaciones de las partes y las diligencias practicadas para notificarlas.

Al último, ordena que "la sentencia adquirirá con el certificado el carácter de firme".

Puede la ley mandar esto; pero es desvirtuar la realidad de las cosas y no conformarse con la verdad de ellas, creando un algo ficticio.

El certificado no puede producir el efecto de dar á una sentencia el carácter de firme; esa cualidad es inherente á ella y no proviene del funcionario "secretario". Él dirá (y no podrá decir otra cosa), que ha pasado tal plazo y no se ha interpuesto tal ó cual recurso dentro de él contra tal sentencia. Por lo tanto, el certificado sólo autenticará los hechos, el carácter mismo de firme, pero nada más. El secretario no es el juez que genera la sentencia; luego nada puede darle á ella, y ella nada puede adquirir de ese funcionario ni de lo que él produzca.

La sentencia adquiere por sí misma ese carácter, por el hecho de no existir recurso alguno que enerve su mandato. No debe prescribirse el certificado, porque no da ni quita firmeza á una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sentencia; es un elemento extraño á ella, que mira á su ejecución y que da testimonio de un hecho liso y controvertible.

La cuestión de firmeza es cuestión de derecho: el certificado es cuestión de hecho, susceptible de prueba en favor y en contra. La firmeza es presunción legal, de derecho, deducida, no del certificado, sino del hecho mismo aseverado en él (art. 47 del Código Civil).

Al decirse que la sentencia adquiere su firmeza con el certificado, se asevera una cosa en pugna con lo dicho en el inciso 1.º; falta en aquella definición el elemento del certificado; y faltando, es definición deficiente.

Todo lo cual obliga á suprimir la proposición que dice que la sentencia adquiere su carácter de firme con el certificado; porque su existencia hace mala la definición del inciso 1.º

El inciso 3.º no comprende el recurso de enmienda. ¿Podría darse por firme una sentencia contra la cual se entabla este recurso? Evidente es que no, porque hay un estorbo legal que impide su cumplimiento. Luego hay que subsanar esta omisión.

¿Desde la primera notificación ó desde la última principia lo firme? No lo dice la ley y hay necesidad de decirlo para evitar cuestiones y ambigüedades.

El inciso 4.º tiene el mismo defecto examinado en el 2.º, respecto del certificado; él da al decreto de cúmplase un efecto ó virtud que no tiene. Este decreto nada tiene que ver con la firmeza de una sentencia ya firme. Él sólo anuncia que la causa ha vuelto á su primitiva jurisdicción, que el juez de origen principia á conocer en ella, y que hay que cumplir la sentencia.

El decreto mira al cumplimiento; y tanto él como el certificado, son materias de ejecución.

Es necesario reglar primero lo que se relaciona con lo ejecutorio de una sentencia, y después lo relativo á su ejecución, al cumplimiento de ella. Hay que dividir la materia de los incisos 2.º y 4.º

Muy juiciosas nos parecen las observaciones del señor Ravest respecto de este artículo; si nos lo hubiera permitido la extensión de nuestro estudio, las habríamos reproducido aquí con placer.

Lo dicho basta para dar al artículo 165 la siguiente forma:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 165. Sentencia *firme* ó *ejecutoria* es aquella contra la cual la ley no concede ya recurso alguno.

"La sentencia respecto de la cual la ley no otorga recurso alguno, *queda firme de derecho* inmediatamente después de la última notificación de las partes.

"Si ella tiene recursos, *queda firme de derecho con relación á* un recurso dado, inmediatamente después de transcurrir, sin interponerlo, el plazo de ese recurso; y *respecto de* todo recurso, una vez pasados cinco días, sin interponer ninguno, contado cada plazo desde la última notificación de las partes".

La reforma comprende en los tres incisos precedentes tanto la sentencia *definitiva* como la *interlocutoria;* abraza *todos* los recursos, el de *enmienda*, el de *reposición* ó revocatoria, el de *apelación* y el de *nulidad* ó de casación. Y en el inciso 3.º reconoce dos clases de sentencia firme, *firme relativa* y *firme absoluta*: relativa, respecto de un recurso, y absoluta, respecto de todos en general.

Para completar esta materia, es preciso prescribir algo sobre la ejecución de las sentencias firmes ó sentencias inamovibles

Propondríamos el siguiente precepto:

"ART. 165 *a*. El secretario de la causa certificará si respecto de una sentencia dada se ha ó no deducido algún recurso dentro del plazo legal de ese recurso, contado desde la última notificación de las partes, en el mismo día que una persona del juicio lo pidiese verbalmente sin necesidad de citación de nadie ni de decreto especial.

"No se podrá cumplir una sentencia, sin que se ponga ese certificado y sin que se notifique á todas las partes el *cúmplase*, puesto á la sentencia dada por otro juez que el de la causa".

Decimos *una persona*, para evitar que se exija que todas las personas que componen una parte, hagan la petición, en cuyo caso se dificultaría la diligencia.

Ponemos *plazo*, para dar el certificado; de lo contrario se abusaría, y no se daría sino cuando se le ocurriese al secretario.

Decimos *verbalmente*, para evitar que se exija que se pida por escrito.

Vamos á copiar dos artículos de la Ley Española para que se vea cuánto dista el Proyecto de aquella ley:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 67. Las sentencias definitivas y las *interlocutorias* que decidan un artículo, serán apelables dentro de cinco días".

"ART. 68. *Transcurrido* dicho término *sin interponerse* apelación, quedarán *de derecho* consentidas y pasadas en autoridad de cosa juzgada, *sin* necesidad de declaración alguna".

En la expresión *otro juez*, comprendemos al superior y al juez de letras en los casos en que sentencie causas que le remite el alcalde conforme al art. 53 de la Ley de Tribunales.

"ART. 166. La sentencia firme produce la acción y la excepción de cosa juzgada".

Llegamos al efecto que produce una sentencia firme. El efecto que determina el artículo 166 es propio exclusivamente de las sentencias *definitivas* y de algunas interlocutorias que por naturaleza son invariables, inalterables.

Limitaremos el precepto del Proyecto únicamente á las sentencias definitivas. Y como éstas tienen varias partes, expresaremos la parte de la sentencia que produce el efecto legal de acción ó de excepción.

Circunscribiremos más el precepto, y diremos que la *parte dispositiva* produce ese efecto, por cuanto el resto de la sentencia no produce efecto alguno obligatorio para las partes litigantes.

En consecuencia, se podría redactar así el

"ART. 166. El mandato de una sentencia definitiva firme producirá la acción y la excepción de cosa juzgada".

"ART. 167. Se da la acción de cosa juzgada á favor del demandante que ha obtenido en el juicio, para el cumplimiento de la sentencia, ó para su ejecución en la forma prevenida por el título XXIV de este libro".

"ART. 168. La excepción de cosa juzgada puede deducirse por el litigante á cuyo favor fué pronunciada la sentencia y por todos aquellos á quienes, según la ley, ésta aprovecha, siempre que entre la nueva demanda y la resuelta por dicha sentencia hubiere:

"1.° Identidad legal de personas;

"2.° Identidad de la cosa pedida en la demanda;

"3.° Identidad de la causa de pedir.

"Se entiende por *causa de pedir* el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los dos artículos precedentes son una explicación del principio general sentado en el artículo 166.

La acción se da al que quiere hacer cumplir la sentencia, al que persigue la ejecución de lo que ella manda. En consecuencia, en el artículo 167 hay que determinar á quién se da y para qué se da.

En la voz "demandante" está comprendido *el que reconviene;* porque en esa situación tiene el carácter de demandante, pues toda *reconvención* es *demanda.*

Con lo dicho quedan explicadas las omisiones anotadas por el señor Ravest á los artículos 167 y 168 y que creemos redundantes.

Para el artículo 167 adoptaremos la redacción del inciso 1.º del 168, suprimiendo ó "ejecución" ó "cumplimiento", repetición inútil, y la frase que cita el lugar donde se prescribe la forma de la ejecución. Sin que se diga esa frase, tendrá que cumplirse la ley en esa parte. También podría decirse en el artículo 168 que la excepción se formule en la forma que la ley ordena; pero esa cita sería redundante como la frase dicha.

Los artículos podrían redactarse así:

"ART. 167. La acción de cosa juzgada podrá deducirla el que procure hacer cumplir una sentencia".

"ART. 168. La excepción de cosa juzgada podrá deducirla el que se defiende *de* un exceso en el cumplimiento de la sentencia, ó *de* un nuevo juicio que tienda á poner en peligro su cumplimiento, ó á variar la condición de los litigantes de ella.

"Para deducir la excepción *en este último caso* se necesita que, entre el nuevo juicio y el sentenciado, exista:

"1.º Identidad legal de personas;

"2.º Identidad de la cosa pedida en la demanda;

"3.º Identidad de la causa de pedir.

"Se entiende por *causa de pedir* el fundamento inmediato del derecho deducido".

"ART. 168 *a.* Podrán deducir la acción ó la excepción de cosa juzgada tanto los que figuren en la sentencia como partes, como aquellos á quienes ésta aprovecha, en concepto de la ley".

En la reforma no hemos tomado en cuenta la circunstancia de *ser favorecido* por la sentencia; porque uno de los litigantes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiene que serlo. Tal circunstancia no es un distintivo para conocer á quien se da la acción ó á quién la excepción. Por eso la hemos suprimido del Proyecto en los artículos 167 y 168.

En este último artículo el Proyecto enumera un caso único de excepción. La reforma enumera tres: 1.º, cuando se está cumpliendo la sentencia, y se procura dar más que lo que ella manda, ó en distintas condiciones que lo mandado; 2.º, cuando se inicia un juicio por el demandado, en que se pretende una declaración que destruya ó haga ilusorio el derecho declarado en la sentencia ya dada; 3.º, cuando el mismo demandante ó algún heredero inicia el mismo juicio fenecido.

En el inciso 1.º del artículo 168 en lugar de "demanda" ponemos "juicio", que es la voz propia, y en lugar de la fraseología "la resuelta por dicha sentencia" decimos "el sentenciado".

En el inciso final suprimimos "en juicio" por redundante.

Formamos un artículo nuevo para decir quién ó quiénes pueden iniciar la acción ó la excepción en tesis general.

En los tres artículos de la reforma se usa la forma activa y facultativa de "podrá" en vez de la pasiva "se da", ó "puede deducirse".

TÍTULO XXI.—De la aclaración y enmienda de las sentencias por los mismos tribunales que las hubieren pronunciado

El epígrafe es muy extenso. Tiene de más la frase "por los mismos..." hasta su fin; por cuanto no hay enmiendas pronunciadas por otro juez que el que dió la sentencia. Sin esa frase se dice y comprende lo mismo. El nombre que daremos al recurso que trata este título, será *enmienda* y esa sola voz será todo el epígrafe. Ella significa "*corrección* de algún error ó defecto de una sentencia". No hay necesidad de agregar el complemento "de las sentencias" por inútil; así como no lo hay, cuando se pone el epígrafe de los recursos de reposición, ó de apelación ó de nulidad. No dice el Proyecto *apelación de las sentencias*; sino lisamente *apelación*.

"ART. 169. Notificada una sentencia definitiva á alguna de las partes, no podrán alterarla ni modificarla en manera alguna los tribunales que la hubieren pronunciado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Con todo, pueden á instancia de parte aclarar los puntos oscuros ó dudosos de dichas sentencias, salvar las omisiones y rectificar los errores de hecho en que hubieren incurrido".

En el primer renglón se habla de "una sentencia" y al final se dice: "los tribunales que la hubieren pronunciado". Este es un error; porque el tribunal que la pronunció es uno, y no muchos, como lo significa la redacción del Proyecto. Para conformar el lenguaje con la verdad, debe usarse el singular y no el plural.

Puede suceder que una parte se componga de muchas personas. En este caso, no se necesita notificar *á todos*, para que llegue el momento de no poder modificar una sentencia; basta que se notifique *á una* de esas personas, para que no pueda modificarse.

En vez de "alguna de las partes", diremos "á una persona del juicio" ú otra frase equivalente, como "un litigante".

Alterar es *modificar*, cambiar el estado de una cosa, descomponer, trastornar".

Modificar es "*alterar* ó corregir una cosa *en* una de sus *partes*, limitar, restringir; cambiar alguna condición sin alterar la esencia de algo".

De modo que *alterar* es cambiar el todo, y *modificar* es cambiar una parte.

El Proyecto habla de la *inalterabilidad* de las sentencias *definitivas*, y no hay razón para no aplicar el mismo principio á las *interlocutorias* y *decretos*. Así se sentaría el principio absoluto de que toda sentencia y todo decreto *son inamovibles* ante el juez que los dictó, una vez notificado un litigante. Después vendrían dos excepciones, consignadas: 1.°, en el recurso de *enmienda*, aplicado á toda sentencia definitiva ó interlocutoria de primera ó segunda instancia; y 2.°, en el recurso de *revocatoria*, según el lenguaje chileno, ó de *reposición* según el de España, *aplicado* sólo á las sentencias interlocutorias y decretos de primera ó segunda instancia, menos á la interlocutoria recaída *sobre otra interlocutoria* ó decreto *apelados*.

Según el principio desarrollado, convendría tratar en un sólo título toda la materia, y ponerle por epígrafe "*Enmienda y Revocatoria*".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Según el Proyecto, la *máteria* propia del recurso *de enmienda* no se podría hacer valer como enmienda, sino como reposición, tratándose de una sentencia interlocutoria de primera instancia; y tratándose de una interlocutoria de segunda instancia, no podría hacerse valer ni como recurso de enmienda ni como recurso de revocatoria ó reposición.

Copiemos los artículos del Proyecto del título XXI y XXII, para examinarlos en conjunto y formar con ellos un título único, con el epígrafe ya dicho y bajo el número XXI.

"ART. 170. Si se pidiere esta declaración, agregación ó rectificación dentro de cinco días de notificada la sentencia, el tribunal podrá pronunciarse sobre ella sin más trámite.

"Si se pidiere pasado este término, oirá al colitigante, y suspenderá ó no los trámites del juicio y de la ejecución de la sentencia, según lo creyere de justicia".

TÍTULO XXII.—De la reposición

"ART. 171. De toda sentencia interlocutoria pronunciada en primera instancia, puede pedirse reposición dentro de tres días fatales".

"ART. 172. Puede igualmente pedirse reposición, dentro del plazo expresado en el artículo precedente, de las sentencias interlocutorias que recayeren en los incidentes promovidos en la sustanciación de los recursos de apelación ó de casación".

"ART. 173. El tribunal ante quien se pide reposición deberá, sin más trámite, denegarla ó enmendar la sentencia, según lo creyere de derecho".

"ART. 174. El auto en que se deniegue la reposición sólo es apelable en los casos en que expresamente señalan las leyes".

Sigamos con el examen del artículo 169, inciso 2.º Éste consigna una excepción al inciso 1.º, y expresa lo que se puede pedir con el recurso de enmienda, dejando lo demás para que se subsane por la apelación. Salvar lo oscuro y lo dudoso, las omisiones y los errores, es el papel único de la enmienda, y sea que se trate de sentencia definitiva ó interlocutoria. ¿Con qué fin y por qué llamar *reposición* este mismo recurso de enmienda, aplicado á la sentencia interlocutoria?—No nos damos cuen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ta cabal de esta metamorfosis en los nombres para una misma cosa, aplicada á distintos fines ú objetos.

El inciso 2.º consigna su precepto en plural y como obligación facultativa de los jueces. Esto debe modificarse.

El artículo 170 señala la tramitación de este recurso. En el inciso 1.º dice que, si se inicia dentro de cinco días, el juez podrá pronunciarse sin más trámite, si quiere; y si no quiere, no se pronuncia, y le da los trámites que quiera, por cuanto la ley no le fija ninguno, ni le pone ninguna traba. En seguida; ¿desde cuándo se cuentan los cinco días? ¿Desde que se notifican todas las partes, ó una sola, ó la que inicia el recurso? Todo esto es vago y sujeto á cuestiones; deben subsanarse estos defectos. Para todos estos recursos individuales los plazos corren desde la notificación individual. Este principio hay que dejarlo bien establecido en los presentes recursos de enmienda y revocatoria, para mayor claridad.

En el 2.º inciso se faculta para pedir enmienda en cualquier día después de los cinco del inciso 1.º La única cortapisa para el ejercicio tan lato de este derecho, es oír á la otra parte. Se dice "colitigantes"; esta voz es incorrecta, de significado muy general; debe decirse "la parte contraria", ú otra que signifique lo mismo. El colitigante puede ser una persona de las muchas que componen la parte demandante ó demandada. Si interpone el recurso un demandante, se oirá al demandado, ó viceversa.

En seguida, si se interpone después de apelada la sentencia, ¿tendría que renacer la jurisdicción del juez *a quo*, y volver el proceso del juez de alzada al dicho juez de origen? Esto es un procedimiento engorroso é inadmisible.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SUMARIO GENERAL DEL TOMO QUINTO

SECCIÓN EDITORIAL

Necrología.—Don Jorge Huneeus, pág. 5.—Don Domingo Santa María, pág. 145.— Don Ricardo Claro, pág. 433.— Don José Manuel Fernández Carvallo, pág. 545. — Don Domingo Roberto Contreras, página 545. — Don Bernardo Argomedo, pág. 546.— Don José Benítez, pág. 546.

SECCIÓN TÉCNICA

Derecho Civil.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado, págs. 65, 148, 236, 305, 369, 434 y 515. — ¿Pueden los cónyuges estipular su separación corporal? pág. 102. — El divorcio voluntario ó la suspensión de la vida común por el mutuo consentimiento de los cónyuges, pág. 225. — ¿Hay una cuestión de Derecho Internacional en la sucesión de un extranjero fallecido en Chile? pág. 249. — Condición legal del indígena, págs. 329 y 413.— Crítica infundada hecha en el Senado español á nuestro Código Civil, en cuanto establece la posesión notoria como prueba del estado de matrimonio, pág. 497. — La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado. Apéndices: I. Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889: Tratado de Derecho Civil Internacional, pág. 547. — Tratado de Derecho Comercial Internacional, pág. 593.—Tratados sobre propiedad literaria y artística

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y sobre Derecho Penal Internacional, pág. 641.—Tratado sobre Derecho Procesal y marcas de comercio y de fábrica, pág. 705.—La ley de matrimonio civil y los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código, pág. 558. — La formación de los acervos en la partición de una herencia, página 603. — Estudio de las circunstancias esenciales de la donación entre vivos, ó comentario de los artículos 1386 y 1398 del Código Civil, págs. 618 y 666. — De la presunción de muerte por desaparecimiento, págs. 655 y 712.

Derecho Mercantil. — El cheque de banco y su valor documental en la jurisprudencia de los tribunales chilenos, pág. 445. — ¿Subsisten en el estado actual de nuestra legislación las disposiciones del Código de Comercio referentes al arresto preventivo del fallido y á la fianza exigible en subsidio? pág. 455.

Derecho Constitucional y Administrativo. — ¿Pueden las municipalidades conceder gratuitamente el uso de sus bienes raíces en favor de una empresa particular? pág. 190.—Los celadores ¿son agentes de la autoridad? pág. 474.

Enjuiciamiento Civil.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, págs. 9, 135, 195, 265, 348, 429, 479, 536, 562, 628, 677 y 724.—¿Quién subroga á un juez de letras, único en actual ejercicio, cuando en el caso de licencia no se nombra suplente? pág. 38.—¿Á quién corresponde el juzgamiento de la infracción á una ordenanza municipal cuando está á la vez prevista en el Código Penal? página 192.—Juicio crítico sobre la ley que dividió la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago, pág. 257.—Ligeras consideraciones sobre el emplazamiento; efectos que produce la introducción de artículos de incontestación, pág. 345.

Derecho Penal.—¿Es punible el hecho de cargar armas prohibidas, según lo dispuesto en el artículo 494, número 3.° del Código Penal? pág. 37.—Comentario del artículo 483 del Código Penal, págs. 40 y 106.—¿Homicidio ó lesiones? págs. 124 y 179.—¿Estafa ó hurto? página 175.—Comentarios del artículo 144 del Código Penal, que trata del delito de violación de domicilio, pág. 469.

Derecho de Minería.—Cuestión de actualidad: ¿Están ó nó amparadas las pertenencias salitreras del desierto de Atacama? pág. 275. —Administración de compañías mineras, pág. 524.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA

Derecho Civil.—Nulidad de un testamento otorgado antes de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vigencia del Código Civil y con arreglo á las leyes vigentes á la fecha de su otorgamiento, pág. 634.

Enjuiciamiento Civil.—¿Puede destruirse con prueba testimonia el mérito de una declaración hecha en escritura pública? pág. 219.—Cancelación de un título de abogado, pág. 293.

Enjuiciamiento Criminal.—Un caso de aplicación de la ley de 3 de agosto de 1876, pág. 576.

Derecho Penal.—¿Es aplicable el artículo 390 del Código Penal al asesinato de los afines en línea recta? pág. 292.

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Chile, págs. 63, 143, 223, 303, 367 y 544.—Francia, pág. 63.—Bolivia, pág. 143.—Venezuela, pág. 223.—Colombia, pág. 368.—Uruguay, página 368.—MEMORIAS Y DISCURSOS UNIVERSITARIOS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL CHILENO, tomo segundo y último, pág. 432.—Juicio de la Sociedad de Casación de Bogotá sobre el libro chileno ESTUDIO SOBRE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL, por el Director de esta REVISTA, página 581.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

CUADRO

DE LOS COLABORADORES DEL TOMO QUINTO

Alfonso, don José
Amunátegui R., don Miguel Luis
Beutner Mary, don Francisco
Bravo Cisternas, don Agustín
Conejeros T., don Manuel 2.°
Coo, don Ramón
Correa Bravo, don Agustín
Cruz, don Santiago F.
Cuadra, don Marco Antonio de la
Fabres, don José Clemente
Garcés P., don Álvaro
López, don Pedro César
Latorre, don Enrique C.
Mesa Torres, don Francisco
Muñoz Fuente-Alba, don Gelio
Oliva Lara, don Benigno
Osandón, don Frutos
Prieto Reyes, don Juan Francisco
Rodríguez, don Agustín
Rojas, don Floridor
Toro Melo, don David
Valdés Vergara, don Ismael
Vergara S., don Juan de Dios
Zenteno Barros, don Julio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO