REVISTA FORENSE CHILENA

TOMO VI

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

REVISTA FORENSE

CHILENA

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.—CIENCIAS POLITICAS Y SOCIALES

FUNDADOR Y DIRECTOR:

ENRIQUE C. LATORRE

COLABORACIÓN

de distinguidos jurisconsultos y abogados

AÑO SEXTO

TOMO VI

SANTIAGO DE CHILE

IMPRENTA CERVANTES

CALLE DE LA BANDERA, 73

1890

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de junio de 1890 NÚM. 1.°

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Jerónimo Díaz Varas; don José Manuel Sotomayor del C.; don Luis Cisternas Moraga, 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 (conclusión): Tratados sobre patentes de invención y sobre ejercicio de profesiones liberales. Protocolo adicional.—II. Otros documentos sobre el mismo Congreso: Memoria de Relaciones Exteriores de Chile sobre los trabajos del Congreso: Memoria sobre los mismos presentada á ese Ministerio por don Francisco E. Noguera, secretario de la Misión especial á Montevideo. Proyecto de la mayoría de la Comisión de Derecho Civil Internacional. Discurso del plenipotenciario argentino don Manuel Quintana, miembro informante de aquella comisión.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

DON JERÓNIMO DÍAZ VARAS

En abril último ha fallecido este distinguido abogado y jurisconsulto serenense. Como el mejor y más oportuno homenaje á su memoria, insertamos en seguida las líneas que le dedica uno de nuestros colegas de La Serena, don Manuel Gallardo González, y que transmitidas originales á esta Dirección, hacemos nuestras en todas sus partes:

"Con relación al doctor Díaz Varas, á lo que V. sabe de su esclarecida inteligencia, sus vastos conocimientos forenses, su expedición en el idioma, su espíritu siempre recto é inclinado á la justicia; su bondad de alma para servir á todos, en especial á los pobres, con su saber y sus dineros; su sinceridad en la amistad; su intachable conducta de hombre honrado, buen marido y padre de familia, agregaré los datos biográficos que siguen.

"Nació en Huasco Bajo en septiembre de 1835, y murió á la edad de cincuenta y cinco años el Viernes Santo del pasado abril. Fueron sus padres don Nicolás Díaz y doña Ramona Va-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ras, miembros de distinguidas familias de La Serena y Copiapó. Estudió con gran distinción en el liceo de la primera de estas ciudades, y en seguida con verdadero brillo en Santiago, en donde mereció el primer lugar en los cursos de leyes. Recibió su diploma de abogado el 19 de marzo de 1860. Llevado de la modestia sin igual de su carácter, no pretendió jamás, y rehusó siempre puestos distinguidos ú honoríficos, los cuales, por otra parte, no habría podido atender ni preferir, dados el éxito que en su profesión obtuvo y la gran labor que ésta le imponía. Sin embargo, fué nombrado miembro de la Municipalidad en varios períodos, y en algunos de ellos desempeñó el puesto de alcalde con probidad notoria y bastante atención. Desde el año de 1876 figuró como uno de los abogados designados anualmente por el Gobierno para integrar la Corte de Apelaciones. Era reputado como uno de los más eximios y notables abogados de esta Corte, y simpre dió su opinión ilustrada á los colegas que la solicitaban. Son muchos los jóvenes á quienes protegió en su educación y á quienes recibió en su estudio á practicar. El sentimiento público por su desaparición ha sido general y sincero».

E. C. L.

DON JOSÉ MANUEL SOTOMAYOR DEL C.

La judicatura ha perdido en el último tiempo este funcionario, que desempeñaba el juzgado de letras del departamento de Casablanca.

E. C. L.

DON LUIS CISTERNAS MORAGA

Víctima de un accidente fatal, ha fallecido en el último mes este abogado de Santiago.

Se había recibido de tal el 17 de marzo de 1873.

Fué profesor de gramática castellana en el Instituto Nacional durante largos años, y con este motivo escribió unos interesantes *Apuntes sobre los relativos*. Como abogado fué uno de los recopiladores de la conocida obra *El Código Civil ante la Universidad*, publicada en 1871.

E. C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACION AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

APÉNDICE

I

Tratados sancionados por el Congreso Sud-Americano de Montevideo de 1889

TRATADO DE PATENTES DE INVENCIÓN

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 patentes de invención, 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 en la República Argentina;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

S. M. el Emperador del Brasil, por

El señor doctor 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 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 de 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 que tenga patente ó privilegio de invención en alguno de los Estados signatarios, disfrutará en los demás de los derechos de inventor, si en el término máximo de un año hiciese registrar su patente en la forma determinada por las leyes del país en que pidiese su reconocimiento.

ART. 2.º El número de años del privilegio será el que fijen las leyes del país en que se pretenda hacerle efectivo. Ese plazo podrá ser limitado al señalado por las leyes del Estado en que primitivamente se acordó la patente, si fuese menor.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 3.º Las cuestiones que se susciten sobre la prioridad de la invención, se resolverán teniendo en cuenta la fecha de la solicitud de las patentes respectivas en los países que se otorgaron.

ART. 4.º Se considera invención ó descubrimiento, un nuevo modo, aparato mecánico ó manual, que sirva para fabricar productos industriales; el descubrimiento de un nuevo producto industrial y la aplicación de medios proporcionados con el objeto de conseguir resultados superiores á los ya conocidos.

No podrán obtener patente:

1.º Las invenciones ó descubrimientos que hubieran tenido publicidad en alguno de los Estados signatarios ó en otros que no estén ligados por este tratado.

2.º Las que fueran contrarias á la moral y á las leyes del país donde las patentes de invención hayan de expedirse ó de reconocerse.

ART. 5.º El derecho de inventor comprende la facultad de disfrutar de su invención y de transferirla á otros.

ART. 6.º Las responsabilidades civiles y criminales en que incurran los que dañen el derecho del inventor, se perseguirán y penarán con arreglo á las leyes del país en que se haya ocasionado el perjuicio.

ART. 7.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 Repúblicas Argentina y Oriental del Uruguay, para que lo hagan saber á las demás naciones contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

ART. 8.º Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

ART. 9.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. 10. El artículo 7.º es extensivo á las naciones que, no habiendo concurrido á este Congreso, quisieran adherirse al presente tratado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

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.

Tratado sobre ejercicio de profesiones liberales

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 resuelto celebrar una convención sobre el ejercicio de profesiones liberales, 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 representadas:

S. E. el Presidente de la República Argentina, por el señor doctor don Roque Sáenz Peña, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de la República Oriental del Uruguay, y por

El señor 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. 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 Argentinas y Oriental del Uruguay, y por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

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:

ARTÍCULO PRIMERO. Los nacionales ó extranjeros que en cualquiera de los Estados signatarios de esta Convención, hubiesen obtenido título ó diploma expedido por la autoridad nacional competente para ejercer profesiones liberales, se tendrán por habilitados para ejercerlas en otros Estados.

ART. 2.º Para que el título ó diploma á que se refiere el artículo anterior produzcan los efectos expresados, se requiere:

1.º La exhibición del mismo, debidamente legalizado;

2.º Que el que lo exhiba acredite ser la persona á cuyo favor ha sido expedido.

ART. 3.º No es indispensable para la vigencia de este convenio 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. 4.º Hecho el canje en la forma del artículo anterior, esta Convención quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

ART. 5.º Si alguna de las naciones signatarias creyese conveniente desligarse de la Convención ó introducir modificaciones en ella, 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. 6.º El artículo 3.º es extensivo á las naciones que, no habiendo concurrido á este Congreso, quisieran adherirse á la presente Convención.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las naciones mencionadas, lo firman y lo sellan en el número de cinco ejemplares en Montevideo, á los . . . días del mes de febrero de mil ochocientos ochenta y nueve.— ROQUE SÁENZ PEÑA.—MANUEL QUINTANA.—SANTIAGO VACA GUZMÁN.—BENJAMÍN ACEVAL.—JOSÉ Z. CAMINOS.—CESÁREO CHACALTANA.—M. M. GÁLVEZ.— ILDEFONSO GARCÍA LAGOS.— GONZALO RAMÍREZ.

Protocolo adicional

Los Plenipotenciarios de los Gobiernos de la República Argentina, de la República de Bolivia, del Imperio del Brasil, de la República de Chile, de la República del Paraguay, de la República del Perú y de la República Oriental del Uruguay, penetrados de la conveniencia de fijar reglas generales para la aplicación de las leyes de cualquiera de los Estados contratantes en los territorios de los otros, en los casos que determinen los tratados celebrados sobre las diversas materias del Derecho Internacional Privado, han convenido en lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO. Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurrentes, ya sean nacionales ó extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate.

ART. 2.º Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

ART. 3.º Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados.

ART. 4.º Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público ó las buenas costumbres del lugar del proceso.

ART. 5.º De acuerdo con lo estipulado en este protocolo, los gobiernos se obligan á transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países.

ART. 6.º Los gobiernos de los Estados signatarios declararán

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

al aprobar los tratados celebrados, si aceptan la adhesión de las naciones no invitadas al Congreso, en la misma forma que las de aquellas que, habiéndose adherido á la idea del Congreso, no han tomado parte en sus deliberaciones.

ART. 7.º Las disposiciones contenidas en los artículos que preceden se considerarán parte integrante de los tratados de su referencia, y su duración será la de los mismos.

En fe de lo cual los Plenipotenciarios arriba designados, lo firman y sellan 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.

II

Otros documentos sobre el Congreso Sud-Americano de Montevideo de 1889

MEMORIA DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE CHILE SOBRE LOS TRABAJOS DE AQUEL

El Congreso de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado se abrió en agosto del año último, como lo anunciaban las invitaciones que á este Ministerio fueron dirigidas por las cancillerías argentina y uruguaya.

De las ocho convenciones que fueron objeto de sus trabajos y que se refieren al Derecho Civil, al Derecho Comercial, á la propiedad literaria y artística, al Derecho Penal, al Derecho Procesal, á las marcas de comercio y de fábricas, á las patentes de invención y al ejercicio de las profesiones liberales, tres, las relativas al Derecho Civil, al Derecho Penal y al ejercicio de estas profesiones, no tuvieron la aceptación de los Plenipotenciarios chilenos, que en puntos de transcendencia discrepaban de las opiniones sustentadas por los otros Plenipotenciarios.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Aunque munidos de amplias facultades para el desempeño de su misión, los Delegados de Chile consultaron al Gobierno sobre la actitud que le correspondía asumir en presencia de las tres últimas convenciones, y el departamento les envió instrucciones terminantes para que el acuerdo de Chile se negara á los proyectos indicados.

Los cinco primeros tratados que nuestros Representantes suscribieron *ad referendum*, serían favorables para el desarrollo de nuestras relaciones civiles y comerciales con los demás países del continente, y positivamente importarían un progreso en aquella parte de nuestra legislación que se relaciona con el Derecho Internacional Privado.

MEMORIA SOBRE EL CONGRESO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE MONTEVIDEO

Santiago, 15 de junio de 1889

SEÑOR MINISTRO:

La inauguración del Congreso reunido en Montevideo con el objeto de uniformar por medio de tratados y en la parte que concierne al Derecho Internacional Privado, las legislaciones de los países que en él tomaron parte, tuvo lugar, según estaba determinado, el 25 de agosto de 1888, con asistencia de los representantes de los cinco Estados Americanos que aceptaron la invitación de los gobiernos de la República Argentina y del Uruguay, y de los de estos dos países. Al acto de la inauguración concurrieron, pues, los Plenipotenciaros de la República Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Los delegados del Brasil habían sido acreditados para el solo efecto de asistir á la sesión inaugural. El verdadero Plenipotenciario de esta Nación sólo se incorporó á fines de noviembre.

El retardo sufrido en la salida del vapor que debía conducir á su destino al señor don Belisario Prats, uno de los Plenipotenciarios acreditados por el Gobierno de Chile, dió lugar á que este caballero sólo pudiera incorporarse en los primeros días de septiembre. Hasta ese tiempo, Chile estuvo representado sola-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mente por el señor Guillermo Matta, que, encontrándose en Buenos Aires cuando se le comunicó su nombramiento, pudo transladarse oportunamente á Montevideo y tomar parte en las primeras reuniones.

Antes de entrar á ocuparse del objeto de su convocatoria, el Congreso formuló un reglamento para establecer el orden de los trabajos; hecho lo cual, el Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay, en su carácter de Presidente de la corporación, encomendó á cuatro comisiones compuestas de los diversos Plenipotenciarios, el estudio de las materias sobre que habían de versar los trabajos y la preparación de los proyectos respectivos.

Resolvióse también que los acuerdos á que se arribara serían consignados, no en una sola, sino en tantas convenciones separadas como son las diversas materias que abarca el Derecho Internacional Privado. El objeto de esa medida de laudable previsión fué, como se comprende, no esterilizar los esfuerzos comunes en el caso de que no llegara á conseguirse la completa conformidad de los países representados respecto de todas las cuestiones que debían ser objeto de la deliberación.

La discusión general de los diversos proyectos presentados por las comisiones comenzó á mediados de noviembre, y se dió por terminada en los primeros días de febrero, procediéndose incontinenti á firmar las respectivas convenciones que versan sobre las siguientes materias: Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional, Propiedad Literaria y Artística, Derecho Penal Internacional, Derecho Procesal, Marcas de Comercio y de Fábrica, Patentes de invención y ejercicio de profesiones liberales.

Cinco de estas convenciones fueron aceptadas unánimemente. Las tres restantes, á saber, las de Derecho Civil y Penal y la relativa al ejercicio de profesiones liberales, lo fueron solamente por los plenipotenciarios de la República Argentina, de Bolivia, del Paraguay, del Perú y del Uruguay, habiéndose negado á suscribirlas los del Brasil y de Chile.

La solemne clausura del Congreso tuvo lugar el 18 del mismo mes de febrero, con asistencia de los Excelentísimos Presidentes de los dos Estados invitantes y de los respectivos Secretarios de Relaciones Exteriores.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Antes de dar por definitivamente evacuado su cometido, todos los plenipotenciarios suscribieron un Protocolo Adicional destinado á consignar algunas reglas complementarias de aquellas convenciones y á dejar establecida la manera de hacer extensivos á otros estados los acuerdos consignados en ellas.

Aunque munidos de amplias facultades, los plenipotenciarios de Chile procedieron constantemente en el desempeño de su misión de acuerdo con el Supremo Gobierno, que estuvo siempre impuesto de la marcha de los trabajos; y aún cuando muchas de las objeciones que aquéllos creyeron indispensable hacer valer contra los tres tratados antedichos á que no prestaron su aprobación, tenían en su concepto una fuerza indiscutible, especialmente las que se referían al proyecto sobre materia civil, juzgaron oportuno recabar del Gobierno instrucciones expresas sobre la actitud que asumirían cuando fuera llegado el momento de pronunciarse sobre la aceptación ó rechazo definitivo de tales convenciones. Esas instrucciones fueron en el sentido de que si los demás plenipotenciarios no aceptaban por lo menos las modificaciones más capitales propuestas por los representantes de Chile, se abstuvieran éstos de suscribirlas.

El más importante de los tres tratados que fueron rechazados á virtud de aquellos motivos, es seguramente el que tiene por objeto dar solución á los conflictos que nacen de la diversidad de legislaciones civiles.

La discrepancia de opiniones respecto de este tratado tuvo ya su origen en el seno mismo de la Comisión encargada de formular el proyecto, compuesta de los doctores Quintana y Vaca Guzmán, representantes de la República Argentina y de Bolivia, respectivamente, y del señor Prats, plenipotenciario de Chile. Ella versó sobre cuestiones de primordial importancia, como son las que se refieren al estado civil de las personas, á los contratos y á la sucesión por causa de muerte. Como puede notarse con la simple lectura de esta convención, los principios que allí se hicieron prevalecer son casi completamente opuestos á los que están consagrados por nuestra legislación, principios de que el señor Prats juzgó no deber apartarse, tomando en cuenta que las soluciones dadas en el Código Civil de Chile á las materias que se relacionan con el Derecho Internacional

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Privado, tienen en su apoyo la autoridad de más de treinta años de experiencia, y la opinión de muchos de los más reputados autores. En vista de esta disconformidad de opiniones respecto de sus colegas de comisión en puntos tan fundamentales, el señor Prats juzgó del caso redactar un proyecto por separado, que fué presentado al Congreso con su sola firma.

Llegado el momento de la discusión general, los representantes de la República Argentina, de Bolivia, del Paraguay, del Perú y del Uruguay dieron la preferencia al proyecto suscrito por los doctores Quintana y Vaca Guzmán, y, por lo tanto, los plenipotenciarios de Chile se abstuvieron de suscribirlo. De igual manera procedió el plenipotenciario del Brasil.

Los discursos que pronunciaron en el seno del Congreso en apoyo de sus respectivas ideas, tanto el señor Prats como los doctores Quintana y Vaca Guzmán, y que van á insertarse en la Memoria del Ministerio, permiten conocer en toda su amplitud las razones que militan en favor de cada una de las soluciones propuestas.

Como no formase parte de la comisión que formuló el proyecto de tratado sobre Derecho Penal Internacional ninguno de los plenipotenciarios de Chile, las objeciones á que éste se prestaba no pudieron ser presentadas sino cuando se le sometió á discusión general.

La discrepancia de nuestros plenipotenciarios respecto de este proyecto, versó, en general, sobre puntos de menos transcendencia que los que determinaron su negativa para suscribir la convención de Derecho Civil; por lo que habría sido posible llegar á un acuerdo definitivo, si por lo menos algunas de las objeciones por ellos aducidas, hubieran encontrado acogida favorable en la mayoría de la asamblea; pero ésta tuvo á bien desestimar tales objeciones y el proyecto de la comisión fué aprobado en definitiva, con sólo ligeras modificaciones de detalle, por los delegados de las mismas cinco naciones que habían suscrito el tratado civil.

El representante del imperio se abstuvo igualmente de suscribir este tratado, si bien á virtud de consideraciones especialísimas. En su concepto, la materia penal no es del dominio del Derecho Internacional Privado, sino una rama del Derecho

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Público, por lo que estimó que no entraba en sus facultades aceptar un tratado sobre esta materia.

Los artículos del proyecto cuya reforma fué reclamada con mayor empeño por los delegados de Chile, son los que llevan en la convención los números 2, 5, 6, 14 y 20.

El primero de estos artículos dice así textualmente: "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".

Como se ve, la aceptación de este principio habría importado un abandono de la facultad que el Código Penal de Chile, á la par de otros de países muy adelantados, atribuye á la justicia nacional para castigar ciertos delitos que se perpetran dentro del territorio, pero que van á producir sus resultados en un país extranjero.

Por vía de ejemplo, entre los muchos que ofrece nuestro Código Penal, citaremos los casos previstos en los artículos 165 y 166 que castigan el cercenamiento y la falsificación de la moneda extranjera cuando se ejecuta dentro de la República, aun cuando el propósito de los hechores sea circular esa moneda cercenada ó falsificada fuera de Chile.

Nuestra legislación ha estimado que los actos que entrañan un ataque al derecho ajeno son punibles por el solo hecho de ejecutarse, sin que sea consideración suficiente para impedir el castigo la circunstancia de que tales actos hayan de dañar exclusiva ó directamente á los habitantes de otro país.

Túvose también en vista para impugnar esta regla, que dejando á la exclusiva competencia de las autoridades del país damnificado el castigo de esta clase de delincuentes, se dificultaba sobremanera la acción de la justicia, porque los procedimientos que tienen como punto de partida hechos cuya prueba ha de rendirse en un país extranjero y mucho tiempo después de la época en que se ejecutaron, pocas veces dan un resultado efectivo. La impunidad del delincuente será en los más de los casos el resultado del orden de cosas que vendría á establecer el artículo 2.º de la convención de que nos ocupamos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por otra parte, no es el país donde el delito va á producir sus efectos el único interesado en su represión; la sociedad en cuyo seno se ejecuta ó prepara el hecho criminoso, tiene por lo menos el mismo, sino mayor, interés que aquél en que los responsables del hecho no queden impunes. ¿Cómo podría aceptarse, sin protesta, que se convirtiera nuestro territorio en libre campo de acción para los malhechores, so pretexto de que los atentados que preparan sólo van á dañar á un país extranjero? ¿Cómo podrían nuestras autoridades ver impasibles, por ejemplo, que se establezca públicamente una fábrica de moneda falsa extranjera, sin que le fuera dado adoptar ninguna medida contra los autores de semejante iniquidad?

Estas obvias consideraciones, que manifiestan, por una parte, el derecho innegable que tiene una sociedad de reprimir los delitos que se perpetran en su seno, aún cuando vayan dirigidos contra personas que residen fuera del territorio; y, por otra parte, la evidente conveniencia que existe para la misma sociedad contra la cual tales ataques se preparan, de que la acción de la justicia se haga sentir sobre los delincuentes en el mismo lugar y en el instante mismo en que se descubren sus manejos criminosos; porque, de no ser así, el resultado será, en la mayor parte de los casos, la impunidad de los malhechores; esas consideraciones, decía, son las que dieron fundamento á la negativa de nuestro Plenipotenciario para aceptar el artículo 2.º de la convención penal.

El artículo 5.º dice así: «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 acción ó represión alguna».

Según nuestras leyes, el autor de un delito no se reputa tal mientras no haya sido condenado por sentencia dictada en juicio. Esa sentencia no puede existir en el caso previsto por la convención, desde que ella parte de la base de que las autoridades del país en que se perpetró el hecho no han ejercitado ninguna acción represiva. Tampoco existiría sentencia emanada de los tribunales del país de asilo, puesto que, habiéndose co-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

metido el delito en territorio extranjero, el individuo responsable de él no podría ser justiciable, salvo en casos mny determinados, ante los tribunales de este país.

Ahora bien, si no hay una sentencia condenatoria, la expulsión del individuo, que evidentemente constituye una pena, habrá de llevarse á efecto administrativamente, lo que importaría la violación de una de las garantías establecidas por nuestra Constitución (art. 133 de la misma).

Los Plenipotenciarios de Chile no podían, pues, aceptar el nuevo orden de cosas establecido en el artículo 5.º de la Convención Penal, toda vez que la regla de ese artículo pugna con uno de los preceptos de nuestra Carta Fundamental, sin perjuicio de los inconvenientes graves que entraña la adopción de semejante sistema, contrario á los preceptos más adelantados de la ciencia jurídica.

El artículo 6.º de la misma convención, si bien no está en oposición con ningún precepto constitucional, importa la derogación de uno de los principios que sirven de base á nuestro enjuiciamiento criminal, según el cual, el delito debe perseguirse, sea que el presunto culpable esté ó no en poder de la justicia.

Hé aquí el texto del artículo 6.º: "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".

El Código Penal de Chile prevé varios delitos que, aun cuando se cometan en país extranjero, deben ser juzgados y castigados por las autoridades y según las leyes de Chile. Por vía de ejemplo, pueden citarse los casos á que se refieren el artículo 105 y varios otros que figuran en el libro 2.º, título I del expresado Código.

Es evidente que el individuo que ejecuta el hecho previsto en el artículo 107 antes citado no cometería delito según las leyes del país que estuviera en guerra con Chile, porque ningún país castiga al extranjero que milita bajo sus banderas, sea cual fuere su nacionalidad; pero en cambio cometería uno de los de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

litos que nuestra legislación y el sentimiento general reputan de mayor gravedad. Tal individuo se encontraría, pues, amparado por el artículo de la convención penal de que nos ocupamos, y en consecuencia, sólo podría ser juzgado por los tribunales de Chile en el caso de ser aprehendido. Dentro de nuestro actual sistema de enjuiciamiento, tal individuo sería procesado y condenado como reo ausente, y no se ve la razón que aconseje eximirlo de esa condenación en rebeldía que importa, por lo menos, una pena moral infligida al que ha logrado sustraerse á la acción de las autoridades de su patria.

El inciso 2.º del mismo artículo va aún más allá, puesto que suprime los juicios contra los reos prófugos ó ausentes, aun cuando el hecho ejecutado se considere como delito en el país de asilo, siempre que no sea de tal gravedad que autorice la extradición. Y como ésta es procedente al tenor de lo establecido por la misma convención, sólo cuando el delito mereciere respectivamente uno ó dos años de prisión, según se trate de reos ya condenados ó simplemente procesados, el juicio criminal en rebeldía habría de quedar limitado á los delitos que merezcan mayor pena que las ya enunciadas.

Nuestros representantes en el Congreso creyeron, con sobrada razón, que esto importaba asegurar la completa impunidad de muchos delincuentes, puesto que se suprime el solo medio, la única sanción que es dado establecer contra los que, después de haber delinquido, eluden la acción de la justicia, refugiándose en país extranjero, á saber, la condenación en rebeldía.

El artículo 20, que dice: "La extradición ejerce todos sus efectos sin que en ningún caso pueda impedirla la nacionalidad del reo", fué también impugnado por nuestros Plenipotenciarios, porque él importa la derogación de una garantía que Chile, á la par de casi todos los Estados, ha creído conveniente establecer en favor de sus nacionales. En efecto, los tres tratados sobre extradición que Chile ha celebrado hasta la fecha, á saber: los ajustados con la República Argentina en 1869 y en 1888 y el celebrado con Francia en 1860 establecen que la obligación de entregar al delincuente cesa cuando éste pertenece al país de refugio y prefiere ser juzgado por los tribunales de este país.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Teniendo en cuenta las prevenciones de nacionalidad que suele haber entre países vecinos, se ha temido que éstas puedan crearles algunas veces á los nacionales una situación difícil ante las mismas autoridades de esos países encargados de juzgarlos, y que era empeorar indebidamente la situación de tales reos, sometiéndolos á la jurisdicción del país en que delinquieron.

Por otra parte, la opinión del Gobierno y Congreso de Chile se había manifestado recientemente, con motivo del último tratado de extradición con la República Argentina, en el sentido de conservar esa protección ó garantía en favor de los nacionales que buscan como país de refugio su propia patria.

La parte final del tratado que establece el régimen de la extradición, encontróse también demasiado reglamentaria; y se creyó que alguna de las disposiciones que allí se consignan, son más bien del resorte de la legislación interna de cada país.

En obsequio de las ventajas incontestables que resultarían de uniformar la jurisprudencia de los Estados del continente en materia de Derecho Penal Internacional, los delegados de Chile, de acuerdo con las instrucciones del Supremo Gobierno, habrían hecho caso omiso de muchas otras objeciones de menos trascendencia, formuladas por ellos en el curso de la discusión con fundamento más ó menos evidente. Pero, como queda manifestado, la mayoría de la asamblea mantuvo su resolución de aprobar el proyecto de la Comisión sin aceptar que se introdujera en él ninguna modificación de cierta importancia.

Subsistiendo, pues, el desacuerdo sobre casi todos los puntos cuya reforma había sido pedida, y, considerando además que no era posible aceptar aisladamente aquellos artículos del tratado respecto de los cuales había mediado acuerdo, por cuanto, eliminados los restantes, aquéllos quedaban formando un todo incompleto y de muy difícil aplicación en la práctica, los delegados de Chile se abstuvieron de suscribir el tratado en cuestión.

La negativa de nuestros representantes para aceptar el tratado sobre ejercicio de profesiones liberales, obedeció á consideraciones obvias qúe creo excusado desarrollar aquí.

Nuestro régimen actual en materia de revalidación de títulos profesionales obtenidos en otros países es ya suficientemente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

liberal, puesto que permite en general esa revalidación con el único requisito de que el interesado se someta á la prueba final, que, según nuestras leyes, debe preceder al otorgamiento del diploma definitivo; requisito que apenas importa un ligerísimo embarazo para los aspirantes que poseen realmente los conocimientos necesarios, y que constituye, en cambio, una garantía necesaria contra aquellos que, sin poseer esos conocimientos, pretenden aparecer ante el público provistos de un documento que es considerado como una garantía de competencia profesional.

El representante del Brasil participó también de esta opinión, y, en consecuencia, se abstuvo de suscribir ese tratado.

La aceptación que se dió al proyecto de convención sobre propiedad literaria y artística fué objeto de un maduro estudio por parte de los Plenipotenciarios de Chile. No ignoraban éstos las objeciones á que ella podía prestarse, sobre todo en el caso de que sus preceptos se hicieran extensivos á aquellos países que más se distinguen por su actividad intelectual y cuya abundante producción literaria no podría, como hoy, aprovecharse y difundirse fácilmente entre nosotros mediante traducciones y reimpresiones.

Pudo más en su ánimo, sin embargo, la consideración de justicia que entraña el reconocimiento de la propiedad literaria y artística, teniendo presente, además, que el artículo 6.º del Protocolo adicional deja á los Gobiernos en aptitud de aceptar ó no, según lo tengan por conveniente, la adhesión de los Estados que no tomaron parte en el Congreso.

Excuso todo comentario respecto de las convenciones aceptadas por los Plenipotenciarios de Chile. Las ventajas que han de ser el resultado de su sanción definitiva, pueden ser apreciadas casi con la simple lectura de su texto.

Es indudable que un estudio atento de las variadas disposiciones que contienen esos tratados, podrá dar lugar, según el criterio con que se las juzgue, á numerosas objeciones, ya de doctrina, ya relativas á su parte reglamentaria, y aún á la redacción misma; pero es menester tener presente que en trabajos de esta naturaleza, que no pueden ser sino el resultado de los esfuerzos de muchos individuos que proceden de países di-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

versos y que naturalmente han de reflejar las ideas particulares que en ellos dominen, es inútil pretender que ese resultado corresponda por completo á las aspiraciones de cada uno, y, mucho menos, que satisfaga las exigencias de aquellos que no han concurrido á su preparación.

El acuerdo, en estos casos, sólo se alcanza en fuerza de una serie de concesiones que cada uno hace á la opinión de los demás. Si fuera á pretenderse que estos códigos formados para el uso de distintas naciones, se ajusten, no ya solamente en su parte más sustancial, sino aún en los detalles á un ideal determinado, sería de todo punto inútil, y podría, por lo tanto, excusarse todo esfuerzo encaminado á ese objeto. Ello importaría tanto como renunciar casi en lo absoluto á esta clase de acuerdos internacionales llamados á contribuir tan eficazmente al progreso común.

El resultado del Congreso de Montevideo no ha correspondido, pues, por entero á las esperanzas que en él cifró el Gobierno de Chile. Ello, no obstante, si las cinco convenciones á que éste ha prestado su adhesión por medio de sus Plenipotenciarios, llegaran á merecer la sanción del Congreso y se convirtieran también en ley para los otros países que en él tomaron parte, nuestra comparecencia habría sido de grande utilidad para el desarrollo de las relaciones comerciales y civiles con las demás naciones del continente americano, contribuiría eficazmente á afianzar los vínculos de amistad que á ellas nos unen y se habría realizado mediante ella un progreso positivo en aquella parte de nuestra legislación que se relaciona con el Derecho Internacional Privado.

Dios guarde á US.

FRANCISCO E. NOGUERA,
Secretario de la misión especial enviada al Congreso de Montevideo

Al señor Ministro de Relaciones Exteriores

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

PROYECTO DE LA MAYORÍA DE LA COMISIÓN DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

TÍTULO PRIMERO. — De la capacidad, estado y condición de las personas

§ I.—De las personas

Artículo primero.—La capacidad de las personas para contratar por razón de la edad, sordo-mudez ó enfermedades mentales, se rige por las leyes de su domicilio.

Art. 2.º La capacidad, una vez adquirida por razón de la edad, emancipación ó habilitación de edad, no puede ser modificada por la ley que impere en el Estado dentro del cual se constituye un nuevo domicilio.

Art. 3.º Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales y éstos se reputan domiciliados en el territorio del Estado, por cuyas leyes se rige el cargo que ejercen.

Art. 4.º El cambio de domicilio de los menores de edad no modifica su estado cuando se efectúa sin el consentimiento expreso ó tácito de sus representantes legales.

Se presume dicho consentimiento si los padres y tutores no reclaman contra el cambio de residencia antes que ésta se produzca con los caracteres de domicilio.

§ II.—De las personas jurídicas

Art. 5.º La persona jurídica del Estado será capaz de adquirir y contraer obligaciones en el territorio de otro, de conformidad á las leyes de éste.

Art. 6.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 revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan.

Mas, para el ejercicio, fuera de aquél, de actos comprendidos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en el objeto especial de su institución, se sujetarán á las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.

§ III.—Del domicilio

Art. 7.º La ley del lugar en el cual reside la persona, determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio.

§ IV.—De la ausencia

Art. 8.º 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 jnrídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que las regía antes de la declaración de ausencia.

§ V.—Del matrimonio

Art. 9.º La capacidad de las personas para contraer matrimonio y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios del presente tratado no están obligados á reconocer el matrimonio que se hubiese celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos:

1.º Falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer;

2.º Parentesco en línea recta por consanguinidad ó afinidad, sea legítimo ó ilegítimo;

3.º En la línea transversal, el parentesco entre hermanos legítimos ó ilegítimos;

4.º Haber dado muerte uno de los cónyuges al otro, ya sea como autor principal ó como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite; y

5.º El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Art. 10. Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta sus relaciones personales se rigen por la ley de su domicilio, reputándose por tal el del marido.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si los cónyuges mudasen de domicilio, aquéllos se regirán por las leyes del nuevo que adoptaren.

ART. 11. La ley del domicilio matrimonial rige igualmente:

A) La separación conyugal;

B) La disolución del vínculo matrimonial.

§ VI.—DE LA PATRIA POTESTAD

ART. 12. La patria potestad en lo referente á los derechos y deberes personales, se rige por la ley del domicilio de la persona que ejercita.

ART. 13. Los derechos inherentes á la patria potestad, en cuanto á los bienes propios de los hijos, adquiridos por cualquier título que fuese, así como la administración y enajenación de los mismos, se rigen por la ley del territorio en que dichos bienes se hallan situados.

§ VII.—DE LA FILIACIÓN

ART. 14. La ley que rige el matrimonio determina la filiación legítima.

Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas á la validez ó nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.

ART. 15. La legitimación por subsiguiente matrimonio se rige por la ley del lugar en que aquél se celebra.

ART. 16. Los derechos y obligaciones concernientes á la familia ilegítima se rigen por la ley del Estado dentro del cual hayan de tener efectos las acciones procedentes de aquéllos.

§ VIII.—DE LA TUTELA Y CURATELA

ART. 17. La tutela y la curatela, en cuanto á los derechos y obligaciones que imponen, se rigen por la ley del lugar en que tales cargos se desempeñan.

ART. 18. El cargo de tutor ó curador discernido en alguno de los Estados signatarios del presente Tratado, será reconocido en todos los demás.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 19. La administración y enajenación de los bienes que los incapaces tuvieren fuera del lugar de su domicilio, se rige por la ley del Estado en que dichos bienes se hallan situados.

ART. 20. La hipoteca legal que las leyes acuerdan á los menores sólo podrá producir sus efectos cuando la ley del Estado en el cual se ejerce el cargo coincida con la de aquel en el que se hallan situados los bienes que puedan ser afectados por ella.

§ IX.—DISPOSICIONES COMUNES Á LOS §§ V, VI I VIII

ART. 21. Las medidas urgentes que conciernan á las relaciones personales de los cónyuges entre sí, al ejercicio de la patria potestad y á las funciones de los tutores y curadores, se rigen por la ley del lugar de la residencia temporaria ó accidental de los cónyuges, padre de familia, tutores y curadores.

ART. 22. La remuneración que las leyes acuerdan á los padres, tutores y curadores y la forma de las mismas, se rige y determina por la ley del Estado en el cual se ejercitan tales cargos.

TITULO II.—De los bienes

ART. 23. Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto á su respectiva calidad, á su enajenabilidad absoluta ó relativa y á todas las relaciones de Derecho de carácter real de que son susceptibles.

ART. 24. Los buques en aguas no jurisdiccionales se reputan situados en el lugar de su matrícula.

ART. 25. Los cargamentos de los buques en aguas no jurisdiccionales se reputan situados en el lugar de su destino definitivo.

ART. 26. Los derechos creditorios se reputan situados en el lugar en que la obligación de su referencia debe cumplirse.

ART. 27. 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.

ART. 28. Si esos derechos procediesen de un contrato, los contrayentes están obligados á llenar los requisitos de fondo ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de los derechos mencionados.

ART. 29. 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 sin perjuicio de las acciones de éste contra la persona con quien trató en virtud de la ley que rija sus relaciones de derecho.

TÍTULO III.—De los actos jurídicos

ART. 30. La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, rige:

A) Sus formas y solemnidades;

B) Su existencia y naturaleza;

C) Su validez y subsistencia;

D) Sus efectos y consecuencias;

E) Su ejecución y extinción;

F) En suma, todo cuanto les concierna, bajo cualquier aspecto que sea.

ART. 31. Exceptúase el contrato de permuta sobre cosas situadas en distintos lugares regidos por leyes disconformes.

Dicho contrato se rige por la ley del domicilio de los contrayentes si fuese común al tiempo de celebrarse la permuta, y por la ley del lugar en que la permuta se celebró, si fuese distinto.

ART. 32. Los contratos sobre cosas ciertas é individualizadas deben cumplirse en el lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

ART. 33. Los contratos sobre cosas determinadas por su género deben cumplirse en el lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados.

ART. 34. Los contratos sobre cosas fungibles deben cumplirse en el lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

ART. 35. Los contratos sobre prestación de servicios, deben cumplirse:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

A) Si recaen sobre cosas, en el lugar donde ellas existan al tiempo de su celebración;

B) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, en aquel donde hayan de producir sus efectos;

C) Fuera de estos casos, en el lugar del domicilio del deudor.

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 procedió la oferta.

ART. 38. Las obligaciones que nacen sin convención deben cumplirse en el lugar donde se produjo el hecho lícito ó ilícito de que proceden.

ART. 39. Los instrumentos públicos se rigen, en cuanto á sus formas, por la ley del lugar en que se otorgan; los privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo.

TITULO IV.—De la sociedad conyugal

ART. 40. El contrato nupcial rige las relaciones de los esposos, tanto respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlo, como respecto de los que adquieran posteriormente.

ART. 41. En defecto de contrato nupcial, así como en todo lo que no haya previsto, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes se rigen por la ley del domicilio conyugal que ellos 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 V.—De las sucesiones

ART. 44. La ley del lugar de la situación de los bienes here-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ditarios al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige:

A) La capacidad del causante para testar;

B) La del heredero ó legatario para suceder;

C) Las formas, validez y efectos del testamento;

D) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;

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. 45. Las deudas que deban ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante.

ART. 46. Si dichos bienes no alcanzaren para la chancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán sus saldos con la preferencia que les corresponda, y en su defecto, á prorrata, sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del preferente derecho de los acreedores locales.

ART. 47. Cuando las deudas deban ser chanceladas en algún lugar en que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago con las preferencias que les correspondan, y en su defecto, á prorrata sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente.

ART. 48. Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar en que se cobren, se harán efectivos sobre los bienes que el testador tenga en su último domicilio, y en defecto de ellos, ó por su saldo, se pagarán á prorrata de todos los demás bienes del causante.

ART. 49. La obligación y forma de la colación se rigen por la ley del lugar á que se hallan sometidos los actos jurídicos que le dan origen.

TÍTULO VI.—De la prescripción

ART. 50. La prescripción extintiva de las acciones persona-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

les se rige por la ley á que las obligaciones correlativas están sujetas.

ART. 51. Las prescripción extintiva de acciones reales, se rige por la ley del lugar de la situación del bien gravado.

ART. 52. 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. 53. La prescripción adquisitiva de bienes muebles ó inmuebles, se rige por la ley del lugar en que están situados.

ART. 54. 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.—Montevideo, 10 de noviembre de 1888.—MANUEL QUINTANA.—SANTIAGO VACA GUZMÁN.

DISCURSO DEL PLENIPOTENCIARIO ARGENTINO doctor don Manuel Quintana, miembro informante de la Comisión de Derecho Civil Internacional.

Señor Presidente:

La Comisión de Derecho Civil ha sido la menos feliz de las comisiones del Congreso.

El señor Plenipotenciario por el Brasil tenía un puesto reservado en ella, pero no ha tomado parte en sus trabajos á causa de la demora de su incorporación. Felizmente, su presencia en estas sesiones le permitirá contribuir al examen de los proyectos presentados.

Los miembros restantes de la Comisión no hemos logrado uniformar nuestras ideas. Divididos en dos fracciones, la mayoría redactó su proyecto y la minoría formuló en seguida un contra-proyecto.

Á la ilustración del Congreso toca resolver la divergencia surgida, y la mayoría de la Comisión se inclinará respetuosamente ante sus decisiones, persuadida, como lo está, de que se han de inspirar en los principios más elevados de la ciencia, consultando, al mismo tiempo, las supremas necesidades de la América.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Hecha esta solemne declaración, entro de lleno á fundar el proyecto de la mayoría de la Comisión, en cuyo nombre tengo el honor de hablar.

De las personas

Las personas constituyen el primero y más importante de los sujetos del Derecho Civil Internacional. Además de la capacidad general de las personas físicas y jurídicas, el título se ocupa del domicilio, ausencia, matrimonio, filiación, patria potestad, tutela y curatela. En el interés de la mayor claridad, será dividido en dos partes, una de las cuales se ocupará de la capacidad, domicilio y ausencia de las personas y la otra versará sobre el matrimonio, filiación y demás relaciones de familia.

PARTE PRIMERA

Las naciones están obligadas á proteger á todos sus habitantes en el ejercicio de sus derechos civiles. Este deber internacional exige que el estado de las personas, sus relaciones de familia, sus bienes, derechos y obligaciones sean gobernados por reglas conformes á su naturaleza y apropiadas á sus fines. El nacional como el extranjero deben tener en todo país una condición legal y un régimen determinado; porque sus variadas é innumerables relaciones jurídicas no pueden quedar abandonadas al acaso ni á la arbitrariedad, sin comprometer la seguridad misma del Estado.

Tres sistemas igualmente absolutos y por tanto igualmente exclusivos, se disputan en el terreno del Derecho Internacional Privado, el gobierno de la capacidad general de contratar, que es el rasgo más saltante de la personalidad humana en la vida civil, á saber: el de la ley nacional de las partes contratantes, el de la ley del lugar de la celebración del acto y el de la ley del domicilio de los contrayentes.

El sistema de la ley nacional, desconocido en la antigüedad y en la edad media, es sustentado por gran número de autores modernos, entre los cuales se cuentan Bluntschli, Weiss, Despagnet, Mancini, Fiore, Martens, Laurent, Rivier, Pacheco, Pérez Gomar y Calvo. La mayor parte de los Códigos europeos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y algunos americanos lo consignan, como sucede en Francia, Italia, España, Bélgica, Venezuela y Brasil. El Congreso de Lima lo insertó también entre las cláusulas de su proyecto de Tratado Civil.

Á pesar de tan imponente masa de autoridades, la mayoría de la Comisión no ha vacilado un solo instante para repudiar de la manera más absoluta el sistema de la nacionalidad, como que carece de tradición histórica, no se apoya en principios genuinamente jurídicos, levanta un obstáculo para la homogeneidad en el presente y envuelve un peligro para la unidad en el futuro de todos los pueblos del continente americano.

¿Qué tiene de común el bárbaro conquistador del imperio romano con el pacífico inmigrante de nuestra época? La antigüedad conocía las guerras de conquista que arrebataban la soberanía de los pueblos vencidos: data de ayer la inmigración individual, que busca la hospitalidad sometiéndose sin reservas á la ley del país que fraternalmente la recibe en su seno. Factor nuevo, elemento tranquilo y laborioso, no pretende imponer con la persona, las leyes de la patria que fueron impotentes para sacarlo victorioso en la ruda batalla de la vida y acata voluntariamente las leyes de la nación á cuyo amparo se acoge en demanda de hogar y de trabajo, de familia y de felicidad.

Jurídico en la superficie, político en el fondo, el sistema de la nacionalidad confunde á sabiendas dos órdenes de ideas y de relaciones tan distintos entre sí, que son, en realidad, diametralmente opuestos. El derecho político no es el civil, y el ejercicio de la ciudadanía es independiente de la capacidad de contratar. El primero sólo afecta al nacional; mientras que el segundo tiene por sujeto al hombre. La ciudadanía determina el goce de funciones públicas; mientras que la capacidad gira en la esfera de los derechos privados.

Las naciones americanas, recibiendo continuamente millares de inmigrantes de todas las nacionalidades existentes, perderían rápidamente su propia cohesión, si la capacidad de los inmigrantes, su estado y familia hubieran de continuar regidos para siempre por las leyes de la patria abandonada. Su unidad política, expresión elevada de la soberanía, no tardaría tampoco en resentirse de su falta de unidad legislativa, y el fracciona-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

miento sería, con el tiempo, la amenaza constante de su integridad. Ahora bien, si los pueblos pueden jugar su independencia al azar de las batallas, jamás la abdican voluntariamente en aras de nada ni de nadie.

Por lo demás, la nacionalidad de difícil averiguación, cambiable á discreción de los individuos, expuesta á duplicarse legalmente y perdible aún contra la voluntad de los interesados en conservarla, no ofrece ciertamente base amplia y segura para asentar sobre ella el principio regulador de la capacidad personal, como enérgicamente lo demuestran Alcorta y Ramírez, como Asser lo reconoce evasivamente y como implícitamente lo declara Bar, atribuyéndole la ductilidad de la cera y la elasticidad de la goma.

El sistema de la ley del lugar de la celebración del acto, que comprende, entre sus combinaciones, el de la residencia, por efímera que sea, no ha logrado alcanzar los honores de la codificación y sólo puede ostentar en su apoyo las opiniones discordantes en los detalles, de un escasísimo número de autores, de los cuales ninguno adhiere francamente al principio de la residencia pura y simple, que aparece sustentado por la minoría de la Comisión.

La primera, combinación de Waechter, fundada sobre una distinción injustificable entre la capacidad y sus defectos, ha sido magistralmente refutada por Savigny, como inconsecuente y arbitraria. La segunda, fusión incoherente de la nacionalidad con el domicilio, aunque propuesta por el Instituto de Oxford, ha sido unánimemente rechazada sin discusión. La tercera, producto híbrido de la asociación de la ley personal con la territorial, se resume en una injustificada división de la capacidad en capacidad de hecho y de derecho, cuya invención pertenece á Bar, Breitas y Olivart.

La mera residencia es circunstancia demasiado accidental, secundaria y variable para confiarle el régimen de la capacidad de las personas. Hoy aquí, mañana allá, la capacidad de contratar surgiría ó desaparecería con la misma facilidad y rapidez con que el cambio de lugar acarrease un cambio de legislación. Mientras tanto, si hay algo en realidad indiscutible, es que la capacidad de las personas, debiendo constituir una situación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

normal para el ejercicio de la vida civil, que refluye decisivamente sobre la estabilidad de las transacciones y la seguridad de los terceros, no puede quedar á la merced de cambios más ó menos bruscos y frecuentes del lugar de la simple residencia.

Partidarios de la nacionalidad, como Bard y Fiore, sostenedores del domicilio, como Savigny y Story, todos reconocen que la normalidad de la capacidad de las personas es un principio esencial de la materia, debiendo, en consecuencia, buscarse una ley cualquiera, pero única y durable, á la que los elementos constitutivos de la personalidad hayan de quedar plenamente sometidos para la generalidad de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea el país donde la persona resida.

Esa ley no puede ni debe ser la de la residencia, cuyo carácter precario la priva de toda fijeza y la imprime el sello de una variabilidad ilimitada. No es en el lugar de la residencia que se concentran los intereses generales de la persona. No es allí que ella obra y negocia de ordinario, ni allí donde se forman, se ligan y encadenan sus relaciones con los demás. Esencialmente accidental y transitoria, sería antijurídico que la capacidad de las personas le quedara sometida.

El sistema de la ley del domicilio es defendido entre los antiguos por D'Argentre, Voet, Rodemburgo, Froland, Hercio, Boullenois y Pothier. Entre los modernos, lo siguen Merlin, Demangeat, Borrillich, Savigny, Schaffner, Keller, Burge, Phillimore, Dicey, Haus, Rocco, Story, Wheaton, Pinedo, Alcorta, Ramírez y otros. Está, además, consagrado por las legislaciones de Alemania, Inglaterra, Austria, Estados Unidos, Paraguay y República Argentina.

Cuando una persona reside en un país con intención de permanecer en él habitualmente, cuando se incorpora á la sociedad, toma sus costumbres y habla su idioma, cuando tal vez contrae allí vínculos estrechos de parentesco y asienta el hogar de su familia, cuando entra en relaciones de negocios, dedicándose normalmente á la industria, al comercio ó al trabajo y fundando allí su principal establecimiento, es de interés general que las leyes de ese país rijan su estado y determinen su capacidad para todos los actos de la vida civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La ley del domicilio, colocando á todos los habitantes bajo el imperio de una regla común, robustece la cohesión de las agrupaciones sociales, facilita el desarrollo de los negocios al amparo de una ley igual para todos, no ofrece el peligro de hallarse sin ley ó de tropezar con una doble ley aplicable á la capacidad individual y respeta la autonomía de las personas de cuya voluntad depende la selección del domicilio adecuado para el ejercicio de sus derechos civiles.

Más jurídico que la nacionalidad y menos variable que la residencia, el sistema del domicilio resiste con éxito á los embates de los partidarios de los otros sistemas. Su carácter eminentemente jurídico previene las objeciones sacadas de una supuesta confusión entre el *origo* y el *domicilium* de los antiguos tratadistas, al mismo tiempo que reviste las condiciones pertinentes de una doctrina de Derecho Privado. Basado sobre la permanencia ordinaria en un lugar preciso, ella le imprime un sello de fijeza relativa, que impide la frecuencia de los cambios y que subsana todos sus inconvenientes, manteniendo la capacidad adquirida en el domicilio anterior y designando la residencia como domicilio del que carezca de otro menos instable.

Ha sido en virtud de estas consideraciones generales que la mayoría de la Comisión somete la capacidad de toda clase de personas á la ley de su domicilio, sin perjuicio de los requisitos exigidos por las leyes del país, á donde las personas jurídicas pretendan transladarse, cuando quieran ejercer sus operaciones fuera de los límites de aquel en que fueron creadas, porque, siendo de existencia puramente legal, no pueden nacer, conservarse ó negociar sino dentro del territorio á cuya soberanía deben su existencia jurídica.

No obstante la influencia que el domicilio tiene sobre las diversas ramas del Derecho Internacional Privado, la mayoría de la Comisión no ha creído del caso reglarlo en el Tratado de Derecho Civil; ha preferido dejarlo bajo la legislación interna de cada país á que en realidad corresponde y se ha limitado, por lo mismo, á prevenir todo conflicto posible entre las leyes de dos ó más Estados declarando que, en caso de contradicción, debe prevalecer la ley del lugar de la residencia para la deter-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

minación de las condiciones constitutivas del domicilio jurídico

Análoga actitud ha asumido con relación á la ausencia. Muchos internacionalistas se ocupan de ella con detención, pero la mayoría de la Comisión ha pensado que esa materia es más bien del dominio de la legislación interna de cada país. Lo único indispensable era determinar la jurisdicción competente para la declaración de ausencia, y los efectos legales que la pronunciada en uno de los Estados debiera producir en el territorio de los demás. De lo primero se ocupará en el título correspondiente á la jurisdicción. Respecto de lo segundo, ha decidido que los efectos jurídicos de la ausencia sobre los bienes, se determinen por la ley de su situación y que las demás relaciones jurídicas del ausente sigan gobernándose por las mismas leyes que anteriormente las regían.

Por su parte, el artículo 4.º del proyecto de la minoría de la Comisión ha basado la capacidad de las personas en la ley del lugar de su residencia, lo que marca su primer disentimiento fundamental ó que afecta al fondo del sistema á seguir en esta materia. Los tres primeros artículos corresponden propiamente á una ley de ciudadanía y en todo caso no pertenecen al Tratado Civil. El artículo 5.º está en contradicción con el 4.º, porque somete los efectos jurídicos de la capacidad á la ley del lugar de la celebración del acto. El 6.º es una derogación del principio de la residencia ó de la celebración, en favor de las leyes nacionales.

Los artículos 7.º y 8.º definen el domicilio á los efectos del Tratado y atribuyen á los incapacitados el domicilio de sus representantes legales. El 9.º sujeta todos los derechos y obligaciones del ausente á la ley de su último domicilio, lo que importa sustraerlos á las leyes que debieran regirlos según su propia naturaleza, en virtud de un hecho que, como la ausencia, no puede surtir efectos retroactivos sobre relaciones jurídicas preexistentes.

Finalmente, el proyecto de la minoría elimina el párrafo de las personas jurídicas, y la mayoría ignora las causas á que la supresión obedece. Si es voluntaria, no es justificada; puesto que la sociedad anónima, forma típica de la persona jurídica de carácter privado, tiene en la actualidad una importancia extraor-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dinaria y es el objetivo de muchos libros, leyes y tratados. Si es involuntaria, importa un vacío que la prudencia aconseja llenar.

PARTE SEGUNDA

Hasta fines del siglo pasado, las naciones cristianas y católicas habían reputado el matrimonio como un verdadero sacramento, exclusivamente regido por las leyes canónicas, sometido á la jurisdicción de la Iglesia, é indisoluble, en consecuencia, cualquiera que fuese la causa alegada.

El espíritu de análisis, que distingue á nuestro siglo, no ha tardado en separar el contrato civil de la institución religiosa para sujetarlo al imperio de la ley laica, entregarlo á los tribunales seglares y autorizar su disolución, en determinados casos, aún contra la voluntad de uno ú otro de los contrayentes.

Sin embargo, bajo cualquier aspecto que sea considerado, el matrimonio es siempre la única base digna de la familia, como la familia es la única base sólida de la sociedad, lo que basta para explicar la atención solícita que el Legislador le ha dispensado, las garantías especiales de que ha querido rodearlo, y la estabilidad, por lo menos relativa, que nunca ha dejado de acordarle.

La naturaleza íntima del matrimonio, las vinculaciones personales que establece y las consecuencias transcendentales que produce, han impulsado, pues, al Legislador á colocarlo en una categoría especial, facilitando su celebración, aceptando el contraído en país extranjero y haciendo de ese solemne contrato la piedra angular de todas las relaciones de familia.

Del punto de vista internacional, la primera dificultad que el matrimonio provoca, es averiguar si la capacidad de los contrayentes ha de ser regida por la ley que la gobierna en general ó lo ha de ser por una ley especial en atención á las especialísimas relaciones de derecho que él engendra.

Uno de los sistemas formulados hace regir la capacidad para casarse, por la ley que rige la capacidad de contratar. Este sistema, sostenido por la mayoría de los escritores, entre ellos, Fœlix, Demolombe, Bar, Zachariæ, Phillimore, Wheaton, Fiore, Eperson, Brocher, Freitas y otros, ha sido también aceptado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por los Códigos de Francia, Italia, Bélgica, España, Venezuela, México, Brasil y algunos otros.

Sus razones están lejos de ser convincentes. El matrimonio afecta, sin duda, la persona; pero la afecta de una manera muy diversa que la generalidad de los contratos, así por su naturaleza como por sus condiciones, efectos y duración. Hay, además, un grande interés público en estimular y propagar la institución matrimonial y no es, por tanto, de extrañar que, con ese objeto, la capacidad de los contrayentes salga fuera de su ley general.

Otro sistema ha sido formulado por Savigny en favor de la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio; pero, aparte de que su doctrina no ha sido adoptada por ningún otro jurisconsulto y no ha sido incorporada á un solo Código, adolece del mismo defecto que la anterior, de asimilar el matrimonio á los contratos ordinarios de la vida civil.

El último sistema es el que sujeta la capacidad de los contrayentes á la ley del lugar de su celebración. Esta solución, apoyada por Meier, Kent, Burge, Story, Halleck, Lawrence, Dudley-Field, Bishop, Seymour, Santword, Parson, Shelford, Beauchet y Gallespie, ha sido adoptada por las legislaciones de Inglaterra, Estados Unidos, Chile, Paraguay, República Argentina y República Oriental del Uruguay.

Aboga en favor de su admisión la conveniencia de facilitar la celebración del matrimonio, sobre todo en pueblos escasos de población y favorecidos por la inmigración europea. Siendo siempre cierto el lugar de la celebración y único para ambos contrayentes, se llega á la uniformidad, que tanto allana las dificultades internacionales en materia de capacidad. Tratándose de un acto que requiere multitud de formalidades y condiciones y en que la voluntad de las partes predomina tanto para su realización, es oportuno buscar el acuerdo de la ley de la voluntad que concurren en el lugar de la celebración del matrimonio.

Respecto á las formas mismas del matrimonio, no existe cuestión alguna fundamental; pues la doctrina y la legislación están de pleno acuerdo en admitir que ellas deben ajustarse á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la ley del lugar donde el acto se celebra, de suerte que, por esa misma ley, deben decirse á todas las contestaciones referentes á la existencia y validez del matrimonio.

Solución tan uniforme y tan autorizada no importa una desviación de los principios á que más adelante se sujetan las cuestiones relativas á la forma, existencia y validez de los actos jurídicos. El matrimonio se supone siempre consumado en el mismo lugar en que se celebró y la solución propuesta se convierte así en una confirmación de la regla mencionada. Aun en caso contrario, la desviación, si desviación hubiese, podría ser fácilmente justificada por los mismos fundamentos aducidos respecto de la capacidad de los contrayentes.

Merced á esta solución, quedan virtualmente eliminadas todas las cuestiones que los autores promueven acerca de los matrimonios autorizados por agentes diplomáticos, los denominados *in fraudem legis*, los celebrados sin la ceremonia religiosa prescrita por la ley personal de los cónyuges y los ajustados á las prescripciones de la ley personal en contravención á la del lugar de la celebración. Los primeros no serán válidos por falta de autorización, como lo demuestran Merlin, Laurent, Lawrence, Olivi, Brocher y Alcorta. Los segundos y terceros lo serán, porque no hay fraude desde que se observa una forma legal, como lo enseñan Story, Kent, Schaffner, Walker, Ferguston, Westlake, Bar, Field, Bishop, Olivi, Hallek, Despagnet y Alcorta, invocando, entre otros fundamentos, una decisión de los Tribunales de Massachussets y las prescripciones de los Códigos del Paraguay y República Argentina. Los últimos serán nulos, puesto que la ley del matrimonio debe tener la unidad necesaria para evitar que su validez adolezca de intermitencias de lugar ó de tiempo, como lo sostienen Merlin, Story, Duguid, Pic, Verger, Despagnet y Alcorta, cuyas opiniones están de acuerdo con lo resuelto en los Códigos del Paraguay y República Argentina.

Por lo que hace á las relaciones personales de los casados, siendo las leyes que las establecen de verdadero orden público, en razón de los motivos de interés general que las animan, no pueden ser regidas por otra ley que la del domicilio matrimo-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nial, como lo serían también, aunque no se tratase de leyes de orden público, en virtud de las razones expuestas acerca de la capacidad de las personas en general.

Finalmente, todo lo que atañe á la separación temporal de los esposos, debe ser regido por la ley del domicilio conyugal, á mérito de las mismas razones; mientras que la disolución del vínculo matrimonial sólo queda sujeta á la misma ley, bajo la esplícita condición de que la causal alegada para la disolución, sea también autorizada por la que gobierna la validez del matrimonio, es decir, la ley que presidió á su celebración.

Definidas las leyes que rigen el matrimonio bajo todos sus aspectos, quedan implícitamente determinadas las que deben gobernar las relaciones de familia que nacen del matrimonio como la filiación legítima, la legitimación por subsiguiente matrimonio y la patria potestad, así como la tutela y curatela destinadas á suplirla en los casos correspondientes. La filiación y la legitimación se reglan por la misma ley del matrimonio: las relaciones personales entre padre é hijos, tutores é incapaces, como las de marido y mujer, por la ley del domicilio de la persona que ejercita el cargo: las que afecten los bienes, por las de su respectiva situación, sin perjuicio de que la ley del lugar de la residencia determine las medidas urgentes indispensables para mantener la autoridad del marido sobre la mujer, de los padres sobre los hijos y de los guardadores sobre sus pupilos, medidas que son de carácter excepcional y á menudo puramente preventivas ó policiales.

Es muy satisfactorio para la mayoría de la Comisión hacer constar que el proyecto de la minoría somete igualmente la validez del matrimonio á la ley del lugar de su celebración, lo que la induce á pensar que también le somete todo lo relativo á la capacidad de los contrayentes y á las formas del acto. Siente, sí, que la integridad del sistema haya sido mutilada por las excepciones introducidas en el inciso 2.º, artículo 10 y en el artículo 11 en favor de la ley nacional de los contrayentes; porque, aunque tomadas del Código de Chile, las reputa infundadas por las razones ya emitidas.

Es del mismo modo penoso para la mayoría de la Comisión observar, en cumplimiento de sus deberes austeros, que el pro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

yecto de la minoría no determina la ley aplicable á las relaciones personales de los esposos, y guarda profundo silencio acerca de la filiación, la patria potestad, la tutela y curatela, materias que son incuestionablemente del resorte de un Tratado Civil Internacional y cuya eliminación no puede, por lo mismo, explicarse satisfactoriamente.

De los bienes

Los bienes, que constituyen otro de los sujetos del Derecho Civil, se dividen en corporales é incorporales, y los corporales se subdividen en ráíces y muebles.

Acerca de los bienes raíces, la doctrina y la legislación han estado siempre de acuerdo para someterlos al imperio de la ley del lugar de su situación. Profesado este sistema por los autores de todos los tiempos, ha sido adoptado por los Códigos de todos los países. La supremacía de la ley territorial en el régimen de los inmuebles parecía así un axioma consagrado por la triple autoridad de la tradición histórica, de la ciencia jurídica y del Derecho Positivo.

Fiore y Laurent, adeptos fervientes de la escuela que pretende personalizar toda ley, han llevado, sin embargo, su fanatismo doctrinario hasta sostener que los bienes raíces deben subordinarse á la ley nacional del propietario en todas aquellas relaciones de orden privado, que no rocen directamente los intereses políticos, económicos ó sociales del país donde se hallen ubicados.

Hace cerca de un siglo que Portalis, invocando la soberanía del Estado, condensó en breves y elocuentes palabras el fundamento capital de la preeminencia de la ley territorial sobre los inmuebles. Á pesar de su indisputable talento, Fiore ha sido desautorizado por el Código Civil de Italia, que sanciona el principio universal. Laurent con toda su erudición y toda su autoridad no ha logrado imponerse á la Comisión Revisora del Código Civil Belga, que lo refuta victoriosamente.

Innovación tan gratuita como aventurada, ha sucumbido, sin lucha y sin esfuerzo, bajo el peso de su propia enormidad y apenas se concibe que haya sido formulada por inteligencias

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tan distinguidas; puesto que ataca el predominio de la soberanía local, carece de toda precisión científica y sólo ofrece un sistema incompleto de soluciones para las dificultades de que el régimen de los inmuebles quedaría plagado, si hubiera de prescindirse de su ley natural, que es la del lugar de su situación.

Abarcando la soberanía del Estado todo el territorio sometido á su imperio y jurisdicción, su unidad, integridad é indivisibilidad exigen que ella retenga el régimen universal de la propiedad; que fije la condición jurídica de las cosas; que determine las que sean enajenables; que regle los derechos del propietario y del poseedor: en una palabra, que predomine, con exclusión de cualquiera otra, sobre todo cuanto se refiera á derechos reales de que los bienes son susceptibles.

Laurent, que es el que más netamente ha formulado la nueva doctrina, reconoce que el régimen de los inmuebles afecta en el más alto grado el interés de la nación donde están ubicados. Ahora bien: siendo un principio incontestable que la ley personal debe subordinarse á la territorial siempre que el interés social resulte comprometido, su doctrina conduce á los mismos resultados que el sistema tradicional que pretende reemplazar, y es la ley de la situación de los inmuebles la que se aplica en definitiva, merced al elemento de interés social, cuyos límites no es dado fijar de antemano con toda precisión y cuya intervención no puede menos de complicar gravemente las cuestiones, de suyo graves, que lleguen á suscitarse.

Aun dejando de lado las dificultades inherentes á la incertidumbre de la nacionalidad y su lucha tenaz con la teoría del domicilio, también personal, el nuevo sistema deja insolubles muchas otras que surgen á cada paso. ¿Qué ley se aplicará cuando la persona del propietario sea desconocida? ¿Qué ley debe primar siempre que se trate de una cuestión de dominio entre personas de distintas nacionalidades? Si la cosa perteneciese á varias personas, nacionales de diversos países, ¿la ley de cuál de ellos sería preferida?

Lo arbitrario del sistema de la personalidad de las leyes reguladoras de los inmuebles, sus deficiencias é impracticabilidad surgen en el momento mismo en que se trata de su aplicación,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de suerte que no sería jurídico ni posible abandonar el tradicional sistema de la ley territorial, que, basado sobre el hecho visible de la situación, resuelve segura y uniformemente todas las dificultades que pueden presentarse en las relaciones de la vida diaria.

Por lo que hace á los bienes muebles, la doctrina y la legislación no han sido unánimes ni consistentes. Los viejos estatutarios los hacían depender de la ley personal del propietario y algunos tratadistas modernos repiten todavía su pintoresco adagio *mobilia ossibus inhærent.* Los Códigos antiguos adoptaron el mismo sistema y los menos recientes lo conservan aun.

Los jurisconsultos alemanes Waechter y Savigny han sido los primeros en repudiar la distinción entre muebles é inmuebles, como incompatible con la verdadera naturaleza de las cosas e inconsecuente con el principio fundamental de la soberanía del Estado. La nueva doctrina de tan eminentes jurisconsultos ha sido prohijada en Europa por Bar, Marcadé, Demolombe, Fiore, Lomonaco, Phillimore, Westlake, Asser, Rivier, Laurent, los revisadores del Código Belga y otros muchos. Wheaton, Bello, Sanojo, Chacón, Freitas, Alcorta y Ramírez la siguen en la América. El mismo Brad, acérrimo partidario de la doctrina opuesta, se ve forzado á declarar que si los muebles están, en teoría, sometidos á la ley de domicilio, el principio es rara vez aplicable, de hecho, por razones de orden público, de modo que la resulta prácticamente la excepción y que los muebles son casi siempre regidos por las leyes del país donde están materialmente situados.

El considerable desenvolvimiento de la importancia de los bienes muebles en nuestros días ha llamado la atención de los legisladores acerca de su verdadera naturaleza, de su situación efectiva y de la ley que debe, en consecuencia, regirlos. Rechazando la tradicional distinción que los sometía á un régimen diferente del de los inmuebles, los Códigos de Baviera, Colombia, San Salvador, Chile, Paraguay y República Argentina, sujetan los unos y los otros al imperio de la ley territorial. Aun el Código de Italia, monumento legislativo del predominio de la ley personal, después de imponerles la ley nacional del propietario, no ha podido abstenerse de dejar á salvo las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

disposiciones de la ley del país donde se encuentren, salvedad tachada por Asser con falta de rigor jurídico y que es más bien un homenaje justamente rendido al predominio inevitable de la ley local.

La verdad, nada más que la verdad se necesita para demostrar la justicia de la asimilación de muebles é inmuebles del punto de vista de la ley aplicable á los unos y los otros. Pretender que los muebles carecen de situación es sustituír la ficción á la realidad; porque, de hecho, los muebles tienen una situación efectiva en el lugar donde se encuentran. Que carezcan de situación fija, en el sentido de que pueden ser fácilmente trasladados, prueba, por el contrario, que tienen una situación real, sin la cual el cambio de lugar resultaría absolutamente inconcebible. Que no estén siempre adheridos al suelo nacional, no impide tampoco que estén dentro del territorio patrio y que deban, en consecuencia, regirse por sus leyes al mismo título que los inmuebles.

La doctrina tradicional, tan opuesta en apariencia á la unidad de la ley reguladora de muebles é inmuebles, es, en el fondo, el testimonio más concluyente que pudiera aducirse contra la separación establecida por ella misma. Para demostrar que los muebles debían regirse por la ley personal de su propietario, les atribuía una situación ficticia en el lugar donde él se hallaba domiciliado. Esta ficción, que ligaba los muebles al lugar de su supuesta situación, tenía precisamente por objeto escapar al reproche de inconsecuencia en la determinación de la ley aplicable; y permite deducir con seguridad que, si la ley del domicilio los regía, no era en el caracter de ley personal del propietario, sino de ley real impuesta por la situación de la cosa misma.

Algunos de los autores y Códigos invocados en favor de la asimilación de los muebles á los raíces, del punto de vista de la ley por la cual deben regirse, exceptúan los muebles en tránsito y los de uso personal del propietario para someterlos á la ley de su domicilio; pero esta desviación del principio general de la situación envuelve una positiva inconsecuencia, enérgicamente rechazada por Laurent y la Comisión examinadora del Código Civil Belga, así como por los Códigos de Baviera y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de Chile, que son completamente radicales sobre la materia.

De la circunstancia de que algunos bienes muebles estén destinados á cambiar de situación más á menudo que otros, como el equipaje de un viajero y las mercaderías en tránsito, no se sigue que sea lógico abandonar el principio que reposa sobre la situación de hecho de los objetos de que se trata. La facilidad y frecuencia con que ellos mudan de lugar causará tal vez una gran dificultad de hecho para la determinación de la ley aplicable al caso especial que la motiva, mas no implica la necesidad, ni la conveniencia ni la justicia de abandonar el principio verdadero para sustituirlo por otro ficticio. Más ó menos accidental y pasajera, tales objetos tendrán siempre una situación y ella es el antecedente de hecho que justifica la aplicación del derecho territorial.

En lo que concierne á los muebles especialmente destinados al servicio de la persona, sería poco jurídico y equitativo sustraerlos á la ley del país donde se encuentran y despojar á los acreedores de las garantías que la ley territorial les acuerda. Si se trata de mercaderías en tránsito, rara vez serán materia de derechos reales y difícilmente podrán ser tenidas por los acreedores locales; pero no existe razón alguna jurídica para eximirlas de la ley del lugar por donde pasan, mientras se encuentren en él. Por breve y precaria que se suponga su estadía en el territorio, es la ley de ese territorio la que impera sobre ellos, siempre que se trate del ejercicio de cualquier derecho real.

De acuerdo con las precedentes consideraciones, la mayoría de la Comisión ha redactado el título de los bienes proscribiendo toda distinción entre muebles é inmuebles; sujetándolos sin excepción á la ley del lugar donde existan, fijando la ubicación de los buques y sus cargamentos en aguas no jurisdiccionales, situando los derechos creditorios en el lugar en que la obligación debe ser cumplida, poniendo los derechos adquiridos sobre muebles á cubierto de un cambio posterior de situación y previendo el caso en que la ley del nuevo lugar exija otras condiciones de forma ó de fondo para la adquisición y conservación de tales derechos.

La mayoría ha observado con profunda satisfacción que la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

minoría asimila también los bienes muebles á los raíces, los sujeta sin excepción al imperio de la ley territorrial y asigna idéntica ubicación á los buques, cargamentos y derechos creditorios, de suerte que, tanto por uno como por otro título, la calidad de las cosas, su enagenabilidad, la adquisición, conservación y extinción de todo derecho real, por su naturaleza es gobernada por la ley local.

Toda su disidencia sobre esta importante materia, se reduce á introducir una salvedad en favor de la validez de los contratos celebrados en países distintos del de la situación de los bienes y á suprimir las reglas propuestas para el caso de cambio en la situación de los muebles. La salvedad, sacada del Código de Chile, es ajena á este título, que se concreta al régimen de los bienes y propiamente corresponde al título de los actos jurídicos. La supresión envuelve una omisión tanto menos justificada cuanto que los artículos 19 y 21 de su contraproyecto preven el caso respecto de la prescripción. Pero, sea de esto lo que fuere, la verdad es que la minoría ha reproducido la parte fundamental del título de la mayoría, y que las disidencias apuntadas salen de los límites de la discusión general.

De los actos jurídicos

Los actos jurídicos, considerados en sí mismos y con abstracción de las personas, constituyen el tercer sujeto del derecho

Siendo vasto el campo donde la vida civil se desarrolla activamente, era de esperar que la ciencia les hubiera trazado de tiempo atrás reglas fijas, claras y precisas, que, comunmente aceptadas, sirviesen de guía á los contrayentes, cerrasen la puerta á las asechanzas de la mala fe y evitasen las contestaciones judiciales, que tanto perjudican á la seguridad de las transacciones, que tan alarmantes proporciones han tomado en nuestros días.

Nada, por desgracia, está más distante de la realidad. La diversidad de los sistemas y la disconformidad en las opiniones ejerciendo su influencia deletérea sobre la doctrina y la legislación, han oscurecido la materia y plagádola de dificultades insuperables, no para el común de las gentes, sino aún para los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hombres encanecidos en el estudio de la ciencia. Parecerá, pues, quimérico y hasta pretencioso buscar siquiera un rayo de luz para proyectarlo sobre este verdadero caos; pero intentarlo es un deber, y los deberes no se discuten.

Desde los tiempos más remotos, la libertad de las partes es el principio que domina soberanamente la materia de los actos jurídicos. La voluntad individual es la primera regla de las convenciones humanas y por eso se repite siempre, que las convenciones legalmente celebradas son la ley de los contrayentes. No es necesario que ellos determinen las cláusulas todas de su contrato: les basta referirse á una ley cualquiera para que se la repute incorporada á la convención. Tan amplia autonomía no reconoce otras limitaciones que las que derivan de la organización política, del orden público ó de las buenas costumbres del país cuyas leyes hayan de regir la relación jurídica que se procure contraer.

Cuando las partes, renunciando á su libertad de acción, no hayan fijado expresa ni tácitamente la ley á que desean someter sus estipulaciones, entonces la autoridad debe intervenir, á título de soberana, para designar esa ley, y desde este momento aparecen la confusion de las ideas, la contradicción de los sistemas, la disconformidad de las doctrinas y la oposición de las decisiones legislativas ó judiciales llamadas á resolver el conflicto.

Apreciando en conjunto los autores y los Códigos, puede afirmarse, sin temor de contradicción, que ellos distinguen en las obligaciones convencionales las formas externas, su sustancia intrínseca, sus efectos ordinarios, sus consecuencias accidentales, y, por fin, su correspondiente ejecución, comprendiendo dentro de estas dominaciones relativamente generales todos los numerosos elementos que atañen á la celebración, validez y cumplimiento de dichas obligaciones.

Por lo que hace á las formas externas, la opinión corriente entre escritores y codificadores las hace depender de la ley del lugar donde el acto se celebró. Regla, al parecer, tan sencilla y tan justa, no deja, sin embargo, de suscitar serias dificultades en su aplicación. ¿Dónde se entiende celebrado el contrato, sobre todo entre ausentes por medio de correspondencia ó de mandata-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rios? ¿Comprende los contratos sobre bienes situados en distinto país, sea que las leyes exijan ó no formas especiales para reconocerlo y respetarlo? Si la obligación ha de ser ejecutada en otro lugar, ¿podrá ser regida por distinta ley que la suya? Fœlix, que ha sido el más ardiente propagandista de la regla, que en su apoyo invoca cerca de cuarenta autores, se ve forzado á introducir distinciones y admitir excepciones que por lo menos limitan en grande escala su aplicación.

Respecto á la sustancia intrínseca, Fœlix y Fittman sostienen que la ley del lugar de la celebración comprende también la perfección, naturaleza, validez é inteligencia de la convención así como las acciones rescisorias, resolutorias ó revocatorias que procedan de ella misma. Laurent y Despagnet someten el objeto del contrato al imperio de la ley del lugar de la celebración y sus vicios sustanciales á la ley nacional de las partes. Freitas adhiere á la ley del lugar de la celebración en cuanto al objeto del acto y reserva los servicios sustanciales á la ley del lugar del juicio. Merlin, Demangeat, Rocco, Fiore, Casanova, Olivart y otros sujetan el objeto y todos los vicios de que la convención pudiera adolecer á la ley del lugar de la celebración. No obstante la profunda anarquía de sus opiniones, todos, ó casi todos están de acuerdo en dejar fuera del dominio de la ley del lugar de la celebración varias excepciones, entre las cuales sobresalen en primer término todos los contratos á ejecutar en otro país por la naturaleza de las cosas, la voluntad de las partes ó la disposición de las leyes.

En cuanto á los efectos ordinarios, Merlin, Fœlix, Rocco, Weiss, Haus, Eperson, Lomonaco, Massé y otros los distinguen de las consecuencias accidentales para regir los efectos por la ley del lugar de la celebración y las circunstancias por la del lugar de la ejecución ó de los hechos, según los casos respectivos; mientras que Bar, Fiore, Asser, Laurent y otros rechazan toda distinción entre efectos y consecuencias para someterlos á la ley del lugar del domicilio del deudor, á la del lugar de la ejecución del contrato ó la del lugar de su celebración, de acuerdo con sus respectivos principios fundamentales en materia de obligaciones.

Finalmente, acerca del cumplimiento del contrato, todos es-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tán de acuerdo en ajustarlo á la ley del lugar de antemano designado para su ejecución, ya sea por la situación de la cosa objeto de la obligación, ya por mandato del Legislador, ya por elección de los contrayentes, con las restricciones de orden, aun cuando no lo estén precisamente acerca de lo que la ejecución debe comprender, como resulta de la confrontación de los autores mencionados y demás que se ocupan del punto en cuestión.

No obstante lo somero de la precedente exposición, ella basta para poner de manifiesto que toda la ciencia de los tratadistas, sus libros y discusiones no han logrado arribar á conclusiones netas y precisas, que se impongan al común consenso, para la resolución de la innumerable diversidad de cuestiones que se agitan con motivo de las obligaciones convencionales, tipo el más frecuente y transcendental de los actos jurídicos, de manera que esta importantísima materia del Derecho constituye en la actualidad un laberinto, cuyas dificultades se agravan en razón directa de las nuevas disidencias que aparecen.

En presencia de semejante situación, todo espíritu recto y lógico es insensiblemente conducido á preguntarse si no será lícito prescindir de todos estos síntomas oscuros, hostiles y contradictorios para buscar la solución del problema en la adopción de otro sistema más simple, más racional y más científico, que, sometiendo las relaciones jurídicas á una sola ley, despeje la materia de todas las dificultades que la rodean, la oscurecen y la dominan.

La afirmativa sería una temeridad imperdonable si ella no pudiera apoyarse en la doctrina de eminentes jurisconsultos é invocar la autoridad de códigos respetables. El nudo gordiano se desata proscribiendo la funesta influencia de la ley del lugar de la celebración, para sujetarse exclusivamente á la ley del lugar de la ejecución de las convenciones. Tal es, en esencia, el sistema bosquejado por Waechter, desarrollado por Savigny, apoyado por Phillimore, ampliado por Ramírez y que propiamente arranca del Derecho Romano, esa fuente inagotable de equidad, de justicia y de ciencia. Tal es, sobre todo, por aventurado que parezca decirlo, el sistema que fatalmente fluye de las opiniones y decisiones de los mismos autores y códigos que más ostensiblemente lo contradicen.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Aún cuando la regla *locus regit actum* goce de incuestionable autoridad desde el tiempo de los grandes estatutarios, haya atravesado incólume las vicisitudes científicas de los últimos tiempos y haya llegado hasta nosotros rodeada de una aureola que todavía deslumbra á espíritus selectos, la verdad es que nadie conoce con exactitud su verdadero origen, ni la época en que apareció, ni la órbita precisa de su acción.

Hase pretendido derivarla del Derecho Romano; pero esa pretensión se estrella contra el texto expreso de la ley 21 del Digesto, título *De obligationibus et actionibus*. Bartolo ha sido indicado como su verdadero autor; pero, simple glosador de las leyes romanas, no podía rebelarse contra su autoridad para cambiar su letra ó torcer su espíritu. Hase atribuído, por último, á los estatutarios; pero, si bien su notoriedad data de la edad media, ninguno de ellos se proclama su autor y muchos de los más famosos desconocen su imperio.

Restringida por algunos autores modernos á la forma inicial de los contratos, extendida por otros á todo lo que se refiere á su naturaleza, validez ó alcance, y ampliada por no pocos hasta entregarle los vicios sustanciales de que pudieran adolecer, ninguno ha osado someterle nada de cuanto se refiere á su ejecución, que es precisamente el objetivo final de todo contrato, como que comprende las prestaciones recíprocas de las partes acerca de la entrega y recepción de la cosa, modo del pago y moneda en que debe verificarse, ofertas reales y consignación del precio, obligación de dar recibo y mora del deudor, intereses moratorios y daños y perjuicios de la inejecución, así como todos los incidentes que pudieran suscitarse á su respecto.

Trátase de una regla tan incierta, tan vaga y tan controvertible, que sus propios defensores no han logrado ponerse de acuerdo sobre su carácter para decidir si es facultativa ú obligatoria. A la vez que Waechter, Savigny, Rocco, Fœlix, Massé, Phillimore, Wheaton, Bard, Despagnet, Olivart y Pimenta Bueno sostienen que es puramente facultativa, Merlin, Westlake, Story, Napolitany, Asser y Laurent la declaran rigurosamente obligatoria; y Massé, Vaquette, Mancini, Fiore y Lomonaco, aceptando su carácter imperativo, hacen una excepción en favor de la ley nacional de los contrayentes. ¿Qué regla es esta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que tales cuestiones suscita, que á tan fundamentales disentimientos se presta y cuyo único resultado es colocar la ciencia en la pendiente fatal de la confusión, de la incertidumbre y de la anarquía?

Por otra parte, las razones aducidas en defensa de la regla no resisten el más ligero examen; su completa insuficiencia para dirimir los conflictos de la materia es confesada por sus propios defensores, y su absoluto rechazo se impone como un deber ineludible de la ciencia, que no puede sacrificar la severidad de sus principios, la exactitud de sus deducciones y la estabilidad de las convenciones humanas en aras de sentencias anónimas sin más título que el tiempo, ni más fundamento que la rutina.

Del mismo modo que las personas, que tienen bienes situados en distintas partes, están obligadas á conocer las leyes que las rigen en cada nación, también lo están á conocer las leyes del país donde han de ejercitar los derechos ó cumplir las obligaciones procedentes de sus contratos, cualquiera que sea el lugar de su celebración. Esta obligación no compromete la subsistencia de los actos celebrados de buena fe, siempre que sean ajustados á su ley, ya porque los actos jurídicos, además de sinceros, deben ser legales, ya porque no se trata de repudiar toda ley sino de determinar la que haya de gobernar la relación jurídica del caso. La necesidad de conocer la ley del lugar de la ejecución de los contratos es inevitable, aun cuando la forma y sustancia sean regidas por la ley del lugar de su celebración, de suerte que conservando, aunque no sean más que las dos leyes de la celebración y de la ejecución, la dificultad, lejos de simplificarse, se agrava, porque se duplica.

Cuando dos personas contratan sobre cosas situadas en un lugar y se comprometen á llenar sus obligaciones en el mismo lugar, el caso cae bajo el imperio de la ley interna del país, bajo cualquier aspecto que se le encare, desde que ninguna otra ley puede disputarle el gobierno de la relación jurídica así formada. Cuando el contrato versa sobre cosas situadas en otro lugar ó debe cumplirse en distinto lugar de aquél en que fué celebrado, recién surge el caso de Derecho Internacional Privado; porque entonces dos ó más leyes pueden disputarse el predominio de la relación. Y bien, la insuficiencia de la regla ana-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lizada aparece simultáneamente con el caso; puesto que, así Fœlix como Cocceji, Story, Burge, Haus, Weiss, Bard, Asser, Laurent y demás declaran que el caso se rige entonces por la ley del lugar de la ejecución. Quiere decir que el lugar de la ejecución es el que realmente predomina y el único, por tanto, en aptitud de determinar la ley aplicable á la relación jurídica de su referencia.

Tan grande es el imperio de la lógica, aun sobre los espíritus más preocupados, que Brocher no ha podido menos de decir ingénuamente que la regla *locus regit actum* suscita graves dificultades del doble punto de vista de la prueba y de la garantía de las obligaciones; que Savigny y Haus confiesan paladinamente que en ciertos casos importa una verdadera derogación de las leyes destinadas á regir los actos jurídicos; y que Fœlix admite la posibilidad de que la opinión de Eichborn, en favor de la ley del domicilio, sea más conforme al Derecho estricto. La verdad de las cosas, la lógica de los principios y la seguridad de los actos jurídicos exigen, de consiguiente, que la regla *locus regit actum* sea proscripta, y proscripta para siempre, del Derecho Internacional Privado. Esta ciencia tiene también sus armas defensivas contra las nociones perturbadoras, y jamás las empleará más justa y ventajosamente que eliminando dicha regla como principio general en materia de actos jurídicos.

Pero si es lícito repudiar un sistema, es indispensable reemplazarlo con otro que responda mejor á todas las exigencias que está llamado á satisfacer. Este sistema no es necesario inventarlo, porque ya existe claramente formulado y victoriosamente defendido. Es el nuevo sistema, hace un momento indicado, de la ley del lugar de la ejecución de las convenciones para regirlas, abrazando formas, sustancia, efectos, cumplimiento y demás que les concierne desde que nacen hasta que mueren. El sistema se completa con la designación del lugar en que las convenciones deben cumplirse, siempre que las partes no la hagan dentro de los límites en que su arbitrio puede ejercitarse.

La ley del Digesto, antes citada, establece que *contraxisse unus quisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit.* La ley 3, título 5, libro 42 del Digesto dijo también que *Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gestum sit; sed quo solvenda est pecunia. Era, pues, una máxima del Derecho Romano que el contrato se entiende celebrado en el lugar de su ejecución y sobre esa base granítica pudo asentarse el sistema que le entrega el gobierno de la estipulación bajo todos sus aspectos.

Sin embargo, Savigny, á quien en justicia pertenece el altísimo honor de haber formulado el nuevo sistema, que tanta notoriedad le ha dado en el mundo de la ciencia, desdeñó aquel fundamento, cediendo á las corrientes de una crítica poco justificada y prefirió asentarlo sobre un estudio detenido de la esencia de la obligación, que conduce á fijar su asiento jurídico en el lugar designado para su cumplimiento.

Como Savigny lo dice, toda obligación resulta de hechos visibles; toda obligación se cumple por hechos visibles. Unos y otros pasan sucesivamente en algún lugar y así, para determinar el asiento de la obligación, es forzoso escoger entre el lugar en que ella nace y el lugar en que se cumple, entre su principio y su fin. Ahora bien, encarando la cuestión de un punto de vista general, ¿cuál de los dos términos merecerá la preferencia?

No será sin duda el primero, que es en sí mismo un hecho accidental, fugitivo, extraño á la esencia de la obligación como á su desarrollo y á su eficacia ulterior. Si el lugar en que la obligación nace, tuviera, en el concepto de las partes, una importancia duradera y que debiera extenderse al porvenir, no sería ciertamente por el hecho de la celebración del contrato sino en virtud de circunstancias exteriores, ajenas á este hecho, probando que la expectativa de las partes ha sido expresamente dirigida hacia ese lugar.

No sucede lo mismo con el cumplimiento, que pertenece á la esencia de la obligación. Consistiendo la obligación en hacer cierta y necesaria una cosa antes incierta y sometida al libre arbitrio de una persona, la cosa que resulta necesaria y cierta es precisamente el cumplimiento de la obligación, y es así, sobre ella, que la atención de las partes se concentra. Luego es de la esencia de la obligación que el lugar del cumplimiento sea reputado su asiento jurídico.

La insustancial distinción que Fiore recibió de Mevius, Voet, Rocco y Fœlix, entre el *vinculum juris* y el *onus conventionis*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no puede aspirar á conmover estos sólidos fundamentos, que el temor de desvirtuar me ha inducido á reproducir textualmente. No existe *vinculum* sin *onús*, ni *onus* sin *vinculum*. ¿Se concebiría un contrato sin obligación, ni obligación sin objeto? El *vinculum* y el *onus* están, pues, íntimamente ligados entre sí, se suponen recíprocamente, no pueden desligarse en absoluto y tienen que caer, en consecuencia, bajo el imperio de la misma regla.

Si alguna observación puede dirigirse con éxito á Savigny, es que se haya detenido ante las formas externas de las convenciones, dejándolas fuera de la acción de su sistema, por los fútiles pretextos que, con marcada contrariedad, aduce en apoyo de la restricción. Es de buen principio que todo acto sea indivisible del punto de vista de la ley que haya de regirlo; que su forma sea inseparable de su fondo, y que tanto bajo uno como bajo otro aspecto, sea exclusivamente regido por una sola y única ley. En esto precisamente estriba el mérito de la ampliación de Ramírez, el cual, sobreponiéndose á la autoridad del gran jurisconsulto alemán, no trepidó en llevar su teoría hasta sus últimas consecuencias para regir las formas por la misma ley destinada á gobernar el fondo del acto jurídico.

Casi todos los grandes estatutarios, con Dumoulin á la cabeza, han enseñado, desde hace más de trescientos años, que los contratos á cumplir en otro lugar que el de su celebración, se rigen por la ley del lugar en que deben ser cumplidos. Esta doctrina es también profesada por casi todos los estadistas modernos, y Story la declara de justicia natural. Westlake mismo reconoce que la jurisprudencia inglesa no se pronuncia de un modo absoluto por uno ú otro lugar y que resuelve cada caso según la ley del país en que reputa que la obligación tuvo su asiento jurídico.

Los códigos de Prusia, Sajonia, Colombia y San Salvador consagran la misma doctrina. Los de Chile y la República Oriental del Uruguay niegan todo valor á las escrituras privadas otorgadas en país extranjero, en los casos que ellos exigen instrumentos públicos para pruebas que hayan de rendirse dentro de sus respectivos países. El de Chile sujeta también á las leyes chilenas los efectos de los contratos otorgados en otro

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

país para cumplirse en Chile. El Código Argentino y el del Paraguay han sido, además tachados por un distinguido escritor, de anteponer, en ese último caso, la validez de las convenciones particulares á la eficacia de la soberanía nacional.

Ahora bien, si, según estas mismas opiniones y decisiones, la ley del lugar de la celebración sólo rige los actos jurídicos bajo condición de que han de ser ejecutados en el mismo lugar y la del lugar de la ejecución predomina, toda vez que ámbos lugares no coinciden ¿no es evidente que la ley del país en que la convención debe ser cumplida es la verdadera ley del acto jurídico, á fin de que lo principal no quede subordinado á lo accesorio, lo secundario á lo esencial, la verdad á la ficción?

Fijado el principio fundamental de la materia, toda la dificultad se reduciría á deslindar con acierto y claridad los lugares donde los diversos contratos deben ser cumplidos, determinar igualmente el asiento jurídico de las obligaciones que nacen sin convención y establecer las formalidades que han de revestir los instrumentos públicos ó privados, que no son, por cierto, los contratos mismos, sino los escritos que los consignan con el objeto de preestablecer la prueba de su existencia, de los derechos que confieren y de las obligaciones que imponen, á fin de prevenir ó decidir las diferencias que su cumplimiento pudiera suscitar.

(Concluirá)

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CODIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

Por el contrario, si se pide enmienda en segunda instancia, después que ha cesado la jurisdicción del juez de alzada y ha nacido la del inferior, es decir, cuando el superior devolvió el proceso y el inferior le puso el *cúmplase*, ¿se pedirá por el superior nuevo envío del proceso? ¿Tendrá que suceder, como consecuencia forzosa, que se paralice el juicio ó la ejecución de la sentencia en su caso? Realmente todo esto tendría que tener lu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gar con la redacción del artículo y por la circunstancia de no fijar un plazo, que no traiga todos estos inconvenientes.

Nuestro procedimiento actual otorga para interponer este recurso el mismo día, según la ley de Partida, y veinticuatro horas, segun la práctica. La legislación venezolana concede las primeras veinticuatro horas. El artículo 77 de la ley Española "dentro del siguiente día al de la notificación de la sentencia".

El plazo de cinco días del Proyecto sería propio para las sentencias apelables, pero muy largo para las inapelables. El plazo de dos días es muy proporcionado y guarda conformidad con el plazo para el recurso de revocatoria. Será un plazo único para toda sentencia, y que evita todos los inconvenientes expresados más adelante, y no retarda tanto la acción de la justicia.

En la parte final del inciso 2.º se otorga al juez la facultad discrecional de suspender *dos cosas á la vez*, el juicio y la ejecución de la sentencia. Las dos cosas *á la vez* lo dice la conjunción *y*, y esto no puede suceder en la generalidad de los casos. Puede ser una de esas dos cosas. La conjunción *ó* es la correcta. La suspensión debe ser forzosa, no voluntaria.

La tramitación de este recurso, como la del de revocatoria, debe ser una misma, como la de incidente de derecho. Así es que debe oírse siempre al contendor ó á la contraparte.

El artículo 171 faculta para pedir reposición *sólo* de las sentencias interlocutorias de primera instancia; el 172 de las de segunda, referentes á la sustanciación; el 173, lo que el tribunal debe hacer sin oír á la contraria y fallando con el mérito de lo pedido; y el 174 concede apelacion al que pidió reposición y le fué negada, siempre que la ley la otorgue expresamente.

La tramitación de una revocatoria se aleja mucho de la conveniencia bien entendida; restringe demasiado el derecho de las partes; se les puede obligar sin ser oídas previamente; la discusión se ahoga ante la amplitud que se deja al juez. Es preciso armonizar el ejercicio correcto de un derecho con las prescripciones de justicia y con la brevedad prudente que debemos dar á la tramitación de este incidente.

¿Por qué la reposición no ha de tener apelación por parte de quien sale perjudicado con la concesión de ella?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Está bien que el que la pidió y obtuvo, no apele; pero ¿por qué no había de apelar aquel contra el cual se solicitó y fué otorgada? ¿Por qué negarle el derecho de apelar? No nos explicamos tal procedimiento; sólo vemos una limitación injusta respecto de un derecho perfecto, y cuyo ejercicio no vulnera ningún interés del Poder Judicial ni de los litigantes.

En todo el título 22 no se dice si los tres días fatales es un plazo común ó uno individual, si corren desde cada notificación ó después de la última notificación. Esta incertidumbre debe hacerse desaparecer y debe decirse claro desde cuándo el indicado plazo principia á correr para cada litigante. Nosotros limitaremos ese plazo á *dos* días.

También debe oírse al contendor, como principio esencial, dentro de un plazo de *dos días*, uno menos que el plazo que hoy se le da. Con lo que exponga ó en su rebeldía, acusada de oficio, el juez debe dar sentencia. Es preciso ilustrar el criterio del juez con lo que diga la contraria y no encerrarlo con lo que le exponga únicamente una de las partes interesadas. De la discusión sale la luz; mas el Proyecto ahoga esta discusión, la destierra.

El referido título 22 no dice en qué consiste el recurso de reposición ó revocatoria. Hay precisión de decirlo, así como lo dice tratándose de los recursos de enmienda y de apelación.

Cuando se pide revocatoria de una providencia ó de una sentencia interlocutoria, se pide que quede sin efecto, que desaparezca ese mandato, que vuelva la causa al estado primero en que estaba antes de pronunciarse, y que esto suceda en todo ó sólo en una parte.

Ya podemos dar forma á los principios desarrollados más adelante, y redactar los artículos que los simbolicen y que deben reemplazar á los artículos del Proyecto; pero antes digamos qué cosa significa *reposición* y qué *revocatoria.*

"*Revocatoria*" es un adgetivo sustantivado, que tiene subentendida la voz *sentencia;* equivale á decir *sentencia revocatoria.*

Con el recurso llamado así, se persigue esa clase de sentencias; y el nombre de ellas se da al recurso mismo con que se las ataca.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Revocatorio es lo que anula, deja sin efecto, recoge lo concedido. La dicción *revocatoria*, como nombre del recurso, que los españoles llaman reposición, sólo es conocida en el foro chileno.

Reposición es la acción y efecto de reponer, volver á poner en el lugar que tenía; restaurar; replicar, responder; en el foro es volver un pleito al estado que antes tenía.

En el título 21 vamos á tratar del caso en que la sentencia ó el decreto notificados no pueden cambiarse por el juez que los pronunció, y de los dos casos en que esto puede tener lugar. La enmienda aplicada para las sentencias definitivas é interlocutorias en su objeto, y la revocatoria aplicada para las sentencias interlocutorias y decretos en su objeto respectivo. Ambos casos son excepciones y les damos una misma tramitación. En esto uniformamos la legislación de un modo notable.

TÍTULO XXI—Enmienda y revocatoria

"ART. 169. Notificada una sentencia ó un decreto á un litigante, no podrán ser cambiados en todo ó en parte, por el juez que los dictó, sino en los casos expresamente permitidos por la ley".

Aquí consagramos el principio absoluto de *inalterabilidad* para todo acto emanado del Poder Judicial, y al mismo tiempo la excepción. Si no comprendiésemos la sentencia interlocutoria y el decreto en este principio, podría pensarse que tales actos podían cambiarse *de oficio* y en *cualquiera situación*, poder enorme que no habría conveniencia en establecer en asuntos civiles.

"ART. 170. El recurso de *enmienda* tiene por objeto *salvar* lo oscuro y lo dudoso, las omisiones y los errores de hecho, que existan en una sentencia".

Salvar es "librar, libertar; quitar; expurgar". Hay enmienda cuando se *aclara* lo oscuro, se *explica* lo dudoso, se *agregan* las omisiones ó se *rectifican* los errores de hecho.

"ART. 171. El recurso de *revocatoria* tiene por objeto *dejar sin efecto* en todo ó en parte una sentencia interlocutoria ó un decreto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"No hay este recurso respecto de la interlocutoria, que es decisión final de un recurso de apelación".

Este artículo abraza todo lo comprendido en los artículos 171 y 172 del Proyecto.

"ART. 172. Cada litigante podrá instaurar estos recursos *sólo ante* el juez que dictó la sentencia ó decreto, y dentro de dos días, contados desde su notificación individual".

Aquí designamos el tribunal competente y el plazo para reclamar con esos recursos.

"ART. 173. El juez pondrá al pedimento *Traslado y autos.*

"La contraparte podrá contestarlo dentro de dos días desde su notificación.

"ART. 174. Cumplidos los cuales, y con lo que ella exponga ó en su rebeldía, el juez resolverá el incidente sin más trámites.

"ART. 175. Los incidentes á que den origen estos recursos suspenderán la ejecución de la sentencia ó decreto reclamados".

Con decir que se suspenda el cumplimiento de lo mandado, se ordena implícitamente la paralización del juicio; por cuanto éste no podría adelantar sin remover el obstáculo que nace de la suspensión de lo reclamado. No hay necesidad de decir que se paraliza el juicio y lo reclamado. Casos habrá en que el juicio se ha terminado y se forma incidente de revocatoria sobre un cúmplase: en este caso, ¿qué juicio se suspendería cuando está finalizado? Ninguno. La redacción del proyecto en el artículo 170 es superflua.

Respecto de la apelación de la resolución que recaiga en estos recursos, se tratará cuando se hable del recurso de apelación en general.

TITULO XXIII.—De la apelación

El epígrafe sería sólo: *Apelación.*

"ART. 175. La apelación es un recurso que tiene por objeto pedir que el tribunal superior respectivo enmiende los agravios inferidos por el inferior".

Antes de entrar en materia, es conveniente definir ciertas voces del artículo transcrito, para apreciar todo su alcance ó significado jurídico.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Apelación es "el acto, la acción, el efecto de apelar".

Apelar es recurrir al superior; recurrir á los sentimientos de alguno, invocarlo; echar mano de algún medio, buscar remedio á algo".

Enmendar es hacer que desaparezcan ó disminuyan los defectos de algo, quedando menos imperfecto. En el foro, según la Academia Española, es "reformar, corregir la sentencia dada por el juez".

Agravio es "dicho ó hecho ofensivo, injuria, afrenta; daño ó perjuicio en los intereses ó derechos".

Veamos lo que dice el artículo 175.

Dice que apelación es un recurso; que este recurso tiene por fin pedir que un juez enmiende ó reforme; y que las cosas enmendadas ó corregidas son los agravios, los perjuicios causados en los derechos, ó las ofensas producidas.

Todo lo cual no es ni cierto ni filosófico. El artículo, en lo que ordena, dice que apelación es sencillamente pedir enmienda de agravios. De modo que ella sólo alcanza á la petición y á formular la cosa pedida. En este punto termina el recurso definido por el Proyecto. No obstante, en la realidad, el recurso con los elementos definidos en el artículo 175, sólo se inicia; y su existencia continúa durando hasta que el superior revé el asunto apelado, y se pronuncia sobre él, y da su sentencia nueva, otorgando ó negando lo pedido.

La apelación se *inicia* con la petición que la contiene; se *desarrolla* ante el superior, ante él se pide que se otorgue lo que el inferior dejó de conceder; se *finaliza* con la nueva resolución y con la consiguiente devolución del proceso.

La *iniciación*, el *desarrollo* y la *finalización* antedichos son los elementos positivos y filosóficos de toda apelación: *interposición*, *trámites* y *fallo* son sus grados.

Ella nace por la iniciativa de un litigante ó de una persona. Es recurso que tiene su sustanciación y es de segunda instancia. Es un segundo juicio, que se abre ante distintos jueces; en él el apelante pide que se le dé todo lo que pidió en la primera instancia; y él apeló, porque no se le otorgó todo ello. El contendor se opone ó no. Y el juez superior resuelve, ó negando lo pedido, ú otorgando todo lo solicitado ó una parte de lo pedido.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con la apelación cesa en parte ó en el todo la jurisdicción del juez inferior, y el expediente ó proceso sale de este juez para ante un superior. Con ella surge una *nueva* jurisdicción, hay *nuevos* jueces, *nuevo* juicio, *nueva* discusión, *nuevo* examen de autos y *nuevo* fallo.

El superior, ó puede dar el mismo fallo que el del inferior, y entonces *confirma* lo apelado; ó puede dar el mismo fallo agregándole ó quitándole algo; en este caso hay *confirmatoria con modificación* ó *con declaración*; ó bien puede dejar sin efecto el fallo apelado y dar otra resolución contraria; en este caso hay *revocatoria*. De todo lo cual se desprende que el papel del juez superior es, ó confirmar lisamente, ó confirmar con declaración, ó revocar, dejar sin efecto.

Los agravios no hacen, en la generalidad de los casos, papel alguno atendible. Sólo se examina la justicia ó la legalidad de lo que se pretende alcanzar con el nuevo fallo de los nuevos jueces. Es verdad que con dicho fallo puede suceder que se destruyan ó disminuyan los perjuicios ó agravios de la resolución apelada; pero esto será un efecto del segundo fallo y nada más.

Los jueces no están para enmendar agravios ó deshacer entuertos: están para administrar justicia, dar á cada uno lo que le corresponde según su leal saber y entender, y nada más.

¿Y por qué hemos de opinar en la ley el hecho inexacto de que los jueces inferiores causan agravios á la parte apelante? ¿No es verdad que cuando se infieren agravios, hay que suponer dañada intención en el que los infiere, ó por lo menos falta de imparcialidad? Esto sí que se llama agraviar, ofender el criterio judicial, al que la ley debe prestigiar, suponer como el crisol de la pureza.

Pues bien, hay necesidad de quitar de la ley la sospecha anotada, y del artículo 175 la expresión «inferidos por el inferior.»

No es esto sólo. No siempre habrá agravios que remediar con una apelación.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCION BIBLIOGRAFICA

CHILE.—1. MINISTERIO DEL INTERIOR. AGENDA ADMINISTRATIVA PARA 1890. Un vol. de XXVI—83 págs., y las que comprende un calendario *ad hoc*. Imprenta Nacional, 1889, Santiago.—2. ANUARIO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, CORRESPONDIENTE Á 1889. Un volumen de 514 págs. Imp. Nacional, 1890.— Como muchas otras de su género, las anteriores señalan la labor ilustrada y fecunda del señor don Aníbal Echeverría Reyes en su puesto de jefe de sección del Ministerio del Interior. Esperamos que en la carrera judicial á que ha dedicado su actividad desempeñando el cargo de juez letrado del departamento de Talcahuano, consagre á la jurisprudencia trabajos tan interesantes como los que le ha sugerido la administración. Reciba el señor Echeverría nuestros agradecimientos por su obsequio.—3. LAS PRIMERAS ASAMBLEAS NACIONALES, *años de 1811 á 1814*, por don Alcibíades Roldán. Un vol. de 448 págs, Imprenta Cervantes, 1890, Santiago. Es un libro á la vez histórico y científico: en su primer carácter, se refiere la historia de las asambleas nacionales durante el primer período de las guerras de la independencia; en su segundo aspecto, tiende á manifestar, como lo expresa el señor Roldán, el sentido práctico según el cual la solución única de todos los problemas que pueden agitarnos en cualquier momento, es aplicar leal y sinceramente los principios de libertad, á cuya sombra encaminó la República sus primeros pasos. "Estos principios, agrega, han tendido á constituir la autonomía nacional enfrente del extranjero; y en el órden político interno, á organizar los poderes públicos sobre la base de su independencia recíproca, por una parte, y á mantener á los ciudadanos, por otra, en el ejercicio regular de todos sus derechos y en el manejo directo de todos sus intereses.—"Aún en los albores de nuestra vida política, resalta una verdad; la de que un uso excesivo de autoridad por parte del Congreso ó por parte del Ejecutivo,—los dos poderes más naturalmente inclinados á chocar entre sí,—ha producido resultados desastrosos para la paz pública, y, á la larga, completamente estériles para el objeto perseguido. Uno y otro han debido luego buscarse, convencidos de que sólo su armonía íntima podía hacer la felicidad de la República.—"Las revoluciones promovidas por los gobiernos saliendo de los límites de su autoridad, no ménos que las promovidas por los pueblos saliendo de los límites de sus derechos, han traído consecuencias igualmente funestas, lo que quiere decir, en resumen, que el abuso, el atropello, el motín, han sido infructuosos. Sólo el respeto á la ley fué siempre fecundo".—Es de celebrar la publicación de un libro de esta clase, que viene á abrir horizontes históricos y positivos á la ciencia política y constitucional en Chile; y aparte de nuestra gratitud por su atención, enviamos al señor Roldán nuestros votos por que la estimación pública de su interesante obra le impulse á continuar tan preciosos estúdios respecto de los años 1818 y siguientes de nuestra historia.—LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de julio de 1890 NÚM. 2

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Ramón Murillo; don Ramón Domínguez, por E. C. L.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado. Apéndices: II. Otros documentos sobre el Congreso Sud-Americano de Montevideo de 1889: Discurso del plenipotenciario argentino don Manuel Quintana, miembro informante de la Comisión de Derecho Civil Internacional (conclusión).—Refutación del discurso precedente del plenipotenciario argentino don Manuel Quintana, por don José Clemente Fabres.—Estudio de diversas cuestiones constitucionales de actualidad, por don Eulogio Allendes.—Si en los juicios posesorios debe citarse al querellado, por don Agustín Correa Bravo.—¿Puede renunciarse la implicancia? por X. X.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas. — Revista bibliográfica, por La Dirección.

DON RAMON MURILLO

Después de una rápida y violenta enfermedad, ha bajado á la tumba el señor don Ramón Murillo, el día 23 del mes que acaba de terminar.

Era abogado desde 1861, en cuya época desempeñaba el cargo de contador de la antigua Contaduría Mayor.

Posteriormente fué secretario de la legación de la República en el Perú, diputado al Congreso Nacional, en cuyas comisiones prestó valiosos servicios; miembro fundador ó socio de diversas asociaciones, como la Sociedad de Instrucción Primaria y la Sociedad Católica de Educación; el Club de Septiembre y la Academia de Leyes.

La estimación que mereció por sus talentos y virtudes fué manifestada en todo tiempo por sus conciudadanos, que encomiaron siempre en él su integridad y sus conocimientos; por los tribunales, que le asignaron los títulos de confianza que les inspiraba y los puestos que le correspondían en la provisión de las vacantes de la judicatura; y por el Supremo Gobierno, que en varios períodos le nombró abogado integrante de las Corte de Santiago.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Su fallecimiento ha sido universalmente sentido, y todos han contribuído á honrar su memoria dignamente. El Directorio de la Academia de Leyes, declarando que este triste suceso era un motivo de duelo para la corporación, acordó diversas manifestaciones de pésame y comisionó al Director de esta REVISTA para hacer uso de la palabra en el acto de la inhumación de sus restos.

Reproducimos ese discurso, que no pudo ser pronunciado en el cementerio por causa de enfermedad de su autor:

"Por encargo del Directorio de la Academia de Leyes, á la vez que por propia inspiración, me encuentro en este sitio para tributar al señor don Ramón Murillo el homenaje de admiración que le corresponde por sus virtudes, y la expresión del sentimiento con que lamentamos su desaparición.

"El señor Murillo señaló con rasgos brillantes su paso por los diversos puestos públicos que le cupo desempeñar en la administración y en la legislatura, y como miembro de innumerables asociaciones; mas en donde su memoria será imperecederá es en la mente y en el corazón de sus compañeros del foro.

"Sus sólidos conocimientos, su perspicacia, su criterio jurídico, le dieron una reputación bien honrosa y merecida en la apreciación pública; al paso que sus teorías y lucubraciones en punto á interpretación de la ley, concebidas en el sano y moderno sistema de la jurisprudencia filosófica, le atrajeron las simpatías y el aprecio de sus colegas.

"Durante largos años fué maestro de la juventud en la cátedra de práctica forense que, por una tradición honrosa para los estudios legales de Chile, mantuvo en su propia casa, como obra exclusiva de él primero, como sección de la Academia de Leyes después. Nunca hubo mayor elevación de espíritu ni magnanimidad más intensamente sentida para el desempeño de una misión nobilísima, pero ignorada del público. Hé ahí la fuente de un gran carácter.

"En la Academia de Leyes fué el primero entre los primeros. Secundando el loable movimiento originado en el Club del Progreso en 1888, don Ramón Murillo concurrió á la formación y organización de la Sociedad con todas sus fuerzas, con todo su vigoroso entusiasmo. Su labor no deberá olvidarse, como tam-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

poco aquellas memorables reuniones en que, faltando la lectura de tesis escritas, el señor Murillo disertaba durante casi toda la sesión con el brillo y talento que subyugan la atención del oyente.

"Como compañero y como amigo, era una personalidad atrayente y distinguidísima. Como hombre de familia, como hombre social, allí están las lágrimas y el dolor de los suyos, allí está el sentimiento público, que rara vez extravía su criterio en la estimación del mérito y de la virtud.

"Como un saliente distintivo de su naturaleza moral, es grato recordar que don Ramón Murillo hizo siempre honor á su palabra y cumplió en todas ocasiones sus compromisos, pues supo medir los que contraía.

"Ha llegado así á la tumba cargado de merecimientos, y deja una memoria de bendiciones.

"Esta inmortalidad del recuerdo es sin duda la mejor residencia de una vida bien llenada, porque los deberes fueron nobles y austeramente cumplidos.

"Entretanto, un adiós sincero y sentido, al excelente amigo é ilustrado jurisconsulto".

DON RAMÓN DOMÍNGUEZ

Ha fallecido este distinguido abogado de Valparaíso.

Fuera de su talento y habilidad como miembro del foro, era notable por su consagración á la instrucción primaria, á la que prestó valiosos servicios como ilustrado consejero y propagador durante toda su vida.

Desempeñó hace algunos años la secretaría de la intendencia de Valparaíso; y como hombre privado deja recuerdos que sus amigos y la sociedad conservarán con sincero respeto y profunda estimación.

E. C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

APÉNDICES

II

Otros documentos sobre el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889

DISCURSO DEL PLENIPOTENCIARIO ARGENTINO DON MANUEL QUINTANA

(Conclusión)

Esto es precisamente lo que la mayoría de la Comisión ha hecho en el título analizado. El sistema adoptado por ella podrá no conquistar las adhesiones de la opinión; mas, la elección no debería ser dudosa, sobre todo del punto de vista práctico, que reviste una importancia capital en esta difícil materia. Creación anónima, noción ambigua, teoría falsa, sistema sin vida, la regla *locus regit actum* sólo alcanza á reflejar sobre los actos jurídicos la confusión, la inseguridad, la complicación y la anarquía de sus propios defensores. De parte de la ley del lugar de la ejecución está la autoridad de un jurisconsulto, cuyo nombre se pronuncia siempre con respeto, la claridad de la concepción científica, la solidez de las razones en que se apoya y una simplicidad tan completa que descarta todo peligro de dificultades de interpretación ó de aplicación á que jamás escaparía el sistema opuesto, cuajado de excepciones tan numerosas como contradictorias.

Por lo demás, aunque la máxima combatida hubiera de prevalecer una vez más, el título de la minoría tendría que ser depurado de las repetidas incongruencias que lo privan de la unidad y de la lógica que deben caracterizar esta clase de trabajos. Aparentemente asentado sobre la regla *locus regit actum,* responde

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en su estructura general, á diversos principios de todo punto inconciliables. Los artículos 22 y 29 confirman la ley del lugar de la celebración; los artículos 23 y 26 optan por la ley del lugar de la ejecución; los artículos 24 y 25 salvan la ley nacional de las partes; y el 27 erige su voluntad en regla suprema de la materia. ¿Merece esto el nombre de eclectismo? Á juicio de la mayoría, es simplemente inconsecuencia y contradicción.

De la sociedad conyugal

La intimidad de las relaciones matrimoniales no podía identificar las personas de los esposos sin influír al mismo tiempo sobre sus intereses materiales, que tiende siempre á confundir, sujetándolos de ordinario á un destino común. El matrimonio no se limita, pues, á actuar sobre los cónyuges, sino que obra también sobre sus bienes. De las relaciones personales se ocupó el título "Del matrimonio". El presente versa sobre las relaciones pecuniarias.

Bajo las diversas denominaciones de régimen matrimonial, contrato nupcial ó sociedad conyugal, se designa ó comprende el conjunto de reglas destinadas á gobernar los bienes presentes y futuros de marido y mujer del triple punto de vista de la propiedad, del goce y de la administración, conjunto de reglas que puede dimanar de la voluntad de las partes ó de las disposiciones de la ley.

La libertad, que es de la esencia de las convenciones humanas, no debía ser desconocida en materia de estipulaciones matrimoniales. Principio universal en la doctrina, ha prevalecido asimismo en todas las legislaciones antiguas y modernas, con excepciones tan escasas y desautorizadas, que no merecen la pena de ser tomadas en cuenta. En su virtud, los que se casan son dueños de adoptar el régimen que prefieran, de determinar sus condiciones y aun de referirse á cualquiera ley propia ó ajena. Su autonomía no reconocerá más límites que los que el Derecho impone á la voluntad de los contrayentes ó á la aplicación de las leyes extranjeras.

Siempre que los esposos se abstienen de celebrar contrato alguno, ó cuando el celebrado adolece de deficiencias que no se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

resuelven por su propio contenido, entonces el Legislador toma la palabra para suplir el silencio de las partes, sometiendo *ipso jure* sus bienes al régimen que considera más en armonía con los intereses generales, los fines del matrimonio y la seguridad de todos. De ahí que la mayor parte de los escritores, apreciando el silencio de los esposos como un asentimiento implícito á la ley del caso, sostengan que su aplicación reposa sobre una convención tácita, pero innegable. Á Dumoulin pertenece el honor de haber formulado esta doctrina, á que se han plegado Savigny, Bard, Demolombe, Arntz, Haus, Weiss, Durand, Asser, Laurent, Ramírez y muchos otros.

Hasta aquí, las disidencias no son sensibles y la discusión se mantiene, por lo mismo, dentro de estrechos límites. La disconformidad y la controversia recién se agravan cuando se trata de escoger la ley á cuyas disposiciones han de quedar los esposos sometidos, sea por efectos de una convención tácita, sea por la voluntad soberana del Legislador. Unos, como Fiore y Weiss, se pronuncian por la ley nacional del marido en su carácter de jefe de la comunidad. Otros, como Troplong y Fittman, optan por la ley del lugar de la celebración del matrimonio. Algunos, como Fœlix y el Congreso de Jurisconsultos de Lima, distinguen entre muebles y raíces, adhiriéndose á la ley de la situación para los segundos.

Respecto de los primeros, bastará repetir que la nacionalidad carece de todas las condiciones indispensables para servir de fundamento á un principio de Derecho Civil Internacional. La opinión de los segundos supone una analogía que no existe entre el contrato matrimonial y todos los demás, basa una situación permanente sobre una circunstancia accidental y extiende el alcance de la regla *locus regit actum* á relaciones que no tienen la menor atingencia con ella. Los últimos olvidan que todas las partes del régimen matrimonial acerca de los bienes se igan estrechamente; que la distinción entre muebles é inmuebles es completamente arbitraria; que la situación respectiva de os esposos, en cuanto á los bienes, no sabría fraccionarse para obedecer á las leyes diferentes; y que la aplicación simultánea de principios opuestos á idénticos elementos patrimoniales produciría inevitablemente resultados anormales é injustos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Desechadas estas diversas soluciones, sólo queda en pie la que ofrece la ley del domicilio conyugal escogido de común acuerdo entre ambos esposos ó determinado, en defecto de acuerdo, por el domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio, cuya solución cuenta en su apoyo con la imponente autoridad de la tradición jurídica, de la doctrina corriente, de la legislación general y de la jurisprudencia de los tribunales de Europa y América.

La iniciativa de la solución propuesta se remonta, en efecto, á Dumoulin, con motivo de una consulta que le fué dirigida sobre la naturaleza y efectos de las convenciones matrimoniales referentes á los bienes, y, aunque disintiendo en cuanto á los fundamentos, su opinión ha sido adoptada por casi todos los grandes estatutarios, entre los cuales figuran J. Voet, Froland, Boullenois y Bouhier. Entre los autores modernos, la ley del domicilio es defendida por Merlin, Rocco, Waechter, Savigny, Bar, Demangeat, Rivier, Haus, Arntz, Bard, Phillimore, Westlake, Laurent, Ramírez y muchos más. Los códigos y las decisiones en Alemania, Francia, Inglaterra, Bélgica, Estados Unidos de Norte América y varias naciones de la América del Sur, responden al mismo principio.

La ley del domicilio matrimonial, asiento de la sociedad conyugal, se impone, pues, como la única apta para gobernar las relaciones pecuniarias de marido y mujer, en defecto de estipulaciones especiales, ya se tome por punto de partida la idea de la convención tácita de Dumoulin, el sometimiento voluntario á sus disposiciones de Savigny ó el imperio directo de la misma ley de Bar.

Todas estas divisiones carecen de sentido práctico y convergen hacia el sistema de la ley del domicilio; porque no sería lógico negar á la convención tácita el mismo alcance que á la expresa, ni impedir que la sumisión voluntaria de las partes produzca sus efectos naturales, ni mucho menos sustraerse á la autoridad de la ley, que es obligatoria por naturaleza.

Siendo el domicilio matrimonial el lugar de la residencia personal de los casados, por tiempo indefinido, y el foco de su actividad industrial, mercantil ó profesional, tiene que ser forzosamente reputado, en el silencio de las partes, como el único

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

elegido para determinar la existencia, composición y desenvolvimiento de la asociación conyugal y el único, por consiguiente, cuya ley debe regir todas las relaciones pecuniarias desde el instante mismo del matrimonio.

Puede, sin duda, cambiar cuando menos se piense; pero ese cambio no afectará en lo más mínimo las condiciones recíprocas de los esposos en relación á sus bienes, las que, libres de toda influencia procedente de hechos posteriores al casamiento, deben continuar en el futuro, tales cuales ellas nacieron bajo el amparo de la ley vigente en el primer domicilio conyugal.

Hace más de seiscientos años que la ley 23, título II, Partida 4.ª, que ha sido, hasta ahora poco, el Derecho común de todos los pueblos de la América Española, declaró que las disposiciones de las leyes concernientes á los bienes de los esposos en la época de su casamiento, no serían obstruídas ni modificadas por las de la ley ó costumbre del lugar á donde fuesen después á morar, y esa declaración ha sido recogida como la expresión concreta de la justicia por autores de tanta nota como Savigny, Bar, Haus, Weiss, Bard, Martens, Asser, Rivier, Olivart, Rougelot, Teichman, Laurent, Ramírez, Westlake y otros.

La ley que empezó á gobernar las relaciones de los esposos en lo concerniente á los bienes, no puede quedar á la merced de un cambio de domicilio: cualquiera que sea el régimen adoptado ó el sistema á que se obedezca, debe ser, por el contrario, inmutable. Está en la naturaleza de estas relaciones que, en defecto de estipulación previa, sigan al matrimonio á todas partes y duren tanto como él mismo. Las leyes del nuevo lugar, al reglar el matrimonio del punto de vista de sus consecuencias pecuniarias, no se preocupan tampoco de las personas que se han casado en otro lugar, ni de los bienes que puedan adquirir en él, sino de aquellos que se casan bajo su imperio y que invocan su protección.

Asociar, por otra parte, el régimen matrimonial á las fluctuaciones más ó menos frecuentes del domicilio conyugal librado exclusivamente á la decisión del marido, sería entregarle sin defensa los intereses de la mujer, dejando á su arbitrio la creación ó cesación de la sociedad conyugal, mediante un simple cambio de domicilio, situación desigual, injusta, inicua, que sólo puede

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

evitarse proclamando la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales consagradas por la voluntad de las partes ó el mandato del Legislador.

Esta solución no se contradice directa ni indirectamente con el principio sobre que reposa el régimen de los bienes, como parece que algunos Códigos y autores lo hubiesen supuesto. El domicilio puede gobernar las relaciones de los esposos donde quiera que los bienes se encuentren, porque son relaciones de carácter personal. La situación debe regir los bienes muebles ó inmuebles; porque ese régimen versa sobre los derechos reales sujetos siempre á la ley local. Así, pues, la suposición nace de una confusión inadmisible entre dos órdenes distintos de relaciones jurídicas, y ambos principios giran armónicamente dentro de sus propias esferas.

Confrontando ahora el título de la mayoría con el de la minoría, se advierte sin dificultad que ésta acepta las ideas de la mayoría y que se ha reducido á englobarlas en un solo artículo. La concisión es muy recomendable, siempre que no perjudique á la claridad del concepto ó á la integridad del sistema, y de ambos inconvenientes adolece la refundición aludida.

Aunque fundamentalmente de acuerdo respecto á la teoría del domicilio, el único artículo de la minoría no provee, por lo menos esplícitamente, á la suerte de las relaciones pecuniarias de los esposos, en el caso de un cambio posterior de domicilio. ¿Se trata de una omisión involuntaria? Conviene salvarla. ¿Se regirán por las leyes del domicilio superviniente? ¿Lo rechazan las razones antes expuestas? ¿Seguirán rigiéndose por las leyes del primer domicilio? Debe decirse positivamente, á fin de que los esposos y sus intereses cuenten con la seguridad á que tienen indisputable derecho.

De las sucesiones

La materia de las sucesiones es una de las más vastas y complejas del Derecho Civil Interno de cada pueblo. Derivado del principio fundamental de la propiedad y abrazando tanto la herencia legítima como la testamentaria, ella compromete todo cuanto se relaciona con las disposiciones de última voluntad,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los títulos y derechos de los herederos forzosos ó voluntarios, la parte correspondiente á cada uno de ellos, la mayor ó menor extensión del derecho de representación, la manera de repartir los créditos y las deudas; en una palabra, todo lo que se refiere á la adquisición y posesión de los bienes fincados. Aunque estas cuestiones deben ser estudiadas bajo diversos aspectos que interesan al régimen social, económico y político de las naciones, las dificultades son relativamente sencillas, porque sólo se trata de una transmisión de bienes soberanamente regida por la propia ley.

El asunto cambia de faz, se agranda y hasta se eleva cuando las sucesiones tienen que ser estudiadas en sus relaciones con el Derecho Civil Internacional; porque, saliendo entonces del dominio del derecho esencialmente privado, se encuentra en presencia de soberanías rivales que se disputan el dominio de la materia y de las leyes tan distintas, como distintas son las condiciones, necesidades, instituciones y tendencias de pueblos que obedecen á diversos elementos geográficos, históricos, políticos y morales.

De este alto punto de vista, los que se obstinan en no ver en la herencia más que un simple cambio de propietario, no sólo empequeñecen sino que desnaturalizan la cuestión. La elección de ley destinada á regir las sucesiones bajo su faz internacional no depende tanto de las relaciones de heredero con su causante, como de la organización de los pueblos á los cuales su aplicación debe afectar en los principios constitutivos del gobierno de la sociedad, de la familia y de los bienes. La mayoría de la Comisión, lógica con los principios desenvueltos en los títulos anteriores, prefiere, en consecuencia, la ley del lugar de la situación de los bienes para que rija las sucesiones bajo todos sus aspectos.

La territorialidad de las leyes sucesorias arranca del Derecho Romano, cuya grande autoridad se mantiene casi intacta al través de los siglos. Las negativas apasionadas de sus adversarios son impotentes para tergiversar el texto elocuente de las leyes 19, § final, D. D., *De judiciis;* 84, § 10, D. D., *De legatis;* 242, § último, D. D., *De verborum significatione;* 1, 2 y 3, *Codicis ubi in rem actio* y única *Codicis ubi de hereditate.* Ninguna

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de ellas lo consagra expresamente; mas el principio de la territorialidad surge como consecuencia obligada del conjunto de sus disposiciones.

El mismo sistema ha sido enseñado en la edad media por casi todos los estatutarios de más nota, como Bartolo, Voet, Boullenois y Bourgoigne.

Según Burgundio:

"Siquidem solemnitantes testamenti ad jura personalia non pertinenti; quia sunt quœdam qualitas bonis ipsis impresa, ad quam tenetur respicere quisquis in bonis aliquid alterat. Nam ut jura realia non porrigunt affectum extra territorium; ita et hanc præ se virtutem ferunt quod nec alieni territorii leges in se recipiant".

Según Froland:

"La primera regla es que el estatuto real no sale de su territorio. De aquí se sigue que en el caso en que se trate de sucesión, de la manera de dividirla, de la parte de los bienes de que se puede disponer entre vivos ó por testamento, del haber de la viuda ó hijos, de legítima, retracto, etc., es necesario someterse á las costumbres de los lugares en que los fundos estén situados". D'Argentré llega hasta afirmar que los niños de su época no ignoraban la realidad de estatuto sucesorio.

Shaffner, Bar, Fœlix, Demangeat, Aubry, Burge, Westlake, Story, Wheaton, Demolombe, Calvo, Ramírez y multitud de otros, entre los cuales figuran todos los civilistas franceses, con dos únicas excepciones, sostienen la misma doctrina, por lo menos respecto de los bienes raíces. De acuerdo con Rocco, la ley del lugar de la situación debe aplicarse, no sólo para regular la condición jurídica de las cosas existentes en el territorio, sino también los derechos sucesorios, las donaciones entre los cónyuges, la cuota legítima y aun la edad para disponer de los inmuebles por testamento, la revocabilidad y caducidad de las disposiciones de última novedad, la revocación de las donaciones entre vivos, y en general, todos los derechos sobre inmuebles existentes en el territorio. Zachariæ incluye entre las leyes reales todas las relativas á las sucesiones *ab intestato* regulares é irregulares, ordinarias y anormales; las referentes á las sucesiones testamentarias, las que restringen la libertad de disponer

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á título gratuíto, sea en absoluto ó en relación á determinadas personas, y las que regulan la parte disponible de los bienes, sea ordinaria ó sea excepcionalmente.

La teoría de que la sucesión compuesta de bienes inmuebles debe ser regida por la *lex loci rei sitæ* es una tradición tan universal y casi incontestada, que ha servido naturalmente de base tanto á la legislación como á la jurisprudencia interna en Alemania, Austria, Holanda, Francia, Bélgica, Inglaterra, América del Norte y América del Sur, como lealmente lo reconocen Asser, Fiori y Laurent, á pesar de toda su predilección por la ley nacional del causante de la sucesión.

Finalmente, ella ha sido de tiempo atrás elevada á la categoría de estipulación internacional entre las más grandes naciones por medio de tratados que la consagran en términos inequívocos. El artículo 2.º de la convención celebrada en Austria y Francia con fecha 11 de diciembre de 1866 sobre reglamento de las sucesiones, declara literalmente que los bienes inmuebles son regidos por la ley local y que la jurisdicción local es competente para liquidar la sucesión. Los artículos 10 y siguientes del tratado sobre sucesión celebrado en Francia y Rusia, en 1.º de abril de 1874, establecen igualmente que la sucesión de bienes inmuebles será regida por las leyes del país en el cual los inmuebles estén situados y que el conocimiento de toda demanda ó contestación referentes á las sucesiones de inmuebles pertenecerá exclusivamente á los tribunales del país de la situación de los bienes. Análoga estipulación consigna el tratado de Rusia con Alemania, fecha 12 de noviembre de 1874. El artículo 8.º del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación ajustado entre Francia y Servia el 18 de junio de 1883, contiene una disposición idéntica á la del tratado con Rusia.

Por su parte, la mayoría de la Comisión, fiel á sus principios, ha creído que los muebles de la sucesión deben ser también regidos por la ley local de su situación; puesto que, siendo completamente arbitraria toda distinción entre muebles é inmuebles, del punto de vista de los derechos reales de que son susceptibles, como ya lo ha demostrado, es evidente que la adquisición de su dominio y posesión, á título hereditario, tiene

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que gobernarse por la misma ley que los bienes raíces de la sucesión.

Desde que la soberanía es una é indivisible, desde que es todo ó nada, como decía Portalis, es necesario admitir que ella se extiende á todos los bienes de que la sucesión se compone cualesquiera que sean su naturaleza é importancia. ¿Podría sostenerse que la soberanía quedaría menoscabada si no imperase sobre un bien raíz de ínfima importancia y que permanecería intacta aun cuando bienes muebles de gran valor escapasen á su acción? Nó, absolutamente nó. Como lo dice Merlin, el poder de la ley local debe ser el mismo sobre todos los muebles é inmuebles existentes dentro del territorio sujeto á su imperio.

Si la distinción tradicional entre ambas clases de bienes no tiene razón de ser en tesis general, carece de todo sentido en materia de sucesiones. Podría comprenderse que un mueble determinado siguiese la condición de su propietario ó poseedor por la circunstancia especial de estar directamente destinado al servicio de la persona. Jamás podría explicarse satisfactoriamente que un conjunto de bienes, quizás lo más importante de la sucesión y más ajenos al uso personal del fallecido, hubieran de escapar á la ley del lugar de su situación efectiva y notoria por la simple circunstancia de ser muebles.

¿Cómo fraccionar la sucesión sobre muebles é inmuebles situados dentro del mismo país para reglarla por leyes distintas y tal vez opuestas? Esta sería, sin embargo, la consecuencia fatal de la distinción en materia de sucesiones; puesto que los raíces continuarían regidos por la ley de su situación, mientras que los muebles pasarían á ser gobernados por la ley personal del causante. Pero, es que la existencia de muebles entre los bienes de la sucesión no puede quiebrar su unidad dentro de los límites territoriales del país por cuya ley debe ser reglada en conjunto y detalles.

Siendo, dentro de esos límites, una sola entidad jurídica, aunque compuesta de bienes de toda clase, sólo puede estar sometida á una misma y única ley bajo cualquier aspecto que se considere.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No obstante la influencia decisiva de la doctrina de la legislación, de la jurisprudencia y de las estipulaciones internacionales, Waechter, Savigny, Laurent, Durand, Weiss, Fiore y Mancini, han procurado reaccionar contra los principios recibidos, sosteniendo, con el Código Civil de Italia y el proyecto de Código Civil de Bélgica, que las sucesiones deben regirse, cualesquiera que sean los bienes de que se compongan y los lugares donde existan, por la ley personal del de *cujus*, sin perjuicio de dividirse entre la nacionalidad y el domicilio y de disentir sobre otros puntos de interés menos capital.

Óptese por la nacionalidad ó por el domicilio para determinar la ley personal del causante de la sucesión, prescíndase por un instante de las objeciones aducidas contra todo sistema de ley personal para el régimen de los bienes y admítase en hipótesis la conveniencia de sujetar á una sola ley la transmisión de los bienes por causa de muerte, aun cuando se hallen diseminados en multitud de países, no por eso sería ilógico negar, como la mayoría de la Comisión lo niega rotundamente, que entre las relaciones personales y el régimen de los bienes exista esa íntima conexión que la escuela de los autores citados cree haber descubierto, y que es la piedra angular de su moderno sistema.

Lejos de eso, la diversidad entre ambos órdenes de ideas, es tan radical y tan profunda la incompatibilidad de la solución propuesta con la realidad de las leyes dirigentes de los bienes, que Savigny, Fiore, Laurent y Asser declaran lealmente que la aplicación general del principio de la ley personal al régimen de las sucesiones, tropieza con dificultades teóricas y prácticas verdaderamente invencibles en todos aquellos países donde los bienes son gobernados por la ley de su situación, países que forman la mayor parte de la Europa y que comprenden toda la América, de suerte que no pueden aspirar fundadamente á sustituír al tradicional sistema que rige la ley territorial en única ley de las sucesiones.

Así, pues, para saber quién debe suceder, á qué bienes y en qué proporciones, según ha dicho Boullenois; para determinar el orden de las sucesiones, la cuota de los derechos sucesorios y la validez de las disposiciones testamentarias, según decía

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Demolombe; para regir la capacidad del causante ó del heredero, la forma, validez y efectos del testamento, los títulos y derechos hereditarios de cónyuges ó parientes, la existencia y monto de legítimas ó reservas, en suma, todo lo relativo á la sucesión legítima ó testamentaria, según dice la mayoría de la Comisión, es necesario acudir á la ley del país de la respectiva situación de los bienes hereditarios, que se impone como principio dominante de la materia con la exclusividad y con toda la autoridad de la soberanía territorial.

En efecto, la sucesión es institución del Derecho Civil, no del Derecho Natural. Serían, de lo contrario, inexplicables las variadas y trascendentales divergencias de las leyes vigentes sobre la materia en el mundo civilizado, divergencias que llegan hasta consagrar en algunos países la absoluta libertad de testar; mientras que en otros conservan las legítimas y aún restringen la cuota antiguamente disponible entre los mismos herederos forzosos. ¿Por qué no atenerse entonces para reglar las sucesiones á la ley del Estado que rige los bienes existentes dentro de su territorio?

Siendo la sucesión un título translativo del dominio de los bienes que componen el acervo hereditario, constituye un derecho real que debe gobernarse por la misma ley que gobierna todos los derechos reales; siendo los derechos reales regidos por la ley del lugar de la situación de los bienes, esa misma ley tiene que regir las sucesiones, so pena de incurrir en una inconsecuencia que importaría una verdadera contradicción y que nada alcanzaría á justificar.

En la diversidad de las opiniones y en la ausencia de otro sistema preferible, es lógico sujetar la transmisión de la universalidad de los bienes que constituyen la herencia á la misma ley que habría regido la transmisión de cualquiera de esos bienes durante la vida del causante; porque la cantidad de bienes comprendidos en la transmisión no altera la naturaleza del acto jurídico ni la desaparición del propietario modifica el carácter de las leyes á que sus bienes estaban sujetos, como sería necesario para que fuese admisible semejante dualidad de leyes según que la transmisión procediese de una enajenación entre vivos ó de una liberalidad *mortis caussa*.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La obligación de solicitar la posesión de los bienes hereditarios ante los tribunales del país de su situación, implica que la ley territorial del lugar donde los bienes se encuentran es la verdadera ley de la sucesión; porque, no siendo en el fondo toda cuestión de Derecho Internacional Privado más que una cuestión de competencia entre dos soberanías distintas, la ley que determina la jurisdicción se halla lógicamente ligada con la ley que gobierna la relación jurídica comprometida en el juicio de que se trate.

El derecho del Fisco á las sucesiones vacantes dentro del país, basado sobre el dominio eminente del Estado y declarado por la legislación universal, es un nuevo y poderoso fundamento en favor de la territorialidad de la ley de las sucesiones, pues ese derecho importaría un verdadero despojo del Fisco del país del fallecido, si la herencia hubiera de ser discernida con arreglo á la ley personal del causante, como la lógica ha impulsado á Fiore á sustentarlo sin razón.

Desde que el territorio, dicen Aubry y Rau, parafraseando á Portalis, es la base material del Estado, cuya existencia se encuentra así estrechamente vinculada al destino de los inmuebles que componen ese territorio, ningún Legislador ha podido consentir en someter los inmuebles situados dentro de su país al imperio de una ley extraña. En consecuencia, la regla de que los inmuebles son regidos por la ley de su situación, es seguida por los pueblos civilizados. Ahora bien, por lo que hace á los motivos fundamentales de esta regla, no hay que distinguir entre la transmisión á título particular de uno ó muchos inmuebles determinados y la adquisición á título universal del conjnnto de inmuebles de una sucesión.

Toda ley de sucesión es, según Demangeat, una ley política, una ley que interesa al orden público. El Derecho Privado, en materia de sucesión, se plega siempre á las exigencias del sistema de gobierno existente. Según que el gobierno es de privilegio ó democrático, la idea del monopolio ó de la igualdad dominan en las leyes sucesorias. Todas aparecen en un grado más ó menos remarcable, como los instrumentos de que el Legislador se sirve para hacer predominar tal ó cual gran principio de organización social ó política. Hay, de consiguiente, un positi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vo interés público en que la ley propia rija toda sucesión acerca de los bienes situados dentro de cada país.

Vanamente se objeta por los adversarios del sistema de la ley local en materia de sucesiones que su aplicación desconoce el verdadero carácter de heredero; que modifica sustancialmente la naturaleza propia de la sucesión; que despotiza la voluntad del causante, base esencial del derecho hereditario; que destruye la unidad de las disposiciones de última voluntad imponiendo la necesidad de múltiples testamentos, y que conduce fatalmente á la prosecución de diversos juicios sucesorios, dificultando el pago de los créditos pasivos de la sucesión.

El heredero no es un simple continuador de la persona de su causante, sino un verdadero sucesor mediante un título translativo de dominio, del mismo modo que cualquier otro causa—habiente á título singular, como la compra, la permuta ó la donación entre vivos. La facultad de aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, que es de la legislación común, corrobora la separación de ambos, eximiendo al sucesor de toda responsabilidad personal por las deudas de su antecesor. Esa misma precaución no es necesaria respecto de las sucesiones de inmuebles en Inglaterra y Estados Unidos; pues allí el heredero no es obligado *ultra vires* por la falta de inventario como condición de la aceptación de herencia.

Aunque el patrimonio, no siendo en su conjunto un objeto exterior y confundiéndose con la persona misma de su propietario, no tuviera situación distinta de la del domicilio de la persona, la objeción no sería concluyente. Es absolutamente imposible, en la transmisión del patrimonio, hacer abstracción completa de los objetos que la componen. Siempre se trata en definitiva del destino de los bienes hereditarios, y las causas que hacen rechazar la autoridad de las leyes extranjeras sobre la adquisición, conservación y enajenación de los bienes militan con más fuerza en los traspasos por vía de sucesión que en las enajenaciones á título particular; porque el primer modo de transmisión es á la vez más general y más amplio que el segundo.

No es exacto que la voluntad individual sea la regla suprema del derecho sucesorio, ni que ella sea aniquilada por la aplicación de la ley territorial en vez de la personal del finado. Para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el régimen de las sucesiones, todo Legislador toma ordinariamente en cuenta las afecciones naturales y presuntas del hombre; pero, sea cual fuere la ley de la sucesión, esta consideración no es ni puede ser más que secundaria, especialmente en aquellos países en que la libertad absoluta de testar no es admitida y en que la institución de las legítimas y reservas responde á los principios fundamentales de su organización social y política. Las vistas políticas, los motivos de interés social dominan la materia de las sucesiones y son una razon más para ponerlas al abrigo de la aplicación de las leyes ajenas á la soberanía del país donde existen los bienes de que la sucesión se compone.

La singularidad del testamento, lejos de constituir un axioma jurídico, sólo puede ser invocada merced á una lastimosa confusión con la unidad de contexto del acto, que la facción del testamento justificaba entre los romanos y que las leyes españolas exigían también sin los mismos fundamentos. ¿Qué principios, qué razones, qué intereses se oponen á que una misma persona otorgue dos ó más testamentos y á que todos ellos sean igualmente válidos en aquello en que no se contradigan? Y si la multiplicidad del testamento no ofrece inconveniente alguno aun tratándose de bienes situados dentro de un solo país, ¿por qué lo ofrecería que los bienes de cada país fueran materia de un testamento especial ó aislado? Pero, ni esto mismo es siquiera necesario; puesto que un solo testamento por acto público bastaría para todos los bienes, por más numerosos y distintos que fuesen los países de su respectiva situación, desde que el testamento auténtico es de legislación universal.

No son únicamente las leyes españolas las que admitían en principio la pluralidad del testamento: también la admiten los códigos actuales de la mayor parte de las naciones representadas en este Congreso. Las leyes 21, 22 y 24, título I, Partida 6.ª; los artículos 523 del Código de Bolivia, 853 del del Perú y 967 del de la República Oriental, declaran literalmente que el testamento posterior deja subsistente el anterior en todo lo que no lo contradiga, excepto el caso en que el testador disponga expresamente lo contrario. El artículo 1,215 del Código de Chile dice también que: "Un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro ú otros

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

posteriores, que expresamente no revoquen los anteriores, dejarán subsistentes en éstos las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores ó contrarias á ellas».

El mismo Calvo, tan adicto, de ordinario, á las doctrinas prevalentes en Europa, después de sostener que la sucesión de muebles se rige por la ley del lugar del domicilio del causante y que los inmuebles se gobiernan por la ley del lugar de su situación, agrega, en la página 211, tomo II de su última edición que, si la sucesión se compone de muebles é inmuebles, el testador debe revestir su testamento de las formalidades requeridas por las leyes del lugar de su domicilio y del lugar de la situación de los inmuebles, ó puede más bien formular sus disposiciones en dos actos separados, hechos respectivamente conforme á las leyes del país en que cada uno debe recibir su ejecución.

Del mismo modo que la multiplicidad de los testamentos, la pluralidad de las sucesiones, en razón directa del número de países donde los bienes estén situados, no puede ser invocada con éxito contra el principio de la ley territorial; porque la teoría de la unidad de la sucesión, proclamada por las leyes internas de cada país, se refiere únicamente á los bienes existentes dentro de los límites territoriales del país respectivo y no puede abrazar también los bienes situados en otros países sin atacar la soberanía de sus leyes é invadir la jurisdicción de sus tribunales.

Fácilmente se comprende que todos los bienes hereditarios formen una sola masa cuando se hallen ubicados dentro de un mismo país; puesto que la teoría se aplica entonces á un caso de Derecho interno, regido por su propia ley. De ningún modo se justifica esa teoría cuando recae sobre bienes ubicados en distintos países; puesto que diversas soberanías se encuentran en tal caso frente á frente para disputarse el gobierno de la sucesión respecto de cada lote de bienes y que el asunto entra, por tanto, de lleno en el dominio del Derecho Internacional Privado. Equiparar ambas situaciones, para sujetarlas á la misma regía, sería confundir la naturaleza de los casos supuestos y tergiversar la esfera de las leyes comprometidas.

Así la pluralidad de las sucesiones, en vez de ser una herejía

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

científica, está consagrada por antiguos textos y no impide el cobro regular de los créditos pasivos de la herencia. *Quod sunt bona diversis territoriis*, decía uno de ellos, *abnoxia totidem patrimonia intelliguntur. Inmobilia*, decía Juan Voet, *deferri secundum leges loci in quo sita sunt, adeo ut tot censeri debeant diversa patrimonia, ac tot hereditates, quot locis diverso jure utentibus inmobilia existunt.* Las dificultades inherentes al ejercicio de los derechos de los acreedores de la sucesión, quedan fácilmente salvadas por los artículos finales del proyecto de la mayoría de la Comisión, basados sobre los mismos principios á que obedecen artículos análogos del Código de Comercio Argentino para los casos de quiebra.

Por lo demás, los proyectos de la mayoría y de la minoría, hágolo constar con placer, son, en el fondo, más que semejantes, perfectamente idénticos. Todo juez llamado á conocer de una sucesión con arreglo á cualquiera de ellos, no podría abstenerse de declarar que las sucesiones están efectivamente sometidas al imperio de la ley del lugar de la situación de los bienes, con prescindencia de toda distinción entre muebles y raíces.

Sus disidencias se reducen á que el proyecto de la minoría segrega varias disposiciones del de la mayoría acerca de la manera como las deudas deben ser satisfechas, intercala prescripciones extrañas á la materia, como las referentes al procedimiento en rebeldía, y repite innecesariamente otras que, versando sobre la nacionalidad, no pertenecen al título de las sucesiones. Pero todas estas divergencias son de simple detalle y ajenas, por tanto, á la discusión en general. El debate en particular permitirá analizarlas detenidamente, si llegase á ser necesario.

De la prescripción

Ocupándose de un Tratado de Derecho Civil Internacional, no tendríamos objeto en estudiar la prescripción en sus fundamentos, desarrollo ni detalles. Moral é inmoral, justa ó injusta, es una institución universal del Derecho Positivo de las naciones cultas, y sus formas, condiciones y efectos pertenecen al Derecho interno de cada Estado.

Toda nuestra misión se reduce á encararla bajo su doble faz

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

extintiva ó adquisitiva para determinar con precisión la ley que debe regirla en cada uno de sus aspectos, previendo todos los casos que pueden ofrecerse en el curso de las relaciones civiles, á fin de que ninguno escape á una solución fijada de antemano, basada sobre la ciencia y ajustada á las conveniencias bien entendidas de todos.

Laurent y la Comisión Examinadora del Código Civil Belga, sostienen, de común acuerdo, que la prescripción afecta esencialmente al orden público internacional. Si hay, según Laurent, una ley en que el derecho de la sociedad domine, es la que establece la prescripción; porque, sólo á nombre del derecho social puede despojar de su derecho al propietario para atribuirlo al poseedor. Según la Comisión, la prescripción es de orden público; sólo la ley determina sus condiciones, y los particulares son impotentes para modificarlas. Con un punto de partida común, arriban naturalmente á la misma conclusión, á saber, que la prescripción, sea extintiva, sea adquisitiva, verse sobre muebles ó inmuebles, es gobernada exclusivamente por la ley que rige el derecho mismo sometido á ese modo de adquisición ó extinción.

Pothier piensa que la prescripción debe ser regida por la ley del domicilio del acreedor ó propietario, alegando que sólo pueden ser privados de sus cosas en virtud de la ley á que están sometidos. Massé, Fiore y Asser contestan á Pothier que él supone que el acreedor es aún propietario, cuando se trata precisamente de decidir si conserva todavía su derecho y que sería girar dentro de un círculo vicioso desde que el deudor ó poseedor tendría fundamento para pretender á su turno que no podrían ser privados de su excepción por una ley á la que tampoco están sometidos.

J. Voet, Bouhier, Dunod, Merlin y otros, aplican la ley del domicilio del deudor, por cuanto la reputan una excepción que no aniquila el derecho del acreedor y que sólo impide su ejecución judicial. Pardessus, Fiore y Asser objetan que el término de la acción tiene que ser siempre cierto y determinado; que no debe variar por la voluntad de una de las partes contra la de la otra; y que, teniendo el deudor la libertad de cambiar de domicilio, quedaría á su arbitrio abreviar el tiempo de la prescripción.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pardessus procura salvar las precedentes objeciones, haciendo depender el plazo de la ley del domicilio que el deudor tenía al tiempo en que contrajo la obligación; pero Merlin, al cual se adhieren Fiore y Asser, había contestado de antemano que, si la prescripción importa un beneficio acordado al deudor, es razonable que el deudor pueda disfrutarlo en su nuevo domicilio y que el acreedor soporte las consecuencias de no haber procedido oportunamente en ese nuevo domicilio del deudor.

Bartolo, Mascardo, Bourgoigne, Troplong y Lehr prefieren la ley del lugar del pago, observando que la prescripción es, en cierto modo, la pena de la negligencia del acreedor y que la omisión es cometida en el lugar del pago. La inadmisibilidad de esta solución se pone en evidencia negando con Asser que la prescripción sea de modo alguno una pena contra el acreedor y sosteniendo con Laurent que es simplemente una institución de orden y tranquilidad sociales.

Huber, J. Voet, Boullenois, Wheaton, Kent, Story y Burge miran la prescripción como perteneciente al procedimiento y se pronuncian, en consecuencia, por la ley del lugar del juicio. Asser piensa con razón que la prescripción pertenece á la legislación sustantiva y no forma, por tanto, parte del procedimiento. Fiore, partiendo de la base de que el acreedor está obligado á seguir el fuero del deudor, que es ordinariamente el lugar de su domicilio, renueva la objeción de que el acreedor quedaría en tal caso sometido al arbitrio del deudor, cuya facultad de mudar de domicilio es verdaderamente incontestable.

¿Cuál es entonces la ley que debe regir la prescripción bajo su doble faz extintiva y adquisitiva? A juicio de la mayoría de la Comisión, la respuesta puede formularse en una regla general, á saber: que la prescripción es regida por la ley que gobierna la relación jurídica de cuya prescripción se trate. Así, la prescripción extintiva de acciones personales, está subordinada á la ley del lugar de su cumplimiento, la de acciones reales á la de la situación de los bienes gravados sin distinción de raíces ó muebles, y la adquisitiva de cosas corporales á la de su situación, cualquiera que sea su naturaleza, de acuerdo con lo estatuído en los títulos relativos á los bienes y á los actos jurídicos.

Tal es en el fondo la doctrina de Schaffner, Waechter, Sa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vigny, Rocco, Demangeat, Fiore, Asser, Rivier, Laurent, Ramírez y la Comisión Revisora del Código Civil Belga, los cuales, por más disconformes que sean los principios generales de sus respectivas escuelas y las reglas especiales á que sujetan los derechos personales ó reales, están todos de acuerdo para someter la prescripción, cualquiera que sea su naturaleza, á la misma ley que rige las relaciones de derecho á que ella se refiere.

Bajo su faz extintiva, la prescripción no es, en efecto, más que un medio de enervar las acciones dirigidas á hacer efectivas las obligaciones pendientes. Siendo el deber jurídico la resultante del derecho del acreedor para obligar al deudor á la prestación convenida, la acción se liga íntimamente á la obligación y debe ser regida por la misma ley. Cuando dos personas contratan, consienten, tácita, pero claramente, en que el término dentro del cual la una pueda proceder contra la otra, para compelerla al cumplimiento de su obligación, dependa de la ley bajo cuyo imperio nació la acción.

Esta solución, como Savigny lo hace notar, es la más conforme á los principios y á la equidad. Á los principios, porque, determinando de un modo cierto la ley de la prescripción, impide todo cuanto una de las partes pudiera intentar en perjuicio de la otra. Á la equidad, porque, así como al acreedor no le es lícito preferir, para el ejercicio de su acción, el lugar donde la prescripción dure más, tampoco es permitido al deudor optar, mediante un cambio de domicilio, por el lugar donde dure menos.

Bajo su faz adquisitiva, podría sostenerse con esperanza de éxito que, importando en realidad una causal de extinción del dominio, bastaría aplicarle la misma regla, por cuanto los derechos reales, en su carácter de tales, se rigen por la ley del lugar de la situación de los bienes sobre que recaen.

Dejando, sin embargo, de lado esta cuestión, puramente especulativa, para considerar la prescripción como medio de adquirir derechos reales, se arriba siempre al mismo resultado, es decir, á gobernarla por la ley del lugar de la situación de los bienes, sean muebles, sean raíces. Una vez establecido, como queda, en el título respectivo, que la adquisición, conservación y extinción de los derechos reales están sometidas á la ley del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lugar donde las cosas se encuentran, la primera consecuencia á deducir de esa premisa es que la prescripción debe ser también reglada por la misma ley que gobierna las cosas. Dejar los bienes bajo el imperio de la ley del lugar de su situación y sujetar su prescripción á otra ley distinta, cualquiera que ella fuese, sería incurrir en la más chocante y la más injustificada de las contradicciones posibles.

Mas, como el detentador de una cosa mueble puede trasladarla de un lugar á otro, es conveniente prever el caso para resolverlo dentro de la doctrina establecida, declarando que la prescripción se regirá por la ley del lugar donde se consume; porque, antes de consumarse, sólo existe un derecho en expectativa, sin título para eximirse de la influencia de la ley del lugar de la nueva situación de la cosa, del mismo modo que esta ley carecería de autoridad para desconocer la prescripción consumada antes de la translación de la cosa, porque semejante desconocimiento importaría atribuirse efecto retroactivo para destruir derechos adquiridos sobre cosas que no estaban entonces sujetas á su imperio.

Las conclusiones de la mayoría de la Comisión son tan fundadas é incontrovertibles, que la minoría se ha limitado á reproducir su título sin más alteración que la de regir la prescripción de la cosa mueble, cambiada de lugar, por la ley de aquel en que empezó, en vez de aquel en que se consumó, alteración de mero detalle, inadmisible por las razones expuestas, y cuyo examen pertenece, por lo demás, á la discusión en particular de los artículos correspondientes.

He terminado la fatigosa tarea de fundar el proyecto de la mayoría de la Comisión en presencia del contra-proyecto de la minoría.

No pretendo haber dicho nada nuevo. La modestia de mi informe no necesita siquiera escudarse tras el escéptico *nihil novum sub sole*, y reconozco, por el contrario, espontáneamente cuán pesada contribución me he creído en el caso de imponer á las exposiciones de los tratadistas, cuyas doctrinas he invocado en apoyo de las soluciones propuestas.

La mayoría tampoco cree haber pronunciado la última pa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

labra de la ciencia. ¿Quién osaría decirla, cuando el Derecho Internacional Privado se halla todavía en pleno desarrollo, despertado hace poco de su letargo por el célebre caso de la princesa de Beauffremont que conmovió el mundo jurídico y agitó la opinión de dos naciones poderosas?

Sólo aspira la mayoría á que se le haga la justicia de reconocer que nada ha omitido de lo que estaba á su alcance para formular un proyecto serio, metódico, armónico y completo, estudiando cuanto se ha escrito sobre esta dificilísima materia y prestando especial atención á la obra de nuestro distinguido colega el señor doctor Ramírez, digna de mención por la solidez de su preparación, la independencia de su criterio y la exactitud general de su doctrina.

Lejos, pues, de pensar que su trabajo sea perfecto, la mayoría aprovechará el debate en particular para indicar varias modificaciones secundarias, que le han sido en parte sugeridas por algunos señores Plenipotenciarios, y admitirá con placer todas las que, sin romper la unidad del proyecto ni alterar sus principios fundamentales, sean propuestas en el curso de la discusión.

Procediendo así, la mayoría ejecutará un acto de honestidad científica y rendirá un justo homenaje á la ilustración de sus distinguidos colegas.

Ahora, que mi última palabra sea la palabra de la gratitud por la indulgente atención con que el Congreso se ha dignado escucharme.

MANUEL QUINTANA

REFUTACIÓN DEL DISCURSO PRECEDENTE
del Plenipotenciario Argentino, don Manuel Quintana.

Habíamos concluído ya nuestros comentarios de los artículos del Código Civil de la República que versan sobre el Derecho Internacional Privado, cuando llegó á nuestras manos el discurso que el Plenipotenciario Argentino, doctor don Manuel Quintana pronunció en defensa del proyecto de la mayoría del Congreso de Plenipotenciarios, reunido en Montevideo para tratar sobre el Derecho Internacional Privado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El proyecto de la mayoría difiere en muchos puntos de los principios adoptados por el Código Civil Chileno; y el Plenipotenciario de nuestra República, señor don Belisario Prats, ha combatido acertada y brillantemente, y con poderosa copia de razones y autoridades, los diversos puntos del proyecto de la mayoría contrarios á la doctrina de nuestro Código.

Nosotros habíamos, en nuestro comentario, combatido, sin verlas así formuladas, muchas de las reglas puestas por la mayoría del Congreso de Plenipotenciarios y defendidas por el doctor Quintana; como que hemos procurado (sin disimular en mucha parte nuestros esfuerzos) dejar bien establecida la legitimidad de la doctrina de nuestro Código, sus ventajas, no sólo para los nacionales sino también para los extranjeros, su carácter eminentemente liberal y generoso, su lógica inflexible y su severa sobriedad en el precepto hermanada con la lucidez de la expresión. Podemos gloriarnos de que ningún Código europeo ni americano nos lleva ventaja á este respecto: tenemos aquí consagrados los principios fundamentales más sanos, mejor reconocidos en el mundo científico, y hemos formado con ellos un sistema cuya estructura, por ciertas líneas nuevas y peculiares, es propiedad chilena.

Conociendo ahora el discurso del doctor Quintana, no podemos guardar silencio sobre algunas de las opiniones que sustenta, á las veces con inconsiderada acritud. Tal nos parece la censura que, con insistencia y sin reserva alguna, fulmina contra la regla *locus regit actum.* El diplomático argentino no encuentra palabras bastante fuertes ó enérgicas para condenar la regla, y se ensaña contra ella con tanto encarnizamiento que en la censura de la regla envuelve, sin los respetos personales, á los distinguidos jurisconsultos (que son todos, sin exceptuar el mismo doctor Quintana), que desde muchos siglos vienen acatando el dogma jurídico que ella contiene y respetando su legítima y constante aplicación, sin contradicción de nadie.

Oigamos al diplomático argentino. Después de establecer que el mejor sistema sería el que *proscribiese la funesta influencia de la ley del lugar de la celebración para sujetarse exclusivamente á la ley del lugar de la ejecución de las convenciones,* agrega: "Aun cuando la regla *locus regit actum* goce de *incuestiona-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ble autoridad desde el tiempo de los grandes estatutarios, haya atravesado incólume las vicisitudes científicas de los últimos tiempos y haya llegado hasta nosotros rodeada de una aureola que todavía deslumbra á espíritus selectos, la verdad es que nadie conoce con exactitud su verdadero origen, ni la época en que apareció, ni la órbita precisa de su acción. Háse pretendido derivarla del Derecho Romano; pero esa pretensión se estrella contra el texto expreso de la ley del 21 del Digesto, título *De obligationibus et actionibus.* Bartolo ha sido indicado como su verdadero autor; pero, simple glosador de las leyes romanas, no podía rebelarse contra su autoridad para cambiar su letra ó torcer su espíritu. Háse atribuido, por último, á los estatutarios; pero, si bien su notoriedad data de la Edad media, ninguno de ellos se proclama su autor y muchos de los más famosos desconocen su imperio»... «Trátase de una regla incierta, tan vaga y tan controvertible, que sus propios defensores no han logrado ponerse de acuerdo sobre su carácter para decidir si es facultativa ú obligatoria»... «Por otra parte, las razones aducidas en defensa de la regla no resisten al más ligero examen, su completa insuficiencia para dirimir los conflictos de la materia es confesada por sus propios defensores, y su *absoluto rechazo* se impone como un deber ineludible de la ciencia, que no puede sacrificar la severidad de sus principios, la exactitud de sus deducciones y la estabilidad de las convenciones humanas en aras de sentencias anónimas sin más título que el tiempo, ni más fundamento que la *rutina*».

Poco después agrega: «La verdad de las cosas, la lógica de los principios y la seguridad de los actos jurídicos exigen, de consiguiente, que la regla *locus regit actum* sea proscrita, y proscrita para siempre, del Derecho Internacional Privado».

Concluye el señor Quintana abrazando como el mejor de los sistemas el que reconoce como regla absoluta de las convenciones la ley del lugar de la ejecución, comprendiendo *forma, sustancia, efectos, cumplimiento y demás que les concierne desde que nacen hasta que mueren.* «Es de buen principio, dice, que todo acto sea indivisible del punto de vista de la ley que haya de regirlo; que su forma sea inseparable de su fondo, y que tanto bajo uno como bajo otro aspecto, sea exclusivamente regido

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por una sola y única ley». Cita en su apoyo á más de la ley 21 ff. *De obligationibus et actionibus*, la 3.ª del título 5.º, libro 42 del mismo Código.

De los párrafos transcritos resulta que, según la opinion de la mayoría del Congreso de Plenipotenciarios, representada por el doctor Quintana, la regla *locus regit actum* debe ser *rechazada en absoluto*, proscrita para siempre del Derecho Internacional Privado, por las siguientes consideraciones:

1.ª Porque nadie conoce con exactitud su verdadero origen, ni la época en que apareció;

2.ª Porque nadie conoce la órbita precisa de su acción;

3.ª Porque es tan incierta, tan vaga y tan controvertible, que sus mismos defensores no están de acuerdo sobre su carácter: sobre si es facultativa ú obligatoria;

4.ª Porque es contraria al texto expreso de ley romana.

5.ª Porque *los fundamentos de la regla no resisten el más ligero examen, y porque su completa insuficiencia para dirimir los conflictos de la materia es confesada por sus propios defensores;*

6.ª Porque es una *sentencia anónima, que no tiene en su favor otro título que el tiempo, ni más fundamento que la* RUTINA*; sin que pueda, por lo tanto, dar mérito para que la ciencia sacrifique en su obsequio la severidad de sus principios, la exactitud de sus deducciones y la estabilidad de las convenciones humanas.*

7.ª Porque *es de buen principio que todo acto sea indivisible del punto de vista de la ley que haya de regirlo; que su forma sea inseparable de su fondo, y que tanto bajo uno como bajo otro aspecto sea exclusivamente regido por una sola y única ley.*

Hé aquí, en resumen, los motivos en que funda el doctor Quintana, á nombre de la mayoría de la Comisión, el rechazo absoluto de la regla *locus regit actum.* Esos motivos apenas si pueden calificarse de argumentos, porque ellos son simples afirmaciones que su autor no ha cuidado mucho de comprobar, y podrían ser contestadas con otras simples negaciones. Nosotros nos esforzaremos en justificar nuestro rechazo de tales motivos cuanto esté á nuestro alcance, para no incurrir en el mismo vicio que censuramos. No necesitamos, en verdad, de grande esfuerzo para este debate.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

I

El primer motivo con que se rechaza la regla, aun cuando fuera cierto, no merecería ser escuchado ni discutido; no es argumento ni opone tacha ó defecto que vicie la regla. Si le diéramos cabida, habría que rechazar muchísimas verdades y principios científicos que son universalmente aceptados sin contradicción. Nadie sabe quién fué el primero que dijo que *tres y dos son cinco;* nadie es autor de la verdad, porque ella no nace del hombre; es anterior ó coetánea á él. El hombre la descubre, y la dá á luz en cuanto la manifiesta á otros hombres; pero la verdad no saca su importancia de la calidad del sujeto que la descubre, á la manera que el astro no debe su magnitud, su luz y demás cualidades al individuo que lo vió por primera vez. El sabio que examina una verdad ó un principio, aunque se le presente por primera vez, no toma en cuenta para nada los talentos, la ciencia ni los antecedentes del que se la presenta, ni tiene para qué averiguar quién fué el primero que la conoció; examina su naturaleza, su importancia, su aplicación, sus consecuencias, sin cuidarse de la época en que se le conoció por primera vez, porque este dato no influye para su cabal conocimiento: á Napoleón no le preguntaron por sus padres, ni por el día de su nacimiento, cuando pisoteó todos los tronos de Europa, ni cuando tomó por esposa á la más noble de las princesas de las dinastías reinantes.

Pero ya que el doctor Quintana, para juzgar de una sentencia ó de una regla del Derecho, tiene la alcurnia ó la prosapia en tanta estima como para apreciar á una persona, en quien es muy recomendable cualidad, vamos á completar los datos que él mismo nos da sobre el origen y el autor de la regla.

Bartolo, célebre jurisconsulto italiano del siglo XIII, profesor de gran nombradía en varias universidades, fundador de escuela y del primer sistema organizado sobre el Derecho Internacional Privado, jurisconsulto de tanta reputación que su opinión se citaba con el mismo respeto que la ley; acerca del cual una pragmática española disponía que, á falta de ley, se admitiese la opinión de Bartolo; y fué más tarde necesario otra ley para im-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pedir que se juzgase por esa opinión, como puede verse en el comentario de don Sancho Llamas de Molina á la primera ley de Toro; Bartolo, nos dice el mismo doctor Quintana, *ha sido indicado como el verdadero autor* de la regla *locus regit actum*. El doctor Quintana le califica con cierto aire de desprecio *simple glosador de las leyes romanas*, olvidando que, á más de sus comentarios sobre el Derecho Romano, escribió diversas obras sobre jurisprudencia; comentarios y escritos que se publicaron en diez tomos en folio (León, 1545), agregando su biógrafo, *que á pesar de estar escritos en el estilo propio de su tiempo, encierran cosas que no se encuentran en otros libros*. Y el hecho sólo de ser glosador de las leyes romanas, ¿no es título suficiente para afianzarle la más legítima nombradía? Vinnio y Voet son más simples glosadores de las leyes romanas, el primero de las Instituciones y el segundo de las Pandectas, y esto sólo les ha valido un lugar muy prominente entre los jurisconsultos modernos.

Pues bien, Bartolo, tomando pie del § 12, título II, de las Instituciones, que dice: *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*», estableció como base de su sistema la división de las leyes en *personales, reales y relativas á los actos*, de donde nació para las últimas la regla *locus regit actum*. Esta base ha sido aceptada por todas las escuelas de Derecho Internacional Privado; y sólo recientemente se ha tratado de desecharla, pero conservando la regla *locus regit actum*.

Se señala también como fuente de la regla la ley 2.ª, título XXXII, libro 6.º, del Código R. P. en que se lee: *Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, ut in patriam perferantur, ad firmans: potes illuc perferre ut sucundum leges moresque locorum insinuentur*. Tomamos la traducción de Tissot: «Asegurando que vuestro padre os ha confiado su testamento para que lo llevéis á su país *(in patriam)*, podéis llevarlo allá para que sea insinuado según las leyes y los usos del país». La sustancia de la regla está aquí perfectamente reconocida y aplicada. Se señala además como fuente de la regla, la ley 6.ª, título 2.º, libro XXI, del Digesto, que dice: *Si fundus vœnierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione ca-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vere oportet. En la exposición de esta ley dice Rodríguez de Fonseca: "El vendedor se obligará á la evicción, según la costumbre que hubiere donde se contrajo la venta, si no se expresó lo contrario"; y cita la ley 34. D. de Reg. Jur., que dice: "*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.* "En las estipulaciones y en los demás contratos, siempre seguimos aquello que se trató: y si no apareciere lo que se trató, será consiguiente que *sigamos lo que se practica en el lugar donde se contrajo*". (Traducción de Rodríguez de Fonseca).

Si todavía se creyera pobre esta paternidad, la mejorarían con el prohijamiento que han hecho de la regla todos los grandes jurisconsultos, sin excepción alguna, y la generalidad de las legislaciones modernas. En algunas se le ha establecido directa y formalmente, en otras se le da lugar en casos especiales, como para el matrimonio, y generalmente para los testamentos; así se ve en los Códigos Francés, de la Luisiana, de Vaud, Napolitano, Sardo, Holandés. En el artículo 4.º del proyecto de Código Civil Francés se consignaba la regla en términos expresos: "La forma de los actos, se decía, es regida por las leyes del país donde se hacen ó tienen lugar". Si fué rechazado este artículo, ello no vino porque se creyese errónea ó perjudicial su doctrina, pues los mismos que la impugnaron reconocieron su legitimidad. Así, el tribuno Andrieux, uno de los más ardientes impugnadores, decía: "Esta es una *máxima* de Derecho que jamás ha sido contestada". "Pero parece que la redacción podía ser mejor. ¿Qué dice á la letra el artículo, tal como está concebido? No otra cosa sino que en cada país se siguen, en cuanto á la forma de los actos, las leyes del país". "Este artículo pertenece entonces al proyecto de ley relativo á los extranjeros". Tal fué el motivo por que se rechazó el artículo, pero su doctrina se repartió en los artículos 47, 999, 1,317 y otros. El reciente Código Civil de España en el artículo 11 consigna la máxima de la manera más formal.

Concluiremos este punto observando que casi todos los principios de la ciencia, como la generalidad de las reglas del arte, se han ido desarrollando y formulando paulatinamente, y mu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

chos en largo transcurso de tiempo; de modo que no siempre es fácil señalar con exactitud la época de su pleno desarrollo, sin que jamás se haya sacado de aquí argumento ni pretexto para rechazarlos.

II

El segundo motivo alegado para proscribir la regla *locus regit actum*, es que nadie conoce la órbita precisa de su acción.

Para contestar esta observación, basta recordar lo que hemos dicho en el comentario del artículo 16 de nuestro Código Civil. En todo acto hay que distinguir los requisitos necesarios para su valor y los efectos que produce, que no son otra cosa que los derechos y obligaciones *naturales* ó *accidentales*, que de él emanan. Los requisitos se dividen en internos y externos; estos últimos son las solemnidades ó la *forma*. Pues bien, todos los jurisconsultos han aceptado la regla *locus regit actum* en cuanto á la forma; todos convienen en que la *forma* del acto debe ajustarse á la ley del lugar donde el acto se celebra ó se efectua. Baste citar á Boullenois, que es una especialidad y una notabilidad en la materia. Su obra *Traité de la personalité et de la realité des lois, coutumes, ou statuts*, en la que toma por base la no menos célebre obra de Rodenburgh, *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum diversitate*, ha merecido la estimación y el respeto de todos los sabios, obra que muestra con distinción las opiniones de Burgundo, D'Argentré, Dumoulin y otros eminentes jurisconsultos. Por esta razón bastará copiar las palabras de Boullenois, segunda parte del título 2.°, capítulo 3.°, observación 34: "*Après ces principes préliminaires, notre Auteur*, (éste es Rodenburgh, cuya opinión está exponiendo) décide qu' un acte révêtu des formes du lieu où il a été passé, subsiste no nobstant tout changement de domicile". "La raison qu'il en donne est très décisive: *tout le monde*, dit'il, convient qu'un homme ayant contracté hors son domicile, *suivant la formalité du lieu où l'acte se passe*, étant revenu chez lui, cet acte n'est pas moins valable, quoique les formalités de son domicile soient différentes: d'où il suit, á plus forte raison, qu' un acte fait dans le lieu du domicile suivant les formalités du lieu ne saurait souffrir d'atteinte, sous prétexte que celui qui l'a passé, va depuis demeurer

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ailleurs, où les formalités ne sont pas les mêmes, et notre Auteur fait une application de cette décision aux testaments». Aquí, como se ve, no sólo se sostiene la legitimidad de la regla *locus regit actum*, sino que se afirma que *todos* la aceptan. No creemos necesario citar otros pasajes del mismo autor ni de otros jurisconsultos, pues que, desde Bartolo hasta Savigny, la regla ha gozado del más alto prestigio en el sentido que acabamos de indicar.

Pero algunos amplían la órbita de aplicación de la regla, y sostienen que las obligaciones y derechos que nacen del acto ó del contrato deben regirse por la ley del lugar donde se celebran; mientras que otros sostienen que el acto y el contrato deben ser regidos, en cuanto á los derechos y obligaciones que producen, por la ley del lugar donde reciben su ejecución, ó sea, por la de aquel en que se ejercitan los derechos. La *mayoría* del Congreso que combatimos es de este último sentir; pero esto no la autoriza, en manera alguna, para condenar en absoluto la regla, ni para decir *que nadie conoce la órbita precisa de su acción;* porque discurriendo así vendríamos á parar á la condenación de todas las cuestiones en que estaban en desacuerdo los sabinianos y proculeyanos, y á sostener que ninguno entendía la materia, porque había desacuerdo entre ellos. La *mayoría*, y su representante el doctor Quintana, no aducen otra prueba ó argumento para sostener su afirmación.

Nuestro Código Civil ha tomado un temperamento medio, que es el más prudente y el más legítimo. Si el contrato se celebra para ejecutarse en el mismo lugar de la celebración, ó si los contratantes guardan silencio, y de los términos del contrato no aparece que deba ejecutársele en otro lugar, los derechos y obligaciones que nacen de ese contrato se rigen por la ley del lugar de la celebración; y aun cuando se trate de ejecutar ese contrato en otra parte, se juzgarán sus efectos (derechos y obligaciones) por la ley del lugar de la celebración. Pero si se estipula que el contrato se ejecutará en otra parte, ó si de los términos del contrato aparece que debe ejecutarse en otra parte, los derechos y obligaciones á que da origen se rigen por la ley del lugar en que *debe* ser ejecutado, aunque se pida la ejecución en un lugar distinto, salvo que los contratantes estipulen,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

como pueden hacerlo, que se rija por la ley del lugar de la celebración.

Hemos dicho que este temperamento es más prudente y es el más legítimo, porque los derechos y las obligaciones del contrato dependen, en general, de la voluntad de los contratantes, aun de aquellos que los jurisconsultos llaman *naturales*, que son los que se producen por el hecho mismo del contrato sin necesidad de cláusula especial; como es en Chile, y en la generalidad de los países, la obligación que nace del contrato de compra-venta, de sanear la evicción y los vicios redhibitorios, pues que los contratantes pueden estipular eficazmente que no se produzca tal obligación. La ley chilena supone entonces, con mucha razón, que el hecho de designar un lugar para la ejecución del contrato, ó el hecho de que, según los términos del contrato, deba éste ser ejecutado en cierto lugar, es motivo suficiente para presumir que los contratantes han querido someterse á la ley del lugar señalado para la ejecución. Pero esto no es lo mismo que sostiene la *mayoría* y que defiende con tanto calor el doctor Quintana. Según ellos, la regla es absoluta, sin limitación: en cualquier lugar donde se pida la ejecución del contrato ó donde se ejercite una acción que nazca del contrato, se juzga de esa acción según la ley del país donde ella se ejercita, ó bien, el contrato es regido por la ley de dicho país; de manera que se hace prevalecer esta ley sobre la ley del país donde debía ejecutarse el contrato, en conformidad á la mente de las partes. Pero la regla adoptada por nuestro Código Civil dispone que el contrato se juzgue según la ley del país donde debía ejecutarse y no según la ley del país donde se pide la ejecución; ó lo que es lo mismo, el contrato no produce otros derechos y obligaciones que los que determine la ley del país en que por la estipulación de las partes deba ejecutarse, y no los que determine la ley de otro país, donde, por cualquier accidente, se pida la ejecución. Ejemplo: supóngase que por la ley argentina se diera lugar á la acción de lesión enorme en la venta de bienes muebles; que se celebrara en Córdoba una venta de quinientos animales vacunos para entregarlos y pagarlos en Chile, y que el precio estipulado por esos animales fuera tan exiguo ó tan excesivo que importara menos de la mitad ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

más del doble del corriente. Este contrato estaría sujeto á la ley chilena, porque se había señalado á Chile como lugar de la ejecución, y, por consiguiente, no se podría sacar de él derecho para reclamar la lesión enorme, sea cual fuere el lugar donde se pidiese su cumplimiento. Supóngase qne el vendedor de los animales, en el caso propuesto, no quisiese venir á Chile y hubiese que demandarlo en la misma República Argentina para exigirle el cumplimiento del contrato: los tribunales argentinos no deberían dar cabida á la acción de lesión enorme, por más que las leyes de ese país la otorgasen, y aunque ese era el lugar de la celebración y el lugar donde se pedía la ejecución del contrato.

III

El tercer motivo para rechazar la regla, es *ser tan incierta, tan vaga y tan controvertible que sus mismos defensores no están de acuerdo sobre su carácter:* sobre *si es facultativa ú obligatoria.*

Este cargo es complejo, pero es injustificable en todas sus partes; bastaría negarlo, porque no se aduce prueba alguna en su apoyo.

Con lo que dejamos dicho en el párrafo anterior, se demuestra satisfactoriamente que la regla no es *incierta* ni es *vaga.* La regla es *cierta,* desde que se sabe con exactitud su esfera de acción, y no es *vaga,* desde que no se le puede aplicar á otra materia distinta de aquella para la cual se formuló.

La regla no es *incierta,* porque se sabe con precisión que ella se formuló y se aplica desde el principio hasta ahora, respecto de la forma del acto ó contrato, ó sea, de las solemnidades ó requisitos externos (que todo es lo mismo); y no se aplica á los requisitos internos, entre los cuales figura en primera línea la capacidad de los otorgantes.

La regla no es *vaga,* porque esta expresión se contrapone en nuestro caso á lo *determinado,* y la regla tiene esta cualidad, pues que no se la podría aplicar á una materia distinta. El hecho de que haya controversia respecto de su aplicación á los derechos y obligaciones que nacen de los contratos, no da mérito para calificarla de vaga ó indeterminada, porque siempre es constante que no puede aplicarse á otra materia distinta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la controvertida; y porque sólo por ampliación, por argumento *a simili*, se le aplica á los derechos y obligaciones de los contratos.

Podemos negar categóricamente que la regla sea *tan controvertible que sus mismos defensores no están de acuerdo sobre su carácter: si es facultativa ú obligatoria.* Hay, por otra parte, cierta incongruencia en el cargo, porque aún siendo cierto que fuera controvertible el carácter de la regla, no por eso se seguiría forzosamente que fuese controvertible su existencia, su legitimidad é importancia. En efecto, todos los jurisconsultos pueden estar de acuerdo en estos últimos puntos y discordar sobre el carácter de la regla; y todavía más, el hecho mismo de discordar sobre el carácter de ella implica la conformidad sobre su existencia; porque el que afirma que la regla es *facultativa*, afirma que ella existe y que es verdadera, con la misma energía que el que afirma que la regla es *obligatoria.*

Podemos desentendernos de esta irregular división de las leyes en *facultativas* y *obligatorias* (como si las primeras no obligaran), pero es un error grave suponer que hay, entre los que la reconocen, un desacuerdo sustancial sobre la naturaleza de la regla. Todos están de acuerdo en que ella significa que, si en el acto ó en el contrato se observan las formalidades ó requisitos externos que determine la ley del lugar de la celebración, el acto ó el contrato no adolecen de vicio á este respecto. Es cierto que algunos jurisconsultos y algunas legislaciones, como la de Chile, reconocen también como válidos ciertos actos ó contratos celebrados en el extranjero en la forma que determina la ley del país del otorgante. Así, por ejemplo, los defensores de la regla y algunas legislaciones reconocen la legitimidad y el valor del testamento otorgado en conformidad á los requisitos externos exigidos por la ley del país donde está domiciliado el que lo otorga.

Pero en todo caso la regla es la expresión de una ley *imperativa:* ella manda que el acto ó el contrato se ajuste, en cuanto á su forma, á la ley del país donde se celebra; y si *permite* que pueda ajustarse válidamente en ciertos casos á la ley del domicilio del otorgante, no deja por eso de ser *imperativa*, pues que manda que se ajuste á la una ó á la otra; á la manera de las obligacio-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nes *facultativas*, que no dejan de ser verdaderas y perfectas obligaciones, aunque el pago, en cierta forma distinta, queda *in facultate solutionis* para el deudor: en uno y otro caso la obligación nace de una ley imperativa, y lo facultativo se refiere sólo á una manera especial de pago.

IV

Se rechaza la regla, en cuarto lugar, por ser contraria al texto expreso de la ley romana.

Podemos negar con toda confianza este cargo: no hay ley alguna romana que sea contraria á la regla, ó que pueda servir de apoyo para condenarla. Hacemos esta afirmación tan perentoria, no porque nos apoyemos sólo en nuestros estudios de la legislación romana, sino porque si esa ley existiera, no habría escapado al conocimiento de tantos jurisconsultos eminentes que han estudiado y discutido esta materia, y no ha llegado á nuestra noticia el que alguno de ellos la haya citado.

Las dos leyes romanas que invoca el doctor Quintana no son contrarias á la regla *locus regit actum*.

La primera, la 21, título 7.º, libro XLIV del Digesto, dice así: *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit.* "Se entiende que se contrajo en el lugar donde alguno se obligó á pagar". Esta traducción es de Rodríguez de Fonseca, el que expone la ley de esta manera: "Si al tiempo del contrato se obligó alguno de los contrayentes á entregar alguna cosa ó cantidad en lugar determinado, *puede ser reconvenido en él*, como expresa la ley de Partida concordante, del mismo modo que si el contrato hubiera sido en el lugar que se señaló para la paga". La ley de Partida que cita como concordante es la 32, título 2.º, Partida 3.ª Como se ve, el significado que da Rodríguez de Fonseca á la ley 21, es que puede el deudor ser demandado en el lugar señalado para el cumplimiento de la obligación; el objeto y el alcance de la ley no es otro que señalar el fuero competente por medio de una presunción, *intelligitur*. El mismo significado le da Gregorio López en el comentario de la ley 32, título 2.º, Partida 3.ª Esta ley se propone determinar los jueces que son competentes para conocer de los pleitos, y entre los ca-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pítulos que constituyen la competencia, viene éste: "La sexta es, cuando el demandado ú otro cuyo heredero el fuesse, ó viesse puesto algún pleyto, ó prometido de fazer cosa alguna en aquella tierra, donde fuesse juez, aquel ante quien le fazen la demanda, ó lo hoviesse fecho, ó prometido en otra parte, poniendo de lo cumplir allí"; exactamente el caso de la ley 21 del Digesto. Pues bien, en la glosa 11 dice Gregorio López: CONCORDAT L. CONTRAXISSE 21. D. DE ACTION. ET OBLIG. *et potest etiam convenire in loco domicilii: quia forus domicilii cum omnibus aliis concurrit, ut in cap. fin. ubi laté Marian*: DE FORO COMP. *et vide præcedentem gl. et quo ibi dixi.* En la glosa anterior (10) de la misma ley dice expresamente que se reputa celebrado el contrato en el lugar designado para la ejecución, para establecer el juez competente, *et intellige quoad sortiendum forum.* Ambos jurisconsultos están perfectamente de acuerdo, y su opinión debe ser la común, ó generalmente recibida, puesto que no citan autor alguno en contra, en que ambas leyes son concordantes, y que no tienen otro objeto ni otro alcance que designar como juez competente el del lugar señalado en la convención para ejecutar lo pactado. Por último, de ninguna manera podría decirse que la ley 21 es *expresamente* contraria á la regla *locus regit actum*, porque su tenor literal no la excluye.

La segunda ley que aduce el doctor Quintana como contraria á la regla citada, es la 3.ª, título 5.º, libro XLII del Digesto. Para conocer cuán inoportuna es la cita, es preciso ver la que le precede. El epígrafe del título 5.º es: *De rebus auctoritate judicis possidendis, seu vendendis:* no puede haber cosa más ajena á la *forma* ó solemnidades de los actos ó contratos. Pues bien, la ley 1.ª dice: "*Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet: id est.—Lex 2.ª: Ubi domicilium habet.—Lex 3.ª: Aut ubi quisque contraxerit* (palabras que omite el doctor Quintana en su cita). *Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.*

Ahora bien, el epígrafe del título anuncia que va á tratar de las cosas que se han de poseer ó vender por autoridad del juez; la ley 1.ª prescribe que los bienes del deudor deben venderse en el lugar donde se debe defender; ó lo que es lo mismo, ante el juez competente, y pasa á enumerar cuáles son los jueces

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

competentes: *id est:* Donde tiene el domicilio (ley 2.ª); ó bien donde se celebró el contrato (ley 3.ª). Aquí se agregan las palabras que cita el doctor Quintana: "Más el contrato no *siempre* (*utique*) se entiende celebrado en aquel lugar donde se trató el negocio, sino en aquel donde se ha de pagar". Como se ve, estas palabras con que el Legislador explica la razón de la ley, tienen por objeto exclusivo determinar el foro competente, en conformidad con el epígrafe del título. Exactamente lo mismo piensa Rodríguez de Fonseca, y cita como concordante el título 8.º de la Partida 3.ª que trata de los *asentamientos*, y el título 11, libro IV de la Recopilación, que corresponde al título 5.º, libro XI de la Novísima, que trata también de los *asentamientos*. Voet, *Ad Pandectas*, expone la ley 3.ª en el mismo sentido; se contrae sólo á determinar de qué modo debe hacerse la venta de los bienes del deudor y en qué lugar; y lo único que dice á este último respecto es: *Idque in eo loco, in quo reus defendi debuisset, id est, ubi domicilium habet, aut ubi contraxit.* No se le ocurrió á Voet que esta ley tuviese en mira la forma ó solemnidades del acto ó contrato.

Ya es fácil ver cómo la *base granítica* en que apoya su sistema la mayoría de la Comisión, se convierte en arena suelta, y se desmorona al impulso del primer viento.

Ni sería de creer que entre tanto jurisconsulto eminente desde Bartolo hasta Savigny, ninguno hubiese tropezado con una ley que con sus palabras ó con su espíritu contrariase la regla *locus regit actum.* Concluyamos con que no existe semejante ley, y que por el contrario, quedan en pie las que hemos citado en el párrafo primero, que, si no establecen literalmente la regla, se conforman con su espíritu; y pueden, en buena filosofía, servirle de progenitores.

V

La quinta razón que se aduce es *que los fundamentos de la regla no resisten al más ligero examen, y que su completa insuficiencia para dirimir los conflictos de la materia, es confesada por sus propios defensores.*

Tampoco se ha cuidado el doctor Quintana de justificar su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

aserto en este punto; y ni siquiera se ha tomado el trabajo de decirnos cuáles son los fundamentos de la regla, y menos se ha ocupado en su *más ligero examen.*

El fundamento de la regla no puede ser más sólido; no hay ninguno en la materia de que tratamos que los tenga tan firmes: la justicia y la conveniencia se aúnan para formar y sostener la regla.

Está de su parte la justicia, porque el principio más fundamental, más sólido, más reconocido y acatado en la ciencia legal, es que la ley impera, que su mandato ha de ser respetado y cumplido en todo el distrito jurisdiccional que abarca la soberanía del Legislador. Es natural y lógico que, si la autoridad pública protege y ampara los actos que se ejecutan en su territorio, esos actos, sea de nacionales ó de extranjeros, se ajusten en su forma al mandato de esa misma autoridad pública, no sólo por respeto y deferencia, sino también por gratitud, para corresponder á la protección que se les dispensa en su celebración y ejecución. Hasta el adagio vulgar enseña, *á la casa que fueres haz lo que vieres.*

También la conveniencia está del lado de la regla, porque, evidentemente, en la mayor parte de los casos es más fácil observar la forma ó solemnidades prescritas por la ley del lugar donde se celebra el acto ó el contrato; y en muchas ocasiones es imposible observar la forma prescrita por la ley extranjera, ó aquella á que está sujeto el individuo que los celebra, ó bien aquella donde han de surtir sus efectos el acto ó el contrato.

El testamento, por ejemplo, que es uno de los casos más frecuentes, es mucho más fácil hacerlo en la forma que prescribe la ley del lugar donde se otorga; porque en este lugar es más conocida esa forma y hay más medios de realizarla. Son pocas las personas que saben cómo debe hacerse un testamento, y rarísimas las que saben cómo debe otorgarse según la ley extranjera. Supóngase á un ruso, á un turco ó á un japonés en una de las Repúblicas americanas, ¿sería fácil que encontrase un escribano, ni un abogado que supiese hacer el testamento en conformidad á la ley de Rusia, de Turquía ó del Japón? En el mismo París, en donde se junta gran concurso de extranjeros, sería muy difícil encontrar un abogado que lo supiese; de manera que el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pobre extranjero se vería condenado á morir sin testamento, si no se reputara válida la forma exigida por la ley del país donde le ocurría la muerte, y puesto que el testamento debía recibir su ejecución en el lugar de la ubicación de los bienes, donde se requería otra forma distinta. Y si los bienes estaban en distintos países, y debiera, en consecuencia, recibir el testamento su ejecución en todos esos países, ¿debería reunir todas las formas ó solemnidades requeridas por las leyes de todos ellos?

Nos conviene, pues, sobremanera á todos que se respete la *forma* exigida por la ley del lugar donde se celebra el acto ó el contrato, so pena de que nos veamos inhabilitados con frecuencia para su celebración. Inútil nos parece insistir más en la demostración de la conveniencia de la regla *locus regit actum*, porque es palmario que en muchos casos es imposible observar otra forma que la prescrita por la ley del lugar donde se hace el acto ó se otorga el contrato; y entonces la conveniencia se convierte en necesidad. Y si es de absoluta justicia respetar la soberanía del lugar donde nos encontramos, no es de menos rigurosa justicia que todo soberano, en obsequio y protección de sus nacionales, que es la primera y más sagrada de sus obligaciones, acepte como legítima y perfecta la forma del acto ó del contrato que se ajuste á la ley del lugar del otorgamiento.

Los fundamentos de la regla quedan en pie, y no sólo resisten al más severo examen, sino que cobran con él mayor fuerza y lucidez.

Que la regla *locus regit actum* sea insuficiente para dirimir todos los conflictos de la materia, es cosa incuestionable, y nadie ha sostenido lo contrario; pero circunscrita á la forma ó solemnidades de los actos y contratos, que fué la idea que le dió orígen y que fué el asunto de su primera aplicación, es de la más rigorosa lógica, de la más perfecta justicia y de la más alta conveniencia para todas las naciones; y no sólo resuelve, sino que evita todas las cuestiones sobre este punto.

VI

El sexto argumento en que se apoya el rechazo de la regla es, *que es una sentencia anónima que no tiene en su favor otro*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

título que el tiempo, ni más fundamento que la rutina; sin que pueda, por lo tanto, dar mérito para que la ciencia sacrifique en su obsequio la severidad de sus principios, la exactitud de sus deducciones y la estabilidad de las convenciones humanas.

La forma con que se reviste el argumento no puede ser más solemne y pomposa; pero es fácil demostrar que su debilidad raya en futileza. Si nos ponemos á contemplarlo y queremos hacer su autopsia, no nos quedará una sola partícula que sea protegida por la lógica ó por la ciencia legal.

La regla *locus regit actum* es *una sentencia anónima.* Esto no arguye contra su verdad, su justicia y su conveniencia, como lo dejamos probado. Por el contrario, es un gran mérito, porque anónimos son todos los principios fundamentales de la ciencia; no tienen otro autor que á Dios, creador de todas las inteligencias y de todas las verdades, cuando no son ellas parte de su existencia ó de su esencia; regulador sapientísimo del orden moral y del intelectual, no menos que del orden físico. La regla *locus regit actum* es anónima, porque en el transcurso de los siglos no se ha presentado un plagiario tan audaz y tan torpe que se atribuya la propiedad de una cosa que es del género humano, y que, si hubiéramos de compararla con las materiales diríamos que no puede estar en el patrimonio de un hombre por ser de utilidad inagotable.

La regla *locus regit actum no tiene en su favor otro título que el tiempo.* Permítasenos no hacer caso de este concepto, porque él no significa nada: la verdad científica no gana solidez ni mejora de condición con el tiempo; no conquista su naturaleza ó su existencia por la prescripción.

No tiene otro fundamento que la rutina. Probablemente no se ha fijado el doctor Quintana en estas expresiones, porque no es posible creer que deliberadamnnte haya querido calificar de rutineros á Bartolo y á los demás eminentes jurisconsultos que le han seguido hasta Savigny. No es posible suponer que todos estos sabios hayan aceptado la regla sin reflexión ni examen. Savigny, filósofo é investigador tenaz, que consagra prolija investigación para justificar cómo debe traducirse un adverbio ó un adjetivo latinos; Savigny, que no sólo acepta la regla *locus regit actum* como expresión del límite de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la ley en el espacio, sino que formula otra semejante, *tempus regit actum*, para expresar su limitación en el tiempo, é impedir así su efecto retroactivo; Savigny, evidentemente, no se ha dejado llevar en este caso por la rutina.

Destruídos los antecedentes, la consecuencia viene por tierra: aceptando la regla no se sacrifica la severidad de los principios de la ciencia, sino que, por el contrario, se les salva y respeta. Con el rechazo de la regla sí que se sacrifican los dos principios más fundamentales de esta importante rama del Derecho, como creemos haberlo demostrado.

No hemos podido atinar en qué sentido podrían sacrificarse la *exactitud de las deducciones científicas y la estabilidad de las convenciones humanas* con la aceptación de la regla *locus regit actum;* ni podríamos decir si esto proviene de ineptitud de nuestra concepción ó de error y falsa apreciación de parte del orador. No es lícito hacer afirmaciones de esta clase sin aducir las pruebas en que descansan.

VII

Se rechaza, por último, la regla *locus regit actum*, porque *es de buen principio que todo acto sea indivisible del punto de vista de la ley que haya de regirlo; que su forma sea inseparable de su fondo, y que, tanto bajo uno como bajo otro aspecto, sea exclusivamente regido por una sola y única ley.*

No hay duda que sería útil que el acto ó el contrato fuesen regidos por una misma legislación en cuanto á la forma, en cuanto á los requisitos internos y en cuanto al fondo, ó sea, en cuanto á las obligaciones y derechos que producen; pero esta utilidad es muy tenue comparada con la utilidad, ó diremos más bien, con la necesidad de la observancia de la regla *locus regit actum*. Lo que es de buen principio y que es aceptado por todos, es que, en el conflicto de dos conveniencias, debe darse preferencia á la más importante; y en el conflicto de la conveniencia con la necesidad, debe prevalecer esta última.

Tal es lo que pasa con la regla *locus regit actum*, como lo hemos demostrado en el párrafo 5.º; sin que el doctor Quintana, por su parte, haya intentado siquiera la demostración contraria.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pero el caso de la regla *locus regit actum* no es singular en el Derecho. Tenemos otro muy parecido, casi idéntico, en el cual no dudamos estará de acuerdo con nosotros el doctor Quintana, caso que es la doctrina aceptada por la universalidad de los jurisconsultos, y que no es más que una ampliación, diremos más bien, una imitación de la regla *locus regit actum*. Es Savigny quien formula por primera vez, como antes lo hemos insinuado, la regla *tempus regit actum* para expresar la limitación del imperio de la ley en el tiempo. Y decimos que es Savigny el autor de esta fórmula, porque no tenemos noticia de que otro jurisconsulto la haya empleado antes que él, bien que la verdad que contiene la regla, ó sea, su fondo, es más antiguo que Savigny.

Pues bien, con esta regla se determina que la forma de los testamentos, ó sea, sus solemnidades ó requisitos externos, que todo es lo mismo, se rigen por la ley vigente á la fecha en que se otorga el testamento; y sus requisitos internos, así como las disposiciones que él contiene, se rigen por la ley vigente al tiempo de la muerte del testador. Hé aquí cómo se sacrifica la conveniencia de sujetar á una misma ley la forma y el fondo para salvar y dar cabida á otra conveniencia de más alto interés; exactamente lo mismo que en el caso de la regla *locus regit actum*, sin embargo de que esta regla tiene por objeto dirimir la colisión de dos leyes de distintos países, mientras que la regla *tempus regit actum* se ha formulado para determinar la manera de resolver el conflicto que resulta entre dos leyes de un mismo país.

Hemos tratado antes de probar, y creemos haberlo conseguido, que desechada la regla *locus regit actum*, podría ocurrir el caso en que un individuo se encontrase en la imposibilidad de otorgar testamento ó de practicar otro acto ó contrato, y que con esto se violaría uno de los principios más fundamentales de la ciencia del Derecho, cual es la estricta y sagrada obligación que tiene el soberano de proteger á sus nacionales, facilitándoles los medios de ejecutar todos los actos de la vida civil. Pues bien, ésta es también una de las razones en que se funda la regla *tempus regit actum*.

Continuando con el ejemplo del testamento, que es el más

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sencillo y uno de los más frecuentes, si se desecha esta regla, podría suceder que nos viésemos, en ciertos momentos, en la imposibilidad de otorgar testamento. Ordinariamente principian á regir las leyes á las doce de la noche del día en que termina el plazo para su promulgación; si la forma del testamento se rigiese por la ley vigente á la fecha de la muerte del testador los individuos que muriesen cinco ó diez minutos y quizás una y dos horas después de las doce de la noche que media entre el día en que termina el plazo de la promulgación y el día en que principia á regir la ley, no podrían otorgar testamento, porque en tan breve espacio de tiempo no es posible otorgarlo, y el que se otorgase antes de esa hora no tendría valor alguno, y si la nueva ley declarase válido el testamento otorgado antes de su vigencia con la forma que ella determinaba, como podría hacer lo, resultaría que la nueva ley regiría antes de estar promulgada, lo que importaría la infracción innecesaria de otra regla importante é inconcusa de la ciencia legal.

No creemos necesario ocuparnos en las otras razones que apoyan la regla *tempus regit actum*, porque sólo tratamos de una comparación ó de un argumento *a simili*, para demostrar que no es singular el caso de la regla *locus regit actum* en cuanto sacrifica la pequeña conveniencia que resulta de sujetar á la misma ley la forma y el fondo del acto, á la altísima conveniencia, y aun diremos más bien á la necesidad, de no impedir la ejecución del acto.

Dijimos al principio que el mismo doctor Quintana acepta la regla *locus regit actum* después de combatirla en absoluto, y la acepta cabalmente para el acto que más bien se presta á formar excepción en ciertos casos. Hablamos del matrimonio, del cual dice el doctor Quintana: "Respecto á las formas mismas del matrimonio, no existe cuestión alguna fundamental; pues la doctrina y la legislación están de pleno acuerdo en admitir que ellas deben ajustarse á la ley del lugar donde el acto se celebra; de suerte que por esa misma ley deben decidirse todas las contestaciones referentes á la existencia y validez del matrimonio".

Debemos advertir que, no porque la forma del matrimonio se rija por la ley del país donde se celebra, deben resolverse por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

esa ley todas las cuestiones relativas á la validez del matrimonio, pues que los requisitos internos podrían regirse por la ley del domicilio de la nación de los contrayentes, como sucede con la ley chilena (art. 15 del Código Civil), que sujeta la capacidad del chileno á la ley de Chile, aunque celebre el matrimonio en país extranjero.

Es verdad que el doctor Quintana excusa su opinión diciendo: "Que el matrimonio se supone siempre consumado en el mismo lugar en que se celebró, y la solución propuesta se convierte así en una confirmación de la regla mencionada". Pero se desentiende de los demás derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, y que en muchos casos van á ejercitarse los primeros y á cumplirse las segundas en otros países, lo que sin duda han tenido en mira ó han tomado muy en cuenta los esposos al celebrar el matrimonio.

No nos detenemos más en esta observación porque no la creemos de tan grave momento, conocidos los antecedentes incontrovertibles en que descansa la regla *locus regit actum*. No podrá al menos negarse que la aplicación de la regla al matrimonio se presta á inconvenientes que no existen en los otros actos ni en los contratos.

Resumiendo lo dicho, tenemos: que la forma ó solemnidades del acto ó del contrato se rigen por la ley del lugar donde se otorgan, aun cuando hayan de recibir su ejecución en un país distinto, porque así lo exige una conveniencia tan general y tan grave que se convierte en necesidad imperiosa; y esta sentencia es la que se formula con las palabras *locus regit actum*;

Que no es propio de la regla, sino simplemente su ampliación, la doctrina que hace regir los efectos del contrato, ó sea, sus derechos y obligaciones, por la ley del lugar donde se celebra, cuando los contratantes no han designado otro lugar para su ejecución, ni aparece esta intención de los términos del contrato, porque se presume que debe ejecutarse en el lugar de la celebración;

Que es buena doctrina y generalmente aceptada, que las obligaciones y derechos que nacen del contrato se rijan por la ley del lugar donde, según la estipulación ó intención de los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contratantes, debe recibir su ejecución; porque se presume que han querido someterse á esa ley; y en materia de contratos la voluntad de las partes debe predominar, puesto que es una de las fuentes de las obligaciones voluntarias;

Que, en consecuencia, no se puede aceptar la regla absoluta de que la ley del lugar donde se pide la ejecución del contrato sea la que deba regir sus derechos y obligaciones, porque puede haber necesidad de pedir la ejecución del contrato en un país distinto, v. gr.: el del domicilio, y en este caso los Tribunales de este país aplicarán las leyes del país donde debió ejecutarse el contrato. Ya hemos observado que los Tribunales de distintos países pueden ser competentes para conocer de las cuestiones que nacen del contrato.

Por último, es también doctrina generalmente aceptada, que los tribunales de un país no pueden en sus sentencias reconocer y mandar cumplir obligaciones de un contrato en que se violen ó contrarían las leyes de orden público del mismo país, aun cuando esas obligaciones sean lícitas según la ley del país donde se celebró el contrato. El arbitrio á que se puede recurrir en estos casos es hacer juzgar el negocio por los tribunales del país donde se celebró el contrato, cuyas estipulaciones suponemos sean lícitas según la ley de dicho país, y venir en seguida á pedir la ejecución de la sentencia ante los tribunales del país donde se reputan ilícitas esas obligaciones. La sentencia legitima, por decirlo así, estas obligaciones; semejante recurso no puede surtir pleno efecto en todos los casos, porque esto pende de los tratados, de las leyes del mismo país y aun de la calidad de las obligaciones.

José Clemente Fabres

ESTUDIO DE DIVERSAS CUESTIONES CONSTITUCIONALES DE ACTUALIDAD

Señor don Enrique C. Latorre.

Mi estimado amigo, el honroso recuerdo que se ha dignado hacerme sobre el excesivo tiempo transcurrido sin recibir colaboración mía para la Revista Forense Chilena, es para mí un poderoso estímulo cuando el llamamiento

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

viene del amigo, del abogado que ha tenido la fortaleza y constancia necesarias para mantener esa publicación durante el período de cinco años completos.

Desempeñando yo el cargo de diputado al Congreso Nacional desde 1867, y teniendo que estudiar, en el curso de tantos años, las bases y conveniencias de nuestra legislación, ni V. admitiría, ni á mí me sería permitido alegar ignorancia, por no ser abogado, para excusarme de escribir algo en su estimable publicación.

Con motivo de haberse presentado por el Ejecutivo un proyecto de reforma de nuestra Constitución, creo de actualidad discutir, sin pasión política, algunas de sus disposiciones vigentes, ya por las contradicciones á que se prestan las unas, ya por la aplicación impropia que han tenido otras.

Tal será la materia de que me ocuparé, analizándola y discutiéndola con la franqueza que acostumbro, para cumplir con su invitación, rogándole se sirva tener como prólogo esta contestación de S. S.

EULOGIO ALLENDES

I

Antes de entrar en materia tan delicada, para evitar equívocos nacidos de la desconfianza natural á toda obra humana, debo dejar bien establecido lo que, en mi concepto, forma el principio fundamental de las disposiciones legales, para no perder de vista su lógica aplicación y el límite consecuente de su objeto.

Desde que el mundo existe, se ha observado, estudiando la naturaleza, que cada raza ó familia de seres vivientes, cumplen un deber instintivo de buscarse y relacionarse, debiendo á ello su existencia y propagación, y á esta asociación instintiva, entre otras muchas observaciones análogas, la calificamos y reconocemos como dimanada de la ley natural; luego, la ley, en general, es una necesidad imprescindible ó un mandato que tiende á la conservación y al bienestar social.

En las sociedades humanas, compuestas de seres inteligentes, susceptibles de más ó menos capacidad para hacer uso de su razón, dotados de libre albedrío, es natural, en medio de ese estado de desequilibrio, la contradicción de opiniones en todo cuanto puede rozarse con los actos que puedan ejecutar y relacionarse con la comunidad de los otros. Ello ha dado origen á las calamidades de las guerras, tiranías espantosas, extermi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nio de bandos opuestos, etc., y también á la meditación y estudio de los medios de evitarlas, y que constituyen así el progreso humano, dando entrada entonces al establecimiento de reglas que consulten la conservación y el bienestar de todos, que para ser aceptadas, deben ser inspiradas, como punto cardinal, en la tolerancia y en la moral universal. Tales son las leyes, y aunque casi siempre son la restricción de la libertad absoluta, jamás deben llegar á lo innecesario, y menos á producir el trastorno ó la inquietud en la sociedad.

Tal es el origen y la necesidad de dictar leyes en toda nación civilizada; pero, debiendo ellas atender, en primer lugar, á la paz común y á la estabilidad de la autoridad encargada de ejecutarlas, deben también estar sujetas, al dictarlas, á reglas establecidas en la Carta fundamental que constituye el régimen de Gobierno de la nación y es lo que da origen á la Constitución del Estado; de consiguiente, ésta debe considerarse por todos como una fuente sagrada de donde únicamente pueden salir las justas y lícitas disposiciones de las leyes, y que sólo debe tocarse con el mayor respeto y acatamiento en días de calma y meditación profunda para perfeccionarla, buscando la igualdad y la tolerancia para todos, y cuyo contenido tenemos el deber de acatar y respetar.

De lo expuesto se vé con claridad que las disposiciones constitucionales son el límite trazado al Congreso Nacional, al rededor del cual deben evolucionar las prescripciones contenidas en las leyes comunes que está llamado á dictar para el mejor manejo de la administración en todos sus ramos.

II

Qué se entiende por "sesión del año siguiente," ó "sesión de aquel año" en los artículos 33, 36 y 37 de la Constitución.

Paso á ocuparme, en primer lugar, de la inteligencia verdadera que deben tener las frases "sesión del año siguiente" en el artículo 33 y "sesión de aquel año", con que concluyen los artículos 36 y 37 de nuestra Constitución.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Cualquiera que oiga tal proposición, es indudable que la calificará de monstruosidad contra el buen sentido, pues ¿quién que sepa hacer números podrá dudar que el año siguiente al 89 es el 90 y así sucesivamente? Pero pronto veremos que la sencillez del enunciado de este problema, se convierte en dudas é interpretaciones un poco complicadas al poner en práctica esas disposiciones constitucionales que jamás han tenido caso de aplicación. Y para entrar en materia, transcribiremos esos artículos que dicen:

"ART. 33. El proyecto de ley que fuere desechado en la Cámara de su origen, no podrá proponerse en ella hasta la sesión del año siguiente".

En este caso, supongamos un proyecto discutido y desechado en las sesiones ordinarias de 1889; sobreviene un cambio de Gabinete, y el Presidente convoca á sesiones extraordinarias en enero ó abril de 1890, é incluye entre los asuntos de la convocatoria el mismo proyecto desechado ya por una Cámara en las sesiones ordinarias del 89. Es indudable que el proyecto aparece nuevamente en el año sideral siguiente á aquel en que fué rechazado, y se pregunta: ¿puede constitucionalmente ocuparse la Cámara de ese mismo proyecto rechazado en la fecha indicada? En mi humilde opinión, opino que no cabe vacilar por la negativa.

"ART. 36. Si el Presidente de la República devolviere el proyecto de ley desechándolo en el todo, se tendrá por no propuesto, ni se podrá proponer en la sesión de aquel año".

"ART. 37. Si el Presidente de la República devolviere el proyecto de ley, corrigiéndolo ó modificándolo, se reconsiderará en una y otra Cámara, y si por ambas resultare aprobado, según ha sido remitido por el Presidente de la República, tendrá fuerza de ley y se devolverá para su promulgación.

"Si no fueren aprobadas en ambas Cámaras las modificaciones y correcciones, se tendrá como no propuesto, *ni se podrá proponer en la sesión de aquel año*".

En estos dos casos, se pregunta: ¿cuál es la sesión de aquel año, ó del año?

Para comprender mejor la parte dudosa de la interpretación de estos dos artículos, supongamos que el Presidente de la Re-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pública hubiera convocado en el mes de abril de 1890 á sesiones extraordinarias, incluyendo proyectos que, aprobados por ambas Cámaras, hubieran sido devueltos por el Presidente de la República, desechándolos en el todo ó modificándolos de modo que llegara el caso de no poderse proponer en la sesión de aquel año, siendo desechados en abril de 1890: se pregunta: en tal caso ¿sería constitucional proponer los mismos proyectos en junio de 1890? Por mi opinión, sostengo que sí, aunque al oído sólo suena el año de 1890, y no obstante, se trata de épocas de dos años diversos, el uno en seguida del otro.

Para sostener la tesis que dejo consignada contestando afirmativamente en el caso de los artículos 36 y 37, y negativamente en el caso del artículo 33, á pesar de que en uno y otro caso hay la apariencia de un contra-sentido, obsérvese desde luego que el fundamento de la solución es uno mismo.

Para comprender con claridad los fundamentos de mi opinión y lo que da lugar á duda, es necesario recordar que el artículo 43 de la Constitución dice: "El Congreso abrirá *sus sesiones* ordinarias el día 1.º de junio de cada año, y las cerrará el 1.º de septiembre"; y el artículo 44 dice: "Convocado extraordinariamente el Congreso, se ocupará en los negocios que hubieren motivado la convocatoria, con exclusión de todo otro"; que el artículo 73 en su 4.º y 5.º incisos, entre las atribuciones del Presidente de la República, que enumera, dice: "4.º Prorrogar las sesiones ordinarias del Congreso hasta cincuenta días; 5.º Convocarlo á sesiones extraordinarias con acuerdo del Consejo de Estado".

Todavía advertiremos que no existe disposición alguna en la Constitución que defina lo que debe entenderse por *sesión del año*, mientras tanto la palabra *sesión* significa, según el diccionario, cada una de las reuniones ó juntas en que delibera una Sociedad, un Concilio ó un Congreso; y tan es así, que la misma Constitución en su artículo 43, ya transcrito, dice que "el Congreso abrirá *sus sesiones*", y no la *sesión* de cada año; de consiguiente, en esta situación, no habiendo definición ó aclaración en la misma ley sobre una palabra que se presta á interpretación, cabe tener presente lo dispuesto para ese caso en el artículo 20 de nuestro Código Civil, que dice: "las palabras

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según *el uso general de la mismas palabras*»; y todavía, la prescripción del artículo 22 del mismo Código, que en los pasajes oscuros de la ley previene *sea ilustrativa para su inteligencia, la dada* en otras leyes sobre el mismo asunto.

Con estos antecedentes, hay perfecta lógica para establecer que está consignado en la Constitución de un modo claro y terminante, que el Congreso tiene por día inicial de sus sesiones anuales, el 1.º de junio de cada año, de tal modo que, á pesar de hallarse elegido en cada período constitucional en el mes de marzo, no obstante, jamás puede comenzar sus funciones sino desde el 1.º de junio, y de tal suerte todavía que, si el Presidente de la República convocase en el mes de abril de ese mismo año á sesiones extraordinarias, no entrarían á funcionar los miembros del Congreso elegidos en marzo, sino los que funcionaban desde el 1.º de junio del año anterior, con lo cual se comprueba que las sesiones extraordinarias desde enero hasta el 31 de mayo de 1890, por ejemplo, corresponden al año cabal que principió en junio 1.º de 1889; de consiguiente, el *año de sesión* dura desde el 1.º de junio de un año hasta el 31 de mayo del año siguiente.

Hay, pues, en cada año de sesiones del Congreso seis meses correspondientes á un año (sideral, que se completa de enero á enero) y otros seis meses del año sideral siguiente, exactamente lo mismo que sucede en los contratos comunes, en los cuales los años que comprenden sus estipulaciones comienzan á contarse desde su fecha inicial, que puede ser cualquier día del año; así, por ejemplo, se extiende una escritura de venta de un fundo en que se estipula hacer el pago en tres años, con la condición penal de pagar mil pesos si no se hiciera el pago en el primer año, con pena de dos mil pesos si no se pagase el dividendo del año siguiente, etc.; al mismo tiempo se expresa que el día inicial de este convenio es el de la fecha de la escritura en 1.º de junio de 1889; con tales antecedentes ¿se le ocurriría á alguien sostener que se ha incurrido en la pena de mil pesos si el primer pago se hiciera en 1890 antes de completarse los trescientos sesenta y cinco días que contiene el año del contrato, alegando que el año de 1890 es el siguiente al año de 1889, y por con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

siguiente el primer año que suena al oído es el de 1889, finalizado el 31 de diciembre? Es indudable que tal tesis se calificaría de absurda; y los fallos cotidianos de los Tribunales de justicia serían la mejor justificación de la inteligencia que sostengo debe darse á la frase *año de sesión* de que nos ocupamos, comenzando á contarse desde el 1.º de junio de un año hasta 31 de mayo del año siguiente.

Mas, hay otra objeción de distinto carácter sobre la materia. Se alega que el artículo 43 de la Constitución dice terminantemente que las sesiones ordinarias serán abiertas por el Congreso el 1.º de junio y *las cerrará el 1.º de septiembre;* de consiguiente, el *año de sesión* de que hablan los artículos 36 y 37 es referente á ese período de tiempo, el cual se halla dentro de cada año sideral, de tal modo que el año 1890 es el siguiente al año de sesión de 1889.

Para desvanecer tal sofistería basta recordar que las sesiones ordinarias y extraordinarias del Congreso deben su existencia al mandato constitucional que les da origen; y que estando terminantemente determinado el período de las ordinarias, queda también determinado fijamente el de las extraordinarias por el tiempo intermediario entre el de dos períodos ordinarios, es decir, desde el 1.º de septiembre de un año sideral, por ejemplo, el de 1889 hasta 31 de mayo del año siguiente, que sería el de 1890; y como ya hemos puesto en claro la verdadera inteligencia de lo que comprende lógicamente la *sesión de un año*, resulta que en un mismo año sideral, verbigracia el de 1890, puede haber sesiones extraordinarias correspondientes á dos distintos períodos *de sesión de un año*, las sesiones que tuvieran lugar desde el 1.º de enero hasta el 31 de mayo de 1890 serían extraordinarias correspondientes al período de *sesión de un año* que había comenzado el 1.º de junio de 1889; y las extraordinarias que comenzaran el 1.º de septiembre para adelante serían correspondientes á la *sesión de un año* comenzado el 1.º de junio de 1890.

Tan sesiones son las ordinarias limitadas por la Constitución, en su artículo 43, como las prorrogadas con igual carácter (inciso 4.º del artículo 73), por el Presidente de la República, así como aquellas á que este funcionario convocase según el inci-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

so 5.º del artículo 73 en calidad de extraordinarias. En corroboración de que no hay distinción alguna en el calificativo, es conducente recordar que el artículo 47 de la misma Constitución comienza diciendo: "El Senado y la Cámara de Diputados abrirán y cerrarán *sus sesiones* ordinarias y extraordinarias á un mismo tiempo"; por consiguiente, dentro de la lógica del lenguaje empleado por la Constitución y el alcance comprensivo de sus disposiciones cuando emplea la frase, "ni se podrá proponer en la sesión de aquel año", están comprendidas indudablemente las funciones ordinarias y extraordinarias que haya tenido el Congreso á contar desde el 1.º de junio de un año hasta 31 de mayo del siguiente, porque así sólo se completa un año de sesión ó *la sesión de un año.*

III

Las leyes de elecciones ¿han cumplido con el mandato constitucional de igualdad ante la ley, que se asegura para todos los habitantes de la República?

Otra cuestión constitucional interesante por su novedad y de actualidad, es la que se desprende de la interrogación siguiente: El mandato constitucional de "igualdad ante la ley" ¿se ha respetado en las diversas leyes de elecciones dictadas en Chile desde 1833, al establecer en ellas la forma en que deben ejercer los ciudadanos el derecho de sufragio electoral? Contestamos que nó.

Es un hecho innegable que las diversas leyes de elecciones dictadas en conformidad á la Constitución de 1833, antes y después de adoptar el voto acumulativo, han establecido el derecho de votar por uno ó mas candidatos para diputados según sea el departamento en que se vota y el número de diputados señalados para cada uno de ellos en la ley que después de cada censo tomado en la República, así lo declara, asignando un diputado al departamento que tiene treinta mil habitantes, ó una fracción que no baje de quince mil y aumentando en esta proporción el número de diputados por el cual cada elector vota. Se tiene así departamentos en que el elector vota sólo por un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

candidato, en otros por dos, en otros por tres, etc., hasta llegar á Santiago, que elige doce diputados y el elector vota por doce candidatos. Después se concedió el voto acumulativo, lo cual permite al elector colocar en su voto el nombre de un mismo candidato, repetido tantas veces cuantos sean los diputados correspondientes al departamento en que se ejerce el derecho de ciudadano elector.

Siendo esto así, resulta que el chileno que reside en Santiago goza de un verdadero privilegio otorgado por la ley electoral, de hacer valer su persona por doce sufragantes, mientras el residente en Valparaíso la hace valer por seis, el de Caupolicán y San Fernando por cuatro, los residentes de Ovalle, Melipilla, Curicó, Talca y Chillán por tres; en veinticinco departamentos, por dos; y en los treinta y cinco restantes, por uno.

Basta enumerar esta verdadera desigualdad, para reconocer la existencia de un privilegio en abierta desobediencia con el mandato de la Constitución consignado en el primer inciso de su artículo 10, cuando dice: "La Constitución asegura á todos los habitantes de la República: 1.º, la igualdad ante la ley. En Chile no hay clase privilegiada".

Esta igualdad ante la ley, si es verdad que consigna principalmente el reconocimiento del más noble y grande de los triunfos obtenidos por la razón humana, en porfiada y heroica lucha contra los privilegios, la tradición y las preocupaciones sociales sostenidas por la ignorancia, también significa la delicada balanza en que deben acrisolarse las disposiciones legales para que, si son cargas, pesen sin excepción y con igual intensidad según sus fuerzas, sobre todos los chilenos, y si son favores, honores ó derechos, se ejerzan y lleguen á todos con la escrupulosa igualdad matemática en la manera de obtenerlos y en la forma de ejercitarlos. Esa es una de las bases fundamentales de que me he ocupado en el párrafo I de este artículo, que debe servir de cimiento y límite sagrado á la órbita dispositiva de las leyes secundarias para ser constitucionales.

Esto no admite dudas, y cuando, apoyado en la ley, existe el derecho del ciudadano elector, y al ejercitarlo se permite á unos que hagan valer su solo voto por doce, por seis, por cuatro, por dos, y á los habitantes de treinta y cinco departamentos de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los sesenta y nueve de toda la República, que valga su voto por su valor intrínseco de un votante, como es lógico y racional, es claro como la luz que se falta al precepto constitucional de perfecta igualdad del derecho de elector.

Ahora, si examinamos las otras dos disposiciones consignadas en los artículos 16 y 17 de la Constitución, veremos más en relieve el mismísimo resultado. Dice así:

"ART. 16. La Cámara de Diputados se compone de miembros elegidos por los departamentos en votación directa, y en la forma que determine la ley de elecciones".

"ART. 17. Se elegirá un diputado por cada treinta mil habitantes y por una fracción que no baje de quince mil. . . etc."

Estos dos artículos, que se completan el uno al otro, no dicen en alguna parte que al elector residente en el departamento, se le acuerda el derecho de duplicarse, triplicarse ó hacer valer su voto por tantos sufragantes cuantos sean los diputados que deba elegir ese departamento, ni tampoco que esté autorizado para votar por todo el número de ellos, como sucedía antes del voto acumulativo y aun permite la ley al que no quiera acumular; al contrario, se limitan á establecer que la votación para elegir diputados debe ser directa, es decir, que el elector consigne á su voluntad el nombre del candidato que desea elegir; y no indirecta por electores, como se establece para elegir Presidente. En la forma que determine la ley de elecciones, es decir, sometiéndose á las reglas que consultan los artículos 7.º, 8.º, 9.º y 10 de la Constitución y en cuyo procedimiento se asegure la libertad de la elección, inscribiéndose en los registros, en los días y horas que se fijaren para ello y para la votación, debiendo prohibir que el voto de un elector en Chile lo haga valer por dos ó más votantes de cualquier punto de la República, porque eso es absurdo ante la sana razón y no puede constituir un derecho legal; que la elección debe hacerse por departamentos, eligiendo un diputado por cada treinta mil habitantes (según la última reforma) y por una fracción que no baje de quince mil, es decir, que en cada departamento se debe elegir por cada treinta mil habitantes un diputado: ó, lo que es igual, que cada treinta mil habitantes elegirán un diputado; ó, lo que es más lógicamente claro, que subdividido el territorio departamental en distritos electorales,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cada uno con treinta mil habitantes elija un diputado, así como el residuo que quedare de población, si pasa de quince mil.

Hay una objeción muy natural y poderosa, por lo común y secular de su empleo, que se hará á la tesis que sostengo, y que surte el mismo convencimiento ficticio que formamos diariamente cuando observamos con nuestra vista el sol, y por ello le atribuimos un movimiento de rotación de oriente á poniente. Según esa objeción, no sería posible sostener lo que está en contradicción con el ejercicio de cincuenta y siete años de vida constitucional, en que la aplicación práctica de esos artículos de la Constitución ha sido uniforme por parte de todos los Gobiernos que ha tenido la República, así como por las diversas agrupaciones políticas que les han hecho oposición, y no es dable suponer que todas las ilustraciones del país que han tomado parte en la cosa pública, hayan incurrido en tal error ó se hayan desentendido de tomarla en cuenta en las varias veces que se ha acometido la reforma de la Constitución.

Antes de contestar directamente á lo que tiene apariencia de una fuerza irresistible, como son y han sido muchos errores sostenidos por la tradición, recordaré con pesar que la historia nos presenta innumerables ejemplos de la subsistencia secular de muchos y grandes errores, y hasta de haberse aplicado máquinas infernales de atroces tormentos, y hasta se han llevado vivos y quemado en hogueras candentes á muchos que estaban en la verdad y resistían á los errores de la tradición; y hoy podemos gozar de aquellos progresos, merced al heroísmo de aquellos que sostuvieron sus nobles convicciones.

La práctica inconstitucional de que me ocupo, no es la única que podemos invocar. Sin ir más lejos, las Municipalidades han estado hasta la fecha imposibilitadas para ejercer las funciones que les enumeran terminantemente algunos de los incisos del artículo 119 de la Constitución. Contrariando esos mandatos expresos, los diversos ilustrados gobiernos de la República han nombrado juntas de beneficencia en los departamentos, presididas por los intendentes y gobernadores, para que atiendan al cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos, casas de corrección, etc., no obstante de ser esas incumbencias atribuciones constitucionales expresamente acordadas á las Muni-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cipalidades; igualmente se les acuerda por la Constitución, la atribución de cuidar de la construcción y reparación de los caminos, calzadas, puentes y de todas las obras públicas de necesidad, utilidad y ornato dentro de su departamento; y no obstante, los diversos ilustrados Gobiernos de la República, sin excepción, cada vez que se ha acordado, sea por decreto ó por ley, subvencionar con fondos fiscales á los departamentos para ejecutar dentro de su territorio las mismísimas obras enumeradas en la Constitución; los dineros no se han pasado á las Municipalidades, sino que se han puesto á la disposición y bajo la responsabilidad de los intendentes ó gobernadores, así como la dirección y cuidado de dichas construcciones, fundados en que los fondos son fiscales y no municipales, práctica inconstitucional conservada hasta el presente.

No faltarían otros ejemplos análogos; pero basta uno sólo para desvirtuar el argumento de imposibilidad de que haya existido el error anotado, durante la existencia constitucional de la República y desapercibido ó indolentemente tolerado por muchos Gobiernos y muchos hombres ilustrados que se han ocupado de la cosa pública; por eso es muy común la creencia de que la indolencia y la pereza son defectos que persiguen unidos al talento y á muchas altas figuras políticas.

Mas, las aplicaciones inconstitucionales de que nos ocupamos, tienen su lógica explicación en la imposibilidad material de haber podido practicar las divisiones electorales de cada departamento de la República en una época en que no existían datos estadísticos sobre el censo por subdelegaciones y distritos, datos indispensables para llevarlas á efecto, y en los momentos en que también eran urgentes para hacer las primeras elecciones en los días señalados por la ley. Es indudable, entonces, que la implantación del sistema de elecciones de diputados para cada departamento, adoptado en la primera ley de elecciones que se dictó, permitiendo que unos electores tuvieran el derecho de votar por un diputado, otros por dos, otros por tres, etc., y por tantos cuantos fuesen los que correspondían al departamento de su residencia; sistema nacido de la necesidad y de la urgencia en tiempo limitado ó impuesto por la falta de datos necesarios é indispensables, se fué repitiendo por igual causa durán-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

te muchos años y llegó por la costumbre á mirarse como lo justo y hacedero que á nadie perjudicaba, y en tales casos pocos son los que comentan estos ápices inconstitucionales. Todavía, si recordamos que la oficina de estadística fué creada por la ley de 17 de septiembre de 1847, es decir, catorce años después de la primera ley de elecciones, se comprenderá perfectamente lo razonable de la precedente explicación.

Tales son las observaciones que sugieren las dos situaciones constitucionales de que nos hemos ocupado, la una sobre el alcance ó significado de *sesión del año* consignada en los artículos 33, 36 y 37 de la Constitución; y la otra, sobre la desigualdad del derecho de sufragio electoral establecido por la ley en completa inobservancia del primer inciso del artículo 10 de la Constitución; y para poner en relieve la gravedad de su importancia, se hace necesario dedicar un párrafo separado á cada una, haciendo las reflexiones sobre los resultados prácticos de su respectiva aplicación.

IV

En el Congreso actual, que concluye su representación el 31 de mayo de 1891, se han ido formando agrupaciones descontentas por la marcha impresa á la política por el Poder Ejecutivo; y en enero de 1890, por circunstancias que no nos es permitido tocar en el presente estudio, de exclusivo carácter académico, asociadas todas esas agrupaciones, se presentan en oposición declarada contra el Gobierno.

Se ha formado así una mayoría de oposición en cada una de las dos Cámaras, y, estándonos á las manifestaciones escritas en los diarios de su pertenencia, se estimaba necesario derrocar al Ministerio por medio de franca y decidida hostilidad en las primeras sesiones en que funcionase el Congreso.

Éste sólo podía tener sesiones por convocación á extraordinarias, facultativas exclusivamente de la voluntad del Presidente de la República, desde enero hasta 31 de mayo de 1890. No obstante, parte de esa mayoría, desempeñando sus deberes en una comisión mixta, elabora un proyecto de ley de elecciones, pendiente ante el Senado, y otro sobre organización de las Municipalidades, pendiente ante la Cámara de Diputados, y una

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vez redactados esos proyectos, se ocurre á la Comisión Conservadora para que pida, y pide, al Presidente que convoque, en abril de 1880, á sesiones extraordinarias.

El Presidente, por razones que expresa, se niega á hacer la convocatoria. Respecto de los proyectos, tiene el convencimiento que en ciertas disposiciones son inaceptables y exigen modificaciones transcendentales; que su deber de velar por el cumplimiento de la Constitución le obliga, según su convencimiento (justo ó injusto), á que se atienda á sus modificaciones; pero en presencia de una mayoría imperante en ambas Cámaras, y en oposición decidida, sus pretensiones no serán oídas, y los proyectos serán aprobados sin modificación, porque ese es el deseo de la mayoría.

Con tales antecedentes, y teniendo presente las dos interpretaciones que hemos analizado en el párrafo II sobre la inteligencia de *sesión del año*, veremos que, según sea la que se aplique en tal caso, así sería ganada la cuestión por el Congreso en mayoría ó por el Presidente de la República.

Supongamos que el Presidente ha convocado en abril de 1890 á sesiones extraordinarias y que se aprueban y pasan al Presidente los proyectos para su promulgación, y en virtud de sus facultades veta ó modifica los proyectos, y llega el caso de no poderlos presentar en la *sesión de aquel año*, como dicen los artículos 36 y 37; es evidente que si interpretamos la sesión de *aquel año* por lo que suena, es decir, las sesiones del año sideral que corre de 1890, cuando se ha verificado el acuerdo negativo del Congreso, entonces éste no podrá tratar de los proyectos hasta el año de 1891, y como ese Congreso ya no podrá funcionar sino desde enero hasta 31 de mayo en que concluye su período y que serían sesiones extraordinarias en las cuales sólo puede ocuparse de los asuntos enumerados por el Presidente, la cuestión quedaría perdida por ese Congreso, á pesar de su mayoría; pero si la sesión del año se interpreta como lo dejamos probado en el párrafo II, y es desde 1.º de junio de 1889 hasta 31 de mayo de 1890, las sesiones extraordinarias en abril de 1890 en que se ha verificado el acuerdo negativo pertenecen á la sesión del año de 1889, y entonces el Congreso gana la cuestión, porque concluído el año de sesión de 1889 el 31 de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mayo de 1890, se podrá ocupar nuevamente de los proyectos desde el 1.º de junio de 1890, que ya es el principio del otro año de sesión.

V

Las observaciones que sugiere el modo inconstitucional de ejercer el derecho de sufragio electoral son de otro carácter, y hoy día tendrá una resistencia inmensamente mayor su restablecimiento constitucional, fundando esa resistencia en el decantado derecho de las minorías, que se ha estimado como un progreso notable en la política de nuestra República; no obstante que ello sólo importa una ficción de derecho en completa contradicción con el alcance y significado de esta palabra; y que ello se presta en la política á influir en la decadencia del respeto que debe existir en pro de los principios de los partidos de ideas, pues fomenta la existencia de aglomeraciones personales que se unen, á pesar de sus distintas opiniones políticas, para el solo objeto de llegar á la Representación Nacional, siendo casi siempre un obstáculo en el despacho urgente y necesario de las leyes ó acuerdos que por la Constitución tienen plazos fijos y atienden á las obligaciones más transcendentales de la administración general. Minorías así formadas y repetidas en varios departamentos, pueden llegar á producir evoluciones en el mismo Congreso que les permitan alcanzar hasta formar parte del Poder Ejecutivo y hasta constituirse en Gobierno, contra la voluntad de la gran mayoría del país, cuyo propósito manifestó en las elecciones.

Se ha encomiado y ensalzado mucho el derecho de las minorías. Es necesario analizar bajo todas sus fases, entonces, lo que es *derecho*. El significado de esta palabra es: Lo que está recto. Lo igual. Lo que vá sin torcerse siguiendo la línea recta, representación matemática de la igualdad. Lo justo. Lo que dicta la naturaleza. Lo que está fundado en la sana rozón. Lo que por autoridad competente se dicta para el mejor gobierno de la sociedad. En una palabra, *derecho* es la propiedad nacida de los atributos inherentes á la naturaleza; así como es también la propiedad nacida de las reglas establecidas para la paz y bienestar de la sociedad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Estas últimas reglas son las que constituyen las leyes, y, como lo hemos expresado en el párrafo I, esas leyes jamás llevarán seriedad y respetabilidad, ni cumplirán con su digno objeto de atender al bienestar de la sociedad, si no cumplen con las bases fundamentales de justicia é igualdad para todos, á que las obliga imprescindiblemente al dictarlas nuestra Constitución; y menos cumplirán su objeto, si visiblemente contradicen y desobedecen lo que ordena y establece esa Carta fundamental, que, como ya lo hemos dicho, todos los chilenos tenemos el deber de obedecer y respetar.

Siendo esto así, que las leyes están y deben de estar inexorablemente sujetas en sus disposiciones, á los mandatos establecidos en la Constitución, en la cual se ordena la igualdad ante la ley, ¿cómo es posible, ante el recto criterio, llamar derecho al privilegio de hacer valer por dos, por tres y hasta por doce, el voto de un ciudadano chileno según sea el departamento en que resida? ¿Es esto justo, es igual, es recto, va sin torcerse siguiendo la vía recta, que tales son los caracteres distintivos del *derecho*? ¿No es verdad que la vía seguida por tal privilegio hace visible para todos un ángulo ó torcedura en cada departamento en que varía la consecución de su recto curso? Si eso es exacto como tres más dos son cinco, de consiguiente, es una ficción de derecho creada por una ley inconstitucional sin ninguno de los atributos correspondientes á su significación y á su formación.

No obstante lo inexorable de esta verdad, estamos seguros de que siempre se levantarán muchas voces sosteniendo el derecho de las minorías, fundándose en que la ley hace el derecho, y porque nunca faltan argumentos artísticos para defender intereses egoístas. Este reconocimiento nos hace recordar el incidente de una conversación habida con un sostenedor del derecho de las minorías en los tiempos en que se discutió por primera vez el voto acumulativo, el cual nos será permitido narrar como festivo descanso para concluir.

Observaba á uno de nuestros colegas de aquella época, que como matemático, yo no podía convencerme de la conveniencia de establecer entre nosotros el voto acumulativo, ni reconocía la existencia del derecho de las minorías, porque en ello

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no había justicia ni igualdad; y que esto era tan exacto como tres más dos son cinco. Y con una prontitud de argumentador insigne, nos contestó:

—Pues le sostengo que usted está en el error, porque tres más dos son siete, y no cinco, como usted cree.

Le miré, y comprendiendo su artificio, le corregí á mi vez diciéndole:

—Pues usted hasta en sus recursos artísticos falsea, porque tres más dos no son siete letras, como usted lo supone, sino diez, porque se ha guardado ó comido las otras tres letras de *más*, así como dejó en reservas mentales la hipótesis de su cuenta.

EULOGIO ALLENDES

SI EN LOS JUICIOS POSESORIOS DEBE CITARSE AL QUERELLADO

Juicios posesorios ó interdictos son aquellos que tienen por objeto conservar ó recuperar la posesión de bienes raíces ó de derechos reales constituídos en ellos. Se les designa comunmente con los nombres de querellas de amparo ó de despojo, según sea que se trate de conservar ó recuperar esa posesión.

El procedimiento en ambas clases de querellas es idéntico, y se tramitan siempre breve y sumariamente. En estos juicios no se persigue declaración de derechos, ni la sentencia que en ellos recae tampoco los concede, porque no produce cosa juzgada ni tiene el carácter de los fallos que otra clase de litigios resuelven.

Antes que un juicio propiamente tal, son meros incidentes que los preparan; generalmente se reducen á decidir la persona en cuyo poder habrá de estar la cosa dispuesta mientras el juicio de dominio se ventila; en una palabra, sólo se trata en ellos de la posesión actual ó momentánea.

El título XIII del libro II del Código Civil trata de las acciones que en estos juicios se ejercitan, enumerando los casos en que proceden y las personas que de ellas pueden hacer uso; pero nada dice de la manera ó forma como esas acciones deben

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hacerse efectivas, pues sólo se limita á establecer y declarar los derechos de los poseedores, reservando al Código de Enjuiciamiento los trámites y formalidades de que para la persecución de esos derechos deben valerse.

Según las reglas de procedimiento que actualmente rigen entre nosotros y que son las mismas que hace más de trescientos años fueron dictadas para España y sus dominios, todo aquel que es despojado de su posesión ó turbado en el ejercicio de un derecho de esos cuya turbación dé acción posesoria, se presenta al juzgado respectivo querellándose de despojo ó de amparo, y ofreciendo acreditar por medio de información sumaria así la posesión como los actos que motivan la querella, pide se le restituya ó ampare en esa posesión y se condene al turbador en las costas, daños y perjuicios causados, conminándosele además con algún apercibimiento para el caso que repita posteriormente los mismos actos.

El juez manda recibir la información ofrecida, y con el mérito de ella, si es suficiente, ordena restituir al querellante en el ejercicio de los derechos que reclama, condenando al querellado á las penas solicitadas en su contra.

Todo esto se hace sin citar ni oír al querellado, pues sólo á virtud de la exposición del querellante, debidamente acreditada, el juez lo manda restituir en la posesión sin tomar en cuenta los derechos de propiedad que cualquiera persona extraña pudiera hacer valer; que al proceder así se da cumplimiento á aquella antigua regla de derecho: *Spoliatus ante omnia restituendus est.*

El auto restitutorio lleva siempre, porque la ley así lo ordena, la declaración de que se reserva á las partes sus derechos para hacerlos valer en juicio ordinario; es decir, no obsta para que el agraviado pueda entablar las acciones de dominio que viera corresponderle sobre las cosas cuya posesión se le mandó restituir. Lo único que hace, pues, la sentencia, ó más propiamente, el auto que resuelve un juicio posesorio, es hacer que vuelva la posesión á la persona que antes la tenía y de que fué indebidamente privada.

No se vulnera, por consiguiente, el derecho de defensa ni otro alguno con no citar al querellado antes de notificarle la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sentencia; la naturaleza misma del juicio breve y sumario aconseja omitir esta citación; ya que ella, en la generalidad de los casos, sólo conduciría á que se suscitaran dificultades ó embarazos á su pronta resolución; con lo que vendría á favorecerse al usurpador en perjuicio del que tenía á su favor una presunción de buena fe, como es la posesión. Tampoco quiere esto decir que en ningún caso deba oírse al querellado; si, por cualquier medio, él tiene conocimiento de la querella, puede personarse al juicio y hacer uso de todos los medios de defensa que puedan abonar su derecho.

Como dice Escriche, comentando las antiguas leyes y el Reglamento de 26 de septiembre de 1835, que en esta materia guarda perfecta conformidad con ellas, "en ninguno de estos interdictos es necesaria la audiencia de la parte contraria; y así es que todos ellos se admiten y determinan sin llamar ni citar á nadie, y sin que nadie pueda impedirlo, contra la voluntad del que usa de este medio, ni aun provocando el juicio plenario de posesión ó propiedad, el cual no tiene lugar hasta después de la decisión del interdicto, á no ser por convenio ó aquiescencia de todos los interesados. No es decir por esto que durante el interdicto se niega la audiencia á la parte contraria: si se presentare en tiempo oportuno, especialmente en el interdicto de adquirir y en el de retener, se le admite su reclamación y la justificación de la calidad en que la funda; y en vista de los documentos presentados ó informaciones hechas por una y otra parte, se declara ó mantiene la posesión á la que aparece tener mejor derecho á ella, según más arriba se ha manifestado".

Tal era, en resumen, el procedimiento uniformemente observado por los diferentes tribunales de la República en la tramitación de los juicios posesorios hasta la fecha en que empezó á regir el Código Civil. Pero, á contar desde entonces, en el distrito jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de Concepción la práctica varió en lo relativo á la citación del querellado, pues empezó á considerarse ésta necesaria y á declararse nulos los procesos en que se omitía. Bien pronto, por lo tanto, todos los juzgados de cuyos fallos aquel tribunal conoce en segunda instancia llegaron á uniformar el procedimiento, y hasta hoy todas las informaciones se rinden con citación de la parte contraria.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No ha sucedido lo mismo en los demás tribunales, salvo la excepción reciente de que más adelante nos ocuparemos. Tanto la Corte Suprema como las Cortes de Apelaciones de Santiago, La Serena y Tacna, dan ahora á los juicios posesorios la misma tramitación que antes de la vigencia del Código se les daba.

¿Cuál es, entonces, el fundamento de la nueva jurisprudencia de la Corte de Concepción? A juicio de aquel alto tribunal, el artículo 923 del Código Civil prescribe la citación del querellado como trámite esencial de los interdictos.

Dice el artículo 923: "En los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una ú otra parte se alegue. Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente; ni valdrá objetar contra ellos otros vicios ó defectos que los que puedan probarse de la misma manera". Naturalmente la disposición contenida en este artículo se refiere al caso que en el juicio posesorio haya dos partes, es decir, querellante y querellado; pero ¿habrá de entenderse por esto que la citación ó audiencia del segundo es obligatoria? Nos inclinamos á creer que nó y daremos la razón de nuestro aserto.

Desde luego, el precepto sancionado por el artículo que acabamos de reproducir es mas ó menos el mismo que contenía la ley 6.ª, título 34, libro XI de la Novísima Recopilación. "Mandamos, decía, que el remedio de la ley anterior,—de que más adelante nos ocuparemos,—haya siempre cumplido efecto, *aunque los tales forzadores opongan y aleguen cualquier cosa para impedir nuestras cartas*, para conseguir el remedio de la ley, ó para que no sea ejecutada".

Siempre se entendió, tanto por los tribunales de justicia como por los tratadistas y comentadores, que el alcance de esta ley no era otro que permitir la comparecencia del querellado al juicio posesorio cuando de él llegara á tener noticias, mas nó que fuera obligatorio citarle. La citación es indispensable cuando se pronuncia sentencia, la cual debe serle notificada ántes de darle cumplimiento y de la que puede apelar en el efecto devolutivo. Desde este momento ya el juicio se sigue entre partes, y es entonces cuando más generalmente puede llegar el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

caso á que la ley 6.ª citada se refiere y que el artículo 923 del Código Civil reproduce con ciertas modificaciones.

Este artículo debe interpretarse, pues, en el mismo sentido que siempre lo fué la ley que le sirve de origen.—Supongamos, con todo, que, como cree la Corte de Concepción, la hubiera derogado, así como la parte de la ley 5.ª del mismo título y libro que á la audiencia del querellado se refiere: tal derogación no surtiría efecto alguno, porque, siendo las de la Novísima leyes de enjuiciamiento, esto es, especiales, ellas deben ser aplicadas de preferencia á las disposiciones del Código Civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.º del mismo. Pero hay, no obstante, ahora un tribunal de reciente creación, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, que interpreta las leyes que á los interdictos se refieren de manera que antes de hoy jamás habían sido interpretadas durante el tiempo de más de tres siglos que llevan de existencia.

Adoptando la jurisprudencia de la Corte de Concepción, cree la de Talca que para la validez de los juicios posesorios es indispensable que la información ofrecida al tenor de los hechos expuestos en la querella se rinda con citación de la parte contra quien se dirige. Y al sancionar esta doctrina, que tendrá que ser observada por todos los juzgados que dependen de su jurisdicción, no se funda en la disposición legal en que se apoya el primero de los tribunales nombrados, sino en las leyes mismas de la Novísima Recopilación.

En 11 de marzo del año en curso pronunció la Corte de Apelaciones de Talca la sentencia que con sus fundamentos en la parte pertinente á la cuestión que estudiamos, dice así:

"Teniendo presente:

. . . . . .

"2.º Que este juicio se ha seguido sin citación de Arrau y sin habérsele oído hasta pronunciarse la sentencia apelada, que le manda restituir el terreno á que se refiere la querellante;

. . . . . .

"4.º Que, según lo prescrito en la ley 2.ª, título 34, libro 11 de la Novísima Recopilación, ningún alcalde, ni juez, ni persona privada puede despojar de su posesión á persona alguna sin que primeramente sea llamado, oído y vencido en juicio, y si se die-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ra lugar á la querella se iría contra esta terminante dispos ción; y

"5.º Que, si bien la ley 5.ª del mismo título y código citado ordena que se restituyan á los despojados sin llamar á las partes, habida solamente sumaria información, ella sólo se refiere al caso en que se han tomado por fuerza los bienes de los deudores, como lo indica hasta el mismo rubro de dicha ley.

"Por estas consideraciones y ley citada, se revoca la sentencia apelada de 20 de mayo del año último, corriente á f. 23, y se declara sin lugar la querella de f. 5.

"Esta resolución ha sido acordada con el voto contrario del señor presidente Gundián, que opina por la confirmación de la mencionada sentencia por las consideraciones en que ella se funda y otras que expone en el libro de acuerdos. Publíquese y devuélvanse. Reemplácese el papel.—*Gundián.—Canto.—Mora.—Urrutia.*—Proveído por la Ilustrísima Corte, *Ahumada M.*, secretario". (Sentencia núm. 345, *Gaceta* de 1.º de abril de 1890).

Como se ve en los considerandos anteriores, las leyes en que se apoya la sentencia son la 2.ª y la 5.ª, título 34, libro XI de la Novísima Recopilación. Veamos qué dicen éstas, y si en realidad son aplicables al caso contemplado.

Es verdad que la primera de las leyes citadas dispone que "ningún alcalde ni juez, ni persona privada no sean osados de despojar de su posesión á persona alguna, sin primeramente ser llamado y oído y vencido por derecho". Pero, ¿cuál es el alcance de esta prescripción? A nuestro parecer, ella no quiere decir otra cosa, sino que nadie puede ser despojado de su posesión sin que previamente se haya obtenido sentencia condenatoria en su contra.

Esta regla es aplicable tanto á los individuos privados como á los que invisten carácter público, los cuales pudieran alguna vez valerse de él para ejecutar actos prohibidos á los demás y atentatorios de los derechos ajenos. Los jueces y alcaldes no procederían en tal caso en uso de la jurisdicción que la ley les acuerda, sino apropiándose las cosas para sí, lo mismo que cualquiera persona privada lo haría; que en el ejercicio de sus funciones ellos no podrían cometer despojo, á lo sumo darían un fallo ó resolución más ó menos injusto que iba á be-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

neficiar á unos litigantes en perjuicio de otras personas. Y de acuerdo con esta interpretación es que la ley 5.ª dice, que las acciones posesorias proceden contra toda clase de personas, cualquiera que sea su rango ó preeminencia; si para cometer el despojo éstas no tomaron en cuenta su condición elevada, justo es que para imponerles el castigo á que por él se hicieron acreedores, tampoco se tenga en consideración el fuero ó privilegio que en otra clase de juicios sería indispensable reconocerles.

Es la ley 5.ª, varias veces citada, y sólo ella, la que establece la tramitación que debe darse á los juicios ordinarios de despojo á fin de poner remedio, como lo expresa en el preámbulo, al atrevimiento de algunas personas que "cuando pueden entrar en los bienes y heredades ajenas, lo hacen por su propia autoridad *sin mandamiento del juez*".

"Ordenamos y mandamos, dice, á los consejos y justicias de los lugares donde esto acaesciere, que luego restituyan y hagan restituir á los tales despojados, *habida solamente sumaria información de cómo les tomaron sus bienes sin mandado de juez legítimo*, y cualquier persona ó personas, de cualquier estado ó condición, ó preeminencia ó dignidad que sean, que por su propia autoridad lo susodicho hicieren, que por el mismo hecho incurran en las penas en tal caso establecidas por leyes de nuestros reinos; y sean ejecutados por nuestras justicias en los tales y en sus bienes, *habida solamente información*, como dicho es".

Cree, sin embargo, la Corte de Talca que esta ley sólo se refiere al caso en que se han tomado por fuerza los bienes, como lo indica hasta el mismo rubro de la misma, pero disintiendo de tan respetable opinión, nosotros creemos que la fuerza de que aquí se trata sólo significa que los bienes se han tomado contra la voluntad de su dueño, y para hacerlo así es menester que el despojante sea más poderoso que el despojado, pues de otra manera la apropiación no llegaría á consumarse. Obedeciendo á una fuerza que no podemos repeler con ventaja, ó por obra de la clandestinidad, sólo podemos vernos despojados de la posesión de cosas que exclusivamente nos pertenecen.

Aún en el caso que la ley se refiera exclusivamente al despojo violento, al que se lleva á cabo por medio de la fuerza, cosa que ni su preámbulo ni su parte dispositiva expresan, como aca-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bamos de verlo, sería necesario aplicarla siquiera por analogía, ya que no hay otra que enseñe procedimiento diferente; pero, repetimos, ella se refiere á todos los casos en que alguien de propia autoridad ó sin mandado de juez legítimo éntre en bienes ajenos.

Acaso se sostenga que, interpretando la ley en el sentido que dejamos expuesto, resulta contradicción entre ella y la 2.ª que antes reprodujimos; más semejante contradicción sería sólo aparente, que no real. En efecto, la ley 2.ª prescribe que nadie pueda ser despojado ó privado de su propiedad sin ser antes vencido en juicio, y la 5.ª manda que el despojado sea restituído, é indica el procedimiento que en esa restitución debe observarse.

Si, por el contrario, esa contradicción existiera en realidad, en todo caso sería menester aplicar la ley 5.ª de preferencia á la 2.ª, á virtud del principio de derecho que enseña que la ley posterior prevalece sobre las disposiciones de la anterior; pues la ley 2.ª fué expedida en 1371, al paso que la 5.ª lo fué en 1469.

En conclusión, y analizado el verdadero sentido de las disposiciones que reglan la tramitación de los juicios posesorios, tenemos que á las dos teorías de la Corte de Concepción y de las Cortes del norte hay que agregar ahora una tercera de la Corte de Talca, que podríamos llamar mixta, porque participa de la naturaleza de ambas. Siguiendo la práctica de la Corte Suprema y de las de Apelaciones de Santiago, Tacna y La Serena, acepta que las querellas de despojo violento á que se refiere el artículo 928 del Código Civil se admitan y resuelvan sin citación del querellado; en tanto que, de acuerdo con la doctrina de la Corte de Concepción, sostiene que en los demás juicios posesorios esa citación constituye un trámite esencial. Debe, sí, tenerse presente que los fundamentos de esta resolución los encuentra un tribunal en las leyes de la Novísima, y el otro en un artículo del Código Civil.

Estas variedades de doctrinas, estas jurisprudencias contradictorias y perjudiciales no llegarán á uniformarse seguramente hasta que el Código de Enjuiciamiento, de que tanto necesitan nuestros magistrados, venga á darnos las reglas precisas y se-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

guras que en la tramitación de los diferentes juicios deben observarse y sobre cuya aplicación invariable deberá velar la Corte de Casación.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 15 de junio de 1890.

¿PUEDE RENUNCIARSE LA IMPLICANCIA?

Á esta pregunta contestamos redondamente que nó, y en ningún caso. Nos fundamos para ello en que la ley lo prohibe al imponer al juez la obligación de declarar *de oficio* su incompetencia por causa de implicancia. Para prohibir la ejecución de un acto, la ley no necesita valerse necesariamente de ese verbo ú otro análogo: basta que imponga deberes incompatibles con la libertad de que siempre se supone adornados á los particulares para ejecutar actos y contratos. Dos personas, libres administradoras de sus bienes, al contratar, estipulan que una de ellas sea juez de la otra en todo lo relativo al cumplimiento del contrato. Llegado el caso de que esta última resuelva sobre la contienda que entre ambas se suscita, ¿cuál es su primer deber impuesto por la ley positiva que regla la competencia de los jueces? Declarar su implicancia, y en consecuencia, no poder juzgar. La libertad del individuo queda limitada por la imposibilidad en que la ley le coloca para obtener de su contendor y juez, otra cosa que la declaración de la implicancia de este último. Cuando la ley *de oficio* ordena que se haga algo, quiere que bajo pretexto alguno quede frustrado su propósito y evita de ese modo cualquier acto en contrario. Así queda éste prohibido del modo más terminante y eficaz.

Pero, se nos dirá que el juez, cuya implicancia se ha renunciado de antemano, no queda obligado ya á declararla de oficio, porque no existe. Ello sería dar por cierto lo mismo que negamos. Mientras exista la obligación clara y terminante de declarar de oficio la implicancia, existe también la prohibición de juzgar.

Se nos argüirá que pueden renunciarse los derechos conferi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dos por las leyes; pero en la implicancia no existe derecho alguno que puedan ejercitar los individuos, sino una obligación impuesta por la ley á todo juez, no en favor de aquéllos, quienes por consiguiente no pueden quitarla, sino de la sociedad. De idéntica naturaleza son casi todos los deberes que la ley ha impuesto á los jueces y demás funcionarios públicos. El orden público, y no el interés individual, ha sido el norte que ha guiado al Legislador al establecer aquellos deberes, de los cuales sólo él puede desligar. Y no se diga que nada de esto reza con los árbitros, cuya jurisdicción es privada; porque, en primer lugar, su carácter se los da la ley que autoriza á los particulares para sujetarse en ciertos casos á estos tribunales de excepción, y, en segundo lugar, se haría arbitrariamente una diferencia entre las implicancias contra los árbitros y los jueces ordinarios, ó creados directamente por la ley.

Precisamente la diferencia única y esencial que existe entre la implicancia y la recusación consiste en que la primera impone al juez la prohibición de juzgar, al paso que la segunda concede expresamente al litigante el derecho de hacer perder al juez su competencia. En la implicancia es el Legislador quien produce este efecto, y puede decirse *ipso facto* y por ministerio de la ley la implicancia obsta al juzgamiento, y de tal modo que no sólo obsta desde que aquélla se declara por el juez, sino desde que la implicancia empezó á existir. Es idéntica á la falta de capacidad para juzgar en un caso concreto, y toda falta de esa naturaleza anula de por sí lo que se ejecuta en contravención á ella. En la recusación es el litigante quien hace perder al juez su competencia, y por lo mismo, cuando no ejercita ese derecho dentro de cierto tiempo, se supone renunciado. La causal de recusación no anula lo que se ejecuta por el juez desde que ella existe, sino desde que se alega por el litigante con el fin de hacer perder al juez su competencia.

La ley de implicancias y recusaciones de 1837 las confundió de tal modo que sólo se diferenciaban en el nombre y en las causales que las daban origen. Por eso la ley de 1851 estableció prohibiciones para juzgar, casi todas las cuales eran también causales de implicancia. La ley de Tribunales de 1875 deslindó perfectamente ambos modos de hacer perder al juez su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

competencia, y colocó entre las causales de implicancia las prohibiciones de la ley de 1851 y una causal de implicancia de las de 1837, y dejó como causales de recusación las demás, y muchas de las establecidas como de recusación en la ley de 1837.

Mediante esta distinción quedó de manifiesto que, al establecer la ley causales de implicancias que el juez debía declarar de oficio, iba á servirse el interés público, á la moralidad y á los débiles, cuya misma situación les habría hecho aceptar un convenio, por lo general, dañoso á sus intereses. Consideró la ley nulo el consentimiento por su falta de espontaneidad, como lo hace siempre que prescribe límites á las convenciones, á fin de no dejar al débil á merced del poderoso y de no frustrar el efecto benéfico y justiciero de estas leyes, que son de verdadera moralidad pública. La recusación mira sólo al interés individual de quien quiera ejercitarla, y por eso la ley dispone, lo que no dice respecto de la implicancia, que puede renunciarse; y de hecho se entiende en ciertos casos renunciada, porque sólo el interés individual se sirve con la recusación; por eso al individuo se le hace juez y árbitro de ella, lo que no sucede con la implicancia.

Si se nos arguye, por último, que tanto la implicancia como la recusación son derechos establecidos por la ley para que las partes separen á los jueces de su oficio de tales, y por eso en ambos casos les dan derecho de pedir su declaración, contestaremos que ello no quita al juez el deber de declarar la implicancia de oficio y de no poder juzgar, y que aquel derecho no podrá renunciarse, porque la institución de la implicancia es de orden público, como acabamos de demostrar. Si así no fuera, la veríamos mil veces renunciada con el agravio de la justicia que debe presidir á toda convención. Esto mismo sucedería con muchos otros mandatos del Legislador que han tenido idéntico objeto: la moralidad pública, la única que impide que el poderoso absorba al débil, el acaudalado al indigente; en suma, el pez más grande al más chico.

X. X.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CODIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

Pero se dirá que el apelante siempre creerá que existen agravios, en cuyo caso habrá agravios reales y agravios imaginarios. Evitemos también el hecho de consignar en la ley un elemento imaginario, como serían esos agravios imaginarios. Así, por ejemplo, si Juan apela de un decreto justo y legal, con él no se infiere ni puede producirse agravio; el superior confirmará el aludido decreto, y en tal caso tendremos una demostración más, 1.º, de que *no hay agravios*, y 2.º, de que, no existiendo qué enmendar, *no ha podido haber enmienda.*

Por lo que hasta aquí llevamos dicho, ya se comprende que la definición dada por el Proyecto en el artículo 179, adolece de defectos graves y acusa inexactitud en los términos usados.

Convendría redactar esa definición en los siguientes términos, y agregar la forma jurídica como debe darse fin á la apelación, es decir, lo que debe hacer el superior ó cómo debe juzgar esta segunda instancia.

"ART. 175. *Apelación* es un recurso por el cual una causa pasa á segunda instancia ante un juez superior, para ser discutido ante él y fallado por él el mismo punto discutido y resuelto en primera instancia y del cual se apeló.

"Si el superior opinare como el inferior, confirmará lo apelado, con costas contra el apelante.

"Si opinare lo mismo, pero agregándole ó quitándole algo confirmará con declaración de ese algo y sin costas contra el apelante.

"Si juzgare en sentido diverso, en parte ó en todo, revocará lo apelado con declaración ó sin ella, y sin costas contra el apelante".

En esta definición se dice que la apelación es un recurso por cuyo medio ó conducto el juicio llega á otra instancia. Se dice el objeto con que llega, se determina la materia que en ella se va á tratar y lo que se va á hacer.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En los tres incisos agregados, que no existen en el Proyecto, se tratan los diversos casos que pueden ocurrir en el modo de apreciar la cuestión que tenga el juez superior, y se determina lo que ese juez debe hacer en cada una de esas diferentes situaciones jurídicas.

Hemos creído oportuno consignar las ideas contenidas en los tres incisos agregados, aunque bien pudiera hacerse de ellos un artículo por separado y que fuera al final de los que componen el capítulo de la apelación, porque aquel lugar sería su colocación.

Además, el precepto de los tres incisos agregados es el mismo, en la idea, que el contenido en la ley 27, título XXIII, Partida 3.ª, en cuanto á lo que debe hacer el juez superior y á las costas. Aquí contemplamos los mismos casos que en la ley de Partidas citada.

Lo dicho se halla también en las leyes 2 y 3, título XVI, libro 12 de la Novísima Recopilación.

La voz "respectivo" está de más en el artículo 175 del Proyecto; es redundante, sin ella el sentido del artículo no variaría.

Hay una ley especial, que determina cuál es el superior que conoce de una apelación dada; de modo que aquí no hay necesidad para siquiera recordar esa idea.

La materia del presente título, una vez preceptuado qué cosa es apelación, debe desarrollarse en el siguiente orden: 1.º, quién puede apelar; 2.º, de qué se puede apelar; 3.º, dentro de cuánto *tiempo;* 4.º, cuál es la *forma* como se inicia; 5.º, *ante quién;* 6.º, cuáles son *sus efectos;* 7.º, *ante quién* se tramita, una vez otorgada; 8.º, cómo *se sustancia;* 9.º, cómo se *falla;* 10, cuándo se *devuelve* la causa al inferior. Casi este mismo orden se observa en el principio del título XXIII de la Partida 3.ª

El Proyecto sólo toca la materia de los números 2.º, 3.º, 6.º y 8.º, en el presente título, y del 8.º y 9.º, en el final del libro 2.º No se ocupa de lo relativo á los números 1.º, 4.º, 5.º, 7.º y 9.º en parte y 10 en parte.

Estas omisiones son inexcusables, máxime cuando los puntos omitidos están legislados en las Partidas, ley del siglo XIII, que aun nos rige. De modo que no progresamos en este punto, sino que retrocedemos con el Proyecto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Procuraremos suplir estas faltas, á fin de que el Proyecto no contenga defectos tan graves y transcendentales.

Primer punto

Hay que determinar quién puede introducir el recurso de apelación. La ley debe resguardar este derecho personal.

Si no se dijera quién puede iniciar el recurso, muchos jueces se resistirían á admitirlo, fundados en que el derecho no está consignado en la ley.

Convendría dictar el siguiente precepto:

"ART. 175, *a*. Podrá apelar toda persona que tenga interés en el juicio, sea parte ó sea un tercero á quien obligue la sentencia".

No decimos simplemente "las partes de un juicio": 1.°, porque hay que comprender el elemento de los "terceros" á que se refiere el artículo; y 2.°, porque, diciendo así, podría dar lugar á abusos en la interpretación, en el caso de que una parte la compusieran varias personas. En este caso podría argumentarse que el derecho de apelar era dado al conjunto y no á cada una de las personas que lo forman; y que sólo debería otorgarse cuando se iniciara por todas y no por una porción de ellas; porque bien pudiera suceder que unas quisieran apelar y otras nó. Con la redacción del artículo se salva este inconveniente y se evita todo abuso.

¿Á qué terceros obliga una sentencia?

Esta es materia que no corresponde á este título y que está tratada en otros Códigos, como el Civil, y que en parte debe legislarse en esta ley de Enjuiciamiento.

Varios casos de terceros están enumerados en las leyes 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª y 8.ª, del título XXIII, Partida 3.ª

Segundo punto

"ART. 176. Es apelable toda sentencia definitiva ó interlocutoria de primera instancia pronunciada en juicio que, atendida su cuantía, admita, según la ley, el recurso de apelación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

»Son igualmente apelables las resoluciones pronunciadas en negocios no contenciosos.

»Se exceptúan aquellos casos en que la ley deniega espresamente dicho recurso».

»ART. 177. Las providencias, autos ó decretos no son apelables cuando ordenan trámites que son necesarios para la integridad de la sustanciación determinada por la ley para cada juicio.

»Pero son apelables cuando suprimen alguno de los indicados trámites».

Ambos artículos tratan de las cosas de que se puede apelar, y en ellos está encerrado el sistema que se ofrece al país como garantía de sus derechos. Veamos cuál es el que nosotros le damos á conocer, y examinemos someramente las ventajas y desventajas de uno y otro.

La apelación es un *derecho natural*, que *resguarda* intereses individuales ó de la colectividad. Mediante ella se remedian las *injusticias* que un inferior causa por ignorancia, desidia ó malicia. Mediante ella se subsanan las *omisiones* ó *defectos* en que incurren los litigantes por su impericia, ignorancia ó negligencia. Mediante ella el inferior se cuida de no faltar en sus sentencias por negligencia, ó por mal intencionado, por cuanto hay un superior que *puede corregirle*. Si supiera que nadie podía revisar sus resoluciones, nada lo detendría para ser negligente, parcial é injusto, despótico y avasallador de todo derecho. Mediante ella tocan los litigantes su *último desengaño* y *deponen* la mala voluntad contra el inferior. En este recurso hay un interés social y un interés individual.

El escollo contra el cual se estrella este recurso, está en que las frecuentes apelaciones *estorban* la pronta administración de justicia y *recargan* de trabajo á los tribunales superiores. Estas son las desventajas.

Optando entre las ventajas y desventajas, ó entre una justicia buena y tardía, y una justicia mala y pronta, estamos por lo primero, por el recurso de apelación general para las sentencias definitivas é interlocutorias, y lo menos restringido posible para los decretos. Nos agradaría más el sistema general de apelación que insinuamos, en lugar del limitado que hoy nos rige

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y que nos amenaza seguir rigiendo con el proyecto que analizamos.

La apelación, que no es más en el fondo que una *revisión* del fallo apelado, se funda en la *falibilidad humana* y en el *derecho natural* que cada cual tiene para buscar *amparo*, protección, remedio á sus derechos amenazados con un fallo dado. De aquí es que la defensa no se busca ante otro *juez igual*, sino ante un superior que puede dar esa garantía de protección y amparo.

El derecho de las apelaciones limitadas tiene *por origen* el menosprecio de las ventajas del derecho ilimitado, el desconocimiento de la falibilidad y del derecho de protección de que hemos hecho mención; tiene *por efecto* la limitación del derecho del pueblo ya mencionado, á quien se le está dando poco á poco lo que le pertenece por derecho natural; es, en fin, *un resto* del sistema feudal, de la reyecía de los primeros tiempos, del despotismo antiguo y moderno.

Veamos lo que se practica hoy día. Entre nosotros, ante un juez de distrito, un juicio hasta veinte pesos no tiene apelación; pero la tiene de veinte á cincuenta pesos. Ante un juez de subdelegación las sentencias y decretos tienen apelación siempre, y los juicios giran entre cincuenta y doscientos pesos. Ante un juez de letras no hay apelación en los juicios entre doscientos y trescientos pesos. De trescientos arriba tienen apelación las sentencias definitivas, algunas interlocutorias y algunos decretos. Siendo el asunto no contencioso, tiene apelación, aunque valga un peso, ante el juez de letras; y no la tiene ante un juez de distrito si su valor no pasa de veinte pesos. ¡Esto se llama lógica admirable en la actual legislación!

En los asuntos criminales hay apelación respecto de toda sentencia, bien que ella sea de falta, de delito ó de crimen.

Podríamos recorrer las diversas legislaciones sobre este punto de las apelaciones, y presentar la mayor ó menor extensión que en cada una se le da; pero, sobre ser fatigosa la tarea, no se apreciaría en lo que vale, y nos ahorraremos tal trabajo, dejando constancia sí de que generalmente todas ellas obedecen á consagrar el principio de autoridad y á violar el de la equidad y el de la igualdad, como más adelante lo veremos en el análisis del sistema nuestro.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En el Código de Enjuiciamiento del Perú y en Venezuela, no hay apelación hasta veinte pesos; en el Perú se dividen los juicios tomando las cuantías de uno á doscientos pesos, de doscientos á quinientos y de quinientos para adelante. En las dos últimas categorías hay siempre apelación de sentencia definitiva. En Venezuela, de cincuenta pesos adelante hay siempre apelación de sentencia definitiva, y en México, de doscientos pesos arriba, siempre también la hay.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de España de 1855, tratando de los juicios ordinarios, se dispone, en su artículo 335, que las sentencias sean apelables en todo caso y que "interpuesta la apelación en tiempo y forma se otorgue *sin sustanciación alguna*". En el artículo 349 ordena que "*las sentencias* de incidentes *son apelables siempre en ambos efectos*". En el artículo 249, tratando de las excepciones dilatorias, dice textualmente: "La sentencia que recayere es apelable en ambos efectos".

En nuestro sistema hay juzgados ó tribunales que están obligados siempre á otorgar apelación de todo lo que hagan, tales son: los juzgados de subdelegación y los del crimen. Y prácticamente vemos que con tal procedimiento ni se retarda la acción de la justicia hasta un grado perjudicial, ni se estimula ningún mal interés, ni se recarga la labor de los superiores hasta el grado de abrumarlos en sus tareas.

Una crítica al sistema de nuestra legislación, tal como está y tal como quedaría, si no se enmendase el proyecto que analizamos.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. COMENTARIOS DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL, por Rosalino Alarcón Daza, un opúsculo de 58 páginas, Imp. Nacional, Santiago. Estos estudios comprenden la parte del título I del referido libro del Código; y fueron presentados á la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad en el último de los certámenes jurídicos bienales de esta corporación. La comisión que informó sobre las composiciones les asignó un segundo premio; pero como por disposición reglamentaria no puede dividirse la suma de mil pesos otorgada al primer premio, se acordó publicar este trabajo en los *Anales de la Universidad* y obsequiar con cien ejemplares á su autor. El juicio de la comisión recomienda, en consecuencia, por sí sólo estos comentarios, que ojalá sean seguidos de otros sobre materias legales no menos interesantes. Nuestras felicitaciones al señor Alarcón, no menos que nuestros agradecimientos por su atención.—2.° ALEGATO *de don Bernardo Víctor Illanes ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena en la causa de don José Dolores Illanes y compartes con don Florencio Lavalle Valdés y otros sobre denuncio por despueble de la mina «Santa Filomena»*. Un opúsculo de 17 páginas, Imp. de *El Çoquimbo*, La Serena. Es notable este alegato porque contribuyó al establecimiento de una jurisprudencia nueva de los Tribunales en materia de minería. Se trataba de saber si el denuncio por despueble de una mina, verificado pero no declarado judicialmente bajo el imperio del Código de Minería de 1874, debía reconocerse después de promulgado el Código de 1888 sobre la misma materia, que desconoce por completo aquella manera de adquirir propiedad minera. En primera instancia se declaró no haber lugar al denuncio, como se había resuelto por diversas Cortes y Juzgados de la República; más la Corte de Apelaciones de La Serena revocó aquella sentencia y amparó á los denunciantes. Muy importante reputamos esta cuestión para la industria minera y para la jurisprudencia. Incide en ella un punto de derecho de tan grave transcendencia como es el efecto retroactivo de la ley. Damos, por su obsequio, las gracias al señor Illanes.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de agosto de 1890 NÚM. 3

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Paulino Ahumada; don Benito Otárola, por E. C. L.—¿Fideicomiso ó usufructo? Estudio de los Proyectos y del Código Civil Chileno sobre estas materias, por don José Antonio Lira.—Las loterías públicas ante la ley y sus precedentes. Necesidad de prohibir su autorización, ó, por lo menos, de circunscribirla y reglamentarla, por don Agustín Rodríguez. — La pena de muerte en concurrencia con otras, por don Agustín Correa Bravo. — El papel moneda ante la ley civil y comercial, por don Robustiano Vera. — Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Revista bibliográfica, por La Dirección.

DON PAULINO AHUMADA

Este distinguido abogado de La Serena falleció el 22 de junio último.

Era abogado desde el 14 de abril de 1863. Consagrado con toda constancia al desempeño de la profesión, llegó á ser uno de los miembros más prestigiosos é ilustrados del foro de la Serena.

Su desaparición ha causado un sentimiento general en la sociedad de aquella capital, que contaba al señor Ahumada entre sus hijos más estimados y respetables.

Numerosos son los trabajos científicos que el señor Ahumada ha legado al foro, la mayor parte de ellos relativos á las causas que defendía; pero el único publicado que conocemos es el que se versa sobre la restitución *in integrum* de los menores en materia civil y de procedimientos, y que nosotros insertamos entre las MEMORIAS Y DISCURSOS UNIVERSITARIOS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL, tomo II, que publicamos en 1889.

DON BENITO OTÁROLA

El 27 de julio ha fallecido este magistrado de Concepción. Nacido en aquella ciudad, hizo sus estudios en el Instituto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Nacional de Santiago, en cuyo establecimiento fué inspector y profesor. Recibió su diploma de abogado en 1860.

Posteriormente fué nombrado secretario de la intendencia de Concepción y profesor de filosofía del liceo de esta ciudad. En 1874 abrazó la carrera judicial, aceptando el juzgado de letras de Valdivia, del cual fué promovido al de Chillán en 1881, y de éste, finalmente, á uno de los de Concepción.

Caracterizan los méritos del señor Otárola los siguientes pasajes del discurso que nuestro colega don Francisco de P. Salas le dedicó en el acto de la inhumación de sus restos.

"Para los hombres nacidos en la fortuna ó que llegan con los méritos conquistados por ilustres antecesores, es muy fácil y expedita esta navegación por el proceloso mar de la vida, y vientos suaves y propicios les llevan al puerto del éxito y de la felicidad.

"Pero ¡qué tormentos, qué desvelos, qué privaciones y amargos sinsabores para los que tienen que abrirse el camino por sí solos, confiados en sus propias fuerzas!

"Sí, señores, Otárola, mecido en humilde cuna; sin recursos para educarse y seguir la carrera larga y penosa del foro, se lanzó en ella con la fe que da un gran corazón y con la perseverancia del que está resuelto á librar la batalla de vida ó muerte.

"Caracteres semejantes son propios de los pueblos republicanos y democráticos, y su existencia sirve para demostrar que son un hecho vivo y palpable, y no letra muerta encerrada en los Códigos políticos, estas instituciones que consagran la igualdad, la libertad y el derecho".

E. C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

¿FIDEICOMISO Ó USUFRUCTO?

Estudio de los proyectos y del Código Civil Chileno sobre estas materias.

Las semejanzas que, á primera vista, se presentan entre el usufructo y el fideicomiso, derechos de propiedad limitados, consistentes en gozar alguien de cosa que después ha de pasar á otra persona; y las diferencias que no tardan en presentarse entre ellos, como quiera que jamás el usufructuario puede haberse cual dueño y es innegable el dominio del fiduciario, quien además se halaga con la expectativa de obtenerlo absoluto y pleno, si no se cumple la condición que le es necesaria; tales semejanzas y tales diferencias traen aquella vacilación con que los legisladores proceden á pronunciarse sobre estas entidades jurídicas y aquel anhelo con que las establecen, las igualan y las apartan; no menos que ese embarazo en que á las veces se hallan el jurisconsulto y el juez para reconocer los caracteres de una ó de otra y aplicar con seguridad la que corresponda á los casos que les ocurren en la práctica.

I

Como era natural y lo declara el señor Bello en una nota al primer Proyecto de Código Civil (1), la idea del fideicomiso, de la sustitución fiduciaria, preocupó vivamente á la Comisión de Legislación del Congreso; la cual tenía que respetar el artículo 162 de nuestra Constitución Política, que permitía hasta las sustituciones perpetuas; y á la cual no se ocultaban los sólidos fundamentos del sistema contrario vigente en las leyes de un pueblo adelantado, con el artículo 896 del Código Napoleón;

(1) Pág. 64, tomo XI de sus obras, edición oficial.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que *prohibe* todas *las sustituciones*, salvas algunas en favor de ciertos parientes, y que agrega: "Toda disposición por la cual el donatario, el heredero ó el legatario es sometido al gravamen de conservar y de restituir algo á un terreno, es nula, aun con respecto al donatario, heredero ó legatario".

No es de extrañar que anduvieran indecisas las ideas en estos puntos, que fueran confusas y aun contradictorias y que las comisiones revisoras cambiaran sustancialmente las propuestas por los jurisconsultos que redactaron los Proyectos.

La Comisión de Legislación del Congreso empezó, como se sabe, su trabajo de codificación por el "Libro de las sucesiones por causa de muerte"; destinó el título VII á tratar "De varias especies de asignaciones" y el primero de sus párrafos á "Las asignaciones de usufructo", como si quisiera poner la regla general, ir de lo común á lo particular. Estableció, desde luego, en el artículo 1.º que el testador crea ese derecho, si deja el usufructo de una herencia á una persona y la desnuda propiedad á otra; é igualmente en el artículo 5.º "si dejare á una persona el legado de un usufructo, el usufructuario y el propietario sufrirán las cargas testamentarias" de la manera establecida para los tales en caso de asignarse el usufructo de una herencia. Tenía, pues, el propósito de considerar como usufructo sólo las asignaciones en que, por voluntad expresa del testador, aparecían las dos personas necesarias al usufructo: el nudo propietario y el usufructuario.

Descendiendo á particulares, el párrafo 2 trata: "De las asignaciones á día cierto"; el artículo 11 del título 3.º del párrafo dispone: "En las asignaciones á día cierto, la persona á quien pertenece el goce del objeto *hasta cierto dia* tiene los derechos y obligaciones del asignatario fiduciario, según el párrafo 4 de este título". Y sin embargo, el artículo siguiente determinaba que el asignatario *hasta día cierto* respondiera de las deudas como si fuese usufructuario, y que el asignatario *desde día cierto* respondiera de ellas como si fuese nudo propietario hasta ese día y dueño absoluto desde ese día; artículos que, considerando á un mismo asignatario con los caracteres de fiduciario y de usufructuario, acreditan que aun no tomaban fijeza las ideas de propiedad fiduciaria y de mero usufructo: así tambien

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

decía Bigot Prémeneu que *el fiduciario* no era más que *un simple usufructuario* ante el Cuerpo Legislativo de Francia (1).

El párrafo 3, "De las asignaciones condicionales", dispone en su artículo penúltimo, 23 del título: "El que hubiere de disfrutar el objeto asignado antes del evento de la condición, tendrá los derechos y obligaciones del asignatario fiduciario, según las reglas del párrafo 4 de este título"; disposición que, no atendiendo á la naturaleza de la asignación sujeta á condición resolutoria, pretendía constituir en asignación fiduciaria toda la que fuera condicional.

El párrafo 4 trata "De las asignaciones fiduciarias"; y comienza (art. 25), definiéndolas así: "Asignación fiduciaria ó con cargo de restituir es aquélla en que se asigna una parte de los bienes para que el asignatario la goce *hasta cierto día ó hasta* el evento de *una condición*, y llegado el día ó cumplida la condición, la transfiera á una tercera persona. El primer asignatario se llama *directo* ó *fiduciario;* y el segundo, *indirecto* ú *oblicuo*". El artículo 26: "Si se asigna alguna cosa para que la goce el asignatario con cargo de restituir á un tercero y no se fija *el dia* ó *la condición*, se entenderá *el día* de la *muerte* del asignatario directo" (2).

(1) El, exponiendo las razones del título *De las donaciones entre vivos y de los testamentos*, del Código Napoleón, decía: «No siendo cada uno de los gravados con sustitución *sino un simple usufructuario*, tenía un interés contrario á todo mejoramiento; sus esfuerzos tendían á multiplicar y anticipar los productos que pudiera obtener de los bienes sustituidos, en perjuicio de los llamados después de él; y éstos se procurarían, á su turno, una indemnización con nuevas destrucciones».

(2) Una nota del señor Bello á este párrafo 4, indica que ha tomado las ideas de Merlin; quien, exponiendo la ley francesa y recordando la romana, da los términos mismos: asignación *directa*, asignación *oblicua* (pág. 118 tomo XIII del *Repertorio de Jurisprudencia*, 4.ª ed. de 1815).

El mismo autor, en los *Casos de Derecho*, tomo IX, página 325, 4.ª edición, de 1830, confirmando su opinión con la de Rollin de Villargnes, resume las ideas que tiene de fideicomisos, así: «...la *sustitución* supone esencialmente el concurso de dos donatarios, de dos agraciados, de los cuales el uno sea donatario *hasta cierto tiempo, ad certum tempus*, y bajo una condición resolutoria; y el otro sea donatario para recibir en seguida, es decir, después *de cierto tiempo, ex certo tempore*, y bajo una condición suspensiva, que deje reposar la propiedad de la cosa sobre la cabeza del primer

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La citada nota del señor Bello á este párrafo, dice entre otras cosas: «Sin embargo de ser libre al testador ó dejar una parte de sus bienes en usufructo, para que éste al cabo de cierto tiempo se consolide con la propiedad, ó asignar dicha parte de bienes con cargo de restitución, hay casos en que no le es posible la primera de estas disposiciones, porque, como hemos dicho, en la constitución pura y simple de un usufructo hay dos asignaciones directas y consiguientemente deben existir ambos asignatarios al tiempo de la muerte»; y continúa: «¿Cuál sería el efecto de esta disposición: dejo el usufructo de mis bienes á Ticio para que los goce durante su vida, y la propiedad, á los hijos que nazcan del matrimonio de Sempronia con Seyo, suponiendo que, á la muerte del testador, no existan todavía tales hijos?» Ateniéndose á las ideas de ese Proyecto, el redactor resuelve la duda en estos términos: «La asignación pura y simple de la desnuda propiedad no tendría valor... Mirándola como condicional, se aguardaría la existencia de los hijos... Pero, entretanto, ¿dónde existiría la propiedad desnuda? El artículo 26 del presente título remueve toda dificultad, *convirtiendo en ciertos casos la asignación de usufructo en asignación fiduciaria*».

Para obviar á otras dificultades y en la vía de designar casos en que disposiciones ambiguas y hasta ineficaces por estar concebidas en cierta forma, hubieran de tenerse precisamente como de una especie determinada ó permitida, el 2.º inciso del artículo 27 dijo: «Toda asignación á favor de una persona que no existe, pero se espera que exista, es asignación *fiduciaria;* y se mirará como asignatario fiduciario de la cosa asignada la persona que, por disposición del testador, tenga el *usufructo* de ella; ó á falta de esta disposición, la persona á quien tocaría la cosa asignada, si la asignación caducase». Va al pie de este artículo una nota de Bello: «Dejo la tercera parte de mis bienes á los hijos que nazcan del matrimonio de Sempronia con Seyo, es, en el caso de no existir todavía tales hijos, una asignación

donatario, esperando á que ella vaya á fijarse sobre la del segundo. Tales son los principios que hemos desarrollado en el capítulo IV». Merlin estimaba fideicomiso la asignación *hasta dia cierto*; y lo siguió el señor Bello al principio de sus trabajos de codificación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

indirecta á favor de la persona ó personas á quienes pertenezca la parte de bienes de que el testador no ha dispuesto válidamente ó de ningún modo. Si el testador se hubiese expresado en estos términos: "Dejo el usufructo de la tercera parte de mis " bienes á Ticio, para que la goce durante sus días y la propiedad " de dicha tercera parte á los hijos que le nacieren á Sempronia", el efecto de la disposición debería ser, según el presente artículo, hacer á Ticio *fiduciario en vez de mero usufructuario.* La propiedad no puede estar en suspenso, y es necesario que la ley fije, de un modo preciso, las condiciones de su existencia y transmisión".

El artículo 31 estaba así concebido: "Si el asignatario *directo hasta día cierto ó hasta el evento de una condición* fallece antes del día ó antes del evento de la condición, transmite á sus herederos la asignación directa de que goza ó que á lo menos se le ha deferido. El asignatario *indirecto á día cierto* que fallece antes del día, transmite á sus herederos la asignación *indirecta* que se le ha deferido. El asignatario *indirecto condicional* que fallece antes del evento de la condición, no transmite derecho alguno".

Para completar lo dispuesto en el 11, el artículo 29, comprendido dentro del párrafo 4, decía: "Son nulas las asignaciones indirectas *á día cierto* que hayan de tener efecto al cabo de más de treinta años, contados desde la muerte del testador". El 30, previendo un caso análogo y resolviéndolo del mismo modo, decía: "En las asignaciones *indirectas condicionales* toda condición que no sea la de existir el asignatario indirecto al tiempo de la muerte del fiduciario, se dará por deficiente, si no se cumple dentro de los treinta años subsiguientes á la muerte del testador".

Estos artículos llevan una larga nota de Bello, en que se lee:

"Las disposiciones contenidas en los artículos 29 y 30 parecerán algo duras, pero no deben calificarse de inicuas las limitaciones de la facultad de testar cuando son verdaderamente reclamadas por el interés de la sociedad. Las asignaciones fiduciarias son, de suyo, *perniciosas*... La Comisión ha elegido un medio entre la antigua libertad de las asignaciones fiduciarias y la absoluta prohibición del Código Civil francés... Para concebir el efecto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de las innovaciones del Proyecto sobre esta materia, supongamos que un hombre tuviese sérios motivos para dejar una parte de sus bienes á Ticio con cargo de restitución. En la mayor parte de los casos, puede lograr plenamente su objeto constituyéndole mero usufructuario. Si no puede, por el impedimento de que hemos hablado en la nota *a*, si no puede porque no existe todavía la persona á cuyo beneficio destina ulteriormente estos bienes ¿qué grado de interés ó de afecto se puede concebir en él con respecto á semejante persona? Mas, aun en este caso, podrá tener efecto su voluntad si el *día llega* ó la condición acaece en el espacio de 30 años ó en el de la vida de Ticio.

Atentas las prescripciones del primitivo Proyecto y las citas explicativas de su redactor, vense, pues, equiparadas las asignaciones pendientes de una condición y las que terminan con la llegada de un día cierto, determinado ó nó. Quería el señor Bello ver en las últimas una condición respecto de los llamados indirecta ú oblicuamente, según el tecnicismo que él tomó de los franceses; de los fideicomisarios, en el lenguaje jurídico que prevaleció en nuestro Código. Éste admitió las ideas propuestas para las asignaciones condicionales; pero modificó, poniéndolas en el sentido diametralmente opuesto, las relativas á asignaciones *hasta día cierto* (art. 1,087), como luego veremos; de fideicomiso en que las proponía el redactor del Proyecto, las tornó en únicos y verdaderos usufructos.

Es lógico que el Legislador mire con recelo los fideicomisos (1)

(1) El *fideicomiso* ó *propiedad fiduciaria* tiene hoy en jurisprudencia una significación muy distinta de la que primitivamente se le daba en Roma; y aun de la que tuvo desde que se le dió fuerza obligatoria por las leyes romanas. Habla antes tres asignaciones testamentarias: la *institución*, ó sea, el nombramiento de heredero; el legado *(lex data)*, impuesto como ley al heredero, á quien el testador podía imponer su voluntad; y los fideicomisos *(fidei commissa)*, encargos confiados á la buena fe del heredero, que éste no tenia obligación de cumplir. Conviene fijarse en que el Código Civil, como si quisiera apartar aquella idea histórica, llama á esa institución *propiedad fiduciaria*, epígrafe del título VIII, libro II; y en el libro III no destina como los Proyectos, párrafo alguno á tratar de las asignaciones fiduciarias, sino que en el artículo 1164 las denomina *sustitución fideicomisaria* y las remite al título VIII recordado.

Fideicomiso significa hoy en legislación una asignación testamentaria, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que en su primitivo origen, fueron introducidos por la costumbre para burlar las leyes de Roma que prohibían á algunas personas disponer de sus bienes por testamento, y á otras personas, recibir asignaciones testamentarias. Aunque la contradicen algunos autores, Justiniano expresa en el § 1, tít. 23, lib. II de la *Instituta* que sólo Augusto hizo obligatorios los fideicomisos, y que antes quedaban sólo á la buena fe del heredero; *quia nemo invitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat.*

En caso de duda el Proyecto de 1841 á 1845 se decidía en pro de la propiedad fiduciaria. Fué muy lejos: desautorizó la voluntad del testador que quería y declaraba constituir un usufructo; y mudó éste en fideicomiso. Fué más lejos: para el caso en que el testador ordenara un usufructo en contravención á la ley, él buscó un medio de cumplir aquella voluntad inconsulta y rebelde, estableciendo por obra de la ley misma que el hombre intentaba conculcar, una disposición valedera por medio de la sustitución fideicomisaria. ¡Triste prueba de la constante falibilidad humana que, poniendo limitaciones á la facultad de testar, en justa aversión á los fideicomisos, se establezca sustitución fiduciaria aun contrariando la voluntad del hombre!

II

El segundo Proyecto, de 1846-1847, que con el precedente de 1841-1845 forma el tomo XI de la edición oficial de las obras de don Andrés Bello, presenta más estudiadas las materias de la propiedad fiduciaria y del usufructo, y aún más próximas que algunas del de 1853 á las disposiciones actuales de nuestro Código.

El título IV del "Libro de las sucesiones por causa de muerte", es "De las asignaciones testamentarias"; su párrafo 4, "De las de usufructo"; el 5, "De las fiduciarias y eventuales"; el 6, "De las á día cierto"; el 7, "De las condicionales".

en general, un derecho pendiente de una condición suspensiva; aunque no todo derecho ó asignación pendiente de condición es fideicomiso. No hay fideicomiso sin condición suspensiva; pero no toda condición suspensiva constituye un fideicomiso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En los párrafos 4 y 5 está tratada toda la materia en que nos ocupamos, sin que los otros las mencionen ni incidentalmente, á pesar de que en el Proyecto anterior y aun en el Código mismo, se contienen, dentro de los demás, no pocas disposiciones directas sobre una y otra de esas entidades. El párrafo 6 apenas dispone, á nuestro objeto, que "el *día incierto* se mira como condición"; y el 7, á pesar de estar destinado á las asignaciones condicionales, nada, absolutamente nada dice de fideicomisos ni siquiera el nombre ó una referencia.

En cambio, este Proyecto comenzó el tratado del usufructo y el del fideicomiso, definiendo uno y otro, dando de ellos cabal explicación y reglas para distinguirlos y presentando ejemplos de su aplicación; para así, no sólo declarar los fundamentos de sus disposiciones, sino también dirigir el criterio del magistrado y del jurisconsulto.

El artículo con que comienza cada uno de los párrafos 4.° y 5.°, declara la facultad de crear por testamento un usufructo ó una propiedad fiduciaria; con sujeción, era natural, á las disposiciones respectivamente establecidas. El artículo 119 dice: "Se puede dejar por testamento el usufructo de una cosa universal ó singular, según las reglas que siguen"; y el 123: "Se puede dejar por testamento á una persona la propiedad ó usufructo de una cosa universal ó singular, con cargo de restituir á otra persona en cierto evento que puede verificarse ó no. La propiedad que se deja de este modo se llama *propiedad fiduciaria*... Hay, en esta disposición, dos asignaciones: la de la propiedad fiduciaria, ó con cargo de restitución, que es inmediata ó *directa;* y la del dominio absoluto, la cual está en suspenso hasta verificarse la condición ó evento, y se llama *indirecta, eventual, condicional ú oblicua*".

El artículo siguiente en cada párrafo da la regla para comprender si en la asignación va un usufructo ó una propiedad fiduciaria. Así el 120 dice: "Se entenderá que la intención del testador es constituir un mero usufructo, siempre que por las palabras ó el espíritu de la disposición aparezca que el goce es *por tiempo limitado*, y ha de terminar necesariamente, pasando el objeto á otra persona que no lo adquiere como herencia ó legado de la primera, sino como un dón del testador. Así, se enten

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

derá cuando se deja el objeto ó su goce *por tiempo determinado*, ó hasta un evento que no puede dejar de suceder; ó *por toda la vida del asignatario*, no concediéndole expresamente la esperanza de adquirir en algún evento el dominio pleno sin cargo de restitución». El artículo 124: «Se entenderá que la intención del testador no es constituir un mero usufructo, sino una propiedad fiduciaria, siempre que por las palabras ó el espíritu de la disposición aparezca que la restitución pende de una condición ó evento que puede verificarse ó no; de manera que, si se verifica la condición ó evento, el asignatario del goce inmediato haya de restituir la propiedad y usufructo á otra persona; y si no se verifica la condición ó evento, el asignatario del goce inmediato adquiere el dominio absoluto sin cargo de restitución. Las asignaciones que se hacen á una persona que no existe al tiempo de la muerte del testador, pero se espera que exista, son siempre eventuales ó indirectas y penden de la condición de existencia de dicha persona».

No son ajenas á nuestro asunto las disposiciones de los artículos 121 y 129 del expresado título 4.°; el primero de los cuales dice: «Siempre que se constituye por testamento un mero usufructo, la propiedad del objeto pertenecerá á la persona señalada por el testador para poseerlo sin cargo de restitución; y si ninguna persona fuere expresamente llamada á la propiedad del objeto por el testador, se entenderá que lo son los herederos del testador. La persona ó personas expresa ó tácitamente llamadas á la propiedad, la adquirirán desde la muerte del testador; pero sólo tendrán la mera ó desnuda propiedad del objeto mientras dure el usufructo»; artículo que permite constituir un usufructo, aun cuando no se nombre á nadie nudo propietario, al revés de la teoría del primer Proyecto, que, en el artículo 1.° del título 7.° exigía, para constituir un usufructo, que se llamara expresamente á un usufructuario y á un nudo propietario; y que, en el artículo 27, antes citado, á falta de llamamiento expreso de un nudo propietario, declaraba que se constituía una propiedad fiduciaria.

El artículo 129 dice: «Toda asignación condicional es indirecta, y se sujetará á las reglas establecidas en el presente parágrafo. Y si el testador no designare expresamente persona algu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

na que posea fiduciariamente el objeto mientras esté pendiente la condición, se entenderá constituida la propiedad fiduciaria en los herederos del testador»; disposición que manda considerar como fideicomiso toda voluntad condicionada, aunque el testador no lo quiera, y aunque expresamente declare que desea dejar un mero usufructo; y que suple un vacío de la voluntad del testador para llevarla á efecto.

Salta, desde luego, la sustancial diferencia entre los dos Proyectos sobre las materias que nos ocupan. El de 1841 mandaba tener como fideicomiso toda disposición *á día cierto*, artículo 11 citado; y así lo consignaba la definición misma de ese derecho, dada en el 25 también citado; y por el contrario, la regla del artículo 120 del de 1847 hacía tener como usufructo toda asignación *por tiempo limitado*, ó sea, *hasta día cierto*, y la que ha de terminar por un evento que no puede dejar de llegar; y á su vez, la regla del artículo 124 restablece aquella idea, inherente al fideicomiso, que constituye la esencia de éste, á saber: que la restitución penda de una condición ó evento que pueda suceder ó no. Este artículo quería conservar aquella disposición del otro Proyecto, de que las asignaciones á favor de personas que no existen á la muerte del testador, pero se espera que existan, son siempre eventuales ó indirectas, ó sea, en nuestro tecnicismo, constituyen una propiedad fiduciaria.

Es notable la reacción que aparece en las ideas de los Proyectos que examinamos; pues se van del fideicomiso al usufructo; devuelven á esta clase de derecho aquellas disposiciones del testador que el Proyecto primero intentaba desvirtuar convirtiéndolas en fiduciarias. Éste quiere ya que se averigüe la voluntad del testador para que se la respete así como él la dejó comprender; que se tenga como usufructo; lo que él quiso que fuese usufructo; y como propiedad fiduciaria, sólo aquello que él encargó restituir bajo condición á un tercero.

III

El Proyecto de 1853, tomo XII de las obras de Bello, que sirvió de base inmediata al actual Código Civil y que la Comisión Revisora modificó relativamente en pocos puntos, alteró

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el orden en que los dos precedentes colocaban las instituciones materia de nuestro estudio. Antes se trataba primero del usufructo; y ya hemos citado una disposición, la del artículo 11 del título VII del "Libro de las sucesiones por causa de muerte" de 1841, que parece ser como la regla general.

Cuadro completo de las materias todas del Derecho Civil, no como los dos anteriores que sólo presentaban la sucesión *mortis causa* y los contratos y obligaciones convencionales, el Proyecto de 1853 aparece invirtiendo el anterior órden, pero sustancialmente ordena lo mismo en el fondo: en el libro 2, título VIII, comienza por la propiedad fiduciaria y pone el artículo 851 como la regla general: "Toda disposición que, emitida según el artículo 880, impone á una persona la obligación de dar á otra, si se verifica una condición, una cosa cualquiera universal ó singular, constituye un fideicomiso". Lo que disponía el 880 es "que los fideicomisos pueden constituirse por instrumento público entre vivos ó por acto testamentario". Pero la Comisión Revisora de este Proyecto, cuyo trabajo acabado y completo mereció una absoluta consagración del Poder Legislativo, conservó el artículo 880, agregándole una mera formalidad en el número 735 del Código, y suprimió el 881, por no dar aquella regla que, en su generalidad, pondría contradicción entre las disposiciones de la ley, ó á lo menos, cierta ambigüedad que confundiría á las partes ó al magistrado.

Ese Proyecto, en su artículo 882, declaraba que "el fideicomiso se puede constituir sobre la *cuasi* propiedad de las cosas incorporales" (1); y la Comisión, rechazando tal idea, para que los meros derechos no sean materia apta de un fideicomiso y para limitar esta institución que, aunque permitiendo, miraba con justo recelo, le sustituyó el actual artículo 734: "No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia ó sobre una cuota determinada de ella, ó sobre uno ó más cuer-

(1) Este artículo corresponde á la fuente citada por el señor Bello en sus primeros trabajos de codificación. Merlin, sección IV, palabra *Sustitución fideicomisaria*, páginas 90 á 94 del tomo XIII antes citado, dice que son materia apta para los fideicomisos, todas las cosas muebles, inclusos los dineros y cosas fungibles; los derechos incorporales; y los bienes inmuebles; todas las *cosas*, en la vasta generalidad de esta palabra.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pos ciertos»; con lo cual quedó prohibido constituir un fideicomiso sobre meros derechos, v. gr. créditos, legados, pensiones periódicas, sobre cantidad alguna, sobre universalidades que no sean herencia, sobre especies singulares que no sean individualmente designadas.

De igual manera se procedió respecto al usufructo. El artículo 924 de este Proyecto, dijo que «el usufructo puede constituirse sobre cosas singulares y corporales y sobre una herencia ó sobre una cuota hereditaria. Las cosas incorporales son susceptibles de un *cuasi usufructo*, que se sujetará á las reglas de este título en cuanto le sean aplicables;» pero la Comisión, que fundadamente no miró el usufructo con aquel recelo ó aversión que los fideicomisos, suprimió tal artículo, para dejar en toda su fuerza la generalidad con que la definición dada en el artículo 764 expresa que este derecho existe sobre *cosas*.

En nuestra ley son, así, materia apta para un fideicomiso sólo las cosas corporales íntegras, y las herencias ó una cuota de ellas; y lo son para el usufructo todas las cosas, ya corporales, ya incorporales, las especies todas, las universalidades, las cantidades cualesquiera y todos los derechos. Reduciendo la materia sobre la cual puede crearse un fideicomiso, nuestro Código Civil propende á restringir esta institución *perniciosa* á la pública riqueza, como la califica el señor Bello en la nota ya copiada; y permitiendo que el usufructo se constituya sobre toda clase de *cosas*, en la más amplia significación de esta comprensiva palabra, muestra que no tiene tanta aversión al goce de cosa ajena, en que la propiedad no padece vacilaciones.

El Proyecto de 1853 comprendió la conveniencia de favorecer la constitución del usufructo antes que la del fideicomiso, ya que tenía en la mano evitar hasta cierto punto los perjuicios que al interés social trajera el usufructo, con autorizar uno sólo y con impedir que su comienzo se retarde por causa alguna cuando haya de existir; medidas que traen por consecuencia poner un fin no remoto al estado estacionario de los bienes. Con tales miras, fué propuesto el artículo que llevaba el número 1288: «La asignación *hasta día cierto*, sea determinado ó nó, constituye un usufructo á favor del asignatario, á menos que aparezca dejársele la propiedad fiduciaria». Pero

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la Comisión Revisora, que con razón consideró científica en derecho y no perjudicial al interés público la regla general contenida en la primera parte, usando del mismo criterio con que había suprimido el 881, suprimió también la excepción que había puesto á este artículo 1288 el deseo de respetar las voluntades del hombre ó la indecisión de las ideas con que se venía procediendo desde el principio sobre las entidades jurídicas que aquí estudiamos.

La Comisión, que dió la expresión definitiva al Proyecto é hizo nuestro Código, prefirió tener como un usufructo cualquiera asignación que se haga á alguien, nó para siempre, nó sin limitación, sino *hasta día cierto*, que precisamente ha de llegar, sépase ó no su momento; y así dictó nuestro artículo 1087: "La asignación *hasta día cierto*, sea determinado ó no, constituye un usufructo á favor del asignatario", en que el Legislador da una regla absoluta, con la autoridad invencible de la ley, en que él como que cría un usufructo aún contra la voluntad del testador. Ese artículo no quita á nadie la facultad de hacer asignaciones que hayan de durar *hasta* la llegada de un *día cierto*; pero declara que, hechas tales asignaciones, ellas serán tratadas, en todo y para todo, como meros usufructos, aunque el testador haya entendido y querido, con toda su alma, dejar una propiedad fiduciaria.

En vista de ello, la ley prohibe al hombre *constituir* una propiedad fiduciaria que goce el asignatario *hasta* la llegada de un *día cierto*; pero permite dejar una asignación semejante con el bien entendido que se le aplicarán las prescripciones del usufructo; procediendo aquí la ley, aunque en sentido opuesto, de una manera análoga á la que usó el primer Proyecto en los artículos 11 y 25, con las notas del señor Bello, que citamos al principio. La última Comisión Revisora del Proyecto creó un usufructo aunque el hombre quisiera constituir un fideicomiso; así como ántes se había intentado obligar á tener como fideicomiso lo que el hombre constituía concientemente como usufructo.

Es digna de considerarse aquí la idea expresada en el artículo 1279 de este Proyecto: "La condición que, siendo resolutoria á favor de una persona, es al mismo tiempo suspensiva respecto de otra persona, se sujetará bajo este respecto á las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

reglas de la condición suspensiva». Con sobrada razón la Comisión Revisora suprimió este artículo que, para reconocer los derechos de un asignatario, no se fijaba en los que le hubiera conferido ó querido conferirle el testador, sino en los que independientemente correspondieran á otro asignatario. Es fuerza calificar siempre de suspensiva la condición que mantiene incierto un derecho y de resolutoria la que le pone fin, sin atender á otras circunstancias.

Concordante con el espíritu del artículo 1087 citado, es el 770 del Código Civil, inciso 2.º: «Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario», en lo cual se ve que para esta asignación de un derecho no absoluto sino limitado, la ley busca como su término natural el día cierto é indeterminado de la muerte del asignatario, porque es de la esencia del usufructo que ciertamente él haya de tener un término para el usufructuario sin que jamás éste pueda hacerse dueño de la cosa.

El artículo 1286 del Proyecto de 1853 decía: «La asignación *desde día cierto*, pero indeterminado, envuelve la condición de existir el asignatario en ese día, y por consiguiente sólo *constituye un fideicomiso* á su favor»; pero el artículo 1085 del Código lo reformó en estos términos: «La asignación desde día cierto, pero indeterminado, es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día». Á pesar de la modificación de las ideas primitivas, quería el Proyecto, como se ve, crear aquí un fideicomiso; pero la Comisión Revisora, viendo las contradicciones de esa disposición con otras, reemplazó la idea de fideicomiso por la de simple condición, y desde este punto siguió en su camino, como vamos á ver.

El artículo 1287 del mismo Proyecto decía igualmente: «La asignación desde todo día incierto, sea determinado ó nó, constituye un fideicomiso á favor del asignatario»; y nadie ignora que el artículo 1086 del Código Civil dice: «La asignación desde día incierto, sea determinado ó no, es siempre condicional». La variación es de gran transcendencia; porque si toda propiedad fiduciaria, según nuestra ley y según la teoría jurídica, ha de ser y es siempre condicional, no toda asignación condi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cional ha de constituir siempre un fideicomiso, desde que la condición es uno de los accidentes de la asignación, y el hacerla fideicomiso es constituirla en su esencia, no ponerle sólo una mera circunstancia.

El señor Bello ponía esta nota al artículo 1288, antes transcrito, del Proyecto de 1853: "Pudiera parecer que este artículo está en oposición con el anterior: si se deja el objeto á Pedro *hasta su muerte* y á Juan *desde la muerte de Pedro*, resulta que, por el artículo 1288, Pedro es usufructuario; y por el artículo 1287 Juan es fideicomisario. ¿Quién es el nudo propietario respecto de Pedro y el propietario fiduciario respecto de Juan? Parece que, si Pedro es usufructuario, Juan es nudo propietario desde la muerte del testador y no existe fideicomiso; y si, viceversa, se considera á Juan como fideicomisario, no existe verdadero usufructo, sino propiedad fiduciaria en Pedro. Pero no es así: determinemos la asignación presentando el conjunto de las otras disposiciones que le son correlativas: "Instituyo heredero universal á Francisco, el cual " dará mi hacienda tal á Pedro, para que goce de ella *hasta su* " *muerte*; y *después de los días de Pedro*, pasará dicha hacienda á " Juan. *Francisco* es nudo propietario respecto de *Pedro* y propietario fiduciario respecto de *Juan*; si no existe *Juan* al tiempo de la muerte de *Pedro*, vuelve la hacienda al heredero, el cual, como nudo propietario, tiene el derecho de pedir á *Pedro* la competente seguridad de conservación y restitución. Véase Castillo, libro 4.º, título XLV, números 33, 34, 35. "Dejo mi hacienda tal á " Pedro, que gozará de ella hasta su muerte". Muerto Pedro, pasa la hacienda á la persona señalada por el testador ó á los herederos del testador. La persona señalada por el testador sería meramente un fideicomisario, según el artículo 1286; y no existiendo ésta al momento de la muerte de Pedro, pasaría la hacienda á los herederos del testador, aun cuando no hubieran sido sustituídos expresamente á esa persona. "Dejo mi hacienda " tal á Pedro, con el cargo de dejarla después de sus días á Juan". Juan es fideicomisario, según el artículo 1286; y si muere antes que Pedro, caduca el gravamen impuesto á éste, y Pedro retiene la hacienda sin cargo de restitución. "La asignación es un verdadero fideicomiso".

Con el propósito de aparecer completos y no poniendo el sufi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ciente estudio, algunos editores han aplicado al artículo 1087 del Código Civil esa nota, como si el señor Bello realmente se la hubiera puesto. Ellos no atienden á que, reformados en parte sustancial los tres artículos 1286, 1287 y 1288 del Proyecto, no cabe ahora interpretar los artículos 1085, 1086 y 1087 de nuestro Código así como los entendía el ilustre sabio antes de la reforma que hizo la Comisión Revisora de los artículos respectivos de su proyecto.

Á la luz de las disposiciones de los citados artículos del Código, la resolución de los casos propuestos en la nota parece que debe ser como sigue. Aceptamos que aún hoy, en el primero, realmente Pedro es usufructuario, conforme al artículo 1087, y Juan es asignatario condicional, según el 1085; podría, sin peligro, considerársele fideicomisario. Aceptamos igualmente la solución del segundo caso. Mas, respecto del tercero: "Dejo mi hacienda á Pedro, con cargo de dejarla *después de sus días* á Juan", al revés de lo que dice la nota, la asignación á favor de Pedro es, por los términos absolutos del artículo 1087, suprimida la excepción del 1288 del Proyecto, un mero usufructo, porque se le asigna la cosa *hasta un día cierto;* y no fideicomiso, como vagamente lo quería el Proyecto, porque á Pedro se le deja la hacienda, se le hace una asignación hasta el día de su muerte, que es cierto, aunque indeterminado.

Es digno de notar que el Proyecto de 1853 fué, como decíamos, relativamente poco modificado por la Comisión Revisora; pero ésta hizo, puede decirse, de nuevo, el párrafo que el título IV del Libro III consagraba á las asignaciones condicionales. Le suprimió gran parte; de los veintidós artículos que contenía, sólo le dejó diez, y éstos con graves y transcendentales reformas, varias de las cuales quedan expuestas en lo que precede.

Gran yerro puede haber en tomar como explicaciones de los preceptos del Código las que sus autores daban de los artículos del Proyecto; cualquiera variación introducida en éstos, necesariamente ha de trastornar aquellas teorías, y hasta puede dar con ellas en tierra. Aunque no tan errados como los que, para conocer las disposiciones de nuestro Código, las interpretan por las del Código Napoleón sobre las mismas materias ó por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las opiniones de autores franceses, no dejan de ponerse en inminente peligro de errar los que, sin advertir las consiguientes modificaciones, toman como ley las ideas de los varios proyectos que prepararon nuestro estudiado y sabio Código Civil.

IV

Razón de estas vacilaciones es, sin duda, el respeto á la legislación romana, encarnado más ó menos en los diversos Proyectos; particularmente á ese precepto que trajo en el pueblo rey la necesidad, y por tanto, la existencia de los fideicomisos, á saber: los que son, pueden solos entrar en el dominio de los bienes que dejan los hombres que fueron; al pasado, le reemplaza con su certeza el presente, no el futuro, que nadie vió, envuelto en incertidumbres.

Recuérdense, en comprobación, los siguientes textos de las leyes romanas:

Ac ne heres quidem potest institui posthumus alienus: est enim incerta persona. (GAYO, 1 b., § 242.—*Inst.* 2. 20. 26).

Incerta persona institui non potest. (ULPIANO, *Reg.* 22. 4).

Legatum nisi certæ rei et ad certam personam deferatur, nulius est momenti. (PAULO, sent 3. 6. § 15).

Quoniam certum consilium debet esse testantis. (ULP., *Reg.* 22. § 4. 34. 5. 4. f. PAUL., 5. pr. f., GAYO).

Véase, además, el § XXV del título XX de las *Institutas* de Justiniano.

Es curioso anotar los pasos que los codificadores iban dando al rededor de ese precepto fundamental de legislación.

El primitivo Proyecto (1841-1844) en el artículo 8.º del título I del "Libro de la sucesión por causa de muerte", prescribía: "Es incapaz de suceder en una herencia ó legado, la persona que no existe natural y civilmente en el momento de deferirse dicha herencia ó legado. Pero, si se sucede por derecho de transmisión..., bastará existir en el momento de deferirse la sucesión de la persona que transmite. Se entiende existir aun el que sólo está concebido, con tal que sobreviva á su nacimiento veinticuatro horas á lo menos. Y no se reputará haber existido

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en el momento de deferirse una herencia ó legado el que naciere más de trescientos días después de dicho momento».

Buscando cómo eludir el rigor que de su voluntad usaba, el mismo Proyecto lo halló en la institución consuetudinaria de Roma de una asignación indirecta ó fideicomisaria, de simple ruego; y así escribió en el artículo 27, del título VII: «El asignatario indirecto puede ser una persona que no exista, pero cuya existencia se espera; y en tal caso, la asignación indirecta dependerá siempre de esta condición de existencia, á la cual podrá agregarse un día cierto ú otra condición especial. Toda asignación á favor de una persona que no exista, pero se espera que exista, es asignación fiduciaria; y se mirará como asignatario *fiduciario* de la cosa asignada la persona que, por disposición del testador, tenga derecho al *usufructo* de ella; ó, á falta de esta disposición, la persona á quien tocaría la cosa asignada, si la asignación caducase».

Es cierto que dos artículos antes citados de este título, ponían una limitación á la facultad de hacer instituciones indirectas ó sea, de recibir como fideicomisario: el 29, que declaraba nulas las que hubieran de tardar más de treinta años, y el 30, que declaraba deficiente toda condición distinta de la de existir el asignatario indirecto al tiempo de la muerte del fiduciario, si no se cumplía dentro de los treinta años subsiguientes á la muerte del testador.

El segundo Proyecto, de 1846-1847, conserva los mismos principios con las mismas evasivas y sus limitaciones, en sustancia; pero con variaciones en la forma. Así, al artículo 8.º del título I, que lleva el mismo número, le agrega el siguiente inciso: «Las asignaciones testamentarias á favor de personas que no existen, pero se espera que existan, valdrán y se sujetarán á las reglas de las asignaciones fiduciarias ó indirectas». Así las ideas del artículo 27 subsisten, pero repartidas en el 8.º ya citado y en los 127, 128 y 129; y la del 29 forma el inciso 4.º del 127: «Ninguna propiedad fiduciaria podrá, pues, durar por más de treinta años, sino la que se constituye por toda la vida del fiduciario».

En el Proyecto de 1853 aparecen ya más sencillamente ex-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

puestas, como mejor estudiadas, las mismas ideas, pero ligeramente modificadas.

El artículo 1118 declara: "Es incapaz de suceder en una herencia ó legado la persona que no existe natural y civilmente en el momento de deferirse dicha herencia ó legado. Pero, si se sucede por derecho de transmisión, bastará existir en el momento de deferirse la sucesión de la persona que transmite. Las asignaciones testamentarias á favor de personas que no existen, pero se espera que existan, valdrán como fideicomisos". El 1278: "La asignación á favor de una persona que al tiempo de la muerte del testador no existe, pero se espera que exista, envuelve la condición de existencia futura de la persona y constituye un fideicomiso á su favor".

La limitación á treinta años de la expectativa del fideicomisario no aparece entre los artículos del libro tercero. Como el último Proyecto habia considerado ya fideicomiso toda asignación á personas cuya existencia se espera, su artículo 887 decía: "Si el fideicomiso se constituye sobre un predio, toda condición de que pende su restitución, y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida; á menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución".

Á todas estas vacilaciones puso término el artículo 962 de nuestro Código Civil, que, completado con el 739, declara capaces de asignaciones *mortis causa* á las personas cuya existencia se espera, siempre que existan dentro de los treinta años siguientes á la apertura de la sucesión, y que tiene por fallidas las condiciones que no se cumplen dentro de treinta años, á menos que ellas consistan en la muerte de una persona natural. Los bienes de nuestros difuntos pueden así pasar no sólo á los vivos sino á los que están por ser.

V

El inteligente y estudioso joven abogado don Miguel Luis Amunátegui Reyes publicó en *La Tribuna* del 18 de julio de 1889 unas *Reglas* para distinguir la sustitución fideicomisaria

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la asignación de usufructo, que ha encontrado entre los borradores del señor don Andrés Bello. Ellas no carecen de importancia para conocer los trabajos preparatorios del Código Civil; pero sería no pequeño error tomarlas como la opinión del prolijo sabio, formada á la luz de las disposiciones legales hoy vigentes; son las ideas que él se iba acopiando en los estudios jurídicos, y naturalmente, ni él propuso á las Comisiones todas las que se formaba, ni se le aceptaron todas las que propuso: es, á la verdad, muy exacta la declaración que hace el señor Amunátegui de hallarse tales reglas entre los borradores de nuestro ilustre codificador.

Dicen así:

"1.ª Se estará principalmente á la sustancia de la disposición con cualesquiera palabras que la haya expresado el testador. (POTHIER, *Traité de substitution*, secc. III, art. 1.º)

"2.ª Si se impone á un asignatario la obligación de restituir *inmediatamente* á otra persona el objeto asignado, no se da al primero derecho alguno sobre dicho objeto y deberá restituirlo con los frutos. Y si la persona á quien debe pasar el objeto asignado ha sobrevivido al testador, pero ha muerto antes de la restitución, transmite la asignación á sus herederos. Y se entiende asignarse inmediatamente el objeto, cuando no se expresa día, ni condición alguna á que esté sujeta la asignación.

"3.ª Si se asigna el goce inmediato de un objeto á una persona *hasta un día* cierto, ó *hasta un día que ha de venir necesariamente* para esa persona, como el de su muerte, ó que sólo puede dejar de venir para ella porque acaece su muerte en el tiempo intermedio, como el día en que llegue dicha persona á la pubertad, ó en que cumpla veinticinco años, se le da solamente el usufructo del objeto; y la persona á quien, terminado el usufructo, debe pasar el objeto asignado, adquiere la nuda propiedad desde la muerte del testador y puede enajenarlo y lo transmite á sus herederos, aun antes de consolidarse el usufructo con la propiedad. (MOLINA. *De justitia et jure. Tractatus* II, disp. 189, núm. 6.)

"4.ª Cuando el goce inmediato del objeto asignado se concede á una persona *hasta día cierto*, ó hasta un día que ha de venir necesariamente para esa persona, ó hasta un día que sólo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

puede dejar de venir para ella por acaecer su muerte en el tiempo intermedio y se designa otra persona á quien, terminado el usufructo, haya de pasar el objeto *bajo una condición cualquiera*, en tal caso se confiere á la primera de dichas personas, nó el usufructo sino la propiedad fiduciaria del objeto; y la segunda no adquiere ni puede transmitir derecho alguno á sus herederos miéntras penda la condición.

"Tal sería la disposición en que se diera á Pedro una casa para que la goce *hasta su muerte*, y muriendo Pedro pasase la casa á Juan y faltando entonces Juan, perteneciera á Pedro; pues, en tal caso, no se dejaría la casa á Juan, sino bajo la condición de existir al tiempo de la muerte de Pedro.

"Lo mismo sería si se dispusiera que gozase Pedro del objeto asignado *por diez años*, al cabo de los cuales pasara á Juan, y faltando éste, perteneciera á Pedro.

"5.ª En general toda condición impuesta á una asignación hace fideicomisario al asignatario y constituye una propiedad fiduciaria del mismo objeto en la persona que haya sido llamada al goce inmediato del objeto.

"6.ª El testador puede constituir dos ó más fideicomisarios simultáneos, de manera que todos ellos, verificada la restitución, adquieran el objeto en común, pero con la calidad de partirlo como una herencia proindiviso.

"7.ª El testador puede sustituir al fideicomisario las personas que quiera, simultánea ó sucesivamente, según las reglas de la sustitución vulgar, como sería si asignara un objeto á Pedro para que lo tuviera hasta su muerte, y muriendo Pedro, pasase el objeto á Juan, y á falta de Juan, á Diego y Antonio; faltando Juan, antes del día de la restitución, no transmite derecho alguno sobre dicho objeto á sus herederos, y adquiriendo el objeto Juan, se mirarían los otros fideicomisarios como no escritos.

"8.ª La voluntad del testador *expresa* y *clara* prevalecerá sobre las reglas anteriores, en lo que no tenga de contrario á las limitaciones y prohibiciones legales relativas al usufructo y á la propiedad fiduciaria".

El análisis de estas reglas nos confirmará en la idea de que se las escribía sólo para preparar el Código, no para comentar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sus disposiciones; que eran estudios dispuestos para elegir lo que hubiera de prescribirse, de ninguna manera explicaciones de una ya acordada y verdadera ley.

Compruébalo, desde luego, una observación sencilla pero reveladora, aplicable á todas ellas: en ninguna aparecen citados el artículo ó artículos del Código en que se funde la regla; y de seguro, no habría faltado á tal exigencia de todo comentario el modesto y escrupuloso sabio, si tratara de presentar una correcta interpretación de las leyes.

Viniendo á cada una en particular, la primera cita como su origen á Pothier, estudiado por nuestro infatigable jurisconsulto, que acudía á la fuente donde se saciaron los autores del Código Napoleón á beber algo que pudiera depurarlo de los males que llevaran las leyes romanas y las españolas en que se empapaba su espíritu. Tal cita nos da testimonio de que esa regla para diferenciar el usufructo de la propiedad fiduciaria, no se tomó, pues, de las disposiciones de nuestro Código Civil.

La 2.ª, que no se refiere á una ni á otra de esas entidades, confirma la idea de que el minucioso redactor del Proyecto escribía para fijar las suyas, á fin de no mezclar en la ley disposiciones sobre materias, si en algo relacionadas, diversas en la sustancia. El llamado á entregar algo inmediata y simplemente á un tercero, si es asignatario, lo es en la calidad de modal, con los derechos y obligaciones de los tales, y no puede, ni en apariencia ser llamado usufructuario, ya que no se le asignan los frutos; ni fiduciario, ya que no hay evento alguno que le haga dueño de la cosa. Pero al que emprendía redactar la ley entera, le convenía tener á la vista esa clase de asignación, en que va la idea de restituir una cosa ó de pasar su goce y propiedad á otra persona.

La regla 3.ª, tomada de Molina, no del Código, según la cita, dice que ha de tenerse como mero usufructo la disposición que es *hasta día cierto*, y que entonces el nudo propietario adquiere su derecho desde la muerte del testador, y así lo transmite á sus herederos porque no es asignatario condicional: tal es la disposición del artículo 1087 del Código, que no podría dejar de citarse por comentador alguno que escribiera sobre nuestra ley en vigencia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La regla 4.ª va directamente contra lo dispuesto por el Código: así, bastaría para autorizar nuestro calificativo de ser estudios preparatorios y no comentarios del Código. Ella añade á la 3.ª una circunstancia: á la asignación directa ó inmediata *hasta día cierto*, le agrega el quedar la indirecta pendiente de una condición; al fin de la primera en día cierto, una condición para principio de la segunda. Esa regla une en verdad dos asignaciones: una, cuyo principio es absoluto y cuyo fin llega *en día cierto*, y otra, cuyo principio viene después de aquélla, pendiente de una condición y cuyo término el testador no pone. La regla 4.ª dice que entonces á la primera asignación se la considere no como usufructo, á pesar de que sea *hasta día cierto*, sino propiedad fiduciaria, sin acertar á ver que, para el asignatario inmediato, ha de llegar precisamente un término á su derecho, ese día cierto hasta el cual se le confiere, sin distinguir que la condición mira sólo al segundo asignatario, quien adquirirá ó no derecho conforme á lo que acaezca respecto al hecho condicional.

El artículo 1288 del Proyecto de 1853, correspondía á la regla 4.ª que el señor Bello se tenía para discurrir y pronunciarse sobre estas materias; pero, suprimida la excepción antes mencionada, "á menos que aparezca dejársele la propiedad fiduciaria", se ve que la Comisión Revisora despreció esta regla y dió lugar sólo á la 3.ª precedente. Si, según el artículo 1288 del Proyecto, una asignación que termina *en día cierto* puede, según los diversos casos, ser usufructo ó fideicomiso; según el artículo 1087 del Código, removida toda vacilación, ha de ser siempre, por el imperio de la ley, tenida como un mero usufructo, aun cuando á él haya de seguirle otra asignación que tenga principio *en el momento* de llegar *ese día cierto* ó de cumplirse una condición.

La regla 5.ª determina que toda asignación cuyo principio penda de una condición sea considerada siempre como un fideicomiso. Sin embargo, el artículo 1087, recién citado, establece, por el contrario, que se mire, no al comienzo, sino á la duración entera de la asignación, y que si ésta ha de terminar *en día cierto*, forzosamente se la tenga por un usufructo. De lo cual resulta que, si el comienzo de ella pende de una condición

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la asignación será un usufructo condicional, y como tal, no tendrá efecto, á virtud de la prohibición absoluta del artículo 768 del Código Civil.

Las reglas 6.ª y 7.ª no sirven para distinguir el usufructo de la propiedad fiduciaria; miran sólo á circunstancias de este último, de las cuales no todas fueron aceptadas por la Comisión Revisora, y algunas son, no exclusivas del fideicomiso, sino comunes á él y al usufructo. Ocioso sería detenernos en ellas, que ninguna importancia tienen en los puntos que estudiamos, Son buena comprobación de nuestro aserto, de que el señor Bello se las escribió para fijar sus ideas al proponer la ley sobre estas materias.

La regla 8.ª ha quedado, sin duda, en el espíritu del Código; era natural que éste, adverso al rigorismo y á lo casuístico de las antiguas leyes, atienda á la intención del hombre para decidir sobre los actos de su voluntad, no á las palabras que, por falta de precisión ó de pureza ó hasta de ese tino exquisito en el decir, pudieran hacerle traición.

VI

Natural, acaso indispensable corolario de nuestro estudio, ponemos aquí las reglas que, nos parece, se deducen de las disposiciones de nuestro Código Civil, tal como quedó en la última revisión y fué promulgado ley, para discernir si una disposición testamentaria ú otro acto jurídico cualquiera establecen una propiedad fiduciaria ó un usufructo:

1.ª La voluntad del instituyente, no opuesta á las prescripciones de la ley y expresada en debida forma, constituirá un fideicomiso ó un usufructo (arts. 10, 1080, 733 y 764 del Código Civil.)

2.ª Para conocer la voluntad del instituyente, se estará primero á las palabras de que se ha servido (artículos últimos de los citados y además los 1079 y 1069, inc. 1.º); y si ellas no son suficientemente claras, á la sustancia de la disposición (artículo 1069, inc. 2.º)

3.ª Si, expresada claramente la disposición, el instituyente calificare su acto con un nombre que no corresponde á la sus-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tancia de aquélla, será tenido como usufructo ó como propiedad fiduciaria según sea la sustancia y nó el nombre con que la calificó su autor. (Consecuencia de las dos reglas precedentes).

4.ª Si la materia es apta para usufructo é inepta para fideicomiso, habrá, en caso de duda, de tenerse como usufructo la disposición; á fin de no dejarla sin efecto (art. 1,069 citado); siempre que, por otra parte, no se contraríe ni desvirtúe ninguna disposición legal.

5.ª Si la ley califica como usufructo ciertas asignaciones, se las tendrá por tales, aunque el instituyente las quiera fideicomiso; y á la inversa, pues la ley está sobre la voluntad del hombre (arts. 1.º, 6 y 14 del Código Civil.)

6.ª Los derechos conferidos ó las obligaciones impuestas al llamado á la cosa sirven para determinar si se constituye un usufructo ó un fideicomiso, ya que la voluntad se manifiesta más cierta en sus efectos.

7.ª Toda propiedad fiduciaria precisamente ha de llevar una condición, esto es, un hecho incierto del cual penda la restitución; por tanto, no la habrá si al llamado al goce inmediato no se le deja la expectativa de obtener, á falta de cumplirse la condición, el dominio absoluto de la cosa (arts. 733 y 763, núm. 5.º)

8.ª Todo usufructo ha de tener precisamente un término, sin que jamás la propiedad, por voluntad del instituyente, haya de radicarse en el usufructuario (art. 765 del Código Civil); sin perjuicio de que, por otra causa, puedan concurrir en una misma persona los derechos de usufructuario y los de nudo propietario.

JOSÉ ANTONIO LIRA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LAS LOTERÍAS PÚBLICAS ANTE LA LEY, Y SUS precedentes.—Necesidad de prohibir su autorización ó, por lo menos, de circunscribirla y reglamentarla.

"Es lotería toda operación ofrecida al público y destinada á procurar ganancia por medio de la suerte.

"Los autores, empresarios, administradores, comisionados ó agentes de loterías no autorizadas legalmente, incurrirán en la multa de ciento á mil pesos y perderán los objetos muebles puestos en lotería.

"Si los objetos puestos en lotería fueren inmuebles, la pena será multa de mil á cinco mil pesos.

"En caso de reincidencia se les aplicará además la reclusión menor en grado mínimo".

(Arts. 275 y 276 del Código Penal chileno, tomados respectivamente de los artículos 301 y 302 del Código Penal belga).

I

En un interesante artículo publicado en la *Revista Económica* del 1.º del corriente, el señor don Zorobabel Rodríguez llama la atención al crecido desarrollo que las loterías públicas están tomando entre nosotros. El distinguido publicista estudia, bajo el aspecto social y económico, la naturaleza y peligros de estos verdaderos juegos de azar; y, pensando que la ley ha debido prohibirlos en absoluto, se hace esta pregunta: "¿Están ó nó prohibidas las loterías y rifas públicas por el Código Penal chileno? Á nuestro juicio, dice, lo están, por rezar con ellas las disposiciones que, relativamente á los juegos de azar que se juegan en público, en dicho Código y otras leyes y reglamentos, se encuentran consignadas".

Nuestra Legislación vigente no presta, por desgracia, fundamento á la creencia del señor Rodríguez; y, como el asunto no carece de interés y de actualidad, nos proponemos tratarlo bajo los aspectos insinuados en el epígrafe de este artículo, siquiera para que lo estudien otros con más tiempo y preparación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

II

Como se sabe, las loterías datan desde las saturnales de Roma. Para amenizar estas fiestas, Augusto estableció loterías de poco valor y gratuitas para el pueblo. Nerón las hizo extensivas á las fiestas en honor de la eternidad del imperio, y les dió gran suntuosidad, estableciéndolas de á mil billetes por día y con cuantiosos premios cada uno. Heliogábalo (los nombres no honran la institución), dividió los billetes en premiados y sin premio, imprimiendo sabor de azar á estas operaciones, que pronto echaron hondas raíces en las pasiones populares.

Así fué como estos juegos se hicieron tradicionales en Italia; y pasaron en 1520 á inocularse en las costumbres francesas con el nombre de *blanque*, á causa de los billetes blancos ó sin premio, pues los negros ó premiados eran pocos. La palabra *lotería*, que reemplazó á la *blanque*, se hace derivar de la voz francesa *lot*, parte, porción de botín, si bien algunos le asignan por origen la dicción italiana *lota*, lucha.

Las loterías empezaron por ser en Francia una institución privada y extraña á la intervención de la autoridad, hasta que Francisco I, en 1539, hizo de ellas un recurso de Estado para procurarse fondos con que sostener la guerra, siendo éste el primer ensayo de las loterías fiscales.

Generalizada la lotería en Italia y propagada en Inglaterra y en los Países Bajos, los parlamentos de estas naciones empezaron á reaccionar contra institución tan peligrosa. En el curso de los años de 1563, 1598, 1608 y 1609, el parlamento de París anuló los privilegios sobre loterías, y llegó hasta resistir el registro de las letras patentes que las autorizaban. Pero el gobierno despótico de Luis XIV vino á su vez á reaccionar contra la obra patriótica del parlamento, decretándose, en celebración del enlace de la hija del rey, una gran lotería oficial. Desde esta época, también, las loterías fueron establecidas como medio de procurar recursos nacionales. Es curioso al respecto el decreto de 1700 en que se hace hablar al rey de Francia de este extraño modo: "Habiendo notado S. M. la inclinación natural de sus súbditos á emplear su dinero en loterías particulares, y de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

seando procurarles un medio *agradable y cómodo* de hacerse de una renta segura para el resto de su vida y aun de enriquecer á sus familias... ha juzgado conveniente establecer en el Hotel de Ville de París una lotería real de diez millones».

El sistema penetró á Inglaterra en circunstancias que las necesidades de la guerra determinaron al mismo parlamento á votar, en 1694, una lotería real de un millón doscientas mil libras esterlinas. Por suerte, esta sesuda nación, después de muchas resistencias y de palpar los males de las loterías, pudo llegar á abolirlas por completo en el reinado de Jorge IV.

La Holanda, la ciudad de Ammersfort la primera, imitó el ejemplo francés, y luego este país, como tantos otros, se vió invadido con establecimientos de este género.

Siguiendo el proceso de la institución en Francia, cuya legislación sobre la materia sirvió de norma á la de Bélgica, fuente á la vez de la nuestra, tenemos que el reinado de Luis XV vió aumentarse desastrosamente el mal y recurrirse á la lotería en cada necesidad de fondos. Así se fundó la lotería de los huérfanos (1754), la de la escuela militar (1758), y la de piedad en 1762, hasta que, en vista de los abusos, el Consejo de Estado suprimió estas loterías en 1776, pero reemplazándolas por una nueva bajo el nombre de lotería real de Francia.

El vicio, fomentado desde arriba, se había hecho la ocupación habitual del pueblo, y fué necesario que una ley de 28 de vendimario del año H prohibiera las agencias de loterías extranjeras, las clandestinas de la de Francia y las loterías particulares. Pero, latente el mal con la lotería del Estado, hubo otra ley de brumario siguiente, de suprimir la lotería real de Francia, «como invención del despotismo, destinada á hacer callar al pueblo en su indigencia, engañándolo con una esperanza que no hace más que aumentar su miseria».

Sin embargo, esta bella conquista de la Revolución duró poco; que tal es la fuerza de los errores inveterados. Una ley de germidor del mismo año autorizó las loterías de bienes nacionales, y otra ley del año VI, bien que en vista de las circunstancias extraordinarias por que atravesaba el país, restableció la lotería real bajo sus antiguas bases.

Al lado de la lotería nacional no podía dejar de renacer la de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los particulares, y fué preciso que el artículo 410 del Código Penal de 1810 viniera á sancionar la prohibición en estos términos:

"ART. 410. Los dueños de casas de juego de azar en que se admita al público, sea libremente ó por presentación de los interesados ó afiliados, los banqueros de ellas, *los que sin hallarse autorizados por la ley tuvieren loterías*, y los administradores, encargados ó agentes de tales establecimientos, serán castigados con las penas de prisión de dos á seis meses y multa de ciento á seis mil francos; pudiendo, además, ser privados por cinco á diez años, contados desde el cumplimiento de la pena, de los derechos que se mencionan en el artículo 42 del presente Código. En todo caso, serán confiscados el dinero y efectos que se hubieren encontrado puestos en juego ó *rifa*, los enseres, instrumentos y útiles empleados ó destinados para uno y *otra*, y los muebles y efectos que adornaren las habitaciones".

Este artículo, limitado á castigar las loterías particulares no autorizadas por la ley, dejó subsistente la lotería del Estado; y puesto que la ley en vigor de 9 de vendimario del año VI tenía prohibidas en absoluto las loterías de los particulares, dejó también margen á la reacción de que otra ley reglamentaria viniera á autorizar estas loterías y á fijar la forma de la autorización. Por fortuna, inspirada en los votos de la opinión ilustrada en contra de la lotería nacional, la ley complementaria de 21 de mayo de 1836, al cumplir su cometido, abolió la lotería de Francia y circunscribió las permitidas á objetos determinados de beneficencia y de utilidad pública y á una autorización previa y reglamentada.

Por la importancia que, como precedente, puede tener esta ley para nosotros, vamos á traducirla en sus principales disposiciones:

"ARTÍCULO PRIMERO. Son prohibidas las loterías *de cualquiera clase.*

"ART. 3.º La contravención á esta prohibición será castigada con las penas que indica el artículo 410 del Código Penal.

"Si se trata de loterías de inmuebles, la confiscación dispuesta por dicho artículo será sustituida, relativamente al propieta-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rio del inmueble puesto en lotería, por una multa que podrá elevarse hasta el valor estimativo de dicho inmueble.

»En caso de reincidencia, la prisión y la multa podrán elevarse al doble del máximo señalado.

»ART. 4.º Estas penas serán aplicadas á los autores, empresarios ó agentes de loterías francesas ó extranjeras, ó de operaciones á ellas asimiladas.

»ART. 5.º Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo 1.º las loterías de objetos *muebles, exclusivamente destinadas* á actos de beneficencia ó de protección á las artes, cuando ellas sean autorizadas en la forma que se determinará en reglamentos de administración pública».

En cumplimiento de esta disposición, Luis Felipe dictó, en 29 de mayo de 1844, el siguiente reglamento:

»ARTÍCULO PRIMERO. La autorización para el establecimiento de loterías designadas en el artículo 5.º de la ley de 21 de mayo de 1836, será dada: por el prefecto de policía de París y departamento del Sena; y, en los otros departamentos, por los prefectos, á proposición de los maires. Esta autorización no se concederá sino para un solo sorteo, y expresará las condiciones del permiso en interés del orden y en el de los beneficiarios.

»ART. 2.º Los sorteos se harán bajo la vigilancia de la autoridad municipal en los días y horas que ella designe. La misma autoridad puede, cuando lo juzgue conveniente, hacer intervenir en esta operación á delegados suyos ó á comisionados agregados por ella.

»ART. 3.º El producto líquido de las loterías será íntegra y exclusivamante aplicado al fin para el cual han sido autorizadas, y así deberá justificarse en forma».

No contento con estas restricciones y garantías, el Ministro del ramo, en circular de 22 de diciembre de 1845, previno á los prefectos: que las sociedades de beneficencia que funcionan fuera de la vigilancia municipal no deben ser autorizadas para procurarse recursos por medio de loterías, sino con sumo discernimiento; y que los fines de beneficencia á que la ley restringe la autorización, deben tener un carácter general, es decir, aplicables á toda la comunidad y no á un objeto determinado ó individual.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por su parte, la Bélgica, que se regía por el Código Penal Francés, dictó, en 31 de diciembre de 1851, la ley reglamentaria que traducimos á continuación en la parte en que no ha sido reemplazada por el Código Penal Belga de 1867, fuente en este punto del nuestro.

"Leopoldo, etc.

"ARTÍCULO PRIMERO. Las loterías son prohibidas.

"ART. 7.º Se exceptúan... las loterías *exclusivamente* destinadas á objetos de piedad ó de beneficencia, de protección á la industria y á las artes, ó á todo otro fin de utilidad pública, cuando ellas son autorizadas:

"Por la Junta de Regidores, si la emisión de los billetes es hecha y anunciada sólo en la comuna de la provincia ó publicada en los diarios que en ella se imprimen;

"Por la Diputación Permanente del Consejo Provincial, si la emisión es hecha y anunciada en diferentes comunas de la provincia, ó publicada en los diarios que en ésta se imprimen;

"Por el Gobierno, si la emisión es hecha y anunciada ó publicada en más de una provincia.

"ART. 8.º Se exceptúan igualmente:

"1.º Las operaciones financieras de potencias extranjeras, hechas con primas ó reembolsables por medio de la suerte, cuando la cuota oficial haya sido autorizada por el Gobierno;

"2.º Las operaciones financieras de la misma naturaleza, hechas por las provincias ó comunas del Reino, así como las de sociedades anónimas ó tontinas, que se hacen accesoriamente reembolsables con primas por medio de la suerte, cuando ellas hayan sido autorizadas por el Gobierno.

"ART. 9.º Las excepciones indicadas en los artículos anteriores dejan de serlo si las loterías se extienden más allá de los límites bajo los cuales han sido autorizadas.

"Las contravenciones serán castigadas, según los casos, con las penas señaladas en la presente ley".

Bajo el imperio de esta ley se promulgó el Código Penal Belga de 1867, cuyos artículos 301 y 302, fuentes de nuestros artículos 275 y 276, están así concebidos:

"ART. 301. Son reputadas loterías todas las operaciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ofrecidas al público y destinadas á procurar ganancia por medio de la suerte.

"ART. 302. Los autores, empresarios, comisionados ó agentes de loterías *no autorizadas legalmente*, serán castigados con prisión de ocho días á tres meses y con multa de cincuenta á tres mil francos.

"Serán confiscados los objetos muebles puestos en lotería y los que se hayan empleado ó destinado á su servicio.

"Cuando un inmueble haya sido puesto en lotería, la confiscación no tendrá lugar, pero será reemplazada por multa de ciento á diez mil francos".

III

Bien se advierte que el Código Belga, nuestro modelo, partió del supuesto de que había, como en Francia, una ley especial que nosotros no teníamos ni tenemos, ley que, prohibiendo las loterías en general, autorizaba sólo algunas con fines exclusivos de beneficencia ó de bien público y con permiso de funcionarios designados y sujetos á reglas de jurisdicción y de garantías. Á estas restricciones y cautelas de la ley de 1851, se refirió inequívocamente el artículo 302 del Código Belga cuando empleó la frase *autorizadas legalmente*, pues sobre ser el de conformarse á la ley el sentido natural y jurídico de la palabra *legalmente*, del espíritu y de los precedentes que informan el artículo 302 del Código Penal Belga, se desprende el manifiesto propósito de restringir la autorización á sólo los casos de excepción indicados en la ley, y de no hacerla extensiva á otros que los permitidos ó autorizados por ella.

Acaso sin penetrarse bien de este alcance, el Legislador chileno tomó aisladamente las disposiciones del Código Belga; y sin ley especial que fijara los objetos y límites de la autorización, adoptó la frase *autorizadas legalmente* de este Código en el errado y general concepto de que bastaba el permiso de la autoridad pública, no designada tampoco en ley alguna, para hacer lícitas las loterías de toda clase.

Así, á lo menos, aparece de la única historia fidedigna que tenemos de los artículos 275 y 276 del Código Penal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En la sesión 57 de la Comisión Redactora del Proyecto, se comisionó á uno de sus miembros, el señor Rengifo, para que presentara una base de redacción. En la sesión siguiente, el señor Rengifo dió lectura al proyecto que se le había encomendado, estractándolo de los títulos V del Código Belga y del Español. En la sesión 60, de 2 de octubre de 1871, se entró, sin más antecedentes, á discutir el párrafo 6.º, que trata "de las infracciones de las leyes y reglamentos sobre loterías, casas de juego y de préstamo sobre prendas". Este epígrafe, tomado al pie de la letra del Código Belga, pudo revelar á la Comisión que sus términos suponían la existencia de leyes y reglamentos especiales, y que no era dado tomar aisladamente las disposiciones del Código, que no tienen más misión que sancionar la infracción de las leyes sobre la materia.

No fué así, y, por el contrario, la Comisión discurrió como si no hubiera ley y el Código bastara. "El señor Gandarillas, dice el acta de la sesión 60, impugnó la definición de la palabra *lotería*, que contiene el artículo, tomada del 301 del Código Belga, fundándose en que ella *no exige la intervención de la autoridad pública*, como debiera suceder ateniéndose al sentido que el Diccionario de la Lengua da á aquella palabra. Contestaron los señores Reyes y Rengifo, exponiendo que, en su concepto, la ley puede definir los términos técnicos que emplea de la manera que mejor convenga para la claridad de sus disposiciones, y que, además, en el caso presente, *sólo se reconoce como lotería legítima la que se hiciere con intervención de la autoridad pública*, castigándose las demás como contrarias á la ley; de modo que no difiere el sentido que da el Diccionario á la palabra *lotería* del que se le atribuye en el artículo, el cual fué aceptado sin cambio alguno".

Quedó así entendido y consagrado en la historia y mente de la ley que bastaba la mera intervención ó autorización de la autoridad pública para que las loterías de toda clase fueran legítimas ó *autorizadas legalmente.*

No se dijo, ni incumbía decirlo al Código de los delitos y penas, cuál fuera la autoridad pública competente, y es de creer que la Comisión dejó esta incumbencia á las leyes que marcan las atribuciones de los poderes del Estado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ninguna de estas leyes había designado la autoridad competente, y no es dable suponer que el Legislador, al emplear la frase *autorizadas legalmente*, que en su sentido obvio y jurídico significa en conformidad á la ley, entendiera con ello la observancia de los simples decretos supremos que se habían dictado con el carácter de transitorios y que, además, quedaban virtualmente derogados.

Como este punto se ha prestado á dudas y á aplicaciones inconsultas, le daremos algún desarrollo.

Antes de los aludidos decretos, no teníamos más disposiciones sobre loterías que las consignadas en los títulos 23 y 24, libro 12 de la Novísima Recopilación. El epígrafe del título 24 es *Prohibición absoluta de suertes y rifas*, y la ley primera se expresa así:

"Porque el *juego de rifar* es muy dañoso, y ansimismo el echar suertes, porque se rifan cosas de muy poco precio por doblado, y lo mismo es en las cosas que se echan en suertes; por ende mandamos que no se echen suertes, y tenemos cuidado *que no se dé licencia para ello.* Y en lo que toca á rifar, mandamos que las cosas que se rifaren sean perdidas".

Las demás leyes de los títulos acentúan la prohibición y sólo reservan al Rey, Legislador á la vez, la delicada facultad de conceder permiso para ciertas rifas. Esta prohibición, que únicamente el Monarca y Legislador podía dispensar, procurando aun no hacerlo, puede considerarse como absoluta en la Legislación española que nos regía, y mal é ineficazmente pudo un simple decreto, dictado bajo el imperio del régimen constitucional de la República, contrariar abiertamente una ley y atribuir á funcionarios subalternos una atribución á sólo el Soberano reservada.

Fueron principalmente inconstitucionales y por ello nulos los supremos decretos de 24 de agosto de 1858 y 12 de septiembre de 1859, pues ninguna clase de industria puede ser restringida como contraria á las buenas costumbres sino en virtud de una ley que así lo declare, y sólo en virtud de ley también se fijan las atribuciones de los funcionarios públicos. (Arts. 151, 160 y 37, número 10, de la Constitución).

Tan poco seguro de sus facultades se consideraría el Gobier-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no, que cuidó expresar que expedía dichos decretos con el carácter de "por ahora é ínterin se dicta otra disposición en la materia", disposición que no puede entenderse fuera otro decreto, porque habría sido ocioso é impropio decirlo, sino una ley, que era lo único indicado y correcto.

Por lo demás, tales decretos estarían siempre derogados. El último sobre bienes-muebles lo había sido expresamente por el de 21 de julio de 1860, y el de 1858 sobre bienes inmuebles lo ha sido por el Código Penal.

Este Código, en su artículo final, deroga las leyes y demás disposiciones preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan, y en su artículo 276 trata de loterías de muebles é inmuebles, y de que la autorización de ellas ha de ser legal, esto es, ó en conformidad á una ley especial ó por la autoridad pública que la misma ley designe. Queda así virtualmente anulada la autorización establecida en simple decreto, y, de consiguiente, derogado el de 1858, que atribuía á los intendentes una facultad que sólo la ley puede conferir. De otro modo, el Legislador que sabía estaba derogado el decreto de 1859 sobre rifas de bienes muebles, no habría hablado de éstas ó de autorización legal de ellas, y se habría limitado á sancionar la falta de autorización en las de inmuebles. De otro modo también, el Código Penal, en vez de hablar sólo de loterías no *autorizadas legalmente*, se habría referido á las que no lo fueran por decretos ó reglamentos, como lo hace en el artículo 281 sobre prendas, en el 288 sobre armas prohibidas, en el 314 sobre fabricación de sustancias nocivas, en el 320 sobre inhumaciones y exhumaciones, y, en general, siempre que se propone castigar la infracción de un reglamento y no sólo de una ley.

IV

Lo dicho pone de manifiesto que se impone á la tarea del Legislador completar, como en Francia y Bélgica, por vía de una ley especial y reglamentaria las disposiciones sustantivas del Código Penal. Mientras esto no suceda, la autoridad departamental puede creerse facultada para suplir la falta de ley, sin otra valla que su prudencia, en la que no es cuerdo ni posi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ble fiar tratándose de materia tan delicada y de efectos transcendentales á intereses y costumbres de todo el país. Y digo que pueden creerse así facultados los gobernadores, porque, en defecto de ley especial que restrinja, cautele y designe el poder de autorización, nos encontramos con que el artículo 18 de la ley de Régimen Interior faculta á los gobernadores para "conceder permiso para *todo* acto que la ley lo exija de autoridad competente, sin designar cuál sea ésta". Y como el artículo 276 del Código habla de autorización legal, entendida ella en el sentido que le dió la Comisión Redactora, evidente parece que está hoy en mano y arbitrio de los gobernadores de departamento legitimar todas las loterías públicas.

Sobre ser esto ocasionado á prodigar los permisos y á agravar un mal que amenaza crecer en proporciones, tiene el serio inconveniente de que, siendo los billetes de circulación general en el país, éste tiene que sufrir las consecuencias de un acto de autoridad subalterna y meramente local.

La ley complementaria es, además, reclamada por otros motivos no menos poderosos que los indicados.

Á diferencia del Código Francés, del Belga mismo, del Español y de otros que hemos podido ver, el nuestro, salvo el caso de reincidencia, tan fácil de evitar, fija únicamente penas pecuniarias. Bien se comprende que, consistiendo las loterías públicas en operaciones de entidad y de gran lucro, puede entrar la multa en el cálculo de los especuladores como gastos á cargo del público que se deja llevar ciegamente en estos juegos. Es cierto que también caen en comiso los objetos muebles puestos en lotería; pero no acontece lo propio en las loterías de inmuebles, que son las más cuantiosas y originadas á mayor especulación. Se hace, pues, necesario agregar en la ley alguna pena privativa de la libertad, como lo hacen los demás Códigos, de los cuales, no sabemos por qué motivo, se apartó el nuestro.

Después, la ley vendría á aclarar, en el sentido en que lo han hecho la jurisprudencia y las leyes francesas y belgas, la duda de si las disposiciones del Código Penal comprenden las loterías extranjeras, duda que ha dado margen á un proyecto de ley pendiente, y de que la ley penal debe estar siempre á cubierto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Sobre todo, la ley especial es exigida por la necesidad de restringir las loterías autorizadas, si se las deja, á casos muy calificados, y, á ejemplo de la ley belga, de señalar los funcionarios que las autoricen en condiciones de completa garantía y de jurisdicción sobre los lugares á que las rifas públicas extienden sus peligrosos efectos.

V

En el artículo á que al comenzar nos referimos, su autor considera que rigen con las loterías las disposiciones sobre los demás juegos de azar, y que, estando éstos prohibidos en absoluto, lo están por la misma razón aquéllas.

Ojalá fuera así; pero no lo es, como hemos visto y como lo enseñan los artículos 277, 278 y 279 del Código Penal, que prohiben en absoluto los otros juegos de azar sin que puedan ser autorizados en caso alguno. Se consagró para estos juegos el buen principio de su completa y bien sancionada prohibición, suprimiendo en los artículos del proyecto la frase "en que se hubiera admitido al público", y ésta otra, "*autorizados legalmente*", porque, como dijo el señor Reyes en la sesión 60, "juzga que en todo caso deben ser castigados los dueños de establecimientos de juego, sea que se les sorprenda con ó sin jugadores, *y porque no cree que entre nosotros debe esperarse una autorización legal para tales establecimientos.* La Comisión así lo acordó".

Sensible es que la Comisión no se hubiera inspirado en el mismo sano principio en materia de loterías, que son verdaderos juegos de azar, y que á éstos han sido asimiladas en la penalidad de otras legislaciones cultas. Habría cortado de raíz el progreso de un grave mal que nos amenaza y á cuya tolerancia no estábamos, ni aun estamos, ligados por tradiciones, como lo están otros países, que por lo mismo no pueden servirnos de modelo, en los cuales las pasiones y los hábitos inveterados resisten la obra redentora del Legislador y le impiden dar cima á la reforma radical.

Además de esta tendencia, cada día más acentuada, de las legislaciones de las naciones cultas, tenía la Comisión el bello

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ejemplo de Inglaterra que, después de haber visto las loterías en su administración y en sus costumbres, las proscribió del todo como *dañinas* á la sociedad. Hasta la antigua legislación española que nos regía las había proscrito; y el Gobierno mismo que las había autorizado, persuadido por «la experiencia, que las rifas han ofrecido graves inconvenientes y abusos que no han podido evitarse con las prescripciones dictadas con este fin», dictó el citado decreto de 1860, prohibiendo en absoluto las rifas de bienes muebles, que eran las más frecuentes y en las que había sido dado palpar los abusos.

Por último, debe alentar al Legislador á establecer cuanto antes la prohibición absoluta de las loterías y á asimilarlas á los otros juegos de azar, la noción que de ellas suministran la ciencia y la experiencia, sobre todo la experiencia de países vecinos, como la Argentina y el Perú, en donde el juego habitual de las rifas tanto ha quebrantado el espíritu de trabajo y ahorro y maleado las costumbres.

Para dar autoridad á estos conceptos y poner fin á nuestra tarea, creemos oportuno transcribir y dar segunda publicidad á algunos pasajes del importante artículo del señor Rodríguez:

«Las loterías, dice, consideradas en sí, constituyen verdaderos juegos de azar; y no como quiera, sino juegos de azar en que el tallador, sin correr riesgo alguno, hace pasar á sus bolsillos el dinero de los inexpertos jugadores. No debe extrañarse, por lo tanto, ni que siempre se hayan encontrado en abundancia los talladores, ni que ellos hayan caído en varios países bajo las prihibiciones y castigos de la ley penal.

«Al fin de cuentas, es el ahorro bajo sus diversas formas el que suministra, con el dinero acopiado á fuerza de constantes privaciones, los fondos para el juego. La riqueza pública disminuye, el espíritu de imprevisión se propaga, cunde la fiebre de las especulaciones temerarias y van á invertirse en suntuosas obras de ornato, de diversión ó de utilidad problemática, capitales que, depositados en las cajas de ahorros ó invertidos en objetos productivos por los compradores de billetes, habrían contribuído poderosamente al adelanto material, moral é intelectual del pueblo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

«Por lo demás, al expresar sobre las loterías las ideas que quedan formuladas, no hacemos otra cosa que mostrarnos fieles á las tradiciones de los maestros de la ciencia económica y de los más distinguidos publicistas y jurisconsultos.

«Los legisladores, escribió Juan B. Say, refiriéndose á las loterías fiscales, que sancionan un semejante impuesto, autorizan todos los años un cierto número de robos y de suicidios. No hay ningún pretexto que autorice la provocación al crimen».

«Otro economista, M. de Lavallé, escribió en el *Diccionario de la política* de Block: «Si se ha reconocido que, bajo el punto de vista moral, la lotería tiende á excitar algunas de las peores pasiones que dormitan en el corazón del hombre, no es menos funesta, desde el punto de vista económico, como que la economía política tiene mil motivos para condenar una industria aleatoria en que la riqueza, cuando llega, no llega como fruto del trabajo y recompensa del esfuerzo, en que la fortuna no puede levantarse para unos sino sobre la ruina de los otros, ni puede ser, en consecuencia, durable ni fecunda. En fin, por el aspecto político, no hay cordura en dejar abierta una escuela de desmoralización, que atrae principalmente á las clases pobres, burlando sus aspiraciones, explotando su credulidad y concluyendo por excitar sus peores instintos; haciendo más dura su miseria y más honda su desesperación».

AGUSTÍN RODRÍGUEZ

Tacna, mayo de 1890.

LA PENA DE MUERTE EN CONCURRENCIA CON OTRAS

En opuestos sentidos habremos de apreciar y resolver la presente cuestión, si la estudiamos á la luz de los principios rigurosos del Derecho ó dentro del terreno de nuestra legislación positiva.

La ciencia penal nos enseña, de acuerdo con la razón y la naturaleza humana, que la pena de muerte es, por su carácter propio, exclusiva de todas las otras de que se ocupa.

Puesto que las leyes se dictan para ser ejecutadas, no puede

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el Legislador ponerse en el caso de que su ejecución quede sin efecto; cometería gravísimo error filosófico si, junto con señalar la pena con que un delito hubiera de castigarse fuese á contemplar la situación especial que se creaba al delincuente en el caso que esa pena no se cumpliera.

El derecho de gracia ó de indulto no puede tomarse en cuenta para la fijación de las penas, porque, si ellas son necesarias, no se deben perdonar; y si no lo son, no deben pronunciarse.

Este derecho, sin embargo, existe desde los tiempos más remotos en las instituciones judiciarias de todos los países y se conserva como un resto del antiguo sistema de legislación en que todos los poderes del Estado se hallaban reunidos en la persona del príncipe, quien decidía las contiendas y castigaba ó absolvía á los culpables, según su prudencia y capricho.

Según dice Bentham, "en los casos en que la pena haría más mal que bien, como después de algunas sediciones, conspiraciones y desórdenes públicos, el poder de perdonar no es solamente útil sino necesario. Estando previstos é indicados estos casos en un buen sistema legislativo, el perdón que se aplica á ellos no es una violación sino una ejecución de la ley; pero los perdones no motivados, efectos del favor ó de la facilidad del príncipe, acusan á las leyes y al Gobierno: á las leyes, de ser crueles con los individuos; al Gobierno, de ser cruel con el público. Es necesario que la razón, la justicia y la humanidad falten en alguna parte, porque la razón no está en contradicción con ella misma, la justicia no puede destruir con una mano lo que hace con la otra, la humanidad no puede ordenar que se establezcan penas que protejan la inocencia y se concedan perdones que fomenten el delito".

Como quiera que los autores sostienen que en teoría, jurídicamente hablando, el indulto no debe existir porque él sólo significa relajación por obra de un poder extraño de la pena impuesta por la ley; todos, sin embargo, lo aceptan en la práctica y enumeran los casos y las condiciones en que es lícito concederlo.

"En tales casos, agrega el célebre criminalista Pacheco, queda intacta la eficacia de las penas, queda intacta la prevención, porque un hecho excepcional, raro, acompañado de circuns-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tancias especiales, no destruye el efecto natural de las leyes; y al propio tiempo la justicia legal y la justicia moral, que por la imperfección de nuestra naturaleza no siempre se encuentran en un mismo punto, pueden quedar satisfechas y cumplidas á la vez. El tribunal llena sus deberes; la ley conserva su prestigio, llegando hasta cierto límite su ejecución; la sociedad ve afirmadas sus bases, y la humanidad, al mismo tiempo, no tiene que llorar sobre los errores y las imperfecciones de su destino, ni que alarmarse por la imposición de una pena al que en su conciencia no la merecía».

En todas las legislaciones modernas se ha aceptado, pues la facultad de conceder indultos particulares, como una de las atribuciones privativas del jefe del Estado, el que debe ejercitarla ya sea por sí solo, ya con el acuerdo de otras corporaciones.

En Chile, el Presidente de la República hace uso de esta prerrogativa, de acuerdo con el Consejo de Estado, conforme á lo dispuesto por el número 15 del artículo 73 de la Constitución Política. Por regla general, para conceder el indulto ó conmutación de la pena, aquel funcionario procede á solicitud del reo; pero cuando se trata de sentencia que impone la pena de muerte, ésta no se ejecuta en ningún caso sin que préviamente sea consultado el Consejo de Estado, á virtud de lo prescrito por el decreto supremo de 11 de agosto de 1876. El tribunal de término, inmediatamente después de expedir la sentencia condenatoria, debe enviarle copia de ella, exponiendo al mismo tiempo las consideraciones que, á su juicio, aconsejen conmutar ó llevar á efecto la pena.

Esta especialidad, que nuestro Derecho establece en favor de la pena capital, permite, sin duda alguna, al juez que se ve en la dura necesidad de aplicarla, contemplar en su fallo condenatorio una situación legal que puede presentarse sólo en el caso de que dicha pena no se ejecute. Y acaso no sería aventurado sostener, para ser lógicos, que sus facultades debieran llegar hasta prescribir lo que en tales casos habría de hacerse; bien que, por otra parte, ello equivaldría á imponer en una misma sentencia dos penas alternativas y enteramente desiguales, ya que la de muerte es, por su esencia misma, diversa é infinitamente superior á las demás.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Buenos ó malos estos principios, han sido sancionados expresamente en nuestro Derecho Positivo y puestos en relación con otras disposiciones del mismo, nos permiten llegar á la solución del punto cuyo estudio nos ocupa.

Dispone el artículo 74 del Código Penal que "al culpable de dos ó más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes á las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, ó si de ello hubiera de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves, ó sea, las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido *cualquiera otra pena de las comprendidas en la escala gradual número 1.*

Las penas de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro pueden concurrir, pues, con cualesquiera de las otras comprendidas en la escala gradual número 1 del artículo 59. La primera de las penas que esta escala contiene es la de muerte; vienen en seguida las de presidio ó reclusión perpetuos, presidio temporal y prisión en sus diferentes grados. No cabe duda, por lo tanto, que un individuo puede ser condenado á muerte y al mismo tiempo á cualquiera de las otras penas que señala el inciso segundo del artículo 74; y como entre esas cuatro penas y todas las otras de que el Código se ocupa, éste no establece distinción alguna, es forzoso deducir que con todas ellas puede concurrir la de muerte.

Las penas acumuladas deben cumplirse, sino simultáneamente, en orden sucesivo, empezando por las más altas. La más alta de todas es la de muerte; si ésta se ejecuta, como debemos suponerlo, porque la ley no ha podido imponerla por mera fórmula ¿cómo se ejecutarían las otras con que en la sentencia condenatoria se acumula?

Ello es natural y filosóficamente imposible: las penas inferiores deben quedar, en consecuencia, sin aplicación.

La acumulación ordenada por el artículo 74 puede así llegar á ser inaplicable y el Legislador habría sancionado entonces un principio erróneo y defectuoso. Ello es indudablemente cierto, y por desgracia no es éste el único lado vulnerable que ese

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

artículo presenta; que en otra ocasión, estudiando su inciso primero, hemos tenido oportunidad de manifestar los absurdos á que la aplicación de sus disposiciones puede llevar á los Tribunales, que á veces han tenido que imponer á un mismo individuo hasta ciento veinticuatro años de presidio.

Pero, como quiera que sea, si el error es de la ley, sólo otra ley puede enmendarlo. Entretanto, el juez no puede hacer otra cosa que aplicarla estrictamente, aunque en esta aplicación haya de llegar á extremos á todas luces inaceptables, imponiendo penas imposibles de cumplir ó que por su propia naturaleza son exclusivas unas de otras.

Hay, con todo, en nuestro Código Penal otras disposiciones que, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 74, manifiestan que la pena capital puede en una misma sentencia concurrir con otras, ó más bien, que ordenan la acumulación.

Dice el artículo 27: "La pena de muerte, *siempre que no se ejecute al reo*, y las de presidio, reclusión y relegación perpetuos, llevan consigo la de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida de los penados y la de sujeción á la vigilancia de la autoridad por el máximun que establece este Código".

Estas últimas penas, cuando concurren como accesorias de las cuatro primeras, porque las llevan consigo por ministerio de la ley, deben ser expresamente impuestas al reo por el Tribunal siempre que á aquellas le condenare, de conformidad con lo ordenado por el artículo 76 del mismo Código.

El Legislador ha contemplado, como se ve, el caso de que la pena de muerte no se ejecute ó que las de presidio y reclusión perpetuos lleguen á conmutarse por otras, puesto que ordena que junto con ellas se impongan algunas de las penas de que se ocupa en la clasificación general que de ellas hace en el artículo 21, y que toman el nombre de accesorias sólo con relación á ellas, puesto que figuran como principales en varios delitos que el mismo Código define y castiga, sobre todo, tratándose de algunos de aquellos que los empleados ó funcionarios públicos pueden cometer en el ejercicio de sus funciones.

Y si con la pena de muerte y las perpetuas concurren las de inhabilitación y suspensión, tratándose de un solo delito, no se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ve qué razón podría alegarse para que no pudieran concurrir cualesquiera de las otras de que el Código se ocupa conjuntamente con aquéllas, cuando se trata de aplicar el principio sancionado por el artículo 74, de que ningún delito quede sin castigo y que se acumulen al reo las penas que las diferentes infracciones que ha cometido lleven consigo.

Creemos, en resumen, que la pena de muerte y las de presidio y reclusión perpetuos no sólo pueden concurrir con cualesquiera de las otras de que el Código se ocupa, sino aún que deben concurrir forzosamente cada vez que haya necesidad de aplicar el precepto contenido en el artículo 74, el cual no contiene más excepción que la que señala el artículo 75 y que se refiere al caso de que un solo hecho constituya dos ó más delitos ó cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.

Veamos ahora cuál es la jurisprudencia de los Tribunales de justicia, cuál la interpretación que en la importante materia de que nos ocupamos se ha dado á la ley por los encargados de aplicarla.

Desde la vigencia del Código Penal y hasta hace pocos años todas las Cortes han aplicado uniformemente el artículo 74 sin limitación alguna, fuera de la ya señalada, y así no han sido raros los fallos en que á un mismo procesado se condenaba á la pena capital; y para el caso que ésta no se ejecutara, además de las accesorias que lleva consigo, á otras como las de presidio y reclusión temporales ó perpetuas y multas, en que por los demás delitos que en el mismo proceso se pesquisaran había incurrido. Hasta ha habido ejemplo de reo á quien se haya condenado á muerte dos veces, la segunda para el caso que la primera no se ejecutara. No recordamos la fecha precisa de este último fallo, pero, según nuestros recuerdos, fué expedido por el juez letrado de Los Ángeles y confirmado en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de Concepción.

Sin embargo, esta jurisprudencia ha dejado de ser ya uniforme, ó más bien, se notan en los Tribunales superiores tendencias enteramente opuestas á las que antes predominaban, y la Corte Suprema ha sido la primera en establecer la nueva doctrina.

En la sentencia expedida en aquel famoso proceso contra

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los autores de los crímenes de que fué víctima la familia Dubray, sentencia que lleva fecha 8 de agosto de 1888, la Excelentísima Corte, modificando el fallo de primera instancia, consignó el siguiente considerando:

"Que la pena de muerte, la más grave de todas, es, por su naturaleza, exclusiva de las demás penas, no pudiendo, cuando ella se impone cumplirse ninguna otra sucesiva ni simultáneamente; por lo cual no es aplicable al presente caso el artículo 74 del Código Penal, que estatuye que deben penarse las diversas infracciones, debiendo empezar el cumplimiento por la más grave, si no pudieran cumplirse simultáneamente".

Por mucho respeto que nos inspiren las resoluciones del primer Tribunal de la República, nos es forzoso reconocer que la de que nos ocupamos es, hasta cierto punto, contradictoria con los fundamentos que le sirven de base. Si dejó sin castigo algunos de los delitos cometidos porque á uno de ellos se impuso la pena de muerte, con la cual no puede cumplirse ninguna otra sucesiva ni simultáneamente, tampoco debió hacer concurrir con ella las de inhabilitación y suspensión que en análogas condiciones se encuentran. En una palabra, si desatendió el contexto expreso del artículo 74, debió del mismo modo prescindir del de los artículos 76 y 27.

Idéntica doctrina á la sancionada por la Corte Suprema en el caso de la familia Dubray estableció la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo en segunda instancia del proceso contra José Tomás Montecinos, Oliverio Ramos y Anacleto Reyes, en la sentencia número 2,184, publicada en la *Gaceta* de 14 de agosto de 1889.

La sentencia apelada, hábilmente expedida por el ilustrado y laborioso juez del crimen de Santiago señor don Luis Vial Ugarte, contenía, respecto del tercero de los reos mencionados, la siguiente declaración que la Corte dejó sin efecto por los mismos fundamentos aducidos en el fallo de la Suprema:

"2.° Para el mismo caso de no ejecutarse la pena de muerte, condeno á Anacleto Reyes, por el robo á Juan Evangelista González, á un año de presidio menor, que se contará desde la fecha de su captu

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ra, que lo es el 11 de abril de 1888, en el caso de que la pena de muerte fuere conmutada en alguna de las que señala la parte final del inciso 2.° del artículo 74 ya citado; pero si con la conmutación se impusiese pena de presidio ó reclusión mayor, la pena de presidio menor que impone esta sentencia la cumplirá después de aquélla y continuadamente».

Fuera de éstos, conocemos otros dos procesos en que la cuestión que estudiamos se ventila, pero en ellos no se ha expedido aun sentencia de término. Pende uno, contra Regis Quintana y otros, de la consideración de la Corte Suprema, y el segundo, contra Javier Córdoba, se tramita en segunda instancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Ambos han sido fallados también en primera instancia por el señor Vial Ugarte, quien, además de la pena de muerte, ha impuesto á los reos otras á que los han hecho merecedores los delitos de que se hicieran responsables.

Reproducimos en seguida los fundamentos de la sentencia condenatoria de Córdoba, en los cuales se plantea y resuelve magistralmente la proposición que sirve de encabezamiento al presente trabajo:

«Considerando:

«1.° Que para aplicar lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal en este caso, habrá que considerar la pena de muerte en concurrencia con otras penas legales;

«2.° Que aunque la pena de muerte, la más grave de todas, es por su naturaleza exclusiva de las demás, sin embargo, tal exclusión procede sólo cuando la pena se ejecuta;

«3.° Que por lo dispuesto en el artículo 1.° del reglamento de 11 de agosto de 1876, en ningún caso se aplicará la pena de muerte impuesta por sentencia de los Tribunales ordinarios, sin que sea previamente consultado el Consejo de Estado, y que esta especialidad de tal pena permite al magistrado judicial establecer en su fallo una situación legal que pueda tener efecto en el solo caso de no ejecutarse la pena;

«4.° Que la concurrencia de la pena de muerte con las demás, está expresamente declarada como procedente en el citado artículo 74, pues expresamente se refiere á las penas comprendidas en la escala gradual número 1, y en esta escala, la primera de las penas es la de muerte;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"5.° Que si lo expuesto en el anterior considerando importa un manifiesto error filosófico y jurídico,en el cual ha incurrido el Legislador es al Legislador mismo á quien corresponde enmendarlo, pero no al juez, quien por mandato expreso de la ley, para interpretarla, debe atender ante todo á su tenor literal;

"6.° Que el Código Penal, en su artículo 27, ordena expresamente que, aplicando la pena de muerte se apliquen también las penas que el mismo artículo señala, para el caso que dicha pena no se ejecute.

"7.° Que las penas á que se refiere el artículo 27, señalándolas como accesorias, no participan de una condición legal diversa á la de cualquiera de las otras penas, pues el artículo 21 del Código citado las enumera conjuntamente con todas las demás, y sin hacer distinción alguna entre ellas: y por consiguiente, si pueden concurrir con la pena de muerte las que señala el citado artículo 27, pueden también legalmente concurrir todas las otras señaladas en el artículo 21, y deben concurrir, porque así lo ordena el artículo 74;

"8.° Que como la aplicación de otras penas en concurrencia con la de muerte se hace condicionalmente para el caso de no ejecutarse ésta, resulta que realmente este sistema no importa ni una contradicción ni una exclusión verdadera".

Puede ser que los dos Tribunales ante los cuales penden los procesos á que hemos hecho referencia, haciendo cumplida justicia á la brillante argumentación del juez *a quo*, confirmen sus fallos y vuelvan por la antigua doctrina, que es, á nuestro juicio, la única conforme con las disposiciones expresas del Código Penal.

Para concluir séanos permitido citar en apoyo de nuestro aserto la opinión autorizada del mismo Legislador, que antes que nosotros ha reconocido el error jurídico que sanciona el artículo 74, para cuya reforma en 1877 se presentó á la Cámara de Diputados un proyecto de ley que entre otros contiene el siguiente precepto:

4.° *Las penas de muerte y de presidio ó reclusión perpetuos absorben todas las demás penas.*

Si esta reforma se propone es porque, según la disposición actual del artículo 74, la pena capital y las perpetuas no absorben ó excluyen las demás; que de no ser así, la modificación no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tendría objeto. Pero mientras ella no esté expresamente incorporada en la ley, no es posible desatender el tenor literal de la misma, aunque él esté en abierta contradicción con la naturaleza humana y con los principios fundamentales del Derecho.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 18 de julio de 1890.

EL PAPEL MONEDA ANTE LA LEY CIVIL Y COMERCIAL

I

El papel moneda, distinto de la moneda de papel, no es más que un título de crédito á plazo indefinido, de pago incierto, y que sólo representa el valor que le dan la oferta y la demanda, que le imprimen su precio corriente.

Se ha creado para llenar urgentes necesidades del Erario ó para salvar instituciones bancarias, que con su ruina pueden comprometer intereses públicos.

Los billetes de banco, que se llaman moneda de papel, circulan sólo por la confianza que inspira el establecimiento ó negociante que los emite.

El papel moneda se encuentra siempre sujeto á una perpetua mutabilidad de valor, al paso que el billete, moneda de papel, pasa al banco que los puso en circulación con su valor igual.

El papel moneda no es más que el billete de banco inconvertible, ó bien, una promesa de pago indefinida ó dentro de un tiempo más ó ménos largo que lo señala la ley, y que puede ser prorrogado si subsisten las necesidades que dieron lugar á su circulación.

Cada vez que un Gobierno ha hecho uso de este recurso extremo, el papel moneda ha producido siempre fatales resultados en razón á que perturba los cambios y los valores, por no poder mantener el valor escrito que le da la ley al convertirlo en moneda de curso forzoso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El billete de banco es una promesa escrita de pagar al portador y á la vista en especies metálicas el importe de la suma que expresa. Mas cuando un establecimiento bancario que ha emitido billetes teme que se presenten á cambiarlos por metálico y no cuenta con lo bastante para satisfacer estos compromisos por el abuso en la emisión que ha hecho de billetes en circulación, la ley viene entonces en su auxilio y establece que los particulares los tengan como moneda y en tal carácter obliga á que se reciban en las transacciones privadas.

El curso forzoso consiste entonces en recibir en pago billetes que expresan una suma en moneda, dispensando al que los emite de pagar en el acto de su presentación el valor que ellos representan en la verdadera moneda; y hé aquí por qué desde que la ley les da ese privilegio, se denominan *papel moneda.*

De aquí nacen, entre otras obligaciones, unas contra los particulares que es la de recibir en pago los billetes á que la ley les da ese carácter especial, y otras á favor de quien los emite, de no reembolsar al portador su valor en moneda.

II

Para poder comprender el alcance de las cuestiones que vamos á tratar referentes al papel moneda en relación con la ley civil, es preciso entrar en algunas consideraciones especiales que se rozan con ellas, á fin de dejar establecidos ciertos antecedentes que nos han de servir de base.

Se llama *riqueza* toda cosa material y útil, apropiada por una sociedad ó por un individuo.

La verdadera causa ú origen del valor, es la *demanda.*

La moneda no es más que una cantidad económica, que puede el deudor compeler al acreedor para que la reciba y le dé por extinguida su deuda por medio de esta operación, que se denomina *pago.*

La moneda nació de la necesidad de evitar las dificultades que presentaba la permuta de objetos, buscando entonces un algo que sirviera al cambio. El hierro, el cobre, el bronce, la plata y el oro usados desde muy antiguo vinieron á satisfacer

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

esta necesidad bajo la forma de piezas ó discos, y se llamó entónces *moneda* ó *numerario.*

La moneda no es más que un instrumento para los cambios en el comercio humano. No es, pues, un signo, como lo han creído muchos, sino una evidente realidad.

Descubiertos estos artículos de riqueza, que reunían las cualidades del cambio, la moneda fué entonces arreglada por ley de cada Estado en su calidad y cantidad, llevando, por supuesto, el sello correspondiente, y poco á poco fué una mercadería universal; pero su fabricación era una prerrogativa que se concedió al jefe de cada Estado, en virtud de la confianza que inspiraba tan alto personaje, estableciéndose al mismo tiempo como regla invariable, que la moneda sólo vale por la cantidad de metal fino que contiene.

III

El billete de banco no es moneda, porque es necesario saber qué valor tiene en moneda, y esto depende únicamente de la seguridad con que se obtiene su conversión. Si el banco que emite el billete lo cambia sin dificultad por moneda, es igual entonces á la moneda que representa.

El curso forzoso que la ley da al billete, liberta, indudablemente, al banco emisor de la obligación de satisfacer en moneda su importe, y por eso el tenedor de él, que se ve obligado á pagar en moneda lo que debe, ve alterado su valor, porque decae su estimación.

El curso forzoso produce irremediablemente la escasez del numerario, y este vacío trae la alteración que se manifiesta en la existencia y en la demanda. El valor decae y la ley no podrá jamás equilibrar el estado de una y otra clase de moneda.

En abril de 1790 apareció en Francia el papel moneda por una emisión de cuatrocientos millares de libras en billetes, la que subió más tarde á cuarenta y cinco millones de libras, y por supuesto que el valor efectivo de este papel llegó á cero.

El 27 de febrero de 1797, el Banco de Inglaterra suspendió los pagos en moneda y se creó el papel moneda, ó sea, el billete de curso forzoso. Al principio no tuvo depreciación, porque

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contaba con el apoyo del país y del comercio; pero la ley de 3 de mayo de ese año salvaba el derecho privado, porque declaraba que los billetes representaban exactamente la moneda que expresaban y porque se disponía que los pagos que con ellos se hicieran, serían considerados como hechos en metálico, *siempre que fueran ofrecidos y aceptados en esa condición.* Sin embargo, poco tiempo después, la depreciación se manifestó y llegó á la tercera parte en su relación con la moneda.

En 1821 el Banco volvió á la conversión pagando los billetes en oro y á la par.

IV

Veamos ahora en qué se funda la doctrina del curso forzoso.

Si recorremos la historia, no encontraremos una causa que legitime su existencia, y sólo tendremos que debe su origen á las exorbitantes facultades del Congreso para dictar leyes en los países republicanos y en las del soberano en los restantes, que hacen imprimir valor arbitrario á la moneda, con lo que limitan la facultad de contratar, haciendo obligatorio en las transacciones privadas, un valor que en realidad no tiene el papel moneda.

Nace, pues, el curso forzoso en medio de los grandes conflictos para subvenir á necesidades del servicio público.

Su aparición significa la sociedad en peligro, la causa pública comprometida, y por eso su implantación obedece á reglas especiales, ó bien, según otros, el papel moneda es el resultado de especulaciones de la fuerza contra el derecho, á sabiendas de que él, en todas partes, ha producido y producirá fatales resultados, sea cual fuere la forma en que se adopte.

V

Entre nosotros, el curso forzoso no es desconocido, y los efectos que ha producido son tan fatales como los que se han visto en otros países.

La ley de 23 de julio de 1878 estableció que desde su promulgación hasta el 31 de agosto de 1879 se consideraran como

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

moneda legal para la solución de todas las obligaciones que deban cumplirse en Chile, contraídas antes ó con posterioridad á esta ley, y cualquiera que sea la forma en que se hayan otorgado, los billetes de banco á la vista y al portador, emitidos por los bancos enumerados en la ley de 27 de junio. Á los bancos á que se refiere esta ley, se les otorgó el privilegio de que sus billetes fueran recibidos en las oficinas públicas por su valor nominal.

En este estado de cosas, apareció la ley de 10 de abril de 1879, que autorizó al Presidente de la República para emitir, ya directamente, ya por medio de los bancos de emisión establecidos en la República, hasta seis millones de pesos en billetes al portador, de curso forzoso, que serían moneda legal para la solución de toda especie de obligaciones, cualesquiera que sean su fecha y los términos en que están otorgadas, no pudiendo la emisión de los bancos exceder de quince millones.

Por ley de 26 de agosto de 1879, se autorizó al Presidente de la República para emitir hasta seis millones en vales del Tesoro al portador, de mil pesos cada uno, de curso forzoso, los que serían moneda legal para la solución de toda especie de obligaciones, cualesquiera que sean su fecha y los términos en que estén otorgadas.

Por leyes posteriores se han ido aumentando las emisiones de billetes inconvertibles y los privilegios á favor de determinados bancos de la República.

De manera que, al presente, en Chile existen en circulación enormes sumas de billetes inconvertibles, por privilegios que se han ido otorgando y sin que se vea cercano el día en que pueda ser obligatoria su conversión en metálico.

Por esta razón, el 31 de enero del corriente año sólo existían en los Bancos, en dinero y especies metálicas, la insignificante suma de 1.338,861 pesos en esta forma:

	Pesos
Banco Comercial de Chile	
Metálico..	5,562 97
Banco Popular	
Metálico..	2,400 72

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Banco D. Matte y Compañía

	Pesos
Metálico..	5,371 65
Banco de Santiago	
Metálico..	46,033 09
Banco de Talca	
Metálico..	3,672 21
Banco de Melipilla	
Metálico..	3,581 21
Banco Nacional de Chile	
Metálico y especies metálicas.	398,138 62
Banco de Curicó	
Metálico..	5,794 93
Banco del Ñuble	
Metálico..	1,764 94
Banco de Concepción	
Metálico..	37,398 62
Banco Agrícola	
Metálico..	6,336 92
Banco José Bunster	
Metálico.	4.903 88
Banco de Valparaíso	
Metálico..	287,929 93
Banco Crédito Unido	
Metálico.	466 13
Banco de la Unión	
Metálico.	9,730 26

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Banco A. Edwards y Compañía

	Pesos
En oro.	474,324 03
En plata.	33,185 85

Banco Mobiliario

Metálico.	8,265 20
Total de la existencia en oro y plata.	1.338,861 01

Los bancos privilegiados registran en el año de 1889, la enorme suma, en billetes de curso forzoso, de 17.905,293 pesos 50 centavos. De manera, que si se compara esta cantidad de papel con la existencia en dinero que tienen, se verá que aún es poca todavía la depreciación qne tiene en Chile el papel moneda, cuyo cambio, por término medio, ha sido en ese año entre 25 y 26 peniques por peso de moneda legal. La depreciación del billete es entonces de un 96 á un 98 por ciento, lo que nos indica que un peso de nuestro papel moneda sólo vale en realidad unos 52 á 55 centavos.

Ahora si comparamos el metálico existente en los principales bancos de emisión de Europa, al terminar el mes de diciembre de 1889, veremos á cuán inmensa distancia quedamos nosotros. Hé aquí ese dato:

Inglaterra.—713 millones de francos, casi todo en oro.

Francia.—1,016 en oro y 1,232 en plata, que en junto hacen un total de 2,248 millones de francos.

Imperio Alemán.—1,091 millones de francos casi todo en oro.

Rusia.—841 millones de francos en oro y 5 en plata; total 846 millones.

Austria-Hungría.—198 millones de francos en oro y 385 en plata, que suman 583 millones.

España.—67 millones de francos en oro y 205 en plata; total, 272 millones.

Nacional italiano.—241 millones en oro y 41 en plata; total, 251 millones.

Bélgica.—40 millones de francos en oro y 50 en plata, que suman 90 millones.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Y el total general de todos ellos es de 7,123 millones de francos, de los cuales dos tercios son oro y un tercio plata.

VI

Muchas leyes sobre inconvertibilidad han herido de frente al comercio y al derecho privado de los asociados, y, lo que es peor, se les ha dado un efecto retroactivo, como no ha sucedido en país alguno civilizado. Ellas han destruído el derecho ajeno, hiriéndole de frente y más que eso, han olvidado preceptos terminantes de nuestra legislación, si es que en la práctica se les diera la amplitud que ellas indican.

Para nosotros toda letra se debe pagar en la moneda que ella designe, y si la moneda que se indica no tuviese curso en el Estado, la cantidad que representa la letra se debe reducir á moneda corriente al cambio del día de su vencimiento en el lugar del pago. Así lo aconseja el régimen comercial, y si así no fuera, no habría tampoco pago legítimo; puesto que para que exista debe hacerse de la misma cosa debida, salvo que el acreedor consienta en recibir otra cosa en pago de lo que se le deba.

De estos principios deducimos que para saldar una deuda con billetes de curso legal, es preciso dar entonces en esta moneda la cantidad que ella equivalga á la obligación, tomando en cuenta su depreciación, ó mejor dicho, el cambio, para que el acreedor no sufra perjuicio, siempre que la obligación contenga la cláusula de verificar el pago en moneda metálica ó bien en oro efectivo, en razón á que todo contrato legalmente celebrado por personas capaces de obligarse, es una ley que deben respetar los contratantes.

Este precepto que consagra el artículo 1,545 del Código Civil, no ha podido ser derogado por leyes transitorias, como lo son las que autorizan el curso forzoso del papel moneda para solucionar toda clase de obligaciones contraídas antes ó durante su vigencia. Volvemos entonces á preguntar: ¿pueden ellas burlar un pacto de personas que saben lo que estipulan, ó bien, tácitamente las leyes del curso forzoso derogan las disposiciones del Código de Comercio y del Civil, é imponen á un acree-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dor la obligación de recibir en billetes de papel moneda lo que se le deba en metálico, sin que se le abone siquiera la depreciación de la moneda que se le obliga á recibir?

El curso forzoso en Chile destruye todo principio de jurisprudencia, viola todo derecho, porque con él nadie tiene seguridad en sus contratos.

Si se da á las leyes que autorizan el papel moneda el alcance que se pretende en la práctica, resultaría que las convenciones particulares quedarían sin efecto. Los que están por esto último, citan en su apoyo al Código Penal, que castigaría con pena al que rehusase recibir la moneda nacional por el valor ó curso legal que se le dé, ya que por tales leyes, el papel moneda pasa á ser realmente una verdadera moneda, á pesar de su desprestigio y de la repugnancia con que ella se recibe.

VII

Antes de poner término á este estudio, conviene conocer la jurisprudencia que se ha establecido en otros países respecto á las cuestiones que pueden nacer del curso forzoso por si se presentan en Chile en iguales condiciones, á fin de ilustrar el criterio, tanto de los magistrados, como de los que sostengan los derechos de las partes contendientes.

La Corte de Casación de París anuló como contraria al orden público, la cláusula de un contrato en el que se estipulaba que el pago de una obligación debía hacerse en moneda de oro, con exclusión de los billetes de curso forzoso, porque así se había estipulado en el contrato que se hacía valer.

Los defensores de los que pretendían solucionar su deuda con billetes, sostenían que las partes contratantes no podían ni directa ni indirectamente derogar en sus convenciones lo que la ley ordenaba. Los otros se apoyaban en la opinión de Durantón, que sostiene que una letra de cambio debe ser pagada en la moneda que en ella se indique, porque esta condición es lícita y debe ser cumplida.

Massé, no obstante, establece que no sería permitido, cuando una ley de orden público da á los billetes de banco un curso forzoso, estipular que el pago se hiciera en especies de oro ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

plata y no en billetes de banco; pero esto es siempre que no haya estipulación expresa para pagar en moneda determinada, porque todo contrato es ley para los contratantes.

Los jueces no pueden en ningún caso, por vía de interpretación, dar á un contrato una intención contraria á la que expresen los términos de la convención. En el caso, pues, de estipularse otra clase de moneda, deberá el deudor proporcionarse dicha moneda á cualquier precio para solventar su deuda.

En Italia se sostuvo, en 1866, que el decreto que promulgó el curso forzoso, no era de orden público y así lo declararon las Cortes de Nápoles, Génova, Palermo, Triani, Spoleto, Ancona y Catania, y al efecto resolvieron que eran nulos los pactos y contratos particulares, anteriores á la promulgación del curso forzoso, en que se estipulaba entregar moneda de oro ó plata con exclusión del papel moneda, agregando que el citado decreto de 10 de marzo de ese año no se oponía á que en los contratos posteriores los particulares renunciasen al beneficio del curso forzoso, pudiendo pactar válidamente entregar moneda de oro ó plata con exclusión del papel moneda, ó bien éste, pero por su valor corriente.

Las Cortes de Venecia, Turín, Casale y Roma establecieron que el decreto de 1866 era de orden público y que eran nulos los pactos anteriores y posteriores á él y aquellos en que se hubiera estipulado pagar en moneda metálica, con exclusión del papel moneda, ó en éste con la depreciación del valor corriente.

La Suprema Corte de los Estados Unidos declaró que el pago se debía hacer en la moneda estipulada en el contrato.

La Corte de San Francisco de California, así como la Corte Suprema, ordenaron el pago en oro sellado, en un cobro de cánones de arrendamiento que así se habían estipulado en el contrato. El arrendatario se amparaba en la ley de 1862 y quería pagar el arriendo en papel de curso forzoso y no en oro sellado.

En casos análogos dictó iguales fallos la Corte de Massachussets.

La ley que estableció en Estados Unidos el curso forzoso, fué de 25 de febrero de 1862, y bajo el imperio de esta ley, la Corte Suprema resolvió que las deudas provenientes de contratos celebrados con anterioridad á la que estableció el curso forzoso y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuando en ellos se hablaba de moneda legal sin decir oro ó plata acuñados, se debían satisfacer en estas últimas monedas, porque ésta era la que tenía circulación legal, es decir, que no reconoció efecto retroactivo á las que establecieron el papel moneda.

Esta doctrina tiende á establecer que el *valor corriente* es el único sistema monetario aceptable. La doctrina del *valor escrito* no sólo es contraria á la ciencia económica, sino también al derecho común, porque restringe la libertad del comercio y de las convenciones.

VIII

Estando lejano el día en que veamos nosotros desaparecer el papel moneda, que tanto perturba al comercio y que es la causa de ese malestar que se nota en el cambio, que nos priva de todo negocio con el extranjero, no está demás dejar establecido, que mientras el Gobierno no haga cesar las leyes sobre inconvertibilidad, nuestras finanzas han de presentar un cuadro lastimoso. No hay nada que hoy legitime la existencia del papel moneda, porque su permanencia sólo protege á ciertas instituciones bancarias, en perjuicio de toda la comunidad, cosa que no es aceptable por un buen Gobierno.

Nuestros esfuerzos se deben encaminar á un trabajo común, á fin de que desaparezca el papel moneda y á que quede sólo el billete de papel convertible en moneda de oro y plata. Sin esto, presentaremos el triste ejemplo que ofrece hoy la República Argentina, por el abuso que allí se ha hecho del papel moneda y que no es menos entre nosotros.

Ahora ¿es posible que en un país como Chile existan leyes en los términos en que se dictaron las de inconvertibilidad y curso forzoso? Ellas destruyeron la libertad de contratar, que protege el Código Civil, vulneraron el Código de Comercio, y burlaron los contratos celebrados antes de su vigencia, porque si se atiende á su tenor, la soluciones de esas obligaciones, basadas en una moneda de curso legal, han tenido que ser cubiertas con esa nueva moneda, la de papel, con grave perjuicio del que contrató de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

buena fe, creyendo recibir oro ó plata ó letras pagaderas en esta moneda.

En nuestro deseo de ilustrar las cuestiones que puedan suscitarse por el papel moneda, hemos de propósito buscado los fallos que han dictado respetables tribunales donde el papel moneda ha sido establecido con anterioridad á nosotros, para que no se olviden en los debates judiciales que se presenten, ya que parece que nuestro Gobierno no piensa quitarlo de la circulación y dejarlo implantado para siempre. Es verdad que al Gobierno no le perjudica este perverso sistema, porque tiene una buena existencia metálica para satisfacer sus compromisos en el extranjero y además porque cobra sus derechos aduaneros en oro ó plata, y si se le paga en moneda de papel es á la tasa del valor que le fija el cambio, y, por consiguiente, no recibe perjuicio alguno en sus entradas.

Otra anomalía nos ofrece este estado de cosas, y es la de pagar á los empleados de la República en papel moneda por el valor que representa y no por el que tiene según el cambio, siendo que si el Gobierno lo recibe con castigo, debe entregarlo en las mismas condiciones en que lo recibe, es decir, con el premio que á él se le abona al cobrar sus derechos aduaneros. Para un caso no acepta su depreciación y para otro se beneficia y soluciona sus obligaciones, compeliendo á que se le acepte por el valor que le da la ley y no el comercio. De manera que los sueldos de los empleados son nominales, y ya que todo se adquiere con relación al cambio, debe el Gobierno pagar sus compromisos internos en la forma que él lo exige al cobrar sus derechos de importación.

Mientras permanezca este régimen, hemos de ver al país postrado y en decadencia, porque su crédito no se levantará jamás, ya que ésta es la consecuencia natural y lógica que nos ofrece la existencia del papel moneda. La historia de todos los pueblos nos lo prueba hasta la evidencia, y á pesar de ello le damos albergue, sin que exista utilidad pública y manifiesta que lo haga necesario.

El papel moneda significa en Chile el beneficio de unos pocos en perjuicio de todo el país. ¿Es esto justo? ¿Debe un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

buen Gobierno mantener por más tiempo este estado de cosas?

Tal es la cuestión que deben solucionar los que quieran el progreso de Chile y el imperio de la ley común.

ROBUSTIANO VERA

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

En un juicio de menos de veinte pesos se da sentencia contra un pobre, obligándolo á pagar diez pesos. En un juicio sobre cuatro mil pesos, se le obliga á pagarlos igualmente á una persona que, como el pobre del primer ejemplo, pierde toda su fortuna. En ambos casos, los litigantes vencidos pierden su fortuna, pero con esta *notable diferencia:* que al pobre *no se le da apelación*, no hay más tribunales para él; al sujeto de los cuatro mil pesos *se le otorga la apelación*; para él hay tribunales que aun lo oigan. La desigualdad del amparo, que á todos debe distribuir la ley con mano igual, no puede ser más irritante.

Al pobre, que en cada juicio lleva la peor parte, no se le otorga apelación, porque es *cosa de poca monta*, pesa poco en las alturas legislativas. Al rico, que lleva en su favor la *llave de oro*, se le concede todo, porque es *persona* é influye.

Debemos esforzarnos por que desaparezca tan odiosa diferencia, y procurar que nuestra legislación sea igualitaria en las franquicias que otorga, y conforme al derecho natural. Debemos en la práctica cumplir aquel lema de nuestra Carta Fundamental: "Igualdad ante la ley" y desterrar del sistema del proyecto todo lo que tienda á destruír ó que destruya este hermoso derecho de igualdad en la protección legal.

Ahora bien; ¿qué criterio existe al otorgar el proyecto apelación de todo asunto no contencioso, cuando su cuantía importa un peso, y no la concede cuando es contencioso y su cuantía es de doscientos noventa y nueve pesos y noventa y nueve centavos? El más bochornoso é incorrecto. Hay que corregir esta injusticia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Saliendo del terreno especulativo y concretándonos al artículo 176, vemos que en él falta consignar la idea de que habla la Comisión Revisora en su sesión octava, de 1.º de julio del 74, de que hay apelación de las resoluciones disciplinarias.

Es necesario fijar ese punto, al menos, si no queremos retroceder. La España concedía apelación para los decretos disciplinarios desde el año 55 en los artículos 45, 46 y 47 de la ley citada, y nosotros también la tenemos desde el año 85, según la ley patria de esa fecha.

Los artículos 243, 244 y 245 de la Ley Orgánica de los Tribunales tratan de la misma materia que el presente artículo 176, con la diferencia de que allí se examina la cuestión bajo el punto de vista de *la competencia* y aquí bajo *el de la apelación.*

Nuestro sistema se plantea en los siguientes términos: toda sentencia es apelable; todo decreto es inapelable; todo decreto que niega un trámite legal, todo decreto disciplinario que imponga una *obligación personal* ó que *prive de un derecho,* son apelables.

En nuestra terminología sólo admitimos las voces *sentencia* y *decreto.* Un juez produce ó sentencias, ó decretos. Ambas dicciones las hemos definido en el artículo 150 y en él distinguimos la sentencia definitiva y la interlocutoria.

Toda sentencia, sea definitiva ó interlocutoria, de juicio contencioso ó no contencioso, según lo hemos definido en el artículo 1.º reformado, es apelable. Este sistema absoluto es el perfecto.

Algunos Códigos enumeran las interlocutorias apelables; y como dejan muy pocas sin comprender, nos ha parecido preferible la regla general, sin enumerar.

No admitimos cuantía para la apelación; basta que lo apelado sea de primera instancia, porque sólo admitimos dos instancias. Derogamos toda ley contraria á nuestro sistema; lo que aquí no se necesita decirlo, se dirá en el artículo final.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. El Código de Comercio y la Jurisprudencia comercial, mención y estracto de todas las sentencias en que el Código ha sido aplicado, desde su vigencia en 1.º de enero de 1867 hasta el 1.º de marzo de 1890, por don Federico Pinto Izarra y don Emiliano Bordalí H. Un volumen de 574 páginas. Imp. Americana, Valparaíso. "En nuestra práctica profesional, dicen los autores en la Advertencia que aparece al frente de la obra, hemos podido conocer cuán poderoso auxiliar en la recta inteligencia y aplicación de la ley es la jurisprudencia de los Tribunales. Del mismo modo que el precepto se aclara con el ejemplo, la ley se ilumina, por decirlo así, con la sentencia; esto es, con el caso práctico y concreto en que ha sido aplicada. Este es á la vez un excelente medio de difundir y vulgarizar el conocimiento de las las leyes y de propender á la uniformidad de su aplicación. La jurisprudencia de nuestro Código Civil ha sido ya compulsada por don Eulogio Piñera, en una obra, si bien muy elemental, utilísima; nosotros hemos deseado, á nuestro turno, compulsar la de nuestro Código de Comercio, que es, después de aquél, el más importante y de más frecuente aplicación". Dando las gracias á los ilustrados compañeros por su obsequio, recomendamos su valiosa obra á las personas estudiosas.—2. Estudios legales y de Jurisprudencia práctica, por don Agustín Correa Bravo. Un volumen de 248 páginas. Imprenta de *La Epoca*, Santiago. Es una recopilación de los artículos sobre Derecho y Jurisprudencia que el autor ha publicado en la prensa periódica y en esta Revista, precedida de un prólogo de don Vicente Aguirre Vargas. Los lectores de la Revista conocen los méritos de nuestro colaborador señor Correa Bravo y su versación en las interesantes materias en que su libro se ocupa. Agradecemos la atención de su autor al enviárnoslo.

La Dirección

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.º de setiembre de 1890 NÚM. 4

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado: Apéndices: II. Otros documentos del Congreso Sud-Americano de Montevideo de 1889: Proyecto de la minoría de la Comisión de Derecho Civil Internacional. Discurso del plenipotenciario de Chile don Belisario Prats, en que expone los fundamentos del proyecto anterior.—Denunciada una mina por despueble durante la vigencia del antiguo Código de Minería ¿puede declararse despoblada bajo el imperio del nuevo Código? por don Agustín Correa Bravo.—La nueva escuela penal italiana, por don Luis Barros Méndez.—¿Puede despacharse mandamiento de ejecución contra un deudor comerciante? por don José Ravest.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Bibliografía de los Códigos Chilenos, por don Aníbal Echeverría y Reyes.

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Continuación)

APÉNDICES

II

Otros documentos sobre el Congreso Sud-Americano de Montevideo en 1889

PROYECTO DE LA MINORÍA DE LA COMISIÓN DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

I

De las personas

ARTÍCULO PRIMERO. Las leyes de los Estados signatarios del presente Tratado, no reconocen diferencia entre ciudadanos y extranjeros en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que ellas reglan.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 2.° El carácter de los habitantes de un país, en cuanto á su condición de nacionales ó extranjeros, domiciliados ó transeúntes, se determina y juzga por las leyes del mismo país.

ART. 3.° Si concurrieren en una misma persona condiciones constitutivas de nacionalidad en dos ó más naciones, y con este motivo se produjere conflicto, prevalecerá la ley de la nación en que la persona de que se trate se hallare domiciliada actualmente.

ART. 4.° La capacidad jurídica de las personas para contratar ó contraer obligaciones se juzga y determina por las leyes del país de su residencia.

ART. 5.° Para apreciar la validez de toda obligación contraída ó contrato celebrado en país extranjero, atendida la capacidad de las personas, se estará á lo que dispongan las leyes del país en el cual se contrajo la obligación ó se celebró el contrato.

ART. 6.° Lo establecido en los dos artículos precedentes se entiende sin perjuicio de lo que las leyes de cada país dispongan, para tener efecto dentro de su propio territorio, con respecto á la infracción de las leyes patrias por parte de sus nacionales.

II

Del domicilio

ART. 7.° El domicilio, para los efectos de este Tratado, consiste en la residencia en un lugar, acompañada de manifestaciones fehacientes del propósito de permanecer en él por tiempo ilimitado.

ART. 8.° La mujer casada no divorciada sigue el domicilio del marido; el que vive bajo patria potestad, el del padre; el que se halla bajo tutela ó curaduría, el de su tutor ó curador.

III

De la ausencia

ART. 9.° Los derechos y obligaciones de una persona ausente, declarada tal por la autoridad correspondiente, se reglan por la ley de su último domicilio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

IV

Del matrimonio

ART. 10. La validez del matrimonio se juzga por la ley del país en que se celebra.

Será igualmente válido el matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad á las leyes patrias de los contrayentes.

ART. 11. Lo establecido en los dos artículos anteriores se entiende sin perjuicio de los efectos que la contravención á las leyes patrias de los contrayentes produjere en su propio país y que son los mismos que si se hubiera celebrado en él.

ART. 12. El matrimonio válido no podrá disolverse sino en conformidad á las leyes del Estado en que se solicite su disolución.

El matrimonio disuelto en alguno de los países signatarios no habilita á ninguno de los cónyuges para contraer matrimonio en otro país en que no habría podido disolverse.

V

De los bienes

ART. 13. Los bienes, cualquiera que sea la naturaleza, están sujetos a las leyes del país en que se hallan situados, sin perjuicio de los contratos celebrados válidamente en país extraño. Pero los efectos de éstos, cuando fueron otorgados para cumplirse en el país en que los bienes se hallan situados, se arreglarán á las leyes de éste.

ART. 14. Los buques, en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar de su matrícula.

ART. 15. Los cargamentos de los buques en aguas no jurisdiccionales se consideran situados en el lugar de su destino definitivo, si no lo tuvieren en el lugar de la matrícula del buque.

ART. 16. Los créditos se reputan situados en el lugar en que la obligación debe cumplirse.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

VI

De la prescripción

ART. 17. La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley á que las obligaciones correlativas están sujetas.

ART. 18. La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar en que se hallan situados los bienes á que se refiere.

ART. 19. Si los bienes de que se trate fueren muebles y hubieren cambiado de situación, la prescripción se regirá por la ley del país en que dichos bienes se hallaban cuando empezó á correr.

ART. 20. La prescripción adquisitiva de bienes muebles y raíces se rige por la ley del lugar en que estén situados.

ART. 21. Si el bien fuere mueble y hubiere cambiado de situación, la prescripción se regirá por la ley del país en que empezó á correr.

VII

De las obligaciones en general y de los contratos

ART. 22. Los Estados signatarios del presente Tratado aceptan el principio *locus regit actum*, tanto respecto de la forma y solemnidades externas, como respecto del valor intrínseco de todo acto jurídico, sin otras limitaciones que las establecidas expresamente en el mismo Tratado. En consecuencia, los contratos celebrados y actos jurídicos ejecutados en cualquiera de ellos en conformidad á sus leyes, se reputarán válidos en todos los demás, sin perjuicio de las excepciones ó limitaciones á que, según se ha expuesto, haya lugar.

ART. 23. Los actos y contratos que han de producir efecto en otro Estado en que se exijan requisitos especiales para su validez, no se reputarán perfectos si no se llenaren esos requisitos.

ART. 24. Los actos que los ciudadanos de alguno de los Es-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tados signatarios ejecutaren fuera de su respectivo territorio con el fin manifiesto de burlar una prohibición impuesta por las leyes patrias, probado el fraude, se reputarán nulos y de ningún valor.

ART. 25. Los actos ejecutados ó contratos celebrados fuera del territorio nacional, pero en conformidad á sus leyes, de tal modo que en él sean válidos, lo serán igualmente en los demás Estados, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 26.

ART. 26. No se reputará válida en un Estado ninguna obligación contraria á su Derecho Público y la moral.

ART. 27. Si los interesados estipularen que el contrato se rija por otras leyes que las vigentes en el lugar de su celebración, se estará á lo estipulado por ellos sin perjuicio de lo establecido en el número anterior.

ART. 28. Todo lo que es accesorio en una obligación ó inherente á ella, se juzgará por las leyes del país á que en lo principal está subordinada según las reglas del presente Tratado.

ART. 29. Si la validez de una obligación se deriva, no del acto ó contrato primitivo que constituía un título vicioso, sino de su ratificación que lo purgó del vicio, y ésta tuvo lugar en un país distinto de aquel en que se otorgó la primitiva obligación, el acto ó contrato se juzgará por la ley del país en que la ratificación tuvo lugar.

ART. 30. Las obligaciones procedentes de cuasi-contratos se juzgarán por las leyes del país en que han tenido origen ó en donde han tenido lugar los actos de que se derivan.

VIII

De la sociedad conyugal

ART. 31. La sociedad conyugal, en cuanto á sus bienes, es reglada por las leyes del domicilio del marido en el acto de la celebración del matrimonio; lo cual se entiende sin perjuicio de lo que se estipulare por los cónyuges, ya de una manera general, ya con relación á determinados casos y bienes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

IX

Del testamento

ART. 32. El testamento escrito, otorgado válidamente en cualquiera de las naciones signatarias, será igualmente válido, probada su autenticidad, en todas las demás.

En cuanto á la validez de un testamento otorgado en cualquiera otra forma en país extranjero, se estará en cada Estado á lo que sus leyes dispusieren.

X

De la sucesión por causa de muerte

ART. 33. La sucesión por causa de muerte se abre en el último domicilio de la persona difunta y se regla por las leyes vigentes en él, sin perjuicio de lo que las de cada Estado dispongan con respecto á los bienes ubicados en su propio territorio.

ART. 34. Los extranjeros gozarán de los mismos derechos y estarán sujetos á las mismas reglas que los nacionales en todo lo relativo á las sucesiones abiertas en los Estados signatarios.

ART. 35. El juicio de sucesión será uno é indivisible y se regirá por las leyes del lugar en que la sucesión se abre, sin perjuicio de las excepciones que estas mismas leyes hicieren.

ART. 36. No obstante lo establecido en el artículo anterior, cuando hubiere bienes pertenecientes á la sucesión en otros lugares, las personas que, según lo estatuído en la última parte del número 33 tuvieren acciones especiales que deducir contra ellos, las deducirán ante los tribunales de los territorios en que se hallan situados.

Éstos resolverán lo que fuere de justicia según la ley territorial, previa citación y audiencia del representante de la sucesión.

Si éste no concurriere, se procederá en su rebeldía como fuere de derecho.

B. PRATS

Montevideo, 14 de noviembre de 1888.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

DISCURSO DEL PLENIPOTENCIARIO DON BELISARIO PRATS, EN QUE EXPONE LOS FUNDAMEMTOS DEL PROYECTO ANTERIOR.

Señor Presidente:

En oficio de fecha 14 de noviembre último hice presente á V. E. que oportunamente sometería á su ilustrada consideración los motivos de mi disidencia con mis honorables colegas de la Comisión de Derecho Civil.

Es llegado el momento de cumplir con esc deber,

Al hacerlo, prescindiré de todo detalle que carezca de verdadera importancia, para contraerme únicamente á los principios fundamentales que sirven de base á los proyectos, salvo respecto de aquellos puntos acerca de los cuales la mayoría se ha servido invitarme á dar explicaciones: sería descortesía no apresurarme á complacerla.

Debo empezar por declarar que á los representantes de Chile no les es posible seguir el ejemplo, por más de un aspecto notable, dado por la mayoría, de estar dispuesta á aceptar resignadamente el voto del Congreso.

Soy de opinión de que los principios y reglas de conducta internacional de que aquí hemos venido á ocuparnos no se resuelven por votos de mayoría; de que es necesario tratar de llegar á un acuerdo, cediendo cada cual algo, y á ello estamos dispuestos, pero sólo en lo que no sea de cierta transcendencia y de que, si el acuerdo no es posible, la minoría debe resignarse, no á aceptar el acuerdo de la mayoría, sino á mantener su completa libertad de acción.

Dadas estas explicaciones, entro en materia, siguiendo el orden observado en los proyectos mismos.

Se empieza por establecer las reglas á que debe estar subordinada la capacidad de las personas y se opta en el proyecto de la Comisión por las leyes del domicilio; en el mío por las de la residencia.

Según aquéllas, siempre que los habitantes de un país celebren un contrato ó ejecuten un acto jurídico cualquiera, deberá calificarse la capacidad de los contratantes, no según la ley

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

del país mismo de su residencia y en que el acto se ejecuta, sino según las leyes del país en que se hallan domiciliados.

Esto, en primer lugar, es contrario á la soberanía de las naciones, según la cual las leyes de cada una de ellas imperan sobre todos sus habitantes. "Cada Estado, dice Fœlix, tiene el poder de fijar las condiciones necesarias para poseer las propiedades muebles ó inmuebles que existen en su territorio, para su transmisión ó expropiación, *como también para determinar el estado ó la capacidad de las personas* que en él se encuentran, y la validez de los contratos y otros actos que en él se verifican". (Tomo I, núm. 9).

Por otra parte, la regla fijada por la Comisión dificulta las relaciones comerciales y de todo género é impone á los interesados y á los funcionarios que deben intervenir en estos actos para la debida solemnidad del acto, serias dificultades.

De la misma manera, cuando se trata de decidir acerca de la validez de una obligación contraída en país extranjero, atendida la capacidad, no habrán de atenerse las autoridades á las leyes del país en que se ejecutó el acto jurídico, sino á las de aquel en que se hallaba entonces domiciliada la persona obligada.

¿Y qué fundamento tiene esa preferencia por la ley del domicilio en desprecio de la ley de la actual residencia?

Se comprende fácilmente la preferencia que reclaman los partidarios de la *ley de la nacionalidad.* Notables autoridades la sustentan con Fiore, Laurent, Mancini, etc. Su fundamento es el respeto á la personalidad humana, á la ley de la propia nación que imprime carácter en sus hijos, como lo explica Fiore. (Tomo I, núm. 53).

Otra razón atendible respecto del principio del estatuto personal y que habla elocuentemente en contra del adoptado por la Comisión, es ésta:

En cada nación se determinan las condiciones para fijar el estado y capacidad de las personas tomando en cuenta el desarrollo físico é intelectual de sus habitantes, en lo cual influye el clima, la educación, los hábitos, etc. Y por eso es que se advierten notables diferencias á este respecto entre las naciones.

¿Y qué sucede tomando por base el domicilio? Todo lo contrario.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por el mero hecho de estar ó haber estado domiciliado un individuo en un país en que la mayor edad se fija á los veintiún años, por ejemplo, en Francia, había de reputársele mayor en cualquier otro que se encuentre, aun cuando en ésta y en su propia nación se exijan al efecto veinticinco años, como en Chile y en la mayor parte de los países regidos por el Derecho Romano.

Se sabe que el domicilio se adquiere por el hecho del establecimiento en un lugar con ánimo de permanecer en él indefinidamente. Por lo tanto, puede bastar una residencia en esas condiciones por un corto tiempo, seis meses, v. gr. Este hecho aislado, esta mera circunstancia, es la que ha de fijar para siempre su estado y capacidad personal. Á donde quiera que vaya se habrá de atender á ella, en desprecio de las leyes que ahí rijan y de las de la propia nacionalidad.

No se comprende, pues, la preferencia por la ley de domicilio sobre la ley del país en que la persona reside, contrata y se obliga. Cuando ésta rige, todo es fácil y sencillo; cuando impera la otra, todo ofrecerá dificultades y embarazos. La persona con quien se va á contratar ¿estará domiciliada en otra parte? ¿Qué leyes regirán ahí donde está ó en donde puede estar domiciliada?

Los funcionarios que en cada país concurren á ciertos actos para solemnizarlos saben su oficio ahí donde funcionan, saben á que atenerse con respecto á la capacidad de los contratantes. ¿Podrán expedirse con igual facilidad en actos que se rijan por las leyes de otras naciones?

Ninguna de estas dificultades puede presentarse si se adopta el principio de la residencia, con el cual se respeta también el de la soberanía de cada nación. Ahí donde una persona ejecuta un acto es donde debe ser capaz de ejecutarlo. Las leyes del país en que se ejecuta son las que deben observarse.

Con lo expuesto acerca de este punto quedan demostrados los motivos por que no he podido aceptar el proyecto de la mayoría y que me han inducido á formular los artículos 4.°, 5.° y 6.° del que he presentado por mi parte.

Adoptado éste, no tendrían razón de ser los artículos 1, 2, 3, 4, 10, 11, 12 y 14 del de la mayoría.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La Comisión, consecuente con sus ideas contrarias á la observación de las leyes del país en que se reside, ha establecido lo siguiente en la importante materia "De las Obligaciones".

"ART. 9.º La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse rige:

"*A)* Sus formas y solemnidades;

"*B)* Su existencia y naturaleza;

"*C)* Su validez y subsistencia;

"*D)* Sus efectos y consecuencias;

"*B)* Su ejecución y extinción;

"*F)* En suma, todo cuanto les concierne bajo cualquier aspecto que sea".

El que suscribe, encargado especialmente por sus honorables colegas de la Comisión, del estudio de esta importante materia, propuso la adopción de las reglas contenidas en el título respectivo del proyecto acompañado y cuya base es el principio *locus regit actum*, establecido en el artículo 22, pero no tuvo la fortuna de que fueran aceptadas por la Comisión.

Según dicho artículo, los contratos celebrados y actos ejecutados en cualquiera de los Estados signatarios del tratado, en conformidad á sus leyes, se reputarán válidos en todos los demás sin perjuicio de las excepciones ó limitaciones contenidas en el mismo tratado.

La sanidad de la doctrina que este artículo reconoce se impone á su mera lectura. ¿Qué otra regla sería más adecuada á la más perfecta fraternidad? ¿Cuál, que consulte mejor los intereses sociales? ¿Cuál sería más fácil en su ejecución práctica? ¿Cuál otra forma se conformaría mejor á los intereses y necesidades del comercio y la industria? ¿Cuáles son los inconvenientes que ofrece?

Nada mejor puedo hacer para responder á estas cuestiones que referirme á los más notables autores que han tratado de esta materia.

Espero que el honorable Congreso no ha de tener á mal que reclame su atención más benévola. La importancia de la materia y el deber en que me creo de explicar y apoyar mi línea de conducta en el desempeño de mis trabajos en la Comisión, me excusarán también.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Un principio hoy día generalmente adoptado por las naciones, dice Fiore, es que *la forma de los actos se regla por la ley del lugar en el cual han pasado ó se han ejecutado.* Es decir que para la validez de todo acto basta observar las formalidades prescritas por la ley del lugar en que se ejecuta.

"El principio que acabamos de enunciar se aplica á todos los actos lícitos del hombre, convencionales ú otros: así, él regla los actos del estado civil, los actos de celebración del matrimonio, las donaciones, los testamentos, todas las convenciones á título oneroso". (FŒLIX, *Derecho Internacional*, tomo I, número 73.)

Este ilustre publicista cita cincuenta autores que son de su opinión y la doctrina de la Corte de Casación de Francia y las Cortes de Rouen.

"La regla indicada, agrega, no se aplica solamente á los actos públicos ó solemnes, sino también á los que constan de documentos privados".

El mismo autor desarrolla esta doctrina en los números 79 y siguientes de la obra citada.

En cuanto al fondo ó valor intrínseco de los actos jurídicos, hé aquí como se expresa:

"El principio general en esta materia es que las partes contratantes han tenido la intención de conformarse en sus convenciones á la ley del lugar en que se han perfeccionado". (Tomo I, núm. 96.)

"Merlin, agrega en el número citado, se expresa en los siguientes términos: "Todo hombre que contrata en un país, sea " domiciliado ó no, nacional ó extranjero, adhiere á las cláusulas " del tratado que hace el sentido y las consecuencias de las " leyes del país. (MERLIN, *Repertorio.* V. *Etranger*).

"La necesidad de las relaciones entre las naciones, dicen " M. M. Kent y Story, ha hecho establecer que la validez de un " contrato y todo lo que concierne á su naturaleza, el lazo *vin-* " *culum obligationis*, como todo lo relativo á su interpretación, " depende de la ley del lugar en que se ha celebrado".

"Sería demasiado molesto acumular más citas de este autor, maestro en la materia; pero debo hacer notar que ni él ni ninguno de los tratadistas á que en este estudio me refiero, se ima-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ginan siquiera que puede dejar de aplicarse la máxima *locus regit actum* con que encabeza el capítulo de su obra citada y que sirve de fundamento á su doctrina». (FŒLIX, *Derecho Internacional*, tomo I, núms. 73 al 108).

Otro publicista no menos notable, Fiore, dice á este respecto: «Cuando no se ha declarado expresamente que se prefiere la ley del lugar de la ejecución á la del domicilio del deudor ó acreedor, ó la preferencia no resulte de circunstancias de un modo cierto, debe presumirse que las partes se han referido á la ley vigente en el lugar donde han realizado el acto que ha dado origen al vínculo jurídico». (FIORE, tomo I, núm. 112.)

Con arreglo á la ley del lugar donde se contrae la obligación, es como debe decidirse si es civil ó natural, si es pura y simple ó condicional, si consiste en dar ó en hacer y si es una obligación *rei certæ* ó una *obligatio generis*. (FIORE, tomo I, núm. 141).

En cuanto á la solidariedad de los deudores comprometidos, ya se derive inmediatamente de la ley, ya proceda de un convenio en donde se haya estipulado expresamente, debe ser regida por la ley del lugar donde se ha realizado el contrato. (FIORE, tomo I, núm. 142).

Cuando las partes no han declarado nada expresamente, la *lex loci contractus* es la que debe determinar todos los efectos jurídicos inmediatos que del contrato se derivan, ya sea por disposición de la ley, ya por la costumbre. (FIORE, tomo I, número 146).

No es menos esplícito el célebre Laurent. «¿Qué ley se sigue, pregunta, para reglar la forma de los actos? Hay sobre este punto un viejo adagio que *está admitido por todos los autores y consagrado por todas las legislaciones: locus regit actum*». (LAURENT, tomo II, núm. 233).

«El acto ejecutado según las formas del lugar de su otorgamiento, es válido en todas partes, cualquiera que sea la nacionalidad de los interesados. (LAURENT, tomo II, núm. 239).

«Se pregunta si un acto auténtico debe ser recibido en el extranjero en las formas prescritas por la ley local. Apenas puede formularse esta pregunta, porque la afirmativa es de evidencia». (LAURENT, tomo II, núm. 245).

Citaré por fin á Calvo, cuya autorizada opinión llega á pare-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cer exagerada. "En derecho estricto, dice, los contratos deben ser regidos, en cuanto al valor legal de su forma y en cuanto á los efectos que se derivan de sus estipulaciones, por la ley del lugar en que se han celebrado. Esta regla, deducida del axioma *lex loci contractus* está fundada no sólo en la conveniencia mutua de los individuos, sino en la necesidad moral para las naciones, de vivir en relaciones íntimas las unas con las otras. El Estado que cesara de aplicar esta regla se aislaría del movimiento general de la civilización y volvería luego por una pendiente fatal al estado de barbarie de las tribus salvajes". (CALVO, *Derecho Internacional*, 5.ª edición, tomo II, § 965).

No debemos aceptar esta exageración.

Pero me pregunto: ¿Es posible que sea desconocido y rechazado este axioma en el Congreso Internacional reunido hoy en Montevideo?

Y ¿por qué lo sería?

"Porque ya es necesario reaccionar contra un principio cuyo origen se ignora y que se ha venido imponiendo con el transcurso del tiempo, principio que condena la ciencia jurídica. Porque es necesario hacer la luz en el caos á que nos han condenado los autores que lo sostienen y las naciones que lo reconocen."

El Congreso lo ha oído: se trata de reaccionar contra el orden de cosas actual y contra la opinión casi unánime de los publicistas, de las naciones y contra nuestros códigos.

Es otra la regla que debe consagrarse según la mayoría, á saber:

La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse.

Esa ley es la que, según la mayoría de la Comisión, debe regir en los contratos todo cuanto les concierne bajo cualquier aspecto.

El honorable Congreso advertirá seguramente que el sistema ideado por la honorable Comisión ofrece serios inconvenientes: con efecto, en el mayor número de casos, las personas que, poseyendo bienes en diversos países, deseen contratar sobre ellos, ignorarán las leyes á que deben ajustar sus contratos, y no faltarán ocasiones en que no les será posible adquirir ese conocimiento. En todo caso, se les impone molestias y gastos que ninguna razón de ser tienen.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pueden ocurrir inconvenientes no sólo difíciles de vencer, sino imposibles. ¿Que se hará si en el lugar en que están situados los bienes se exigen requisitos que no pueden llenarse en el lugar en que el contrato se celebra? Los testamentos, dice Laurent, haciéndose cargo de este inconveniente (tomo II, núm. 236), se otorgan ante la justicia, según la ley prusiana, y ante un notario entre nosotros.

Inútilmente un prusiano querrá testar entre nosotros ante un tribunal; el juez se declararía incompetente. Ha sido, pues, necesario permitir al prusiano hacer testamento ante notario. De la misma manera los franceses y los belgas que desean contratar en país extranjero, ahí en donde hay notarios, estarán obligados á conformarse á las leyes del país.

En cuanto á los documentos privados, la dificultad es menor, pero subsiste. ¿Quién redacta los actos? Rara vez son las partes; de ordinario son los agentes de negocios. Estos no conocen sino la práctica legal del país en que ejercitan su ministerio. En cuanto á las partes, ellas están obligadas, no conociendo las leyes, á valerse de redactores que arreglan los actos conforme á la ley local. Redactados en esta forma, hacen fe en todas partes; si no (decía Portalis, exponiendo los motivos del proyecto de Código), no habría ninguna seguridad en las relaciones civiles.

Pero hay aún otro motivo de imposibilidad: los funcionarios públicos, notarios, jueces ó lo que sean, están obligados á redactar y formalizar los instrumentos que otorgan, según la ley del lugar en que desempeñan sus funciones. Ellos no pueden cambiar las formas, adaptando los contratos á tantos países como extranjeros de diversas nacionalidades haya. No conocen ni deben aplicar otras formas, repito, que las del lugar en que funcionan.

La honorable Comisión no se ha hecho cargo de estas dificultades, que son insolubles.

¿Qué motivos tan poderosos ha tenido para apartarse del uso corriente entre todas las naciones, para cambiar de raíz el orden de cosas actual?

Nada tiene que ver en la precedente cuestión la escuela á que quiera subordinar sus acuerdos el honorable Congreso.

Aquí no se trata de predominio de estatutos. Ni los princi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pios del estatuto personal, ni los del estatuto real se comprometen. Laurent lo dice: "Si se atiende al lenguaje tradicional, es necesario decir que el estatuto de las formas del acto no es ni personal ni real". (Tomo II, núm. 235).

Se ha visto también por las transcripciones que he hecho de Fiore, que este publicista, partidario de la ley de nacionalidad, reconoce y acepta como un axioma la regla *locus regit actum.*

La presente cuestión no es, pues, de estatutos. Los partidarios de todas las escuelas proclaman el axioma.

Se trata sólo de facilitar al hombre en sociedad los medios de estrechar sus relaciones, de comerciar, de ejercitar los derechos inherentes á su sér, de adquirir bienes y disponer de los propios en donde quiera que se encuentren y de la manera más cómoda y fácil posible.

Hay todavía otro orden de consideraciones.

El régimen que establecería el tratado en la forma adoptada por la Comisión, obligaría á las naciones contratantes, de lo cual resultaría que el propósito de estrechar y facilitar las relaciones mutuas sería contrariado. En efecto: los residentes en esta República Oriental pueden hoy celebrar contratos que habían de tener su cumplimiento en cualquiera de las otras repúblicas de la manera más sencilla y fácil, sin más que dirigirse al primer notario, ó, siendo el contrato privado, ajustándose á la ley aquí vigente. Aprobado el tratado ¿tendrían las mismas facilidades dos comerciantes, dos agricultores, dos industriales, y aún dos abogados?

Entretanto, esos mismos residentes nacionales ó extranjeros pueden seguir contratando libremente y con las mismas facilidades que hoy lo verifican cuando el cumplimiento de las obligaciones haya de tener lugar en cualquier otro país no signatario.

¿Es esto razonable?

Si hubiera de entenderse que el tratado que se celebra, no sólo ligue á las naciones signatarias entre sí, sino que las obliga á ajustarse al orden de cosas que establece en sus relaciones con las demás naciones, nos colocaríamos fuera del Derecho Común de las naciones cultas, como lo dice Calvo. (*Derecho Internacional*, tomo II, § 965).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por los inconvenientes anotados y otros muchos que apuntan los notables publicistas que he citado, las naciones y los jurisconsultos han adoptado, con rara uniformidad, el principio que el que suscribe ha reconocido en su proyecto y del que se ha apartado la honorable Comisión.

El que suscribe ha tenido, además de los motivos expuestos, uno especial para no adherirse al proyecto de la Comisión, y mantener el que por su parte propuso.

Ese motivo es el debido respeto á las leyes patrias.

No estarán distantes los Representantes de Chile de aceptar, por su parte, modificaciones de sus leyes, cuando razones poderosas lo aconsejen, pero sí lo estarán, y mucho, cuando se trate de derogar las que tienen por fundamento la razón, la práctica de las naciones cultas y la opinión uniforme de los publicistas, leyes de que se enorgullece y de que ha cosechado buenos frutos durante largos años.

El Código Civil Chileno, conformándose á la práctica ordinaria, establece:

"La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros". (Art. 14).

"Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces". (Art. 1446).—El Código Civil determina en seguida quiénes son incapaces.

"La forma de los instrumentos públicos se determina por las leyes del país en que han sido otorgados". (Art. 19). Etc., etc.

Decía poco há, que el principio *locus regit actum* no era contrario á ningún estatuto; y en efecto, la ley chilena, qne sujeta los bienes situados en Chile á las leyes chilenas, respetando así el principio territorial, admite, no obstante, los contratos válidamente otorgados en país extranjero. En este punto, como en otros, limita el principio.

Hé aquí como se expresa á este respecto:

"Los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

"Esta disposición se entiende sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos válidamente otorgados en país extranjero.

"Pero los efectos de los contratos otorgados en país extranje-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ro, para cumplirse en Chile, se arreglarán á las leyes chilenas».

Como se ve, el Código Civil Chileno resguarda los derechos anexos á la situación de los bienes, sin desconocer la validez de los contratos celebrados en otros países.

El artículo 2411 dice textualmente: «Los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero, darán hipoteca sobre los bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente registro».

El Código Chileno reputa válidos aun los contratos hipotecarios celebrados en el extranjero. Sólo exige la inscripción de la hipoteca en el registro. Acepta el contrato que, constando de escritura pública, es válido donde se otorgó.

No podría, pues, el que suscribe aceptar modificaciones al orden de cosas existentes, y que, lo repito, no ha dejado nada que desear durante largos años.

Pero, se dice, y ésta es la razón de la regla que la Honorable Comisión, propone: «Los contratos deben regirse por las leyes del lugar en que se han de cumplir, porque en muchos casos tendrán necesariamente que ajustarse á ellas en su cumplimiento». Así, si en un país el arrendamiento de bienes inmuebles no puede hacerse por más de diez años, en balde será que en un contrato de arrendamiento de bienes situados en él, se haga por veinte, aunque lo autorice la ley del país en que el contrato se celebra. Si en un país está prohibida la prisión por deudas, en balde será que se estipule en otro que es permitida. Si en un país el contrato sobre bienes raíces debe hacerse por escritura pública, no será válido en él en otra forma, aunque lo sea en el país de su celebración.

En consecuencia, es preferible á la regla *locus regit actum* la establecida en el artículo 30 de nuestro proyecto, según la cual deben regirse los actos jurídicos, en cuanto á su forma y fondo, por la ley del lugar en que han de cumplirse.

Pero este raciocinio de la honorable Comisión no está fundado en ningún principio *nuevo* de Derecho que se haya hecho camino por los progresos de la ciencia. Fœlix y los cincuenta autores citados por él, Laurent, Fiore, Merlin, Calvo y los citados por ellos, han sabido muy bien que en ningún país culto pueden reputarse como válidos los actos jurídicos prohibidos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por sus leyes, y que las obligaciones, en general, deben reglarse, *en cuanto á sus efectos*, á las leyes del país en que van á cumplirse; y finalmente, que, cuando en éstos se exijan requisitos especiales, es necesario llenarlos. No obstante, declaran que la regla *locus regit actum* está admitida *por todos los autores y consagrada por todas las legislaciones.*

Ellos han estudiado detenidamente las dificultades á que puede dar origen dicha regla, á fin de determinar cuál debe ser su legítima significación y su alcance. Y, sólo después de estudiar las objeciones que pueden hacerse, ya en un sentido, ya en otro, optan por ella, reduciendo á meras excepciones lo que, según los principios de jurisprudencia, debe quedar excluído. Véase, si no, lo que cada uno dice latamente en los títulos que consagran á la materia en las obras citadas.

No hay, pues, en esto, sino el estudio de una sencilla reglamentación para establecer en un tratado el procedimiento más correcto. En esa reglamentación tendrá su lugar lo que la honorable Comisión observa, y con ello habrá desaparecido la objeción.

En efecto, en los tres casos que por vía de ejemplo, acabo de proponer para explicar el pensamiento de mis honorables colegas, la objeción se contesta con sólo establecer la siguiente excepción al principio *locus regit actum.*

Los contratos que han de producir efecto en un determinado Estado, no valdrán si, exigiéndose en él requisitos especiales para su validéz, no se llenaren. Tampoco se reputará válida en un Estado, ninguna obligación contraria al orden público ó á la moral. (Arts. 23 y 26 de mi Proyecto).

Estas excepciones, reconocidas por los jurisconsultos, debían satisfacer á la mayoría de la honorable Comisión, porque la exigencia de escritura pública para venta de bienes inmuebles, la prohibición de contratar arrendamiento por más de diez años, y la prisión por deudas, son prescripciones de orden público.

Si el desacuerdo en la Comisión hubiera sido con respecto á detalles ó meras excepciones, ya rechazándose unas, ya proponiéndose otras, no habría sido difícil una solución uniforme. Pero desgraciadamente ha sido en puntos esenciales. Se ha to-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mado por la honorable Comisión una base inusitada, que transtorna el orden de cosas actual y que tiende á introducir confusión en nuestras relaciones internacionales. No se advierte que las naciones obligadas á conformarse al nuevo orden de cosas establecido por el tratado que se ajustará en esta forma no podrían imponerlo á las demás naciones no comprometidas, teniendo en tal caso las primeras que regirse por dos legislaciones diversas: una regería las relaciones de las naciones comprometidas entre sí y otra las relaciones de éstas con las demás.

Otro de los puntos sustanciales de desacuerdo á que me he referido es el relativo á la sucesión por causa de muerte.

El proyecto de la Comisión establece lo que sigue:

"ARTÍCULO PRIMERO. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, rige:

A) La capacidad del causante para testar.

B) La del heredero ó legatario para suceder.

C) Las formas, validez y efectos del testamento.

D) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y de cónyuge supérstite.

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 y testamentaria".

Como se ve, una vez vigente el tratado que la Comisión propone, un súbdito peruano domiciliado y residente en un país y que tenga bienes en Chile y en Bolivia, v. gr., no podría testar válidamente en su propio país en conformidad á sus leyes y debería hacerlo guardando en la forma y el fondo las leyes del Perú, de Chile y de Bolivia.

Asimismo sus herederos legítimos, sean hijos, padres, cónyuge, hermanos, etc., habrán de partirse, no según las leyes del Perú en la sucesión intestada, sino según las del Perú y las de Chile y las de Bolivia, reglándose sus derechos por tantas legislaciones cuantos sean los países en que posea bienes.

No establece el Proyecto de la Comisión en dónde y en qué momento se abre una sucesión; pero como establece que ésta se rige en todo, absolutamente en todo, por las leyes del lugar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en que haya bienes, se sigue que debe abrirse en tantos puntos como sean los en que bienes haya.

No determina tampoco si habrá de ser uno el juicio de sucesión ó serán varios; pero es consecuencia ineludible del artículo 44 que ha de haber tantos juicios de sucesión como países en que haya bienes, lo cual no sólo ofrecería graves dificultades, sino que sería imposible.

Tanto se aparta el proyecto de la Comisión de la jurisprudencia universal en esta materia, que hasta el derecho de testar lo hace imposible ó poco menos en los casos á que se refiere. Preténdese que la forma del testamento se rija por las leyes del lugar en que están situados los bienes. Como si un testamento pudiera subordinarse en su forma á leyes de diversas naciones; ó como si fuera correcto otorgar tantos testamentos diversos como pueblos haya en que el testador tenga bienes.

Finalmente, el proyecto llega hasta establecer algo que dudo mucho que pueda realizarse. Me refiero á las reglas relativas á los acreedores y á la forma y modo en que han de ejercitarse sus acciones: se les priva del derecho de ocurrir donde ellos vieren convenirles; se les obliga en ocasiones á dirigirse á diversos lugares; se determina la parte de su crédito que en cada país pueden cobrar, y se les sujeta á un prorrateo ocasionado á tantos inconvenientes y dificultades que en la práctica ha de ser, si no imposible, poco menos.

Con lo expuesto quedan demostrados los motivos de mi disentimiento de la mayoría de la Comisión en los puntos sustanciales del Proyecto presentado por ella, y á los cuales se refieren la mayor parte de las disposiciones que contiene, de tal suerte que, eliminados ó sustituídos por los que yo he adoptado, por el mismo hecho deben desaparecer todas las disposiciones basadas en ella.

No debo, por tanto, detenerme en el análisis de éstas ni tampoco en el de aquellas reglas que pueden calificarse de mero detalle.

Aquí debería terminar mi exposición, porque teniendo sólo que referirse á la discusión general, es inútil detenerse en detalles; pero, oído lo que á nombre de la mayoría se ha dicho, faltaría á un deber de cortesía, como ya lo expuse, no dando las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

explicaciones á que se me ha invitado expresamente respecto de ciertos vacíos, inconsecuencias y contradicciones que la mayoría nota en mi Proyecto.

El primer vacío que me invita á explicar la mayoría es el que resulta de mi silencio respecto de las personas jurídicas.

Extraña que haya hecho caso omiso de los artículos 5.º y 6.º de su Proyecto, que es todo lo que ella consagra á la materia

No advierte la Comisión que dichos artículos no estatuyen nada, si bien se considera.

Con efecto, decir que una persona jurídica será capaz en aquel Estado en que se le declare capaz, donde lo sea, es no decir nada.

Tan cierto es esto, que consignado ó nó en el artículo, será capaz en la República de Bolivia y Argentina, la persona jurídica que sus leyes delaren capaz.

La misma observación puede hacerse respecto de los incisos 1 y 2 del artículo 6.º

Si lá existencia y capacidad de una persona jurídica ha de juzgarse por la ley en donde existe, y sólo ha de poder ejecutar los actos propios de su institución en otro Estado en conformidad á las leyes de ésta ¿qué objeto tiene esta declaración en un tratado?

Si una corporación que tenga personería jurídica en el Uruguay se ha de regir por las leyes del Uruguay, y si para ejercer sus funciones en la Argentina se sujetará á las prescripciones de ésta, que es todo lo estatuído por la mayoría ¿qué se ha avanzado con tales artículos?

Que toda persona jurídica habrá de regirse por las leyes dictadas exprofeso para ella en el país en que existe, y si pretende ejercer actos de su institución en otro Estado lo hará también si en él se le reconoce, y en conformidad á las leyes dictadas al efecto, eso, señores, no es materia de un tratado, eso no es una Convención. Eso es simplemente reconocer en cada nación el derecho que tiene para gobernarse.

El inciso 2.º por su texto claro y literal deja sin aplicación el tercero. Él declara que el carácter que invisten las personas jurídicas las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de su institución todas las acciones y derechos que le corresponden.

El inciso, como se ve, no exceptúa *ninguna acción ni derecho.*

Pregunto: ¿no se comprenden en estas expresiones las acciones, los derechos, propios de la institución, anexos á ella?

Pero lo que quiere decir la mayoría es otra cosa.

Lo que quiere decir es que las personas jurídicas pueden demandar en otras partes el cumplimiento de las obligaciones con ellas contraídas, esto es, comparecer en juicio.

Esta disposición no es necesaria, y si lo fuera, correspondería á títulos separados de este Proyecto: al de la jurisdicción y al de procedimientos.

La minoría no ha necesitado hacer mención expresa acerca de las personas jurídicas, porque sujeta ó subordina la capacidad, para todo acto jurídico, á las leyes del país en que el acto se ejecuta.

El caso, como todos aquellos en que deba apreciarse la capacidad, se comprende en una regla general que no deja lugar á ninguna duda ni vacilación.

Y nótese que la mayoría, que tanto extraña la deficiencia del Proyecto de la minoría á este respecto, establece el mismo principio, pero dedicándole especialmente dos artículos con cuatro incisos, que, en resumen, no hacen más que reconocer que rigen en cuanto á las personas jurídicas, las leyes del país en que funcionan.

Ha sido, pues, una mera ilusión de la mayoría la de creer que ha tratado la materia magistralmente, y que la minoría ha prescindido por completo de ella.

No es menor su ilusión cuando cree encontrar otras deficiencias y contradicciones en el título "De las personas".

Si se digna fijar su atención en el alcance de la regla según la cual la capacidad se juzga por la ley de la residencia, verá resueltas todas las cuestiones que pueden suscitarse. Verá también que, según ella, no tienen razón de ser la mayor parte de los artículos que contiene sobre esta materia su Proyecto.

En cuanto á contradicciones, no las hay. La mayoría no ha demostrado el cargo. Ello es más difícil, sin duda, que hacerlo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Oportunamente podremos debatirlo, porque corresponde al detalle. Me limito por ahora á rechazarlo.

Debo, sí, dar la explicación que se ha servido pedirme concretamente acerca de mi silencio respecto de los casos previstos en los artículos 26, 27, 28 y 29 de su Proyecto.

El caso del artículo 26 está resuelto por la regla *locus regit actum*, reconocida en el mío.

La mayoría, que ha establecido que las obligaciones se rigen por la ley del lugar en que deben cumplirse, ha necesitado dar la regla del artículo 26.

La minoría, que establece que las obligaciones se rigen por la ley del lugar en que se contraen, salvo las excepciones que se expresan, no ha debido ocuparse de este punto.

El artículo 27 estatuye, bien que con distinta redacción; que los derechos adquiridos sobre bienes muebles, deben respetarse, aunque éstos cambien de situación.

Es decir, que quien es dueño de un reloj ó de un mueble cualquiera, por haberlo adquirido legítimamente en Montevideo, sigue siendo dueño de él en Buenos Aires, si allá lo lleva.

La minoría no ha creído que sea necesario garantir, por medio de un tratado, el derecho de propiedad en estos estados.

En cuanto al artículo 28, ignora la minoría que haya pueblo alguno culto en que sea necesario llenar requisitos de forma ó de fondo para conservar la propiedad de los objetos muebles adquiridos legítimamente en otra parte.

Ahora, si lo que se desea establecer es relativo á los casos procedentes de contratos defectuosos, cuyos vicios pueden subsanarse llenándose algunos requisitos en el lugar de la nueva situación, como parece desprenderse del artículo siguiente, eso no es materia de un tratado. Eso quiere decir simplemente que el que no es dueño perfecto de una cosa, no lo será hasta que no la obtenga legítimamente.

En cuanto al artículo 27 ¿será necesario un tratado para que se reconozca que tiene mejor derecho sobre determinados bienes el que los adquirió llenando las formalidades exigidas por las leyes, que otro que no los había adquirido legalmente por no haber llenado los requisitos necesarios para la adquisición?

Con el mérito de lo expuesto, creo haber demostrado que,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por lo menos, el proyecto que he tenido el honor de presentar, no merece ser tratado con la severidad con que lo ha sido por parte de la mayoría; y que bien podría, á mi vez, extrañar la *extrañeza* que ella ha manifestado, si no tuviera la convicción de que ha puesto de su parte, en el estudio de las graves cuestiones que aquí se dilucidan, todo el estudio y esmero de que ha sido capaz y de que la falibilidad es inherente á la naturaleza humana, aun en los espíritus más privilegiados.

B. PRATS

DENUNCIADA UNA MINA POR DESPUEBLE DURANTE LA VIGENCIA DEL ANTIGUO CÓDIGO DE MINERÍA ¿PUEDE DECLARARSE DESPOBLADA BAJO EL IMPERIO DEL NUEVO CÓDIGO?

El actual Código de Minería, promulgado como ley de la República el 20 de diciembre de 1888, para regir desde el 1.º de enero de 1889, vino á cambiar por completo la base sobre que descansaba la constitución de la propiedad minera.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13 del Código de 18 de noviembre de 1874, la ley concedía la propiedad de las minas á los particulares, bajo condición de trabajarlas y explotarlas constantemente con sujeción á los preceptos que el mismo Código establecía, y á los reglamentos que se dictaran para su ejecución y para proveer á la conservación y seguridad de ellas, orden é higiene de los trabajos; pero sólo se entendía perdida esa propiedad y devuelta al Estado en los casos expresamente prevenidos en la ley.

Conforme á igual artículo del de 1888, «la ley concede la propiedad perpetua de las minas á los particulares, bajo la condición de pagar anualmente una patente por cada hectárea de extensión superficial que comprendan, y sólo se entiende perdida esa propiedad y devuelta al Estado por la falta de cumplimiento de aquella condición y previos los trámites expresamente prevenidos en este Código».

Al amparo por medio del trabajo que el primero establecía, vino á sustituir el segundo, el de la patente fiscal, único y obligatorio para todos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con este último sistema se tuvo en vista, entre otros propósitos, el de evitar los litigios frecuentes y azarosos en que los mineros se veían envueltos, con motivo de la facultad que antes se concedia á todo el mundo, de poder denunciar por despueble y pedir para sí las minas en que no se hubiera mantenido el número de operarios exigidos para ampararlas.

De esos litigios, muchos han sobrevivido á la ley que los produjera, y para resolverlos, se ha presentado la dificultad de saber con arreglo á qué preceptos debieran ser fallados, ya que á su terminación había caducado el Código, á cuya sombra tuvieran origen.

De aquí la importancia práctica de la cuestión que hoy nos proponemos estudiar. Solicitada la declaración de despueble bajo el imperio del Código que la establecía, ¿podrá ella pronunciarse bajo la vigencia de otro que no la reconoce?

Para resolver esta cuestión bastará, á nuestro juicio, averiguar si el solicitante del despueble ejercitaba un derecho adquirido ó si únicamente iba tras de la realización de simples expectativas; en otros términos, si las causas que esa declaración de despueble habría de producir, se habían consumado ya ó si estaban sólo en vía de realizarse.

En el primer caso, sería forzoso resolver la proposición con arreglo á los preceptos de la ley antigua; mas, si de aplicar la ley nueva no hubiera de resultar ningún derecho vulnerado, si á lo sumo hubieran de contemplarse esperanzas defraudadas, su aplicación se impondría con el carácter de ineludible.

Fuera de toda duda nos parece que el que se presentaba al juzgado respectivo denunciando una mina por despueble y pidiendo se le adjudicara para sí, hacía uso de un derecho reconocido expresamente por la ley. Los artículos 66 y siguientes hasta el 77 inclusive del Código de 1874 establecían, en efecto, el denuncio por despueble y determinaban la manera como debía solicitarse la propiedad de las minas despobladas, que por aquel solo hecho volvían á ser propiedad del Estado.

Es verdad que ese derecho era meramente facultativo y que éstos, mientras no se ejercitan, constituyen simples expectativas; pero cuando de ellos se hace uso, cuando se pide su declaración con arreglo á los preceptos señalados por la ley, ya pasan á la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

categoría de derechos perfectos é irrevocablemente adquiridos. En tanto que ese derecho no se ejercitara, pudo una ley modificarlo ó suprimirlo; un momento después, su acción no podría alcanzarle; figuraba ya entre los derechos amparados por la ley que lo consagrara, había entrado á formar parte del patrimonio de un individuo, y como los demás bienes de éste, era susceptible de transferencia ó de enajenación.

No encontramos tampoco diferencia alguna entre el derecho *sub litem* del denunciante de despueble y el que le asiste después que se pronuncia el auto judicial que lo declara y le manda poner en posesión de la mina ó minas despobladas. Su perfectibilidad no varía porque alguien se opone al denuncio ó alega preferencia para ser tenido como dueño, puesto que la resolución judicial que pone término al litigio se limita á decidir si el derecho existía ó nó á la fecha en que se ejercitara. Las sentencias no crean derechos, se limitan simplemente á declararlos.

El derecho del denunciante no nace, por consiguiente, de la sentencia ó auto de despueble; éste sólo es efecto de aquél. El que de tal derecho hizo uso con sujeción á las disposiciones legales que lo establecían no puede perderlo porque una ley posterior ya no lo reconoce; como los demás derechos reales, debe regirse por las leyes vigentes en el momento de su constitución. La retroactividad de esa ley posterior no le alcanza, porque ella sólo puede disponer para lo futuro.

Á pesar de la promulgación de un nuevo Código que no lo reconoce, el despueble debe ser, en consecuencia, declarado con arreglo á la ley bajo cuyo imperio se produjo y de conformidad con la cual se entabló la acción correspondiente.

La doctrina que dejamos expuesta no ha sido, sin embargo, aceptada uniformemente por los Tribunales de Justicia, cuya palabra autorizada es indispensable tomar en cuenta cuando se trata de conocer el verdadero alcance de la ley. Dos teorías diametralmente opuestas prevalecen entre sus miembros, y aún ha habido casos en que un mismo tribunal ha resuelto la cuestión que estudiamos en sentidos contradictorios.

Del primer litigio en que se presentara la dificultad de saber cuál de las leyes debiera prevalecer, da cuenta la sentencia número 2466, publicada en la *Gaceta* de 6 de septiembre de 1889.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No obstante haberse fallado la causa en primera instancia cuando aun regía el Código de 1874, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de ella en segunda, vigente ya el Código de 1888, quiso aprovechar, sin duda, la oportunidad que se le presentaba de sancionar la nueva doctrina y expidió la resolución que copiamos en seguida:

"Santiago, agosto 31 de 1889.—Vistos: excluyendo los considerandos de la sentencia de primera instancia, y teniendo presente:

"1.° Que con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia referida ha principiado á regir el nuevo Código de Minería promulgado en 20 de diciembre último, cuyo artículo 134 dispone que la concesión minera ó de mina sólo caducará por falta de pago de la patente establecida por el artículo 130, el cual ha derogado las disposiciones contenidas en los artículos 66 y siguientes del antiguo Código, que autorizaban el denuncio de las minas por despueble y la constitución de una nueva propiedad minera á favor del denunciante;

"2.° Que los conflictos que suscita el tránsito de una legislación á otra se reglan por los principios que consagra la doctrina de la no retroactividad de las leyes, incorporada en nuestra legislación positiva por el artículo 9.° del Código Civil y por la ley de 7 de octubre de 1861;

"3.° Que dicha doctrina reposa en el sistema alternativo de los derechos adquiridos y de las simples expectativas, que es la norma que sirve para dar solución á todas las cuestiones de retroactividad, entendiéndose por las primeras aquellos derechos que forman parte del patrimonio de cada individuo, referentes á actos que han sido anteriormente consumados, y designándose por las segundas aquellas esperanzas ó intereses más ó menos fundados que pueden ser destruídos por extraños por no revestir los caracteres de los derechos adquiridos;

"4.° *Que cuando se promueve una contienda judicial durante la época transitoria en que pueden tener aplicación dos leyes opuestas entre sí, es indudable que la nueva ley debe tener la primacía sobre la antigua, por regla general*, sea porque los jueces tienen que conformar sus resoluciones á los preceptos legales en actual vigencia y no á los derogados, sea porque, desde que el Legislador creyó conveniente modificar el alcance de sus disposiciones anteriores, fué con el propósito de mejorar lo existente y de introducir mayores garantías en beneficio de la sociedad;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"5.° *Que para que esta regla de jurisprudencia sufra excepciones, es necesario, ó que el mismo Legislador confiera expresamente á la nueva ley una facultad retroactiva*, ó que implícitamente el encargado de aplicarla pueda deducir que la voluntad del Legislador ha sido ampliar ó restringir el imperio de ella con referencia al pasado;

"6.° *Que en este sentido se considera que, para que una ley nueva domine los sucesos ocurridos con anterioridad á su promulgación, es preciso que esté de por medio el interés general del Estado en contraposición al interés individual, y para que una ley antigua superviva á su derogación, se hace necesario que los que se amparan á su sombra hayan verificado y concluído los actos requeridos para constituir una propiedad á su favor.*

"7.° Que, en consecuencia, *es natural que la nueva ley respete los actos consumados durante la vigencia de la anterior*, como que los asociados al hacer uso de sus derechos y ejercitar su actividad, lo hubiesen hecho en obedecimiento de preceptos que estaban obligados á cumplir y bajo la garantía de los mismos, de la misma manera que es lógico que la ley antigua no pretenda prolongar su existencia más allá de sus estrictos términos, ni trate de oponerse al interés general del Estado y á la vigencia de disposiciones más sabias y más oportunas;

"8.° Que en el presente caso no puede ponerse en duda que el móvil del artículo 134 del nuevo Código, al derogar los antiguos denuncios de minas por despueble y al establecer que la propiedad minera pueda ser amparada en todo evento por el pago de una patente fiscal, ha sido el proteger los intereses generales de la minería y de la riqueza nacional, *considerando como de un orden secundario los intereses particulares que pudieran resultar lesionados con esta medida y que hubieran estado pendientes en la época en que se dictó;*

"9.° Que, además, los derechos llamados facultativos, es decir, aquellos que proceden exclusivamente de un dón ó gracia de la ley, *antes de que haya recaído un pronunciamiento de término á favor del interesado*, son considerados en lo absoluto como simples expectativas, sobre las cuales la ley nueva ejerce un imperio completo desde el momento mismo de su promulgación;

"10. Que pertenecen á esta categoría los derechos que se pretende hacer valer en la presente causa, pues el artículo 67 del antiguo Código en que se apoya el denuncio, estatuía que para que una mina perdiera sus linderos y su individualidad legal, debía ser, ante todo, declarada legítimamente en despueble, agregando que para ser registrada por otro, sería considerada como nueva mina;

"11. Que teniendo por objeto la solicitud del denunciante que se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

declare por la autoridad judicial el despueble de la mina *Tres Amigos*, por no haber sido trabajada en forma y en las condiciones señaladas por la legislación antigua, y no habiendo sido aún expedido definitivamente el auto correspondiente, no ha llegado tampoco el caso de ordenar el nuevo registro de la mina denunciada;

"12. Que corrobora lo expuesto la circunstancia de que por el auto de despueble, en el concepto de la ley antigua, toda mina debería volver á la propiedad del Estado, *lo que conduce á la conclusión de que el denunciante sólo estaba investido al hacer esta gestión de una simple expectativa y no de un derecho adquirido, de un interés más ó menos remoto, y no de una propiedad perfecta*, como hubiera sido necesario para dejar subsistente una concesión caducada, en virtud de un precepto terminante de la nueva ley.

"Se confirma la sentencia apelada *de 7 de junio de 1888*, corriente á f. 56, con costas del recurso. Devuélvanse. Publíquese.—GALLARDO.—BISQUERTT.—BOIZARD.—BORGOÑO.—Proveido por la Ilustrísima Corte, *Cuevas*, secretario".

Á la verdad que si fuéramos á estudiar detenidamente cada una de las cuestiones que se plantean y resuelven en los considerandos en que el fallo anterior descansa, habríamos menester espacio y tiempo de que no disponemos, pues cuando esas doctrinas jurídicas llevan la autorización respetable de un alto tribunal, para contradecirlas ó refutarlas es indispensable hacerlo con más detenimiento que en otras circunstancias bastaría. Sólo nos hemos limitado á dejar subrayadas algunas de las consideraciones que en nuestro sentir son de mayor importancia en el estudio rápido que hoy hacemos.

Pero á la sentencia anterior debemos oponer, con todo, la de otro tribunal en que la teoría contraria prevalece.

En 12 de junio del año en curso la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena expidió la sentencia que á continuación reproducimos:

"Serena, 12 de junio de 1890.—Vistos: aceptando la relación de los hechos, y considerando:

"1.° Que por disposición del artículo 21 del Código de Minería de 18 de noviembre de 1874, vigente á la fecha del denuncio de la mina *Santa Filomena*, se establece como principio general, que toda per-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sona capaz de poseer bienes raíces en Chile podía adquirir minas por todos los medios legales;

"2.° Que uno de los medios legales de adquirir las minas era el establecido en el artículo 66 del mismo Código, que permitía que la mina despoblada pudiera ser registrada por el primero que la solicitara y comprobase legalmente el despueble;

"3.° Que ejercitado ese derecho bajo la forma de un denuncio, y tramitado éste en el orden establecido por la ley, no ha podido hacerse ineficaz y nulo por una disposición posterior que carece de efecto retroactivo; y

"4.° Que los demandantes Illanes han probado con las declaraciones de tres testigos exentos de toda tacha, respondiendo á la cuarta articulación del interrogatorio de f. 59, que la mina *Santa Filomena* estuvo sin trabajo alguno durante más de doscientos días en el año de 1887, y en completo despueble más de cuatro meses antes del denuncio,

"Visto lo dispuesto en el artículo 9.° del Código Civil, 53, 54 y 71 del Código de Minería de 18 de noviembre de 1874 y ley 32, título XVI, Partida 3.ª, se revoca la sentencia apelada de 16 de diciembre del año próximo pasado, corriente á f. 138, y se declara haber lugar al denuncio de la mina *Santa Filomena*, hecho por don José Dolores Illanes y demás personas á que se refiere la compulsa de f. 13. Regístrese con arreglo á la ley.

"Esta resolución ha sido acordada contra el voto del ministro Gaete, que ha opinado por la confirmación de la de primera instancia.

"El ministro González consigna en el libro de acuerdos otras razones más en apoyo de esta sentencia. Publíquese y devuélvanse.—CAVADA.—GAETE.—GONZÁLEZ.—Proveído y firmado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, *Cuéllar*, secretario".

(Sentencia número 2397.—*Gaceta* de 21 de julio de 1890.)

Menos doctrinaria y enormemente más simplificada, la resolución de la Corte de La Serena interpreta la ley mejor, á nuestro juicio, que la Corte de Santiago lo hiciera. Acepta el denuncio de despueble y pedimento de la propiedad minera como el ejercicio de un derecho perfecto é irrevocablemente adquirido; los actos llevados á cabo por el denunciante llevan consigo las disposiciones legales vigentes á la fecha en que se consumaron.

Con todo, la jurisprudencia práctica en esta delicada materia no ha llegado á uniformarse aún ni dentro de la jurisdicción de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la misma Corte de La Serena. Después del fallo que acabamos reproducir, y que la opinión unánimemente aplaudiera, aquel alto tribunal acaba de resolver la cuestión propuesta en opuesto sentido, en el caso de que da cuenta la sentencia núm. 2278 de la *Gaceta* de 11 del corriente agosto.

Ahí confirmó la resolución de primera instancia, expedida por el juez letrado de Copiapó, en que se negaba lugar al denuncio por despueble más ó menos por las mismas consideraciones en que se apoyara análoga sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago.

¿Á qué obedece esta variación? se nos preguntará, sin duda, en presencia de dos resoluciones diferentes expedidas por un mismo tribunal tratándose de la misma materia. Sencillamente, á la composición de la Sala sentenciadora el día de la vista de la causa.

La opinión de minoría, que en el primer caso estaba representada por el señor ministro Gaete, formaba mayoría en el segundo, y así ambas sentencias fueron acordadas con votos en contra.

Como quiera que sea, y con perdón de las respetabilísimas opiniones contrarias, creemos, como el señor ministro González, que si el denuncio por despueble fuera una simple expectativa no habría podido siquiera dar mérito para una controversia judicial, y que "todo un largo procedimiento, fundado en el ejercicio de un derecho consagrado por la ley, dentro del cual han podido celebrarse valiosísimas transacciones con terceros por uno y otro lado, tendría que venir al suelo al advenimiento de una nueva ley que dijera: No hay denuncio por despueble; la patente minera conserva la propiedad de la mina, cuya concesión caduca sólo por el no pago de dicha patente".

Escrito lo que precede, llega á nuestras manos testimonio de la opinión más autorizada que, en apoyo de la doctrina que dejamos expuesta, pudiéramos invocar.

En su número de hoy, registra la *Gaceta de los Tribunales* una importante sentencia de la Excma. Corte Suprema, que lleva el número 2856, y en la cual se resuelve la cuestión que hemos dilucidado, con motivo de cuantioso litigio en que se alegaba

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

derecho á unas salitreras, con arreglo á las disposiciones del Código de Minería de 1874, contrarias á las que el Código en actual vigencia sanciona.

Hé aquí algunos de los fundamentos en que ese fallo, favorable al demandante, se apoya:

. . . . . .

"Que desde el momento de la manifestación ó del denuncio, el descubridor adquirió un derecho efectivo sobre el depósito denunciado, derecho que era transferible una vez verificada la inscripción en el correspondiente registro, según lo dispuesto en los artículos 149 y 151 del Código de Minería;

"Que según aparece de los documentos que aparejan la demanda, las concesiones hechas por el intendente de Atacama de los depósitos de salitres de Aguas Blancas, tuvieron lugar durante la vigencia del Código de Minería promulgado el 18 de noviembre de 1874 y del reglamento de 28 de julio de 1877, y están ajustadas á las prescripciones que en uno y otro se contienen;

. . . . . .

"Que de los derechos adquiridos por los demandantes, en virtud de los hechos y disposiciones citadas, no han sido privados por una ley posterior, como es el Código de Minería vigente, tanto porque las leyes civiles sólo pueden disponer para lo futuro sin que se les pueda dar efecto retroactivo. . . . . .

. . . . . .

"Con arreglo á estos fundamentos, y á lo dispuesto en el artículo 9.° del Código Civil, se aprueba la sentencia consultada de 28 de diciembre de 1889.—Etc.—PRATS.—ÁBALOS.—BALLESTEROS.—BARCELÓ".

Después de esto, si se nos dijera que estábamos en error, aceptaríamos ese error, siquiera por darnos el placer de ir en tan buena compañía.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 18 de agosto de 1890.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LA NUEVA ESCUELA PENAL ITALIANA

"Es ley psicológica humana que toda innovación, en cualquier orden de hechos, despierte la desconfianza en quien asiste á las primeras tentativas».—FERRI, *I nuovi orizzonti*, pág. 7.

Aun no ha sido importada á nuestra patria la escuela positivista penal que de quince años á esta parte parece reinar sóla en el vastísimo campo de los estudios acerca del delito y de su prevención y castigo.

El respeto verdaderamente asombroso con que son mirados nuestros Códigos, cada uno de los cuales es acatado con cierto temor reverencial, al extremo de conservarse en algunos de ellos hasta las erratas de la primera edición, ha sido un freno tradicional que ha impedido á los hombres de ciencia y estudio poner manos violentas en disposiciones de nuestras leyes que en otro tiempo pudieron pasar, pero que hoy día rechaza la ciencia jurídica.

Las restricciones al derecho de asociación en nuestro Código Civil, el olvido sobre hipoteca de las naves en que incurrió el Código de Comercio y los innumerables olvidos del Código Penal intactos hasta para los comentadores de nuestras leyes, son una prueba suficiente de ese respeto exagerado y servil que en Chile se tiene aún á la letra muerta de los Códigos.

¿Á qué estudiarse la legislación comparada y las nuevas teorías jurídicas, si las leyes han de permanecer intactas, pese al progreso de las ciencias? ¿Para qué necesita ciencia jurídica quien nunca ha de tocar la ley, si cuenta con largos y minuciosos comentarios al estilo vulgarísimo y pedestre que entre nosotros se usa?

La ciencia jurídica es quizás la que más ha progresado en nuestro siglo al extremo que el Derecho Romano constituye por sí sólo un monumento nuevo y sorprendente que apenas ha sido sospechado durante diez siglos anteriores al nuestro.

En todas partes las legislaciones se reforman, las instituciones antiguas caducan y las leyes se rehacen á la luz de nuevas observaciones y de teorías nuevas que se disputan en la cáte-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dra, en la revista y en el libro, el dominio de las inteligencias.

Tan grandes son los progresos en todos los ramos de la ciencia jurídica, que se ha hecho sentir en todas partes la necesidad de revistas y otras publicaciones periódicas que diariamente enriquecen el Derecho Internacional, el Derecho Romano, el Derecho Civil, Penal y Comercial.

La sola escuela positivista italiana de Derecho Penal cuenta con bibliotecas nutridísimas de muchos centenares de volúmenes destinados exclusivamente á la propagación y defensa de los principios positivistas aplicados al Derecho Penal.

La paternidad de la nueva escuela corresponde á César Lombroso, profesor de medicina legal en la Universidad de Turín.

La obra capital de este fecundo escritor se titula *L'Uomo delinquente* y ha merecido los honores de varias ediciones italianas y de ser traducida al francés por Régnier y De Bournet con el título de *L'homme criminel.*

Corresponde el segundo lugar entre los apóstoles de la nueva escuela á Enrique Ferri, cuyas obras principales son *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penales* y la *Teorica della imputabilitá.*

Por último, Garofalo, en su *Criminología*, llamó en auxilio de la nueva escuela á la estadística criminal y reforzó por este medio muchos puntos vacilantes de las teorías de Lombroso y de Ferri.

Para que se formen idea nuestros lectores del movimiento literario que ha provocado en Italia la nueva escuela, vamos á transcribir aquí, valiéndonos de bibliografías que tenemos á la vista, los títulos de algunas de las más importantes publicaciones acerca de la teoría á que dedicamos el presente artículo.

Archivio di Psichiatria, revista dirigida por Lombroso.

"Sobre la medicina legal del cadáver, según los últimos estudios". Turín, 1877, por Lombroso.

"Genio y locura", por el mismo autor citado.

"Los caracteres de los delincuentes", estudio antropológico-sociológico por el doctor Antonio Marro, médico del manicomio de Turín.

"La epilepsis", por Tonini, 1886.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Ensayo de investigación acerca de la naturaleza morbosa del delito", por Virgilio.

"Lecciones sobre el hombre, según la teoría de la evolución", por Morselli.

"Manicomios y locos", por Verga. Milán, 1886.

"Naturaleza y origen de la delincuencia", por Sergi. Nápoles, 1886.

"Los delincuentes en presencia de la ciencia positiva de observación", por Zucarrelli. Nápoles, 1887.

"Relación entre la delincuencia y las enfermedades mentales", por Sergi.

Por lo que hace á publicaciones periódicas, á más de la de Lombroso, ya citada, podemos enumerar las siguientes:

Archivo italiano para las enfermedades nerviosas.

Revista de disciplina carcelaria.

Archivos italianos de biología.

Revista experimental de "freniatría" y de medicina legal.

Archivo para la antropología, etc., etc.

Se nos dirá que ese lujo de actividad literaria en pro de una escuela fundamentalmente falsa, antes es un mal que no un verdadero bien; pero debe tenerse presente que siempre que una teoría ó una tesis falsa es sustentada *con amore* por hombres de verdadero talento, la verdad resplandece con mayor brillo, se consolidan los puntos de solidez dudosa, se refuerzan los fundamentos de las teorías verdaderas, se corrigen las exageraciones y se profesan con valentía principios que antes con timidez apenas se insinuaban. Es un principio fundamental de las ciencias que la verdad no puede temer ni teme los errores ni objeciones, al paso que los errores temen é insidiosamente se ocultan cuando la verdad los ataca.

De aquí el que los hombres verdaderamente amantes de la ciencia no pueden menos de celebrar el momento en que los errores, envanecidos por sus triunfos parciales, se erigen en sistemas, se atavían y adornan con el traje de la verdad y armados de sofismas de toda especie, salen al campo libre de la discusión con pretensiones de librar batalla contra la verdad y de ocupar los dominios que desde tiempo inmemorial tiene conquistados la verdadera ciencia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Cuando los errores llegan á ese período álgido y pugnan por llegar al momento de su apogeo, puede afirmarse con seguridad que ha llegado el instante en que empieza su decadencia ó su relegación á las sombras del olvido.

Á nuestro entender, al menos un mérito debe reconocerse á la nueva escuela italiana; el de haber aplicado al Derecho Penal el método positivo, el de haber traído al campo de las ciencias jurídicas el procedimiento de investigación de las ciencias experimentales.

El mal ha estado en pretender reducir la ciencia jurídica á ciencia meramente experimental, pues si la observación positiva hubiera llegado respetuosamente á los dominios del derecho á ofrecerse como auxiliar de sus investigaciones, sólo tendríamos aplausos para ella; pero por desgracia ha llegado arrogándose facultades de dueña absoluta del campo jurídico penal, ha pretendido desterrar el principio fundamental de la responsabilidad de las acciones humanas para sustituirlo por empirismos sin una base verdaderamente científica. . .

Garofalo parece pintar lo que entre nosotros pasa bajo el régimen penal vigente, cuando dice: "El juez hace abstracción del individuo verdadero y vivo, cuando es justamente éste el que debía reclamar su atención, desde que se le presenta bajo el aspecto de delincuente. Ni siquiera le mira, no se cura de su pasado, ni tiene un pensamiento para su porvenir: todo su afán se dirige á la *definición legal* del delito y á hacer aritméticamente el cómputo de las diversas circunstancias que deben determinar el *grado* de la pena. Su operación es casi mecánica...»

Pues bien, como quiera que el fin de todo buen procedimiento ó sustanciación de los juicios penales no es *castigar* simplemente el *delito*, sino penar al verdadero delincuente y amparar al inocente, al enfermo, al irresponsable; la misión del juez bajo el régimen de las nuevas ideas, debe modificarse en las legislaciones modernas, á fin de procurar que jamás se confunda al loco con el delincuente, ni al que tiene perfecto dominio sobre todas sus acciones con el degenerado que por vicios hereditarios, lesiones ó enfermedades nerviosas, ha perdido total ó parcialmente la libertad, que es el fundamento de la imputación y de la responsabilidad humanas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El delito es el punto de intersección de muchas líneas, de las cuales no todas son trazadas por la libre voluntad del agente: examinar y analizar con atención todas esas líneas que se cruzan en un punto dado y distinguir si el agente del delito es verdadero delincuente y hasta qué grado lo es, no puede menos de importar sobre manera al juez, que tiene la obligación de *hacer justicia* antes que castigar todos los delitos, sean ó no imputables á los supuestos criminales.

No pretendemos ahora hacer aquí un estudio crítico sobre todas las teorías de la nueva escuela, trabajo hecho ya con lucidez en castellano por el profesor Aramburo y Zuloaga, de la Universidad de Madrid, en un libro destinado á la exposición y crítica de *La nueva Ciencia Penal.*

Ferri, en la traducción castellana de sus *Nuevos horizontes*, toma en cuenta las razones de Aramburo y se empeña en refutarlas, dando por sentado que lo metafísicamente cierto y verdadero puede positivamente ser falso.

Nosotros, que reconocemos y aplaudimos todos sus méritos á la nueva escuela, cuando se aplica á estudiar todas las reformas que sería conveniente introducir en el procedimiento penal y en el sistema penitenciario; no podemos, sin embargo, aceptar "que la ciencia y la ley penal no pueden fundar la pena sobre la responsabilidad moral del individuo (consistente en el libre albedrío) por la razón de que no se puede fundar una institución tan necesaria como la pena sobre una base como el libre albedrío (que, suponiendo lo menos), está seriamente combatido por muchos y notables hombres de ciencia" (1).

¡Deplorable perversión de las ideas fundamentales y deplorable ceguera! ¡Negar la libertad humana, que después de un instante de observación interna, la conciencia nos la acusa como atributo esencial de la inteligencia!

¿Habrá uno solo de nuestros lectores que al leer estas líneas no pueda destruir por su base la teoría de Ferri, consultando á su propia conciencia sobre si es libre ó nó? ¿Por qué, si es una ilusión la libertad, no es otra ilusión el determinismo? Las investigaciones de los más grandes filósofos de todos los tiempos;

(1) Ferri, Introducción á la traducción española, pág. XVII.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el testimonio de todo el mundo; lo que Ferri llama error tradicional ¿será menos positivo que la afirmación de unos pocos que niegan el libre albedrío?

Padece un error fundamental la escuela positivista al pretender probar por medio de la observación positiva y material de los hechos, la no existencia de un acto interno y espiritual.

Más aún: por la mera observación de fenómenos externos la ciencia positiva no puede llegar lógicamente á otra consecuencia que á la negación de los espirituales actos de la mente humana.

Los conceptos metafísicos de posibilidad é imposibilidad; la fantasía de imaginar por un instante que las nubes son de plata ó que los Andes son montañas de oro; la idea en general y en su concepto abstracto ¿serán *hechos* que puedan probarse por la observación positiva? ¿Será necesario dar vida material y tangible á esas ideas para afirmar su existencia?—Claro que nó.

Pues bien, lo mismo pasa respecto de la libertad.

La prueba negativa no vale en Derecho y mucho menos en ciencia positiva: deducir que no existe una cosa porque no se ve ó porque no se palpa, es un absurdo, es la negación de la lógica y por consiguiente, la negación de la ciencia.

De no ver con los ojos de la inteligencia lo que todos tenemos en nuestra conciencia, no se deduce lógicamente sino la ceguera del observador.

Se nos dirá que no debemos dar por sentado el hecho de la libertad; pero ello es tan difícil como pretender raciocinar sin razón, entender sin inteligencia, ó hablar sin palabras.

En todo raciocinio como en toda investigación hay que partir siempre de un postulado que se llama *evidencia*, que es como el cimiento de todas las ciencias.

¿Cuál sería el término de las especulaciones científicas si al llegar á extremos evidentes y clarísimos, se negara la existencia de las cosas?

Á nuestro humilde entender, Spencer como Ferri y Lombroso, partiendo de una base falsa, deducen consecuencias verdaderas cuando detienen el ímpetu de las lógicas deducciones del principio falso y enrielan su pensamiento por el sendero estrecho é inconmovible de la naturaleza.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La lógica de los positivistas no está en ellos, está en la naturaleza de las cosas que observan y en la esencia misma de la inteligencia humana.

Para el positivista, la meditación debía ser una palabra vana, y sin embargo, meditan, idean, prejuzgan y dirigen sus estudios positivos, acumulando á veces con notable ingenio cuantas pruebas es posible idear en pro de una tesis *metafísica*.

Se extrañará que afirmemos ser en algún caso tésis metafísica la que intenten probar los positivistas, que son los eternos enemigos de toda metafísica; pero, á nuestro entender, es metafísica pura la clasificación de las ciencias de Spencer, y metafísica pura *i sostitutivi penali* de Ferri.

Si de los hechos no pudieran deducirse sino hechos, llevar la ciencia al terreno positivo, sería como arrojar margaritas á los puercos.

Pero nó; ya los antiguos escépticos dijeron que era muy difícil despojarse de la naturaleza, y poco dijeran si no agregaran que ello era, de verdad, una empresa imposible.

Cuando la inteligencia deduce y cuando simplemente observa, quedan afirmadas la inteligencia, la libertad y todo el orden metafísico; porque *deducir* es sacar de lo visible ó de lo evidente una verdad invisible, que estaba oculta y que no puede ser vista en el mundo corpóreo, á pesar de ser real, cierta y positiva para la mente humana: *observar* no es simplemente ver, es escoger, es discernir, es juzgar, es clasificar, acumular y edificar; y así como no puede edificarse sin cimientos, no puede observarse sin la *idea* á que se destinan las observaciones.

Por tanto, nos atrevemos á presentar á los fundadores del sistema positivista, el siguiente dilema: ó vosotros afirmáis *verdades* ó afirmáis *hechos*.

Si lo primero, sois metafísicos; si lo segundo, ante la filosofía, no sois nada.

Se nos dirá que el *hecho* y la *verdad* se confunden en una misma cosa, pero no es así: que dos y dos son cuatro, es una verdad; que haya cuatro manzanas en un árbol podrá ser un hecho verdadero.

¿Qué diferencias hay entre estas dos afirmaciones? Veámoslo: 1.ª, la *verdad* es absoluta, es verdad en todos los casos á que la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

apliquemos y no podrá dejar de ser verdad jamás, por lo cual asentimos sin restricción alguna á esa afirmación metafísica y matemática; 2.ª, si no existiera cosa alguna ó si por un momento prescindiéramos de todas las cosas existentes, la verdad seguiría siendo la verdad, porque no está sujeta á ninguna contingencia; 3.ª, la verdad es anterior y posterior á todo hecho. ¿Quién podrá decir cuándo empezó á ser verdad que dos y dos son cuatro? ¿Quién dirá cuándo dejará de ser verdad? Adviértase, pues, con cuánta razón se dice que la verdad es eterna; 4.ª, la verdad es fecunda é inagotable: para la inteligencia, todo se resuelve en verdades y los mismos hechos son verdades particulares.

Veamos ahora las condiciones del *hecho*: 1.ª, el hecho es siempre singular y no tiene más universalidad que la que le presta la verdad á que se adhiere; 2.ª, el *hecho* no implica un juicio de la inteligencia: el hecho simplemente *es*; al paso que la verdad *es* y *debe ser*; 3.ª, el hecho se realiza en tal ó cual condición y en tal ó cual tiempo; y si se realiza en todo tiempo y lugar, para que lleguemos á afirmarlo verdad constante, necesitamos aplicar á su singularidad la facultad de nuestro espíritu en virtud de la cual abstraemos y universalizamos; por manera que aun la ciencia más positiva tiene que hacerse metafísica, para adquirir las condiciones de tal.

En virtud de la precedente análisis, creemos que no puede ponerse en duda que los hechos acumulados pacientemente por los positivistas de la nueva escuela penal italiana, no alcanzan á tocar ni las orlas de la túnica inconsútil de la ciencia.

Sin desconocer, pues, en lo más mínimo la importancia verdadera de las observaciones positivas de los médicos y legistas italianos, antes por el contrario, reconociéndoles todo su mérito y aplaudiendo sus humanitarios esfuerzos, creemos del caso llamar la atención de los hombres de estudio á estas dos faces de las cuestiones positivo-legales: la una especulativa, metafísica, abstracta y por tanto puramente científica y fundamentalmente falsa, y la otra positiva y de observación experimental que será verdadera cuantas veces se demuestre serlo.

L. Barros Méndez

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿PUEDE DESPACHARSE MANDAMIENTO DE ejecución contra un deudor comerciante?

Hace poco, una persona me consultó sobre el auto de un Juez de Letras que le había denegado despachar el mandamiento de ejecución solicitado contra un deudor comerciante, por un pagaré mercantil, fundándose la negativa del Juez en que el procedimiento común ejecutivo en materia comercial estaba derogado por el procedimiento de quiebra del Código de Comercio, único vigente á ese respecto.

Mi dictamen fué contrario á la doctrina sustentada por el juez de la referencia, y en consecuencia, debía apelarse del auto denegatorio y, á mi juicio, con buen éxito del recurso.

Hé aquí una importante cuestión de procedimiento, y de utilidad práctica.

Demandado ejecutivamente un deudor, por un pagaré ó título que trae aparejada ejecución, el juez, según lo preceptúa el artículo 5.º de la Ley de Procedimientos Ejecutivos de 8 de febrero de 1837, librará en el acto el respectivo mandamiento de ejecución y embargo contra la persona y bienes del deudor; mandamiento que ahora se libra solamente contra los bienes, por estar abolida la prisión por deudas.

Este mandamiento es el que ha sido denegado en el caso á que nos referimos; por ser un crédito mercantil y el deudor comerciante, contra quien sólo puede ser procedente el procedimiento de la quiebra.

De modo que, según esta doctrina, en ningún caso puede despacharse mandamiento de ejecución contra un comerciante, aunque el título sea de los que traen aparejada ejecución. Ni podría emplearse, para cobrar á un comerciante el pago de una deuda comercial, la vía ejecutiva, que reglamenta la ley citada de 8 de febrero, la cual, según la doctrina citada, está derogada, respecto de los comerciantes, por el Código de Comercio.

Veamos. El artículo 4.º del Código Civil establece de preferente aplicación las disposiciones de los Códigos de Comercio y demás especiales, á las del Código Civil únicamente, pero no á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las de procedimientos, como es la ley ya citada de 8 de febrero.

El párrafo 6.º del mismo título preliminar, «De la derogación de las leyes» divide la derogación en expresa y tácita: *expresa*, cuando expresamente dice la ley que deroga la antigua. Esta no es, ni puede invocarse bajo la doctrina que refutamos, porque en ninguna parte del Código de Comercio se dice derogada la ley de procedimientos ejecutivos, en lo referente al mandamiento de ejecución; pues con el artículo final del Código de Comercio, se dicen derogadas, aún en la parte que no fueren contrarias, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan, en cuanto puedan afectar los asuntos mercantiles. Esta sería la derogación *tácita*, que, según lo dispuesto en el artículo 53 del Código Civil, deja vigente, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

Y en verdad, el despacho del mandamiento ejecutivo por título que trae aparejada ejecución, no pugna en manera alguna con el procedimiento de la quiebra en los casos que ésta tiene ó debe tener lugar según el Código de Comercio.

Lejos de encontrarse derogada la vía ejecutiva que incide por el despacho del mandamiento de ejecución, encontramos en el Código de Comercio disposiciones que reconocen su vigencia.

El artículo 1365 de este Código dispone que, declarada la quiebra, los acreedores comunes (es decir, los que no gozan de privilegio, hipoteca ó prenda) no podrán promover ejecución contra los síndicos, *ni continuar* la que tuvieren iniciada contra la persona y bienes del fallido; es decir, que antes de la quiebra ha podido entablarse ejecución, la cual se prohibe continuar desde que es declarada la quiebra. Antes de esto, ha podido entablarse y seguirse legítimamente la ejecución. No es permitido entablar nueva ejecución, ni continuar la que tenían iniciada.

Pero esta limitación no rige, dice el citado artículo, contra los acreedores privilegiados, hipotecarios y prendarios, los cuales pueden, no sólo iniciar ejecución, sino llevar adelante la que tuvieren pendiente, contra los bienes afectos á la seguridad y pago de sus respectivos créditos.

Esta excepción, como la limitación misma respecto de los acreedores comunes, prueba que la vía del procedimiento eje-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cutivo no está derogada por el procedimiento de la quiebra; al contrario, totalmente vigente respecto de los acreedores privilegiados, hipotecarios y prendarios; y solamente limitada respecto á los acreedores comunes para no poder promover ejecución, ni continuar la ya iniciada, desde el momento que la quiebra sea legalmente declarada. Mientras esta declaración no se haga, hasta los acreedores comunes tienen el derecho de promover ejecución según la ley respectiva de procedimiento, que no es otra que la ley antes citada de 8 de febrero.

El artículo 1366 concurre á demostrar que el procedimiento ejecutivo no está derogado, como erradamente se cree, por el Código de Comercio. Dispone este artículo que todas las causas, ordinarias ó *ejecutivas*, civiles ó comerciales, que al tiempo de la declaración de quiebra se hallen pendientes contra el fallido, serán *acumuladas* al juicio universal de concurso». Entre las causas acumulativas enumera este artículo las *ejecutivas*, sean civiles ó comerciales; lo que prueba que puede ser demandado *ejecutivamente* un deudor comerciante, y como tal, despacharse contra él mandamiento de ejecución, en contra de la doctrina que vengo refutando.

Según el procedimiento común, una ejecución puede entablarse y proseguirse, mientras no se haya formado concurso al deudor, por la concurrencia de más de dos opositores, ó sea, de tres acreedores, es decir, el ejecutante y dos acreedores más, como lo dispone el artículo 82 de la ley del juicio ejecutivo; ó porque el deudor haga voluntaria cesión de bienes, en conformidad del párrafo 9.º, título XIV, libro 4.º del Código Civil.

Á diferencia de la quiebra comercial, en que el auto declaratorio puede librarse á solicitud de un solo acreedor, ó de varios, como puede serlo á solicitud del fallido ó sus herederos, ó de oficio á requerimiento del ministerio público, según lo estatuye el artículo 1344 del Código de Comercio; con dicho auto declaratorio cesa el juicio ejecutivo, si lo había contra el fallido, para acumularse al juicio de quiebra, como cesa también en el fuero común con el concurso ó cesión de bienes.

El juicio ejecutivo tiene su existencia propia contra el deudor, sea ó nó comerciante, mientras respectivamente no se haya formado concurso, ó declarado el deudor en quiebra. Y la misma

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

excepción que el Código de Comercio establece para proseguir la ejecución, no obstante el estado de quiebra, en favor de los acreedores privilegiados, hipotecarios ó prendarios, la otorga el artículo 2477 del Código Civil en el fuero común, en favor de los acreedores hipotecarios; de tal manera, que si hubiera un solo acreedor de esta categoría, no se formaría concurso especial de hipotecarios, sino que ese acreedor seguiría adelante su ejecución, como si tal concurso no hubiera, contra los bienes hipotecados.

Quiebra, según define el artículo 1325 del Código de Comercio, es el estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles. Y para constituir el estado de quiebra, según el artículo 1327, no es menester que la cesación de pagos sea general; es decir, que basta la cesación de pago de un solo acreedor, como puede uno solo solicitar el auto declaratorio. De tal manera que un comerciante que ha cesado en su pago, aunque sea de un solo acreedor, será declarado en quiebra, según manda el artículo 1342.

Pero, de este derecho que un solo acreedor tenga para hacer declarar en quiebra al deudor comerciante, derecho facultativo de que puede ó nó usar, no se sigue que no pueda demandarlo antes ejecutivamente, y sí puede hacerlo, como hemos demostrado, siendo compatibles ambos derechos, sin más limitación que la de cesar el juicio ejecutivo donde empieza el auto declaratorio de quiebra, no siendo de los acreedores privilegiados ó hipotecarios, cuya ejecución va siempre adelante.

El auto declaratorio de quiebra es el límite donde cesa el juicio ejecutivo iniciado por acreedores comunes; y es un doble derecho: á favor del deudor, que puede solicitarlo para enervar la ejecución; y á favor del mismo acreedor, que puede optar ó por la ejecución ó por la declaración inmediata de quiebra.

Tan marcado es este límite de la ejecución con el auto de quiebra, que la prisión por deudas, cuando existía, como efecto de la ejecución ó mandamiento ejecutivo contra la persona del deudor, quedaba suspendida de derecho por el arresto preventivo consiguiente á la quiebra, según lo dispone el artículo 1392; sin poder eximirse del arresto preventivo, aun cuando estuviera exento de la prisión por deudas; significando de esta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

manera hasta dónde llegaban los efectos de la ejecución para dar paso á los efectos de la quiebra.

En consecuencia, puede afirmarse, que contra un deudor comerciante y por deuda mercantil, puede iniciarse *ejecución* ó *declaración de quiebra* facultativamente. Y en el primer caso el juez, en vista de título que trae aparejada ejecución, no puede negarse legalmente á mandar despachar mandamiento ejecutivo; pero ejecución que puede enervarse por la declaración en quiebra del deudor, en el modo y casos anteriormente demostrados.

JOSÉ RAVEST

La Serena, junio de 1890.

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(*Continuación*)

El artículo 176 dispone que, si el juicio es apelable por su cuantía, lo sea igualmente toda sentencia definitiva ó interlocutoria. Aquí estamos conformes con nuestro sistema. La discrepancia está en que nosotros barremos con la excepción de la cuantía y el Proyecto mantiene esa excepción monstruosa.

La redacción del inciso 1.º es un círculo vicioso; dice, es apelable lo que según la ley tiene apelación. Esto no dice nada de nuevo, se podría suprimir sin hacer falta. La idea no tiene novedad alguna expresada en esa forma.

Dada la redacción del inciso 1.º, es evidente que están comprendidos en ella aquellos casos en que se niega el recurso, porque en esos casos la sentencia no es apelable, porque no se admite la apelación. Luego, no hay necesidad de redactar el inciso 3.º del Proyecto; basta con el 1.º, que lo comprende.

Si hubiera de quedar el inciso 2.º, habría que agregarle el complemento limitativo *de primera instancia*; porque de lo contrario podría creerse, y con razón, que tales asuntos eran privilegiados y tenían más de una instancia, y que podían tener infinitas.

La voz *pronunciada* está de más; y si no daña á la ley, es

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

una abundancia inútil y que recarga su redacción para mayor tormento y daño de la memoria del que estudia la ley.

Pasemos al examen del artículo 177, que trata de los *decretos* apelables ó no apelables. Dicho artículo usa una fraseología redundante. ¿Á qué conduce el expresar *tres* palabras para designar *una* misma idea? Es una redundancia empalagosa. Esas tres voces están definidas en el artículo 150, y con usar una, basta.

Según la redacción del inciso 1.º, un decreto no es apelable si ordena un trámite, necesario para la sustanciación y determinado por la ley. Si ese trámite no es necesario y determinado por la ley, ¿tiene ó nó apelación? La tiene, según el inciso 1.º, el cual sólo la niega para los relativos á trámites necesarios. Aquí se coloca á los jueces en muy mala condición. En lo superfluo se otorga apelación y no se la otorga en lo referente á cosas necesarias. Estamos con el Proyecto en cuanto niega apelación para decretos referentes á trámites necesarios; pero, si hay razón para los necesarios, con más fuerza existe esa misma razón para los innecesarios ó superfluos. Nosotros avanzamos la teoría del Proyecto y comprendemos todo trámite determinado por la ley, sea ó no necesario.

Si un decreto ordena un trámite prescrito por la ley, no es apelable; si no está prescrito por la ley, es apelable.

Si un decreto suprime un trámite innecesario, no dice el Proyecto si es ó no apelable; pero en el silencio de la ley y desde que ésta no niega el recurso, es evidente que es también apelable. Luego, nos hallamos con que la excepción del inciso 2.º es ilusoria en sus efectos; porque sin consignarla se tendría el mismo resultado, interpretando el sentido negativo del precepto general del inciso 1.º, tal como lo hemos hecho más arriba. En definitiva, tenemos que un decreto es apelable cuando suprime un trámite en general, sea éste necesario ó no necesario. En el primer caso, por decirlo el inciso 2.º del artículo 177; y en el 2.º, por deducirlo del silencio de mismo artículo.

La frase "trámites necesarios para la integridad de la sustanciación" es sin sentido, y es lo mismo que decir "trámite necesario para completar los trámites ó la tramitación". Según lo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que suena, todo trámite de un juicio, suprimido, se hace necesario, indispensable, para que todos estén completos, para que no haga falta. Y tenemos entonces que todo trámite es necesario en el sentido que expresamos; porque, suprimido, se rompe la integridad, la totalidad.

Luego basta, como hemos demostrado más adelante, la circunstancia de estar determinado ó prescrito por la ley.

Pero no es suficiente el precepto general ó abstracto de estar determinado para cada juicio; se necesita, como cosa indispensable, que lo sea determinadamente para el juicio *en que se da el decreto.*

Ejemplo: estamos en un juicio ordinario, y el juez decreta un nombramiento de tasador para rematar el objeto litigioso. El trámite está prescrito para un juicio, el ejecutivo. No es apelable según el Proyecto, por su mala redacción; pero sí lo es, según lo que ha querido significar ese mismo Proyecto.

Hay necesidad de circunscribir el precepto general del Proyecto, reducir el alcance de sus expresiones tan indeterminadas.

Con lo expuesto ya podremos redactar la idea á que sirven los artículos 176 y 177; pero antes notemos otra deficiencia del Proyecto. El no dice que los decretos sean de primera instancia; y no diciéndolo, tendríamos que los de segunda instancia que llenasen los requisitos del artículo 177, tendrían ó no apelación según los casos; y que teniéndola, habría juicios que tendrían tres ó más instancias, lo cual sería contrario al principio de las dos instancias, é inadmisible.

La forma que daríamos á los artículos 176 y 177, sería la siguiente:

"ART. 176. Es apelable toda sentencia de primera instancia.

"ART. 177. Es apelable: 1.º, el decreto de primera instancia, que suprime un trámite prescrito expresamente para el juicio en que se da, y cuya omisión produce nulidad; y 2.º, el decreto disciplinario de primera ó de segunda instancia, que impone una obligación personal ó que priva de un derecho.

"Todo otro decreto es inapelable".

El 2.º inciso de este último artículo podría suprimirse sin hacer gran falta; pero completa la idea del sistema y evita algunas dudas y disputas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El decreto de que trata el número 1.º del artículo 177 reformado, tiene que tener *dos* requisitos: 1.º, de primera instancia; y 2.º, que suprima. El trámite tiene que llenar *dos* condiciones, el estar prescrito en tal juicio y el producir nulidad su falta. En el número 2.º el decreto debe tener *dos* circunstancias: 1.ª, disciplinario; 2.ª, que imponga una obligación ó una privación.

Se puede objetar la redacción de la reforma, diciendo que habría casos en que los decretos disciplinarios tendrían tres instancias. Tal suposición no existe. En primera instancia un juez impone una multa; apela el obligado; la Corte le pone la misma multa; apela entonces, porque ese decreto de la Corte impone una obligación; pero no hay tal apelación, porque lo que resuelve la Corte no es decreto; es sentencia interlocutoria de segunda instancia y esas no tienen apelación.

Los decretos en que un juez apercibe ó exige firma de abogado, no son apelables, según nuestra redacción; y hemos hecho esto para barrer con los tinterillos y las irrespetuosidades hacia los jueces. Según el Proyecto son apelables, como no contenciosos ó como disciplinarios.

Tercer punto

"ART. 178. La apelación deberá interponerse en el término de cinco días fatales.

"ART. 179. El término para apelar no se suspende por el incidente sobre aclaración de la sentencia.

"Pero la parte contra quien se hubiere pedido la aclaración puede apelar de ésta, aun cuando no hubiese apelado de la sentencia aclarada".

En ambos artículos se trata del tiempo en que se puede apelar.

El término para apelar en Venezuela, en el Perú, es de *tres días*, y en la primera, en ciertos juicios es de *un día*. Cinco, nos parece largo, tratándose de sentencias interlocutorias ó de decretos apelables. Optamos por el término de *tres días* para estos y de cinco para las definitivas. Así armonizamos.

En vez de la preposición *en*, usaremos, como más correcta, la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

preposición *dentro*, que usa el artículo 67 de la Ley Española tratando de este mismo plazo.

El Proyecto no dice desde cuándo se cuentan esos días, ni dice si es plazo individual. Hay que subsanar estas omisiones expresamente.

El artículo 179 induce á error. Él dice que el incidente sobre aclaración no suspende el término para apelar. Luego, los demás incidentes ¿lo suspenden? Y si no lo suspenden por no decirlo la ley, no diciendo nada del incidente de aclaración, tampoco éste lo suspendería. Esto nos hace ver que el tal artículo en el inciso 1.º es perjudicial é inoficioso; porque conduce á un error, y suprimido, no hace falta. En efecto, los términos fijados por la ley sólo pueden interrumpirse por disposición expresa de la misma ley. Este es principio general.

El segundo inciso contiene una materia que no es de este lugar; ella corresponde al artículo 176, donde se ha dicho lo que es suceptible de apelación. Pero no es esto sólo. ¿Hay necesidad ó mera conveniencia en consignar que la contra-parte puede apelar de una sentencia aclarada? Nó, no la hay absolutamente; porque ya está dicho en el referido artículo 176, y porque la sentencia aclarada es la que finaliza la cuestión; con la aclaración viene á quedar firme la sentencia. Notificada ella, nacen para las partes los plazos legales.

En virtud de lo expuesto, somos de parecer que se suprima el artículo 179 en todas sus partes; no hace falta, su idea no la hemos hallado en ninguna legislación.

Por tanto, podríamos redactar las ideas emitidas, en cuanto al artículo 178, en esta forma:

"ART. 178. La apelación de una sentencia definitiva podrá interponerse dentro de cinco días, *contados desde* la notificación del que apela.

"Las demás apelaciones podrán interponerse dentro de tres dias, *contados* de la misma manera".

Decimos "podrá" en vez de "deberá", porque el recurso es *facultativo* en el que lo inicia. Sólo se puede dentro de esos días, después no se puede. *Deberá* impone una obligación, lo que no es conforme con la realidad. Nadie puede obligarnos á apelar.

Suprimimos la expresión "el término de" por redundante;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no hace falta. En lugar de la dicción "fatal", que no nos saca de ninguna duda, sino que es voz doctrinal, colocamos lo que sigue después de "días", frase necesaria y que nos evita dudas y cuestiones.

Llegamos al punto cuarto, cómo se interpone una apelación, y al punto 5.º, ante quién se inicia, ambos omitidos en el Proyecto y sin explicarnos el olvido.

La ley 22, título XXIII, Partida 3.ª permitía apelar *por palabras* en el acto de darse sentencia, ó *por escrito* después de este acto y ante el juez que dió la sentencia, bastando que dijera: *álzome* ú otra expresión, aunque no dijera *á qué juez* ni *por que razón.*

En Venezuela se permite apelar de palabras, con tal que se haga por diligencia firmada por el apelante.

En el Perú se permite apelar verbalmente en los juicios de menos de doscientos pesos y por escrito en los demás.

Entre nosotros, hoy día, se puede apelar en el acto de la notificación ó después ante el escribano; ó por escrito, ó verbalmente, cuando se está delante del juez que pronuncia la sentencia.

Esto no ha producido ningún mal; y creemos que tal sistema debe consignarse en la ley, como garantía para los particulares y como un medio de evitar perjuicios y abusos.

Pero debemos ampliar lo que hoy existe. Si admitimos que uno diga en el acto de la notificación: *apelo*, y eso basta, ¿por qué razón no admitimos lo mismo si es dicho después ante el mismo notificante? Si damos valor á lo primero, debemos darlo á lo segundo. No hay necesidad de que la notificación ó la diligencia sea firmada por el apelante. Supongamos el peor de los casos, que sea falsa la interposición del recurso. Esa falsedad se conocería al notificarse la concesión y todo no habría pasado de ahí.

La ley de Partida citada permitía apelar en cierto caso, fuera de la notificación ante hombres buenos; y la *Curia Filipica*, en su parte 5.ª, párrafo 1, número 17, dice que en tal caso puede apelarse ante escribano.

El artículo 26 de la ley del 56 dice que puede apelarse *verbalmente ante* escribano, quien certificará la apelación.

Estos medios son facilidades que se dan á los litigantes para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el correcto ejercicio de sus derechos. No los desterremos, retrocediendo, perfeccionémoslos.

Nosotros admitimos que se apele *de palabra* ante el juez ó secretario de la causa, ó ante el ministro notificante, sea receptor, juez de distrito ó de subdelegación á quien se cometa una notificación; sea que el apelante diga: *apelo en el acto de ser* notificado ó *después*, ó en el *acto de oír* al juez su sentencia, ó que *después* se apersone en su despacho y le diga: *apelo de tal sentencia* ó *decreto.*

En cuanto á la apelación por escrito, debe ser en solicitud que se presente al juez de la causa y en la que simplemente se diga que apela de tal acto y se le conceda el recurso.

Queremos una justicia fácil y sencilla, sin formulismos y sin atavíos inútiles.

En los artículos que vamos á proponer se agreguen al Proyecto, trataremos en conjunto, para mayor facilidad, de los dos puntos omitidos, y de lo que debe hacer el juez que tiene en su despacho el recurso interpuesto.

"ART. 179. Se interpondrá la apelación verbalmente diciendo: *apelo*; ó por escrito, en solicitud presentada al juez de la causa y en que lisamente se diga: *apelo de tal sentencia ó de tal decreto.*

"ART. 179 *a*. La apelación verbal podrá interponerse ante el juez ó el secretario de la causa, ó ante el funcionario notificante, en el acto de la notificación ó después en diligencia separada.

"El secretario ó funcionario notificante pondrá constancia del hecho de la apelación de Fulano en la misma diligencia de la notificación ó en un certificado.

"ART. 179 *b*. Presentada una apelación de un acto apelable, en tiempo y forma, el juez la concederá inmediatamente sin trámite alguno; y mandará en el mismo decreto elevar los autos al juez respectivo, con citación y emplazamiento de las partes".

Este artículo corresponde al 335 de la Ley Española. Él simplifica la tramitación, consagra lo existente y evita toda duda. En un artículo posterior, se dirá cómo van los autos, si originales ó en copia.

Llegamos al 6.° punto, á los *efectos* de una apelación.

"ART. 180. La apelación puede ser otorgada en el efecto sus-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pensivo y en el devolutivo á un mismo tiempo, ó sólo en el devolutivo.

"Otorgada en ambos efectos, queda suspensa la jurisdicción del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa.

"Otorgada sólo en el efecto devolutivo, el tribunal inferior seguirá conociendo de la causa, y podrá proceder á la ejecución de la sentencia".

"ART. 181. Cuando es otorgada la apelación libremente ó sin restricción alguna, se entiende que lo es en ambos efectos.

"ART. 182. Son apelables sólo en el efecto devolutivo:

"1.º Las sentencias pronunciadas contra el demandado en el juicio ejecutivo, en los juicios posesorios y en los juicios de alimentos;

"2.º Las interlocutorias, siempre que, atendida la naturaleza del incidente, serían eludidas en su ejecución y en sus efectos si se otorgara la apelación libremente;

"3.º Las interlocutorias pronunciadas en el incidente sobre ejecución de una sentencia firme;

"4.º En general, todas aquellas respecto de las cuales esté expresamente ordenado por la ley que no se conceda apelación sino en el efecto devolutivo.

"ART. 183. Fuera de los casos determinados en el artículo precedente, la apelación deberá otorgarse en ambos efectos".

Es materia de doctrina la división que establece el inciso 1.º del artículo 180 copiado más arriba. No produce efecto legal esa división y sólo es propia de una obra didáctica. Suprimida, no hace falta.

Los *efectos* de una apelación son: suspender la jurisdicción del inferior y pasarla al superior, ó dar jurisdicción al superior sin suspender la del inferior.

La apelación en lo devolutivo produce el último efecto; toda otra apelación produce el primer efecto. La primera es *apelación especial*; la segunda es *apelación general.*

Estos resultados ¿se producen desde el instante en que se otorga ó desde que se interpone? Esta cuestión hay que resolverla claramente para mayor provecho de los litigantes y para no dejar su derecho expuesto á perderse. Las partes son incapaces para suspender con sus actos la jurisdicción de los jueces;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

son éstos los únicos que lo pueden hacer. No se puede, por tanto, dar efecto á la interposición de la apelación sino al acto del juez que la otorga. Tenemos entonces que la apelación interpuesta no produce efecto alguno jurídico; es sólo la apelación otorgada la que produce esa clase de efectos. Este último principio es el que debemos consignar en la ley.

En el segundo inciso del artículo 180 vemos *uno* de los dos efectos que produce una apelación general ó sin limitación.

En el tercero, no vemos el efecto de la apelación especial ó en lo devolutivo; al contrario, vemos que ese inciso nos demuestra que la tal apelación no nos produce ningún efecto. Y precisamente estamos legislando los efectos ó las alteraciones que produce la apelación en el mecanismo del enjuiciamiento.

El artículo 181 contiene una presunción, que si se suprime, no hace falta, con tal de decir bien claro las cosas.

Ya podemos dar forma á las ideas expresadas y redactar así los artículos 180 y 181.

"ART. 180. *Desde* que sea otorgada una *apelación en el efecto devolutivo*, nacerá para el superior la jurisdicción para conocer de la causa apelada, y el inferior conservará la suya para seguir conociendo de dicha causa y para proceder á la ejecución de lo apelado, afianzando éste las resultas á satisfacción del juez.

"ART. 181. Toda *otra apelación*, en cualquiera forma que se conceda, una vez otorgada, suspenderá la jurisdicción del inferior para conocer de la causa y pasará dicha jurisdicción al superior respectivo".

Tenemos en el artículo 180, reformado, los *dos efectos* de una apelación, modificada por la frase *en lo devolutivo: la jurisdicción* del superior *coexistente* con la del inferior y *la fianza* para el resultado de la ejecución de la sentencia. El elemento de la fianza es una garantía muy preciada. Supongamos que un individuo que ejecuta, remata una propiedad, percibe su valor y hace desaparecer el dinero. Después se revoca la sentencia; ¿cómo se reintegra el ejecutado de lo suyo ó de su valor? Casos como estos hay muchos. La fianza no impone gastos y es una garantía que puede evitar grandes perjuicios.

En el artículo 181, reformado, están los *dos efectos* de las demás apelaciones: uno respecto al juez inferior, la *suspensión*;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y otro respecto al superior, la *transmisión* de jurisdicción

En el artículo 182 se determinan las sentencias *apelables* en el efecto devolutivo.

En los casos consignados en el Proyecto, ya no se atiende á la *cuantía*, sino á la *naturaleza* de los juicios.

Dicho artículo es un ensanche y una excepción, á la vez, de lo antes establecido, una mezcolanza de todo un poco.

No debe ser, sin embargo, lo que dice el Proyecto; hay que reformarlo.

Nosotros determinamos en el artículo 176 las sentencias ó decretos que tienen el carácter de *apelables*; ésta es la regla general. Al presente, en el artículo 182 debemos indicar *cuáles* de esas sentencias ó decretos *sólo* son apelables *para* una parte *en el solo efecto devolutivo*. Esta es la verdadera materia del artículo. Porque ha de saberse que, *para uno* de los litigantes esas mismas sentencias ó decretos son apelables en ambos efectos, y *para el otro* lo son en un solo efecto, en el devolutivo. Cuando una apelación se otorga en un efecto, él es necesariamente el devolutivo.

El artículo 182 del Proyecto dice que son apelables en el efecto devolutivo tales y cuales sentencias; las que en el número 1.º pueden ser ó definitivas ó interlocutorias, como en el número 4.º, y son sólo interlocutorias en los números 2.º y 3º.

El carácter que se da á estas sentencias, es contra toda persona; porque no lo circunscribe la redacción del Proyecto, ni dice que son apelables para tal parte, sino que dice en general. Esta generalidad hay que quitarla para acercarnos á la realidad.

El inciso 2.º es muy lato y muy sujeto á abusos; lo suprimimos, porque destruye el sistema de garantías que encierra el sistema que estamos desarrollando. Es una amenaza.

La redacción del número 4.º es muy redundante, puede acortarse sin alterar la idea. La última proposición puede suprimirse por superflua, "desde que..."

En consecuencia, podría redactarse así el artículo de la reforma con las agregaciones que hemos creído necesarias.

"ART. 182. La apelación de sentencia ó decreto apelables se otorgará en lo devolutivo, solamente al demandado y en los casos siguientes:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"1.° En los juicios ejecutivos, en los posesorios, en los sobre alimentos, sobre nombramiento de guardadores, sobre ejecución de sentencias y en los demás casos en que la ley lo dice expresamente.

"2.° En aquellos casos en que se toman medidas de garantía ó de conservación, siempre que por su no cumplimiento pudiera resultar burlado el derecho del que las impetró".

En el número 1.° se comprenden, de una manera concisa, pero clara, los casos de los números 1.°, 3.° y 4.° del Proyecto. Con la voz *solamente* recalcamos *á quién* se otorga la apelación, y *en qué* efecto y *en cuáles* cuestiones. En el número 2.° se comprende la sentencia ó decreto sobre *retención*, sobre *depósito*, sobre *reconocimiento*, etc.

En la reforma comprendemos el caso de la sentencia ó decreto sobre designación de tutores ó curadores; va en resguardo de los incapaces, de los menores.

El artículo 183, con la forma que hemos dado al 182, viene á ser inútil; más, conviene suprimirlo, porque su precepto no hace falta.

"ART. 184. Si el tribunal inferior otorgare una apelación en el efecto devolutivo, habiendo debido otorgarla también en el suspensivo, la parte agraviada podrá pedir al tribunal superior que declare la apelación admitida en ambos efectos.

"De la misma manera, si el tribunal inferior otorgare la apelación en ambos afectos, habiendo debido otorgarla sólo en el devolutivo, podrá la parte agraviada pedir al tribunal superior que la declare admitida sólo en el efecto devolutivo.

"Si el tribunal superior hiciere alguna de estas declaraciones, la comunicará al inferior para que, en conformidad á ella, se abstenga de seguir conociendo en el negocio ó continúe conociendo y proceda á la ejecución de la sentencia".

En este artículo hay que hacer pequeñas variaciones que se explican por las ideas avanzadas en el análisis de los anteriores. Amoldaremos la terminología conforme á los artículos ya reformados. Agregaremos la idea de que la comunicación de que habla el último inciso, sea telegráfica, si es posible; porque así surtirá efecto más inmediato. Los dos últimos renglones pueden quitarse y poner sólo *proceda*, pues el juez ya sabe cómo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la ley le ordena proceder cuando se otorga la apelación general ó la especial; no hay para qué repetir este precepto.

Por tanto, podría redactarse así el artículo 184:

"ART. 184. Si el juez inferior otorgare una apelación en lo devolutivo ó especial, debiendo otorgarla sin limitación, el solicitante podrá pedir al juez superior que la declare admitida en esta última forma.

"De la misma manera, si el inferior concediere la apelación sin restricción, debiendo otorgarla sólo en lo devolutivo, el solicitante podrá pedir al superior que la declare admitida en esta forma.

"Hecha alguna de estas declaraciones, *sin trámite* alguno, se comunicará *inmediatamente* al inferior, *por telégrafo* si fuere posible, para que dicho inferior proceda en conformidad á la declaración comunicada".

Hemos reemplazado la voz "tribunal" por la voz "juez", "habiendo debido" por "debiendo", "en el suspensivo ó en ambos efectos", por "sin limitación ó sin restricción", "la parte agraviada" por "el solicitante", "la apelación en ambos efectos" por "en esta última forma", etc.

Hemos suprimido algo, y en el último inciso hemos agregado *tres ideas nuevas* que no existen en el Proyecto.

Una es referente á que las declaraciones sean hechas sin trámite alguno, es decir, sin oír á la contraparte, sin oír al inferior, sin pedir autos, etc.

Otra es referente á quién comunica; la reforma dice "se comunicará", dejando vigente lo mandado á este respecto; el Proyecto dice que el superior comunicará, lo que es contrario á lo mandado sobre este punto. Las Cortes no comunican á los inferiores, son sus secretarios.

La tercera es referente á la clase de comunicación y á que sea inmediata. El Proyecto no dice nada sobre esto: la reforma adopta la comunicación telegráfica, donde hay telégrafo.

Nos resta decir algo sobre la colocación de este artículo. No es ésta la que debe tener, porque aun no se ha hablado de remisión de los autos ni estamos aun ante lo que se pueda hacer ante el superior. Este punto del artículo 184 no es un efecto de la apelación, única materia del punto 6.º antes mencionado. La

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

colocación del artículo 184 reformado debe ser en el punto 7.º, después del artículo 189 del Proyecto.

"ART. 185. Concedida la apelación, se remitirá el proceso, á á costa del apelante, al Tribunal Superior que debe conocer de ella.

"ART. 186. Si la apelación hubiere sido concedida sólo en el efecto devolutivo, el Tribunal inferior hará dejar, á costa del apelante, copia de la sentencia y de las piezas del proceso que estime necesarias para la marcha del juicio.

"ART. 187. La remisión del proceso se hará por el Tribunal inferior al día siguiente al de la última notificación.

"Podrá ampliarse este plazo por todos los días que, atendida la extensión de las copias que hubieren de dejarse, estime necesarios dicho Tribunal en el caso del artículo 184.

"ART. 188. Si el apelante no franqueare la remisión del proceso ó si no hiciere sacar las copias en el término señalado en el inciso 2.º del artículo anterior, y fuere requerido para ello, podrá pedirse al tribunal que hubiere concedido el recurso que lo declare no interpuesto.

"Si el apelante se negare á pagar las costas de las copias, podrá ser apremiado con multas ó embargo de bienes".

Las ideas principales de los artículos copiados son las siguientes:

El 185 trata de la remisión en general. El 186, de cuándo se dejan copias. El 187, del término para la remisión. El 188, del apremio que puede ponerse al que no franquea, no hace sacar las copias ó no las paga.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

BIBLIOGRAFÍA DE LOS CÓDIGOS CHILENOS

(Capítulos de un libro inédito)

La palabra *bibliografía* trae su origen de las griegas *biblion*, libro y *graphein*, descripción. Con este dato, fácil será comprender que el presente trabajo se reduce á nna exposición de los libros y folletos publicados en Chile sobre cada uno de los Códigos, y su publicación responde á la necesidad de dar á conocer fácilmente las obras que existen acerca de un determinado asunto.

Aun cuando en nuestro país son relativamente escasos los trabajos jurídicos, va siendo imposible retenerlos en la memoria, por lo que han llegado á ser indispensables estos *catálogos*, ya que sin disputa está averiguado que la ciencia se forma paulatinamente por los esfuerzos de muchos. Así, para pretender originalidad, hay que adelantar las investigaciones conocidas y esto no se podría obtener sin estar al corriente de los estudios que se hayan publicado anteriormente.

Para realizar la idea de hacer rápido y fácil el conocimiento de los libros, hemos cuidado de separarlos en grupos, comenzando por los proyectos, las ediciones importantes de los textos en seguida, luego después las concordancias y comentarios generales y por último las monografías especiales.

Como el objeto que hemos tenido á la vista al emprender esta deslucida tarea, no es otro que formar una colección de obras de consulta, descuidamos dar la portada exacta de cada una de las ediciones de los libros que cuentan más de una, limitándonos á poner el título de la última; pero hacemos referencia á las anteriores en la respectiva nota.

Con el mismo fin, en aquellas obras cuyos nombres no dan una idea cabal de su contenido, indicamos la materia de que tratan evitando siempre un juicio detallado, pues, por el contrario, nos hemos empeñado en dar sucintas noticias redacta-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

das al correr de la pluma, y que forman un esbozo de crítica únicamente.

De propósito omitimos los textos legales que están incluídos en algunas de las obras anotadas, pues ese trabajo material no tiene importancia, y lo mismo hemos dejado á un lado los alegatos, defensas de hecho, informes en derecho, etc., piezas todas sin interés científico, y en las que se descubre el apasionado juicio del abogado y no el dictamen imparcial del jurisconsulto.

Como este ensayo tiene sus vacíos y es suceptible de ser modificado, agradeceremos muy de veras las adiciones ó correcciones que se nos indiquen para tomar nota de ellas en una extensa obra, *Biblioteca Forense Chilena*, que alguna vez publicaremos, y que será, como lo indica su nombre, un catálogo razonado de cuanto libro y folleto se ha publicado en Chile sobre jurisprudencia y legislación.

Este estudio, aparte de la clasificación, no tiene otro mérito que la paciencia que acusa en su autor, pero es útil al público, puesto que encontrará en él las fuentes de las materias que necesite consultar con grande economía de tiempo.

Si no conociéramos prácticamente las ventajas de la *bibliografía*, jamás nos atreveríamos á imprimir estas páginas, que tal vez no serán aceptadas ni por los aficionados á quienes van dirigidas.

***

Los títulos, ó más bien, la página de la portada se trasunta integralmente, al pie de la letra, con excepción de los epígrafes y de las palabras *tomo primero* en las obras que constan de más de uno.

Cuando el libro tiene un solo volumen, en la nota se indica su forma de tamaño; así, *4.°*, significa *un volumen en cuarto*.

El formato es el correspondiente á los dobleces del folio común de oficio ó florete catalán, lo que da el 16.°, 8.°, 4.°, y folio.

Las páginas en blanco no se mencionan, el número de las no foliadas se indica con palabras, con letras las que llevan signos romanos y con números las restantes. Así, *8.°*, *XII*, *201*,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dos, quiere decir: *un volumen en octavo, con doce páginas de numeración romana, doscientas una con números arábigos y dos más no foliadas.*

ANÍBAL ECHEVERRÍA Y REYES.

Talcahuano, 15 de agosto de 1890.

CÓDIGO CIVIL

1. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Chilena, 1846.

4.°, 106 págs. Contiene lo relativo á la sucesión por causa de muerte, acordado por la Comisión Revisora y publicado bajo la dirección de don Andrés Bello. Folleto rarísimo en la actualidad.

2. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL.—Santiago de Chile, Imp. Chilena, 1847.

4.°, 225 págs. Sobre los contratos y obligaciones convencionales. Los 36 primeros títulos fueron examinados por la Comisión de Legislación. Tan escaso como el anterior.

3. **Bello (Andrés)**.—OBRAS COMPLETAS.—Volúmen XL Proyectos de Código Civil.—Santiago de Chile, Imp. de Pedro G. Ramírez, 1887.

4.°, XIII, 622 págs., con un prólogo de don Miguel Luis Amunátegui. Comprende las publicaciones hechas en *El Araucano* de 1841 á 1845 y los dos *Proyectos* anteriores.

4. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Chilena, 1853.

4.°, 831 págs. Revisado y con las notas que sirvieron de fuente á cada artículo. Se publicó en cuatro cuadernos con portadas especiales.

5. **Bello (Andrés)**.—OBRAS COMPLETAS.—Volúmen XII. Proyectos de Código Civil.—Santiago, Imp. de Pedro G. Ramírez, 1888.

4.°, XVIII, 641 págs., con un prólogo de don Miguel Luis Amunátegui Reyes. Contiene el *Proyecto* de 1853.

6. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Nacional, 1855.

4.°, 669, IV págs., redactado por don Andrés Bello y reformado por la Comisión Revisora; sirvió de base al actual Código, con muy li

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

geras modificaciones. Son muy escasos los ejemplares que se conservan.

7. **López (Vitalicio A.)**—Razón y fuente de la ley, ó concordancia del Código Civil con el Proyecto de que se formó. Santiago, Imp. de «El Ferrocarril», 1858.

4.°, VIII, 302 págs. Libro útil para conocer la primitiva redacción de cada artículo, y su historia.

---

8. Código Civil de la República de Chile.—Santiago, Imp. Nacional, 1856.

4.°, una, 641 págs. Edición oficial publicada en mayo de ese año y la más correcta de todas las que se han hecho hasta hoy.

9. **Rodríguez (Ambrosio).**— Código Civil de la República de Chile.—Segunda edición autorizada por el Gobierno.—Santiago, Imp. Chilena, 1858.

4.°, 426 págs. Lleva las notas que el señor Bello había puesto al *Proyecto* de 1853 (veáse núm. 4), pero algunas no concuerdan absolutamente con los artículos del Código; lleva también el Mensaje del Ejecutivo.

10. **Amunátegui (Manuel).**—Código Civil de la República de Chile.—Santiago, Imp. de la Lib. del Mercurio, 1877.

4.°, cuatro, XV, 571 págs. Con el Mensaje, reglamento del Conservatorio de bienes raíces, leyes sobre habilitación de edad y efecto retroactivo de la ley, y además las notas del *Proyecto* del 53, reformándolas en parte para adaptarlas al Código; tiene asimismo una carta del señor Bello sobre el artículo 1618. Es una buena edición.

11. Código Civil de la República de Chile.—Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1886.

8.°, X, 424, dos págs. Con las notas del señor Rodríguez. Edición muy incorrecta: en la fe de erratas pueden consultarse 144 de ellas, pero faltan muchas otras.

12. Código Civil de la República de Chile.—Santiago, Imp. Nacional, 1889.

4.°, 817 págs. Espléndida edición oficial que lleva como apéndice el reglamento del registro conservatorio, las leyes sobre efecto retroac-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tivo de la ley, habilitación de edad, matrimonio y registro civil. Se publicó bajo la dirección de don Miguel Luis Amunátegui Reyes.

13. **Morla Vicuña (Carlos).** — CÓDIGOS CHILENOS. — Leipzig Imp. de F. A. Brockhaus, 1882.

8.°, XXXIV, 934 págs. Con un extenso prólogo sobre la historia de la codificación en Chile. Edición muy manual. El Código Civil alcanza hasta la página 435, y tiene las notas de Rodríguez. La colección comprende los Códigos Civil, de Comercio, Penal, de Minería y de Tribunales.

14. **Gormaz (Valentín).**—ÍNDICE ALFABÉTICO DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.—Valparaíso, Imp. del Comercio, 1857.

Folio, 49 págs.

15. **Gormaz (Manuel).**—ÍNDICE DEL CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Nacional, 1857.

Folio, 155 págs.

16. **Gormaz (Manuel).**—PRONTUARIO ALFABÉTICO DE LOS CÓDIGOS CHILENOS Y BOLETÍN (sic) DE LAS LEYES PUBLICADAS HASTA LA FECHA.—Santiago, Imp. y Lib. de la Independencia, 1867.

4.°, II, 563 págs. Comprende los Códigos Civil y de Comercio.

17. **González (Florentino).**—DICCIONARIO DE DERECHO CIVIL CHILENO.—Valparaíso, Imp. del Comercio, 1862.

4.°, VI, 468 págs. Libro que, á pesar de las numerosas incorrecciones anotadas por el señor Bello, puede prestar servicios.

18. **Fabres (José Clemente).**—INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO.—Valparaíso, Imp. del Universo, 1863.

4.°, VII, 380 págs. y 6 láminas. Libro utilísimo para el estudio del ramo. Es bastante escaso y convendría se reimprimiera con algunas modificaciones. Las notas son muy interesantes.

19. **Lastarria (José Victorino).**—INSTITUTA DEL DERECHO CIVIL CHILENO.—Lima, Tip. del Comercio, 1863.

8.°, II, 454, trece págs. Hay otra edición en 4.°, hecha en Gante de 354 págs., en 1864. Don Enrique Cood publicó en 1865 un opúsculo de 16 páginas sobre este libro, apuntando los numerosos errores de que adolece; pero este trabajo lo conocemos sólo por referencias.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

20. **Chacón (Jacinto).**—Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil Chileno.—Tres volúmenes.

4.° El primero, de 372 págs., Imp. del Mercurio, 1868, Valparaíso, se reimprimió en 1881 por el mismo establecimiento, con 372, LXXXV págs., y se refiere al comentario y texto del libro I. El segundo volumen salió también en Valparaíso por la misma imprenta en 1878, con XXXIII, 251, noventa págs.; trata del libro II. El tercer tomo se editó por la Imp. Gutenberg, en Santiago, en 1882, y sigue la numeración del anterior desde la pág. 251 basta la 610, con un apéndice de 242 págs. que contiene el texto de los libros III y IV. Es el mejor comentario científico que se haya publicado entre nosotros, pero por desgracia sólo llega basta el artículo 950.

21. **Alfonso (Paulino).**—Explicaciones de Código Civil, destinadas á los estudiantes del ramo de la Universidad de Chile.—Santiago, Imp. Cervantes, 1882.—Dos vols.

4.° El primero de LVI, 632 págs.; y el segundo, de 416 págs., inconcluso; alcanza basta el artículo 545. Contiene extensos comentarios sobre cada artículo, tomados principalmente de las lecciones dadas por los profesores don José Clemente Fabres y don Enrique Cood.

22. **Armas (Juan Antonio de).**—Comentarios de siete títulos del Código Civil.—Santiago, Imp. de la Unión, 1886.

4.°, 430, una págs. Trata de los títulos preliminar y I á IV, con la Ley de Matrimonio Civil, comentada por don Enrique C. Latorre.

23. **Robles (Lorenzo).**—Concordancia de la teología moral con el Código Civil Chileno en los tratados de Derecho, Justicia y Contratos.—Santiago, Imp. Nacional, 1864.

4.°, XVIII, 336 págs. Memoria aprobada en el Certamen de la Facultad de Teología y destinada al estudio en el Seminario Conciliar.

24. **Villalón (Zoilo).**—Tratado teológico-legal de la Justicia. —Santiago, Imp. del Correo, 1871.

4.°, IX, 736, tres págs. Se hace notar por la claridad de su estilo.

25. **Elizalde (Miguel).**—Concordancia de los artículos del Código Civil Chileno entre sí y con los artículos del Código Francés.—Santiago, Imp. de La Libertad, 1871.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

4.°, VI, 584, setenta y dos págs. Libro muy útil para economizar el tiempo en las consultas; lleva las notas arregladas en 1858 por el señor Rodríguez.

26. **Sanfuentes (Vicente).**—El Código Civil de la República de Chile.—Santiago, Imp. de La Estrella de Chile, 1875.

4.°, 288 págs. Anotado con algunas resoluciones de los Tribunales, con la opinión de jurisconsultos franceses y con los artículos concordados entre sí y con los Códigos Civiles de Chile y Francia.

27. El Código Civil de la República de Chile puesto al alcance de todos.—Santiago, Imp. Chilena, 1862.

4.°, 24 págs. Contiene las concordancias entre sí de todos los artículos del Código.

28. **Latorre (Enrique C.)**—Reseña histórica de la formación del Código Civil.—Santiago, Imp. Cervantes, 1882.

4.°, 56 págs. Figura también en las págs. V á LVI del tomo primero de las *Explicaciones* (véase núm. 21).

29. **Cood (Enrique).**—Antecedentes legislativos y trabajos preparatorios del Código Civil de Chile.—Tomo primero. Santiago, Imp. Victoria, 1883.

4.°, XVIII, 252 págs. á dos columnas. Muy útil para conocer la historia del Código; contiene una serie de comunicaciones cambiadas desde 1830 sobre codificación, el *Proyecto* publicado en *El Araucano* en 1841, sobre la sucesión por causa de muerte y los contratos, y una controversia entre Bello y Güemes. No se ha continuado la publicación de esta obra.

30. Representación que hace al Senado el Episcopado chileno sobre la necesidad de reformar algunos artículos del Código Civil acerca de la disciplina eclesiástica.—Santiago, Imp. de la Opinión, 1857.

Folio, 28 págs. Redactado, según parece, por el señor Arzobispo don Rafael Valentín Valdivieso.

31. **Lira (José Bernardo).**—Código Civil. Necesidad de su revisión.—Santiago, Imp. Nacional, 1868.

4.°, 40 págs. Discurso de incorporación á la Facultad de Leyes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

32. **Vico (Conrado).**—NECESIDAD DE REFORMAR EL CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Victoria, 1883.

4.°, 25 págs. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Leyes.

33. EL CÓDIGO CIVIL ANTE LA UNIVERSIDAD.—Tomo primero. Santiago, Imp. Chilena, 1871.

4.°, 701 págs. Contiene las Memorias que figuran hasta 1870 en los *Anales* del indicado establecimiento, presentadas á la Facultad de Leyes. Estudios muy interesantes sobre Derecho Civil. En 1887 se reimprimió este libro en Bogotá, por don Liborio D. Cantillo en un volumen en 4.°, de VIII, 496 págs., con un extenso prólogo de don Ramón Gómez.

34. **Latorre (Enrique C.)**—MEMORIAS Y DISCURSOS UNIVERSITARIOS SOBRE EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.—Santiago, dos volúmenes.

4.°, el primero de 555 págs. Imp. de la Unión, 1888; se refiere á monografías que tratan sobre determinados artículos ó títulos de los libros I, II y III. El segundo tomo, de 524 págs., Imp. de Los Debates, 1889, contiene los trabajos insertos en los *Anales*, sobre el libro IV. Obra muy interesante y útil.

35. **Amunátegui Reyes (Miguel Luis).**—DON ANDRÉS BELLO Y EL CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Cervantes, 1885.

4.°, 145 págs. Colección de artículos en que se estudian puntos dudosos del citado Código á la luz de manuscritos y apuntes dejados por el señor Bello.

36. **Amunátegui Reyes (Miguel Luis).**—DON ENRIQUE COOD. —Santiago, Imp. Cervantes, 1888.

8.°, 152 págs. Interesantes observaciones del profesor citado sobre el Código Civil.

37. LOS CINCUENTA ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL EXPLICADOS POR SU AUTOR.—Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1878.

4.°, 50 págs. Breves notas dejadas en borrador por el señor Bello.

38. **Concha y Toro (Melchor).**—ALGUNOS EFECTOS DE LA LEY. —Santiago, Imp. del Correo, 1861.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

8.°, VII, 51 págs. Discurso de incorporación en la Facultad de Leyes.

39. JURISPRUDENCIA.—FUERZA COMPARATIVA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL SOBRE LOS ACTOS Y CONTRATOS EJECUTADOS ANTES DEL DÍA EN QUE DEBE COMENZAR Á REGIR.—Santiago, Imp. de "ElFerrocarril", 1861.

4.°, 142 págs. Este libro contiene varios artículos, con el título que va en segundo término en la portada, y los demás, denominados Codificación Rural, Economía Política, Reforma Constitucional; sólo este último lleva el nombre de don Ramón Barros.

40. **Gálvez (Tristán).**—LA POTESTAD MARITAL.—Santiago, Imp. del Correo, 1874.

4.°, 58 págs. Memoria para el grado de licenciado.

41. **Márquez de la Plata Solar (Elías).**—OBSERVACIONES SOBRE LA INTERDICCIÓN POR DEMENCIA.—Santiago, Imp. de la Unión, 1887.

4.°, 28 págs. Memoria de prueba.

42. **Cood (Enrique).**—THE LAWS OF CHILI AS TO THE MARRIAGE OF NON CATHOLICS.—Valparaíso, Imp. del Universo, 1880.

4.°, 70 págs. Sin nombre de autor en la portada. Interesante en la actualidad por los documentos que contiene.

43. **Latorre (Enrique C.)**—ESTUDIO SOBRE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL, DE 10 DE ENERO DE 1884.—Santiago, Imp. de la Unión, 1887.

4.°, 182 págs. Están insertos en el libro del señor Armas (véase número 22).

44. **Valenzuela O. (Luis A.)**—MANUAL JURÍDICO DEL MATRIMONIO CON ARREGLO Á LAS NUEVAS LEYES.—Santiago, Imp. Victoria, 1884.

8.°, 276, XVI págs., útil para los oficiales del Registro Civil.

45. **Larraín Zañartu (J. Joaquín).**—LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL AL ALCANCE DE TODOS. CONCORDANCIAS DE DICHA LEY CON LOS CÓDIGOS DE LA REPÚBLICA.—Valparaíso, Imp. del Progreso, 1884.

4.°, 74 págs. Tiene algunos errores graves, entre otros, que no pue-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

den casarse civilmente dos primos hermanos (pág. 10), por encontrarse en el segundo grado de consanguinidad.

46. **Irarrázaval Vera (Miguel).**—MANUAL DEL REGISTRO CIVIL.—Valparaíso, Imp. del Nuevo Mercurio, 1885.
4.°, 161 págs. Bastante bueno.

47. **Irarrázaval Vera (Miguel).**—INSTRUCCIONES Á LOS OFICIALES DEL REGISTRO CIVIL.—Santiago de Chile, Imp. Nacional, 1886.
4.°, 19 págs.

48. **Molinare (Nicanor).**—MANUAL PARA LOS OFICIALES DEL REGISTRO CIVIL —Santiago, Imp. Victoria, 1889.
4.°, 122, una págs. Interesante por las indicaciones que contiene; pero no debe aceptarse sin beneficio de inventario lo relativo á los derechos que pueden cobrar los oficiales civiles.

49. LEYES Y DECRETOS RELATIVOS AL ESTADO CIVIL.—Santiago, Imp. de La República, 1884.
4.°, 94 págs.

50. REGISTRO CIVIL.—DOCUMENTOS Y NOTAS SOBRE LA INTELIGENCIA Y APLICACIÓN DE ESTA LEY.—Santiago, Imp. Nacional, 1885.
4.°, 51 págs.

51. **Vidal (Francisco A.).**—¿QUÉ EFECTOS PRODUCIRÁ EL RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL, CONSIGNADO EN UN TESTAMENTO, CUANDO ÉSTE ES REVOCADO POR OTRO POSTERIOR?—Santiago. Imp. Nacional, 1871.
4.°, 12 págs. Memoria de prueba para el grado de Licenciado.

52. **Vergara Salvá (Juan de Dios).**—DOS CUESTIONES SOBRE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO.—Santiago, Imp. Cervantes, 1887.
4.°, dos, 34 págs. Memoria de prueba.

53. **Alarcón Daza (Rosalino).**—COMENTARIOS DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL.—DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DÉ MUERTE Y DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS.—Santiago, Imp. Nacional, 1889.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

4.°, 58 págs. Memoria premiada en el Certamen Universitario de 1888.

54. **Santa María (Domingo).**—UN TESTAMENTO ARREGLADO EN UN TODO Á LAS DISPOSICIONES DE LAS LEYES ESPAÑOLAS ¿QUÉ FUERZA TIENE BAJO EL IMPERIO DEL NUEVO CÓDIGO, UNA VEZ MUERTO EL TESTADOR SIN HACER INNOVACIÓN ALGUNA?—Santiago, Imp. de El Ferrocarril, 1857.

4.°, 14 págs. Discurso de incorporación en la Facultad de Leyes.

55. **Reyes Solar (Ricardo).**—¿ES APLICABLE Á LAS PARTICIONES LA ACCIÓN RESOLUTORIA DE LOS CONTRATOS?—Santiago, Imp. Nacional, 1888.

4.°, 9 págs. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado.

56. **Amunátegui Reyes (Miguel Luis).**—LA FORMACIÓN DE LOS ACERVOS EN LA PARTICIÓN DE UNA HERENCIA.—Santiago, Imp. Cervantes, 1889.

8.°, 64, una págs. Contiene este opúsculo, cinco diversos estudios sobre el Código Civil.

57. **Fabres (José Clemente).**—LA PORCIÓN CONYUGAL SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.—Santiago, Imp. Nacional, 1882.

4.°, 158 págs. Comentarios muy interesantes sobre el párrafo 2.°, título 5.° del Libro III.

58. **Fabres (José Clemente).**—DERECHOS DE LOS HIJOS NATURALES EN LA SUCESIÓN INTESTADA DE SUS PADRES.—Santiago, Imp. Nacional, 1871.

4.°. 43 págs.

59. **Fabres (José Clemente).**—EXAMEN CRÍTICO-JURÍDICO DE LA NULIDAD Y RESCISIÓN SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Nacional, 1868.

4.°, 59 págs. Discurso de incorporación á la Facultad de Leyes.

60. **Martínez (Marcial).**—DE LA COMPRAVENTA. SOBRE LA REIVINDICACIÓN POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO.—Santiago, Imp. de La Voz de Chile, 1863.

8.°, 35 págs. Discurso de incorporación á la Facultad de Leyes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

61. **Manterola (José Fernando).**—De la promesa de compraventa de bienes raíces.—Santiago, Imp. Nacional, 1886.

4.°, 9 págs. Memoria de prueba para el grado de Licenciado.

62. **Aldunate Solar (Carlos).**—Cesión de créditos personales, ó sea, comentario del título XXV, § 1 del Libro IV del Código Civil.—Santiago, Imp. Nacional, 1886.

4.°, 27 págs. Memoria de prueba para optar al puesto de profesor extraordinario de Código Civil.

63. **Vergara Ruiz (Luis A.).**—De la compensación. Exposición del título XVII, libro IV del Código Civil.—Santiago, Imp. Cervantes, 1886.

4.° 38 págs. Memoria de prueba para el grado de Licenciado.

64. **Fierro (Moisés del).**—Derecho de retención.—Santiago, Imp. Nacional, 1863.

4.°, 26 págs. Memoria de prueba. En la portada no figura el año.

65. **Tocornal (Enrique).**—*Análisis* comparativo de nuestra legislación hipotecaria.—Santiago, Imp. de La Opinión, 1861.

4.°, 103 págs. Memoria presentada á la Facultad de Leyes.

66. **Palma (Alejo).**—Historia de la hipoteca especial en Chile.—Santiago, Imp. Nacional, 1867.

4.°, 16 págs. Memoria de prueba.

67. **Aguirre Vargas (Carlos).**—Prelación de créditos.—Santiago, Imp. Nacional, 1886.

4.°, 42 págs. Memoria de prueba para optar al título de profesor extraordinario de Código Civil.

68. Certámenes jurídicos de la Universidad.—Santiago, Imp. Nacional 1887.

4.°, 182 págs. Los temas eran dos: Comentario del artículo 2493 del Código Civil, sobre la prescripción, y ¿Cuál es el mejor sistema para nombrar funcionarios judiciales? Sobre el primero presentaron composiciones los señores don Agustín Rodríguez, don Heraclio Meza R. y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

don Maximiliano Ibáñez y sobre el segundo don Julio Reyes Lavalle y don José Tomás Matus. El Consejo de Instrucción Pública ordenó imprimir estos trabajos.

69. **Picarte (Ramón).**—Tratado de los principales derechos que consagra el Código Civil Chileno.—Primera entrega. La prescripción.—Santiago, Imp. Nacional, 1870.

4.°, IX, 88 págs. y un cuadro. Esta obra no se continuó publicando.

70. **Solar Avaria (Bernardo).**—Síntesis de los plazos en que prescriben las principales acciones del Código Civil Chileno. —Santiago Imp. de la Librería Americana, 1884.

8.° 15 págs. con un apéndice de los plazos ó términos del Código de Comercio.

CÓDIGO DE COMERCIO

71. **Ocampo (Gabriel).**—Proyecto de Código de Comercio presentado al Gobierno.—Santiago, Imp. de El Ferrocarril, 1859.

4.°, 279 págs. Comprende los Libros I y II.

72. **Ocampo (Gabriel).**—Proyecto de Código de Comercio presentado al Gobierno.—Santiago, Imp. de El Ferrocarril, 1864.

4.°, 540 págs., pero sigue la numeración del anterior.

73. Proyecto de Código de Comercio presentado al Congreso Nacional por el Presidente de la República.—Santiago, Imp. Nacional, 1865.

4.°, XXXV, 347 págs. Reformado por la Comisión Revisora, y con el Mensaje del Ejecutivo.

74. Código de Comercio de la República de Chile. — Santiago, Imp. Nacional, 1866.

4.°, 410 págs. Edición oficial publicada en el mes de abril del indicado año.

75. **Montt (Daniel).**—Código de Comercio de la República de Chile y disposiciones que lo complementan.—Santiago, Imp. de El Ferrocarril, 1874.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

8.°, XXXI, 423 págs. Con un abundante apéndice y el Mensaje del Ejecutivo, sin nombre de autor.

76. Código de Comercio de la República de Chile.—Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1888.

8.°, IX, 257 págs., sin fe de erratas, que bastante necesita.

77. Código de Comercio de la República de Chile. — Santiago, Imp. Nacional, 1889.

4.°, 507 págs. Edición oficial muy correcta, publicada bajo la dirección de don Miguel Luis Amunátegui Reyes. Lleva como apéndice los reglamentos para el registro de comercio, de corredores, casas de martillo y las leyes sobre prisión por deudas, transferencia de acciones, y de comisarios de las sociedades anónimas, aun cuando esta última debió insertarse como segundo inciso del artículo 436.

78. **Mujica (Juan Francisco).**—Código de Comercio concordado.—Santiago, Imp. Nacional, 1874.

4.°, XXX, 422 págs. Con el Mensaje del Ejecutivo y las concordancias de los artículos entre sí y con los Códigos Civil Chileno y de Comercio Francés. Obra útil para las consultas.

79. **Pinto Izarra (Federico) y Bordalí (Emiliano).** — El Código de Comercio y la jurisprudencia comercial. — Valparaíso, Imp. Americana, 1890.

4.°, XXI, 574 págs. Contiene el estracto de las sentencias judiciales en que se ha aplicado el Código, y las concordancias de sus artículos entre sí. Libro muy interesante para difundir el conocimiento de la ley y uniformar su interpretación.

80. **Gormaz (Valentín).**—Indice alfabético del Código de Comercio Chileno.—Santiago, Imp. Chilena, 1869.

4.°, 58 págs. Véase el núm. 14.

81. **Vidal (Severo).** — Manual del comerciante y del abogado.—Santiago, Imp. y Lib. del Mercurio, 1871.—Tres volúmenes.

4.° Es una recopilación metódica de las leyes, decretos é instrucciones que diariamente necesitan aplicar los comerciantes. El tercer tomo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lleva por título *Manual de enjuiciamiento civil y mercantil*, y se publicó en 1872.

82. **Ugarte Zenteno (Francisco).** — De los actos de comercio en su relación con la competencia de jurisdicción.— Santiago, Imp. de El Independiente, 1869.

4.°, 289 págs. Extenso estudio sobre el artículo 3.°, y acerca de los fueros especiales.

83. **Alfonso (José).**—Algunas observaciones sobre los preceptos generales del Código de Comercio.—Valparaíso, Imp. del Deber, 1877.

4.°, 85 págs. Apuntes sobre los seis primeros artículos.

84. **Alfonso (José).**—Comentario del Título Preliminar y del Título I del Libro I del Código de Comercio.—Santiago, Imp. Cervantes, 1886.

4.° 386, una pág. Obra notable por el desarrollo que se ha dado á las numerosas cuestiones relacionadas con los actos mercantiles.

85. **Pradel (Nicolás).**—Estudios comparados sobre la legislación mercantil de Europa.—Valparaíso, Imp. de Chile, 1863.

4.°, 106 págs., dedicados á la Cámara de Comercio.

86. **Ruiz (Juan).**—Estudios legales sobre un contrato comercial y sus efectos naturales.—Valparaíso, Imp. de La Patria, 1886.

8.°, 34 págs.

87. **Cruchaga (Miguel).**—De la reglamentación de las Sociedades anónimas en Chile.—Santiago, Imp. Gutenberg, 1882.

4.°, 286 págs. Luminoso comentario del párrafo 8.°, título 7.° del Libro II del Código de Comercio, publicado por encargo del Ministerio de Hacienda.

88. **Valdivia (José V.) y Reyes (José R.)**—Manual de varias disposiciones del Código de Comercio, con un prontuario de las quiebras.—Valparaíso, Imp. de La Patria, 1867.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

4.°, XI, 194, dos págs. La segunda parte está enteramente modificada por la ley de 11 de enero de 1879.

89. **Tocornal (C.)**—Comentario y estudio comparativo del Libro IV del Código de Comercio. Tratado de las quiebras.—Santiago, Imp. de El Independiente, 1878.

8.°, 118 págs. Memoria para el grado de Licenciado. Sólo se publicó la primera parte.

90. **Letelier (Teodoro)**.—Las disposiciones del Código de Comercio que se refieren al arresto preventivo del comerciante declarado en quiebra y á la fianza establecida en subsidio ¿estarán derogadas por la ley que declaró abolida la prisión por deudas?—Santiago, Imp. Nacional, 1871.

4.°, 16 págs. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado.

CÓDIGO PENAL

91. **Carvallo (Manuel)**.—Proyecto de Código Penal para la República de Chile. Libros I y II.—Santiago, Imp. Nacional, 1856.

Folio, 49 págs.

92. **Carvallo (Manuel)**.—Proyecto de Código Penal para la República de Chile. Libro (*sic*) I y II.—Santiago, Imp. Chilena, 1859.

4.°, IV, 180 págs. Corregido sin variar la numeración de los artículos.

93. Proyecto de Código Penal para la República de Chile. —Libro II.—Santiago, Imp. Nacional, 1859.

Folio, 80, dos págs.

94. Proyecto de Código Penal Chileno.—Santiago, Imp. Nacional, 1872.

4.°, 117 págs. Con las correcciones de la Comisión Revisora.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

95. Proyecto de Código Penal Chileno.—Santiago, Imp. de la República, 1873.

4.°, 179 págs. Enviado á las Cámaras por el Ejecutivo.

96. Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno.—Santiago, Imp. de La República, 1873.

4.°, 314 págs. Sesiones celebradas desde el 8 de marzo de 1870 al 22 de octubre de 1873.—Importante para conocer la interpretación de muchos artículos de redacción ambigua.

97. Documentos relativos al Proyecto de Código Penal.—Santiago, Imp. de El Independiente, 1873.

4.°, 19 págs. Sin portada ni pie de imprenta. Representación del señor obispo de La Serena don José Manuel Orrego.

98. Código Penal de la República de Chile.—Santiago, Imp. de La República, 1874.

4.°, 205 págs. Edición oficial del Código promulgado el 12 de noviembre del mencionado año.

99. **Vera, (Robustiano.)**—Código Penal de la República de Chile.—Santiago, Imp. de la Lib. del Mercurio, 1878.

8.°, 202 págs. Adicionado con varias leyes y decretos y seguido de un índice alfabético. Sin nombre de autor.

100. Código Penal de la República de Chile.—Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1886.

8.°, VIII, 111 págs., sin fe de erratas, á pesar de que le hace falta.

101. Código Penal de la República de Chile.—Santiago, Imp. Nacional, 1889.

4.°, 224 págs. Muy buena edición oficial, que lleva además, las leyes sobre abusos de la libertad de imprenta, de apreciación de la prueba y de garantías individuales, bajo la dirección de don Miguel Luis Amunátegui Reyes.

102. **Fuenzalida (Alejandro.)**—Estudio sobre el Libro I del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

CÓDIGO PENAL. — Primera entrega. Santiago, Imp. de El Independiente, 1876.

4.°, 159 págs. Inconclusa.

103. **Fuenzalida (Alejandro.)**—CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.—Lima, Imp. Comercial, 1883.

4.°, tres volúmenes. El primero, de XIII, 402 págs.; el segundo, de 372 págs., y de 337 el tercero. Es la obra más importante publicada sobre Derecho Penal Chileno.

104. **Fernández (Pedro Javier.)**—CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.—Santiago, Imp. de la Lib. del Mercurio, 1875.

4.°, XXXI, 143 págs. Con el Mensaje del Ejecutivo, notas, concordancias é índice alfabético.

105. **Vera (Robustiano).**—CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, COMENTADO.—Santiago, Imp. de P. Cadot y Ca., 1883.

4.°, 840 págs. Con el retrato del autor. Tiene una tabla de concordancias de los artículos de nuestro Código con los de varias naciones.

106. **Vera (Robustiano).**—CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.—Santiago, Imp. de la Librería Americana, 1886.

8.°, 469 págs. Edición compendiada de la anterior obra.

107. **Larraín Zañartu (J. Joaquín).**—BREVES APUNTES SOBRE LA TEORÍA DEL LIBRO I DEL CÓDIGO PENAL.—Santiago, Imp. de El Estandarte Católico, 1886.

4.°, 105 págs. Con un programa al final.

108. **Correa Irarrázaval (Juan de Díos).**—EL CÓDIGO PENAL DE CHILE.—Santiago, Imp. Victoria, 1887.

8.°, 154, una págs. Memoria presentada á la Sociedad de Santo Tomás de Aquino.

109. **Larraín Zañartu (J. Joaquín).**—EL ESCUDO DEL CIUDADANO, Ó SEA, ESTUDIOS Y CONCORDANCIAS DE LA LEY DE GARANTÍAS INDIVIDUALES.—Valparaíso, Imp. del Nuevo Mercurio, 1884.

4.°, 147 págs.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

110. **Rodríguez Bravo (Joaquín).**—El Código Penal y las casas de prendas.—Santiago, Imp. de La Estrella de Chile, 1875.

4.°, una, 43 págs. Memoria de prueba para el grado de Licenciado.

CÓDIGO DE MINERÍA

111. **Quezada (Vicente).**—Proyecto de ley de minería, redactado de orden del Supremo Gobierno.—Santiago, Imp. Nacional, 1864.

4.°, 160 págs. Incompleto, pues la sección V del título XI no se publicó por haberse extraviado el original.

112. **Cobo (Pedro Nolasco).**—Observaciones al proyecto de ley de Minería, redactado por don Vicente Quezada.—Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1867.

4.°, 37 págs.

113. **Güemes (Miguel M.).**—Proyecto de Código de Minería. —Santiago, Imp. Nacional, 1867.

4.°, 45 págs. Sin nombre de autor en la portada.

114. El nuevo Proyecto de Código de Minería. Juicio crítico.—Copiapó, Imp. de la Unión, 1867.

4.°, 68 págs.

115. Proyecto de Código de Minería.—Santiago, Imp. de La República, 1874.

4.°, XXI, 66, dos págs. Enviado por el Ejecutivo, con el respectivo Mensaje, al Congreso Nacional.

116. Proyecto de Código de Minería.—Valparaíso, Imp. de La Patria, 1874.

Folio, 32 págs., formado sobre la base del presentado al Gobierno por don José María Cabezón, que no se publicó.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

117. Código de Minería de la República de Chile.—Santiago, Imp. de La República, 1874.
4.°, 71 págs., edición oficial del antiguo Código.

115. **Larraín Zañartu (J. Joaquín).**— Nueva edición del Código de Minería concordado con la ordenanza, la legislación francesa, belga y el Código Civil Chileno.—Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1875.
4.°, 142 págs., con un índice alfabético.

119. **Mujica Valenzuela (Clodomiro).**—Estudios sobre el Código de Minería.—Santiago, Imp. Santiago, 1876.
4.°, 139 págs. Concordado con el Código Civil Chileno.

120. **Goyenechea (José María).**—Proyecto de reforma del Código de Minería.—Segunda edición. Copiapó, Imp. de El Atacameño, 1882.
4.°, 69, dos págs.

121. **Gandarillas (Francisco).**—Proyecto de reforma del Código de Minería adaptándolo al sistema de patentes.—Santiago, Imp. Nacional, 1886.
4.°, 48 págs.

122. **García Huidobro (Carlos).**—Proyecto de reforma del Código de Minería.—Valparaíso, Imp. del Universo, 1886.
8.°, 48 págs.

123. Proyecto de Código de Minería.—Santiago, Imp. Nacional, 1885.
4.°, 47 págs. Elaborado por la comisión especial de la Cámara de Diputados.

124. Proyecto de Código de Minería.—Santiago, Imp. Nacional, 1888.
4.°, 31 págs.

125. Proyecto de Código de Minería.—Santiago, Imp. Nacional, 1888.
4.°, 48 págs. Presentado por la comisión especial del Senado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

126. Código de Minería de la República de Chile.— Santiago, Imp. Nacional, 1888.

4.°, 48 págs. Primera edición oficial del actual Código, promulgado el 20 de diciembre de 1888.

127. Código de Minería de la República de Chile.—Valparaíso, Imp. de la Lib. del Mercurio, 1888.

8.°, II, 26 págs.

128. Código de Minería de la República de Chile.—Santiago, Imp. Nacional, 1889.

4.°, 55 págs. Segunda edición oficial, publicada bajo la dirección de don Miguel Luis Amunátegui Reyes.

129. **Ravest (José).**—El nuevo Código de Minería de la República de Chile explicado.—Santiago, Imp. Gutenberg, 1888

4.°, 144 págs. No se ha publicado el apéndice que se ofrece en la advertencia. Libro bastante bueno, á pesar de que los comentarios no son muy extensos.

130. **Vera (Robustiano).**—Código de Mineria de la República de Chile, comentado y concordado.—Santiago, Imp. de Los Debates, 1888.

4.°, 222 págs. Con una interesante introducción histórica.

131. **Larraín Zañartu (J. Joaquín).**—Comentarios y concordancias del Código de Minería vigente con las legislacione extranjeras.—Santiago, Imp. Cervantes, 1889.

4.°, 244 págs. Con un índice alfabético.

132. Proyecto de reforma del Código de Minería.—Informe de la Corte de Apelaciones de la Serena.—Santiago, Imp. Nacional, 1888.

4.°, 110 págs. Demuestra las ventajas de preferir el sistema de una base combinada para la propiedad minera, sobre la *patente* exclusiva proponiendo ésta conjuntamente con el *trabajo*.

133. **Ravest (José).**— Estudio comparado del Proyecto de reforma del Código de Minería.—Santiago, Imp. Gutenberg, 1888

4.°, 276 págs. Revela profunda versación y buen criterio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

134. **Pinochet Herreros (Rodolfo).**—MEMORIA DE PRUEBA PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN LEYES.—Santiago, Imp. de La Época, 1885.

4.° II, 25 págs. á dos columnas. Trata de la industria minera y su legislación en general.

LEY DE TRIBUNALES

135. **Vargas Fontecilla (Francisco).**—PROYECTO DE LEY DE ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES.—Santiago, Imp. Nacional, 1864.

4.°, XXXII, 128 págs. Redactado de orden del Gobierno.

136. PROYECTO DE LEY DE ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES.—Santiago, Imp. Nacional, 1872.

8.°, 131 págs. Presentado por la Comisión Revisora.

137. PROYECTO DE LEY DE ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES.—Santiago, Imp. Andrés Bello, 1874.

4.°, 105 págs. Enviado al Congreso Nacional por el Ejecutivo.

138. LEY DE ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES. —Santiago, e (sic) Chile, Imp. de La República, 1875.

4.°, 150 págs. Edición oficial. En algunos ejemplares, por olvido, en el número 3 del artículo 95, página 40, se dejaron de suprimir los dos incisos que figuraban al final. Para evitar toda duda, se dictó el decreto de 2 de marzo de 1876, que los mandó tener como de ningún valor.

139. LEY DE ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DE CHILE.—Valparaíso, Librería del Mercurio, 1886

4.°, IV, 80 págs.

140. **Vera (Robustiano).**—LEY DE ORGANIZACIÓN Y ATRIRUCIONES DE LOS TRIBUNALES ARREGLADA Y ANOTADA.—Santiago, Imp. de Los Debates, 1889.

8.°, 160 págs., con las reformas hechas hasta el día, pero con muchos errores tipográficos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

141. **Guerra (Emigdio).**—INSTRUCCIONES PARA LOS JUECES DE SUBDELEGACIÓN Y DE DISTRITO, PUBLICADO (sic) POR ORDEN DEL GOBIERNO.—Santiago, Imp. de La República, 1876.
4.°, 37 págs.

142. **Urrutia (Leopoldo).**—INSTRUCCIÓN Á LOS JUECES DE SUBDELEGACIÓN Y DE DISTRITO.—San Fernando, Imp. del Pueblo, 1882.
8.°, 23, dos págs.

143. **Prieto Reyes (Arturo).**—INSTRUCCIONES Y FORMULARIOS PARA LOS JUECES DE SUBDELEGACIÓN Y DE DISTRITO.—San Felipe, Imp. del Censor, 1884.
8.°, 13 págs. Sin nombre de autor en la portada.

144. **Vera (Robustiano).**—MANUAL PARA LOS JUECES DE DISTRITO Y SUBDELEGACIÓN.—Sexta edición. Valparaíso, Imp. del Nuevo Mercurio, 1884.
8.°, 300 págs., con un apéndice para los subdelegados é inspectores.

145. **Vera (Robustiano).**—MANUAL DEL NOTARIO PÚBLICO, DEL RECEPTOR Y DEL PROCURADOR DEL NÚMERO.—Santiago, Imp. de la Lib. Americana, 1884.
4.°, 336 págs. y un cuadro.

146. **Vera (Robustiano).**—MANUAL DEL ESCRIBANO RECEPTOR.—Santiago, Imp. de la Lib. del Mercurio, 1879.
8.°, 54 págs.

147. **Ravest (José).**—NOMBRAMIENTO DE JUECES EN CHILE.—Santiago, Imp. Gutenberg, 1888.
4.°, 53 págs.

ANÍBAL ECHEVERRÍA Y REYES

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de octubre de 1890 NÚM. 5

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—De la nulidad y rescisión, explicación del título XX del libro IV del Código Civil, por don David Costa Pruneda.—Disolución de sociedad mercantil, por don Lorenzo Montt.—Prescripción de la reincidencia para los efectos de la ley de 7 de septiembre de 1883, por don Agustín Correa Bravo.—¿Quién puede interpretar las sentencias? por Z. Z.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Bibliografía del Código Civil Chileno, por don Miguel Luis Amunátegui Reyes.—Revista Bibliográfica, por La Dirección.

DE LA NULIDAD Y RESCISIÓN

EXPLICACIÓN DEL TÍTULO XX DEL LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL

"Sobre leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem." (Ley 17 *De Leg.*)
"Ca saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas el saber el su verdadero entendimiento." (Ley 23, tit. I, Part. 1.ª)

El Código Civil se ocupa, en este título, de una de las causas de la extinción de las obligaciones: de la nulidad pronunciada por la justicia, ó sea, del fallo que declara la nulidad.

La palabra *nulidad* significa primitivamente la negación de la existencia; sin embargo, en virtud de una elipsis se ha venida á aplicar á la causa de la anulación (art. 1691), ó ya á la disposición legal que pronuncia la nulidad.

Sin duda, la teoría de la nulidad ó rescisión es una de las más complicadas: dificultad originada, en parte, por la insuficiencia de las reglas del Legislador, y la vaguedad, casi necesaria, de las definiciones en esta materia.

No se trata aquí del caso de no existencia del contrato; puesto que la teoría de la nada, de lo que no existe, á nadie puede embarazar: sería inútil tratar de ella. La ley, en este título ni en ningún otro de las obligaciones, se ocupa de los contratos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rigurosamente nulos: no tiene por qué preocuparse, en manera alguna, de extinguir un contrato que no existe. Es evidente que, no habiéndose formado el contrato, la obligación no existe; y en consecuencia, no hay que pensar en destruírla.

El acto nulo rigurosamente no tiene existencia, no puede dársele vida, no puede ser ratificado ni confirmado por causa alguna: *quod nullum est confirmari nequit.*

Cuando el acto, teniendo una existencia real, ésta es viciosa, se dice que es nulo, aunque empleando impropiamente esta palabra. Entonces el acto existe y es suceptible de ratificación; y no obstante que es viciosa su existencia, continuará siempre existiendo hasta que un fallo ejecutorio lo declare sin efecto, lo anule.

La nulidad, propiamente dicha, es la nulidad absoluta, rigurosa, lo que no existe, llamada también radical para significar con ello que el acto ó contrato estaba infectado *ab initio*, que jamás tuvo ni pudo tener vida legal.

La nulidad imperfecta, ó sea, la relativa, es, en cierto modo, menos que una nulidad, es una facultad otorgada á una persona para atacar un acto existente, previos, se entiende, ciertos requisitos: esta nulidad significa lo que es anulable, rescindible, las obligaciones suceptibles de anulación. Al servirse la ley de las palabras *nulo, nulidad*, casi siempre es á esta clase á la que se refiere; de suerte que las emplea con el significado de *anulación, anulable.*

Bajo otro aspecto, se dividen también en nulidades de pleno derecho y nulidades de acción.

Las primeras son las que la ley misma ha declarado tales, á consecuencia de un vicio real que impide que el contrato se forme.

Las nulidades por vía de acción son aquellas que el Legislador no ha pronunciado directamente, y que dependen de hechos que deben someterse á la apreciación del Juez; y, mientras la anulación no se pronuncie, el acto, aunque vicioso, producirá sus efectos.

La ley no tiene por qué ocuparse y realmente no ha tratado de los contratos que no existen, que no se han formado. Así, pues, no cabe ni es posible confundir lo nulo rigurosamente con

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

lo anulable ó rescindible; la nulidad rigurosa y la nulidad relativa ó imperfecta.

Siendo el acto nulo rigurosamente, no hay acción que intentar en su contra: sin preocuparme de él, puedo hacer valer mis derechos; y cuando se me opusiere, en cualquiera época que sea, haré presente que tal acto no existe; como mi adversario invocará ó puede invocar, tal vez, su existencia, validez y fuerza, entonces intervendrá la autoridad competente para constatar mi afirmación, para reconocer y proclamar que ese acto no tiene existencia ni pudo tenerla jamás.

Cuando el acto, aunque vicioso, existe realmente, la nulidad es imperfecta, relativa; el acto continuará existiendo hasta que, mediante una acción intentada para dejarlo sin efecto, fundándose en que se encuentra contaminado de un vicio que permite romperlo, destruirlo, se pronuncie una sentencia que lo destruya.

Antes de proseguir, á fin de facilitar en lo posible el estudio del presente título, es conveniente, sin duda alguna, exponer cuáles son las condiciones esenciales para la *existencia* de una convención y cuáles lo son para su *validez*.

Contrato ó convención es el acuerdo resuelto entre varias personas para formar una ó muchas obligaciones; ó para extinguir ó modificar obligaciones existentes; ó bien para operar un traspaso inmediato de un derecho real.

El artículo 1438 del Código define el contrato ó convención: "Es un acto por el cual una parte se obliga para con otra á dar, hacer ó no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una ó muchas personas".

Cuando dos ó más personas acuerdan algo entre ellas, siempre que traten de un acto jurídico, hay unión de voluntades, convención: *consensus in idem placitum*.

Según el Código, en último análisis, hay tres categorías posibles de convención, la cual puede tener por objeto:

A.—Crear obligaciones;

B.—Extinguir obligaciones;

C.—Transferir la propiedad (arts. 1548, 1550 y 1801).

Contratar es ligarse, imponerse una obligación, es una especie de convención que tiene por objeto formar una obliga-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción *(A)*; y como no se puede confundir la especie con el género, en rigor sólo á la primera clase de convención, á la que tiene por objeto crear obligaciones, debiera darse el nombre de contrato.

Sin embargo, el Código, identificando el género con la especie, ha hecho del contrato y la convención expresiones sinónimas, resultando de esto que el contrato ha aumentado su antigua naturaleza. Nada obsta para admitir esta terminologia siempre que, al mismo tiempo, se defina el contrato, no de la manera que le convenía cuando era una especie de convención, según lo ha hecho la Legislación Romana, sino dándole la que ahora viene á corresponderle verdaderamente; y que es la propia de la convención, con la cual se identificó.

Deberá notarse que, por olvido de esta circunstancia, el Código da, respecto de ambas palabras ya identificadas, una definición, la del artículo 1438, que si pudo convenir al contrato en época anterior, no sucede lo mismo ahora que se ha atribuído al contrato una naturaleza más extensiva. El artículo citado (1438) define al contrato que crea obligaciones y no trata del contrato en general (ó convención), que tiene por objeto extinguir obligaciones, ni del que sirve para transferir la propiedad.

Además, esta definición no habla sino de las obligaciones que se forman de un sólo lado, lo cual sucede en el contrato unilateral; y nada dice de las obligaciones recíprocas, de las que se crean de una y otra parte, como se verifica en el contrato bilateral ó sinalagmático.

Para que una persona se obligue á otra por un acto ó declaración de voluntad; ó lo que es lo mismo, para que una convención sea válida, son menester cuatro condiciones esenciales (art. 1445):

1.ª Que sea legalmente capaz.

2.ª Que consienta en dicho acto ó declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3.ª Que recaiga la convención sobre un objeto lícito.

4.ª Que tenga una causa lícita.

La primera condición necesaria para la validez de la convención ó contrato es la *capacidad* legal de la parte que se obliga

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo citado dice que la capacidad de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio ó autorización de otra.

Se presume que en este inciso se trata de la capacidad legal de *contratar;* y que no puede referirse á la capacidad natural de *consentir.*

Notaremos que, careciendo una persona de capacidad legal de contratar, sin embargo puede contratar, y obligarse, por tanto, al cumplimiento; como sería una mujer casada que sin el consentimiento de su marido, ó de la justicia en subsidio, hubiera celebrado un contrato; si ella ó sus causa-habientes, ó bien, su marido, no piden oportunamente la nulidad de la convención, se obliga la mujer á su cumplimiento, no obstante haber estipulado sin el consentimiento ó la autorización que debió obtener.

La *capacidad de contratar* se exige para la validez, para la eficacia de la convención ó contrato, no para su formación.

La *capacidad de consentir* es *esencial* á la existencia misma del contrato, á su formación; su ausencia produce necesariamente ausencia de consentimiento; y, de consiguiente, ausencia de convención: puesto que es el consentimiento lo que constituye, lo que forma el contrato: *consensus duorum in idem placitum.*

Como lo dice el artículo 1445, para que una persona se obligue es necesario (entre otras condiciones) que sea legalmente capaz. De manera que esta condición la exige sólo á la parte que se obliga; en cuanto á la otra parte, que estipula siempre que sea *capaz de consentir*, y que en efecto consienta, obliga á la otra en su provecho. No hay duda que así sucede en los contratos unilaterales: respecto de los sinalagmáticos, contrayendo obligaciones tanto la parte incapaz como la capaz, el contrato, aunque está afectado de un vicio, no puede atacarlo esta última: la anulación puede pedirse únicamente por la parte incapaz, la cual es libre de hacer anular la convención ó de exigir su cumplimiento.

La segunda condición exigida por el artículo 1445 es: que la parte consienta en el acto ó declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Se ha dicho que el consentimiento es indispensable para la existencia de la convención; faltando, no hay contrato, su ausencia impide que la convención nazca, que se forme; y no es posible la ratificación, por cuanto no se confirma lo que no existe: *quod nullum est confirmari nequit*; no habiéndose dado el consentimiento, el contrato no se formó y se puede pensar en anularlo, destruirlo.

La capacidad legal de contratar de la parte que se obliga y las cualidades que se exigen en el consentimiento, son las condiciones esenciales para la validez de la convención ó contrato, no para su existencia; si el consentimiento se dió, existe, y se comprende que es menester que exista para poder entrar á averiguar si es válido ó no lo es, por tal ó cual motivo.

Como se vé, dos son las condiciones requeridas por el inciso recordado:

A.—Que la persona consienta en dicho acto ó declaración de voluntad.

B.—Que su consentimiento no adolezca de vicio.

En cuanto al primer requisito, esto es, que la persona consienta, se observará que la voz *consentimiento* supone la expresión de una voluntad manifestada primeramente, con la cual viene á ponerse de acuerdo, á unirse, la voluntad de la parte que consiente.

Al parecer, por la redacción, querría decir el citado inciso que una sola parte se obligara (la persona que consiente en dicho acto ó declaración), lo cual únicamente puede verificarse en los contratos unilaterales; cuando una de las partes se obliga con otra que no contrae obligación alguna (art. 1439); pero no sería aplicable al contrato sinalagmático, en el cual ambas partes se obligan, en el que existen obligaciones recíprocas. Por consiguiente, lo que deberá entenderse en el inciso recordado es "el consentimiento de las partes".

El consentimiento es la esencia del contrato; sin él la convención no se formaría: *consensus in idem placitum.*

La capacidad de consentir es necesaria para la formación del contrato: la ausencia del consentimiento es la falta de convención, por el motivo de que la incapacidad para consentir pro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

duce la ausencia del consentimiento, sin el cual la convención evidentemente no se forma.

El consentimiento no existiría en el caso que un loco ó un ebrio firmaran un contrato; entonces la convención sería radicalmente nula, no habría existido jamás: tales personas, careciendo de consentimiento, no pueden consentir.

En cuanto á la segunda parte de la disposición que se considera, es decir, que el consentimiento no adolezca de vicio, notaremos que si las partes, ejercitando su capacidad para consentir, dan su consentimiento, esto basta para la formación del contrato; no obstante, para que este contrato ya existente, formado, sea válido, es menester, entre otros requisitos, que el consentimiento no adolezca de vicio; esto es, que no se haya dado por error ; que ese consentimiento no se hubiera obtenido por fuerza ó violencia, ó sorprendido por dolo (arts. 1445 y 1451).

El error vicia el consentimiento:

A.—Cuando recae sobre la especie del acto que se ejecuta ó celebra.

B.—Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata; cuando la sustancia ó calidad *esencial* del objeto, es diversa de lo que se cree.

C.—Si recae acerca de otra cualquiera calidad (que no sea esencial) cuando esa calidad es el principal motivo de una de las partes para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra.

D.—Cuando recae sobre la persona con quien se tiene intención de contratar, si la consideración de esta persona es la causa principal del contrato (arts. 1453, 1454 y 1455).

En el primer caso, si el error recae sobre la naturaleza del contrato, como si una de las partes entiende celebrar un contrato de mutuo y la otra de donación, entonces no hay convención, no existe acuerdo de voluntades: *consensus in idem placitum*; no habiéndose formado el contrato, no puede intentarse en su contra una acción de nulidad, porque no se puede romper la nada.

Cuando el error recae sobre el objeto del contrato, *in ipso corpore rei*, es evidente que no hay convención.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Según Pothier, el error anula la convención cuando recae sobre la calidad de la cosa que ha sido lo que principalmente tuvieron en vista los contratantes, esto es, sobre la sustancia misma de la cosa.

Se comprende que para la inteligencia de este principio, es necesario definir lo que se entiende por sustancia (por calidad) esencial del objeto; y que es aquélla que, no siendo suceptible de más ó menos, hace que un objeto pertenezca á una especie tal ó pase á otra, según ella exista ó nó.

Respecto del error que recae en una calidad (no esencial del objeto) siempre que esa calidad sea el principal motivo de una de las partes para contratar y conocido de la otra parte, vicia el consentimiento. No obstante que la ley no debiera ocuparse jamás, y verdaderamente no se ocupa, de los motivos que determinan á celebrar un contrato, ha hecho una excepción para este caso particular: por lo demás, la ley es formal: *statuit lex.*

El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, es decir, acerca de la identidad del individuo, vicia el consentimiento, cuando la consideración hacia esta persona es la causa principal del contrato (art. 1455).

En este caso, habrá, pues, causal para la anulación.

Pero si mi voluntad para contratar con determinada persona la hubiera conocido la otra parte, entonces la convención sería anulable por dolo. Ciertamente, si la otra parte, conociendo mi intención, me asevera lo que es inexacto, no procura instruirme en lo que sea efectivo á este respecto, en realidad me ha engañado, y sería éste un acto de dolo.

Si en vez de suceder esto, la otra parte, no obstante de saber mi intención, me declara francamente lo que haya de cierto, y, además, que no se le pueda imputar ningún procedimiento que envuelva fraude, yo no podría protestar mi error ni acusar su dolo: no sería equitativo que se compensara mi falta de prudencia, precaución y tino declarándose vicioso mi consentimiento. "E aun dixeron que el que se deja engañar, entendiéndolo que non se puede querellar como engañado, porque non le fué fecho encubiertamente porque lo entendía." (Regla de Derecho XXV, tít. XXXIV, Partida 7.ª)

La fuerza ó violencia sólo vicia el consentimiento cuando es

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición (art. 1450).

Se trata de la fuerza ó violencia futura y no del efecto de la ya ejercida antes del momento en que celebro el contrato.

Si el mal ha pasado, si ya se ejecutó, no tengo que sustraerme á él; sus efectos obrarán tal vez en mi ánimo al tiempo que doy mi consentimiento para celebrar un contrato, haciéndome temer otra violencia futura; me resuelvo á firmar un contrato que no me agrada ó que considero perjudicial, á fin de sustraerme á esta violencia.

Por lo demás, escoger entre dos cosas, de las cuales una ó no querría, es decidirse por alguna de ellas: ya sea por la que se crea menos perjudicial ó desagrade menos; lo cual, verdaderamente, equivale á ejecutar un acto de voluntad. El consentimiento es real, aunque se obtuvo por violencia, pues, á pesar de la violencia, siempre existió voluntad.

La glosa de la ley 21 número 5 en el título *Quod metus caussa* dice: que la voluntad forzada es voluntad; porque si libre no habría querido, sin embargo, forzado, quiso: *voluntas coacta est voluntas; quamvis si liberum esse nolnissem tamen coactus volui.*

El temor que se ha causado para arrancar el consentimiento, no deja á la persona en el ejercicio de su entera y espontánea voluntad para resolver entre consentir ó nó; en consecuencia, no siendo este consentimiento perfecto, libre, se puede solicitar la anulabilidad del contrato.

No debe confundirse el caso considerado, en el cual la convención es anulable, con aquel en que la violencia es física, irresistible, pues en este último no hay consentimiento; como sería si condujera de viva fuerza mi mano para trazar mi firma al pie de un contrato; tal convención sería nula rigurosamente.

Aunque la elección entre dos males, ó el resolvernos por temor á consentir en una cosa que no querríamos, es un acto de voluntad, como en este acto no se tuvo la entera y perfecta libertad de consentimiento, adolece de vicio la convención y la ley permite que se pida la nulidad.

La persona que alega la fuerza ó violencia, deberá probar:

A.—Que al celebrar el contrato fué víctima de un temor (presente) de un mal futuro.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

B.—Que ese temor era capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

En el caso en que el temor (*metus præsens*) fuese el de ver expuesto su consorte ó alguno de sus ascendientes ó descendientes á un mal irreparable y grave, si celebro un contrato bajo la influencia de este temor, es porque tengo que elegir entre las consecuencias que esta convención me puede traer y el mal que sobrevendrá á mi ascendiente, etc., si no cedo; teniendo que escoger entre una de estas dos cosas, de las cuales verdaderamente ninguna querría, al fin me decido por lo que creo habrá de ser menos perjudicial, y ejecuto un acto de voluntad: *qui mavult vult.*

Sin embargo, una vez probada la existencia del temor al celebrarse el contrato vicioso por esta circunstancia, basta para que se anule la convención; la ley presume que este temor es capaz de producir una impresión fuerte y suficiente para viciar el consentimiento.

El temor de desagradar á una persona á quien se deba sumisión y respeto, no vicia el consentimiento.

Sin duda, el temor reverencial coacta la libertad de consentir; pero como la influencia que sobre mi ánimo ejerce la persona en cuyo desagrado temo caer, no es en el grado suficiente que baste para arrancarme el consentimiento, ni tampoco es inmoral, la ley ha declarado que no vicia el contrato.

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando aparece que sin él no se habría contratado. En los demás casos da lugar á la acción de perjuicios (art. 1458).

Dolo es las maniobras fraudulentas practicadas para determinar á una persona, engañándola, á que consienta en un acto que le ocasiona perjuicio.

El dolo puede causar en la persona un error que recae en la sustancia misma de la cosa, en sus cualidades esenciales, ó bien produce un error que, no recayendo en la sustancia misma de la cosa, sin embargo aparece que sin él no se habría contratado.

En el primer caso señalado, el contrato es nulo rigurosa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mente, no por causa de dolo sino por error; error que, recayendo en la sustancia misma de la cosa, bastará por sí sólo para producir la nulidad absoluta, aunque no hubiera existido el dolo.

En el segundo caso, el dolo puede ser un motivo de anulación. Si la persona no hubiera sufrido un error, se supone que no habría contratado perjudicando sus intereses: por esta causa debe ser indemnizada, viniendo, así, el dolo á motivar una acción de daños y perjuicios.

El modo más seguro de practicar esta reparación es volver las cosas al mismo estado que tendrían si el contrato doloso no se hubiera efectuado.

El tercer elemento exigido por el artículo 1445 es que el acto ó declaración de voluntad recaiga sobre un objeto lícito.

No obstante de dar el Código las reglas necesarias para la apreciación exacta de lo que se entiende por objeto lícito (artículos 1462 á 1466); en verdad, no es el ser lícito el único requisito que exige la ley respecto del objeto de la obligación: por el contexto del artículo 1461 se deduce que ese objeto además de ser lícito, deberá ser *cierto*, comerciable, determinado y físicamente posible.

De modo que la reunión de todos estos requisitos viene á caracterizar las cualidades que deberá tener el objeto de la obligación para que el contrato se forme; puesto que es un elemento indispensable para la existencia de la convención.

Si quisiéramos expresarnos con más exactitud, deberíamos decir: que es la obligación y no el contrato, la que ha de tener un objeto y una causa lícita, etc.; si el contrato fuere sinalagmático, crearía dos obligaciones, y como cada obligación tiene su objeto y su causa propia, hay en este contrato dos objetos y dos causas lícitas. Se ha caído en esa incorrección á consecuencia de confundirse siempre el contrato con la obligación; olvidándose que una cosa es el contrato que da nacimiento á la obligación y otra cosa la obligación convencional, que no es sino el efecto del contrato.

El cuarto y último elemento exigido es que la obligación tenga una causa lícita.

El motivo inmediato y último de una obligación constituye

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

su causa jurídica; no se debe, por tanto, fijar la atención en los motivos lejanos y secundarios que han determinado á contratar.

Si el contrato es unilateral oneroso, su causa se encuentra en el deseo de obtener el provecho ó ventaja procurada por la otra parte; si es á título gratuito, en el deseo de prestar un servicio.

En los contratos sinalagmáticos, la obligación que contrae una parte es la causa de la obligación de la otra: de manera que la causa de cada obligación es el deseo de obtener aquello que constituye el objeto de la obligación de la otra parte.

Este elemento requerido para el acto ó contrato sería más propio exigirlo respecto de la obligación que de él resulta; como se ha dicho ántes, si la obligación no tiene necesidad sino de una causa, el contrato puede tener una ó muchas, con motivo de que, á veces, presenta ó crea muchas obligaciones.

La obligación sin causa ó con una causa falsa no puede tener ningún efecto.

Un contrato en que, al redactarse, no se hubiera expresado la causa de la obligación, es siempre válido con tal que la causa sea cierta, lícita. En este caso, puesto que una de las partes sostendría que la causa existe realmente; á pesar de no haberse expresado en el acto, aseveración que la otra parte niega; como hay dos alegaciones, siendo que una de ellas tiende á destruír la naturaleza ordinaria de las cosas, el *statu quo* existente en virtud del contrato, al que aparece como deudor y que pretende no serlo, es á quien corresponde probar que tal obligación carece de causa, y, en consecuencia, que no es efectivamente deudor.

La causa puede dejar de existir posteriormente á la fecha en que se celebra el contrato; entonces la obligación cesaría por falta de causa, excepto en los contratos aleatorios (art. 1441)

Cuando la causa es ilícita por ser prohibida por la ley ó contraria á las buenas costumbres ó al órden público, la obligación no tiene existencia legal; igual cosa sucede cuando, existiendo en el pensamiento del que se obliga, ó más bien cuando éste cree que existe la causa, sin embargo, es falsa.

Pero ejecutada la obligación y si el que la cumplió conocía que la causa de la obligación era ilícita ó que tenía un objeto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ilícito, no puede ya repetir lo que hubiere dado ó pagado por ella (art. 1468).

ARTÍCULO 1681

ES NULO TODO ACTO Ó CONTRATO Á QUE FALTA ALGUNO DE LOS REQUISITOS QUE LA LEY PRESCRIBE PARA EL VALOR DEL MISMO ACTO Ó CONTRATO, SEGÚN SU ESPECIE Y LA CALIDAD Ó ESTADO DE LAS PARTES.

LA NULIDAD PUEDE SER ABSOLUTA Ó RELATIVA.

Esta definición se refiere únicamente á la nulidad rigurosa; faltando tales requisitos, dice este artículo, no tendría valor el acto, no produciría fuerza, legalidad; esto es, no existirá ante la ley.

Se comprende que si el acto no tiene valor no hay que pensar en interponer una acción de nulidad para quitárselo.

Notaremos que, en ciertas ocasiones, la ley declara expresamente que tal acto es nulo, tratándose de algunos casos especiales. Sin duda que en la práctica es difícil, á veces, aplicar estas disposiciones; bien puede suceder que, siendo el contrato aparentemente contrario á la ley, sin embargo esté acorde con la voluntad del Legislador, por motivo de que nuestra legislación no admite, como lo hacía el Derecho Romano, los términos sacramentales.

Para que en estos casos especiales el acto no valga, no es preciso que la ley se sirva de las palabras "bajo pena de nulidad"; basta cualquiera fórmula que exprese su intención de reducir á la nada el acto. Así en el artículo 1842 dice "que es nulo"; en el 1816 y 1465 "no vale"; "no produce efecto alguno" (1453); "no podrá" (407), etc.; frases que equivalen en estos casos á declarar nulo rigurosamente.

Dice el artículo 1681 que para la existencia del acto es necesario que reuna ciertos requisitos especiales prescritos para el valor del mismo acto, de suerte que si careciere de ellos, la razón exige que el acto sea nulo sustancialmente, por cuanto le falta lo que constituye la sustancia misma del acto.

Según el inciso final del citado artículo, la nulidad se divide en absoluta y relativa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Creemos expresarnos con más claridad diciendo que hay dos clases de nulidad, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

Nulidad absoluta, rigurosa, es aquella qne está fundada sobre un motivo de orden público, y por esto puede invocarla toda persona que tenga un interés moral ó pecuniario; entre ellos el ministerio público, representante legal de la sociedad.

Nulidad relativa, imperfecta, es la que no hiere sino el interés particular de algunas personas determinadas, quienes únicamente pueden ejercitarla.

Es menester distinguir cuidadosamente entre la nulidad absoluta, rigurosa, lo nulo, lo que no existe, y la nulidad relativa, imperfecta, lo que existe afectado de un vicio.

ARTÍCULO 1682

LA NULIDAD PRODUCIDA POR UN OBJETO Ó CAUSA ILÍCITA Y LA NULIDAD PRODUCIDA POR LA OMISIÓN DE ALGÚN REQUISITO Ó FORMALIDAD QUE LAS LEYES PRESCRIBEN PARA EL VALOR DE CIERTOS ACTOS Ó CONTRATOS EN CONSIDERACIÓN Á LA NATURALEZA DE ELLOS, Y NO Á LA CALIDAD Ó ESTADO DE LAS PERSONAS QUE LOS EJECUTAN Ó ACUERDAN, SON NULIDADES ABSOLUTAS.

HAY ASIMISMO NULIDAD ABSOLUTA EN LOS ACTOS Y CONTRATOS DE PERSONAS ABSOLUTAMENTE INCAPACES.

CUALQUIERA OTRA ESPECIE DE VICIO PRODUCE NULIDAD RELATIVA Y DA DERECHO Á LA RESCISIÓN DEL ACTO Ó CONTRATO.

Como el Legislador no debe dar reglas respecto de actos ó contratos que no han nacido, que no tienen realidad, el Código Napoleón y otros no tienen en el título que se ocupa de esta materia respectivamente, una disposición que concuerde con la expresada en este artículo y que venga á significar cuántas y cuáles son las nulidades absolutas, rigurosas. Verdaderamente no tienen nada que decir aquellos Códigos para los casos de no existencia del contrato, en atención á que nadie puede embarazarse por la teoría de la nada, por lo que es una vana apariencia sin realidad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Sin embargo, nuestro Código, dedicando un artículo especial á este respecto, se ha apartado del Código Napoleón, que en tantas ocasiones le ha servido de fuente y motivo de estudio.

El artículo que se considera expresa qué contratos no pueden producir ningún efecto y carecen de valor jurídico; esta nulidad rigurosa la producen:

A.—Un objeto ilícito.

B.—Una causa ilícita.

C.—La omisión de algún requisito ó formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos ó contratos en consideración á la naturaleza de ellos.

D.—La que existe en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

En la sección anterior nos hemos ocupado en el objeto y causa ilícitos.

Nada podrá validar la convención que tiene causa ilícita, que es la prohibida por la ley ó contraria á las buenas costumbres ó al orden público.

Igual cosa sucede respecto del objeto ilícito.

Muchas disposiciones legales declaran nulos los actos contrarios al orden público ó á las buenas costumbres (arts. 1475, 1717, 1093).

¿Cuál es el verdadero valor y alcance de esta disposición legal?

Principios, leyes de orden público son los que reglan las relaciones de los ciudadanos con el Gobierno; ó la parte que los ciudadanos pueden tomar en los negocios públicos; y, asimismo, las leyes que tienen en vista el interés de la sociedad considerada como sér moral.

Entre estas nulidades de orden público unas lo son en sentido propio y otras nó.

Las primeras resultan de la contravención á las leyes que propiamente son de orden público y concernientes á la seguridad y cumplimiento de las leyes políticas.

Las segundas provienen de la contravención á las leyes que, no obstante de elevarse sobre el derecho privado, sólo están destinadas á proteger, de cerca, el interés particular; tales son las leyes sobre menores, mujeres casadas, etc.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Habría sido conveniente, en cierto modo necesario, que el Legislador hubiese designado cuando le fuera posible, con precisión, los actos contrarios al orden público; dando, además, reglas más exactas para su caracterización; ya que podía aprovecharse, al efecto, de los trabajos y datos que ofrece la jurisprudencia.

Sucede, que siendo el acto á veces prohibido por la ley, una vez ejecutado obtiene vida, confirmación legal.

Así, en el caso de una mujer viuda, no podrá pasar á otras nupcias, antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes á la disolución del matrimonio (art. 128).

Esta disposición se funda en un motivo de orden público: un casamiento celebrado en estas condiciones puede dar lugar á litis sobre el estado civil del hijo que naciere antes de expirar los ciento ochenta días de que habla el artículo 180, etc.

En cuanto á las convenciones contrarias á las buenas costumbres, ellas son proscritas por todas las naciones civilizadas: «las buenas costumbres pueden suplir las buenas leyes (1).»

Tales actos son nulos, ya sean contrarios á las leyes que se refieren á las buenas costumbres, ó bien, si fueren contrarios únicamente á las buenas costumbres.

La ley civil no otorga á ningún acto contrario á las buenas costumbres la facultad de producir efectos civiles; sin embargo, para la recta inteligencia de este principio, es menester distinguir si la convención infectada de tal vicio se ha ejecutado ó nó.

Si no se ha ejecutado, no hay que preocuparse, puesto que no existe; y, en caso de desearlo, podría hacerse proclamar su inexistencia por los Tribunales.

Si el acto ó contrato se ha ejecutado y la parte quiere repetir lo que ha dado ó pagado en virtud de él, habrá que distinguir.

Si el pago lo hizo habiendo conocido al celebrar el acto ó contrato que tenía un objeto ó causa contraria á las buenas costumbres ó al orden público, no puede repetir lo que ha dado ó pagado.

(1) PORTALIS, *Exposé des motifs du livre préliminaire du Code Napoléon*, pág. 40, núm. 20.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si lo ignoraba, puede repetirlo.

Es asimismo nulidad rigurosa la producida por la omisión de algún requisito ó formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos ó contratos en consideración á la naturaleza de ellos y no á la calidad ó estado de las partes que los ejecutan ó acuerdan.

Este defecto resulta de la inobservancia de las formalidades legales requeridas para el acto, y produce un vicio radical, por carecer el contrato de los requisitos que la ley exige para que tenga valor, fuerza, existencia legal; y en consideración á los cuales, caso de haberlos tenido, le habría dado vida, otorgado efectos civiles; como lo demuestra el principio *Prius oportet esse quam operari:* antes de producir algún efecto, en necesario existir.

Las nulidades de esta clase están, en general, tratadas bajo los títulos que les conciernen: bastará señalar algunas: como ser, la hipoteca no otorgada en escritura pública (art. 2409); un testamento sin el competente número de testigos; la compraventa de bienes raíces no otorgada en escritura pública (artículo 1801).

De consiguiente, cuando el acto carece de aquellas formalidades que la ley requiere para su perfección y no para su prueba únicamente, el acto no es solamente rescindible, se considera que jamás ha existido y no puede ser confirmado ni ratificado: así que no hay lugar á una acción de nulidad ó rescisión sino á una acción de reivindicación, ó bien de repetición de lo indebido, si hubo ejecución de aquello á que creíamos habernos obligado en virtud de tal acto, y, no habiéndose ejecutado, dará lugar á una excepción perpetua.

Finalmente, hay nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Según el artículo 1447, son absolutamente incapaces:

A.—Los dementes.

B.—Los impúberes.

C.—Los sordomudos que no pueden darse á entender por escrito.

Los actos de estas personas no producen ni aún obligaciones naturales, ni admiten caución.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La demencia es el estado de una inteligencia que, por ser incompleta ó gastada, carece de fuerzas para concebir; ó bien de una inteligencia que, no obstante que concibe ordinariamente, sus concepciones son desarregladas á causa de un desorden en la organización.

Pueden ser declarados dementes los menores ó mayores de edad: el juicio de interdicción por este motivo podrán provocarlo sus parientes, el ministerio público; y en el caso de locura furiosa, concede la ley acción popular.

Los actos y contratos ejecutados sin previa interdicción, son válidos, á menos de probarse que la persona que los ejecutó ó celebró estaba en ese momento demente. En este caso la prueba sobre que la demencia existía en la época en que se ejecutó el contrato, debería ser muy notoria.

La ley ordena que toda persona demente ó falta de razón deberá ser privada de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos (art. 456) y señala, además, las personas obligadas á pedir tal declaración. Si alguna de estas personas determinadas fuera la que invocara la nulidad del acto, sería preciso que probara notoriamente el estado de demencia del que lo ejecutó, puesto que en su contra existe la presunción de no haber sido diligente, de inobservancia del mandato legal (arts. 456 á 461 y 8.)

Al hablar la ley de dementes, se refiere á las personas que, previos los trámites legales, han sido declaradas en interdicción definitiva (art. 461). Los actos y contratos que ejecutan con posterioridad á este decreto serán nulos rigurosamente, mientras no obtuvieren rehabilitación judicial; la ley los ha declarado absolutamente incapaces.

Se notará que el decreto de interdicción definitiva para que produzca efecto legal, deberá causar ejecutoria; en cuyo caso ordena el artículo 447 que se inscriba y notifique. Debiendo ser nulos los actos del demente posteriores á la declaración de interdicción, no obstante haberse ejecutado en un intervalo lúcido (art. 465), es necesario que los terceros se encuentren advertidos de ello.

Aunque el decreto de interdicción definitiva esté apelado, debiera siempre inscribirse y publicarse; en virtud de que si es

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

confirmado causará ejecutoria desde su fecha, á menos de indicar otra la sentencia, y será nulo todo acto posterior.

La interdicción por demencia tiene por objeto privar al adulto de la administración de sus bienes, prévios los trámites de un juicio (art. 456), en que naturalmente deberá ser parte el indicado como demente, ya sea en persona ó representado por un curador *ad litem:* y caso de reconocerse que es incapaz de administrar sus bienes,se le declara en interdicción y se le nombra un curador.

Se observará que, no obstante que el decreto de interdicción no se hubiera publicado ni inscrito, siempre la nulidad es absoluta, en atención á que el incapaz no puede haber faltado omitiendo este requisito; aquél que pidió y obtuvo la declaración de la interdicción, es quien deberá cumplir con las formalidades consiguientes; de suerte que será responsable á terceros, por los perjuicios que les irrogare con su negligencia.

Respecto de los actos del demente que hayan tenido lugar poco tiempo antes de la interdicción judicial, existe una fuerte presunción para establecer su nulidad absoluta, por cuanto uno de los caracteres distintivos de la demencia es el ser un estado habitual (art. 454); y además, porque el juez, para declarar la interdicción, deberá informarse de la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente (art. 460), deduciéndose de esto que la imbecilidad o falta de razón que viene á reconocerse, ya existía en una época más ó menos lejana á aquella en que se pronunció la interdicción; sea en el mismo grado ó bien que hubiera ido aumentando progresivamente con el tiempo.

Parece inútil advertir que á un muerto no se le puede declarar demente, fundándose en que hubiera estado privado de razón durante una época de su vida, según se acostumbra expresar ordinariamente.

Lo que hay de cierto es que si una persona celebra un contrato en una época en que estaba demente, y fallece sin que se le declare en interdicción, puede pedirse la proclamación de la nulidad de esos actos ó contratos, fundándose en que los celebró estando demente, lo cual deberá declararse, caso de quedar notoriamente probado.

En caso de que fuere un testamento el que se desconoce, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se trata de hacer proclamar su nulidad invocando la causal antes expresada, el juez competente para conocer de la demanda será el del lugar en que se hubiere abierto la sucesión del difunto, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley de 15 de octubre de 1875.

Si se trata de hacer declarar la nulidad de un contrato en virtud de la mencionada causa, entonces será menester aplicar las reglas que señalan los artículos 212 de la Ley ya citada, y demás del caso.

La cesación del estado de demencia, el haber recobrado la persona el uso de su razón, no basta únicamente para que cese la interdicción legal por demencia; ella sólo permite que pueda pedirse su rehabilitación (art. 468), mientras el Tribunal competente, por auto ejecutorio, no declare que el interdicto ha recobrado su razón, es decir, que lo rehabilite; aunque realmente tuviere su juicio sano, ante la ley, no deja de ser aún absolutamente incapaz.

Los sordos-mudos que no pueden darse á entender por escrito, son absolutamente incapaces. La ley precisa que el único medio legal que tienen de comunicar su pensamiento, es por escrito; hallándose corroborada esta disposición en los artículos 1024, inciso 5.º, y 1005.

En el intervalo entre la pubertad y la mayor edad, puede el padre de familia cuidar de la persona y bienes del sordo-mudo; pero una vez llegado éste á la edad mayor, deberá provocar el juicio de interdicción.

No sucede lo mismo con el tutor, quien, en llegando el pupilo sordo-mudo á la pubertad, no puede ejercer ya la curaduría sin que preceda interdicción judicial, excepto durante el tiempo necesario para provocarla (arts. 478, 457 y 443).

En defecto de estas personas pueden provocar la interdicción los parientes y demás personas indicadas en el artículo 443.

Cuando el sordo-mudo sea capaz de entender por escrito y en el caso que él mismo lo solicitare, podrá el juez rehabilitarlo, haciendo cesar la interdicción judicial; para esto deberá el juez tomar primeramente los informes competentes para averiguar si el rehabilitado tiene, además, suficiente inteligencia (art. 472).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ARTÍCULO 1683

LA NULIDAD ABSOLUTA PUEDE Y DEBE SER DECLARADA POR EL JUEZ AÚN SIN PETICIÓN DE PARTE, CUANDO APARECE DE MANIFIESTO EN EL ACTO Ó CONTRATO; PUEDE ALEGARSE POR TODO AQUEL QUE TENGA INTERÉS EN ELLO, EXCEPTO EL QUE HA EJECUTADO Ó CELEBRADO EL CONTRATO, SABIENDO Ó DEBIENDO SABER EL VICIO QUE LO INVALIDABA; PUEDE ASIMISMO PEDIRSE SU DECLARACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL INTERÉS DE LA MORAL Ó DE LA LEY, Y NO PUEDE SANEARSE POR LA RATIFICACIÓN DE LAS PARTES, NI POR UN LAPSO DE TIEMPO QUE NO PASE DE TREINTA AÑOS.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto ó contrato.

Siendo el acto nulo absolutamente, no tengo por qué preocuparme de él; no puede dañarme ni imponerme obligaciones, puesto que no existe.

Si se me demanda fundándose en tales actos, y por olvido ó inadvertencia no hiciera presente la nulidad absoluta, la ley impone al juez el deber de proclamarla; pero obsérvese que no es mediante esta declaración judicial por lo que el acto no tiene existencia, puesto que, aun sin ese fallo, nunca ha existido; lo único que viene á hacer el juez es á *reconocer* y *proclamar* que tal acto jamás ha tenido existencia legal.

Un objeto ilícito, una causa ilícita, la ausencia de consentimiento, viciarían en tanto el acto ó contrato, que sería imposible que una declaración judicial lo hiciera producir obligaciones.

No debe darse importancia alguna á actos y contratos cuya existencia no es más que una vana apariencia, que no tiene realidad; sin preocuparse de él podrán interponerse las acciones que se creyere conveniente, sea cual fuere su objeto. En vano sería buscar una acción que hacer valer para extinguir una obligación que no existe.

Si en el curso de alguna acción jurídica que hiciere valer,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

alguien viene á oponerse, invocando actos ó contratos nulos rigurosamente, como yo alego su inexistencia y el otro su validez; siendo ésta una contestación entre partes, es necesario que la justicia se pronuncie, que diga cuál está en la razón. No pediría la anulación del acto, puesto que no existe; exigiré que se reconozca, que se proclame que ese acto ó contrato jamás ha existido, y, siendo así, el juez debe constatar la verdad de mi aseveración.

La nulidad rigurosa puede alegarse por todo aquel que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto ó celebrado el contrato sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba; y esto último porque nadie puede alegar ignorancia de la ley (art. 8.º) ni invocar en su favor su propia torpeza: *factum cuique suum non adversario nocere debet.* (L. 134 de *Reg. Jur.)*

Sin embargo, si no puede alegarla, parece que esto no obstará que lo haga presente; y si apareciere de manifiesto, deberá declararla el juez de oficio.

Puede alegarse la nulidad por todo el que tenga interés en ello; no habiendo interés, no hay acción y, por consiguiente, no hay excepción.

El interés no es menos necesario en los casos en que la nulidad proceda de una infracción de las leyes de orden público ó de contravención á las buenas costumbres que en aquellos que sean contrarios al orden privado.

Asimismo el ministerio público podrá pedir la declaración de nulidad en interés de la moral y de la ley. Cuando la nulidad absoluta de la convención se funda en un motivo de interés público, de buenas costumbres, es procedente que pueda invocarla el mandatario y representante legal de la sociedad; un caso de esto sería si un contrato derogara ó fuera contrario á las leyes sobre patria potestad.

La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes.

Ratificar una obligación es borrar el vicio de que está afectada, renunciando á invocar la causa de anulabilidad que podría hacerse valer en su contra.

Lo nulo, lo que sólo aparentemente existe, no puede validar-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se, ratificándolo; *quod nullum est confirmari nequit*: la nada no puede confirmarse.

La ley dice que por más de treinta años se sanea la nulidad absoluta, y expone así: "que no se sanea por un lapso de tiempo que no pase de treinta años".

Si en un contrato la violencia ha consistido en conducir de viva fuerza mi mano, de modo que trace mi firma sin mi voluntad, ó bien sucedió que lo firmé estando declarado en interdicción por causa de demencia, en estos casos la convención no se ha formado, es radicalmente nula, y después de treinta y cinco ó más años, siempre es tiempo de invocar su no existencia; una convención semejante no puede sanearse por ningún lapso de tiempo: *nihili, nullae sunt qualitates.*

No obstante, la ley es expresa y dice que se sanea por un lapso tal de tiempo; con esto no quiere decir que la convención venga á tener existencia, á ser idéntica á las que se forman reuniendo todas las condiciones legales exigidas respecto de ellas: siempre será exacto el principio de legislación: *prius oportet esse quam operari.*

El Legislador que crea y reduce á la nada, que á un hombre vivo lo declara muerto civilmente, viene á ordenar que un acto que por la razón y á virtud de los principios de la ley misma, no es más que una vana apariencia sin realidad, que carece de existencia legal, en mérito del solo hecho de pasar más de treinta años, se sanea; así pues, en virtud de una ficción legal lo declara saneado.

Puesto que así lo dice el Legislador, *scripta manent*, lo único que nos resta es averiguar el alcance y la fuerza de su disposición.

Acción es la reclamación hecha ante la justicia del derecho real ó personal que uno pretende tener.

La acción no es un derecho, es un acto del hombre; no es el derecho de perseguir, es la persecución misma, la reclamación. Sin embargo, cuando se habla de acción, la palabra está tomada en el sentido del derecho que engendra esta acción, derecho que es el objeto de la reclamación hecha ante la justicia.

Un contrato nulo rigurosamente, ó bien lo he ejecutado cumpliendo aquello á que me creía obligado, ó nó.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si no lo he cumplido, no tengo por qué preocuparme de un contrato que no tiene existencia jurídica. En cualquiera época en que se me pida ó se me demande lo que he de procurar á título de pago en cumplimiento de semejante obligación, opondré la excepción de nulidad rigurosa del acto ó contrato.

La ley 2, título XVI, libro 11 de la Novísima Recopilación, manda que en la decisión de las causas se atienda á la verdad y no á las meras formalidades de Derecho.

Tanto esta ley como otras (8, tít. III, Part. 3.ª, y 1, tít. VII, Lib. 11, Nov. Recop.) establecen las excepciones perpetuas.

Cuando se trata de un acto sin objeto, sin causa, nulo rigurosamente, es manifiesto que el que lo ha suscrito, en cualquier caso que sea perseguido siempre podrá excepcionarse ó responder que la convención no existe. Si el acto ó contrato no puede nacer, no tuvo existencia legal, ningún lapso de tiempo pasado sin que se trate de hacer proclamar su absoluta nulidad hará presumir ratificación de ninguna clase.

La acción tendente á hacer proclamar la nulidad absoluta, y á repetir lo que se ha procurado á título de pago, es la que, en cierto modo, se sanea pasados treinta años después de la ejecución del acto nulo.

Sin duda que la nulidad absoluta puede oponerse *perpetuamente como excepción*; no obstante un larguísimo espacio de tiempo, siempre será cierto que el acto no ha existido, y que, por tanto, no pudo en ninguna época producir efectos legales. Sin embargo, la ley no ha querido que, pasados treinta años, sea posible intentar *una acción* para hacer *proclamar* judicialmente la inexistencia del acto, en vista de que los resultados de tal acción serían inútiles, atendidas las disposiciones de los artículos 2510, 2514 y 2520.

En efecto, habiendo la parte ejecutado un contrato nulo absolutamente, sucede que atribuído, según él, un bien raíz á una persona, se le puso en posesión; si el que ejecutó el contrato tiene el dominio del bien raíz, puede reivindicarlo, en virtud de que jamás ha existido el contrato rigurosamente nulo. La acción reivindicatoria interpuesta, procederá siempre que el demandado no haya poseído ese bien raíz durante más de treinta años,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en cuyo caso, habiéndolo prescrito, se desecharía la acción tendente á reivindicarlo.

Después de más de treinta años y más, siempre es cierto que el acto nulo absolutamente no tuvo jamás efecto alguno; lo que se sanea por ese lapso de tiempo, no es, evidentemente, la nulidad absoluta, de suerte que, una vez transcurridos, el contrato quede perfecto: eso es imposible. No es exacto que se prescriba por ese término "la acción de nulidad", puesto que no se puede atacar la nada.

Lo que la ley ha querido significar, es que la prescripción de treinta años se aplica á la acción tendente á pedir que "se proclame la nulidad absoluta del acto ó contrato que legalmente no existe"; sería inútil que, después de esa época, la justicia reconociera y proclamara la nulidad absoluta, como decíamos. Si por haber ejecutado el contrato rigurosamente nulo, resulta que se atribuyó á una persona un bien raíz y se le puso en posesión, ya no se puede reivindicarlo, porque lo ha prescrito; y si en vez de esto último, se efectuó un pago indebido, ya habrá prescrito la acción que tengo por ejecución indebida de este acto, para repetir lo pagado.

ARTÍCULO 1684

LA NULIDAD RELATIVA NO PUEDE SER DECLARADA POR EL JUEZ SINO Á PEDIMENTO DE PARTE; NI PUEDE PEDIRSE SU DECLARACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SOLO INTERÉS DE LA LEY; NI PUEDE ALEGARSE SINO POR AQUELLOS EN CUYO BENEFICIO LA HAN ESTABLECIDO LAS LEYES, Ó POR SUS HEREDEROS Ó CESIONARIOS; Y PUEDE SANEARSE POR EL LAPSO DE TIEMPO Ó POR LA RATIFICACIÓN DE LAS PARTES.

LA INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA QUE HA OBRADO SIN AUTORIZACIÓN DEL MARIDO Ó DEL JUEZ, EN SUBSIDIO, HABIENDO DEBIDO OBTENERLA, SE ENTIENDE ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LA MISMA MUJER Y DEL MARIDO.

No debe confundirse la rescisión con la resolución de un contrato.

Sin duda que la rescisión y la resolución son causas de que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se reduzca á la nada un contrato, y por esto, á veces, suelen confundirse; así, cuando un contrato se destruye por una causa cualquiera, se dice generalmente que hay anulación, rescisión, resolución, tomando estos términos en el sentido más comprensivo de destrucción ó reducir á la nada.

La palabra *rescisión* se emplea propiamente en los casos en que el contrato cesa de existir, á causa de un vicio que lo afectaba. Resulta, pues, de un vicio de fondo ó de forma de que se encuentran infectados algunos contratos desde *ab initio*, por lo cual, siendo válidos, no obstante, son imperfectos.

La resolución se aplica á los contratos perfectos en su origen, pero que dejan de producir sus efectos, y ya en virtud de acontecimientos previstos por las partes y cuya verificación depende ó no de su voluntad, como en el caso de una condición resolutoria, ó bien que deja de producirlos en virtud de una disposición legal que hace que un acontecimiento tal produzca este resultado, según se ve en la revocación de una donación por causa de ingratitud, ó por último, en mérito de una convención de las partes que vienen en resolver dejar sin efecto lo que habían acordado, si fuere suceptible de ello el acto.

La resolución se opera, pues, algunas veces de pleno derecho (artículo 1489); en otras ocasiones por el azar, como se observa en las condiciones casuales, ó bien por el consentimiento de las partes.

Se puede agregar otra diferencia importante: la acción de resolución es indivisible, esto es, el demandante está obligado á poner en causa á todos los que han sido parte en el contrato que se procura resolver, ó bien, á todos sus causa-habientes, no pudiendo intentar esta acción separadamente contra algunos de ellos, por tratarse de la resolución de un contrato válido y perfecto, que, habiendo sido legalmente celebrado, es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento ó por causas legales. Tratándose de destruirlo, no por acuerdo de las partes sino porque una de ellas invoca una causa legal que cree bastante, la sentencia que lo declarase resuelto en nada afectaría á aquellos que, siendo parte en el contrato, no figuraren en el juicio, pues sería respecto de ellos *res inter alios judicata.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En el caso de pedirse la nulidad de un contrato, si fuesen varios los que tenían derecho á invocarla, la acción rescisoria puede interponerla uno de ellos; y no tendrá facultad el demandado para exigir que necesariamente se pongan en causa todos los que tienen derecho de pedir la anulación. En siendo procedente, se pronunciará la nulidad á solicitud del que tiene derecho para pedirla, por cuanto se trata de un contrato vicioso que la ley reprueba, y al acordarla, el Legislador se ha ocupado exclusivamente del interés del demandante.

Deberá, pues, distinguirse cuidadosamente la rescisión, que es el hecho de rescindir un contrato, de la resolución, que es el hecho de resolverlo.

Como la rescisión no hiere de un modo grave sino el interés particular de ciertas personas, proviene que ellas únicamente pueden pedirla, quienes deberán solicitar del juez que, en vista del vicio que afectaba el acto ó contrato, lo destruya.

Existiendo el contrato, pero afectado de un vicio, puede la parte, ó sus causa-habientes, hacerlo romper por la justicia. El acto nulo relativamente, anulable, puesto que existe, continuará existiendo hasta que se elimine, hasta que se reduzca á la nada. Á fin de obtener esto deberá formarse en su contra una demanda, pidiendo su anulación, su rescisión, ó, en otros términos, se deducirá una acción de nulidad, acción que la ley ha organizado expresando por qué personas, en qué tiempo ó en virtud de qué causales de rescisión podría intentarse.

El ministerio público no puede pedir la declaración de la nulidad relativa en el solo interés de la ley. Este no es el caso de que el acto fuere contrario á la ley, pues entonces la convención sería nula rigurosamente, y este funcionario tendría facultad para pedir que se proclamara; se trata aquí de prever la eventualidad en la cual pudiera pretenderse que la ley tenía interés, por cualquier motivo, en que el acto ó contrato se anulara; y, en esta inteligencia, el Legislador ordena que el ministerio público no tiene voz para pedirla, atendiendo al principio de Derecho de que las convenciones no aprovechan á terceros.

La rescisión no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes ó por sus herederos ó cesionarios.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

No deben interpretarse rigurosamente las palabras de la ley respecto de quiénes pueden intentar la acción rescisoria; no solamente pueden invocarla las personas ya expresadas, sino más bien todos los causa-habientes de la parte en cuyo beneficio la establece la ley.

Entre estos causa-habientes deben incluirse los acreedores de la parte. El artículo 2465 del Código expresa que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces ó muebles del deudor, y el artículo 2469 ordena que, salvo ciertas excepciones, los acreedores pueden exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, para que con sus productos se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes, y, caso de no serlo, á prorrata.

El deudor deberá cumplir su obligación con todos sus bienes muebles ó inmuebles, presentes y futuros; como los derechos y acciones hacen parte de nuestros bienes, pues se consideran bienes muebles ó inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse ó que se debe (art. 580), pueden los acreedores ejercitar todas las acciones y derechos de su deudor en siendo concernientes á la persona de éste, á fin de obtener la suma de dinero, que es el objeto de su crédito.

De modo que los derechos y acciones pertenecientes á una persona forman parte de su patrimonio, constituyen sus bienes; y son, por tanto, la prenda común de sus acreedores, así como los demás bienes del deudor, pudiendo los acreedores ejercer estos derechos y acciones para la solución de sus créditos, lo cual se encuentra además corroborado por los artículos 1238, 1384 y 1394.

Como se vé, mi acreedor no es un tercero respecto de mí; en realidad, es mi causa-habiente: *habet meam causam;* y á fin de procurarse la solución, puede representarme, ejercer mis derechos y acciones, bajo condición, se entiende, que la obligación esté vencida, que no se haya efectuado la solución, y que yo rehuse ejercer la acción; en caso de no existir cesión de bienes deberá, además, el acreedor, obtener autorización judicial.

Entre estas acciones se encuentra la de nulidad fundada en el error, fuerza ó dolo de que fué víctima el deudor, la cual pue-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de ejercer el acreedor, previa la concurrencia de las circunstancias ya expresadas en el párrafo anterior; cierto es que sólo el deudor puede saber si ha sido violentado, etc.; pero este es un medio de justificar la acción que debe distinguirse del derecho de ejercitarla. En probando el acreedor suficientemente que hubo violencia, error, deberá aceptarse la acción.

"La nulidad relativa ó rescisión se sanea por el lapso de tiempo".

Como se sabe "la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, ó de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas ó no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales." (Art. 2492).

En Derecho Romano, cuando una acción se interponía demasiado tarde, y el demandado, prevaliéndose de esta circunstancia, alegaba (por ejemplo) que poseía el bien durante el tiempo requerido para estar al abrigo de todo ataque, según la jurisprudencia pretoriana; si la expiración del plazo era un hecho evidente, el pretor no daba la acción, pero si el demandante desconocía que el plazo hubiera expirado, entonces, dado caso que se condenara al demandado á restituir el bien que durante el curso de la causa se había demostrado pertenecer al demandante, el pretor agregaba á la fórmula que llevaba la orden de condenarlo esta restricción: *Nisi de ea re agatur cuja longa possessio sit.*

Esta frase, generalmente, se escribía en el encabezamiento de la fórmula del pretor, de manera que mediante esta *præscriptio* se encontraba garantido el demandado.

Las prescripciones eran, pues, cláusulas agregadas á la fórmula del pretor, ya en el interés del demandante, ya en el del demandado, como en el caso que se acaba de considerar, y se llamaban así, porque se escribían en el encabezamiento de la fórmula.

Sucedía que, en virtud de esta *præ scriptio*, se encontraba el demandado garantido, y aunque posteriormente, en tiempo del jurisconsulto Gayo, estas cláusulas, en lugar de colocarse en el encabezamiento de la fórmula de acción se colocaron al fin y aún después no hubo ya cláusulas ni fórmulas, no obstante, la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

palabra *præ scriptio* se perpetuó, á pesar de que es un contrasentido respecto de lo que designa, lo cual en Derecho Romano se significaba con el término tan expresivo de usucapión, *usu capere: tomar por el uso* (1).

Consideraciones de interés social y motivos de imperiosa necesidad han determinado siempre, en todo tiempo, al Legislador á consagrar un estado de cosas que ha durado largo espacio de tiempo.

Sin duda que la prescripción es un triste medio de defensa, pero necesario: debía prevenirse la perturbación que resultara si no ejerciese mi derecho en un lapso de cuarenta ó cincuenta años. Mediante la prescripción, la ley otorga el derecho, á pesar de la carencia de cualquiera otra causa; como ella lo declara, es un modo de adquirir las cosas ó de extinguir las acciones (art. 2492).

La prescripción tiene efecto retroactivo desde la época en que comienza á contarse; en virtud de ella queda destruído el derecho del antiguo propietario; y destruído para siempre, ya nada le resta que invocar.

Pertenece la prescripción al Derecho Natural, en el que tiene su principio más fundamental: la prolongada posesión del que la invoca ó bien la inacción del acreedor. Ella es frecuentemente la consecuencia de un derecho que la persona que lo alega no está en situación de probar, pero que el Legislador, previendo viene á reconocerlo.

(1) Lo que caracterizaba entre los romanos el procedimiento de fórmula era la remisión del asunto á un jurado, distinguiéndose este procedimiento de las antiguas *actio legis* (acciones de ley), en que los litigantes no tenian que hacer gestos solemnes ni que pronunciar palabras sacramentales.

En Roma, uno no podía presentarse ante el jurado sin haber obtenido préviamente del magistrado *(Pretor)*, «una fórmula de acción» en la cual se instituía al juez, se determinaba la cuestión y los principios de Derecho que debería aplicar en la sentencia.

Se puede comparar este procedimiento de fórmula de acción á nuestros compromisos, en los cuales se confiere á un particular la misión de juzgar con arreglo á Derecho, ó bien como amigable componedor; quien no puede juzgar otras cuestiones que las sometidas por su institución, y una vez pronunciada la sentencia, expira su jurisdicción, distinguiéndose en que la fórmula de acción es un acto público.—MAINZ, *Cours de Droit Romain.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La prescripción pertenece al Derecho Civil en virtud de las reglas de detalle que organiza la aplicación. Sin embargo, la prescripción no opera en el orden civil al mismo tiempo que en el natural; así, cuando una obligación civil extinguida por prescripción viene á cumplirse, se puede retener lo que se ha dado ó pagado en razón de ella (art. 1470): la extinción por prescripción deja intacta la cuestión de la obligación natural.

La nulidad relativa ó rescisión se sanea por el lapso de tiempo.

La ley ha debido ver la renuncia del derecho de invocar la rescisión, la ratificación tácita del acto, en el prolongado silencio de las personas que, teniendo interés en que un acto ó contrato vencido se anule, no han ejercitado la acción en cierto lapso de tiempo, período que ella ha determinado, tomando en cuenta la perturbación que era necesario evitar, así como el verdadero interés de los favorecidos.

La rescisión se sanea también por la ratificación de las partes. Desde que las causales de anulación no son establecidas sino en beneficio de ciertas personas privilegiadas, y siendo que ellas ó sus causa-habientes son las únicas que pueden argumentarlas, es muy justo que si por algún motivo prefieren no hacer uso de su derecho ó creen que más les favorece el estado actual de cosas, pueden tener la facultad de renunciarlas.

Confirmar una obligación es borrar los vicios que la afectan, renunciando á reclamarlos.

Según lo expresa la ley, no pueden ratificarse los contratos nulos absolutamente; no es posible corroborar lo que no existe; únicamente aquello que existe es susceptible de confirmarse.

La ratificación es expresa ó tácita: es expresa cuando hay una declaración formal de las partes.

Tácita, cuando resulta de alguna circunstancia la voluntad manifiesta de validar el acto ó contrato; la más evidente es la ejecución de la obligación, con tal que se efectúe con reconocimiento del vicio.

Tanto la ratificación expresa como la tácita que se hiciere por ignorancia del derecho que se tenía para obtener la anulación, no constituyen una renuncia de este derecho.

Para la validez de la ratificación tácita, se requiere, además,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que el hecho de la cual se deduce sea ejecutado por una persona capaz y que su consentimiento esté libre de vicio.

DAVID COSTA TRUNEDA

(Concluirá)

DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL

Nuestro Código de Comercio, á imitación del Francés, define las diferentes sociedades mercantiles y señala reglas precisas y peculiares que deben regirlas, en obsequio del interés general del comercio, no menos que en el de los asociados mismos. El anhelo de difundir el espíritu de asociación, á que debe su predominio el comercio anglo-sajón, no ha hecho olvidar los riesgos de terceros que con ellas contratan, y acaso esta justa previsión ha extremado sus rigores. Por la naturaleza misma de sus operaciones, la existencia de una sociedad mercantil ha de sujetarse á requisitos que llevan al público la noticia cierta de sus principales cláusulas, de su giro, de su gerencia, de su responsabilidad, del momento preciso en que principia y fenece. Nuestras leyes imponen á las sociedades anónimas ese minucioso examen de sus estatutos, y sólo en virtud del informe de un alto funcionario judicial, se autoriza su establecimiento por decreto del Presidente de la República. Las colectivas y en comandita, llamadas á menor y más visible acción, están también sometidas á trabas ideadas en beneficio de los intereses comunes, que la ley no debe descuidar: las circunstancias que las individualizan deben inscribirse en el registro de comercio, fijarse algún tiempo en lugar determinado y publicarse en diarios de las localidades en que han de contraer obligaciones.

El Legislador previó la formación de sociedades de hecho, sin sujeción á sus requisitos severos, no inscritas, ni fijadas, ni publicadas y, en la imposibilidad de suprimirlas, dispuso reglas que frustraran los propósitos de su existencia clandestina y ampararan los intereses de terceros. El comerciante que envía algodón á una fábrica de paños no se cuida de examinar sus libros: la existencia del establecimiento le basta. Sociedad ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

persona, el establecimiento ofrece solvencia. Si de pronto se niegan los pagos, so pretexto de que la sociedad de hecho feneció; que, formada solamente por escritura pública, del propio modo tuvo fin; que el pedido se hizo con posterioridad; que no puede afectarle una obligación que no se contrajo en su nombre ni para su provecho; y si el antiguo gestor carece de solvencia, ¿en qué situación queda el proveedor?

¿Puede la ley consentir haber permitido por negligencia semejante estafa?

¿Puede una sociedad mercantil que se constituyó sin inscripción, ni fijación ni publicación, por mera escritura pública, disolverse válidamente del mismo modo?

Tal es la importante cuestión que nos proponemos estudiar y resolver, buscando las fuentes de nuestra legislación y conformándonos á la opinión de los más autorizados comentadores y al fallo de la más alta magistratura.

Las disposiciones de nuestro Código parecen traducidas de las análogas del Código de Comercio Francés. El artículo 42 de éste ordena que "el estracto de las actas de sociedad colectiva ó en comandita deben ser entregadas dentro de una quincena en la escribanía del Tribunal de Comercio del distrito en que está establecida la casa de comercio social, para ser trascrita en el registro y fijada durante tres meses en la sala de audiencia. Si la sociedad tiene diversas casas de comercio situadas en diversos distritos, la entrega, la transcripción y la fijación de este estracto serán hechas en el Tribunal de Comercio de cada distrito.

"Cada año, en la primera quincena de enero, los Tribunales de Comercio designarán, en el asiento principal de su jurisdicción, y, en su defecto, en la ciudad más vecina, uno ó varios diarios en que deberán ser insertados, dentro de una quincena de su fecha, los estractos de actas de sociedad colectiva ó en comandita y dispondrán la tarifa de impresión de estos estractos.

"Estas formalidades serán observadas bajo pena de nulidad respecto de los interesados; pero la falta de alguna de ellas no podrá ser opuesta á terceros por los asociados".

Los artículos 354, 355 y 357 de nuestro Código imponen

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las mismas formalidades, los mismos plazos y las mismas penas.

El artículo 46 Francés dispone que "toda prórroga de sociedad, después de expirado su término, será probada por una declaración de los consocios. Esta declaración, y todas las actas en que se disuelve la sociedad antes del término fijado para su duración por el acta que la establece, todo cambio ó retiro de asociados, toda nueva estipulación ó cláusula, todo cambio en la razón social, están sometidos á las formalidades prescritas por los artículos 42, 43 y 44. En caso de omisión de estas formalidades, habrá lugar á la aplicación de las disposiciones penales del artículo 42, último párrafo".

El 350 de nuestro Código lo reproduce casi textualmente.

Alauzet, comentando este artículo, transcribe y adhiere á un fallo de la Corte de Casación de 1833. En la sentencia de primera instancia se sostenía que los artículos 42 y 46 del Código de Comercio, escritos con el objeto de prevenir fraudes respecto de terceros, eran inseparables en su aplicación; que el Legislador no había podido exigir la publicación del acta de disolución, sino suponiendo que el acta de organización también había sido publicada; que, si hubiera sido de otro modo, la fijación de la disolución no tendría objeto, pues comunicaría al público la cesación de un estado de cosas que no ha conocido.

La Corte de Casación refutó estas objeciones: "La referencia del artículo 46 al 42 no basta para atribuir un alcance restringido al artículo 46; en efecto, de que el artículo 46 sea aplicable á las sociedades publicadas en cumplimiento del artículo 42, no es permitido concluir que este artículo no deba ser también aplicado á las sociedades no publicadas, lo que sería autorizar á las sociedades ya culpables de no cumplimiento del artículo 42 á inducir todavía á terceros en error no observando el artículo 46. Este último artículo que impone literalmente la publicación prescrita para las sociedades por los artículos 42, 43 y 44, á todas las actas que signifiquen disolución de sociedad antes del término fijado para su duración por el acta que las establece, tiene términos generales y absolutos; lo mismo que los términos del artículo 42, ellos se aplican á toda sociedad, publicada ó nó, y no permiten ninguna restricción, ninguna

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

excepción». (ALAUZET, *Commentaire du Code de Commerce*, vol. I, pag. 272, Paris, 1856).

Rogron, en su comentario del mismo artículo, copia íntegramente esta decisión, y su transcripción en el texto de Pont, continuador de Marcadé, publicado en 1880, prueba que ha llegado á ser doctrina acatada igualmente por los comentadores y los Tribunales. Doctrina basada en el Derecho no menos que en la equidad, que sirve la intención del Legislador resguardando los intereses generales del comercio.

Doctrina igual fluye de nuestra legislación mercantil desde su fuente más distante. Las Ordenanzas de Bilbao, vigentes en Chile desde fines del siglo pasado hasta la promulgación de nuestro Código de Comercio, ordenan en su capítulo X la publicación de las sociedades «y atendiendo á que en algunas ocasiones por malicia ó mala fe de alguno ó algunos interesados que han estado en compañías, han proseguido después de disueltas como si estuviesen subsistentes, se ordena y manda, para evitar semejantes fraudes y perniciosos inconvenientes, que en adelante, siempre que se disolvieren semejantes compañías, estén obligados sus individuos á participarlo luego á todos aquellos con quienes hayan tenido y tengan cuentas y correspondencias de comercio, para que así, enterados y sabedores de dicha finalización y disolución de la compañía, se corra y proceda en esta fé con todo conocimiento por unos y otros».

Tales son los precedentes de nuestra legislación sobre sociedades mercantiles, que el Código, lejos de olvidar ó relajar, mantiene con extremado vigor. La omisión de la escritura social y de cualquiera de las solemnidades prescritas, produce nulidad absoluta entre los socios (art. 357); esos socios no pueden alegar la nulidad del contrato, ni por vía de acción ni por vía de excepción, después de disuelta la sociedad de hecho (artículo 360); ni pueden tampoco aducir contra terceros el conocimiento privado que éstos hayan tenido de las condiciones de la sociedad de hecho (art. 361). Y temeroso el Legislador de provocar con sus rigores las arterías de la mala fe, creyó necesario advertir que «el que contratare con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse, por esta razón, al cumplimiento de sus obligaciones». (Art. 363).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Un fallo expedido por el Juzgado de Comercio de Valparaíso y confirmado recientemente por la Corte de Apelaciones de Santiago, desdeña la doctrina uniforme de los comentadores y los precedentes de nuestra legislación, y trae penosas dudas á la mente. Fúndase en que la ley dispone que la sociedad colectiva mercantil se forma y prueba por escritura pública inscrita, fijada y publicada en los términos del artículo 355 del Código de Comercio y que su disolución se sujeta á las mismas formalidades; que al reconocer el expresado Código la existencia de las sociedades de hecho, en cuya constitución se dejaron de observar las formalidades prescritas, nada ha dispuesto sobre que su disolución haya de sujetarse á requisitos determinados ó á los mismos de las sociedades colectivas ó en comandita simple mercantiles constituídas conforme á derecho; que á falta de una disposición especial al respecto, debe estarse á las disposiciones generales que reglan la manera de dar término á los contratos celebrados entre partes, siendo, al respecto, aceptable, para tener por disuelta la sociedad de hecho, la escritura pública otorgada por los mismos socios contratantes.

Se ampara con esta nueva teoría la disolución clandestina de la sociedad mercantil, y se exponen á graves riesgos los intereses generales en beneficio de asociados coludidos ó negligentes del cumplimiento de requisitos impuestos por la ley y reforzados con severas penas. Sin aviso previo, sin publicación, una sociedad cierra sus puertas, en virtud de una escritura entre los asociados, y si el gestor carece de responsabilidad, los acreedores no tendrán acción alguna contra una sociedad desvanecida en la hora del pago y que ellos tuvieron por existente con justa causa en la hora de la compra.

Precedente peligroso, que si trae nuevas reglas de hermenéutica legal y abre nuevos caminos á la casuística, no refleja la intención del Legislador, no se acomoda al texto legal y puede producir desconfianza y entorpecimiento en las transacciones mercantiles.

LORENZO MONTT

A 15 de septiembre de 1890

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA
para los efectos de la ley de 7 de septiembre de 1883

Á fin de disminuir el rigor, justamente tildado de bárbaro, de las disposiciones de la ley de 3 de agosto de 1876, la de 7 de septiembre de 1883 dispuso que la pena de azotes no podría imponerse sino en los casos de reincidencia de hurto ó robo, ó de robo con violencia ó intimidación en las personas y sólo á los varones de dieciocho á cincuenta años.

Esta pena accesoria vino á aumentar los efectos que á la reincidencia atribuye el Código Penal, con arreglo á cuyos preceptos constituye para los procesados una circunstancia agravante que hace aumentarles en un grado la pena señalada al delito de que se hicieron responsables.

Tal agravación es sin duda alguna muy justificada, puesto que no sería justo ni equitativo colocar en iguales condiciones al delincuente que por primera vez comete un delito con el que ha sido anteriormente condenado por el mismo ó por otro análogo. El que en este segundo caso se encuentra revela mayor perversidad y manifiesta que la pena anterior que se le impuso no alcanzó uno de los objetos principales que al imponerla se tuviera en vista, cual era el de detenerle en su carrera desgraciada y lograr su enmienda para hacer de él un individuo útil á la sociedad.

Pero también es requisito indispensable para suponer esta perversidad de carácter, este empecinamiento por seguir el camino del crimen, que aquellos actos prohibidos por la ley se hayan verificado dentro de cierto lapso de tiempo en que los recuerdos de la primera represión deban estar frescos aún en la memoria del culpable con todas las consecuencias fatales que esa represión trajera consigo. De ahí por qué en todas las legislaciones se haya fijado un plazo pasado el cual la reincidencia no se toma en cuenta para agravar la pena señalada al delito que se persigue. Si al fin de cierto tiempo prescribe la acción penal y aun la pena, con mayor razón debe prescribir también la circunstancia que en determinados casos ordena el aumento de esa pena.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con arreglo á estos principios, el artículo 104 de nuestro Código Penal dispone que "las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta, tratándose de crímenes, después de diez años á contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco en los casos de simples delitos". En otros términos, la reincidencia prescribe en diez años para los crímenes; y para los simples delitos, en cinco.

Pero esta regla general ¿deberá aplicarse también á las disposiciones de la ley de 7 de septiembre, ó para la imposicion de la pena de azotes no podrá tomarse en cuenta la prescripción de la reincidencia? Lo primero nos parece evidente.

Á nuestro juicio, al hablar de reincidencia, la ley de 7 de septiembre de 1883 ha tomado esta circunstancia en el sentido general que tiene en nuestro Derecho Penal; que, de no ser así, habría cuidado de expresarlo para precaver equivocadas interpretaciones. Y si ella sólo dura diez años en los casos de crímenes y cinco en los de simples delitos, no sería posible hacerla pasar de esos plazos para el solo efecto de imponer la pena de azotes, que se ha establecido como una represión accesoria con respecto á ciertos delincuentes que se hallan en condiciones especialmente desfavorables, que son reincidentes, mucho más cuando este nombre ya no puede dárseles.

De la misma manera que en materia de reincidencia las disposiciones de la ley que impone la pena de azotes deben quedar sujetas á las reglas generales, es fuerza que lo estén también tratándose de la prescripción de la pena y de la responsabilidad penal, á pesar de que en ninguno de los dos casos el Legislador lo ha dicho expresamente. Para convencerse de ello bastará considerar el absurdo que de la aplicación aislada de aquella ley podría resultar.

Supóngase, por ejemplo, que un individuo condenado por hurto comete poco tiempo después otro simple delito de la misma especie; es reincidente, y de acuerdo con lo ordenado por la ley de 7 de septiembre, varias veces citada, por esta segunda infracción debe imponérsele la pena de azotes, en la proporción de veinticinco por cada seis meses de presidio, que la ley de 3 de agosto de 1876 determina. Pasan diez años, y cuando ya su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

responsabilidad penal ha prescrito, el delincuente es aprehendido. El delito se tendrá entonces por no cometido, para los efectos de la aplicación de la pena que el Código le asigna; pero como la ley de 7 de septiembre nada dice de prescripción, sería menester imponerle, en todo caso, la pena de azotes, es decir, habría que aplicar la pena accesoria, cuando á virtud de la prescripción el reo estaba ya exento de la principal.

La doctrina que impugnamos ha sido sostenida, sin embargo, por uno de nuestros Tribunales Superiores de Justicia: la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca la sancionó en sentencia de 6 de mayo de 1890, publicada bajo el número 1,362 en la *Gaceta* de 20 del mismo mes.

En esa sentencia se tomó en cuenta la prescripción de la reincidencia para no ordenar el aumento de pena que esta circunstancia agravante lleva consigo; pero se la consideró para aplicar la pena de azotes, á virtud del siguiente considerando:

«Que el reo es reincidente en el delito de hurto, *y si bien esta circunstancia ha prescrito como agravante, no sucede lo mismo para los efectos de la pena de azotes* dispuesta por la ley de 3 de agosto de 1876, que requiere para imponer dicha pena la mera reincidencia».

Es verdad que la ley de 7 de septiembre de 1883, no la de 3 agosto de 76, como dice el Tribunal, requiere la mera reincidencia para imponer la pena de azotes; pero es menester no olvidar, como ya lo hemos manifestado, que esa reincidencia no existe pasado cierto tiempo, que caduca con arreglo á las disposiciones generales de nuestro Derecho Penal, y que con sujeción á esos preceptos sólo ha podido ser considerada por la ley especial varias veces citada.

Pero la sentencia á que nos hemos referido fué acordada por mayoría de votos, contra la opinión de los señores ministros Mora y Urrutia, quienes estimaron improcedente la aplicación de la pena de azotes, y fundando su manera de pensar, decían, entre otras consideraciones:

«Si se estiman los azotes como pena accesoria de los delitos de hurto ó robo con violencia ó intimidación en las personas, no puede aceptarse que, extinguiéndose por la prescripción la responsabilidad penal que impone al reo el primero de los dos delitos que sirve de base ó antecedente á la rein-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cidencia, quede, sin embargo, subsistente esa responsabilidad sin limitación alguna de tiempo para los efectos de la pena accesoria proveniente de la reincidencia; y si se estima que dicha pena se ha establecido para castigar la reincidencia considerada como delito, tampoco es aceptable que ella pueda escapar á los efectos de la prescripción, por ser contrario á los principios de jurisprudencia que la ley autorice la existencia de acciones ú omisiones voluntarias penadas por ella misma, cuya responsabilidad jamás se extinga, sin que expresamente se haya exceptuado, como sucede cuando se ha querido hacerlo, en los casos á que se refiere el número 4.°, artículo 93 del Código Penal.

«El silencio que dichas leyes han guardado respecto de la prescripción de la reincidencia, lejos de argüir en contra de la opinión sustentada por los infrascritos, está manifestando que los Legisladores quisieron dejar subordinada la responsabilidad procedente de la reincidencia á las disposiciones consignadas de antemano en el aludido título V con relación á la extinción de la responsabilidad penal que proviene de los crímenes, de los simples delitos y de las faltas, ya que no introdujeron á este respecto innovación alguna».

Esta opinión de minoría contribuyó, no obstante, á formar sentencia en fallo posterior en que la misma cuestión se presentara. El Ilustrísimo Tribunal, en Sala formada por cuatro de sus miembros, acordó en empate de votos, que hizo prevalecer la opinión favorable al reo, la sentencia de 3 de julio último, número 2,447 de la *Gaceta* del 23 del mismo mes, cuyos fundamentos dicen como sigue:

«1.° Que los delitos que motivan las condenas por hurto que ha sufrido anteriormente el reo, fueron cometidos más de diez años antes del actual, y no deben ser tomadas en consideración esas condenas para los efectos de lo dispuesto en el artículo 104 del Código Penal; y

«2.° Que á virtud de la circunstancia expresada en el considerando anterior, no es aplicable en el presente caso la pena de azotes».

Las sentencias que vengan después contribuirán á sostener ó á rechazar esta doctrina, según la composición de la Sala sentenciadora; las condiciones de los procesados serán así diferentes, y á unos se aplicará mayor pena que á otros, cuando en rigor ésta debe ser igual para todos; con mucho más razón tratándose de una pena que la ciencia moderna uniformemente rechaza, porque no reúne las condiciones que ella exige para la represión eficaz de los culpables.

Ya que la Corte de Casación no existe aún para prescribir

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la aplicación siempre uniforme de la ley, necesario es que el Legislador salve la dificultad que hemos hecho notar, aclarando el sentido de la ley ó, lo que sería más acertado, derogando una pena que constituye verdadera afrenta para la Legislación y la cultura de nuestro país.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 13 de septiembre de 1890

¿QUIÉN PUEDE INTERPRETAR LAS SENTENCIAS?

Cuestión sencilla sería averiguar quién debe interpretar las sentencias, siendo juez, al tiempo de interpretarlas, el mismo individuo que las pronunció. Es claro que, en este caso, á dicho juez corresponde dicha facultad. Pero la duda ocurre cuando el juez existente al tiempo de la interpretación no es el mismo individuo que pronunció la sentencia que se trata de interpretar. La cuestión ha sido resuelta por los Tribunales de la República en sentidos opuestos, á saber: la Corte de Apelaciones de La Serena, en el caso de la sentencia número 2,353, página 5662 de la *Gaceta de los Tribunales* de 1855, resolvió que correspondía la facultad de interpretar las sentencias al juez existente al tiempo de la interpretación. Del mismo modo la resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago, en el caso de la sentencia número 1,752, página 776 de la *Gaceta* de 1866. Pero en el de la sentencia número 1,250, página 1560 de la *Gaceta* de 1847, la Corte Suprema declaró lo contrario. Á mi juicio, esta facultad corresponde únicamente al juez existente al tiempo de la interpretación.

Interpretar una sentencia es un acto de jurisdicción, y quien carece de ella, no puede ejecutar ningún acto de esta naturaleza. Se trata de una sentencia en cuya parte dispositiva se encuentran palabras oscuras ó dudosas, las cuales pueden decidir la cuestión en sentidos opuestos según la interpretacion que se les dé, porque su ambigüedad se presta á ello. Entonces, el que interpreta resuelve sobre una cuestión suscitada entre partes,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en una palabra, *juzga* y, por consiguiente, *administra justicia*, que es en lo que consiste la jurisdicción. Por lo demás, es evidente que nadie puede ejecutar actos de jurisdicción sino el que la posee. Luego, no pudiendo, en este caso, interpretar la sentencia el que la pronunció, ¿quién será, entonces, el llamado á ejecutar este acto de jurisdicción? No puede ser otro que el juez existente al tiempo de interpretarla: hé aquí lo que se deduce lógicamente de los principios generales de jurisdicción. Hay, además, una razón de analogía. Existe una completa identidad entre la interpretación de las sentencias y la de las leyes. ¿Quién debe interpretar éstas? El Legislador. Pero aquí podría ocurrir también la misma duda. Si el que dictó la ley no es el mismo individuo ó reunión de individuos que el Legislador existente al tiempo de interpretarla, á éste, es claro, corresponde su interpretación. Así se ha entendido siempre y en todos los países. En Chile, en 1865, se interpretó el artículo 5.º de la Constitución de 1833. En el absoluto silencio de la ley acerca de la materia de que se trata, bastarían las anteriores consideraciones para aceptar la solución que he propuesto. Pero en nuestra legislación existe, respecto de esta materia, la ley 3.ª, título XXXIII, Partida 7.ª, que dice: "Otrosi dezimos, que si en las sentencias hay algunas dubdosas ó escuramente puestas, que si tal sentencia fuese dada por el judgador ordinario, que él mesmo puede cuando quier espaladinar ó declarar aquéllas palabras dubdosas". Esta ley no se pone expresamente en el caso de que tratamos. Para interpretarla, recurramos á la intención ó espíritu, como lo prescribe el artículo 19 del Código Civil. La ley supone que el juez no muere, porque la jurisdicción, que es lo que le constituye, no concluye tampoco. Siempre existe la misma, aunque varíen los individuos en que está depositada. Lo mismo sucede con el Poder Legislativo, que siempre existe; porque, como el Poder Judicial, es una de las ramas en que se divide la soberanía de que goza toda nación, aunque esté depositada en diversos individuos; éstos son los que mudan, no los poderes y facultades en ellos depositados. Luego, por la palabra *judgador*, de que habla la ley, debe entenderse la persona que actualmente ejerce, no la que dejó de ejercerla, del mismo modo que por Legislador, al que tiene la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

facultad de dictar leyes, no al que dejó de tenerla. Existe también en favor de esta opinión, la autoridad de Gregorio López, que en la glosa de la ley citada sostiene que puede hacer la interpretación ó declaración de las sentencias "el juez que la dictó *durante su oficio*, con citación de partes y conocimiento de causa". El artículo 3.º del Código Civil dice: "Sólo toca al Legislador explicar ó interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio". Del mismo modo podríamos decir: "Sólo toca al juez aplicar ó interpretar las sentencias". Interpretando así la ley, obraríamos en conformidad al inciso 2.º del artículo 22 del Código Civil, que dice: "Los pasajes oscuros ó dudosos de una ley pueden ser interpretados por medio de otras leyes, principalmente si versan sobre el mismo asunto". Así como el artículo 19 ha entendido por la palabra *Legislador* al que tiene actualmente la facultad de dictar leyes, así también por analogía debemos entender la palabra *judgador*, por el que actualmente posee la jurisdicción. Se ha dicho que nunca concluye la facultad de hacer la declaración de las sentencias; pero no tiene ningún fundamento este aserto. Desde que expira la jurisdicción, debe expirar también la facultad de interpretar las sentencias, que no es sino un acto de esta facultad.

Para los efectos de la interpretación de que venimos hablando se considera como si no fuera juez el que lo es en otro territorio ó respecto de otras personas ó cosas: v. gr. el juez en lo civil no podrá interpretar una sentencia dada por él como tal juez, si al tiempo de interpretarla lo era en lo criminal ó eclesiástico. El artículo 170 del Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil dice:

"Notificada que sea á las partes una sentencia definitiva, no podrá ser revocada por el juez ó tribunal que la hubiese pronunciado, el cual sólo tendrá facultad para explicar los puntos oscuros ó dudosos ó para salvar las omisiones ó rectificar los errores de hecho en que hubiese incurrido, con tal que las explicaciones ó rectificaciones no alteren sustancialmente lo dispuesto ó declarado por la sentencia".

Confrontando este artículo con la ley 3, título XXXIII, Partida 7.ª citada, se ve que hay más claridad en aquel que en ésta: sin embargo, dicho artículo no está fuera de toda duda. Con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vendría que la ley se pusiera en el caso de que hemos hablado.

La misma interpretación que á la citada ley de Partidas podría darse al artículo 170 del Código de Enjuiciamiento que hemos transcrito. Tanto en el lenguaje forense como en el vulgar, cuando se dice que una sentencia ha sido pronunciada por tal juez ó tribunal, no se toma en consideración la persona misma del juez, el individuo, sino la persona moral que se supone siempre existente ó revestida de la misma jurisdicción. Si, v. gr., hubiera de interpretarse una sentencia de la Corte Suprema, á ésta correspondería dicha interpretación, pues nadie entendería que debía ser explicada por los mismos individuos que la pronunciaron, sino por los que componían aquel Tribunal al tiempo de interpretarla. La solución dada á la cuestión propuesta es la que me parece más conforme á la citada ley de Partidas; pero no la más justa ni conveniente.

Nadie puede interpretar mejor una sentencia que el mismo individuo que la pronunció, y esto es evidente. Sólo en vista de la disposición de la ley y de los principios de jurisdicción que hemos expuesto, sostenemos aquí una opinión contraria; pero ya que se trata de reformar la ley, sería conveniente que se estableciera en general que la interpretación de las sentencias correspondiese al mismo individuo ó reunión de individuos que las formaron, y sólo en casos excepcionales al juez existente al tiempo de interpretarla. Así, en caso de imposibilidad física ó moral del que pronunció la sentencia, ó en su ausencia del territorio de la República y no esperándose su pronta vuelta, corresponderá al juez existente al tiempo de la interpretación.

Pero la ley debería expresar claramente que confiere jurisdicción para este caso al que dictó la sentencia, de modo que esta pequeña parte de jurisdicción concedida por la ley á éste, sea como una segregación de la del juez existente al tiempo de la interpretacion. Así no podría decirse que, al interpretar las sentencias, ejerce un acto de jurisdicción de que carece, puesto que la ley se lo confiere expresamente.

Z. Z.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

La remisión del proceso está ya ordenada en el artículo 1796, reformado; resta prescribir si el envío es original, ó en compulsa, como se practica hoy, ó si es gratuíto, ó pagado como hoy sucede.

La Comisión Revisora en su sesión 8.ª y 11.ª de julio de 74 aceptó con muy laudable propósito la remisión del proceso original en todo caso, práctica que hoy rige en Venezuela, en el Perú, en España, etc.

Somos de opinión que el servicio de la remisión por el correo sea gratuíto, en obsequio de la pronta justicia y como un servicio que refluye en bien de la comunidad social.

En el artículo 186 se habla sólo de sentencia; y cuando lo apelado fuere un decreto, no se sabría qué hacer, porque el caso no está previsto en la ley, ni comprendido en la redacción de Proyecto.

En el artículo 187 se trata del término en el cual debe verificarse la remisión.

De los tres artículos formaremos dos para la apelación general y otro para la especial; y en cada caso fijaremos el término preciso y la forma en que y cómo debe operarse la remisión.

No basta, como dice el Proytcto, que una apelación sea otorgada; es necesario notificar á las partes la citación y el emplazamiento, con la concesión.

El artículo 186 dice "concedida, se remitirá". Esto no puede ser ni se verificará jamás; y caso que sucediera, se verificaría una irregularidad; porque se remitiría el proceso sin notificar á las partes; lo que no quiere ninguna legislación, ni hay utilidad en que así suceda.

Por consiguiente, los artículos que proponemos dirían así:

"ART. 185. Al siguiente día de la última notificación de la concesión de la *apelación general*, se remitirá, *de hecho*, el proceso *original* y *gratis*, al juez superior que ha de conocer de ella".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 186. En el mismo acto en que el juez inferior hubiera de conceder una apelación en el efecto devolutivo, ordenará sacar y dejar copia de lo apelado y de las piezas que estime necesarias para la marcha del juicio, y fijará para ello un plazo que no podrá exceder de diez días, contado desde la notificación del apelante.

"Vencido el plazo judicial, y sacadas las copias, se remitirá, de hecho, el proceso original al superior respectivo".

El artículo 185 del Proyecto, el inciso 1.º del 187 están comprendidos en el artículo 186 reformado. El artículo 186 y el inciso 2.º del 187, componen el 186 de la reforma. En ambos casos se han introducido algunas ideas nuevas que tienden á precisar el mandato de la ley y á dejar expedito el derecho de las partes, sin dar lugar á dudas ó distinciones.

El Proyecto, en el artículo 187, habla de *notificación*, pero sin determinar cuál sea. Nosotros especificamos esa *notificación* en el artículo 185 reformado. Con la expresión *de hecho* suprimimos toda petición y todo trámite.

En el artículo se prescribe, para ahorrar trámites, que en un mismo decreto se conceda la apelación, se mande sacar y dejar copia y se fije un plazo. Esto es esencialmente económico.

Dejando el artículo del Proyecto, podría suceder lo que acontece hoy, que en un decreto se otorga la apelación, en un segundo decreto se ordena las copias, y cuando éstas no se sacan, se pide un tercer decreto que fije un plazo bajo apercibimiento; en todo, tres decretos, las consiguientes notificaciones y pérdida de tiempo.

Según el Proyecto, no se fija el máximo del plazo, de modo que el juez puede estimarlo en un año y ello está dentro de los términos de la redacción del proyecto.

Este no dice cuándo se debe remitir un proceso en el caso de otorgada la apelación especial. En este caso sólo dice que el juez puede ampliar el plazo de un día del artículo 187.

No puede cumplirse con el inciso 1.º, porque el día siguiente á la notificación, con el nuevo plazo, queda muy distante.

Nosotros subsanamos esta omisión con el inciso 2.º del artículo 186 de la Reforma. La expresión *de hecho* no admite dilación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La cuestión del franqueo está suprimida; no hay que considerarla en la ley.

El artículo 188 dice: "en el término señalado en el artículo 187"; ese término es indeterminado, no existe señalado; no es un término fijo, legal; es un término voluntario, judicial. Exige este artículo 188 que el apelante sea requerido para sacar las copias; si no hay requisición previa, no se podría formular la petición de no interposición. Esto es inadmisible, por cuanto se recarga de trámites un asunto de por sí sencillo.

En lugar de la larga frase "al tribunal que hubiere concedido el recurso", convendría usar ésta, breve y que dice lo mismo: "al juez inferior".

El Proyecto dice que se declare el recurso *no interpuesto*. La transición es muy violenta. ¿Cómo declarar *no interpuesto* un algo que *está interpuesto*? Esto llaman hacer la noche día. Pero, para salvar esta irregularidad en el modo de expresar la idea, creemos que lo que se debe pedir es que se deje *sin efecto la concesión* del recurso, esto es, que *se revoque*. Esto es lo lógico y natural.

El inciso 2.º debe suprimirse por redundante. Su disposición está contenida en la regla general á que se somete toda *costa debida*, que tiene carácter de ejecutiva, y ya se sabe adónde conduce una ejecución. La multa es injusta; en todo caso, es una pena.

Con lo dicho, ya podríamos dar forma á nuestro modo de pensar, en el siguiente

"ART. 188. Si no se sacaren las copias por culpa del apelante, y expirase el plazo judicial, el juez inferior, á petición verbal ó por escrito, sin más trámites, revocará la concesión del recurso que había otorgado, y declarará, al mismo tiempo, firme el acto apelado".

Si las copias no se sacan por culpa del secretario ó de terceros ó del apelado, no es responsable el apelante. No legislamos para ese caso. Eso entra en las facultades disciplinarias del juez.

Facilitamos el modo de pedir, aceptando la petición verbal ó la escrita; suprimimos todo trámite; se deja sin efecto la apelación, y como consecuencia ineludible, se declara firme la sentencia ó decreto apelados, comprendidos en la voz *acto*.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 189. Las partes deberán comparecer ante el Tribunal Superior, para el efecto de seguir el juicio en la segunda instancia, en el término que señale la ley del caso".

¿Cuál es esa ley? La ley de 9 de octubre de 1855, que trata del término de pruebas y emplazamientos. Esta ley especial debe incorporarse en el presente Código, por cuanto el objeto que se persigue con la codificación es destruír las leyes especiales, reuniéndolas en un cuerpo. Esta ley sólo tiene un artículo referente á emplazamientos; dice así:

"ART. 10. Notificada á las partes la admisión del recurso de apelación de cualquier auto ó sentencia, deberán ocurrir al Tribunal Superior en el término de tres días, si el juicio se hubiere seguido en el mismo lugar donde reside el Tribunal. Este término se prorrogará con un día más por cada seis leguas si el juicio hubiere tenido lugar en otro departamento".

"ART. 9.º, inc. 3.º Una tabla de estas distancias se formará por la Dirección General de Correos y se publicará en el periódico oficial y circulará por el Gobierno á todos los tribunales y juzgados".

Esto será lo que nos va á regir en esta materia si no se reforma. La ley del 55 sirvió á necesidades que cuentan á la fecha cerca de treinta y cinco años. Hoy las distancias se han acortado con los ferrocarriles y la brevedad de la correspondencia epistolar y telegráfica.

Del artículo 189 del Proyecto, del 10 y parte del 9.º de la ley del 55, formaremos un artículo dividido en tres incisos.

Creemos que el punto de partida para contar el plazo en el cual hay que ocurrir al superior, no debe ser la notificación de las partes de la apelación; porque se presta á errores y á injusticias, en el caso de tener que sacar copias.

¿Cómo contar los tres días desde el 10 de abril, fecha de la última notificación, si el juez otorga diez días para dejar las copias? Lo lógico sería contar esos tres días una vez concluídos los diez días. El punto de partida del artículo 10 de la ley del 55, copiado, debe abandonarse. Nosotros adoptamos, como principio de plazo, la fecha de la remisión del proceso; esa fecha es fija; y es justo que, ya que partió el proceso, partan tamtan también los litigantes tras él.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El plazo de tres días para que los litigantes de Santiago comparezcan á las Cortes de Santiago, es excesivo: basta un día. Para los que residen en San Bernardo, en Talagante, que está en los confines del departamento de la Victoria, en Buin ó sus contornos, basta también un día para comparecer á Santiago, contado ese día desde que se remite el proceso. Á lo que se agrega que, desde que se apeló hasta la remisión del proceso, ha habido tiempo para prepararse, buscar procurador, abogado y dinero.

Las distancias se toman entre la residencia del juez inferior y la residencia del superior.

El término de un día por cada cincuenta kilómetros ó por fracción mayor de diez, nos ha parecido muy equitativo. Adoptamos las medidas decimales por ser las prescritas por la ley de 29 de enero de 1848, y reglamento de 25 de enero de 1851, artículo 46.

También nos parece útil que la tabla de distancias entre los distintos pueblos de la República y que ha publicado la Dirección General de Correos por comisión de la ley del 55, se agregue á este Código, al final, como complemento; aunque nos parecería preferible un cuadro formado por cada Corte en la forma del que hizo la Corte de Concepción el año 1873.

Por consiguiente, podríamos redactar así los puntos examinados:

"ART. 189. Las partes deberán comparecer ante el juez superior á seguir la segunda instancia de su juicio al siguiente día *hábil* de remitirse el proceso, si el juez inferior reside en el asiento del superior ó á menos de cincuenta kilómetros.

"Si el inferior reside á cincuenta ó más kilómetros, tendrán las partes un día *hábil* más por cada cincuenta de exceso ó por fracción de diez kilómetros.

"La distancia se regulará por la tabla de distancias de la Dirección General de Correos, la cual se publicará al final de este Código".

Hemos tratado de todo lo relativo al punto 7.°, de que hablamos al principio, en lo que se relaciona con el juez inferior. Ante este juez hemos visto lo que se hace, una vez otorgada la apelación. Nos resta tratar de ese mismo punto 7.° en cuanto

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se relaciona con el superior. Aquí era la oportuna colocación del artículo 184, y no donde lo ha ingertado el Proyecto.

Pasaremos á examinar los artículos 190, 191 y 196, dejando para el final del título el recurso de apelación de hecho que se consigna en los artículos 192 al 195.

"ART. 190. Si dejare de comparecer el apelante, podrá el apelado pedir que se declare no interpuesto el recurso".

"ART. 191. Si dejare de comparecer el apelado, se seguirá el juicio en su rebeldía".

Puede ocurrir que no se presente al superior: 1.º, el apelante; 2.º, el apelado; y 3.º, ni el apelante ni el apelado. En el primer caso, el Proyecto pone término al recurso; en el segundo, sigue el juicio; y en el tercero, no dice qué se hará. Para cada caso hay una tramitación larga, tramitación que viene observándose desde el siglo XIII, sin que se vean las ventajas de tal práctica.

Hoy, que conviene andar ligero, hay necesidad de imprimir una marcha adecuada al recurso de apelación, á fin de que la justicia sea pronta y eficaz.

En una apelación, lo esencial para las partes son los alegatos de sus abogados y el que éstos tengan tiempo para imponerse del proceso; lo esencial para el superior es que su relator, cuando lo hay, ó él mismo tenga tiempo para estudiar el juicio. Los demás trámites, incluso el que hoy se llama *expresión de agravios*, son completamente inoficiosos, sólo recargan el trabajo sin beneficio para los litigantes ni para los jueces. Por consiguiente, todo mi sistema se reduce á lo siguiente: á dar un *término prudencial* para que los defensores estudien el punto apelado, y para que los jueces hagan igual cosa. Sólo procuramos que haya *estudio* para la acertada defensa y *estudio* para la acertada resolución. Lo demás es secundario, á menos que haya necesidad de acumular prueba en segunda instancia. En este caso habría un plazo más, especial.

También adoptamos el sistema de que el superior pueda hacer progresar la tramitación de segunda instancia sin necesidad de que lo pidan los interesados. Damos facultad é imponemos el deber de *proceder de oficio* en los casos en que las partes no tramiten el recurso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Este sistema existe entre nosotros para los juicios de menos de mil pesos. Así lo prescribe el artículo 27 de la ley de 15 de octubre de 1856, que dice así:

"ART. 27. La apelación se resolverá por el tribunal que debe conocer, sin esperar la comparecencia de las partes, transcurrido que sea el término del emplazamiento. Las partes sólo podrán exponer de palabra, por sí ó por abogado, en el día señalado para la vista de la causa, lo que creyeren conducente á su defensa".

No seamos tímidos en la reforma de abreviar los trámites. Debemos tener presente que los jueces *están para fallar toda cuestión* que llegue á su conocimiento. Si hemos creído útil y prudente respetar la justa libertad de las partes para agitar sus juicios en primera instancia, no opinamos lo mismo en la segunda instancia de ese mismo juicio. En la revisión de los fallos ya hay de por medio un *interés social*, legal, que nace de la existencia de un acto de una autoridad pública. La ley no debe permitir que gravite la incertidumbre sobre el ciudadano obligado con el fallo apelado, ni sobre la conducta del juez que lo pronunció. El interés legal y el social quedan satisfechos con el término de esa incertidumbre. Á la sociedad no le conviene que sus miembros estén envueltos en esta guerra judicial que nace de los juicios, y le interesa el que la justicia se haga en último término.

De aquí es que en segunda instancia no admitimos demoras que no vayan en resguardo de los derechos de las partes ó del acierto del fallo de los jueces.

Por tanto, podríamos redactar los artículos 190 y 191, conforme á las ideas desarrolladas y en los siguientes términos:

"ART. 190. Recibido un proceso en apelación, ocurran ó no las partes, y pasado el término del artículo precedente, el juez superior tramitará el recurso, ó á petición de parte ó de oficio hasta dar su fallo dentro de los plazos del artículo 151, *a*".

"ART. 191. Los plazos en segunda instancia se contarán desde el *día siguiente hábil* á la fecha del decreto ó sentencia; y no se pondrá en los autos ninguna notificación, quedando notificadas las partes, de hecho y por derecho, desde el día siguiente *hábil* indicado".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Tres circunstancias deben concurrir para que principie el procedimiento de oficio: la *recepción* del proceso, *comparecencia* ó *no* de las partes, y *plazo cumplido* del emplazamiento. El artículo 151 *a*, es de los de la reforma, esos plazos no existen en el Proyecto.

Con el artículo 191 introducimos una novedad, *la presunción de derecho de la notificación*, y determinamos el día preciso en que sucede. Con ella desterramos la ficción de los estrados y ahorramos el trabajo de asentar esas notificaciones.

En el día esa ficción no existe en los juicios de menos de mil pesos, y el hacer la notificación por la tabla es otra elucubración tosca y sin ventaja, es un trabajo doble; no la aceptamos.

No nos asustemos con la brevedad que nuestro procedimiento imprimiría á las apelaciones, porque esa brevedad respeta la defensa y su estudio, el fallo y el examen del proceso. Tendiendo á estos dos fines, es que en el artículo anterior decimos *día hábil*, para no contar aquellos en que no se puede practicar ninguna diligencia judicial.

Repetimos; no nos asustemos con la brevedad. En Venezuela el mismo día en que el presidente del tribunal de apelación recibe un proceso, señala uno de los tres días hábiles inmediatos si el fallo apelado es interlocutorio, y del tercero al décimo si es definitivo; en él ve y falla el tribunal.

De modo que toda segunda instancia queda terminada á lo sumo en quince días. Nosotros en las sentencias definitivas no exigimos tanto.

"ART. 196. Pueden los tribunales de alzada admitir á las partes las pruebas que no hubieren rendido en primera instancia; pero la testimonial sólo acerca de hechos no articulados ante el juez *a quo*".

La disposición de este artículo es facultativa; creemos que no hay conveniencia en dejar ese poder tan ilimitado en manos de los jueces de apelaciones, respecto de la *admisibilidad de la prueba*. Somos de opinión que siempre debe recibirse la prueba; después queda el juez en libertad para apreciarla como pertinente ó como no conducente. No prejuzguemos.

Hay que expresar hasta cuándo se puede recibir la prueba.

Podría redactarse así el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 196. En segunda instancia se admitirá la prueba que las partes presentaren antes de la vista de la causa; pero respecto de la testimonial, sólo la que verse sobre hechos no probados en primera instancia".

No distinguimos la clase de prueba, dejamos libertad de presentación. La frase *no articulados* es sospechosa de impropiedad y sujeta á interpretaciones; la reemplazamos por la frase *no probados*, más clara.

Nos parece útil agregar el siguiente artículo para garantir este derecho de probar en segunda instancia, dejando á la discreción del superior que otorgue los días necesarios dentro de un máximo.

"ART. 196, *a*. El juez superior podrá conceder un plazo, independiente de todo otro de segunda instancia, para la recepción de esta prueba, el que no podrá exceder de quince días"

Con la simple lectura de este artículo, se comprenden su alcance y utilidad.

Pasemos al recurso de hecho.

"ART. 192. Si el tribunal inferior denegare el recurso de apelación, la parte agraviada podrá ocurrir de hecho al tribuna superior, pidiéndole que declare admisible dicho recurso".

"ART. 193. El tribunal superior pedirá al inferior informe sobre el asunto en que hubiere recaído la negativa, y en vista de él resolverá si es ó no admisible el recurso.

"Podrá el tribunal superior ordenar al inferior la remisión del proceso, siempre que á su juicio fuere necesario examinarlo para dictar una resolución acertada".

"ART. 194. Si el tribunal superior juzgare inadmisible el recurso, lo declarará así y devolverá el proceso, en su caso, al tribunal inferior.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

BIBLIOGRAFÍA DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Mi distinguido amigo don Aníbal Echeverría y Reyes, publicó, en el número anterior de esta REVISTA, un interesante artículo titulado *Bibliografía de los Códigos Chilenos.*

Se ha hecho también una tirada especial de este trabajo.

El señor Echeverría advierte que es un capítulo de una obra inédita de vastas proporciones, y solicita se le indiquen las adiciones ó correcciones que se noten en la parte que ya se ha dado á luz.

Aceptando esta invitación y animado asimismo del propósito de contribuir á dar mayores facilidades para el estudio de nuestro Código Civil, he procurado, en el breve plazo de que he podido disponer, reunir algunos datos que sirvan, sino para completar, al menos para acrecentar y corregir los que ya se han suministrado respecto á este Código.

Empiezo por recordar las omisiones en que ha incurrido el señor Echeverría, enumerando las diversas obras en el orden en que han sido dadas á la estampa.

1. **Molinare (Nicanor).**—PRÁCTICA DE TESTAMENTOS CONFORME AL CÓDIGO CIVIL CHILENO.—Santiago, Imp. de la Independencia, 1857.

4.°, 60 págs. Antes de la publicación del *Código Civil* existían dos folletos relativos á la misma materia. El primero (12.°-72 págs.) fué dado á luz en Santiago, Imprenta del Estado, en 1820. El segundo (4.°-47 págs.) apareció también en Santiago, Imp. de Colocolo, en 1838, y no es más que la reproducción del anterior, corregida y arreglada por don José Victorino Lastarria.

2. **Tocornal (Enrique).**—TRANSCRIPCIÓN. ANÁLISIS COMPARADO DE NUESTRA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA.—Santiago, Imp. de la Opinión, 1859.

4.°, XXII, 103 págs. Discurso de incorporación á la Facultad de Leyes.

3. **Cood (Enrique).**—DISCURSO LEÍDO POR DON ENRIQUE COOD

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

EN EL ACTO DE SU INCORPORACIÓN EN LA FACULTAD DE LEYES Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE.—Santiago, Imp. de El Ferrocarril, 1862.

4.°, 18 págs. En esta memoria se estudian algunas disposiciones relativas á la sucesión por causa de muerte.

4. **López (Vitalicio A).**—DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CIVIL.—Santiago, Imp. Nacional, 1863.

4.° mayor, II, 322 págs. Esta edición quedó interrumpida en la palabra *Cesión*. Como lo anuncia la portada, esta obra comprende, entre otras cosas, «las disposiciones del Código Civil» y « las sentencias pronunciadas por los tribunales de la República desde el 1.° de enero de 1857 hasta el 31 de diciembre de 1862, que han interpretado y explicado dichas disposiciones».

5. **Martínez (Marcial).**—OPÚSCULO JURÍDICO.—DERECHOS DEL ACREEDOR EN CONTRA DE LOS CODEUDORES QUE HAN CAÍDO EN FALENCIA.—Santiago, Imp. Chilena de Herrera y Compañía, 1863.

4.°, 62 págs.

6. **Cood y Campillo.**—INFORME SOBRE DOS INSTITUTAS PRESENTADAS Á LA UNIVERSIDAD PARA ESTUDIAR EL CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Nacional, 1865.

4.°, 15 págs. Las dos *Institutas* á que se refiere este informe, son la de don José Victorino Lastarria y la de don José Clemente Fabres.

7. **Vidal (Severo).**—INDICE ALFABÉTICO DE CUESTIONES RESUELTAS POR NUESTROS TRIBUNALES, EN LAS CUALES SE HA APLICADO EL CÓDIGO CIVIL DESDE QUE PRINCIPIÓ Á REGIR, 1.° DE ENERO DE 1857, HASTA DICIEMBRE DE 1864; FORMADO DE LOS OCHO TOMOS DE LA GACETA.— Valparaíso, Imp. de Chile, 1865.

4.°, 378 págs. Es una obra útil, en que, junto con la cuestión que se ha resuelto, se indica la sentencia que se ha pronunciado y el artículo del Código Civil que ha sido aplicado.

8. **Claro (Ricardo).**—PROYECTO DE LEY SOBRE MATRIMONIO CIVIL PRESENTADO AL CONGRESO.—Santiago, Imp. de «El Ferrocarril», 1866.

4.°, 68 págs. Este proyecto está explicado y comentado por su autor.

9. **Opazo (Bernardino).**—DISCURSO DE INCORPORACIÓN Á LA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Facultad de Leyes y Ciencias Políticas.—Santiago, Imp. Nacional, 1866.

4.°, 24 págs. Este discurso contiene algunos datos interesantes sobre la formación del *Código Civil.*

10. **Domínguez (Ramón).**—Nuestro sistema de inquilinaje. —Santiago, Imp. del Correo, 1867.

4.°, 64 págs. Memoria para obtener el grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas.

11. **Vidal (Severo).**—Índice alfabético de cuestiones resueltas por nuestros tribunales, en las cuales se ha aplicado el Código Civil y de Comercio, formado de los tres tomos de la Gaceta de los Tribunales correspondiente á los años de 1865 á 1867—Valparaíso, Imp. Albión, 1869.

4.°, 296 págs. Esta obra es la continuación de otra del mismo autor publicada en 1865 y de que ya se ha hablado.

12. **Sáez (M. A.).**—Observaciones sobre algunos artículos del Código Civil de la República Argentina.—Valparaíso, Imp. del Mercurio, 1870.

4.°, 58 págs. Este estudio está relacionado con el Código Civil Chileno.

13. **Lavín Matta (Luis).**—El matrimonio civil considerado como sacramento.—Santiago, Imp. de la Unión Americana, 1871.

4.°, 75 págs.

14. Proyecto de ley, reglamentando la transmisión de la propiedad en el territrio indígena y su colonización.—Santiago, Imp. Nacional, 1871.

8.°, 30 págs.

15. **Vidal (Severo).**—Índice alfabético de cuestiones judiciales en que se ha aplicado el Código Civil y de Comercio, formado de los dos tomos de la Gaceta de los Tribunales correspondiente á los años de 1868 á 1869.—Valparaíso, Imp. de La Patria, 1871.

4.°, 237 págs. Este tomo sirve de continuación á los otros dos del mismo autor, que se han indicado. Aunque en los tres volúmenes se sigue el mismo plan, sin embargo, son obras diferentes por las materias de que tratan y aun por la diversidad de los títulos que tiene cada una.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

16. **Gormaz (Valentín).**—Repertorio de jurisprudencia teórica y práctica chilena durante los últimos 30 años, compuesto y arreglado en orden alfabético. — Santiago, Imp. Chilena, 1873.

4.°, 307 págs. Esta obra es un resumen alfabético de las materias que contienen la *Gaceta de los Tribunales*, los Códigos Civil y de Comercio y algunas otras leyes.

17. **Vidal (Severo).**—Concordancia de la ley de procedimiento ejecutivo con los Códigos Civil, de Comercio y leyes especiales, con su completo formulario.—Valparaíso, Imp. de El Mercurio, 1874.

4.°, 72 págs.

18. **López (Vitalicio A.).**—Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia civil.— Valparaíso, Imp. de El Mercurio, 1874.

Folio, 695 págs. Ya he dicho que en 1863 el señor López había empezado á publicar una obra con el mismo título que la presente y que interrumpió su trabajo casi en su comienzo.

19. **Gallo (A. C.).**— Legislación de aguas. — Santiago, Imp. Franklin, 1875.

4.°, 133 págs. Estudio presentado al Congreso de Agricultores.

20. **Zegers (Julio).**—Provecto de ley sobre matrimonio civil presentado á la Cámara de Diputados.—Santiago, Imp. de la Librería de El Mercurio, 1876.

4.°, 16 págs.

21. **Piñera (Eulogio).**—La jurisprudencia civil. Repertorio de las sentencias en que se ha aplicado el Código Civil Chileno desde que comenzó á regir, en 1.° de enero de 1857, hasta noviembre último.—Santiago, Imp. de Ramón Varela, 1879.

4.°; XIV, 226, una pág.—Obra premiada en la sección de Derecho y Jurisprudencia en los certámenes de 1878.

22. **Aguilera y Velasco (Alberto).**—Colección de Códigos europeos y americanos concordados y anotados.—Primer grupo. Primera sección. tomo IV.—Código Civil de la República de Chile, precedido de un juicio crítico por don Gumersindo de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AZCÁRATE.—Madrid, Establecimiento tipográfico de García y Caravera, 1881.

4.°, XXVII, 295 págs.—Esta edición comprende también las leyes sobre habilitación de edad y efecto retroactivo de la ley. Á más del prólogo indicado, esta obra contiene notas y comentarios del señor Aguilera y Velasco.

23. **Risopatrón (Carlos V.)**—DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.—Santiago, Imp. Victoria, de H. Izquierdo y Compañía.

Dos volúmenes en folio: el primero, 471 págs., 1882, llega hasta la letra *E*, inclusive; el segundo, 676 págs., 1883, comprende el resto de la obra.

Este *Diccionario* "contiene el texto íntegro de todos los Códigos y de las leyes vigentes de interés general; con explicaciones y comentarios, y la indicación de las sentencias de los Tribunales de Justicia, en que han sido aplicadas".

24. **Ruiz (Juan)**.—ESTUDIOS LEGALES PUBLICADOS EN EL PERIÓDICO "EL CENSOR".—San Felipe, Imp. de El Censor, 1883.

4.°, 21 págs.—Este opúsculo contiene algunos artículos relativos al Código Civil, tales como "El mandato", "El albacea".

25. **Vergara (José Eugenio)**.—MEMORANDUM DEL AGENTE DEL GOBIERNO DE CHILE ANTE LAS COMISIONES MIXTAS INTERNACIONALES DE SANTIAGO SOBRE EL DOMICILIO POLÍTICO DE UN EXTRANJERO EN UN PAÍS BELIGERANTE, ETC.—Santiago, Imp. de El Progreso, 1884.

4.°, 287 págs.—En esta obra se estudian y comentan algunas disposiciones del Código relativas al domicilio.

26. **Saavedra (Ramón)**.—EL MATRIMONIO CIVIL.—Santiago, Imprenta de El Correo, 1884.

4.°, XII, 148 págs.

27. **Valenzuela (Luis A.)**—LA ADOPCIÓN ANTE LA LEY CHILENA.—Santiago, Imp. Gutenberg, 1885.

4.°, 292 págs.—"Estudio hecho á propósito del primer caso de adopción que se presenta ante nuestros tribunales". Aunque la adopción no ha sido establecida por nuestro Código Civil, sin embargo, la presente obra está muy relacionada con este Código.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

28. **Bello (Andrés).**—OBRAS COMPLETAS.—VOLUMEN IX.—OPÚSCULOS JURÍDICOS—Santiago, Imp. de Pedro G. Ramírez, 1885.

4.° CXXIII, 508 págs., con un prólogo de don Miguel Luis Amunátegui.—Contiene numerosos trabajos relativos al Código Civil, algunos que ya habían sido publicados en periódicos y otros inéditos.

29. **Alfonso (Paulino).**—EXPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 959 DEL CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Nacional, 1886.

4.°, 17 págs.—Memoria presentada para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas. Hay otra edición de 23 páginas hecha el mismo año en la Imprenta Cervantes.

30. **Zegers (Julio).**—CÁMARA DE DIPUTADOS.—MOCIÓN DE DON JULIO ZEGERS SOBRE EMPLEO DE LAS AGUAS DE PROPIEDAD PARTICULAR COMO FUERZA MOTRIZ, Y SOBRE DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 835, 837, 863 y 872 DEL CÓDIGO CIVIL.—Santiago, Imp. Nacional, 1886.

Folio, 2 págs.

31. **Venegas (Fortunato).**—LEGISLACIÓN CHILENA SOBRE AGUAS DE REGADÍO.—Santiago, Imp. Gutenberg, 1887.

4.°, 109 págs.—En este estudio se comentan algunas disposiciones del Código Civil relativas á las aguas de regadío.

32. **Correa Bravo (Agustín).**—ESTUDIOS LEGALES Y DE JURISPRUDENCIA PRÁCTICA.—Santiago, Establecimiento tipográfico de *La Época*, 1890.

4.°, VIII, 248 págs., con un prólogo de don Vicente Aguirre Vargas. Esta obra es una colección de artículos, muchos de los cuales se refieren al Código Civil.

En cuanto á la Ley de Registro Civil, el señor Echeverría y Reyes pudo citar todavía diversas *Memorias* publicadas por don Miguel Irarrázaval, en las cuales se recopilan todas las notas y circulares relativas á este servicio.

Debo advertir también que, á más de las ediciones del *Código Civil* enumeradas en el trabajo del señor Echeverría, existen otras, que no he indicado por no tener particularidad ninguna

He hablado de la edición hecha en España, porque el prólogo, las notas y comentarios que la acompañan la hacen digna de una mención especial.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por último, quiero llamar asimismo la atención hacia una obra citada en el *Catálogo de la Exposición Nacional de noviembre de 1888 en Santiago.*

Entre los libros que ahí aparecen en la Seccion de Instrucción, figura uno atribuído á don Abdón Cifuentes, titulado *Comentarios al artículo 2493 del Código Civil.*

No conozco esta publicación (á menos que se trate del opúsculo que contiene las composiciones premiadas en los Certámenes jurídicos de la Universidad, en 1887); pero puedo asegurar, sin embargo, que el señor Cifuentes no ha escrito nunca sobre esa materia.

Se dirá tal vez que dos ó tres de las obras que he mencionado están incluídas en algunas de las catalogadas por el señor Echeverría y Reyes; pero, si por ello hubieran de suprimirse de esta enumeración, igual cosa habría que hacer con las que en la *Bibliografía* de mi distinguido amigo llevan los números 1, 2, 4, 28, 31, 33, 38, 43, 51, 54, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66 y 67.

***

Paso ahora á indicar los errores que he notado en el trabajo del señor Echeverría y las observaciones que la lectura del mismo me ha sugerido.

Desde luego, salta á la vista la poca exactitud y prolijidad gastada en las brevísimas anotaciones que acompañan á cada obra.

Así, en el número 6, se dice que el Proyecto de 1855 "sirvió de base al actual Código, con muy ligeras modificaciones", en lugar de manifestar que fué el Proyecto presentado al Congreso, el cual le prestó su aprobación, ordenando que se hiciera de él una edición correcta y esmerada, que debía considerarse como la única auténtica del Código Civil.

En el número 8, se habla de esta edición sin llamar la atención hacia ese dato importantísimo, esto es, á la autenticidad de que está revestida.

Sólo se advierte que es la edición más correcta que se ha hecho hasta ahora.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Sin embargo, á más de las doce erratas que aparecen ahí anotadas, podrían señalarse todavía muchas otras, acerca de las cuales publicaré en breve un estudio especial.

En el número 10, el señor Echeverría incurre en una grave equivocación.

La edición del Código Civil que atribuye con encomio á don Manuel Amunátegui, es una malísima, que registra en sus últimas páginas 104 erratas y que tiene aún muchas otras más que no se expresan.

La que fué realmente revisada y corregida por el señor Amunátegui, es del año 1865 y fué hecha en Valparaíso en la Imprenta y Librería de El Mercurio. Es también en 4.° y tiene 516 páginas.

En el número 17, convendría indicar dónde se encuentran las observaciones hechas por don Andrés Bello acerca de la obra del señor González.

En el número 19, se habla de un opúsculo de don Enrique Cood relativo á la *Instituta* del señor Lastarria. Este folleto es un informe presentado á la Universidad por los señores Cood y Campillo, no sólo sobre la obra del señor Lastarria, sino también sobre las *Instituciones* del señor Fabres.

En el número 29, al expresar el señor Echeverría las materias que contiene la obra del señor Cood, se olvida de un trabajo titulado: *Cuadro comparativo de las diferencias entre el Código Civil aprobado por el Congreso y el promulgado por el Ejecutivo.*

En el número 35, se dice que la obra titulada *Don Andrés Bello y el Código Civil* es una colección de artículos, siendo así que es un solo trabajo que tiene como apéndice unas cuantas páginas relativas á las notas del *Proyecto de Código Civil.*

En el número 37, se trata de una obra que, según el señor Echeverría, contiene breves notas referentes al *Código Civil dejadas en borrador por el señor Bello.*

No hay tal cosa, sin embargo.

El opúsculo que se indica en el presente número, no es sino la reproducción de un trabajo dado á luz en *La República* con el título de *Comentarios de algunos artículos del Código Civil por don Andrés Bello.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ahora bien, estos *Comentarios* se reducen á algunos artículos del *Código*, á los cuales se han agregado y adaptado las notas correspondientes publicadas en el *Proyecto* de 1853.

***

Habría deseado hacer un examen más prolijo de la *Bibliografía* del señor Echeverría; pero confieso que ni aún he alcanzado á consultar algunas de las obras que ahí se mencionan.

Trabajos de esta naturaleza no requieren más que tiempo y paciencia.

Ha sobrado la última; pero ha escaseado el primero.

La necesidad de entregar este artículo en un corto plazo, me ha impedido hacer un estudio más concienzudo de esta interesante materia.

Sin embargo, antes de concluir, quiero hacer al señor Echeverría dos indicaciones, que ojalá fueran de su agrado.

Desde luego, considero que su obra podría ser más completa, agregando á los libros y folletos impresos por separado, las muchas monografías forenses dadas á la estampa en revistas y otras publicaciones.

Recorriendo la *Revista de Ciencias y Letras* de 1856, la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* de 1879, la *Revista Jurídica* publicada por don Antonio Varas en 1884 y que no alcanzó á circular, la REVISTA FORENSE CHILENA, los *Boletines de las Asambleas Católicas de Santiago*, la *Revista de Artes y Letras*, la *del Progreso*, etc., se encontrarán seguramente numerosas disertaciones legales y de jurisprudencia, que por su importancia merecen ser recordadas.

Por lo demás, la tarea no es muy difícil, si se atiende á que todas estas publicaciones tienen sus índices correspondientes.

La otra petición que me atrevo á dirigir al señor Echeverria, tiende á hacer todavía más útil su trabajo.

Ya que se propone dar á éste mayor amplitud, sería de desear que fuera un poco más minucioso para especificar el contenido de las obras que enumera, sobre todo de aquellas cuyos nombres no dan ninguna luz acerca de las materias de que en ellas se trata.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De este modo prestará mayores servicios á los que se dedican al estudio de nuestra legislación.

Espero que la reconocida laboriosidad de mi apreciado amigo sabrá vencer las dificultades qne ofrece la empresa en que se ha comprometido.

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI REYES

PUBLICACIONES RECIBIDAS

CHILE.—1. LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE CHILE. *Antecedentes, concordancia y aplicación práctica de sus disposiciones*, por don Manuel E. Ballesteros. Dos tomos, el primero de XXIII—740 págs.; el segundo, de 848 págs. Imp. Nacional, Santiago de Chile. Acaba de publicarse esta obra, que comenta y analiza la Ley de 15 de Octubre de 1875, orgánica del Poder Judicial en Chile, con razón llamada el Código de los Tribunales. Su autor, que ha consagrado largos años al estudio de la ciencia legal, no menos que al desempeño de la magistratura hasta ocupar hoy un puesto honroso de Ministro de la Corte Suprema, ha cumplido su plan de una manera completa y satisfactoria. Su desarrollo lo conocerán nuestros lectores (caso que no se hubiesen apresurado á adquirir el libro antes de leer estas líneas) con sólo revisar el trabajo publicado en esta misma REVISTA por el señor Ballesteros, con el título de *Límites del Poder Judicial*, en que estudia el artículo 4.° de la Ley. Ciencia, erudición, criterio jurídico, todo esto revela allí al jurisconsulto y al magistrado. El escritor está asimismo á la altura que le corresponde. Su grande obra se conforma á nuestras expectativas. El señor Ballesteros había dado otros trabajos á la legislación, como su valioso *Indice general del "Boletín de las Leyes"*, y á la jurisprudencia con artículos de mérito insertos en esta REVISTA. Al felicitarle con sincero entusiasmo por el éxito brillante con que ha coronado tareas de muchos años y desvelos, dejamos constancia con placer de que la obra de nuestra referencia constituye un valioso monumento levantado al primero de nuestros Códigos Judiciales, y que por justos títulos honra á Chile, y en especial á su foro y á su magistratura..—2. LA SENTENCIA DE LA TERCERA SALA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO SOBRE EXCLUSIÓN DE REGIDORES DE LA MUNICIPALIDAD DE VALPARAÍSO. Un op. de 97 págs., Imp. Cervantes. Son interesantes artículos en que se discute la referida

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sentencia, que tanto preocupó la atención pública por causa del carácter político que desde el primer momento se atribuyó á la exclusión de ciertos municipales de Valparaíso.—3. BIBLIOGRAFÍA DE LOS CÓDIGOS CHILENOS, por don Aníbal Echeverría y Reyes. Un op. de 30 págs., Imp. Cervantes. Es una reimpresión (tirada de 50 ejemplares) del trabajo que publicamos en nuestro número anterior.—4. ALEGATO *por parte de don Aníbal Herguñigo, pronunciado ante la Iltma. Corte de La Serena, en el juicio seguido con don Ricardo Cañas sobre partición de los bienes de don Angel Herguñigo*, por don Eliseo Cisternas Peña, ilustrado abogado de La Serena. Un op. de 76 págs. Imp de *El Coquimbo*, 1890.—5. MEMORIA DEL MINISTRO DE HACIENDA PRESENTADA AL CONGRESO NACIONAL EN 1890. Un vol. de 522 págs. Imp. de *Los Debates*, Santiago. Nuestro agradecimiento al señor Vásquez Grille, sub-secretario de Hacienda, por esta atención.—6. Á LA MEMORIA DE DON JORGE HUNEEUS, EMINENTE ESTADISTA, PUBLICISTA Y PROFESOR. CORONA FÚNEBRE *publicada en el primer aniversario de su muerte, acaecida el 21 de mayo de 1889.* Un vol. de 260 págs. Imp. Cervantes, 1890. Oportunamente recibimos, con atento autógrafo de don Roberto Huneeus, á nombre de su distinguida familia, este libro, que colecciona los homenajes de admiración, gratitud y sentimiento que arrancó al Gobierno, á las corporaciones públicas, á las instituciones privadas, á la prensa, los particulares, la juventud y el pueblo en general, la noticia del prematuro fallecimiento de don Jorge Huneeus, cuya figura se agiganta con el transcurso del tiempo y con la consideración del vacío que dejó en la sociedad chilena. La edición es de todo lujo, precedida por el retrato fototípico del señor Huneeus y autorizada por un "Homenaje de la amistad" que desde Washington le dedicó don José Alfonso en enero del año corriente. La ordenación de sus artículos, fué tarea del joven literato y abogado don Narciso Tondreau, uno de los admiradores más entusiastas del ilustre finado.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de noviembre de 1890 NÚM. 6

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Alejandro Fuenzalida; don Ramón Guerrero, por E. C. L.—De la nulidad y rescisión, explicación del título XX del libro IV del Código Civil (conclusión), por don David Costa Pruneda.—Algunas observaciones acerca de la prescripción en materia penal, según la establece nuestro Código, por don Daniel Feliú.—¿Afecta á los miembros de las Municipalidades la inhabilidad establecida por el artículo 6.° de la ley electoral? por don Agustín Correa Bravo.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.

DON ALEJANDRO FUENZALIDA

En los últimos días de septiembre último ha fallecido este jurisconsulto, magistrado y escritor, de resultas de grave enfermedad, en la ciudad de Limache.

Era abogado desde el 29 de diciembre de 1863. Desempeñó los puestos de juez letrado de Antofagasta, promotor fiscal de Los Angeles, juez de letras de Lima durante la ocupación chilena, hasta que en 23 de noviembre de 1884 fué promovido al cargo de Ministro de la Corte de Apelaciones que entonces se creó en Iquique, y posteriormente fué trasladada á la ciudad de Tacna.

Hombre de relevantes cualidades morales, de una integridad de carácter que nada doblegó, se dedicaba también á los estudios jurídicos con tesón y constancia, y produjo obras de que la patria debe serle reconocida. La principal de ellas fué la que intituló *Comentarios del Código Penal*, apreciada como la más importante y valiosa de cuantas han sido dedicadas en Chile al estudio é interpretación de nuestro Código Penal. Se formó así un criminalista que habría figurado con brillo en las más ilustres universidades europeas. Nuestros lectores habrán estimado, como nosotros, el concepto que emitimos acerca de las altas capacidad y suficiencia del señor Fuenzalida en esas materias, pues han tenido ocasión de leer los diversos artículos que in-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sertó en esta REVISTA. Sus *Comentarios*, que imprimió en Lima, le valieron aplausos y premios en varios países de Europa.

Había preparado un voluminoso libro, destinado á formar tres ó cuatro tomos de impresión, sobre algunos títulos del Código Civil; pero uno de los frecuentes incendios que aquejan el puerto de Iquique, lo consumió con toda su biblioteca. Deja, sin embargo, bastante avanzado un proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal, que pensaba presentar al certamen abierto por el Gobierno.

Lamentamos su desaparición, que priva de su brillante y valioso concurso á la magistratura y á las letras jurídicas del país.

E. C. L.

DON RAMÓN GUERRERO

El 8 de octubre último ha fallecido el señor don Ramón Guerrero.

Era abogado desde el 15 de noviembre de 1839.

Miembro del Congreso Nacional durante varios períodos, desempeñó también cargos judiciales que han hecho de su nombre un verdadero símbolo en nuestra magistratura. Ocupó el puesto de juez letrado de comercio de Santiago, y posteriormente fué promovido al cargo de Ministro de la Corte de Apelaciones de la misma ciudad.

Adherimos á las manifestaciones que por su muerte han producido el sentimiento público y la sociedad chilena, que guardará con respeto la memoria del hábil é ilustrado ciudadano é integérrimo magistrado.

E. C. L.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

DE LA NULIDAD Y RESCISIÓN

Explicación del título XX del libro IV del Código Civil

(Conclusión)

El efecto de la ratificación es retroactivo, puesto que se trata de una obligación *ab initio* existente y que bien podría llegar á anularse en fuerza del vicio que la afecta, vicio que la ratificación viene á subsanar, convirtiendo el acto en intachable.

"La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido, ó del juez en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido".

La mujer casada es incapaz por motivo de la sumisión que debe al marido, á cuyos respetos faltaría si contratara sin su licencia; esta incapacidad consiste en no poder celebrar generalmente ningún acto civil sin el consentimiento del marido.

Sin embargo, puede la mujer casada adquirir directamente ella misma cuando la adquisición resulta de la naturaleza de las cosas, por la voluntad de la ley, como sucede en el caso de prescripción.

Puede tomar ella sola las medidas de simple conservación de sus derechos; tal sucede en la inscripción de una hipoteca; (el art. 60 del Reglamento del Conservador dispone que la inscripción de un embargo, secuestro, etc., la puedan solicitar los interesados por sí ó por sus representantes legales).

Sin la autorización del marido, ó de la justicia en subsidio, no puede enajenar ni adquirir, no puede celebrar contrato alguno (art. 137). En el caso de separación de bienes, tiene la libre administración y goce de lo que separadamente administra (art. 159).

Es cierto que el artículo 137 citado, expresa que la mujer

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no puede obligarse en virtud de un contrato; pero no quiere decir esto que no pueda contraer obligaciones que nazcan de otra fuente diversa.

Así, puede obligarse en virtud de la ley, como sucede en el caso de que tenga que proveer de alimentos á su padre indigente; en lo cual el Legislador no hace más que consagrar una obligación escrita en la conciencia (art. 321).

En mérito de un cuasi contrato, como sería si por error se ha hecho un pago á una mujer casada, que no debía hacerse sino al marido, ó bien á otra persona; en este caso la mujer deberá volver aquella misma cosa que recibió en pago indebido ú otra en igual cantidad y calidad ó su valor (arts. 2295 y 2300).

Si, en este caso, la mujer hubiera estado de mala fe, sería un cuasi-delito, y debería además pagar los intereses desde el día que percibió, puesto que únicamente el poseedor de buena fe gana los frutos (art. 2300).

Como se ve, puede la mujer casada obligarse en virtud de la ley, del cuasi-contrato, del delito y del cuasi-delito.

No podrá presentarse en juicio por sí sola como demandante ó demandada; excepto en causas criminales ó litigios entre cónyuges (art. 136).

La ley se refiere aquí al caso de estar en juicio; en consecuencia, tratándose de actos extrajudiciales, como ser una protesta, un requerimiento, siempre que la mujer tuviera el derecho de administrar las cosas que constituyen el objeto de este acto, no le sería preciso obtener la autorización del marido.

No necesita obtener consentimiento alguno para comparecer como testigo, ni en el caso en que sea comerciante y divorciada ó separada de bienes, respecto de las cuestiones relativas á su comercio (art. 18 del Código de Comercio).

Adquiere, además, una capacidad más ó menos limitada según la profesión que ejerza y según el régimen de las capitulaciones matrimoniales (art. 1725); en el primer caso se presume autorizada para todos los actos ó contratos concernientes á su profesión ó industria (art. 150), y en el segundo, como puede tener el derecho de administrar parte ó toda su fortuna (artículo 1720), podría estipular el tener la administración de una parte de sus bienes propios con independencia del marido; y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

entonces estaría sujeta á las reglas prescritas en el título X, § 3 del libro I del Código, que (art 167) ordena: que se apliquen en este caso las reglas dël artículo 166 inciso 3.º, sobre que los contratos que hayan podido celebrarse por la mujer sin autorización del marido, la *obliguen* en los bienes que separadamente administra (arts. 565 y 566).

En cuanto á la mujer casada comerciante, deberá distinguirse.

Si es menor de veinticinco y mayor de veintiún años, es preciso que obtenga la autorización del marido; y si éste fuere menor de veintiún años, la autorización deberá ser aprobada por el juez, y el decreto, registrado y publicado en la forma prescrita por la ley (art. 12 del Código de Comercio).

Siendo la mujer mayor de edad, obtendrá previa autorización del marido, otorgada en escritura pública; no obstante, se presume esta autorización si ejerce notoriamente el comercio, mientras no intervenga reclamación del marido notificada públicamente (art. 11 del Código de Comercio).

En el caso de que el marido sea también comerciante, para que tenga este carácter la mujer, deberá ejercer un comercio separado del marido.

Si hubiere divorcio ó separación de bienes, en siendo la mujer mayor de veinticinco años, puede comerciar, previo registro y publicación de la sentencia de divorcio y separación.

Cuando fuere mayor de veintiún años, deberá, además, obtener habilitación de edad.

Si es separada de bienes y mayor de veintiún años, le será necesario obtener autorización del marido y cuya autorización, si fuere concedida por un marido menor de veintiún años, la aprobará el juez, y se registrará y publicará (arts. 16 y 12 del Código de Comercio).

La mujer casada comerciante, mayor de edad, puede hipotecar y vender libremente sus bienes inmuebles.

Cuando es mayor de veintiún años, puede hipotecar y vender, sujetándose á lo ordenado en los artículos 493 y 394 del Código Civil (art. 17 del Código de Comercio).

Como las prescripciones del Código Civil, relativas á obligaciones y contratos en general, se aplican á los negocios mercan-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tiles, salvas las modificaciones que el Código de Comercio establece (art. 96); siendo que, respecto de la mujer comerciante y divorciada ó separada de bienes, nada dice este Código en cuanto á su capacidad para obligarse y disponer de sus bienes inmuebles, sin duda le serán aplicables las disposiciones del Derecho Civil.

Los contratos celebrados entre una persona á quien la ley prohibe el ejercicio del comercio y un comerciante, no producen acción contra el comerciante que proceda de buena fe.

Sin embargo, puede el comerciante (se entiende si procedió de buena fe) pedir el cumplimiento del contrato (art. 19 del Código de Comercio).

La ley viene aquí á concederle la facultad de pedir la nulidad del contrato. Esta disposición derogatoria de lo que el Derecho Común otorga á los incapaces y otros privilegiados, tiene su fundamento en el principio tan conocido de "que el comercio vive de la buena fe".

La incapacidad de la mujer casada se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido.

Otorga la ley, asimismo, esta facultad al marido en obsequio de los principios en que está fundada la potestad marital: la falta de conocimientos necesarios que supone en la mujer, en lo concerniente á la acertada dirección de sus negocios *(mulieres viris suis subditæ sint).*

ARTÍCULO 1685

SI DE PARTE DEL INCAPAZ HA HABIDO DOLO PARA INDUCIR AL ACTO Ó CONTRATO, NI ÉL, NI SUS HEREDEROS Ó CESIONARIOS PODRÁN ALEGAR NULIDAD. SIN EMBARGO, LA ASERCIÓN DE MAYOR EDAD, Ó DE NO EXISTIR LA INTERDICCIÓN Ú OTRA CAUSA DE INCAPACIDAD, NO INHABILITARÁ AL INCAPAZ PARA OBTENER EL PRONUNCIAMIENTO DE NULIDAD.

Cuando un menor, sin agregar prueba alguna en apoyo de su alegación, dice que es mayor de edad, esto no puede ser un obstáculo para la rescisión del contrato, pues á aquel que con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

trata con el menor, no debe bastarle su declaración. De otra manera, con introducir en las convenciones una cláusula especial á este respecto y que en breve llegaría á ser de estilo, resultaría burlada la previsión de la ley.

Si el menor, en vez de hacer una declaración pura y simple sobre que es mayor de edad, se valiera de procedimientos dolosos ó fraudulentos para engañar á la otra parte con quien contrata, como sería presentando una fe de nacimiento falsa, entonces no podría invocar la rescisión; eso sería alegar su propio delito.

Habría sido más exacto decir que ni el menor ni sus causahabientes podrán alegar la nulidad, etc.

Además, la palabra *incapaz* empleada en este artículo puede dar lugar á dudas. La ley no ha querido designar con ella á los impúberes, dementes y sordo-mudos, que no pueden darse á entender por escrito, puesto que, siendo éstos absolutamente incapaces, sus actos y contratos son radicalmente nulos: el artículo ha querido referirse á la nulidad relativa.

ARTÍCULO 1686

LOS ACTOS Y CONTRATOS DE LOS INCAPACES EN QUE NO SE HA FALTADO Á LAS FORMALIDADES Y REQUISITOS NECESARIOS, NO PODRÁN DECLARARSE NULOS NI RESCINDIRSE SINO POR LAS CAUSAS EN QUE GOZARÍAN DE ESTE BENEFICIO LAS PERSONAS QUE ADMINISTRAN LIBREMENTE SUS BIENES.

EL FISCO, LAS MUNICIPALIDADES, LAS IGLESIAS, LAS COMUNIDADES RELIGIOSAS Y LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS DE EDUCACIÓN Y BENEFICENCIA, SON ASIMILADOS EN CUANTO Á LA NULIDAD DE SUS ACTOS Ó CONTRATOS Á LAS PERSONAS QUE ESTÁN BAJO TUTELA Ó CURADURÍA.

Este artículo declara que no puede pedirse la anulación de los actos ó contratos ejecutados á nombre y en representación de los incapaces, siempre que en ellos no se hubiere faltado á las formalidades y requisitos legales.

Tales actos sólo podrán rescindirse si se pidiere la anulación

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fundada en las causas, mediante las cuales podría obtenerla una persona que administrara libremente sus bienes.

Podría pedirse la auulación de estos actos, nó como menores, sino en cuanto sus representantes legales han sido víctima del error, fuerza, dolo, etc.

El presente artículo ha resuelto que ya no hay restituciones *in integrum;* significa la abolición del privilegio de restitución de sus actos y contratos que gozaban los menores, bajo el amparo de las leyes españolas.

Como lo expresó el ilustre Presidente señor Montt en su mensaje al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil, "Se ha mirado semejante privilegio (el de las restituciones *in integrum),* no sólo como perniciosísimo al crédito, sino como contrario al verdadero interés de los mismos privilegiados. Con él se rompen todos los contratos, se invalidan todas las obligaciones, se desvanecen los más legítimos derechos... Todas las restricciones que se ha querido ponerles, no bastan para salvar el más grave de sus inconvenientes, á saber: que inutiliza los contratos celebrados guardando todos los requisitos legales, deja inseguro el dominio y dificulta las transacciones con los huérfanos, que no suelen tener menos necesidad que los otros hombres, de celebrar contratos para la conservación y fomento de sus intereses".

Según las leyes de Partida y Novísima Recopilación, la restitución *in integrum* es la reintegración de un menor ó de otra persona privilegiada, en todas sus acciones y derechos.

En virtud de esa legislación, el menor podía interponer demanda de restitución, no sólo durante la menor edad, representado por su guardador, sino hasta cuatro años después de llegado á la mayor edad; y debería otorgarse, en probando el menor que fué perjudicado en la sentencia, ó que el pleito no fué bien llevado, ó que después halló documentos ó testigos con que mejorarlo, etc.; y respecto de actos extrajudiciales, luego que estableciere que ha sufrido daño por su falta de inteligencia, por culpa de su guardador ó por engaño de otra persona.

De modo, que en acreditando la lesión y la menor edad, se le concedía la restitución, logrando así que se repusieran las cosas al estado que tenían antes del daño (ley 1.ª, tít. XIX, Par-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tida 6.ª, y 1.ª, tít. XXV, Part. 3.ª), tanto en los actos judiciales como en los extrajudiciales de cualquiera naturaleza, sin que lo impidiese el haber intervenido un decreto judicial.

El Código, en el artículo recordado, declara inatacables los actos ó contratos hechos á nombre y en representación de los incapaces y demás personas que á este efecto son asimilados á ellos, siempre que se hubiere cumplido en ellos con las solemnidades y requisitos exigidos por la ley. Innovación valiosa, pues la restitución *in integrum* frecuentemente perjudicaba á los mismos que había procurado favorecer. Á causa del justo temor de que los menores se sirvieran de este privilegio, las propiedades que se enajenaban en provecho de la buena administración de sus bienes ó para atender á las necesidades de los mismos menores no podían venderse sino por un precio muy inferior á su valor real. Era indispensable asegurar completamente los derechos de los que tratan con menores, observando las formalidades de la ley; y si esta precaución no fuera necesaria, sería cuando menos útil á causa de las prevenciones inveteradas que se tienen contra los pupilos, creyéndose, y con razón, que no hay seguridad en tratar con ellos.

Á este respecto existen las siguientes decisiones:

Habiéndose resuelto en primera instancia, en vista de lo dispuesto por la ley 37, título XIII, libro 11 de la Novísima Recopilación, legalmente suspendido el término probatorio concedido por vía de restitución, este fallo fué revocado, declarándose que está suprimida por el Código Civil la restitución *in integrum* de los menores, á los cuales ha provisto de otras garantías para su protección. (Corte de La Serena, año 1864, sentencia número 317).

Asimismo, considerándose que la restitución contra el lapso del término probatorio es una emanación del privilegio general de restitución *in integrum* que las leyes españolas concedían á los menores, según se deduce de la ley 37, título XIII, libro 11 de la Novísima Recopilación, y que dicho privilegio queda abolido por el artículo 1686 del Código Civil, se confirma un auto en el cual se expresaba que, en conformidad á lo dispuesto en el artículo final del Código Civil, no se concede á los menores el beneficio de restitución. (Corte de Santiago, año 1857, sentencia núm. 10,523).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Se ha declarado que en conformidad al artículo final del Código Civil no se concede á los menores el beneficio de restitución. (Corte de Santiago, año 1857, sentencia núm. 10,212).

ARTÍCULO 1687

LA NULIDAD PRONUNCIADA EN SENTENCIA QUE TIENE LA FUERZA DE COSA JUZGADA, DA Á LAS PARTES DERECHO PARA SER RESTITUÍDAS AL MISMO ESTADO EN QUE SE HALLARÍAN SI NO HUBIESE EXISTIDO EL ACTO Ó CONTRATO NULO; SIN PERJUICIO DE LO PREVENIDO SOBRE EL OBJETO Ó CAUSA ILÍCITA.

EN LAS RESTITUCIONES MUTUAS QUE HAYAN DE HACERSE LOS CONTRATANTES EN VIRTUD DE ESTE PRONUNCIAMIENTO, SERÁ CADA CUAL RESPONSABLE DE LA PÉRDIDA DE LAS ESPECIES Ó DE SU DETERIORO, DE LOS INTERESES Y FRUTOS, Y DEL ABONO DE LAS MEJORAS NECESARIAS, ÚTILES Ó VOLUPTUARIAS, TOMÁNDOSE EN CONSIDERACIÓN LOS CASOS FORTUÍTOS Y LA POSESIÓN DE BUENA Ó MALA FE DE LAS PARTES; TODO ELLO SEGÚN LAS REGLAS GENERALES Y SIN PERJUICIO DE LO DISPUESTO EN EL SIGUIENTE ARTÍCULO.

El efecto de la rescisión pronunciada por la justicia es la anulabilidad del acto ó contrato; como este acto ya no existe legalmente, vuelven las cosas al estado que tenían antes de celebrarse la convención rescindida.

Impone á las partes el deber de restituirse mutuamente todo lo que han podido recibir en virtud del contrato anulado.

Este principio general recibe una excepción en el artículo 1688, tratándose de los incapaces, quienes no están obligados á restituir sino dentro de los límites en que se han enriquecido mediante el contrato anulado.

Debiendo ser restablecidas las partes al estado primitivo, resulta que han de restituirse mutuamente todo aquello que recibieron, ó bien, lo que uno de ellos percibió, si el contrato es unilateral.

Se notará que tratándose de la restitución de un cuerpo cierto, en caso de pérdida de este cuerpo no imputable á hecho ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

culpa de la parte, lo exonera de la obligación, á menos que la pérdida haya tenido lugar estando constituido el deudor en mora de efectuar la entrega.

La restitución debe operarse con todos los accesorios de la cosa, con todo lo que ha producido: así los frutos de la cosa ó los intereses de la suma debida se restituirán á partir desde la celebración del contrato (rescindido después), ó desde la contestación de la demanda de rescisión, según estuviere la parte de buena ó mala fe (art. 907) al tiempo de la percepción (artículo 913). En cuanto á las mejoras, deberán abonarse las necesarias y las útiles hechas antes de la contestación de la demanda, si estuviera la parte de buena fe al tiempo en que fueron hechas (arts. 908, 909 y 913).

Creemos de suma utilidad para la explicación del presente título, y especialmente del artículo 1686, estudiar, aunque sea á la ligera, cuándo una sentencia tiene la fuerza de cosa juzgada.

Un juicio constituye cosa juzgada cuando se ha fallado en última instancia, ó bien, si, fallado en primera instancia, no se ha interpuesto apelación.

El recurso extraordinario de nulidad no impide que la sentencia conserve su autoridad: pero, si es anulada, lo será con todo lo que le ha seguido.

Las sentencias judiciales tienen fuerza obligatoria, *(res judicata pro veritate habetur)*, en las causas en que actualmente se pronunciaren (art. 3.º del Código Civil). La autoridad judicial perdería, sin duda, toda su fuerza y mérito, si los litigantes pudieran, más de una vez, remover las cuestiones que los dividen; de otro modo los pleitos jamás tendrían fin (ley 19, tít. XXII, Partida 3.ª). En consecuencia, toda demanda que tienda á poner en tela de juicio un punto ya decidido por la justicia, debe ser rechazada, á menos que se hiciere por medio de algún recurso especial que autorice la ley (1).

La Constitución asegura á todos los habitantes de la República la inviolabilidad de todas las propiedades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella,

(1) Escriche, *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por pequeña que sea, sino en virtud de sentencia judicial, salvo el caso de que la utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso ó enajenación de alguna (art. 5.° cap. V).

La fuerza de una sentencia se aplica únicamente á la cuestión sobre que recae y á las partes que han intervenido en el litigio. La cosa juzgada se tiene como verdad, pero es una verdad de convención, relativa; y así lo expresa la conocida ley de Partida: "Guisada cosa es é derecha, que el juyzio que fuere dado contra alguno non empesca á otro".

El demandante puede pedir la cosa que fué el objeto del litigio y á que le reconoció derecho la sentencia, al demandado ó sus causa-habientes, y á cualquier otro que no mostrase mejor derecho, mientras no haya prescrito su acción: asimismo el demandado absuelto ó sus causa-habientes podrán oponer perpetuamente la excepción de cosa juzgada contra el demandante y sus causa-habientes (ley 19, tít. XXII, Partida 3.ª) (1)

Parece innecesario advertir que la cosa juzgada se encuentra únicamente en la parte dispositiva de una sentencia, en la que resuelve la cuestión, y sólo respecto de los puntos que allí son verdaderamente decididos; y no en las consideraciones ó motivos, los cuales no son otra cosa que las razones que da el magistrado.

Toda demanda, ya sea interpuesta por el demandante ó por el demandado, (puesto que este último en la excepción se convierte en demandante, *reus excipiendo fit actor*), que tienda a volver á la litis un punto ya decidido por la justicia, deberá ser rechazada.

Tres condiciones se exigen copulativamente para reputar que la cuestión promovida en un segundo proceso, sea la misma que en el primero: que el objeto de la demanda sea el mismo que en la primera litis; que esta demanda se funde sobre la misma causa; que se promueva entre las mismas partes gestionando con las mismas calidades.

Esto es, identidad del objeto, identidad de causa, identidad de las partes y sus cualidades.

Identidad del objeto.—Á fin de averiguar si existe identidad

(1) Escriche, *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de objeto, es preciso tomar la proposición establecida por la precedente sentencia y compararla con la nueva demanda. Si no hay contradicción, pueden coexistir; si hay contradicción, incompatibilidad, entonces la segunda pretensión debe rechazarse, porque hay cosa juzgada.

Es necesario, además, aplicar las siguientes reglas:

Cuando se ha reconocido que uno no tiene derecho al todo, puede reclamar una parte.

Si se ha fallado que no tiene derecho á tal parte de un todo, puede reclamar las otras partes de este todo, pero no el todo íntegramente y comprendiendo aquella misma parte á que se le negó derecho.

Aquel á quien se ha juzgado que no tiene derecho á ninguna parte de un todo, nada resta que pedir.

Así, habiéndose pronunciado una sentencia en que se declara que no tengo derecho á un fundo tal, y quisiera interponer nueva demanda pretendiendo que soy propietario indiviso por nueva cuota de este inmueble, en este caso no hay contradicción ninguna con lo ya resuelto, á menos que el fallo hubiera expresado que no tengo ni la propiedad exclusiva del todo, ni de una parte, ni la copropiedad indivisa de ninguna parte.

Identidad de causa.—No debe confundirse la verdadera causa, *causam proximam actionis*, con los motivos lejanos, que la ley no podría tomar en cuenta á menos de eternizar los juicios.

Causa es el fundamento inmediato del derecho que la parte pretende ejercitar.

Cuando interpongo una demanda sobre nulidad de una convención por error, y es fallada, no puedo en seguida interponer nueva demanda sobre nulidad de la misma convención, fundándola en la fuerza ó violencia.

En el caso que acaba de considerarse, la idea general de invalidez del consentimiento dado es la causa inmediata de anulación; las circunstancias especiales de error, fuerza ó dolo, son medios, son bases lejanas, mediatas, que la ley no toma en consideración, puesto que son nada más que medios que deben distinguirse de la causa próxima de la acción, la base inmediata. Esto tiene su fundamento en el sacrificio necesario del interés particular al interés general.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El que interpone una demanda tiene el deber de averiguar exactamente las circunstancias y antecedentes que se refieren ó tienen relación con la causa inmediata, á fin de no omitir lo que fuere decisivo en el éxito de la acción; de otra manera no haría otra cosa que perjudicarla.

Así como puede haber para una demanda varias causas consecuentes las unas de las otras, de las cuales únicamente debemos considerar aquí la inmediata; puede igualmente haber muchos objetos de la demanda consecuentes los unos con los otros.

Una acción reivindicatoria podrá tener dos objetos: primero, la anulación de la venta; y segundo, la aprehensión de la propiedad. Averiguando la causa, podrá encontrarse dos: la fuerza de que he sido víctima, y segunda, la imperfección del contrato que esta violencia ha causado.

En consecuencia, habría una causa y un objeto inmediato (la imperfección del contrato y la aprehensión de la propiedad); y una causa (ó motivo) y un objeto lejano. Respecto de la acción que se ejercita, solamente hay que considerar las inmediatas.

Cuando existen en una misma persona dos causas inmediatas, distintas en que fundar una demanda, y sucede que, fundada expresamente en una de estas dos causas, es rechazada, puede volver nuevamente á interponer la demanda, fundándola en la otra causa. El principio de Derecho sobre "que elegida una vía no se da recurso á otra" es verdadero, agregándole "á menos de invocar otra causa" *(Electa una via non datur recursus ad altera, nisi alia causa).* "Porque si acaeciesse que el demandador non preue aquella razon que puso en la demanda, porque dezia que era suya, que la puede despues demandar por otra razon, si la ouiere; e non le embargara el primer juyzio que fué dado contra él, sobre aquella cosa misma, pues que por otra razon la demanda, que non ha que ver con la primera». (Ley 25, título II, Part. 3.ª)

Deberá tambien admitirse la nueva demanda cuando la causa mediata en que se funda ha existido en la persona que la invoca, posteriormente al rechazo de la primera demanda. "Pero, si el demandador quisiesse dezir e mostrar alguna nueva razon porque él ganara el señorio de aquella cosa, despues que fué dada sentencia contra él... ; sobre tal razon como esta bien

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

puede fazer su demanda de nuevo». (Ley de Partida citada).

Se rechazará la demanda siempre que la causa sea la misma, no obstante que la acción sea diferente (se entiende que haya, además, identidad de objeto y de personas).

Al vendedor de un bien inmueble á quien se le había negado la acción reivindicatoria que interpuso por falta de pago del precio, no se le puede aceptar la resolución de la venta fundada en esta misma causa de falta de pago.

Identidad de las partes.—La eficacia de la sentencia judicial tiene por carácter la especialidad; su fuerza se limita solamente á las personas que han estado en causa.

De suerte que una sentencia no tiene autoridad sino respecto de las partes entre quienes se ha pronunciado; con relación á los que no han sido parte, es como si no existiera: *Res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodesse potest.*

Puedo ser parte en un litigio aunque no haya figurado en él personalmente ó por mandatario legal: «non tan solamente se aprovechará (del juizio) aquel que vence el pleito, mas aun sus herederos o aquellos á quienes pasasse el señorio de la cosa sobre que es dado el juyzio». (Ley 21, tít. XII, Part. 3.ª)

Este caso sería cuando ha sido parte en el proceso una persona de quien soy causa-habiente, puesto que el fallo no aprovecha ó perjudica solamente á aquel contra quien fué dado «más aún á sus herederos é á todos los otros que en su voz lo demandassen». (Ley citada).

Para que exista identidad de personas es menester:

Que las partes sean las mismas; es decir, que los que figuren en la nueva *litis* hayan figurado también en la primera.

Que las partes intervengan con las mismas calidades que gestionaban en el primer juicio; esto es, que exista no sólo identidad física, sino identidad jurídica.

Perdida una acción que intenté personalmente, sin embargo tengo derecho para interponerla otra vez como curador de otra parte: habría identidad física, pero no jurídica.

La identidad jurídica desaparece por la diversidad de calidades, cuando siendo en ambos juicios la misma persona, no obra en ellas con la misma calidad.

No habiéndose aceptado una demanda interpuesta por mí,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

puedo renovarla como heredero de uno que no fué parte y á quien he sucedido con posterioridad al primer fallo.

Puede existir diversidad jurídica de personas, no obstante la identidad física.

Asimismo, puede haber identidad jurídica, á pesar de existir diversidad física.

Sucedería lo último, cuando no habiendo figurado en un proceso personalmente, sin embargo, he sido parte en él, representado por mi curador ó mi mandatario legal, etc.

Otro tanto con el heredero, quien continúa legalmente la persona del difunto; y también con los legatarios y donatarios á título universal.

En cuanto á los sucesores ó causa-habientes del derecho de una persona que vive, son representados por su causante en todo aquello que sea ó tenga una causa anterior al título de adquisición.

Así, el que obtiene pura y simplemente un derecho real cualquiera es representado por su causante en todo lo que ha precedido á la convención; pero es un tercero respecto de aquello que ha sucedido con posterioridad á este acto; recibió el derecho en el estado en que existía en el momento de la convención; lo verificado después, será para el causa-habiente *res inter alios acta.* Desde que su causante no puede ya comprometer por ningún contrato el derecho que le transfirió, es evidente que tampoco lo puede hacer en virtud de un proceso.

ARTÍCULO 1688

SI SE DECLARA NULO EL CONTRATO CELEBRADO CON UNA PERSONA INCAPAZ, SIN LOS REQUISITOS QUE LA LEY EXIGE, EL QUE CONTRATÓ CON ELLA NO PUEDE PEDIR RESTITUCIÓN Ó REEMBOLSO DE LO QUE GASTÓ Ó PAGÓ EN VIRTUD DEL CONTRATO, SINO EN CUANTO PROBARE HABERSE HECHO MÁS RICA CON ELLO LA PERSONA INCAPAZ.

SE ENTENDERÁ HABERSE HECHO ÉSTA MÁS RICA, EN CUANTO LAS COSAS PAGADAS Ó LAS ADQUIRIDAS POR MEDIO DE ELLAS, LE HUBIEREN SIDO NECESARIAS; Ó EN CUANTO LAS COSAS PAGADAS Ó LAS ADQUIRIDAS POR MEDIO DE ELLAS,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

QUE NO LE HUBIEREN SIDO NECESARIAS, SUBSISTAN Y SE QUISIERE RETENERLAS.

Rescindido un contrato celebrado con un incapaz, ó, lo que aquí es lo mismo, con un púber, una mujer casada ó una persona en interdicción por disipador, el que pide la restitución de lo dado ó pagado, en virtud del contrato rescindido deberá justificar que el incapaz se ha hecho más rico con ello; es decir, que se empleó en provecho del incapaz.

El que pide la restitución de lo que dió ó pagó, en virtud del contrato rescindido, deberá justificar que eso le fué necesario al menor; ó bien, en caso de no haberle sido necesario, que subsista y se quiera retener.

Es evidente que lo pagado en virtud del contrato, ha sido necesario al menor cuando ello aparece del acto mismo; no habiendo que atender al caso que haya dejado de existir por un accidente posterior.

De consiguiente, cuando el menor ha comprado con ventaja una casa y sucede que algún tiempo después de haberla adquirido, se incendió, no podría pretender que no se hizo más rico en virtud de aquel contrato.

La expresión "en cuanto las cosas pagadas ó adquiridas hubieren sido necesarias", deberá entenderse con cierta restricción.

Aunque el comprador hubiera adquirido de un menor un objeto por su justo precio, no podría sostener que lo pagado le era necesario, cuando ha cometido la imprudencia de pagar á un menor poco juicioso que lo disipó.

No tiene lugar la restitución, desde el momento en que la persona que pudo pedirla, ratificó el contrato vicioso.

Aquel que ha dado ó pagado á un incapaz en virtud de un contrato vicioso; si es cierto que no puede pedir la anulación, sin embargo, podrá demandar al curador, á fin de que ratifique y valide el pago; si la cosa dada ó pagada no se ha desperdiciado aún.

En caso de restitución, habrá lugar al abono de mejoras útiles y necesarias, según lo expresa de un modo general el artículo 1687.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ARTÍCULO 1689

LA NULIDAD JUDICIALMENTE PRONUNCIADA DA ACCIÓN REIVINDICATORIA CONTRA TERCEROS POSEEDORES, SIN PERJUICIO DE LAS EXCEPCIONES LEGALES.

Este artículo entiende por "terceros" todos los que derivan sus derechos de la persona que celebró el contrato anulado, todos aquellos que tienen la cosa "en su voz," esto es, sus causa-habientes á título singular.

No se trata aquí de terceros extraños á la persona que celebró el acto ó contrato rescindido, á quienes en ninguna manera interesa al acto anulado; á esos les es indiferente la suerte que haya corrido el contrato y si fué anulado ó nó; la sentencia que pronunciara la rescisión no produciría ningún efecto contra ellos ni aun en su favor, pues será respecto de esas personas *res inter alios judicata quæ aliis nec nocet nec prodest.*

El comprador, como cualquier sucesor particular de una persona viva, es el causa-habiente del enajenante en lo que se refiere á la cosa en que sucede; sin embargo, no tiene esta calidad sino por lo que haya hecho su autor, anteriormente á su título de adquisición. Adquirido un derecho por una persona, siempre que la enajenación sea pura y simple, no se le puede ya quitar sin su consentimiento ni aun por aquel mismo que lo concedió.

Toda sentencia pronunciada contra el autor y recaída en una demanda interpuesta después del momento en que la adquisición se ha cumplido legalmente, será para el causa-habiente *res inter alios judicata*, ó, como dice la ley de Partida, "non le empesce". Si después de verificada la enajenación ya no puede al autor afectar en virtud de ningún contrato el derecho adquirido por su causa-habiente, tampoco lo puede hacer litigando: "la cosa que es nuestra non puede pasar á otri sin nuestra palabra e sin nuestro fecho". (Regla de Derecho, XII, tít. XXXIV, Partida 7.ª)

En resumen, el que obtiene un derecho real sobre una cosa, es en verdad el causa-habiente de aquel que lo confirió; una vez

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se ha pronunciado la rescisión de un contrato, las consecuencias de esta anulación se imponen tanto á la persona que celebró el contrato como asimismo á todos los terceros que de ésta derivan sus derechos, aunque no hayan sido parte en el proceso; aplicando la máxima *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*; el dueño que obtuvo la anulación del contrato, puede entonces reivindicar de entre las manos de este tercero detentador el inmueble de cuya posesión fué privado y del cual es propietario: "Ningún home non puede dar más derecho á otro en alguna cosa de aquello que le pertenece en ella". (Regla XIII, título XXXIV, Part. 7.ª)

Sin embargo, el causa-habiente es un tercero enteramente extraño, respecto de los actos y contratos que celebrare su autor después del momento de la enajenación, y de consiguiente, en nada le afectan, puesto que recibió su derecho en el momento en que se lo conceden y es independiente de la voluntad ulterior del enajenante.

El artículo de que nos ocupamos expresa que la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria "contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales" creemos de suma utilidad estudiar, aunque sea brevemente, la prescripción, tanto por la estrecha relación que tiene con el artículo considerado, como con otros del presente título.

Para la prescripción adquisitiva ordinaria, se necesita, entre otros requisitos, posesión regular; esto es, la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe.

Por justo título se entiende un título que sea, por su naturaleza, translaticio de dominio (*Fenet.*, XX, pág. 593), un título tal, que si hubiese emanado del verdadero dueño, siendo capaz de enajenar, podría haber transferido el dominio.

No basta un título condicional, porque el que adquiere condicionalmente no puede creerse en la actualidad propietario, en virtud de que no debe ignorar la disposición legal (art. 1749), que siendo suspensiva la condición, suspende la adquisición de un derecho.

En el caso que el título estuviera sujeto á una condición resolutoria, podría ser justo título; entonces el derecho es puro y simple, pero sujeto á una resolución condicional; y, como dice

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pothier, "la obligación contratada bajo una condición resolutoria, es perfecta desde el instante del contrato": *Obligatio pura quæ sub conditione resolvitur.*

El artículo 704, inciso 3.º dice que no es justo título el que adolece del vicio de nulidad.

Esto sería exacto si el artículo se refiriese á la nulidad absoluta, á la nulidad por defecto en la forma, de que trata el artículo 1682; como ser una venta de un bien raíz hecha en escritura privada, etc.

Si el título adolece del vicio de nulidad relativa, no siendo ésta establecida sino en beneficio de la persona á quien la ley otorga el privilegio, únicamente ellas pueden alegarla, y no el propietario de la cosa y tercero respecto del acto rescindible en que funda su justo título el poseedor, de suerte que el acto de transferencia, aunque vicioso, constituye un justo título.

Por lo demás, la ley, al decir que no es justo título el que adolece del vicio de nulidad, no quiere significar con ello que sea suficiente expresarse que debiendo ser autorizado por un representante legal no lo ha sido, etc.; es preciso que una sentencia pronuncie la anulación; sentencia que solamente puede darse en una demanda instaurada, no por el propietario del inmueble y tercero respecto del acto vicioso, sino por aquella persona en cuyo beneficio estableció la ley la acción rescisoria. En consecuencia, el propietario verdadero del inmueble y tercero en cuanto al contrato en que se funda el justo título para prescribirlo, y contra él invocado, no puede oponer la nulidad relativa que lo afecta, á menos que lo hiciera como causa-habiente de la parte que, habiendo concurrido á la celebración de aquel acto, tenía derecho para pedir que se rescindiese.

La segunda condición exigida para constituir la posesión regular que se necesita para la prescripción adquisitiva ordinaria, es la buena fe.

La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de todo vicio (artículo 709).

Ella debe ser completa, entera. El Legislador, en su definición, ha querido exigir que no se haya notado la falta de derecho del causante para transferir el dominio; puesto que si así no

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fuera, no se podría tener conciencia de haber adquirido por medios legítimos.

Como se sabe, la posesión regular no pierde su carácter á pesar de que la buena fe con que al principio se poseyó, no subsista después.

Tres elementos constituyen la buena fe:

A.—Que el adquirente haya creído que el enajenante tenía el dominio de la cosa.

B.—Que lo haya creído capaz de enajenar.

C.—Que el título estuviese exento de fraude y de cualquier otro vicio.

Si falta uno solo de estos requisitos, no puede el poseedor tener conciencia de que ha adquirido el dominio por medios legítimos.

Esta perfecta convicción de su buen derecho no existe, si el título está afectado de nulidad absoluta; y cesará de existir, cuando, siendo el vicio de nulidad relativa, él es conocido por el adquirente.

El segundo elemento de la buena fe es la creencia en la capacidad del enajenante. De suerte que si el adquirente cree al vendedor propietario y en realidad lo es, pero, al mismo tiempo, sabiendo que es menor, contrata directamente con él, entonces no tiene la conciencia de haber adquirido la cosa por medios legítimos; carece de la convicción de haber obrado con lealtad, y, de consiguiente, está de mala fe.

Por último, se requiere que el título esté exento de fraude y de cualquier otro vicio (art. 703). La ley favorece especialmente al que tiene buena fe: mediante la buena fe el adquirente se halla exento de toda responsabilidad por no haber conocido la falta del derecho de su causante; sólo en virtud de ella la ley otorga al poseedor la gracia de ser considerado, antes de cumplirse la prescripción adquisitiva ordinaria, y aunque no alcance á cumplirse, como un verdadero propietario *(vero domino)* otorgándole, siempre, excepcionales prerrogativas. De ningún modo podría merecer tantas consideraciones de la ley, aquel cuyo acto no es sino el resultado del fraude, del dolo.

Según lo expresa el artículo 707, la buena fe se presume; el que alega la mala fe deberá probarla, excepto en los ca-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sos particulares en que se establece la presunción de mala fe.

Aunque la buena fe que se tuvo al adquirir la posesión, ya después no subsista, en habiendo siempre justo título, la posesión será regular, y se habrá cumplido con el requisito que exige el artículo 2507, para prescribir: *mala fides superveniens non impedit usucapionem.*

La prescripción adquisitiva ordinaria se cumple por diez á veinte años de posesión regular.

Se dice por diez á veinte años, porque, según el artículo 2508 estando ausente el dueño, cada dos días se cuentan por uno sólo para el cómputo de los años.

De manera que el plazo para adquirir por la prescripción será de diez años, si el que tiene el dominio de la cosa habita durante todo este tiempo en el territorio de la República; de veinte años, si reside en país extranjero y de una duración intermedia entre uno y otro lapso de tiempo, si el dueño ha estado parte de este tiempo domiciliado en el territorio de la República y otra parte residió fuera del país. En este último caso "cada dos días de ausencia se cuentan por uno solo"; de consiguiente hay que agregar á los años de presencia un número doble de aquellos que faltan para completar los diez, si después estuvo ausente; resultando que el plazo para esta prescripción será, á veces, el espacio intermedio entre diez y veinte años "así que si la tuvo cinco años estando amos presentes e diez después que alguno de ellos fuese a otra parte que la puede ganar por este tiempo". (Ley 20, tít. XXIX, Part. 3.ª) (1)

ARTÍCULO 1690

CUANDO DOS Ó MÁS PERSONAS HAN CONTRATADO CON UN TERCERO, LA NULIDAD DECLARADA Á FAVOR DE UNA DE ELLAS NO APROVECHARÁ Á LAS OTRAS.

La rescisión del contrato únicamente debe aprovechar á la persona que puede pedirla; de manera que aquellos que jun-

(1) Conforme con la glosa del licenciado Gregorio López, *Hoc eodem modo computabitur tempus prescriptionis.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tamente con ella contrataron, no pueden invocar el beneficio de la anulación pronunciada por la justicia en una lítis habida entre esa persona y el tercer contratante. Á menos que la cosa que les es común con la persona que pidió y obtuvo la anulación del contrato, sea divisible.

Si la obligación es indivisible, no le aprovecha la declaración de nulidad, en virtud de que cada uno de los que han contraído una obligación indivisible, es obligado en el todo, aunque no se haya estipulado solidariedad (art. 1527).

Si la obligación es solidaria, tampoco, por cuanto en este caso puede exigirse á cada uno de los deudores el total de la deuda (art. 1511).

ARTÍCULO 1691

EL PLAZO PARA PEDIR LA RESCISIÓN DURARÁ CUATRO AÑOS. ESTE CUADRIENIO SE CONTARÁ, EN EL CASO DE VIOLENCIA, DESDE EL DÍA EN QUE ÉSTA HUBIERE CESADO; EN EL CASO DE ERROR Ó DE DOLO, DESDE EL DÍA DE LA CELEBRACIÓN DEL ACTO Ó CONTRATO.

CUANDO LA NULIDAD PROVIENE DE UNA INCAPACIDAD LEGAL, SE CONTARÁ EL CUADRIENIO DESDE EL DÍA EN QUE HAYA CESADO ESTA INCAPACIDAD.

Á LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE POR ASIMILACIÓN Á LOS MENORES TENGAN DERECHO PARA PEDIR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD, SE LES DUPLICARÁ EL CUADRIENIO Y SE CONTARÁ DESDE LA FECHA DEL CONTRATO.

TODO LO CUAL SE ENTIENDE EN LOS CASOS EN QUE LEYES ESPECIALES NO HUBIEREN DESIGNADO OTRO PLAZO.

El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años.

Este cuadrienio para atacar el acto ó contrato vicioso, empezará á correr, en general, desde el día en que se celebró el acto ó contrato, en que comenzó á existir; á no ser que la persona que invoca la nulidad alegue y pruebe que no ha tenido conocimiento del acto sino cuando hubo transcurrido algún tiempo después de celebrado.

Por el inciso segundo de este artículo se hace otra excepción que tiene su fundamento en la equidad y la razón: cuando se fun-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

da la acción de nulidad en el consentimiento vicioso por haberse obtenido mediante la fuerza ó violencia, entonces el plazo se contará desde el día en que ésta hubiere cesado.

Además, si la nulidad ó rescisión proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadrienio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. Así, respecto de una persona sujeta á interdicción, desde el día en que fuese rehabilitada (art. 454); si se trata de un menor, desde el día de su mayor edad; y si de una mujer casada, desde el día de la disolución del matrimonio (artículo 123).

Los actos que un tutor ó curador hubiere celebrado en representación del pupilo (art. 411), sin cumplir con las solemnidades ó requisitos que la ley exige, se encuentran afectados de un vicio de nulidad relativa, y, de consiguiente, se puede anularlos durante el cuadrienio. Sin duda que esta no es una nulidad absoluta, pues lo que se ha omitido es algún requisito ó formalidad que la ley prescribe para el valor de tales actos en consideración á la calidad ó estado de las personas que los ejecutan ó acuerdan (art. 1682). El acto ó contrato se ha formado porque se celebró por una persona á quien la ley ha conferido la representación del incapaz, sin subordinar esta "representación" á ciertas formalidades; ella existe en todos los actos judiciales ó extrajudiciales que conciernan al pupilo y que puedan menoscabar sus intereses ó imponerle obligaciones (art. 390). Si el guardador no observó ni cumplió las prescripciones legales requeridas, es culpable y negligente; pero siempre es ante la ley el representante legal del incapaz (art. 43). El acto ó contrato existe, aunque vicioso, y, por tanto, se puede rescindir y es susceptible de ratificación.

Para que empiece á transcurrir el plazo en que la acción deba interponerse, es necesario que haya sido posible intentarla: las personas incapaces, no teniendo el libre ejercicio de sus derechos, se miran como si se encontraran en la imposibilidad de contratar: *contra non valentem agere non currit prescriptio.* (SAUBERT, pág. 40, núm. 300).

Si la acción rescisoria la pudieren pedir muchos menores, como sería en el caso de que sus bienes se hubiesen vendido sin observar las formalidades legales, no habría indivisibilidad; los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuatro años corren para cada uno, desde el día de su mayor edad; de suerte que uno de ellos puede haber perdido el derecho de intentar la acción rescisoria, cuando otros aun la conservan.

Respecto de los incapaces por interdicción judicial, hay que distinguir si la interdicción es motivada por demencia ó bien por disipación.

Si se trata de una persona sujeta á interdicción por demencia y concerniente á sus actos ó contratos posteriores á la interdicción judicial y antes de haber sido rehabilitada, no se aplican las disposiciones del artículo 1,691, porque el acto ó contrato será nulo radicalmente "aunque se alegue haberse ejecutado ó celebrado en un intervalo lúcido". "El home que es fuera de seso non faze ningun fecho enderezadamente, e por ende non se puede obligar porque non sabe, non entiende pro ni daño" (Regla de Derecho, IV, tít. XXXIV, Part. 7.ª)

En cuanto á los actos celebrados en época anterior á la interdicción, serán válidos, á menos de probar que el que los ejecutó "estaba entonces demente" (art. 465, inc. 2.º).

Al que está sujeto á interdicción por disipador, la ley únicamente lo priva de la administración de sus bienes; de consiguiente, siempre queda hábil para celebrar aquellos actos ó contratos que no se relacionan con dicha administración; sólo se ha procurado impedirle las dilapidaciones, los contratos ruinosos á que lo expondría su prodigalidad. Así, podrá reconocer un hijo natural (arts. 453, 271); hacer su testamento (1005), casarse. Y como puede contraer matrimonio, éste seria un caso en que puede gravar sus bienes sin la intervención de su curador ni la autorización judicial; en virtud de que el matrimonio produce, de pleno derecho, un privilegio legal en favor de la mujer (art. 2481); gravamen que impone el Legislador sin tomar en cuenta la voluntad del marido.

Si el que se encuentra en entredicho de administrar sus bienes por disipador, celebra sin la autorización competente (artículos 449 y 452) y antes de ser rehabilitado, un acto ó contrato referente á la administración de sus bienes, de la cual lo ha privado la ley, una vez rehabilitado, podrá pedir que se anule durante cuatro años después de su rehabilitación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si una mujer pide la anulación de un contrato que celebró siendo soltera y menor de edad, omitiendo los requisitos legales exigidos por su minoridad, no hay duda que el plazo para pedir la rescisión empieza desde que sea mayor de edad; no obstante que entonces se encuentre casada, puesto que la anulación la solicita, no por falta de autorización marital, sino por omisión de las prescripciones exigidas por su minoridad: exige la rescisión como menor y no como mujer casada.

Teniendo interés el marido en anular el contrato celebrado por su mujer, sin cumplir con los requisitos legales, ¿desde cuándo empezará á contarse el plazo para pedir la nulidad, ejercitando el derecho que al efecto le concede el artículo 1684? Indudablemente que desde el día de la celebración del acto ó contrato, ó desde el día en que tuvo conocimiento de su existencia, si se le ocultó; puesto que no es incapaz y pudo gestionar desde el instante en que el contrato se celebró.

Esto se funda en el principio general del artículo 1691, que el cuadrienio se cuenta desde el momento de la celebración del acto ó contrato, y las excepciones que mediante los incisos de este artículo se introducen, son para los casos de violencia é incapacidad, siendo aplicables á la persona que la ha sufrido ó que es incapaz: si la mujer casada que contrata puede serlo, el marido que invoca la nulidad no se halla en ese caso, y, en consecuencia, la excepción no rige respecto de él. (*Fenet*, tomo XII, págs. 287 y 371.)

Además, el marido no puede intentar la acción de nulidad sino mientras dura el matrimonio, y su derecho cesa con su potestad, á menos que tuviese un interés pecuniario, en cuyo caso se le concedería como causa-habiente de la mujer. (DEMOLOMBE, tomo IV, núm. 341.) De consiguiente, si el marido sólo puede intentar esta acción durante el matrimonio (al contrario de lo que sucede tratándose de la mujer), el cuadrienio deberá correr en su contra desde la celebración del acto, pues, á no ser así, nunca podría correr.

El artículo 1691, expresando que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, establece que ese mismo lapso de tiempo dura la excepción: bajo el nombre de acción de nulidad ó rescisión se comprende toda demanda sobre anulación, sea

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

principal, sea como reconvención: el cuadrienio se aplica á la demanda ordinaria y á la reconvención, á la acción y á la excepción.

De modo que, además de la acción de nulidad, la convención rescindible da lugar á una excepción en favor de la persona que tiene derecho para atacar la validez del contrato.

Cuando la parte adversa con quien he celebrado una convención rescindible venga á prevalerse de las obligaciones resultantes de ese contrato, la excepción de nulidad será admisible, con tal que se invoque por quien tenga este privilegio, dentro del plazo que determina el artículo 1691.

No se trata del caso en que una persona es perseguida á fin de obligarla á cumplir un contrato radicalmente nulo. Entonces la excepción es perpetua, aunque la acción no pueda durar más de treinta años.

Cuando se ha celebrado una convención anulable, no obstante que el contrato no se haya ejecutado, puede la parte perjudicada, si tiene el privilegio, gestionar á fin de que la justicia pronuncie la rescisión del contrato, si tuviera interés en prevenir el efecto de la demanda sobre ejecución de la convención.

Y tiene esta facultad, no sólo porque su inacción podría acarrearle la pérdida de ese derecho, sino también porque bien podría suceder que las pruebas en que fundaba su pretensión desaparecieran con el tiempo.

El artículo 1,691 no nombra la acción de rescisión ni la excepción, sino que habla del "plazo para pedir la rescisión"; teniendo en cuenta, sin duda, que cuando el demandado opone á la acción dirigida en contra de él una nueva demanda llamada reconvención, se hace, á su vez, demandante (actor): alega una excepción para destruír ó enervar la pretensión del demandante: *reus excipiendo fit actor.*

El citado artículo se refiere tanto á la nulidad pedida á la justicia excepcionándose, como de aquella que es interpuesta por demanda principal; puesto que, á no ser de esta suerte, resultaría que ella no se encontraría entre las causas que pueden extinguir las obligaciones. (DURANTÓN, tomo XII, número 549).

En consecuencia, la ley ha establecido el plazo para la nulidad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y rescisión en términos absolutos y generales, ya sea propuesta como demanda principal ó por reconvención: "Sin distinguir el caso que sea pedida por el demandante ó alegada como excepción por el demandado; y no es, por lo tanto, lícito distinguir para concederla en el primer caso y rechazarla en el segundo." (Corte de Santiago, año 1873, sent. 1,289.—Corte de Concepción, año 1875).

En los casos considerados, no se podrá pedir la declaración de nulidad pasados treinta años desde la celebración del acto ó contrato. Este precepto legal guarda concordancia con lo ordenado en los artículos 2511 y 2520, sobre que transcurridos treinta años desde que empezó la posesión, ó bien, desde que la obligación se hizo exigible, no se tomará en cuenta suspensión alguna ni en la prescripción adquisitiva extraordinaria ni aun en la extintiva de las acciones judiciales.

ARTÍCULO 1692

LOS HEREDEROS MAYORES DE EDAD GOZARÁN DEL CUADRIENIO ENTERO SI NO HUBIERE EMPEZADO Á CORRER; Y GOZARÁN DEL RESIDUO, EN CASO CONTRARIO.

Á LOS HEREDEROS MENORES EMPIEZA Á CORRER EL CUADRIENIO Ó SU RESÍDUO, DESDE QUE HUBIEREN LLEGADO Á EDAD MAYOR.

PERO, EN ESTE CASO, NO SE PODRÁ PEDIR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD PASADOS TREINTA AÑOS DESDE LA CELEBRACIÓN DEL ACTO Ó CONTRATO.

Los herederos mayores gozarán del cuadrienio entero, si no hubiere principiado á correr; y si hubiere corrido en parte, gozarán del residuo. Esta regla no es más que la aplicación del principio general "de que los herederos suceden al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles" (artículos 951 y 954).

Á los herederos menores empieza á correr el cuadrienio ó su resíduo desde que hubieren llegado á mayor edad. Se suspende, pues, el cuadrienio en provecho de los menores; ya sea que estén sometidos á la administración legal de su padre, ó bien

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que tengan un tutor ó curador, siempre estarán al abrigo de la prescripción de esta acción.

En virtud de la suspensión, la prescripción duerme, pero no se extingue; y no obstante la interrupción, uno puede aprovecharse, agregar el período de tiempo que ha precedido á la suspensión, el cual no se borra cesando la causa de la suspensión, sino que se le cuenta al poseedor: lo único que se destruye es el tiempo durante el cual la prescripción no corrió.

La prescripción cuadrienal que, respecto de una acción de nulidad ó rescisión ha comenzado á correr, se suspende en favor de las personas que determina el artículo 2,509; es decir, tratándose de menores, dementes, sordo-mudos y todos los que están bajo potestad paterna ó marital ó bajo tutela ó curaduría, etc.

La ley no ha querido hacer soportar á los menores y demás que acaban de expresarse las consecuencias de la poca atención ó de la negligencia de sus curadores, etc. Además, son incapaces de enajenar, y como, según el principio de Derecho, *alienare videtur qui patitur usucapi*, se considera que esas personas no pueden ejercer los derechos que se querría prescribir contra ellos

Los artículos 1691 y 1692 no tratan sino de fijar la época en que empieza á correr la prescripción cuadrienal, no se ocupan de la cuestión de averiguar si la prescripción se suspende ó corre en favor de las personas que determina el artículo 2509, por la razón muy clara de que quedó resuelto por este último artículo, al decidir como principio general que la prescripción no corre contra ciertas personas.

El Legislador, ni en el artículo 1691 ni en el siguiente ha podido entender que hace una excepción á la doctrina general del artículo 2509, y, lejos de eso, la viene á confirmar en parte, según el inciso segundo del artículo 1692, disponiendo que á los herederos menores empieza á correr el cuadrienio ó su resíduo desde que hubieren llegado á edad mayor.

Pero, como se ha dicho antes, no es únicamente en la acción rescisoria que viene á adquirir un menor después que ha pertenecido á un mayor capaz, en la cual se suspende la prescripción cuadrienal, sino también respecto de la acción que ha pertenecido al incapaz, ya sea menor, mujer casada ó interdicto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Legislador, en los artículos citados (1691 y 1692), ha querido fijar el punto de partida de la prescripción cuadrienal. En lo concerniente á los acontecimientos que suceden durante el curso de la prescripción, esos artículos no se ocupan de ello, ni tenían por qué tratarlos, en consideración á que esto pertenece á los principios generales establecidos en la prescripción ordinaria. Se confunden, pues, dos cosas enteramente distintas, cuando se ve en este artículo una derogación al Derecho común; se confunden dos órdenes de ideas muy diferentes, cuando se quiere que la disposición de la ley que regla el comienzo de la prescripción, sea una prueba de que la ley no ha querido tomar en consideración los acontecimientos de la misma naturaleza que se presentan cuando ella tiene su curso. (TROPLONG, *Commentaire de la prescription).*

Sin embargo, se ha sostenido que la suspensión que establece el artículo 2509, únicamente se refiere á la prescripción ordinaria y que no se aplica á la acción rescisoria ó de nulidad.

Esta doctrina la fundan en que las prescripciones de poco tiempo á que están sujetas las acciones especiales de ciertos actos ó contratos, como la de que al presente se trata, corren contra toda persona, según el artículo 2524.

Los casos á que alude el artículo 2524, no son sino casos particulares en que la menor edad, la interdicción, etc., no se han tomado en cuenta para nada, ya sea para el comienzo, ya sea por lo concerniente al curso de la prescripción.

Las prescripciones de corto tiempo que nacen de ciertos actos ó contratos y que se mencionan en los títulos respectivos, son prescripciones abreviadas cuyo término se ha restringido notablemente, fundándose en motivos que no permiten tomar en cuenta la menor edad, etc., á fin de impedir que duren mucho tiempo algunas acciones y que se retarde casi indefinidamente el cumplimiento de una formalidad, procurándose con esto dar seguridad á las transacciones y estabilidad á los negocios.

El citado artículo 2524 trata de las acciones especiales que nacen de ciertos actos ó contratos y que se mencionan en los títulos respectivos.

La acción de nulidad y rescisión no es una acción especial

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que nazca de tal ó cual contrato; es una de las causas de la extinción de las obligaciones en general, de la destrucción de todo contrato afectado de un vicio de aquellos que permiten obtener su anulación; no es una acción que se menciona en determinado título, sino que es uno de los modos de "extinguir las obligaciones" (art. 1567).

En virtud de anteriores explicaciones se deduce que las suspensiones creadas por el artículo 2509, son aplicables tanto á la acción de nulidad ó rescisión como á la excepción.

Será útil estudiar brevemente los casos en que, según el artículo 2509, se suspende la prescripción.

Si se trata de un contrato vicioso cuyo objeto es un bien raíz ó un derecho ó acción que pertenezca en común á un mayor y un menor, resulta que la prescripción corría respecto del mayor y estaba suspendida para con el menor. Cuando posteriormente, en la partición, se adjudique, en virtud del laudo, dicho bien raíz ó derecho al mayor, entonces, como cada uno de los partícipes se entenderá que ha poseído exclusivamente lo que por la división le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión (art. 718); y cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión (art. 1344), la prescripción cuadrienal habría corrido para él sin suspenderse.

Inversamente, si el bien era adjudicado al menor, habría suspensión de la prescripción; y el cuadrienio ó su resíduo para atacar el contrato no corre hasta que llega á la mayor edad.

Respecto de la mujer casada, se sabe que la potestad marital, que es el motivo de la suspensión, sufre modificaciones por las causas siguientes:

A).—El ejercer la mujer alguna profesión ú oficio.

B).—La separación de bienes.

C).—El divorcio perpetuo.

En el primer caso, cuando la mujer ejerce notoriamente una profesión ó industria, se presume la autorización del marido para todos los actos ó contratos concernientes á su profesión ó industria. Por este motivo, en cuanto á los bienes industriales que puede enajenar libremente y en aquellos actos ó contratos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que fueren referentes á su profesión, no se suspende la prescripción. Si la ley, en estos casos, otorga á la mujer casada capacidad para enajenar por considerarla como que entonces no está bajo potestad marital, es lógico que tampoco goce del beneficio de suspensión.

Si la mujer separada de bienes es mayor de edad, no se suspende la prescripción en los actos y contratos relativos á la administración y goce de aquellos bienes que separadamente administra (art. 159).

Asimismo no se suspende la prescripción, si la mujer es divorciada y mayor, en los actos y contratos concernientes á los bienes que administra con independencia del marido, ó que después del divorcio ha adquirido (art. 173).

Si la mujer divorciada es menor de edad, se encuentra en el mismo caso de la separada de bienes menor (art. 154); por tanto, en ausencia de un artículo expreso que disponga se le dé curador, no obstante deberá tenerlo en virtud de los principios generales, viniendo así como menor á gozar del beneficio de suspensión.

De manera que tanto la menor separada de bienes como la menor divorciada, gozan del beneficio de suspensión; para otorgarlo no hay que tomar en cuenta la potestad marital que en una de ellas existe limitada, y en cuanto á la otra, ya terminó. Gozan de esta prerrogativa por ser menores, porque se hallan ó deben encontrarse bajo curaduría, ó lo que es lo mismo, como menores y no como mujer separada ó divorciada.

Negarles este privilegio sería dar una interpretación judaica al penúltimo inciso del artículo 2509, sería ponerse en contradicción con los principios más fundamentales del Código al tratar de la minoridad.

ARTÍCULO 1693

LA RATIFICACIÓN NECESARIA PARA SANEAR LA NULIDAD CUANDO EL VICIO DEL CONTRATO ES SUSCEPTIBLE DE ESTE REMEDIO, PUEDE SER EXPRESA Ó TÁCITA.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ARTÍCULO 1694

PARA QUE LA RATIFICACIÓN EXPRESA SEA VÁLIDA, DEBERÁ HACERSE CON LAS SOLEMNIDADES Á QUE POR LA LEY ESTÁ SUJETO EL ACTO Ó CONTRATO QUE SE RATIFICA.

ARTÍCULO 1695

LA RATIFICACIÓN TÁCITA ES LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA DE LA OBLIGACIÓN CONTRATADA.

ARTÍCULO 1696

NI LA RATIFICACIÓN EXPRESA NI LA TÁCITA SERÁN VÁLIDAS, SI NO EMANAN DE LA PARTE Ó PARTES QUE TIENEN DERECHO DE ALEGAR LA NULIDAD.

ARTÍCULO 1697

NO VALE LA RATIFICACIÓN EXPRESA Ó TÁCITA DEL QUE NO ES CAPAZ DE CONTRATAR.

Ratificar una obligación es borrar los vicios que la afectan renunciando el derecho de invocar las causas de anulación que podían hacerse valer en su contra.

Como se ha expresado antes, la nada, lo que no es sino una vana apariencia sin realidad, un acto material que no tiene existencia ante la ley, no se puede confirmar: *Nihili nullæ sunt proprietates; quod nullum est confirmari nequit;* y según lo expresa el artículo 1687: "la nulidad absoluta no puede ratificarse".

Cuando la convención no existe por falta de consentimiento, por tener una causa ó un objeto ilícito ó por haberse omitido algún requisito ó formalidad que las leyes prescriben para la validez del acto ó contrato en consideración á su naturaleza, la pretendida confirmación que hiciera una de las partes sería en-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

teramente inútil, no tendría efecto alguno, y lo que únicamente podría hacerse sería formar una obligación perfecta nuevamente.

La omisión de aquellas formalidades que la ley prescribe para el valor de ciertos actos ó contratos, en consideración á las personas que los ejecutan ó acuerdan, en virtud de hallarse bajo curaduría, potestad marital, etc., y que se denominan nulidades relativas ó imperfectas, es la que puede sanearse por la ratificación. Mediante la ratificación queda borrado el vicio que tenía el contrato rescindible, siempre que ella no esté, á su vez, afectada de algún vicio por el cual pudiera pedirse la anulación, pues entonces no valdría más que la obligación cuyo defecto se trata de subsanar.

Deberá efectuarse la ratificación en la forma y con las solemnidades á que por la ley está sujeto el acto ó contrato que se confirma; en consecuencia, si respecto de ese contrato se exigía escritura pública, y aún, para que produzca ciertos efectos, se requiere la inscripción, esas mismas solemnidades deberán observarse en la ratificación.

Se ha visto que la ratificación significa la renuncia de los motivos y excepciones que se pueden oponer contra la convención (se entiende sin perjuicio del derecho de tercero), y como hace de un acto vicioso, un acto intachable en lo concerniente á aquellos vicios que ella viene á subsanar, en cuanto á su efecto, es retroactivo, en virtud de que viene á borrar los vicios de una obligación que ya existía *ab initio*.

La ratificación de una convención anulable, ya sea que se haya ejecutado (el contrato) en el tiempo en que la parte no era aún capaz, ó bien si no se ha ejecutado, puede ratificarse tácitamente por el silencio suficientemente prolongado de las personas á quienes la ley otorga el derecho de pedir que se rescinda, en conformidad á las disposiciones de los artículos 1,691 y 1,692.

La ratificación tácita resulta de cualquiera circunstancia que sea bastante para manifestar la voluntad de sanear el vicio que afecta la convención anulable, siempre que sea emitida por la persona que tenga facultad para pedir la rescisión: uno de esos casos es el que prevé el artículo 1695, es decir, la ejecución voluntaria de la obligación contratada. Entendiéndose que es

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

preciso que la persona sea capaz de contratar y obre con conocimiento del vicio que afecta la convención, y tenga, además, la intención de validarla reparando ese vicio.

Una ejecución efectuada estando ignorante del derecho que tenía para pedir la anulación, no equivaldría á la ejecución tácita á que alude el artículo 1695, el cual exige que sea "voluntaria".

La ratificación no puede dañar los derechos que terceros hubieren adquirido en el intervalo de tiempo que transcurrió entre la celebración del acto ó contrato vicioso rescindible y la ratificación; por cuanto las convenciones no pueden aprovechar ni dañar intereses de terceros. "E aun dixeron que la culpa de uno non deve empezer a otro que non haya parte". (Regla de Derecho, XVII, tít. XXXIV, Part 7.ª).

Una persona celebra un contrato de venta de un bien raíz y la convención es anulable por no haberse observado los requisitos legales exigidos, á causa de haber condueños menores. Cuando estos últimos fueron capaces, enajenaron sus derechos á favor de un tercero; y, posteriormente á este acto, vinieron en ratificar la primera venta (que era anulable); sin embargo, ya la ratificación no tuvo lugar, quedó sin valor; "por cuanto no podía ella perjudicar los derechos legítimamente adquiridos por un tercero en el tiempo intermedio". (Corte de Concepción, año 1863, sentencia núm. 403).

Esto tiene lugar respecto de aquellos derechos que la ratificación destruiría; y no se aplica cuando los terceros hubieren adquirido, durante el intervalo entre el acto anulable y la ratificación, simples créditos personales; puesto que ellos no coartan la libre disposición de los bienes del deudor.

Como la ratificación no viene á formar una convención sino á consolidar, á subsanar una ya formada, existente, pero viciosa, no es necesario en ella el concurso de todos los que fueron partes en el contrato que se ratifica; el cual queda saneado del vicio, en virtud de la sola voluntad de la persona que puede pedir la rescisión.

DAVID COSTA PRUNEDA

Santiago, 20 de septiembre de 1890.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ALGUNAS OBSERVACIONES ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA PENAL, SEGÚN LA ESTABLECE NUESTRO CODIGO.

Entre las numerosas disposiciones de nuestro Código Penal que reclaman con urgencia una reforma, figuran en línea principal, á nuestro parecer, las que se refieren á la extinción de la responsabilidad penal por medio de la prescripción.

Persuadidos de esto, vamos á procurar establecer en este artículo los fundamentos de nuestra opinión, no sin la desconfianza natural de quien tiene que hacer observaciones á una obra á la que prestaron su cooperación jurisconsultos tan eminentes como los que compusieron la comisión redactora del Código Penal.

Que nos sirva de excusa, sin embargo, la gravedad de la materia, que autoriza cualquier esfuerzo bien intencionado que se haga para corregir un sistema que ocasiona en la práctica graves desigualdades é injusticias, no menos irritantes por que se pueda excusarlas con disposiciones análogas de otros Códigos extranjeros.

I

Nada más conforme á la razón y á la sana jurisprudencia que la prescripción en materia penal.

Por atroz que sea un delito, la acción de la justicia no debe estar permanentemente suspendida sobre la cabeza del delincuente. Si el hombre perdona, y hasta olvida, las ofensas que se le hacen, la ley no puede ser inexorable sino dentro de ciertos límites.

Prescindiendo de motivos referentes á la ineficacia de la pesquisa cuando se trata de antiguos delitos, los criminalistas han creído, con razón, que el remordimiento que habrá atormentado en la mayor parte de los casos al delincuente no castigado; la inquietud experimentada por el temor de verse á cada momento sorprendido; las precauciones y cuidados, más ó menos molestos y perjudiciales, que ha necesitado tomar para no ser descubierto, son, en realidad, una pena cuya gravedad variará

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mucho según los casos, pero que, de todas maneras, es muy digna de tomarse en consideración para cubrir con un manto de olvido al culpable, una vez transcurridos los plazos que al efecto establece cada legislación.

Pero, si es fácil admitir la prescripción en principio, no lo es tanto fijar los límites que deben señalarse á cada género de infracciones para la extinción de la responsabilidad penal de sus autores.

De aquí proviene que los plazos fijados en los diversos Códigos varíen, y que todos ellos, más ó menos, ofrezcan inconvenientes y dificultades en la práctica.

II

Limitándonos á los plazos de nuestro Código, resulta, desde luego, que son excesivamente desproporcionados, como lo comprobará un ligero examen.

Según el Código Penal (1), tanto *la acción para perseguir un delito*, como la pena ya impuesta por sentencia, se prescriben: en seis meses, por lo que toca á las faltas; en diez años, respecto de simples delitos; en quince años, tratándose de crímenes ordinarios; y en veinte años, cuando los crímenes merecen, por la ley, pena de muerte ó de presidio perpetuo.

El plazo de seis meses, designado para la prescripción, aunque breve en sí, nos parece excesivo, tomando en consideración la naturaleza de esas infracciones, y bien merecería reducirse á la mitad, como lo ha hecho el Código prusiano.

Pero del plazo de seis meses, correspondiente á las faltas, pasa el Código chileno, sin transición alguna, al de diez años, que corresponde á la prescripción de los simples delitos; y ya esto merece más seria atención.

Sabido es que la pena corporal de las faltas se extiende desde un día hasta sesenta de prisión, y la de los simples delitos, desde sesenta y un días hasta cinco años de reclusión ó de presidio menores.

Según esto, tendremos que el que ha cometido una grave

(1) Arts. 94 y 97.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

falta que la ley castiga con sesenta días de prisión, queda libre de la pena ó de la acción penal, según el caso, después de seis meses contados desde que cometió la falta, ó desde que se dictó la sentencia; y, entretanto, el que ha cometido el más leve de los simples delitos, que sólo merezca sesenta y un días de reclusión ó presidio, ó sea, únicamente un día más de encierro que en el caso anterior, no será favorecido sino por la prescripción de diez años, es decir, un plazo sesenta veces mayor.

Una diferencia insignificante en el grado de culpabilidad produce, pues, una diferencia enormísima en el plazo exigido para la extinción de la responsabilidad penal, lo cual no es ni equitativo ni razonable.

Y aun cuando intencionalmente hemos tomado un caso extremo, pero de aplicación corriente, como que, por fortuna, los delitos leves son los más frecuentes, resulta siempre que el plazo de la prescripción para los simples delitos, aun tratándose de penas mayores, es excesivo, sobre todo si se le compara con el que corresponde á los crímenes.

Ya hemos visto que este último plazo es de veinte años para los crímenes que la ley castiga con pena de muerte ó de presidio perpetuo, y de quince años en los demás.

La pena de estos últimos crímenes (considerando siempre sólo la pena de privación de libertad) varía desde cinco años y un día hasta veinte años.

Comparando, pues, la prescripción del mayor de los simples delitos, que se castiga con cinco años de reclusión ó presidio, etc., con la del mayor de los crímenes ordinarios, que merece veinte años de la misma pena, tenemos que la prescripción del primero es de diez años, ó sea, *el doble de la pena*, y la del segundo de quince, esto es, *cinco años menos que la pena.*

Á mayor delincuencia corresponde relativamente, en ese caso, menor plazo para la prescripción.

¿Puede ser aceptable una proporcionalidad semejante?

Lo mismo podremos preguntar comparando la prescripción de diez y de quince años con la de veinte.

Hay un abismo de distancia, por ejemplo, entre la culpabilidad del que comete un hurto de más de diez pesos y menos de cincuenta, ó la del que consuma un robo con fuerza en las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cosas, que merezca el máximun de la pena, y el que ejecuta un parricidio; y sin embargo, no existe ni remotamente la misma distancia proporcional en los plazos de diez, quince y veinte años en que respectivamente prescriben las acciones referentes al simple delito del primero, al crimen ordinario del segundo y al crimen extraordinario del último.

III

Se dirá que la desproporción á que aludimos es inherente á todos los plazos legales, y que se observa á cada paso, tanto en materia civil como penal. Ello es verdad, sin duda; pero sólo hasta cierto punto.

Sean cuales fueren los plazos que se fijen para la prescripción de los delitos y acciones penales, habrá siempre algunas desigualdades y desproporciones. Pero, si no es dado aspirar á que las leyes sean perfectas, es justo exigir que se mejoren; y creemos que no es tan difícil efectuar esto último respecto á la prescripción penal, estableciendo plazos que estén más en armonía con la razón y la ciencia.

Así como habría sido monstruoso que el Código Penal hubiese dicho: el autor de una falta será penado con seis meses de prisión; el que cometiere un simple delito será penado con diez años de presidio, y con quince ó veinte años de la misma pena, respectivamente, el que se hiciere reo de un crimen ordinario ó extraordinario: así es también inaceptable que se establezcan plazos de prescripción inalterables para infracciones que revelan una variedad considerable en la criminalidad de los que de ellas son responsables.

Si hay gradación en las penas, justo es que haya también una gradación análoga en la extinción de la responsabilidad de quienes las han merecido.

Esta gradación de los plazos de la prescripción, dentro de cada orden de infracciones, estará naturalmente sujeta á imperfecciones, lo mismo que hoy sucede con las penas establecidas en nuestro Código; pero, á lo menos, ellas no serán de tanta magnitud como las que dejamos indicadas.

Así como el Código establece tres grados de culpabilidad,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

máximun, medio y mínimo, tanto en las faltas, como en los simples delitos y en los crímenes que no merecen pena de muerte ó de presidio perpetuo, no vemos qué inconveniente habría para establecer grados correlativos para la extinción de la responsablidad penal.

De esta manera la prescripción de las faltas podría ser, respectivamente, de uno, dos y tres meses, ó de dos, cuatro y seis meses para cada grado; la de los simples delitos, de dos, cuatro y seis años; la de los crímenes ordinarios, de diez, quince y veinte años; y de treinta, la de los crímenes á que se aplique la pena de muerte ó la de presidio perpetuo.

La misma proporción se observaría respecto de las demás penas.

Apuntamos estos plazos sólo para dar una idea de nuestro plan, sin pretender que ellos hubieran de fijarse precisamente como definitivos.

IV

Extrañarán algunos que disminuyamos el plazo para la prescripción en los simples delitos, cuyo máximun fijamos en seis años, en vez de diez. Pero debe tenerse en cuenta que, siendo el máximun de la pena aplicada á esas infracciones cinco años de reclusión ó presidio, no es justo que el plazo para la extinción de la responsabilidad, si es que llega á exceder, exceda en mucho de esa duración.

Por una razón análoga proponemos que se eleve hasta veinte la prescripción en los casos de crímenes á que se aplica pena de privación de la libertad hasta en su grado máximo, pues no es justo, tampoco, que la prescripción tenga menos duración que la pena. Ello equivaldría á dar mayor valor y eficacia á la pena presunta, y en muchos casos problemática, que sirve de fundamento á la prescripción, que á la pena muy real y efectiva de los que cumplen su condena, defecto capital en que incurre nuestro Código.

En cuanto á los crímenes que merezcan pena de muerte ó de presidio perpetuo, nos parece indispensable aumentar á treinta años el plazo de la prescripción. No estimamos razonable, ni siquiera moral, que un reo de robo con homicidio, ó de parrici-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dio ú otros crímenes semejantes, nada más que por haber logrado burlar la acción de la justicia ó la vigilancia de sus guardianes, quede libre de toda pena con sólo el transcurso de veinte años, cuando criminales condenados por delitos análogos, ó tal vez menos graves, han purgado con la vida su delincuencia, ó sufren todavía una condena de presidio por mayor tiempo, y acaso á perpetuidad. Ya que es menester aceptar el principio de la prescripción, que á lo menos el plazo á ella fijado, sin hacerla ilusoria por una duración muy prolongada, guarde relación con la gravedad del delito Treinta años, cuando se trata de un crimen atroz, es un plazo breve comparado con el de diez años que hoy rige para los simples delitos, y aun comparado con el de dos, cuatro y seis años, que más arriba hemos propuesto.

Por lo demás, la prescripción de treinta años se encuentra establecida en varios Códigos, como el prusiano (1), y guarda cierta analogía con la prescripción civil extraordinaria.

V

El plazo de quince y veinte años que actualmente rige para la prescripción de crímenes, tiene además un gravísimo inconveniente, que reclama su urgente reforma.

Sucede con frecuencia que en un crimen toman parte varios reos, y que, ó no son todos ellos aprehendidos, ó uno ó varios de los que lo han sido, logran fugarse. Á veces, los que la policía no consigue aprehender, ó que, aprehendidos, se fugan, son los más culpables.

Supongamos una sentencia en que hay dos reos condenados á muerte por un crimen atroz y uno de ellos como ausente. Es probable que la circunstancia misma de la ausencia de su correo contribuyera á que el Consejo de Estado conmutara la pena del condenado á muerte en presidio perpetuo. Pero, así, y todo, resultaría que el reo ausente, transcurridos veinte años después de la sentencia, quedaría libre y á derechas con la justicia, gozando tal vez del producto de su crimen; en tanto que el reo

(1) Código Penal para los Estados Prusianos, artículo 46.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

presente, menos criminal tal vez, y acaso inducido por aquél, gemiría por toda la vida en duro calabozo.

Aunque nuestro Código Penal recién ha cumplido quince años de vigencia, ha debido ocurrir ya más de una vez un caso análogo al que contemplamos en este párrafo, y han de seguir ocurriendo en lo sucesivo, tanto con la prescripción de quince años como con la de veinte. Y es más fácil imaginar que describir el tormento y la desesperación que experimentará en estos casos el que cumple la condena, por una parte, y por la otra el esfuerzo cada vez mayor que pondrán los delincuentes en ser juzgados como ausentes, ya que á la ventaja inapreciable de no perder su libertad se junta la de que, por una extraña combinación legal, sin cumplir pena, extinguen su responsabilidad en menor tiempo que los que la están cumpliendo...

VI

Se dirá que el inconveniente apuntado, que envuelve una injusticia irritante, no desaparece aumentando el plazo de la prescripción. Indudablemente no desaparece, pero disminuye de modo considerable la probabilidad de que acontezca. Y para que desapareciera por completo, bastaría consignar en la ley una disposición, que es complemento necesario de lo que proponemos, y según lo cual, en los crímenes en que hubieren intervenido varios delincuentes, no se extinguiría la responsabilidad penal de ninguno de ellos, aun cumplido el plazo de la prescripción correspondiente, mientras estuvieran cumpliendo la pena los correos que la hubieren merecido igual ó menor que los ausentes á quienes hubiere de favorecer la prescripción.

Esta disposición es tanto más indispensable cuanto que sucede muchas veces, como en el caso del robo en cuadrilla, que la circunstancia de intervenir varios en el crimen aumenta la pena; de manera que, en esa clase de infracciones, el criminal ó criminales ausentes, favorecidos por la prescripción, quedarían libres, cuando todavía el preso ó los presos seguirían sufriendo un encierro cuya duración habrían aumentado aquél ó aquéllos con su intervención en el crimen.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

VII

En resumen, dos son los defectos capitales de los actuales plazos de la prescripción penal.

Consiste el primero en su desproporción y falta de gradación según un sistema que guarde cierta correlación con la gravedad y duración de las penas á que corresponden.

Proviene el segundo de que, en los crímenes á que se aplica pena cuya duración excede de quince años, y sobre todo, en los que la pena excede de veinte años, la prescripción se opera en un plazo menor que el de la duración de esas penas; lo cual no sólo es contrario á los fundamentos que han dado origen á la prescripción, sino que puede dar ocasión á que reos de un mismo crimen estén unos cumpliendo todavía su condena, ó hayan sufrido ya la más grave é irreparable, en tanto que otros, mereciendo el mismo ó mayor castigo, han quedado libres de toda responsabilidad por la prescripción de quince ó veinte años.

Para obviar el primero de los defectos apuntados, proponemos reducir la prescripción de las faltas, ó á lo menos la de los simples delitos, estableciendo á la vez una gradación correlativa con la de las penas.

Para salvar el segundo, proponemos aumentar la prescripción de los crímenes más graves, de modo que el plazo requerido para que tenga efecto no sea inferior al de la pena merecida salvo en los casos en que ésta sea la de muerte ó presidio perpetuo, en los cuales se extendería la prescripción hasta treinta años.

Además, se establecería como regla especial, para los crímenes en que han intervenido varios reos, que ninguno de ellos podría alegar la prescripción, mientras que otro ú otros culpables, en el mismo ó en menor grado, estuvieren cumpliendo su condena.

Equivocados ó nó en las medidas que proponemos, lo que nos parece indudable es que el sistema de prescripción penal establecido en la actualidad es digno de enmienda, y que debe

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

estudiarse su reforma para cuando llegue el tiempo, que deseamos esté cercano, en que se revise nuestro defectuoso Código Penal.

DANIEL FELIÚ

¿AFECTA Á LOS MIEMBROS DE LAS MUNICIPALIDADES la inhabilidad establecida por el artículo 6.° de la Ley Electoral?

Dispone el artículo 6.° de la Ley de Elecciones de 20 de agosto último que, al formar las listas de contribuyentes, el juez debe excluir de oficio á los senadores, diputados y á todos los empleados públicos.

¿Deberá comprenderse bajo esta denominación á los miembros de las Municipalidades? Hé aquí lo que hoy nos proponemos estudiar después de conocer las resoluciones que sobre la materia se han dictado por los Tribunales Superiores de Justicia.

Arduamente discutida y en sentidos contradictorios resuelta, la cuestión de saber lo que debe entenderse por empleados públicos es, sin duda alguna, la más importante que durante los últimos días haya sido objeto de los debates forenses.

Á pesar de que muchas de nuestras leyes los mencionan, ninguna los ha definido de una manera general, ninguna ha llegado á precisar el alcance que en nuestro Derecho deben tener esas expresiones. Más aún, el sentido, que en algunas parece natural y obvio, en otras se presenta como incongruente ó inadmisible.

Antes que todo conviene tener presente que la remuneración no es carácter distintivo del empleo público, pues los hay que son remunerados y otros gratuítos, como implícitamente nos lo indica el precepto contenido en el artículo 21 de la Constitución Política cuando dice que cesará en su representación todo diputado, y el senador en su caso, que desde el momento de su elección acepte *empleo retribuído* de nombramiento exclusivo del Presidente de la República. Al hablar de empleos retribuídos se reconoce la existencia de otros que no lo son y á los cuales no alcanza la incompatibilidad constitucional.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La única ley en que encontramos una definición de empleado público es el Código Penal, cuyo artículo 260 preceptúa que, para los efectos de las pènas que dicho Código establece, deben considerarse como tales á todos aquellos que desempeñan un cargo público, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. Pero á pesar de que esto es sólo para los efectos de la penalidad, sin embargo, creemos que por analogía puede aplicarse esa acepción á otras leyes, siempre que ella no repugne al carácter especial de las mismas.

Cargo público, según el Diccionario, es la dignidad, empleo ú oficio que da á alguno la facultad de ejercer una función pública. Por consiguiente, los puestos de alcaldes y regidores de las Municipalidades son cargos públicos, ya que caben bajo la denominación de *dignidad* que confiere el derecho de ejercer una *función pública*, como sin duda alguna debe llamarse la que á aquellos encomienda la ley.

Á ellas pueden optar todos los habitantes de la República, sin otras condiciones, sin más trabas, que las que impongan las leyes (art. 10 de la Constitución).

Ante el Código Penal, los municipales son, pues, empleados públicos, y por idénticas razones lo son, á nuestro juicio, ante los preceptos de la Ley Electoral.

En efecto, lo que ésta se propuso al excluír de las juntas de contribuyentes á los senadores, diputados y á los empleados públicos, fué sin duda, evitar la presencia en ellas, á fin de asegurar la más absoluta libertad en el ejercicio del derecho de sufragio, de todos los individuos que pudieran ejercer cualquiera influencia sobre los demás ó que por otros pudieran ser influenciados.

El municipal, en su carácter público, puede influír considerablemente sobre ciertas personas que necesitan contar con su buena voluntad, de la misma manera que sobre el empleado á sueldo pueden ejercer presión los superiores á quienes debe su puesto ó de quienes depende su estabilidad en él. Otro tanto puede decirse de todos los demás individuos que desempeñan cargos concejiles; á todos es fuerza aplicar entonces la misma disposición de la ley.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pero hay otra consideración más poderosa aun que resuelve la dificultad de manera que no deja lugar á dudas.

Según el artículo 114 de la Constitución, las Municipalidades se compondrán del número de alcaldes y regidores que determine la ley, con arreglo á la población del departamento, ó del territorio señalado á cada una; y en seguida, agrega en el artículo 121, que todos *los empleos municipales* son cargas concejiles de que nadie podrá excusarse sin tener causa señalada por la ley.

Esos empleos no son ni pueden ser otros que los de alcaldes y regidores, ya que no sería posible sostener que se alude á los funcionarios subalternos encargados de los diferentes ramos del servicio público que se hallan bajo la tuición y vigilancia de las Municipalidades.

Veamos, entretanto, cómo ha resuelto la cuestión la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo en segunda instancia de las reclamaciones electorales.

Con general sorpresa se ha visto que las opiniones sustentadas en los fallos de las tres Salas en que el Tribunal se encuentra dividido, no guardan uniformidad, más aún, que son diametralmente contradictorias entre sí, tratándose de la aplicación de un mismo precepto legal.

Sólo en un punto han estado de acuerdo, y es en considerar todos los cargos concejiles como de la misma naturaleza, poniendo, por lo tanto, en iguales condiciones á los municipales con los subdelegados é inspectores y con los jueces de mínima cuantía; y así, la sentencia que ha excluído á unos ha hecho extensiva esta exclusión á los demás, siempre que en primera instancia se hubiera solicitado, y viceversa.

De acuerdo con la doctrina sustentada por la Primera Sala, los individuos que desempeñan aquellos cargos no se encuentran comprendidos en la inhabilidad establecida por la ley, y ha ordenado incluírlos á todos en las respectivas listas de contribuyentes.

Hé aquí los fundamentos de esa resolución, que tomamos de la sentencia recaída en los reclamos de San Fernando, pronunciada en 9 del presente octubre:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Teniendo presente, en especial, sobre las exclusiones pedidas del primer alcalde municipal, subdelegados y jueces de subdelegación y párrocos:

"1.° Que el artículo 6.° de la Ley de Elecciones, en su inciso 2.°, tratándose de los funcionarios públicos que deben ser excluídos de las listas de mayores contribuyentes, dispone lo que sigue:

"Al dictar su resolución, el juez excluirá de oficio á los senadores y diputados y á todos los empleados públicos";

"2.° Que en las expresiones "empleados públicos" no pueden hallarse comprendidas todas las funciones públicas, sino únicamente aquellas cuyo ejercicio sea rentado por la nación, porque á virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil, las palabras de la ley deben ser tomadas en su sentido natural y obvio, según el significado que se les dá vulgarmente, salvo que la misma ley les atribuya otra significación;

"3.° Que, según el Diccionario de la lengua y la definición que se dá en el *Diccionario de Legislación* de Escriche, las palabras "empleados públicos" sólo comprenden á los individuos nombrados para servir una función pública y que tienen renta de la nación; siendo, por consiguiente, diferente el empleo público de toda función ó cargo concejil;

"4.° Que el sentido natural de las palabras referidas es también el que acaba de indicarse;

"5.° Que esta misma significación se halla corroborada en los artículos 260 del Código Penal y 125 de la Ley de Elecciones, pues en ambas se ha creído necesario expresar que deben ser considerados como *empleados públicos* para los fines especiales que en dichos artículos se mencionan, todas las personas que desempeñen cualquier función ó cargo público, aunque no sean de nombramiento del Jefe del Estado y no tengan renta de la nación, disposiciones que habrían sido superfluas é inconvenientes si el significado regular atribuyera á las palabras *empleado público* el alcance de comprender á toda función remunerada ó nó;

"6.° Que la misma Ley de Elecciones en el artículo que ordena excluir de oficio á los empleados públicos, manifiesta sobradamente que entre éstos no creyó comprender á todos aquellos funcionarios que ejercen cargos concejiles impuestos por la ley, pues para el efecto de las inclusiones y respecto de tales cargos concejiles, sólo se refirió á los senadores y diputados, con lo cual se manifiesta que á los vocablos referidos no les ha atribuído otra significación que la que les da el uso natural y corriente;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"7.° Que corrobora la interpretación expuesta el hecho de que la antigua Ley de Elecciones en varios preceptos análogos al de que se trata, consideró necesario excluir taxativamente de ciertos cargos electorales á los subdelegados, inspectores, jueces de subdelegación y distrito, á los municipales y á los párrocos; no obstante que en los mismos artículos ordenaba hacer la exclusión de los empleados públicos; todo lo cual acentúa el convencimiento de que bajo la denominación de *empleados públicos*, sin otra calificación, siempre se ha creído comprender sólo á las funciones públicas rentadas por el Estado; no á concejiles que, sobre ser impuestas como cargos obligatorios, deben tam bién servirse gratuitamente".

Á esta argumentación, sostenida en la Primera Sala por los señores Ministros Sanhueza, Flores y Urrutia, contra el voto del señor Borgoño, debemos oponer la de la Segunda Sala del Ilustrísimo Tribunal, compuesta de los señores Vergara Donoso, Vial Recabarren, Boizard y Rodríguez, que tomamos de la sentencia expedida el mismo día 9 de octubre en los reclamos del departamento de Vichuquén. Dice así:

"Considerando: respecto á la objeción de ser miembros de la Municipalidad hecha á don Faustino Valenzuela, don Benjamín Montero, don Eulogio Berguecio, don Manuel José Urzúa, don Feliciano Cornejo y el regidor que sirve el cargo de juez de policía local;

"Que según lo dispuesto en el inciso 2.° del artículo 6.° de la Ley de veinte de agosto deben ser excluídos de las listas de contribuyentes los senadores y diputados y todos los empleados públicos;

"Que en la acepción de *empleado público* no se comprende únicamente á los que perciben sueldo del Estado y tienen por esto el carácter de empleados retribuídos, sino á todo ciudadano que ejerza alguna función, cargo ó comisión pública, aunque no sea de nombramiento del Jefe de la República ni reciba sueldo del Erario Nacional;

"Que habiendo querido la ley apartar de toda ingerencia en la formación de las juntas electorales á todo ciudadano que ejerza función ó autoridad pública, no sería aceptable admitir en ella á los alcaldes, cuyas atribuciones son incompatibles con las que la ley asigna á los contribuyentes, ni á los regidores, que tienen la obligación de servir por turno el cargo de juez de policía local; se declara que há lugar al reclamo y, en consecuencia, que deben ser excluídos de las listas los alcaldes y regidores municipales".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La Tercera Sala, por su parte, excluyó á los jueces, subdelegados é inspectores en todos los reclamos sometidos á su conocimiento, y cuanto á los miembros de las Municipalidades, sólo hizo igual cosa con los del departamento de Maipo, sin duda porque fué el único caso en que se formuló reclamo, según se ve por la sentencia de 7 de octubre, publicada bajo el número 3884 en la *Gaceta* de 14 del mismo.

Pero esta Sala no fundó su resolución ó, más bien, no expresó las razones á virtud de las cuales reputaba empleados públicos á aquellos funcionarios; no obstante, ellas no pueden ser otras que las que ya hemos apuntado.

No conocemos aun las sentencias que sobre esta materia hayan expedido las otras Cortes de Apelaciones; pero, desde luego, no es aventurado suponer que esas resoluciones no sean uniformes, y en apoyo de esta creencia tenemos lo que ha pasado en la Corte de Santiago, donde una misma disposición de la ley ha sido tan directa y desigualmente interpretada.

AGUSTÍN CORREA BRAVO

Santiago, 18 de octubre de 1890

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(*Continuación*)

"Si el recurso fuere declarado admisible, el tribunal superior ordenará al inferior la remisión del proceso, ó lo retendrá, si se hallare en su poder, y le dará la tramitación que le corresponda".

"ART. 195. Si el tribunal superior hubiere concedido una apelación que no debió otorgar, el tribunal superior, de oficio ó á petición de parte, declarará sin lugar el recurso y ordenará que se devuelvan los autos para la ejecución de lo juzgado".

En los artículos 192, 193 y 194 se trata del caso en que se niega una apelación que debió otorgarse; en el 195, del caso en que se otorga una que no debió otorgarse.

El procedimiento adoptado por el proyecto es largo y sin

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

objeto. Nosotros suprimimos el informe, porque en la práctica sólo ha servido en la generalidad de los casos para cohonestar un procedimiento irregular. Cuando un juez informa, hay que creerle á su palabra; y aquí está lo grave, él no ha de querer que su negativa de apelación carezca de precedentes.

Hemos conocido jueces que han falseado los hechos positivos del proceso, y por ese motivo el recurso ha caducado. Se dirá que queda el recurso de acusar al juez; contestaremos que tal recurso es tardío, malo y jamás llega á su fin.

Lo mejor es prevenir los abusos y dar una administración de justicia rápida.

Debemos fijar el plazo dentro del cual se pueda interponer el recurso de hecho, y obligar al inferior á que dé las copias que acrediten la naturaleza del acto apelado y la negativa de la apelación; porque en vista de esta prueba sumaria, el superior debe pedir los autos al inferior y en vista de ellos pronunciarse con pleno conocimiento de causa, sobre la procedencia del recurso.

Si el recurso se admite por el superior ¿hay necesidad de devolver los autos? Creemos que sí en rigor de derecho; no se pueden retener, como dice el Proyecto en el artículo 194, porque esa retención infringe todas las reglas dadas para citar á las partes y emplazarlas, y para contar los plazos respectivos respecto al envío y á los que nacen de su llegada al tribunal superior. Creemos que no hay necesidad de este trastorno sin objeto, y que lo mejor es devolver los autos. Creemos aún preferible este procedimiento al envío del exhorto para citar y emplazar, porque con la carta de justicia se remedian unos inconvenientes y quedan subsistentes otros. El inciso 2.º del artículo 194 ordena retener el proceso, lo cual suprime la citación y el emplazamiento. Y mientras tanto, la parte que no apeló de hecho, no ha sido citada, permanece extraña á lo que se está haciendo. ¿Es esto regular?

Todo lo cual nos obliga á radactar los artículos que deben reemplazar á los tres examinados, en la forma siguiente:

"ART. 192. Si un juez negare una apelación, *estará obligado* á dar copia de las piezas que se le pidan, referentes al recurso; y la parte podrá solicitar del superior respectivo, con dichas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

copias y dentro del emplazamiento, que declare instaurada la apelación».

«ART. 193. El superior, sin necesidad de citación ni de informe, pedirá inmediatamente el proceso respectivo».

«ART. 194. Llegado éste, será examinado en la primera audiencia para ver si se otorga ó no la apelación negada».

«ART. 194, *a*. Si la declarare instaurada, devolverá el proceso inmediatamente para que el inferior, citando y emplazando á las partes, observe las reglas referentes á la elevación de un proceso en apelación.

«Si no la declarare procedente, impondrá costas al solicitante y devolverá el proceso incontinenti al inferior para que siga en su tramitación».

Llegamos al examen del artículo 195 del Proyecto. Sólo hay que agregarle la *audiencia* en que se haga la declaración, y el *tiempo* de la devolución. Como éste es punto sencillo, creemos que *tres dias* de plazo para hacer esta declaración, es tiempo más que suficiente.

Podría quedar así el

«ART. 195. Si el juez inferior hubiere concedido una apelación que no debió otorgar, el superior, de oficio ó á petición de parte, declarará, dentro de tres días hábiles, sin lugar el recurso, y devolverá incontinenti el proceso al inferior».

Reemplazamos la orden de devolución por la simple devolución incontinenti. También determinamos á quién se devuelve, y quitamos el objeto de la devolución por inoficioso y redundante, y porque en muchos casos no habrá nada juzgado ó sentenciado y en los cuales no sería ese el objeto de la devolución. Si se devuelven los autos, es porque el inferior es el único competente y él solo el que puede conocer de ellos. El objeto de la devolución es para que él principie á ejercer su jurisdicción, para que siga conociendo del juicio.

En el plazo de tres días no contamos los de feriado.

Hemos terminado el examen del título XXIII del Proyecto; pero nos queda que tratar la materia relativa al punto 10.º, ó á la devolución del proceso por parte del superior al inferior; punto que en muchos casos está ya preceptuado y que no está tratado en el Proyecto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Un proceso puede demorar en poder del superior, después de estar resuelto: 1.º, porque hay que dar tiempo al secretario para que saque la copia de la sentencia; 2.º, porque hay que dar tiempo á las partes para que en dos días puedan pedir aclaración y en cinco digan de nulidad; 3.º, porque hay que dar tiempo para tasar costas y terminar este incidente.

Participamos de la opinión que sólo concede el recurso de nulidad en segunda instancia para la sentencia definitiva. Pasados los cinco días, ya puede devolverse el proceso, si no se ha interpuesto en ese plazo la nulidad.

Para precipitar y terminar pronto el incidente de las costas, cuando hay que tasarlas, es muy conveniente determinar cuándo queda ejecutoriada una sentencia de segunda instancia para dar cumplimiento al artículo 137 de la Reforma.

Ya en el artículo 165 hemos dicho cuándo una sentencia queda firme bajo el punto de vista general; al presente sólo se trata de saber cuándo queda tal para el solo fin de tasar y preparar las cosas, por si no se interponen recursos que impiden su cumplimiento.

Por lo dicho podría agregarse estos preceptos, que simbolizan las ideas desarrolladas:

"ART. 195, *a*. Toda sentencia de segunda instancia para los efectos de tasar las costas que ella impusiere, será ejecutoria en el mismo día en que se pronunciare".

Con este artículo, una vez fallada con costas una cuestión, el secretario, al día siguiente, principia á tasarlas y se llega á la aprobación de la tasación. Si no se interpone recurso alguno, se pagan las costas, y si se interpone, queda en suspenso el pago.

Conviene formular el artículo sobre devolución del proceso.

"ART. 195, *b*. Ejecutoriada una sentencia de segunda instancia y aprobada la tasación de costas, en su caso, inmediatamente será devuelto el proceso al juez inferior respectivo, sin perjuicio de lo mandado en casos especiales".

No basta que se ejecutorie una resolución, es preciso que se apruebe la tasación de las costas que ella impuso. Estando aprobada, si no se las paga, puede dejarse copia de las costas aprobadas y ejecutar con ella. Este artículo es la regla general.

Decimos "inferior respectivo" y no inferior de origen ó *a quo*.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

porque bien puede suceder que no se envíe el proceso al juez *a quo*, sino á otro, como en el caso de implicancia, recusación ó de nulidad. Los casos especiales están en esta ley.

En nuestro sistema hacemos intervenir una ejecutoria provisoria y una tasación provisoria, que después, de hecho y por ministerio de la ley, se tornan en permanentes.

TÍTULO XXIV

De la ejecución de las sentencias

§ I.—De la ejecución de las sentencias pronunciadas por tribunales chilenos

»Art. 197. La ejecución de las sentencias corresponde á los tribunales que las hubieren pronunciado en primera instancia.

»Los tribunales de segunda instancia, después que hayan pronunciado su sentencia en un proceso, lo retendrán por el término que señala la ley para interponer el recurso de casación, y si no se interpusiere, el proceso será devuelto al tribunal de primera instancia con la certificación prevenida por el artículo 165».

Este título comprende *dos categorías* de sentencias, las *dictadas* por jueces chilenos y las *dadas* por jueces extranjeros. La materia se debe distribuir en dos partes ó en *dos secciones*.

Pero, cabe preguntar: ¿sólo las sentencias tienen cumplimiento, ejecución? ¿No se cumplen también los decretos?

En realidad, los *decretos* y las *sentencias tienen ejecución*; ambos actos tienen apelación y á ambos hay que darles cumplimiento. *Determinar quién* inicia y ordena ese cumplimiento, *fijar la forma* como se inicia y ordena, y *el tiempo* en que debe suceder, y *circunscribir* la *manera como* se procede á la ejecución misma, es la materia propia del presente título, al cual no hay necesidad de darle un epígrafe; basta que lo tenga cada sección.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Así se comprende toda la materia y la especial de cada sección.

En el título anterior se prescribió la devolución del proceso apelado, de modo que ya tenemos éste en poder del juez inferior. Y este juez tiene no sólo el proceso devuelto, sino todos aquellos que no han sido apelados. Y en uno y otro caso hay que cumplir, ó una sentencia ó un decreto. Esta es la situación jurídica de los actos que deben legislarse. Pero en este orden de cosas resta aún que considerar lo que pertenece á la *ejecución material* de un mandato, y lo que corresponde *al que hace cumplir* ese mandato, sin intervenir en la operación material. En la presente ley no se trata de la ejecución material, ni del medio de llevarla á debido efecto; sólo se trata de quién hace cumplir el mandato; del acto de poner por obra lo mandado; lo cual termina con el hecho de haberse verificado la ejecución material de lo ordenado. Esto es todo.

Previo lo dicho, pasemos al examen del artículo 197. El plural es impropio, porque se trata de la unidad. En consecuencia, se dirá *una sentencia ó un decreto* en lugar del plural *sentencias.*

En vez de *ejecución* diremos *hacer cumplir*, por la diferencia que hay entre *ejecutar* y *hacer ejecutar.* En lugar de *tribunales* diremos *juez*, en singular.

El segundo inciso debe suprimirse: 1.º, porque lo prescrito en él no es materia de este título; y 2.º, porque ello está mandado en su verdadero lugar, en el título anterior, artículo 195, *b.*

Podría redactarse así el

"ART. 197. El hacer cumplir una sentencia ó un decreto, corresponde al juez que los hubiere pronunciado en primera instancia ó á su subrogante legal".

La idea nueva del *subrogante* es necesaria. Sin ella, y aplicada la ley al pie de la letra, si se implicare, recusare ó se imposibilitare por nulidad ú otra causa el juez que hubiere dictado una sentencia, no podría cumplirla su subrogante, porque éste no la había pronunciado. Con la agregación se salva toda duda, y el precepto queda claro y comprensivo de todos los casos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Aquí es oportunidad de decir *cuándo* es llegado el *momento* de dar cumplimiento á un mandato, y en otro artículo prescribir *qué debe hacer* el juez inferior á cuyo poder llega un proceso que le devuelve un tribunal de alzada. Ambas ideas están en el artículo 891 de la ley española y no se hallan en el Proyecto. Esta omisión imperdonable se podría salvar con los dos artículos que siguen:

"ART. 197, *a.* Se procederá á la ejecución de hecho de una sentencia ó decreto, cuando sean ejecutorios".

"ART. 197, *b.* El juez inferior, inmediatamente de llegar á su poder un proceso que andaba en segunda instancia, le pondrá el decreto de *cúmplase*".

Vamos á tratar distintos casos particulares en los artículos que siguen, y vamos á ver lo que la ley *debe prescribir* en cada una de *esas especies* de casos particulares y en cada *caso individual.*

Según el artículo 1438 del Código Civil, *contrato* ó convención es un acto por el cual una parte *se obliga* para con otra *á dar, hacer ó no hacer* alguna cosa.

Por consiguiente, toda obligación civil, única que pueden declarar los jueces, se reduce, ó *á dar*, ó *á hacer* ó *á no hacer.* En estas *tres clases* se encierran todas las obligaciones imaginables; y en estas tres categorías vamos á dar reglas como se cumplen las *sentencias* ó *decretos.*

Pero, ante todo, creemos muy útil y necesario el consignar en esta ley *de qué medios* vamos á investir al juez para compeler ó forzar á la parte obligada á cumplir una sentencia ó decreto; *quién pagará* las *costas* de este cumplimiento y *desde* qué acto, y *quién fijará el plazo* dentro del cual deba verificarse dicho cumplimiento, cuando ese plazo no está señalado por la ley ni por las partes, ó cuando, estándolo, hubiere expirado ó hubiere corrido sólo en parte.

Es verdad que el Proyecto en uno que otro caso determina *un medio dado* de compulsión; pero fuera de esos casos el juez se encuentra en la nada y en la precisión de proceder por analogía ó por inducción. Analizaremos esos casos.

Es también efectivo que en el artículo 208 se habla del punto de las *costas* y en el 201 de un *plazo* especial y circunscrito á un caso dado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Transcribiremos estos artículos.

"ART. 208. La parte condenada deberá pagar todas las costas causadas en la ejecución de la sentencia".

"ART. 201. Si la sentencia contuviere condenación al cumplimiento de una obligación de hacer que no tuviere plazo ó que tuviere un plazo vencido total ó parcialmente, el tribunal señalará al deudor un término razonable para que ejecute el hecho á que estuviere obligado".

En estos artículos se dice "condenada", "condenación". En su lugar usaremos "obligada" "obligación" ú "orden"; porque en materia civil una sentencia no impone "condena", sino "obligación", "gravamen". Esta es la verdad.

En vez de la obligación simbolizada en "deberá" del artículo 208, denotaremos el mandato positivo de pagar y diremos *pagará.* Como este artículo no dice desde qué acto se pagarán costas, conviene decirlo y llenar este vacío; porque se deben costas desde que causa ejecutoria hasta el completo cumplimiento de una sentencia.

Puede ocurrir que la sentencia mande pagar una cantidad con los intereses estipulados, ó bien que no haya intereses.

Los intereses devengados no ganan nada en el primer caso y tampoco gana en el segundo caso, la cantidad adeudada sin intereses. ¿Es equitativa esta situación? Nó. Y si el deudor da margen á que se le compela á cumplir esa obligación, y no la cumple ¿será suficiente apremio ó compulsión el pago de las costas judiciales? Nó. En tal situación, nos parece muy justo imponer al deudor *el pago de los intereses legales*, cuando no hubiere intereses estipulados, desde que existió el acto ó contrato de que proviene la deuda, y la *capitalización* de los intereses debidos y devengados hasta la fecha en que la sentencia causó ejecutoria. Este sería un poderoso incentivo, que lo estimularía á efectuar el pronto cumplimiento de una sentencia firme. Somos rigurosos para hacer respetar una *decisión judicial inamovible.* Esta es cuestión de moralidad.

Llegamos al examen del artículo 201, que corresponde al 197 del Proyecto primitivo. En este artículo el señor Huneeus pidió que se suprimiera, por estar su disposición consignada en el Código Civil, al cual pertenece, y por estimar peligrosa la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

facultad tan vasta que se concede á los tribunales, de fijar plazos para el cumplimiento de las sentencias... El resto de la Comisión lo aceptó con dos agregaciones: la voz «término» y la frase «que no tuviere plazo ó que tuviere un plazo vencido total ó parcialmente».

Tales son los hechos. Preguntamos: si la ley no fija aquí un plazo ó si no da al juez la facultad de fijarlo, en los casos en que *no existe* por no haberse fijado ó por haberse cumplido ya, ¿qué se hace? ¿qué temperamento se adopta en presencia de la prohibición del artículo 1494 del Código Civil, cuyo inciso 2.º dice así: «No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación»? Dar al juez el poder de señalar ese plazo; y este artículo será un caso especial designado por la ley. Por lo expuesto, queda demostrado que es errónea la opinión del señor Hunecus, y que la existencia de un artículo que faculte para señalar un plazo, es justificada y necesaria.

Ya podríamos dar forma á los artículos que proponemos como encarnación de las ideas emitidas.

«ART. 197, *c.* *Los medios* que un juez tiene para hacer cumplir una sentencia ó un decreto, *son* los que única y expresamente determina la ley».

«ART. 197, *d.* La parte obligada por una sentencia pagará todas las costas judiciales causadas desde que fué ejecutoria hasta su *total* y *debida* ejecución».

«ART. 197, *e.* Cuando ni la ley ni las partes hubieren determinado plazo para el cumplimiento de una obligación, ó el plazo dado estuviere vencido ó por vencerse, podrá el juez *fijar* uno *prudencial* y *razonable* para el *debido* cumplimiento de la sentencia que contenga tal obligación».

«ART. 197, *f.* Si expirado el término *señalado* por la ley, por las partes ó por el juez, el deudor no cumpliere la sentencia, pagará, como *apremio*, los *intereses legales* del capital, que no tenga interés estipulado, desde que existió el contrato de que proviene la deuda, y si tuviere estipulados, pagará *éstos* del total de los *devengados* y *no pagados* hasta la fecha en que la sentencia causó ejecutoria».

El artículo primero coloca al juez dentro de un círculo per-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

fectamente conocido, y corresponde al 895 de la Ley Española.

El segundo determina la esfera que hay que recorrer para fijar las costas.

El tercero se coloca en el caso de que no haya plazo ó que esté por concluirse. Entonces se señala uno mediante la prudencia y razón del juez, no para una ejecución imperfecta, sino para una *debida*, perfecta.

El cuarto artículo impone intereses *legales* en el primer caso en él ideado, é *intereses de intereses* en el segundo caso.

Este apremio de *intereses de intereses* no es una *excepción* al artículo 2210 del Código Civil, que "prohibe estipular intereses de intereses", porque aquí no hay estipulación sino gravamen impuesto por la ley; pero sí lo es á la regla tercera del artículo 1559.

"ART. 198. Si la sentencia contuviere obligación de dar una cantidad líquida y determinada, se procederá á ejecutarla con arreglo á los trámites establecidos para el juicio ejecutivo".

En la obligación *de dar* se comprende la obligación *de entregar* y la *de conservar*, y demás anexas, por prescribirlo así el artículo 1548 del Código Civil.

Con lo dicho, queda explicada la no existencia de los artículos 193, 194, 195 y 196 del Proyecto primitivo, suprimidos por la Comisión.

En *dar* está comprendido el género. Y puede *darse una* cantidad de *dinero*, que es la expresión más simple de solventar obligaciones, ó *una* especie ó cuerpo cierto, ó bien *dinero* ú otros *bienes* muebles ó inmuebles.

El caso previsto en el artículo 198 es sobre *cantidad líquida*. "*Cantidad* es lo que puede aumentarse ó disminuirse": puede ser *cantidad de pesos*, *de hectólitros* de trigo, *de corderos*, *de hectáreas* de terreno, etc. Las consecuencias hay que llevarlas hasta lo último; no nos asustemos de ello.

Una sentencia me obliga á dar una cantidad líquida y determinada de cada una de estas cosas. ¿De qué *medios* armaremos al juez para ejecutar la sentencia? El Proyecto lo reviste del *juicio ejecutivo*; de modo que tras de un juicio viene otro juicio. Este procedimiento tiene el inconveniente de ser demasiado largo, y la monstruosa irregularidad de que una misma cosa se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ventile en dos clases de juicios, uno *ordinario* y otro *ejecutivo;* que en un mismo negocio se pronuncien dos sentencias en primera instancia y dos en segunda, etc. No es esto sólo.

Una sentencia me manda entregar mil pesos que Juan depositó ó entregó el 27 de junio de 1889 en el Banco Nacional. La cantidad es líquida y determinada; ese mismo dinero existe en el Banco; según el Proyecto, tendré que ejecutar á Juan y embargar ese dinero, es decir, tendré que embargar lo mío; y si lo embargado no es dinero, tendrá que rematarse; ¡y venderé lo mío para pagarme de lo que se me debe por Juan!.. Esto es inaceptable, pero perfectamente positivo dentro de lo que ordena el Proyecto en el artículo analizado.

Nosotros distinguiremos dos casos para evitar estas anomalías: 1.º, si existe en poder del deudor la cantidad líquida de que habla la sentencia por cumplirse; y 2.º, si no existe esa misma cantidad.

Si existe, se procede á cumplir la sentencia por *medio* de la intervención de la fuerza pública; por la fuerza se le quita la cantidad al que la tiene y se entrega dicha cantidad al acreedor que indica la sentencia. Así termina todo.

Si no existe, se reduce á dinero el valor de la cantidad, cuando ella no es dinero. En este caso, ó siendo dinero, se despacha mandamiento de embargo, se traba y se notifica al deudor como en el juicio ejecutivo; se fija hora, día y martillo en que, delante del juez y secretario, se remate por el martillero lo embargado, sin necesidad de tasación prévia, ni de ninguno de los demás trámites del juicio ejecutivo; la diligencia y escritura de remate se efectúan como en el juicio ejecutivo. Si no hay martillo, remata el juez. Con el resultado del remate se paga lo que manda la sentencia, y las costas; si queda algún resto, se entrega á su dueño. El día y hora del remate y el martillo se avisa en la publicación que más circule en el lugar del remate, durante cinco días respecto de los bienes muebles, y durante diez en los raíces. Así se consulta todo interés.

Este es el sistema que proponemos. *Omitimos la avaluación* por peritos, porque su nombramiento, aceptación, procedimiento y la aprobación de la tasación, en nada influyen en el mejor éxito de la venta pública. Nadie aumenta el precio de una cosa

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

porque la hayan tasado peritos. El deudor y el acreedor buscarán compradores, y éstos, en el remate en martillo, ofrecerán hasta donde les aconseje su conveniencia. No vemos peligro en omitir la *tàsación previa*. No se resguardan con ella los intereses individuales ni el de la colectividad.

Ya podríamos dar forma á las ideas desarrolladas en los siguientes artículos:

"ART. 198. Si la sentencia contuviere obligación de dar una cantidad líquida y determinada, y ésta misma existiere, el juez hará *darla por medio* de la intervención *inmediata* de la fuerza pública".

"ART. 198, *a*. Si esta cantidad no existiere ni consistiere en dinero, *se valorizará* por un perito al siguiente día hábil de su aceptación, bajo condición de destitución si no lo hiciere".

"ART. 198, *b*. *La valorización* se pondrá en noticia de las partes, y si al segundo día hábil de notificadas *no fuere objetada*, se la tendrá por *aprobada de hecho sin más trámites*.

"Si se objetare, la objeción *se tramitará* como incidente; y el juez fijará el *justiprecio* al siguiente día hábil de citadas las partes para sentencia".

"ART. 198, *c*. Justipreciada la cantidad, ó siendo ella un valor en dinero, se *despachará* mandamiento de *embargo*, se trabará y notificará al deudor, como en el juicio ejecutivo".

"ART. 198, *d*. Al siguiente día hábil de esta notificación, *se fijará y mandará publicar* en la prensa, la hora, día y martillo en que, ante el juez y secretario, el martillero *rematará* lo embargado al mejor postor y como diere mayor utilidad actual, sin necesidad de previa tasación ni de otro trámite del juicio ejecutivo".

"ART. 198, *e*. Si no hubiere martillero ó secretario, el juez hará el remate públicamente en su despacho y así se anunciará en la prensa".

"ART. 198, *f*. La hora, día y martillo ó despacho del juez, se *avisará* durante cinco días si los bienes fueren muebles y durante diez si fueren raíces, *en la publicación* que más circulare en el lugar del juicio".

"ART. 198, *g*. *Con el dinero* que se obtuviere en el remate,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se pagará lo mandado por la sentencia, las costas y los intereses de apremio, en su caso».

El artículo 1.º que proponemos contempla el caso de existir la misma especie y en el mismo número que expresa la sentencia, en cuyo caso la manera de hacerla cumplir es hacer tomar por la fuerza pública la misma especie y en la misma cantidad *debidas*.

El procedimiento aconsejado por este artículo es rápido y cual conviene en estos casos.

El segundo artículo se coloca en el caso que la cantidad debida *no exista ni sea de dinero*. En tal supuesto se la reduce á dinero tasándola un perito, cuyo nombramiento y aceptación se rige por las reglas generales. Sólo designamos el *tiempo* en que debe ejecutar la operación pericial y el *apercibimiento* que lleva su no presentación.

En el tercer artículo se determina lo que se hace con la *valorización*, la *aprobación* que se le da si no se objeta en un término dado, y la *tramitación* que se observa en caso de objeción. También se da al juez *un plazo* para que falle. Este artículo es *la base* del procedimiento rápido que va á venir en los artículos siguientes, y es por eso que se da cierta amplitud para establecer la verdad en el valor de las cosas debidas.

En el cuarto artículo se trata siempre de una cantidad que no existe; pero que es *de dinero* ó que está *justipreciada*. En tal situación viene el embargo y demás actos relativos.

En el quinto se fija y ordena *publicar* el *tiempo* y *lugar* del remate, *ante quién*, *cómo* y en *qué condiciones* tendrá lugar. Se suprime la tasación oficial, que á veces ni se acerca á la realidad y ahuyenta á los postores. Al martillero se le deja cierta amplitud para que elija entre rematar el todo, en porciones ó cosa por cosa. El objetivo es la mayor utilidad actual ó al contado, y no la al fiado ó venidera.

En el sexto artículo se prevé el caso relativo á los jueces de campo ó de pueblos donde no haya martillero ó secretario. El indica *ante quién* se haga el remate, *dónde* se haga y que sea *público*, todo lo cual se publicará. Decimos *públicamente*, para evitar que los jueces se encierren en su despacho y no den entrada á todo el que quiera entrar, como se ha visto proceder á jueces de letras.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El séptimo artículo prescribe los *avisos en la prensa* y el *tiempo*, que en cada clase debe durar, cinco ó diez días. Elegimos la publicación más leída en el lugar del juicio, y no el periódico del lugar ó del departamento; porque así se llena mejor el fin que se persigue con la publicación, á saber, que el hecho de la subasta llegue á noticia del mayor número posible. Periódicos hay que en el departamento en que se editan, nadie lee; y que son como si no existiesen. Al contrario, hay diarios de un departamento que son muy leídos en otro, que tienen mucha circulación, y en que un aviso produce más efecto que en el periódico del lugar.

En el octavo artículo se dispone del dinero que se ha obtenido con la venta en remate; con él se pagan tres cosas: lo ordenado en la sentencia, que puede ser capital é intereses; las costas de ejecución de la sentencia; y los intereses del apremio por la ejecución de la misma sentencia.

Tal es el sistema que dejamos al criterio de los hombres verdaderamente interesados por el bien del país.

Pasemos al examen del artículo 199 del Proyecto; dice así:

«ART. 199. Si la sentencia contuviere obligación de dar una cantidad ilíquida ó indeterminada, se procederá á liquidarla».

La ley española reconoce *sólo dos casos* de cantidad ilíquida: la que proviene *de frutos*, artículo 898; y la que proviene *de perjuicios*, artículo 910. Para ambos casos admite una tramitación especial, que consigna en doce artículos; pero no admite el juicio ordinario, sino el *verbal*.

Nosotros creemos que hay que tener presente los dos casos en que se pone el artículo 163 reformado. Si se *han señalado las bases* para determinar la cantidad líquida de los *frutos* ó *perjuicios*, no vemos la necesidad de entrar, ni á un juicio ordinario, ni á uno verbal; basta con que el secretario ó un hombre entendido ejecute las operaciones necesarias para la determinación de esa cantidad líquida en vista de las *bases fijadas*. En este caso ¿cómo cumplir la sentencia? Sacando de las bases, la cantidad líquida, ó bien, practicando la liquidación sin más trámites. Esto es lo natural.

En el segundo caso, si no se han acumulado los datos suficientes para fijar esas bases ó la misma cantidad líquida, hay

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

necesidad de dar *á las partes* la necesaria amplitud para la exposición de los hechos y para probarlos, y *al juez* para fallar el punto. La tramitación debe ser sumaria, no como otro nuevo juicio, sino como un incidente del juicio ya fallado. Esta es la situación jurídica. Debemos darle la tramitación de un incidente; y la prueba por una y otra parte debe rendirse en audiencia pública, como juicio verbal, sumario.

Ya podemos redactar los artículos que expresen el sistema que proponemos.

"ART. 199. Si se pidiere la determinación de una cantidad líquida en una sentencia *con* obligación de dar una ilíquida y *con* las bases para fijarla, se nombrará un perito para que la determine al siguiente día hábil de su aceptación, bajo condición de destitución, si no lo hiciere.

"Con la determinación pericial se observará todo lo dispuesto en el artículo 198 *b*".

"ART. 199, *a*. Si en la sentencia á que se refiere el artículo anterior, no se fijaren las bases de que ella habla, y se pidiere su fijación, oídas las partes sobre el particular, por escrito ó verbalmente, se designará el décimo día hábil y siguiente, para que concurran con sus medios probatorios en audiencia pública; no pudiendo examinarse más de diez testigos por cada parte, ni los que no hubieren sido designados ante el secretario con cinco días de anticipación; pudiendo tacharse y, rendida la prueba, probar la tacha y abonar el testigo; y quedando citadas para sentencia al siguiente día de terminar la recepción".

"ART. 199, *b*. Dentro del segundo día hábil posterior, el juez resolverá fijando las bases para alcanzar la cantidad líquida; ó si pudiere, determinará ésta.

"Fijadas las bases, se procederá como en el caso del artículo 199".

En el primer artículo de la reforma, se indica lo que se ha de pedir y decretar para llegar al cumplimiento de una sentencia de dar; para lo cual hay que hacer líquida la cantidad ilíquida, lo que se consigue por medio de un perito.

El nombramiento y aceptación se someten á las reglas generales. La operación pericial se ajusta al mismo procedimiento que la valorización del artículo 198 *b;* porque ambas operacio-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nes provienen de una misma clase de funcionarios y tienden á un mismo fin.

Se da un plazo cierto á las partes para su defensa, al perito para su tarea y al juez para su fallo. Cada plazo principia en el momento que se produce un hecho del sujeto obligado; por eso, el plazo del perito comienza desde su aceptación.

En el segundo artículo se trata del modo de fijar las bases á que él alude. Se deja cierta amplitud al juez para que oiga á las partes: puede oírlas, como en un incidente, por medio de escritos, ó bien en un comparendo verbalmente. La audiencia pública puede durar uno ó más días, según las ocupaciones del juzgado y la naturaleza de lo que se trata de establecer. Los testigos que pasen de diez y los que no hayan sido individualizados en tiempo, son nulos. Á fin de alcanzar este resultado, hemos redactado en forma negativa la idea, para que caiga bajo la sanción del artículo 10 del Código Civil. Después de la prueba sigue la tacha y abono de los testigos examinados. Rendida la prueba sobre el punto principal, incontinenti se rinde la sobre la persona de los testigos, sea tacha ó abono. Ambas pruebas son continuadas.

No hay necesidad de citar para sentencia en un nuevo decreto, fuera del que se dictó para señalar el día de prueba; porque en él se hace también esa citación.

En el artículo 3.º se fija el término en que se debe fallar y los puntos á que debe concretarse el fallo.

También se prescribe lo que debe hacerse, una vez determinadas las bases por sentencia judicial.

"ART. 200. Si la cantidad fuere en parte líquida y en parte ilíquida, podrá procederse ejecutivamente respecto de la primera, mientras se liquida la segunda".

Hay necesidad de concretar la disposición de este artículo y ponerla en armonía con las disposiciones introducidas.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de diciembre de 1890 NÚM. 7

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO. — La legislación de Chile con relación al Derecho Internacional Privado. Apéndices: III y último. Nota destinada al Ministro de Italia en Chile, en 1882, por el Ministro de Justicia don José Eugenio Vergara sobre la conveniencia de establecer reglas uniformes en negocios de Derecho Internacional Privado. — De la acumulación de los delitos según nuestro Código Penal, por don Daniel Feliú.—Si está derogado, en los juicios de minas, el derecho de tachar á los testigos de la parte contraria. Y si está derogado ¿cuándo deberán alegarse y oponerse las tachas? por don José Ravest.— Derecho de visita, artículo 64 del Código de Minería, por don Rosendo Caro.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, fin del libro primero y comienzo del segundo, por don Agustín Bravo Cisternas.

LA LEGISLACIÓN DE CHILE CON RELACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

APÉNDICES

III y último

Nota destinada al Ministro de Italia en Chile, en 1882, por el Ministro de Justicia don José Eugenio Vergara, sobre la conveniencia de establecer reglas uniformes en negocios de Derecho Internacional Privado.

Santiago, 20 de agosto de 1882

Oportunamente llegó á mis manos la transcripción que V. S. se dignó hacerme de la nota que le fué dirigida con fecha 6 de marzo último por el honorable señor Encargado de Negocios de S. M. el Rey de Italia, en la que, por encargo de su Gobierno, invita al nuestro á concurrir con él y con los Gobiernos de otros Estados á la celebración de acuerdos ó pactos internacionales que garanticen y uniformen el goce de los derechos civiles del extranjero en el país de su residencia, á fin de prevenir, hasta donde sea posible, los conflictos más ó menos graves y frecuentes á que da margen la diversidad de los principios que rigen á este respecto en la legislación interna de cada país.

En el *memorandum* anexo á esa nota, redactado por S. E. el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

señor Mancini, Ministro de Relaciones Exteriores de S. M. el Rey de Italia, se resumen é indican como tópicos principales sobre que convendría versasen esos acuerdos, los siguientes:

1.º ¿Cuál es la influencia que puede ejercer sobre la nacionalidad de una persona su nacimiento en otro país que el de la nacionalidad de sus padres?

2.º ¿Cuál la que el matrimonio puede ó nó tener sobre la nacionalidad de la mujer?

3.º La pérdida ó el cambio de nacionalidad del marido ó del padre de familia ¿debe considerarse como un hecho personal y aislado, sin transcendencia alguna hacia la nacionalidad de la mujer ó de los hijos, ó será capaz de influir sobre la nacionalidad de aquélla ó éstos?

4.º ¿Por qué ley deberá ser regida la *capacidad civil* de las personas? ¿Será por la ley de su *nacionalidad* ó por la de su *residencia?*

5.º ¿Á que ley deberán estar sometidos los bienes raíces y muebles? ¿Convendrá que esa ley sea *uniforme* para esas dos clases de bienes ó *distinta* para cada una de ellas? ¿Prevalecerá la ley de su *ubicación actual, locus rei sitæ*, sobre la del *domicilio* y la *nacionalidad* del propietario, ó viceversa?

6.º ¿Cuál es el genuíno significado y legítimo alcance de la máxima *locus regit actum?* ¿Obra sólo sobre la *forma externa* del acto ó impera también sobre su *fondo* ó sustancia?

7.º ¿Por qué ley deberá ser regida la *sucesión hereditaria?* ¿prevalecerá la máxima de dividirla en partes, *tot hæreditates quot regiones*, ó deberá considerársela como un solo todo, *universum jus*, fruto de la combinación simultánea del *derecho de propiedad* y del *derecho de familia*, regido, en consecuencia, por una sola ley, la de la *nacionalidad* del difunto?

Habiendo elevado esta nota al conocimiento de S. E. el Presidente de la República, me ha encargado expresar á V. S., y por su conducto al Honorable Representante de S. M. el Rey de Italia cerca de nuestro Gobierno, cuáles son las ideas que S. E. profesa en orden á los laudables fines á que se encaminan los ilustrados esfuerzos del Gobierno de S. M., y cuál el grado de cooperación que por parte del nuestro podría prestarse para concurrir á alcanzarlos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De tiempo atrás, los jurisconsultos más eminentes vienen haciendo votos por que se adopten ciertos principios generales de Derecho Internacional Privado, que destierren del campo de la jurisprudencia las fluctuaciones, dudas y contradicciones que reinan acerca del goce de los derechos civiles de los extranjeros en el país de su residencia, y que á veces suelen hacer precaria su situación y hasta incierto el derecho de propiedad sobre los bienes que poseen. Interesado el Gobierno de Chile en fomentar la inmigración á su territorio, se asociará gustoso á toda empresa que tienda á hacer más cierta y segura la condición del extranjero, á facilitarle los medios de labrarse un porvenir holgado para él y su familia en el seno de nuestra sociedad, y á garantirle hasta donde sea posible los frutos de un trabajo honrado, al amparo de nuestras instituciones y de nuestras leyes, inspiradas por principios sinceramente liberales y de la más amplia y generosa hospitalidad. S. E. el Presidente de la República ve, pues, con satisfactoria complacencia la iniciativa tomada por el ilustrado Gobierno de S. M. el Rey de Italia para propender á estrechar los vínculos que la civilización y el comercio establecen día á día entre los pueblos; y, consultando los intereses generales de la humanidad y en especial los de Chile, tendrá á honor concurrir con sus esfuerzos á secundar los generosos propósitos de ese Gobierno hasta donde la Constitución y las legítimas exigencias de esos intereses se lo permitan.

Sin embargo, por laudables que sean esos propósitos, menester es no disimularse las dificultades que pueden contrariarlos. La Constitución política de cada país, sus creencias religiosas, los hábitos inveterados de sus habitantes que forman la base del carácter nacional de un pueblo, sus tendencias expansivas ó egoístas que alternativamente conducen al cosmopolitismo ó al aislamiento, la diversa elevación del nivel intelectual, moral ó social que se observa entre las diversas agrupaciones humanas, el menor ó mayor desarrollo del comercio internacional, etc., son otras tantas causas que imprimen á cada nación una fisonomía especial, un modo de ser propio; y en ella es permitido ver el origen primordial de los contrastes que se reflejan en los principios dominantes en sus respectivos códigos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es de esperar que, á medida que el progreso avance y que el comercio abata poco á poco las barreras que crean intereses antagónicos entre los pueblos, esas dificultades irán desapareciendo gradualmente. Por desgracia, este porvenir lisonjero se divisa algo lejano aun de nuestra época. Pero esto no podrá ser motivo suficiente para retraernos de todo esfuerzo que acelere su advenimiento. Lo que las convenciones de extradición han hecho para vigorizar el sentimiento moral entre los pueblos y garantirse mútuamente contra la devastadora acción de los criminales, y lo que las convenciones telegráficas y postales han hecho también para facilitar las comunicaciones internacionales, ¿por qué no habría de poder hacerse asimismo en obsequio de las relaciones que más interesan al hombre en sociedad, de relaciones que le asedian á cada momento y que le siguen desde la cuna hasta el sepulcro? Si por de pronto no es posible que los esfuerzos combinados de todos los Gobiernos civilizados se aúnen para uniformar los principios del Derecho Internacional Privado, es de esperar á lo menos que esa uniformidad se obtenga siquiera de una manera parcial; y perseverando en esta vía con incesante tesón, los buenos resultados que de aquí se obtengan facilitarán el camino para llegar á la conquista de otros más extensos y fructuosos para la humanidad.

Expuestas estas ideas generales acerca del modo como S. E. el Presidente de la República aprecia la invitación que ha dirigido á nuestro Gobierno el de S. M. el Rey de Italia, paso ahora á manifestar cuáles son los puntos sobre que, á juicio de S. E., podría ser aceptada esa invitación.

Los tres primeros temas del programa redactado por S. E. el señor Mancini no podrían ser materia de pactos internacionales entre nuestro Gobierno y el de S. M. el Rey de Italia. Los modos como la ciudadanía chilena se adquiere ó pierde están taxativamente enumerados en los artículos 6.º, 7.º y 11 de nuestra Constitución política; y no siendo posible modificarlos por medio de leyes ordinarias, no sería posible tampoco someterlos al resultado de negociaciones diplomáticas.

Conviene, no obstante, observar que nuestra Constitución no da influjo alguno al matrimonio sobre la nacionalidad de un chileno. La mujer chilena casada con un extranjero continúa

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

siendo chilena; y esta cualidad la habilita para transmitir á sus hijos la ciudadanía chilena, aunque nazcan en territorio extranjero, por el hecho sólo de que vengan más tarde á avecindarse en Chile. Siendo, pues, la nacionalidad un atributo inherente á la persona, es lógico deducir de aquí que la pérdida de nacionalidad debe ser considerada como un hecho aislado, que afecta sólo al individuo que la sufre, y sin transcendencia alguna á la nacionalidad de su mujer é hijos.

Sólo los cuatro puntos posteriores del programa antes citado podrían ser admitidos por nuestro Gobierno como materia de discusión y de arreglos internacionales; y aun en esto, esos arreglos deberían dirigirse, hablando en general, más bien que á modificar nuestra legislación interna, á procurar que la de los otros países se conformen á ella.

Paso á exponer á la ligera los principios que nuestra legislación consagra acerca de los últimos cuatro puntos que abraza el programa de S. E. el señor Mancini.

El primero de ellos, que corresponde al que dejo enunciado bajo el número 4.º, versa sobre cuál deberá ser la ley que determine la *capacidad civil* de una persona que obra ó contrata en país extranjero: ¿será la ley de la *nacionalidad* ó de la *residencia actual* de esa persona?

Hé aquí planteada netamente la tan debatida cuestión del *estatuto personal*, acerca de la cual se profesan las ideas más variadas. Según algunos jurisconsultos, el *estado civil* de las personas es esencialmente distinto de las *cualidades jurídicas* que se derivan de él, ó sea, de la *capacidad* ó *incapacidad* que ese estado produce para poder ó no ejecutar válidamente ciertos actos. En este sistema, el *estado civil* es regido por la ley de la *nacionalidad* del individuo; y las *cualidades jurídicas*, por la ley de la *residencia*. Á juicio de otros, esa distinción es arbitraria y aérea; pues en la práctica no interesa conocer cuál sea el estado de una persona, sino sólo para saber cuál sea su *capacidad civil:* y siendo ésta una consecuencia de aquél, no hay lógica en someterlos al imperio de leyes diferentes. Esta falta de lógica en el sistema que prohija tal distinción, lo condena como absurdo. La única distinción posible versa sobre la *capacidad general* de una persona para ejecutar toda clase de actos, y su

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

incapacidad especial para ejecutar ciertos actos, debiendo regirse la primera por la ley de la nación á que la persona pertenece, y la segunda por la del lugar donde resida actualmente. Un tercer sistema, más absoluto que los dos primeros, los condena y repudia igualmente. En concepto de los que lo profesan, sea que se trate del estado en sí mismo ó de sus cualidades jurídicas, ó que se trate de la capacidad genérica ó específica de las personas, la única ley á que deberá atenderse es á la de la nacionalidad del autor ó autores del acto; á menos que el reconocimiento de ese estado ó de esa capacidad choque contra alguna ley moral ó rigorosamente obligatoria del país donde reside actualmente el extranjero, como sucedería si se tratase de hacer que se reconociese la poligamia en un país cuyas leyes condenan como inmoral la unión simultánea de un hombre con muchas mujeres, ó la esclavitud donde no se admite que el sér humano pueda ser objeto de comercio. Contra este sistema no cabe objetar, como contra los anteriores, su falta de lógica; pero sí el ensanche excesivo que da al imperio de la ley y los embarazos que presenta su aplicación práctica. El imperio de la ley, como el de la soberanía eminente de un Estado, es esencialmente *territorial;* y el prescribir como regla que los tribunales de un país reconozcan, por ejemplo, como mayor de edad al que, según sus propias leyes, debe ser tenido como menor, es una pretensión contraria á la soberanía del país á que esos tribunales pertenecen, sin que tenga autoridad alguna para ellos la ley dictada por una nación extraña. En consecuencia, carece de toda base legal y es atentatorio á la independencia y soberanía de un Estado, el sistema que atribuye fuerza *extraterritorial* á las leyes concernientes al estado de las personas ó que reglan las capacidades ó incapacidades que de él resultan. Agréguese á esto que siempre será embarazoso para los contratantes y para los tribunales de un país conocer las leyes de otro, á fin de apreciar y determinar, según ellas, si el acto que se trata de ejecutar ó acerca del cual se suscitare contienda, puede ó ha podido ejecutarse ó nó válidamente en conformidad á leyes extrañas que en la mayor parte de los casos les serán desconocidas.

Nuestro Código Civil da de mano á todos esos sistemas; y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cautelando la soberanía del país, á la vez que respetando la ajena, sienta dos principios generales: el uno relativo a la condición del extranjero en Chile, y el otro á la del chileno en país extranjero, compatibles ambos con la independencia de cada Estado.

El primero de esos principios consagra el imperio exclusivo y absoluto de nuestra legislación sobre el extranjero, mientras residan en Chile. Él está formulado en los siguientes términos:

"ART. 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, *inclusos los extranjeros*".

En consecuencia, la capacidad civil del extranjero que ejecuta algún acto ó celebra algún contrato en Chile, será calificada conforme á la ley chilena, siempre que dicho acto ó contrato haya de producir efecto en Chile, ó se reclame la intervención de los tribunales chilenos para amparar ó proteger los derechos ú obligaciones que de él resulten. Así, aunque el francés, austriaco ó prusiano, residente en Chile, pudiera ser tenido como mayor de edad a los veintiuno, veintidós ó veinticuatro años, según la ley de su respectivo país, obrando ó contratando en Chile, deberá ser reputado, sin embargo, como menor, mientras no cumpla veinticinco años.

El segundo principio, concerniente á la condición del ciudadano chileno en país extranjero, está concebido en estos términos:

"ART. 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 su cónyuge y parientes chilenos*".

En consecuencia, el sometimiento del chileno á las leyes patrias mientras tenga su residencia ó domicilio en país extranjero, no es absoluto, sino limitado á los dos solos casos prescritos en ese artículo; y, salvo esta excepción, en todo lo demás se halla sometido al imperio de las leyes del país de su residencia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La primera de esas excepciones se refiere al estado de las personas y á la capacidad civil que de él resulta. Pero ella impera sólo en el caso que los actos que se ejecuten á virtud de las facultades ó de la capacidad que ese estado confiere, *hayan de tener efecto en Chile*. Si no lo tuvieren, la capacidad civil del chileno queda regida por la ley del país donde resida actualmente. De este modo, la ley limita cuerdamente el imperio de sus disposiciones á lo que puede ser eficazmente dominado por ella: lo que por la naturaleza de las cosas se sustrae á su autoridad, lo abandona: es *res inter alios acta*. Una consecuencia del principio establecido en esa excepción, es: que "si un chileno ó chilena contrageren 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*" (inc. 2.º del art. 119 del Código Civil). Así, si un chileno que profesa la religión católica se casa civilmente en Francia sin haber hecho bendecir su matrimonio por el competente párroco católico, mientras resida en Francia ó en cualquiera otra parte del globo, su matrimonio será tenido por legítimo; pero si se traslada á Chile, nuestras leyes no reconocerán como válida esa unión, ni como legítimos á los hijos que nazcan de ella.

La segunda excepción establecida en el precitado artículo 15 concierne á los derechos y obligaciones que resultan de las relaciones de familia, pero sólo respecto de cónyuges ó parientes chilenos. El carácter de esta excepción es más general que el de la primera, y aquí la ley tiende á ejercer una acción extraterritorial. Por ejemplo, la mujer ó hijos chilenos cuyo marido ó padre se hubiese establecido en Francia ó Italia, quedan autorizados para demandar á éste ante los tribunales del país de su residencia por prestación de alimentos ó por otras obligaciones que de sus relaciones de familia resulten, sin que el habitar en país extraño sea una circunstancia que releve ó exima al marido ó padre del cumplimiento de esas obligaciones. Pero, en rigor de Derecho, esta excepción no lo es. En ella se trata de dar vigor á una *obligación legal*, desvirtuando la excepción de caducidad por traslación de la residencia ó del domicilio del obligado. La ley no hace más que aplicar en este

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

caso á las obligaciones *legales* el mismo principio que á las *convencionales*. Cuando estas últimas no tienen un domicilio especial para su cumplimiento, el obligado puede ser constreñido en cualquiera parte donde resida para que las cumpla. En este caso, más bien que la ley, la obligación en sí misma es la que tiene eficacia y valor extraterritorial; y este efecto de las obligaciones, mientras no pugne con el Derecho Público ó con las disposiciones morales y rigorosamente obligatorias del Estado donde el deudor es requerido por su cumplimiento, es amparado y protegido por las leyes de todas las naciones civilizadas. Este respeto y amparo que se dispensa en un país á las obligaciones válidamente contraídas en otro, no es atentatorio á la soberanía é independencia de las naciones. Esa protección se dispensa el hombre en su calidad de miembro de la humanidad, y no en la de ciudadano de un Estado determinado.

Bien examinadas las dos excepciones al principio de la acción exclusivamente territorial de la ley que consagra el artículo 15 de nuestro Código Civil, se vé que en realidad no lo son; pues la primera, si bien es cierto que subordina la capacidad civil del chileno al imperio de la ley patria para ejecutar ciertos actos en territorio extranjero, no lo es menos que ese sometimiento sólo tiene lugar cuando tales actos hayan de producir efecto en Chile. Y en cuando á la segunda, más bien que la ley, es la obligación misma resultante de los actos legales que la producen, la que surte efecto en territorio extranjero; y el proclamar el sometimiento á esa obligación de la persona que la contrajo, sea cual fuere la nación en que resida, no importa atentar contra la soberanía de Estado alguno, sino simple protección al hombre en su calidad de miembro de la humanidad.

Nuestro Código, apartándose así de la senda seguida por las legislaciones de otros países, ha prevenido y salvado el escollo de las colisiones ó conflictos con ellas, y dado por este medio mayores facilidad y certidumbre á los actos jurídicos. En esta materia ha seguido un rumbo análogo al que las legislaciones de algunos países han adoptado con relación á la *letra de cambio*. Este poderoso agente de la circulación monetaria del universo es la institución jurídica más cosmopolita que se conoce;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y destinada á pasar de mano á mano y por diversos países, bien se concibe cuán embarazoso sería apreciar la capacidad civil de todos los que intervienen en ella como libradores, tomadores, endosantes, libratarios, etc., si para calificarla hubiera de ser necesario consultar la ley de la nacionalidad de cada una de esas personas. La necesidad ha hecho recurrir al arbitrio de no estar más que al imperio de la ley en que alguno de esos actos se ejecuta para apreciar la capacidad civil del autor de ese acto, hecha abstracción completa de lo que acerca de esa misma capacidad dispusiere la ley de su propia nacionalidad. Bebida en esta fuente la inspiración de la idea consignada en nuestro Código, su adopción confirma la observación hecha ya por algunos jurisconsultos, acerca de la tendencia cada vez más invasora del espíritu del Derecho Comercial en la esfera del Derecho Civil; fenómeno que se explica fácilmente, y que es digno de ampararse y desarrollarse, si se observa que los progresos de la civilización impelen á los pueblos á multiplicar y estrechar sus relaciones, y que el comercio es el medio más eficaz y poderoso para auxiliar ese movimiento de unificación.

Á juicio de S. E. el Presidente, no habría ventaja alguna para el país en modificar en esta parte nuestra legislación interna, ni ella ofrece las dudas á que dan margen las disposiciones de otros Códigos para que pudiera reconocer la necesidad de aclararla por medio de pactos ó acuerdos internacionales.

El otro punto indicado por el *memorandum* como tema de una convención ó arreglo internacional, se refiere á la ley que deba imperar sobre los *bienes*, sean muebles ó raíces.

Nuestro Código ha zanjado las dificultades que de aquí pudieran surgir, de una manera tan sencilla como feliz profesando en lo absoluto la regla *locus rei sitæ*, sin distinción alguna entre bienes muebles y raíces. Él dispone en su artículo 16: "Los *bienes* situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residán en Chile". No tiene, pues, cabida entre nosotros la ficción adoptada por otras legislaciones, de reputarse los bienes muebles como adheridos á la persona á que pertenecen, *mobilia ossibus inhærent*, para inferir de aquí que ellos están ubicados en el domicilio del propietario, y sometidos, en consecuencia, al derecho local

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de éste, y no al derecho local de la ubicación de tales bienes.

Hay, entre otras, una consideración muy obvia que justifica la equidad de esta regla. Una cosa mueble puede pertenecer en común á varias personas, cada una de las cuales puede tener una nacionalidad ó un domicilio diverso. Si para decidir cuál es la ley á que esa cosa debe estar sometida, hubiera de atenderse á la nacionalidad ó al domicilio del dueño, en la hipótesis indicada no se sabría qué ley debería seguirse con preferencia; pues cada comunero podría pretender que prevaleciese la de su nacionalidad ó de su domicilio, y a todos ellos asistiría igual derecho para apoyar esa pretensión. Pero toda incertidumbre ó conflicto desaparece adoptando la regla absoluta del *locus rei sitæ*, sin hacer distinción entre bienes muebles y raíces, como lo dispone nuestro Código.

Puede haber casos, sin embargo, en que la aplicación de esa regla ofrezca dificultades serias. Tal sería, por ejemplo, el del transporte de mercaderías despachadas por mar ó por tierra á diferentes países del globo, teniendo que atravesar en su curso diversos territorios ó mares sujetos al imperio de leyes también diversas. Si mientras la mercadería está en viaje interesase conocer cuál es la ley á que se halla sometida en cierto momento dado, sería en extremo embarazoso determinarla. Pero la duda no nace aquí de la regla misma, sino del significado que se dé á la palabra *ubicación*, cuando se trate de aplicarla. Una cosa sujeta actualmente á un movimiento de translación, no está *fija* en parte alguna, ni tiene, por consiguiente, *ubicación*. La adquirirá solo cuando llegue al punto á que ha sido despachada, á menos que accidentes acontecidos durante el viaje impidan su translación á él. En el primer caso, el derecho local aplicable á la cosa será el del punto de su destino; y en segundo, el del lugar donde el viaje se interrumpe y es forzoso que la mercadería permanezca.

La contemplación de estos casos excepcionales es lo que ha preocupado de preferencia la atención de algunos jurisconsultos, tales como Story, é inclinádoles á preferir la máxima *mobilia ossibus inhaerent*, á la del *locus rei sitæ*, bien que el mismo Story hace presente que los tribunales de la Luisiana aplican constantemente la segunda de estas máximas, y no la primera.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

S. E. el Presidente cree que tampoco hay interés científico ni de conveniencia en modificar la regla que acerca de este punto establece nuestra legislación.

Otro de los temas designados como materia de acuerdo entre nuestro Gobierno y el de S. M. el Rey de Italia, es el enunciado bajo el número 6, esto es: definir la genuína significación y el legítimo alcance de la máxima *locus regit actum.*

Este punto no se presta á duda alguna en nuestra legislación. Ella, á la vez que admite la máxima *locus regit actum*, cuida de demarcar la esfera dentro de la cual debe contenerse su aplicación. En efecto, el artículo 17 de nuestro Código dice: «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 tales instrumentos se exprese».

Dicho artículo se ocupa sólo de la forma de los *instrumentos públicos*, y nada dice de los *instrumentos privados.* La causa de esta preterición es obvia. Los instrumentos privados no tienen forma alguna determinada por la ley: era, por tanto, inútil que el Legislador se preocupara de prescribir algo que concerniera á inquirir su observancia, cuando tales instrumentos están exentos de la obligación de ajustarse á forma alguna.

Cuida, sí, de advertir que por *forma* de un acto se entienden las *solemnidades externas* de que debe estar revestido.

En cuanto á los documentos privados, sea cual fuere su forma, la ley los acoge siempre, á menos que versen sobre actos que hayan de producir efecto en Chile y para cuyo otorgamiento se requiera instrumento público, según las leyes chilenas. Así, el testamento ológrafo admitido como válido en ciertos países, pero en el carácter de instrumento privado, no podría ser admitido en Chile como testamento para disponer de bienes situados en el territorio de la República; pues, según nuestro Código Civil, el testamento debe ser ordinariamente un *acto solemne*, admitiéndose sólo por excepción el *testamento privilegiado ó menos solemne*, que es el *verbal* á presencia de tres tes-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tigos y en casos de extremada urgencia, el *militar* y el *marítimo.*

La regla precedente se halla consignada en el artículo 18 de nuestro Código en los siguientes términos: «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».

El fondo ó sustancia de los actos jurídicos se rige por otros principios. Para juzgar de su valor intrínseco, es menester tomar en cuenta elementos complejos, dominados por reglas diferentes:

1.º *Capacidad civil del autor ó autores del acto jurídico.*— Este punto es generalmente regido por la ley del país donde el acto se ejecuta, con las limitaciones ya expuestas anteriormente.

2.º *Lugar de ubicación de la cosa sobre que versa el acto.*—La ley de ubicación es una circunstancia que por necesidad domina la validez del acto que á dicha cosa se refiere. Así, la donación entre cónyuges, válida según la legislación de algunos países, sería revocable con relación á bienes situados en Chile, en tanto que no quedase perfecta y confirmada por la muerte del donante antes que la del donatario (arts. 1138, inc. 3.º, y 1139, Código Civil).

3.º *Domicilio convencionalmente señalado para el cumplimiento de la obligación.*—La designación de un lugar en que la obligación debe cumplirse, implica el sometimiento voluntario de los contratantes á la ley de ese lugar. En armonía con esta consideración, el inciso 3.º del artículo 16 de nuestro Código Civil dispone: «Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño *para cumplirse en Chile*, se arreglarán á *las leyes chilenas*». En consecuencia, si se vende en Francia una especie mueble que debe ser entregada en Chile, el dominio sobre esa especie no empezará á existir para el comprador sino desde el instante de la *tradición;* porque ésta es requerida por las leyes chilenas como *modo legal* de adquirir, sin que baste para ello, como sucede en Francia, el solo *consentimiento* del vendedor y comprador. Así también la *mora* y las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

indemnizaciones á que pudiera dar lugar el retardo ó la falta de cumplimiento de la obligación, serán regidas por la ley chilena, con prescindencia absoluta de lo que á este respecto pudieran disponer las leyes del pais donde se hubiere celebrado el contrato.

En consecuencia, la máxima *locus regit actum* se halla perfectamente definida y deslindada en cada uno de los dos elementos á que pudiera extenderse su aplicación, sin que por nuestra parte se reconozca la necesidad de aclararla.

El último punto del *memorandum* se refiere acerca de la duda de cuál deberá ser la ley que rija en materia de *sucesiones hereditarias.*

Esa duda, si puede existir en otras legislaciones, por fortuna no la hay en la nuestra, y el modo como se la resuelve es el más generalmente adoptado y recomendado por los jurisconsultos.

Nuestro Código Civil, aunque admite el principio de que se puede morir *parte testado y parte intestado*, en contradicción con el Derecho Romano, se conforma, sin embargo, á éste en cuanto á reputar la masa de bienes que componen la sucesión de un difunto, como un *universum jus.* Esta universalidad del patrimonio hereditario implica la idea de *unidad* de ley y de jurisdicción para regirlo y distribuirlo entre los herederos y legatarios del difunto.

Hé aquí los principios fundamentales que nuestro Código admite en esta materia:

"ART. 955. 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".

Es excepción á esta regla la establecida á favor del cónyuge, hijos y parientes chilenos que por nuestras leyes tengan derecho á porción conyugal, legítima ó alimentos en la sucesión de un extranjero, aunque ella se abra fuera del territorio de la República. Si, conforme á las leyes del lugar de su último domicilio, su viuda é hijos no tuvieren derecho alguno en su herencia, lo tendrán, no obstante, en conformidad á las leyes chilenas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sobre los bienes que el difunto hubiere dejado en Chile. Esta excepción se halla establecida en los siguientes términos:

"ART. 998. En la sucesión ab-intestato 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".

Si el extranjero muere con testamento y no deja á su mujer é hijos la porción conyugal ó la legítima que les deba conforme á las leyes chilenas, los artículos 1217 y 1221 del Código Civil les autorizan para hacer valer sus respectivos derechos por medio de la acción de *reforma del testamento.* En este caso, para reintegrar á los reclamantes en los derechos de que se intentó privarles, se procederá contra los bienes que el testador hubiere dejado en Chile, de la misma manera que en el caso de sucesión intestada.

Esta excepción encuadra en el principio general establecido en el artículo 16 de nuestro Código, según el que: "Los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile".

No estará demás advertir que, como consecuencia de la disposición general contenida en el artículo 57 de nuestro Código, 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", se establece en el artículo 997 lo siguiente: "Los extranjeros son llamados á las sucesiones abiertas en Chile *de la misma manera y según las mismas reglas que los chilenos*".

Esta equiparación entre el chileno y el extranjero, en cuanto á la adquisición y goce de derechos civiles, la establece nuestro Código de una manera absoluta, sin contar siquiera con la condición de *reciprocidad* que las legislaciones de otros países requieren, para que el extranjero goce de los mismos derechos que el nacional ó regnícola.

Por esta sucinta exposición podrá ver el Gobierno de S. M.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el Rey de Italia cuáles son los principios que imperan en nuestra legislación acerca de los puntos que él desea se arreglen ó definan por medio de convenciones internacionales, y cuán poco fructuosa sería esa labor, á menos que ella se dirija á hacer concordar con la nuestra la legislación de otros países. En este sentido, y con tal objeto, mi Gobierno estaría en la más perfecta disposición para concurrir con el de S. M. á la realización de los propósitos que le animan.

Hay dos puntos acerca de los cuales mi Gobierno vería con satisfacción que se iniciasen acuerdos internacionales: la autoridad de los fallos de los tribunales de su país ante los tribunales de otro, y el efecto extraterritorial de la quiebra civil ó comercial, sea voluntaria ó forzada. La diversidad de jurisprudencia acerca de estos dos puntos, afecta profundamente las relaciones entre países que están ligados, más ó menos estrechamente, por los vínculos de la inmigración y del comercio. Sería, pues, muy fructuoso al fomento de esas relaciones allanar las causas que embarazan su desarrollo.

Pocos puntos hay en el Derecho Internacional Privado que den margen á mayores dificultades que la insolvencia ó quiebra de una persona, cuando ésta tiene establecimientos comerciales ó bienes en distintos países y acreedores en cada uno de ellos. Las principales cuestiones que de aquí resultan, pueden reducirse á las siguientes:

1.ª ¿Cuál es el juez competente para declarar á un deudor en estado de insolvencia ó quiebra? ¿Es el del lugar de su *nacionalidad*, el de su *domicilio actual*, ó el de la *ubicación* de cualquiera parte de sus bienes? Y en caso que varios jueces tengan igual competencia, como puede suceder, verbigracia, si el deudor tuviere establecimientos comerciales ó industriales en diversos países, la iniciativa tomada por uno de ellos en el procedimiento declaratorio de la quiebra ¿priva ó no á los otros de jurisdicción para declararla igualmente?

2.ª Declarada la insolvencia ó quiebra por los tribunales de un país ¿qué efecto surte esta declaración ante los tribunales de otro? ¿Debe ó no reconocerse por estos últimos en el territorio de su jurisdicción como insolvente ó fallida á la persona que hubiere sido declarada tal por los primeros?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

3.ª Si un solo tribunal debe conocer de la quiebra, ¿conforme á qué ley calificará el rango prelativo de los acreedores de diversos países, dado caso que no haya uniformidad entre la ley que rige los actos de ese tribunal y la del lugar donde se contrajo ó debió cumplirse la obligación? ¿Prevalecerá el principio *lex fori* sobre el *lex loci contractus*, ó viceversa?

4.ª La *unidad* de jurisdicción sobre la insolvencia ó quiebra ¿es *exclusiva* para los *créditos personales* que existan contra la masa fallida, ó se *extiende* también á los créditos garantidos con *prenda* ó *hipoteca*?

5.ª ¿Es admisible la distinción entre la *cesión voluntaria* y la *cesión forzada* de bienes que haga un deudor á sus acreedores, para determinar, según ella, los efectos más ó menos ámplios que su insolvencia ó quiebra deba producir ante los tribunales de otro país?

Hay tribunales, como los de Francia, que, previo el *pareatis* respectivo, dan fuerza ejecutoria sobre los bienes situados en su territorio á los autos declaratorios de quiebra expedidos por un tribunal extranjero, sin distinción entre la cesión voluntaria de bienes y la forzada. Y hay otros, como los de los Estados Unidos de Norte América, que admiten esa distinción. Á la primera forma de declaración de insolvencia ó quiebra, aplican en toda su extensión el principio de *jus disponendi et legitimi dominii*, respetando en el deudor la facultad de transmitir sus bienes á sus acreedores, con la misma libertad que podría enajenarlos á cualquiera en circunstancias ordinarias. En este caso, aceptada la *cesión voluntaria* de bienes por los acreedores ante un tribunal extranjero, ella es reconocida como eficaz por los tribunales de los Estados Unidos de Norte América, aun sobre los bienes que en su territorio tenga el fallido: estos bienes se entregan sin resistencia alguna al síndico ó síndicos de la quiebra. Pero si el abandono de bienes por el fallido no es un acto voluntario de su parte, sino *forzado*, por cuanto un fallo declaratorio de quiebra le somete á embargo y á interdicción para seguir poseyéndolos y administrándolos, en este caso los tribunales americanos aplican la regla *locus rei sitæ*, y no reconocen competencia ni autoridad alguna en el tribunal del país que hubiese declarado la quiebra, rechazando, en consecuencia, los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

efectos extraterritoriales de toda ley y decisión judicial extranjera que pueda inferir perjuicio á los derechos é intereses de los ciudadanos americanos. Si el deudor hace honor á sus créditos en el territorio de los Estados Unidos, no se le inquieta; pero si deja de cubrirlos, se le somete á concurso, y con los bienes que allí posea se cubre á sus acreedores.

Hay otro sistema que, sin aceptar distinción entre la cesión voluntaria ó forzada de bienes, no admite tampoco la *unidad de jurisdicción ni de ley* en cuanto á la quiebra; sino que, en protección de los intereses de los habitantes del país profesa la regla *tot decoctiones quot regiones.* En este sistema, cada grupo de acreedores, según el país de su residencia, tiene derecho á solicitar que se forme en él un concurso al fallido, para que con los bienes que allí posee se cubra á cada acreedor según el rango prelativo que le corresponda en conformidad á la ley del país.

Esta breve exposición de la diversidad de jurisprudencia que se profesa en materia de quiebra, bastará para persuadir de la conveniencia y necesidad de uniformarla.

Atendida la naturaleza de la insolvencia ó quiebra, ella no es más que la *pre-sucesión* de los acreedores en los bienes de su deudor fallido. Lo que la muerte natural de una persona es á sus herederos, la insolvencia ó quiebra de un deudor vivo lo es para sus acreedores; esto es: causa legal de transmisión de los bienes, si no en dominio, en administración á lo ménos, de manos del deudor á las de los acreedores, con facultad de que éstos los vendan para aplicar su producto al pago de sus créditos hasta concurrencia del valor de ellos. Esta analogía fundamental entre la herencia y la quiebra podría inclinar el espíritu á someter esta última al imperio de las mismas reglas que la primera, esto es: unidad de ley y de jurisdicción para regir y distribuir la masa fallida. Pero esta analogía no alcanza á constituir identidad. La transmisión de bienes por causa de muerte constituye un modo de adquirir á *título gratuito*; al paso que la transmisión de bienes por causa de insolvencia ó quiebra no es más que una *dación en pago* á buena cuenta de créditos que se deben á *título oneroso.* Por consiguiente, la *unidad de ley* en cuanto á la distribución de la masa fallida entre los acreedores

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de ella, podría importar en muchos casos una *violación del derecho de preferencia*, inherente á cada crédito. La mujer casada por sus apartes al matrimonio, el hijo de familia por el peculio adventicio que administra el padre, el pupilo por el patrimonio confiado á la gerencia del guardador, pueden tener ciertos privilegios ó preferencias sobre los bienes del marido, padre ó guardador, según la ley del país que impera sobre esos créditos; y esos mismos privilegios ó preferencias pueden no ser reconocidos por la ley del país donde se abre la quiebra. La *lex fori*, reguladora de la distribución de la masa fallida, estaría entonces en oposición con la *lex loci contractus*, reguladora de la preferencia del crédito; y á primera vista repugna que por medio del procedimiento á que se recurre para hacer el pago de un crédito, se alteren las cualidades de éste, despojándolo de las garantías ó privilegios inherentes á su naturaleza originaria. La contemplación de este absurdo y la necesidad de salvarlo es lo que ha inclinado las opiniones de algunos jurisconsultos á rechazar como absoluta la máxima de la *lex fori*, adoptando de preferencia la de *lex loci contractus*, la cual trae como corolario, si no forzoso, natural á lo menos, la profesión de la regla *tot decoctiones quot regiones*.

Nuestra legislación no consulta regla alguna á este respecto. Ella determina sólo el modo de proceder en los casos de insolvencia ó quiebra que acontezcan *dentro del país*; pero hace caso omiso de las que se abran ó declaren *fuera de él*. Admite con relación á los primeros el principio de la *unidad de jurisdicción y universalidad del juicio de quiebra*, de donde resulta como consecuencia necesaria la existencia de *un solo concurso* de acreedores. Pero esta regla tiene la siguiente excepción, establecida en el artículo 2477 del Código Civil:

"La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.

"Á cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, á petición de los respectivos acreedores ó de cualquiera de ellos, *un concurso particular (tot dococtiones quot hypotecæ)* para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas.

"Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

finca preferirán *unas* á otras en el orden de su inscripción.

"En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él".

La única disposición de Derecho Internacional Privado que sobre esta materia contiene nuestro Código Civil, es la del artículo 2484, que dice:

"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".

Es dudoso si este procedimiento, autorizado por nuestra legislación para los concursos que se abran dentro del país, pueda ó no ser extendido, siquiera por analogía, á los que se abran en territorio extranjero. Mi Gobierno oiría gustoso las indicaciones que tuviera á bien hacerle el de S. M. el Rey de Italia para prevenir toda clase de embarazos en esta materia, sobre todo si esas indicaciones fueran acompañadas de la cooperación de los Gobiernos de otros países con los cuales la República mantiene estrechas relaciones de comercio.

Dígnese V. S. transmitir esta nota al Honorable señor Encargado de Negocios de S. M. el Rey de Italia, en contestación á la que dirigió á V. S. con fecha 6 de marzo último, rogándole se sirva excusar mi demora en darle más oportunamente esta respuesta, en atención á las necesidades urgentes del servicio interno que, muy á pesar mío, me lo han impedido.

Dios guarde á V. S.

JOSÉ EUGENIO VERGARA

Al señor Ministro de Relaciones Exteriores.

DE LA ACUMULACIÓN

DE LOS DELITOS SEGÚN NUESTRO CÓDIGO PENAL

I

La concurrencia de varios delitos cometidos por un mismo individuo antes de ser condenado judicialmente por alguno de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ellos, es lo que se llama *acumulación* ó *reiteración* de delitos.

El primero de estos nombres es más general y comprensivo, siendo el último más adecuado cuando los delitos concurrentes son todos de la misma especie.

Durante mucho tiempo fué regla general establecida en todas las leyes penales la de imponer á los autores de varios delitos el conjunto de todas las penas correspondientes á cada uno de esos delitos; de tal manera que la acumulación de los delitos producía también la acumulación de las penas.

Pero hay penas que por su naturaleza especial no pueden acumularse. Al condenado á muerte ó á encierro perpetuo, por ejemplo, no se le puede acumular otra pena principal, aunque ha solido agravarse aquellas mismas penas con actos de inútil crueldad que la civilización moderna ha desterrado en gran parte y tiende á hacer desaparecer por completo.

Esta imposibilidad de acumular las penas cuando una de ellas era la de muerte ó encierro á perpetuidad (1), porque la pena más grave absorbe en esos casos á las menos graves, hizo extender después esta regla á otras penas en que la acumulación sólo era posible aumentando desproporcionadamente su duración, hasta que en muchas legislaciones llegó á imperar el principio, más benigno que el anterior, de castigar la acumulación de delitos, no con la acumulación de las penas, sino con la pena merecida por el mayor de los delitos cometidos. *Major pena minorem absorbet.*

II

De estos dos sistemas de penalidad aplicable á la acumulación de los delitos, ambos defectuosos, pero el primero propio más bien de una época de barbarie, y el segundo abonado siquiera por un espíritu de equidad, nuestro Código ha optado crudamente por aquél.

He aquí cómo se expresa al respecto el artículo 74:

"Al culpable de dos ó más delitos se le impondrán todas las

(1) No hay necesidad de advertir que nos referimos aquí á penas efectivas, y no á aquellas que suelen fijar las sentencias para el caso en que la de muerte ó presidio perpetuo no se ejecuten.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

penas correspondientes á las diversas infracciones. El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible, etc.»

Con arreglo á esta disposición, vemos condenar á menudo á reos de delitos relativamente leves, á penas exhorbitantes, que no guardan proporción con la naturaleza de los delitos cometidos.

Recordamos un caso, que no creemos habrá tenido análogo en el mundo entero, de un reo condenado por un crecido número de estafas, nada menos que á *ciento veinticinco años de presidio.* Aunque el reo era joven, habría necesitado vivir tanto como Matusalén para salir vivo de tan largo encierro...

Por supuesto que la pena de este reo fué reducida por el Consejo de Estado según la gravedad de la responsabilidad penal en que había incurrido, como suele suceder cuando las sentencias imponen penas excesivamente desproporcionadas.

Pero éste es precisamente el mayor inconveniente de disposiciones como la que analizamos. Esta profusión del derecho de gracia á que obligan á ocurrir leyes mal concebidas, hacen perder su prestigio á las sentencias de los tribunales y alientan á los criminales con la expectativa exagerada de indultos ó conmutaciones que llegan á imaginar muy fáciles de obtener.

Es raro que los redactores del Código Penal hayan adoptado un principio tan exagerado y tan reconocidamente inadecuado para el castigo de los delitos acumulados, cuando ya, desde muchos años antes de su fecha, varios Códigos modernos habían establecido una base más equitativa y razonable, que se aparta á la vez de la excesiva dureza del sistema de la acumulación de las penas como también de la lenidad del que prescribe que la pena más grave absorbe á la menos grave.

No hay duda que la suma de todas las penas aplicables por la ley á diversos delitos acumulados representa en la casi totalidad de los casos un castigo mucho mayor que el que en justicia abstracta, correspondería al delincuente.

Basta registrar á la ligera la *Gaceta de los Tribunales* para encontrar á cada paso ejemplos de simples delitos acumulados, que están muy distantes de revestir gravedad, y que, no obstante, son castigados con penas más severas que las que, en el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mayor número de los casos, se aplican á los culpables del mayor de los crímenes contra las personas, cual es el homicidio.

III

No es menos inaceptable que el de nuestro Código, el sistema de aplicar, en casos de acumulación, la pena correspondiente al delito más grave. Este sistema peca por el extremo opuesto, dejando absolutamente sin castigo infracciones que no deben quedar impunes.

Con arreglo á este último sistema, el reo que ha incurrido en un delito, puede, sin temor alguno, seguir cometiendo otros, con tal de que estos nuevos delitos sean de la misma ó de mayor gravedad que el primero, puesto que sólo el más grave de ellos habría de merecer castigo.

Este es, sin embargo, el procedimiento vigente en Francia, á virtud de la disposición del artículo 365 del Código de Enjuiciamiento Criminal, que prohibe la acumulación de las penas. Análoga disposición contiene el artículo 28 del Código Penal de Austria.

IV

Para obviar los inconvenientes de ambos sistemas, algunos Códigos modernos han ideado diversas combinaciones que armonizan la necesidad social de no dejar impunes los delitos acumulados, con la de no caer en penas de una dureza desproporcionada con el grado de culpabilidad que revelan, en conjunto, las infracciones de cuyo castigo se trata.

Un rastro de estas combinaciones se encuentra en el artículo 451 de nuestro mismo Código, que dice así:

«En los casos de reiteración de hurtos á una misma persona ó en una misma casa á distintas personas, el Tribunal hará la regulación de la pena, tomando por base el importe total de los objetos sustraídos y la impondrá al delincuente en su grado superior. Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 447.»

Aunque el artículo 451, que dejamos transcrito, habla sólo de *hurtos*, parecería natural hacerlo extensivo también á los ro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bos, ya que él forma parte de un epígrafe que tiene este título: *Disposiciones comunes á los tres párrafos anteriores*, entre los cuales figuran dos que hablan del robo. Pero, entretanto, los Tribunales han restringido la inteligencia del artículo 451, aplicándolo sólo á los hurtos.

Á nuestro juicio, la regla del artículo 451, no sólo debería extenderse á los robos y demás delitos contra la propiedad, sino que su aplicación debiera corresponder la reiteración de esos delitos contra distintas personas, y aún cuando fueren cometidos en lugares diversos. Esa regla es demasiado buena para darle un alcance tan limitado, haciéndola comprender un solo delito y restringiéndola todavía, en ese caso, á circunstancias determinadas.

V

Respecto de los delitos que no consisten en la apropiación de un bien ajeno, podría adoptarse el siguiente procedimiento:

Se acumularían las penas de las diversas infracciones; pero sólo hasta llegar al límite máximo de las que el Código establece para cada división de los delitos.

Así, el que hubiera cometido dos faltas, que merecieran cada una cuarenta días de prisión, sería condenado sólo á sesenta días, y no á ochenta; porque, siendo sesenta días el máximum de la pena correspondiente á las faltas, no es justo aplicar á esa clase de infracciones, aunque sean acumuladas, una pena que corresponde á una infracción mucho más grave, como es la que la ley califica de simple delito.

De la misma manera, al que cometiese dos simples delitos que mereciesen cada uno tres años de presidio se le aplicará la pena de presidio en vez de seis; porque, tratándose de simples delitos, no es justo imponer á éstos una pena que excede de la que la ley ha fijado como máximum para esa clase de infracciones.

El mismo procedimiento se emplearía respecto de crímenes, no pudiendo pasar de veinte años la pena aplicable por crímenes acumulados de los que la ley castiga con presidio ó reclusión temporal.

Otro tanto se haría con las demás penas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De modo que, tratándose de multas, por ejemplo, las de faltas acumuladas no excederían de cien pesos, las de simples delitos de mil, y las de crímenes de cinco mil.

VI

Pero como en muchos casos sucedería que uno solo de los delitos acumulados merecería el máximun de la pena correspondiente á la división respectiva, se establecería que en ese caso especial sería permitido excederse del máximun ya expresado y aplicar la pena recargada con un aumento que podría fluctuar entre el veinticinco y el cincuenta por ciento más.

Por ejemplo, si un reo hubiera cometido tres simples delitos que mereciesen cinco años de presidio el uno, tres años el otro y quinientos cuarenta días el último de ellos, se le aplicaría únicamente la pena de cinco años, que es el máximun que corresponde á los simples delitos, con un recargo que podría hacerla llegar hasta siete años y medio.

VII

Creemos que de esta manera se concilia la necesidad de castigar las infracciones acumuladas, sin degenerar en la crueldad ni en la impunidad, que son los dos escollos del sistema adoptado por el Código Penal Chileno y del otro que sólo aplica la pena más grave.

El sistema que arriba hemos indicado es, más ó menos, el adoptado en el Código Penal de Italia (1).

El Código de Prusia también establece la acumulación de las penas (2); pero una ley, de fecha de 9 de marzo de 1853, prescribe que "si se trata de penas privativas de la libertad, la duración de las penas *podrá* reducirse hasta el límite de la que corresponda por el crimen ó delito más grave (3)".

De manera que esta ley deja una gran libertad de aprecia-

(1) Arts. 107 y 117.
(2) Art. 56.
(3) CHAUVEAU Y HÉLIE *Teoría del Código Penal*, tomo III.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción á los jueces; y usando de esa libertad, según el mismo autor citado, ellos han entendido que, en caso de concurrencia de dos delitos igualmente graves, cumplían con aplicar solamente la pena de uno de ellos.

De estos dos sistemas, el del Código Italiano es, sin duda, el mejor, pues agrava la pena merecida por el autor de varios delitos concurrentes, sin llegar á límites que la hagan muy rigurosa ó desproporcionada y que obliguen á recurrir en algunos casos al derecho de gracia, como sucede entre nosotros.

Es de extrañar, pues, que nuestro Código no haya establecido algún sistema análogo al del Código Italiano, é ignoramos por qué razón habrá esto sucedido, porque en las actas de la Comisión Revisora no hemos encontrado indicio alguno de que se discutiera el artículo 74 bajo el punto de vista de los inconvenientes que la regla en él establecida ha producido en todas partes donde ha sido reconocida por la ley.

De todas maneras, ya que con frecuencia la aplicación del artículo 74 del Código Penal da lugar á castigos desproporcionados, bueno sería que se reformara á la brevedad posible esa disposición, sea adoptando el procedimiento que hemos propuesto ó cualquier otro que satisfaga las aspiraciones de la justicia y de la equidad, y que haga imposibles en lo futuro esas condenas que han llegado hasta más de un centenar de años por delitos que están muy lejos de asumir caracteres de gravedad extraordinaria.

VIII

Para que se vea de una manera palpable el anacronismo á que conduce la regla establecida en el artículo 74, nos bastará citar algunas sentencias de la *Gaceta de los Tribunales* del año en curso, en las que se aplica ese artículo. Para abreviar, y á fin de hacer resaltar más el vicio del sistema, sólo tomaremos en consideración las condenas á más de cinco años de presidio.

En la sentencia número 231 se impone la pena de cuatro años de presidio por el hurto de dos bueyes; y la de quinientos cuarenta y un días por el hurto de una yegua, ó sea en todo, *cinco años y medio de presidio* por hurto de animales, de valor total de ciento cincuenta pesos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En la sentencia número 267, se imponen penas que, reunidas alcanzan *seis años, un mes y cuatro días de presidio* por cinco hurtos de animales cuyo valor total asciende á noventa y nueve pesos.

En la sentencia número 1237 se imponen penas que, juntas, ascienden á *seis años y dos días de presidio* por dos hurtos de animales cuyo valor total era de ciento cuarenta y seis pesos.

En la sentencia número 1506 se imponen penas que, en conjunto, llegan á *diez años y medio de presidio* por cuatro hurtos de animales cuyo valor de tasación era en su totalidad de trescientos treinta y nueve pesos.

En la sentencia número 1784 se impone la pena de *cinco años y un día de presidio* por un hurto de siete animales de valor total de más de cincuenta y de menos de quinientos pesos, y además la de tres años y un día por el robo de otro animal de valor de treinta pesos, ó sea, en todo *ocho años y dos días de presidio.*

En la sentencia número 2726 se impone la pena de *seis años de presidio* en conjunto por dos robos con fuerza en las cosas, cada uno de más de cincuenta y de menos de quinientos pesos.

En la sentencia número 2078 se impone la pena de quinientos cuarenta y un días de relegación á Traiguén, por cada una de siete estafas de más de cincuenta y de menos de quinientos pesos, lo que forma en conjunto una condena á *diez años cuatro meses y diecisiete días de relegación.* Por fortuna para el reo, no se aplicó en este caso la pena de presidio que, en igual proporción, han aplicado al delito de estafa las sentencias números 2472, 3184, 3210 y otras, porque entonces le habría correspondido el mismo número de años de presidio.

Las penas impuestas en las sentencias que dejamos enumeradas, ajustadas á lo que la ley dispone, no dejan por eso de ser excesivas en relación con la gravedad de los delitos que las han motivado.

Este injustificado rigor contrasta de una manera chocante comparando esas penas con la de *cinco años y un día* que es frecuente ver aplicada á *homicidios* no calificados, como sucede, entre otras, en las sentencias números 200, 350, 1146, 1279,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

1768, 1859, 2098, 2136, 2328, 2615, 2675, 3375 y 3503, de la misma *Gaceta*, correspondiente al presente año.

Aún la pena de *seis, siete, ocho y diez años de presidio* que suele aplicarse á homicidios en que hay alguna circunstancia agravante, es bien leve al lado de las penas que, como hemos visto, se imponen á hurtos, robos y otros delitos análogos acumulados.

Una situación semejante es, pues, insostenible, y merece un correctivo que, como hemos expuesto, creemos encontrar, por una parte, en la aplicación, sin restricción, del artículo 451 á todos los casos de hurtos, robos y demás delitos contra la propiedad, y por otra parte, en la acumulación limitada de las penas, sin pasar del máximun fijado recíprocamente á cada género de infracciones; es decir, á las faltas, simples delitos ó crímenes, sino en el caso que ya antes hemos indicado.

DANIEL FELIÚ

SI ESTÁ DEROGADO EN LOS JUICIOS DE MINAS el derecho de tachar á los testigos de la parte contraria. Y si está vigente, ¿cuándo deberán alegarse y oponerse las tachas?

Hé aquí una cuestión de grande utilidad práctica y de frecuente aplicación en los pleitos de las zonas mineras de la República. Importa establecer la más correcta inteligencia del artículo 150 del actual Código vigente de Minería, que trata sobre el punto en cuestión.

Al título XIV, *De los juicios en materia de minas*, pertenece el artículo 150, que establece determinados trámites en los mencionados juicios, declarados por el artículo anterior sin fuero alguno, es decir, sujetos al conocimiento de la justicia civil ordinaria, y de consiguiente, á la tramitación de los juicios comunes, con salvedad de los trámites especiales designados en el citado artículo 150 y los siguientes del mismo título.

Las especialidades de tramitación establecidas en este artículo, son las que siguen:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

I

"No se admitirán más escritos que los de demanda y contestación; y una vez presentados, se citará á una audiencia verbal".

Tal es la disposición textual del inciso 1.º del artículo de que tratamos. Y en virtud de ella, ¿cuáles escritos de la tramitación común ordinaria han quedado excluídos de los juicios de minas? Los excluídos son el de *réplica* y el de *dúplica;* es decir, en lugar de los cuatro escritos acostumbrados, ó sea, dos por cada parte, quedan limitados en los juicios de minas solamente á dos, los más esenciales y constitutivos de la litis, como son la *demanda* y la *contestación.*

Con esta reducción se ha simplificado la tramitación, suprimiendo los escritos de réplica y dúplica, cuya omisión, aún en los juicios ordinarios comunes, no constituye un vicio de nulidad, á diferencia de los escritos de demanda y contestación que son de esencialidad para la validez del juicio.

Luego el inciso 1.º del artículo que analizamos establece simplemente la supresión de los escritos no esenciales, conservando los de demanda y contestación como trámites indispensables para la constitución del juicio.

El mismo inciso introduce otra novedad que no existe en las causas ordinarias de mayor cuantía. Esta diferencia con los juicios comunes consiste en citar á las partes *á comparendo*, presentados que sean los escritos de demanda y contestación; trámite que no existía en el Código anterior de Minería, pero que existe en los juicios comunes, cuya cuantía no pasa de mil pesos, en conformidad á la ley de 15 de octubre de 1856. También existía el comparendo en juicios de minas, según las antiguas Ordenanzas de Minería, pero únicamente como un trámite de conciliación antes de darse curso á la demanda (art. 5.º, título III de la Ordenanza de Nueva España).

De esta manera se ha querido simplificar la tramitación, pero no derogar el derecho de excepcionarse ó de defenderse por los medios legales. Así la declinatoria de jurisdicción y la reconvención, medios de defensa, no están ni han podido ser deroga-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dos por la limitación que el inciso 1.º establece de no admitirse más escritos que los de demanda y contestación.

Las excepciones, como ejemplos de que he hecho referencia, dan ocasión para otros tantos escritos que no pertenecen á los trámites permanentes que constituyen la ritualidad de un juicio, y son meramente ocasionales, que pueden ó no ocurrir en él, según las circunstancias ó necesidades de la defensa y derechos de los litigantes.

Si el juicio, por razón de la ubicación de la mina ó domicilio del demandado, es de otra jurisdicción que la del juez ante quien se ha interpuesto la demanda, ¿porqué no habría de tener derecho el demandado, antes de contestarla, para oponer la declinatoria de jurisdicción?

Si el demandado tiene acciones que hacer valer contra el demandante, ¿por qué, al contestar la demanda, no habría de ejercitar el derecho de reconvenir entablando conjuntamente la reconvención, de la cual naturalmente se daría traslado, y de consiguiente ocasión para otro escrito de parte del demandante contestando á la reconvención?

En estos casos y en otros de igual naturaleza, ¿se negaría acaso la admisión de los escritos consiguientes, fuera de los de la demanda y contestación? Creemos que no; y podemos afirmar, con la justicia de los derechos de la defensa conferidos por la ley en los juicios ordinarios comunes, que tales derechos, como los invocados en los ejemplos citados, no están derogados por el inciso de que nos ocupamos en los juicios de minas.

Relacionando el inciso primero con los demás del artículo 150 se deduce claramente que se ha querido eliminar únicamente la parte de tramitación no esencial, como son los escritos de réplica y dúplica y los dos finales para alegar de bien probado, reemplazándolos por comparendos: objetivo que también se persigue al reducir el número de testigos á *diez* en los mismos juicios.

II

Lo demostrado hasta aquí, aunque someramente, nos servirá para relacionar y establecer mejor el punto que sirve de tema á este artículo.

En el primer comparendo ó audiencia verbal, después de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contestación de la demanda ó de la reconvención, si la hubiere según las explicaciones ó los hechos que resulten justificados, ó se recibirá la causa á prueba, ó se citará á las partes para oír sentencia en los casos que designa el inciso 2.º del artículo 150. Es igual este trámite al designado en el mismo caso en la ley de juicios verbales de que se ha hecho antes mención.

La prueba testimonial, dice el inciso 3.º del artículo de que tratamos, será rendida ante el juez en audiencia pública; teniendo las partes el derecho, respectivamente, de repreguntar al testigo de la otra en la misma audiencia.

De modo análogo y con igual derecho se rinde la prueba en los juicios verbales, á los cuales mucho se asimila la tramitación de los de minas.

Sin embargo, según el inciso 4.º, las partes pueden convenir en que la prueba se rinda con arreglo á la ley común, según la cual no es pública la prueba, sino secreta; diferencia muy sustancial, como lo vamos á ver, para el punto que tratamos de solucionar. Dice el inciso 7.º: «Expirado el término probatorio y *hecha publicación de probanzas*, el juez citará á comparendo, y con lo expuesto en él por los interesados, verbalmente ó por escrito, quedarán citados para sentencia».

Por este inciso queda suprimida la tramitación común de los escritos de alegado de prueba, reemplazados hoy, en juicios de minas, por la exposición verbal ó escrita que las partes hicieren en el comparendo final después de la prueba. Pero á este comparendo deben preceder dos circunstancias: que haya expirado el término probatorio y que se haya hecho publicación de probanzas.

La publicación de probanzas es un trámite esencial en los juicios comunes ordinarios, por razón de ser secreta la prueba y de la cual necesitan las partes tener conocimiento para poder usar de su derecho, como es el de poner tachas á los testigos de la contraparte. Dicha publicación se hace constar por un certificado del secretario ó actuario de la causa, para que, desde la notificación respectiva de dicho certificado, corra el término de seis días que la ley señala para la interposición de las tachas en escrito especial, al cual es práctica poner cargo como al de apelación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Si la publicación de probanzas tiene por objetivo dar á conocer la prueba secreta, rendida en los juicios comunes, ¿qué fin se habría propuesto la ley de minas en el artículo 150 al hacer publicación de una prueba rendida en audiencia pública, de la cual tienen ó han podido tener cabal conocimiento las partes hasta repreguntar á los testigos? Publicar, para conocimiento de las partes, lo que ya conocen, es algo que ofende hasta el buen sentido, á no ser que la ley lo haya dispuesto en favor de la parte que no asistió á las sesiones de prueba, lo que sería un contrasentido mayor, puesto que la ley siempre castiga ó tiende á castigar toda omisión en la tramitación de los juicios, imponiendo por lo menos la condenación en costas.

¿Cómo entonces y para qué hacer preceder de la publicación de probanzas al comparendo final en los juicios de minas, siendo el objeto principal de aquélla la interposición de las tachas? Pero este derecho, que es un incidente consecuencial de la publicación, no existe según la opinión de algunos; opinión muy errada en la lógica de una correcta interpretación, y aún en el espíritu y letra de la misma ley de minas, de cuyo artículo 150 nos ocupamos.

La prueba, como antes dijimos, por lo general, puede rendirse *pública*, conforme á la ley de minas, ó *secreta*, con arreglo á la ley común, según convenio de partes; y ambos procedimientos están autorizados por el ya citado artículo 150. Cada uno de estos procedimientos no excluye, ni ha podido excluír, el derecho de tachar, sin una derogación expresa de este derecho. Y el artículo 150, lejos de derogarlo, lo reconoce implícitamente autorizando el procedimiento de la prueba con arreglo á la ley común. Rendida la prueba de este último modo, es fuera de toda duda la existencia del derecho de tachar á los testigos; así como no habría razón para deducir que este derecho estaba derogado en el caso de la prueba rendida de la otra manera pública.

De cualquiera de los dos modos, el derecho de tachar existe, y la prueba, por cualquiera de los dos sistemas no excluye, ni importa la renuncia de aquel derecho ó medio de defensa, reconocido por la misma ley de minas.

Suponer que la ley de minas ha querido en un caso otorgar el derecho de tachar y negarlo en el otro, sería una inconse-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cuencia jurídica en pugna con el criterio de una correcta interpretación.

La diferencia del sistema de prueba, optado en el juicio, influye tan sólo en la época ó término en que debe hacerse valer el derecho de tachar, ó sea, la interposición de las tachas; término que la ley de minas no ha expresado con claridad para el caso general de la prueba pública, limitándose á consignar que el comparendo final tendría lugar vencido el término de prueba y hecha la publicación de probanzas. Pero en el caso de rendirse la prueba secreta, el derecho de tachar y el plazo para ello están implícitamente comprendidos, como consecuencia necesaria, en la facultad otorgada por el artículo 150 para rendir la prueba con arreglo á la ley común.

La duda estaría, no en la vigencia del derecho de tachar, sino en la época ó término en que deba ejercitarse este derecho.

Rendida la prueba con arreglo á la ley común, la época y término para tachar son demasiado conocidos, dentro de los seis días, contados desde la notificación respectiva del certificado de la publicación de probanzas.

Pero rendida, con arreglo á la ley privativa de minas, en audiencias públicas, en que las partes presencian y conocen ó deben conocer la prueba testimonial, hasta repreguntar á los testigos, si quieren, es entonces la oportunidad de oponer las tachas en dichas audiencias al ser juramentados los testigos en ellas; á menos que la publicación de probanzas, que el artículo 150 supone hecha para poder decretar el comparendo final, tenga la misma significación que en la prueba secreta rendida con arreglo á la ley común.

Si hay publicación de probanzas, como supone el citado artículo 150, cualquiera que haya sido el sistema de prueba de que se haya hecho uso, el derecho de tachar debiera ejercitarse en seguida de la publicación. En esto no cabe duda, si la prueba fué rendida secreta con arreglo á la ley común.

Pero rendida en audiencias públicas con arreglo á la ley privativa de minas, el derecho de tachar tiene que ejercitarse ó después de la publicación como en el caso anterior, ó al ser juramentados ios testigos en las audiencias públicas de la prueba. Esto último es más conforme al espíritu de reducción de trá-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mites, que el Código de Minería ha dispuesto para los juicios de minas, asimilados en gran parte á los juicios verbales de que antes hice referencia, en los cuales está expresamente señalado para tachar los testigos, al tiempo de ser juramentados.

Sin esfuerzo se llega á estas conclusiones:

Que el derecho de tachar no está derogado en los juicios de minas, cualquiera que sea el sistema de prueba de los dos autorizados por el artículo 150 del Código de Minería.

Que ese derecho debe ejercitarse, notificada que sea la publicación de probanzas, si la prueba fué rendida con arreglo á la ley común, en la forma y término establecidos por ella; ó durante el término probatorio en las mismas audiencias públicas de la prueba rendida con arreglo á la ley privativa de minas, al ser juramentados en dichas audiencias los testigos que se desea tachar.

Estas conclusiones en nada entraban para que, agregada la prueba pública, si no lo estuviese ya, inclusa la correspondiente á las tachas que se hubieren deducido, pueda decretarse con arreglo á la ley privativa de minas, el comparendo final que dispone el citado artículo 150; ó para que, hecha la publicación de la prueba secreta rendida con arreglo á la ley común y expirado el término de prueba de las tachas que se hubieren deducido, pueda citarse igualmente al referido comparendo.

José Ravest

DERECHO DE VISITA

Artículo 64 del Código de Minería

¿Qué extensión tiene el derecho que concede este artículo para visitar las minas colindantes ó vecinas? ¿Llegará hasta comprender la inspección y examen de los procedimientos ó invenciones de labores y explotación?

Vamos á exponer en este artículo el juicio ú opinión que nos hemos formado relativamente á la duda que envuelven las preguntas anteriores, dando á conocer en el curso de él las razones que para ello nos han asistido.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Para determinar el alcance ó la extensión del derecho de que tratamos, nos hemos valido de las reglas de interpretación que hemos creído más apropiadas y más conformes, con el fin mismo perseguido con la concesión de él y de las diversas disposiciones de nuestras leyes que de alguna manera se refieren á la propiedad, que con el ejercicio de ese mismo derecho puede ser afectada. Hemos atendido además al principio, aceptado por todos, y existente entre nosotros como parte de nuestro Derecho Público, de considerar como inviolable la propiedad ajena, y á las ideas dominantes que se han tenido presentes siempre que se ha tratado de dictar alguna disposición sobre minería, tales como las de facilitar é impulsar el desarrollo de la industria minera por todos los medios aceptables y beneficiosos que han estado al alcance de los legisladores.

Entre las reglas de interpretación que hemos creído más adecuadas para llegar al resultado de formar nuestro juicio, que más adelante daremos á conocer, es la primera la que determina que las diversas partes de una ley deben interpretarse unas por otras, de modo que entre ellas haya no sólo armonía sino que de su conjunto fluya sin esfuerzo el verdadero significado de la ley; lo cual encontramos perfectamente aplicable para determinar la significación justa y equitativa que debe darse á diversas leyes cuando entre unas y otras, sin haber una contradicción verdadera, hay, sin embargo, un aparente choque de ideas. Otra de las reglas de interpretación de que también nos hemos valido y que ha contribuido á fijar nuestro criterio sobre la materia, es la de que jamás debe interpretarse una ley en un sentido tal, que conduciría á un absurdo ó á producir un efecto perjudicial al bien de la sociedad.

Las disposiciones existentes en nuestra legislación, á que más arriba nos hemos referido, que aseguran la inviolabilidad de nuestras propiedades, son: el número 5.º del artículo 10 de la Constitución, el artículo 143 de la misma y las diversas disposiciones del Código Penal que castigan á los que de algún modo infrinjan la propiedad ajena, las cuales exponemos asimismo, antes de manifestar el verdadero alcance que atribuímos al artículo de nuestro estudio, para la mejor comprensión de la conclusión á que hemos llegado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Manifestados los antecedentes que nos han servido para formar nuestro juicio sobre la materia de este trabajo, pasemos á demostrar las consecuencias que resultarían dando al derecho de visita toda la extensión de que es susceptible, ó la que en rigor debe tener, para que así establezcamos la solidez y justicia que reviste la opinión que sustentamos respecto del tema sobre que versan nuestras observaciones.

En efecto, si al artículo 64 del Código de Minería le damos toda la significación y magnitud que puede tener, sin relación con ninguna otra disposición legal, resulta que el derecho de visita que él concede, se extiende á toda la mina y lo existente en ella, comprendiendo, por consiguiente, las máquinas y cuantas invenciones hayan hecho sus dueños para obtener mayor beneficio en su explotación. Mas si le atribuímos toda la significación indicada, no puede negarse que él afecta, en cuanto á las máquinas é invenciones, la inviolabilidad de la propiedad que aseguran las disposiciones constitucionales y legales anteriormente citadas, y como no debemos suponer que el Legislador quiso derogar estas disposiciones, pues que con ello habría causado un perjuicio á la sociedad, inmensamente mayor que el beneficio que habría podido reportarle con tal derogación, haciendo desaparecer el estímulo de lucro y de aprovechamiento exclusivo que anima á los autores de inventos, no debemos tampoco, de ningún modo, dar á la disposición que analizamos un alcance tal, que comprendiera esa derogación; como tampoco porque resultando de ello un perjuicio antes que un bien á la sociedad, debemos tener presente la regla de hermenéutica que dice: que las interpretaciones de una ley que conduzcan á una consecuencia semejante deben desecharse.

Atendiendo, por otra parte, á lo que dispone la primera de las reglas de interpretación que arriba hemos expuesto y á la vaguedad misma del artículo que estudiamos, creemos que la latitud que á éste debe darse, debe ser tal, que no conduzca á producir el efecto perjudicial que antes hemos señalado, ni contradicción entre él y las demás disposiciones de nuestras leyes que de alguna manera se refieren á la propiedad que se supone afectada por el derecho de visita.

Aparte de las varias razones que dejamos relacionadas para

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

establecer el verdadero sentido del artículo de que nos ocupamos, pensamos, á mayor abundamiento, que, suponiendo la existencia verdadera de la contradicción entre él y las disposiciones constitucionales que se han mencionado, deberían en todo caso, prevalecer éstas, porque el artículo del Código de Minería no es una ley interpretativa de ellas, no habiendo tampoco sido declaradas como dudosas; y, en consecuencia, como no se puede reformar la Constitución con una simple ley ordinaria, en el evento propuesto, ese artículo no podía tener aplicación sino dejando salvas y sin mengua en todo su significado las disposiciones de la Constitución que serían afectadas, dando á aquel artículo toda la extensión de que es susceptible.

Teniendo presente las diversas consideraciones que hemos desarrollado en este artículo, llegamos fácilmente á la conclusión de que el derecho de visita no se extiende al examen é inspección de las máquinas ó invenciones que se empleen en la explotación de las minas, sino que él tiene por objeto precaver los peligros que cierta ó presuntivamente amenacen la mina colindante, y averiguar la posición y condiciones de las vetas ó criaderos de las pertenencias visitadas; para sacar de ellas observaciones útiles, de las cuales pueda ser conveniente aprovecharse en el laboreo y operaciones de estracción de las minas de los visitantes.

ROSENDO CARO

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(*Continuación*)

El precepto del artículo es *potestativo;* nosotros lo hacemos *imperativo.*

La proposición condicional es muy *vaga.* No se sabe en qué incide la *cantidad* de que habla el proyecto. Además es *errónea* la idea que éste da respecto de la cantidad; la supone una, divisible en dos partes, una líquida y la otra no líquida; lo que es verdaderamente diverso; no es una, sino que se mandan *dos*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cosas: dar una cantidad entera, fija, una suma determinada; y dar otra cantidad que no es líquida, fija. ¿Y por qué razón se manda observar un trámite alternativo de otro trámite? Mientras hacen tal cosa, se procede en tal otra, es decir que si no se hace, ¿no se procede? Si falta la liquidación, ¿no se puede ejecutar según el Proyecto? Esto nace de la redacción; porque suponemos que no se ha querido expresar tal idea, y que la ejecución puede existir, aunque no se liquide la otra parte ilíquida de que habla el Proyecto.

Conforme con las teorías y tesis desarrolladas, se podría redactar así el

"ART. 200. Si la *sentencia de dar* contuviere *cantidad* líquida y *cantidad* ilíquida, para llegar á *su cumplimiento, se procederá* respecto de la primera conforme á lo prescrito en los artículos 198, y respecto de la segunda, conforme al artículo 199".

La agregación propuesta por el señor Ravest al artículo 200, está comprendida en los casos contemplados en los artículos reformados y ya tratados. En efecto, la obligación de entregar una especie ó colectividad, como dice el señor Ravest, está comprendida en la de dar; luego es redundante hacer de ella un caso diverso, cuando no lo es. Si se manda entregar una tienda, se resuelve el caso por los artículos ya examinados, no hay la menor dificultad. No merece, por consiguiente, tal caso un artículo aparte; porque sería complicar la legislación sin provecho alguno.

En el artículo reformado todo está circunscrito. Se enuncia la *especie* de la sentencia, *lo que* ella *contiene, qué* se *persigue* alcanzar y *cómo debe procederse* en cada caso y respecto de cada *sección* de la aludida sentencia. La unidad *no está* en el *mandato*, sino en la sentencia, en la forma externa de ese mandato. En la *cosa mandada* hay pluralidad, no existe la unidad en la *cantidad.*

"ART. 201. Si la sentencia, etc.."

Este artículo ya está analizado y debe suprimirse de este lugar. La regla *especial* que contenía, se hizo *general* y se consignó como tal en el artículo 197 *e* reformado.

Vamos á tratar del caso en que la sentencia contenga obligación de hacer.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Proyecto trata la materia insinuada en los artículos 202, 203, 204, 205 y 206.

"ART. 202. Si el deudor de la obligación de hacer incurriere en mora, y el acreedor pidiere que se le apremie para la ejecución del hecho, el tribunal podrá apremiarle con multas proporcionadas á la importancia del hecho debido y á las facultades del deudor".

"ART. 203. Si el deudor ejecutare el hecho, pero de diverso modo del que debiera, el tribunal podrá mandar que se destruya lo obrado si fuere necesario, y que se proceda á la ejecución en la forma debida".

"ART. 204. Si el acreedor pidiere que se le autorice para hacer ejecutar el hecho por un tercero á expensas del deudor, el tribunal designará el tercero que haya de ejecutarlo, el cual se sujetará á lo estipulado en el respectivo contrato y á lo mandado en la sentencia".

"ART. 205. El tercero, concluída que sea la obra, presentará al tribunal una cuenta detallada, y en lo posible documentada, del costo que la ejecución de ella hubiere causado.

"El Tribunal mandará poner dicha cuenta en conocimiento de las partes; y la declarará aprobada si no la objetaren dentro de tercero día.

"Si la objetaren dentro del plazo señalado en el inciso precedente, tramitará la oposición en la forma prevenida para los incidentes".

"ART. 206. Si el acreedor pidiere indemnización de los perjuicios resultantes de la inejecución del hecho, los hará constar, y su valor se le pagará por tasación del juez ó de peritos".

En el artículo 202 está el caso cuando el acreedor pide *apremio*, en el 204 cuando pide se le *autorice*, y en el 206, indemnización de perjuicios. ¿Qué le otorga el Proyecto? "Podrá el tribunal apremiar" dice el 202, es decir, como concesión de lo que pide el acreedor, la ley se limita á otorgar al juez una facultad. *Podrá*, dice; es decir, el apremio es *facultativo* ó potestativo en el juez: si quiere, lo otorga; si no quiere, no lo otorga. ¿Así se garantiza un *derecho perfecto* del acreedor, expresamente *reconocido* por el artículo 1553 del Código Civil; y lo que es más serio, expresamente *declarado* por sentencia firme?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Código Civil *faculta* al acreedor para que *á su voluntad pueda pedir* el *apremio*, la *autorización* ó los *perjuicios*.

El Proyecto *faculta* al juez para que á su voluntad *pueda apremiar* en el caso del artículo 202; y esta migaja se otorga, cuando el mismo juez tiene *declarado* el derecho por sentencia ejecutoria! También lo faculta para designar el tercero en el caso de la autorización del artículo 204. Y en el caso del artículo 206, impone al acreedor la obligación de hacer constar los perjuicios y faculta al juez para tasarlos por sí ó por un perito. Aquí se convierte el juez en tasador, y al perito se le reviste del carácter de juez en el caso que se mande pagar lo que él tase.

Estas irregularidades deben salvarse.

Examinado el conjunto, descendamos á los detalles de cada artículo.

El artículo 202 se pone en la situación de que el deudor esté en mora y el acreedor pida; pero la primera condición de la mora no hay para que mencionarla, desde que por sí existe esa mora, aunque no se diga. El artículo 1551 del Código Civil indica cuándo se está en mora. Uno de esos casos es cuando el deudor ha sido *judicialmente reconvenido*. Y en el caso de que tratamos, no sólo ha existido esa reconvención judicial, sino que ha existido juicio sobre la falta de cumplimiento y sentencia que declara obligado al deudor. La mora es inherente á la sentencia. Sólo debemos contemplar el que estamos en presencia de una sentencia que hay que cumplir. Esto es todo. ¿Qué se hará?

No diremos que el juez *podrá* apremiar, sino que *apremiará* de hecho. En vez de facultad, imponemos *obligación* en el juez y *derecho* relativo en la parte; *imperamos*.

Las multas, en la forma en que están en el Proyecto, pueden ser infinitas y son para el fisco; no dice cómo se cobren, de modo que, si el cobro no es instantáneo, no pesará sobre el deudor, y éste, sin tomar el peso al asunto, puede ver comprometida su fortuna sin quererlo. Creemos que basta con dos multas sucesivas, que sean á favor municipal, y que su cobro se efectúe por los trámites de una sentencia de cantidad líquida ya

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

expresados en los artículos reformados. La cuestión es ser breve y económico.

En el artículo 202 y siguientes hasta el 206, se echa de menos el elemento esencial, que sirve de base á todos ellos, el que se *trata de cumplir* una sentencia que contiene una obligación de hacer. Será necesario expresar esta circunstancia.

En el artículo 203 se trata del caso de un cumplimiento *imperfecto*. Sentado el hecho, tiene que venir necesariamente la orden de ejecutarse de una manera perfecta, como está mandado. La destrucción será en algunos casos la consecuencia de ese mandato, pero no el efecto de un cumplimiento indebido. Nosotros invertiremos el orden de colocación de las ideas expresadas en este artículo: primero pondremos *proceder* y después *destruir*, al revés de como están en el Proyecto; porque así es la verdad.

El artículo 204 nos sugiere las siguientes observaciones. Está *de más* y debe suprimirse la proposición "que haya de ejecutarlo"; con decir *dicho tercero* basta. "Se sujetará". ¿En su procedimiento ó en la ejecución? En este último, pero, para que no haya nada indeterminado, es útil decir en qué se sujetará.

Para significar lo á que se sujeta, basta decir *á la sentencia*, por cuanto ella es el fundamento y mira de lo que dispone la ley en este artículo. La sentencia es lo principal, lo esencial; en ella va incorporado el contrato en lo que no fuere contrario.

En los casos en que la sentencia modificara el contrato, no podría sujetarse á la vez al contrato y á la sentencia. Por eso, para obviar esos inconvenientes, sólo debe decirse "á la sentencia" y no lo demás que dice el Proyecto.

Llegamos al estudio del artículo 205. En él se habla de la cuenta que debe rendir el tercero y de los trámites para su aprobación ú oposición. Nada más. Se deja á un lado lo principal, la construcción del hecho de la sentencia. No se dice qué intervención tome la justicia una vez terminada la *obra* encomendada al tercero, designado por esa misma justicia ni qué trámites se dé á las objeciones hechas á la referida obra. Todas estas omisiones es necesario salvarlas. Creemos que la obra y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la cuenta se pueden sujetar á un mismo procedimiento, para dar fin á una y otra cosa en forma económica.

La obra debe ponerse en manos del acreedor para su examen. Si se conforma con ella, se dejará constancia del hecho, y todo habrá terminado. Si no hay conformidad, el juez oirá los cargos y descargos; y aprobada ó nó la obra, ordenará lo conveniente. Puede oírse á un perito en el caso que las partes no se pongan de acuerdo, y antes de que el juez dé su fallo, sobre la *conformidad de la obra* con lo ordenado en la sentencia y sobre la *mayor ó menor exactitud* entre ella y su costo de facción, según la cuenta rendida.

Determinaremos en un artículo separado y final la manera como debe cobrarse en general toda multa de apremio y para todos los casos.

Á los artículos examinados, bien pudiera dárseles la siguiente redacción:

"ART. 202. Si el acreedor, *exigiendo el cumplimiento* de una sentencia con obligación de hacer, pidiere que se apremie al deudor para la ejecución del hecho, el juez lo apremiará *incontinenti* con *multa* á favor municipal, por *dos* veces, siendo *doble* la última, y siempre proporcionada á la importancia del hecho debido y á la fortuna del deudor, si *no lo ejecutare en un plazo* prudencial".

"ART. 203. Si el deudor ejecutare el hecho, pero de diverso modo del que debiera, el juez mandará que proceda á ejecutarlo en la forma debida, pudiendo ordenar la destrucción de lo hecho, si fuere necesario.

"ART. 204. Si el acreedor, exigiendo el cumplimiento de una sentencia de hacer, pidiere que se le autorice para hacer ejecutar el hecho por un tercero á expensas del deudor, el juez designará este tercero, quien se ajustará en la hechura á lo mandado en la sentencia y dará principio á la obra al siguiente día de su aceptación, bajo apercibimiento de destitución.

"ART. 205. Al siguiente día de concluída la obra, el tercero dará al juez cuenta de su terminación y de su costo, detallado y documentado, incluyendo su honorario.

"El juez pondrá todo esto en noticia de las partes.

"Lo que no fuere objetado hasta el tercer día hábil al de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

notificación de cada parte, se tendrá por aprobado de hecho.

"Si hubiere objeción, se tramitará y resolverá como incidente.

"ART. 206. Si el acreedor, con su sentencia de hacer, pidiere indemnización de perjuicios, se valorizarán en la forma prescrita en el artículo 198 *a* y 198 *b*, y su valor se hará pagar en la forma del artículo 198 *c*, *d*, *e* y *f*".

Pasemos al examen del artículo 207 del Proyecto, ya que la simple lectura de los cinco artículos anteriores da á conocer su importancia y las innovacioues que ellos introducen.

"ART. 207. Si la sentencia ordenare el cumplimiento de una obligación de no hacer, podrá el tribunal conminar al deudor con una multa por cada vez que contravenga á lo mandado en la sentencia, sin perjuicio de los derechos que las leyes confieren al acreedor.

"En la determinación de la multa se observará lo dispuesto por el artículo 202".

Si *ordenare* el cumplimiento, el tribunal *podrá conminar* por cada vez que no se haga lo mandado. Esto dice en sustancia el Proyecto; y como *ninguna* sentencia *manda el cumplimiento* de una obligación, sino que declara una obligación ó la impone, se sigue que nunca se verificará la premisa ó la primera parte del artículo 207, y que, por consiguiente, nunca podrá llegar el caso de la conminación. Todo quedará en la letra de la ley, y el artículo 207, en los términos en que está redactado, no tendrá aplicación práctica alguna.

Descendamos á los pormenores del artículo 207 del Proyecto. Él confiere al juez la facultad de conminar para cada caso de contravención. ¿Y qué avanza con ello el acreedor cuando él recibe un perjuicio con la falta de cumplimieuto de lo mandado en una sentencia, y sólo ve que en tal caso únicamente parte del Poder Judicial *una conminación* como toda *protección* á su derecho, desconocido y pisoteado por el deudor, vencido en juicio?

Nosotros, lo confesamos, no vemos provecho alguno en todo ello para el acreedor, ni vemos una protección eficaz y cual corresponde á un derecho declarado por sentencia firme.

Ejemplo: Agustín obtiene una sentencia que ordena á Emilio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

abstenerse de los actos de turbación de su posesión y á que se refiere la querella. Esta sentencia contiene una obligación de no hacer. Emilio ejecuta esos actos que se le han prohibido, contraviene á la sentencia. Agustín da cuenta del hecho á la justicia. Ésta ¿qué hará? Ejercer ó nó la *potestad* de conminar que le proporciona el artículo 207. El juez, en el mejor de los casos, conmina con cien pesos. ¿Qué se ha avanzado con esta amenaza, intimación ó apercibimiento legal? Que el deudor se quede con la contravención, amenazado ó conminado, nada más. Vuelve después á repetirse la contravención: vuelve á repetirse la conminación ó la amenaza. Esto no nos satisface, es demasiado vaporoso y demasiado alejado de nuestra comprensión. Necesitamos algo más tangible, más real y de efectos más eficaces: necesitamos una solución.

Conminar es "apercibir, amenazar, intimidar". *Contravenir* es "faltar á lo prescrito, infringir, quebrantar, desobedecer la ley, lo mandado; proceder en contra".

Cumplir lo que no es ó no ha de hacerse es algo incomprensible para nosotros, y sin embargo, esto es la base fundamental de la facultad discrecional potestativa del juez en el artículo 207.

Obligar á una persona á no hacer algo es prohibirle ejecutar ciertos actos. Pues bien, la sentencia que contiene una obligación de no hacer, prohibe algo.

Sabido es que lo que la ley prohibe es nulo, artículo 10 del Código Civil; y aplicando el mismo precepto á la sentencia, que es una ley, tendremos que lo que la sentencia prohibe ejecutar, hecho, es nulo. Pues bien, los actos ejecutados en contravención á una sentencia prohibitiva, no pueden tener ningún valor jurídico; deben deshacerse, quedar las cosas como estaban antes de la ejecución de ellos. Y como ya no ha bastado la simple prohibición ni la consiguiente amenaza de deshacerse, para detener al deudor, se hace preciso imponerle de hecho una multa por la desobediencia, *para enseñarle* á respetar y á obedecer las decisiones judiciales firmes y *para proteger* el derecho del acreedor de una manera efectiva.

Lo que la ley reprime son los *actos del deudor*; de modo que él no puede ser responsable de los actos que en contravención á una sentencia prohibitiva pueda ejecutar un tercero, ó cuyo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

efecto final pueda provenir de fuerza mayor ó caso fortuíto. La ley no puede tomar como punto de partida la consumación del hecho material, tiene que relacionarlo con su autor para deslindar la justa responsabilidad. Así, por ejemplo, se me prohibe hacer correr agua por una acequia. Pero un día aparece agua corriendo. ¿Bastará este *hecho material* para decir que he infringido lo mandado en la sentencia? Si hubiera de quedar la redacción del Proyecto, bastaría el hecho material; pero como tal solución no nos parece útil, hay necesidad de salvar la situación garantiendo el derecho del deudor para probar su irresponsabilidad por la circunstancia esencial de no ser él el autor del hecho de haber corrido agua por la acequia indicada. También hay que dejar establecido que la multa ó la conminación en nada menoscaba el derecho del acreedor para pedir indemnización de perjuicios y para que las cosas vuelvan al mismo estado en que estaban antes de ser ejecutadas.

En buenos términos, el artículo *regla una facultad* del Poder Judicial y *esta ley no es* para tal objeto. Este Código es para *reglar la manera de ejercer* las acciones. Va en garantía de los particulares, éste es el fin principal. No va en engrandecimiento de ningún Poder Público; éste sirve al propósito fundamental del Código, es fin accesorio en él. De confundir estos *dos objetos*, han resultado muchas veces disposiciones como la del artículo 207. En ellas nos hemos visto en la necesidad de restablecer la verdad y el verdadero fin de las cosas, de hacer resaltar el objeto primordial de una ley de procedimiento, y de hacer con justicia que el Poder Judicial ó cualquiera otro sirvan á ese fin. Tiene, pues, que predominar esta idea de procedimiento y no la de atribución del Poder Judicial.

El punto capital, legislado, debe ser la contravención á un mandato judicial prohibitivo. Este no existe en la redacción del Proyecto, pero hay que establecerlo precisamente. Ahora bien, supuesta la contravención, ¿cómo llegará la justicia á la verdad de las cosas, á establecer el verdadero hecho de la contravención y el verdadero responsable de ella? Esto es materia de tramitación y de prueba. Establecido lo uno y lo otro, llega la oportunidad de imponer el apremio, el gravamen judicial y compulsivo de la multa, y graduar la reagravación de esa mul-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ta por la reincidencia en la contravención; porque es hasta inicuo no ser más severo con una repetición de una desobediencia, que con la que sucede por primera vez. No hemos encontrado estas ideas en el Proyecto, pero es necesario que figuren como elementos de la nueva redacción.

En el artículo 207 se reservan al acreedor "los derechos que las leyes le confieren"; pero fuera de la frase ampulosa y campanuda, no vemos protección alguna para el deudor inocente é irresponsable. ¿Qué *leyes* son esas que confieren esos *múltiples derechos?* Las desconocemos, sólo sabemos que hay *una*, el Código Civil; tampoco conocemos los muchos derechos, sino uno sólo, el relativo á la indemnización de perjuicios. Á esto se reduce todo; porque una obligación de no hacer se resuelve en indemnización de perjuicios, y todo lo que se relaciona con dicha obligación, se traduce ó se cambia en indemnización de perjuicios. Así está prescrito en el artículo 1555 del Código Civil y así está significado en el artículo 203 del Proyecto primitivo.

¿Y entregaremos maniatado el deudor á su acreedor sin que se le reserve siquiera el derecho de defensa, el de probar su inocencia? No nos parece justo; y el Código que patrocinara tal sistema, encarnaría una injusticia. Por eso hemos creído muy equitativo el que se le reserve este derecho, concretándolo al caso único de la fuerza mayor ó caso fortuíto. No comprendemos en esta reserva el caso proveniente de un hecho de un tercero, porque en él presumimos que el tercero ha producido el hecho por orden ó con consentimiento del deudor, como en el caso de un sirviente, inquilino ó dependiente á sueldo. En este caso se repite contra el deudor, sin perjuicio de que éste repita á su vez contra el tercero. Con tal procedimiento creemos servir la justicia y los intereses legítimos de los acreedores.

Ya podríamos dar forma á los artículos que contengan las tesis de nuestra referencia.

"ART. 207. Si el obligado por sentencia que contenga obligación de no hacer, contraviniere á lo resuelto en ella, tramitado el hecho en la forma del artículo 199 *a*, y acreditado en legal forma, se le impondrá una multa arreglada á lo prescrito en el artículo 202".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 207 *a*. Si se repitiere la contravención, se le aumentará la última multa en la mitad de la inmediata precedente".

"ART. 207, *b*. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores es sin perjuicio del derecho del acreedor para indemnizarse, y del deudor para acreditar fuerza mayor ó caso fortuíto á fin de exonerarse de la multa y perjuicios provenientes de una contravención".

El artículo primero trata de una contravención. El segundo de una reincidencia y de la respectiva agravación de la multa. El tercero contiene dos reservas, una para el acreedor y otra para el deudor, limitada cada una á su fin exclusivo y determinado.

Llega ahora la oportunidad de prescribir cuándo y cómo se hará efectiva una multa. El caso de una multa no está comprendido por punto general en el caso de una sentencia de cantidad líquida; porque en muchos casos se impondrá multa por un simple decreto, y éstos no son sentencias, ni están comprendidos en las disposiciones relativas á las sentencias.

Propondríamos el siguiente artículo:

"ART. 207, *c*. Las multas de apremio serán de hecho ejecutorias una vez vencido el plazo á que estén relacionadas, y se cobrarán como si fueren sentencia de cantidad líquida".

Hemos concluído el estudio de la primera parte de este título; pasemos á la segunda y copiemos todos sus artículos para abarcar de una sola vez el conjunto y en seguida entrar á los detalles.

§ II.—DE LAS SENTENCIAS PRONUNCIADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS

"ART. 208, *a*.—Las sentencias pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que establezcan los tratados respectivos.

"ART. 208, *b*.—Si no hubiere tratados relativos á esta materia con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ellas se diere por las leyes á las sentencias pronunciadas en Chile.

"ART. 208, *c*.—Si la sentencia procede de una nación en que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por ley ó jurisprudencia no se da cumplimiento á las pronunciadas por los tribunales chilenos, no tendrá fuerza en Chile.

"ART. 208, *d*.—En los casos en que no pudiere aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las sentencias tendrán fuerza en Chile, si reúnen las circunstancias siguientes:

"1.ª Que no sean incompatibles con el Derecho Público Chileno, ni contrarias á la moral ó á las buenas costumbres;

"2.ª Que tampoco se opongan á la jurisdicción nacional;

"3.ª Que no hayan sido dictadas en rebeldía;

"4.ª Que estén pasadas en autoridad de cosa juzgada con arreglo á las leyes del país en que hubieren sido expedidas.

"ART. 208, *e*.—Los autos ó decretos expedidos por tribunales extranjeros en actos de jurisdicción voluntaria tendrán también fuerza en Chile en los casos y bajo las condiciones que expresan los artículos precedentes.

"ART. 208, *f*.—Son asimismo aplicables á las sentencias de árbitros aprobadas por los tribunales ordinarios ó pronunciadas en negocios de compromiso forzado las disposiciones de los artículos 208, *a*; 208, *b*; 208, *c*, y 208, *d*.

"ART. 208, *g*.—La ejecución de las sentencias y demás actos á que se refierenlos artículos precedentes se pedirá ante la Corte Suprema con copia legalizada de dichas sentencias ó actos.

"ART. 208, *h*.—En los casos de jurisdicción contenciosa, se dará á la parte contra quien se pidiere la ejecución de la sentencia traslado de la solicitud para que en el término del emplazamiento exponga lo que estime conveniente.

"Con la contestación de la parte ó en su rebeldía, se pasará el proceso en vista al fiscal de la Corte Suprema; y, evacuado este trámite, el tribunal declarará si debe ó nó darse cumplimiento á la sentencia.

"ART. 208, *i*.—En los negocios de jurisdicción voluntaria el Tribunal resolverá sin más trámite que la audiencia del Fiscal.

"ART. 208, *f*.—Mandada cumplir una sentencia pronunciada en país extranjero, se pedirá la ejecución ante el tribunal á quien habría correspondido conocer en primera instancia en el negocio si el juicio se hubiera promovido en Chile.

"ART. 208, *l*.—Á los actos ó decretos expedidos por tribunales extranjeros en actos de jurisdicción voluntaria y que hubieren

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sido mandados cumplir por la Corte Suprema, se dará en Chile la misma fuerza que á los autos ó decretos análogos expedidos por tribunales chilenos».

Como pueden venir del extranjero, no sólo sentencias, sino también decretos, verbi-gracia, para notificar á alguien, se hace necesario comprender en esta segunda sección las dos clases de actos judiciales enunciados, y someterlos á un ceremonial igual, teniendo en mira la *soberanía* nacional y no la *transcendencia* del acto de cuya ejecución se trata.

Pues bien, nos llega á Chile una sentencia de un tribunal de Noruega. ¿Se presenta desde luego al juez de primera instancia ó á otro? Ó antes de ponerse en manos del Poder Judicial hay que colocarla en manos de otro Poder Público? ¿Cómo saber que en Noruega *existe* el juez que expidió la aludida sentencia, y que efectivamente *la dictó?* En una palabra, ¿cómo probar su autenticidad?

No es esto sólo. ¿En *qué forma* debe llegar esa sentencia noruega á Chile? ¿Cómo acreditar que *su copia* y *su original* son *auténticos*, ó que lo uno y lo otro es realmente otorgado por funcionario competente, cuando esto es lo que constituye la *esencia* de lo auténtico según el artículo 1699 del Código Civil? ó bien ¿cómo llegar *al estado* en que una sentencia extranjera esté *legalizada en forma* en poder de los tribunales chilenos?

El Proyecto no lo dice; omite tratar estas cuestiones, sin embargo de que ellas son materia de enjuiciamiento y son puntos que no pueden pasarse por alto.

El Proyecto principia por decirnos en sus artículos 208, *a*, *b*, *c*, *d*, *e*, *f* *l*, *la fuerza que tendrá* en Chile una sentencia ó decreto dado en un país extranjero. En el 208 *g*, *i*, *j*, nos expresa *a quién* se pide la ejecución y *con lo que* se solicita. Después, en los artículos 208, *h*, é *i*, prescribe *los trámites* á que somete esa petición.

Como se ve, el Proyecto no toca los puntos que hemos echado de menos. Es verdad que en el artículo 292 del libro II, tratando de la prueba instrumental, dice el Proyecto que «los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deben presentarse debidamente *legalizados*». Después enuncia los requisitos para estar legalizados. Pero todo esto es para el efecto de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

prueba de un juicio, y no se aplica al punto de la ejecución de una sentencia ó decreto.

El Código Civil, en su artículo 17, para probar la autenticidad de un instrumento público, nos remite á buscar las reglas sobre este particular en el Código de Enjuiciamiento. En efecto, él dice así: "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 misma ley civil nos dice que los *puntos omitidos* por el Proyecto, son materia de enjuiciamento, y que en él deben existir *las reglas para autenticar* una sentencia, ó un instrumento público, como lo es ella, que ha de tener efecto en Chile.

Ya hemos demostrado que el Código que se nos quiere dar, no contiene esas reglas y que son absolutamente necesarias.

Lo primero que hay que ver, una vez recibida una sentencia, es examinar si es ó nó *auténtica*. Examinado este punto y siendo ella auténtica, hay que fijar los trámites *de admisibilidad* y *dirigirla* al juez á quien incumbe hacerla cumplir. Por último, hay que prescribir la fuerza que deba dársele, teniendo presente el *principio de reciprocidad*.

Casi invertimos el orden de ideas planteado por el Proyecto; concluímos por donde aquél principia, y comenzamos por las *reglas* relativas á la autenticidad y legalización.

En efecto, determinamos como debe acreditarse que la *copia* que se presenta, es verídica, *auténtica*, por medio de una serie ordenada de testimonios hasta llegar al Representante en el Exterior de la Nación respectiva. Fijamos *la forma* externa de presentación y *el órgano* ó conducto por donde debe llegar á las autoridades chilenas. ¿Á qué Poder Público chileno debe dirigirse en primer término para establecer la autenticidad y decir la última palabra en cuanto á acumular los elementos probatorios sobre tal punto? Al Poder Ejecutivo. El representante en el exterior de este Poder, al mismo tiempo que sella la cuestión de autenticidad y la confirma, da entrada á la República á ese acto judicial extranjero, lo autoriza, la da fuerza de ley en su forma externa, á fin de que el Tribunal más alto de la nación conozca sobre si puede ó no tener efecto en Chile

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En una palabra, *comprueba la autenticidad* y *legaliza* las diligencias el Ministro de Relaciones Exteriores de la República,

Después de la legalización, viene el saber *á quién se dirigen* todas las diligencias que se han verificado hasta la legalización, operada por la firma del Ministro chileno.

¿Qué tramitación se observará para que un tribunal único declare *si puede ó no tener efecto* en el territorio chileno una sentencia dada? ¿Qué *clase de juez* deberá hacerla cumplir? Por cuanto con la última declaración la sentencia extranjera toma el carácter de chilena y tiene la misma garantía que ésta, se naturaliza.

En seguida, debemos consignar las reglas que traduzcan el *principio de reciprocidad* entre dos naciones, para conformarnos á él en cuanto al efecto de una sentencia. Si en una nación no se da efecto á una sentencia chilena, en Chile tampoco debe darse efecto á la sentencia de esa nación extranjera. Si se le da en parte ó en el todo ó con algunas cortapisas y limitaciones, debe observarse en Chile la misma conducta y sólo debe dársele efecto en parte ó en el todo y con las mismas restricciones.

Si una sentencia ó decreto extranjero hubiere de cumplirse en Chile, es necesario que *dos funcionarios públicos* de esa nación expongan al Ministro de Relaciones Exteriores extranjero que vieron firmar el exhorto dirigido al juez chileno y en que se inserta la referida sentencia ó decreto, así como que los firmantes son los llamados á dar esa sentencia ó á dirigir ese exhorto á Chile, según las leyes de su país. En seguida el Ministro extranjero *atestiguará la categoría* de esos dos funcionarios y la de los autorizantes ó firmantes, y *de que* la sentencia ó decreto ha sido *dada. por funcionarios* judiciales, *nombrados para juzgar* conforme á las leyes del país; poco importa que lo que juzguen sea contencioso ó no contencioso, y que el nombramiento *sea hecho* por la nación ó por las partes. Un juez de derecho y un juez árbitro dan sentencias y decretos, que obligan á las partes que suscribieron el nombramiento del último ó que litigaron ante el primero.

Tenemos entonces el *juez* y su *secretario*, que firman la sentencia y firman el exhorto ó comunicación al juez chileno. El

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

secretario además autoriza la inserción de dicha sentencia. Otros *dos funcionarios certifican la efectividad de* la sentencia insertada, *del* exhorto y *de* las firmas.

Después de esto se dirige lo hecho al *Ministro* de Relaciones Exteriores extranjero, quien *testificará* la *categoría* de todos los funcionarios que han intervenido en lo hecho, y *la efectividad* de haber sido pronunciada la sentencia ó decreto por verdaderos fnncionarios judiciales. Todo lo cual se relaciona con el carácter externo, sin tocar el fondo del asunto. No decimos *funcionarios competentes* para no entrar al fondo de la cuestión y para no obligar al Ministro, funcionario administrativo, á que se pronuncie sobre una materia que no es de su incumbencia, la judicial. En el presente caso, basta sólo acreditar la *efectividad del* nombramiento y *del* otorgamiento del acto judicial.

El Ministro extranjero *enviará* al Ministro chileno de igual clase todo lo diligenciado. Este es el conducto autorizado que elegimos. Adoptamos la vía diplomática, aunque no imprimimos á las cosas el carácter diplomático; admitimos la vía más seria en la *recepción en* Chile: porque el asunto se trata de nación á nación, y porque realmente se trata de un acto de *soberanía* por parte de la otra nación.

El Ministro chileno *atestiguará* la *efectividad de la* firma del Ministro extranjero y *de lo* relacionado en las diligencias que acompañan á la sentencia ó decreto. Para alcanzar esto, el Ministro chileno puede tomar información del Ministro Diplomático chileno ó del Cónsul chileno, ó del Ministro ó Cónsul de una nación amiga, ó de personas fidedignas; á falta de los unos los otros, en el orden aquí enumerados. Dejamos al Ministro en completa libertad para que busque *la verdad* y *los medios* de hallarla.

En estos casos, y para la ley chilena, lo que constituye la *prueba* más fuerte *de autenticidad* acerca de una sentencia ó decreto, es la *afirmación* ó certificación del Ministro de Relaciones Exteriores chileno. Dicho Ministro es la puerta única por la cual lo extranjero entra al país *para nacionalizarse.*

Con esta certificación se *pasan* los antecedentes á la Corte Suprema. Al mismo tiempo se le *expone* si la nación en que se dictó la sentencia ó decreto, *tiene tratado* con la República

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sobre cumplimiento de estos actos judiciales y su fecha; *si* en esa nación *hay ley* que permita la ejecución de una sentencia ó decreto chilenos, ó *si se permite* esta ejecución por alguna *otra causa;* ó bien *si* por *ley, costumbre* u *otro motivo no se tolera* dicho cumplimiento y *no se le da efecto* á un acto judicial chileno; y por último, *si se ignora* lo que haya sobre ejecución de un acto judicial chileno en ese país.

Nadie mejor preparado sobre estas circunstancias, que el Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, y nadie con elementos más á propósito que él, para adquirir los datos que le pongan en condición de exponer esas circunstancias con entera verdad.

Recibida la sentencia por la Corte, este Tribunal *acusará* el correspondiente *recibo.* Y ya la *parte* ó el interesado, por sí ó por su representante, *puede pedir* á este Tribunal que *declare, previa audiencia* del ministerio público, que la sentencia ó decreto en referencia *puede tener efecto* en Chile y que *la remita al juez* que ha de hacerla cumplir en Chile.

Si el asunto es contencioso y la parte obligada existe y está en la República, deberá *ser oída* sobre *la petición de tener efecto* en el término del emplazamiento con relación á la Corte. Pero si existe y no está, no hay obligación de oírla; puede sí oírse al defensor público.

Si el negocio es no contencioso, *no hay parte* á quien oír; pero *pueden hacerse oír* ó el defensor público ó los que resulten perjudicados con el cumplimiento del acto judicial extranjero, ó bien, perturbados en sus derechos.

La parte que viene á hacer cumplir una sentencia ó decreto en Chile, *queda radicada* en el territorio *desde* que el Supremo Tribunal *acusa* el respectivo *recibo* al Ministro de Relaciones Exteriores chileno, *para todo lo concerniente* á dicha sentencia ó decreto y á los derechos amenazados ó privados con motivo de la ejecución de dichos actos judiciales.

Hecha la declaración de tener efecto, se *pasarán* los antecedentes *al juez* que en primera instancia hubiera correspondido el conocimiento del juicio en que se dictó la sentencia ó decreto por cumplir, si el juicio hubiere sido iniciado en Chile.

Ante este juez *se pedirá el cumplimiento* de la sentencia ó del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

decreto, y *este* funcionario se *sujetará* á lo prescrito sobre el particular respecto de sentencia ó decreto chilenos.

Con la declaración de la Corte Suprema la sentencia *toma el carácter* de chilena, se naturaliza, tiene el amparo de la ley chilena.

No hay necesidad de más trámites que los que hemos referido; hemos tomado lo mejor, lo que da más garantía de veracidad, y sólo lo esencial y que no puede ser menos por desvirtuarse si llega á quitarse un elemento de los expuestos. Tal es nuestro sistema, su plan y su desarrollo.

Descendamos á la crítica de cada artículo en particular.

La ley española trata la misma materia del Proyecto y en el mismo orden que éste. Los artículos 208, *a*, 208, *b*, *c*, *d*, *g*, *h*, *j*, son casi una copia literal del artículo 922 hasta el 929 de la referida ley española.

El epígrafe de esta sección debe ser *Sentencias y decretos extranjeros;* porque así se encierra *toda* la materia que ella comprende, y no *una parte* de ella, como lo hace el Proyecto.

El artículo 208, *a*, tal como está redactado es inútil, superfluo; está comprendido en la disposición del artículo 208, *b*. En efecto, es sabido que un tratado internacional es una *ley* para las potencias signatarias. Luego, hay que cumplir esa ley; y sin necesidad de un nuevo mandato legal, las autoridades chilenas están en la obligación de hacer cumplir ese tratado.

Pasando al artículo 208, *b*. En él se habla de leyes de la nación extranjera. Entre esas leyes están los tratados. Luego, es exacto lo que dijimos, que en este artículo 208, *b*, está comprendido el 208, *a*.

¿Y por qué razón el Proyecto ha restringido el principio de reciprocidad haciéndolo sólo extensivo *al caso* de la existencia de leyes, sean éstas tratados ó no, y *no á todos los casos* en que por cualquier motivo se dé fuerza á una sentencia ó decreto chilenos?

No lo sabemos; pero nosotros adoptamos en absoluto la reciprocidad, no la limitamos á determinados casos. Menos se explica la limitación del artículo 208, *b*, con la existencia del artículo 208, *d;* desde que éste se funda en la pura *liberalidaa* sin tomar en cuenta la reciprocidad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En lugar de la frase *tener fuerza* nos parece mejor la frase *tener efecto.* La voz *fuerza* se refiere al *valor*, á *lo interno* del acto, materia que se rige por la ley del país en que tiene lugar, artículos 16 y 18 del Código Civil; mientras que la voz *efecto* mira á los resultados de la primera y es materia que se regla por las leyes chilenas, artículos 16, 17 y 18 del mismo Código.

Nos parece más técnica y más verídica la voz *efecto* y será la que usaremos.

El artículo 208, *c*, trata sólo de los casos en que por ley ó jurisprudencia no se dé cumplimiento á una sentencia; y si no se da cumplimiento por otra causa, se le dará en Chile si llena los requisitos del 208, *d.* Esto es evidente y es una infracción del principio de reciprocidad. Deben comprenderse todos los casos en que no se dé efecto, y deben comprenderse las sentencias y los decretos. Esta última observación es aplicable á todos los artículos del Proyecto y no nos ocuparemos más de ella en los artículos que siguen ó anteceden.

El artículo 208, *d*, enumera cuatro circunstancias:

En la primera se dice *contrarias á la moral* y á *las buenas costumbres.* ¿Á qué moral? ¿á la mormona? ¿á la musulmana? ¿á la idólatra? ¿á la atea? ¿á la mahometana? etc. ¿Á qué costumbres? ¿á las chinas? ¿á las patagonas? ¿á las cafres? etc. Esta generalidad hay que circunscribirla y decir: *á la moral cristiana* ó *á la moral ó buenas costumbres de Chile.*

Y no extrañen esto los señores incrédulos y los seudo-liberales; porque la misma limitación encontramos en el principio cuarto adoptado por el Consejo Directivo de la Conferencia para reformar y codificar el Derecho Internacional, establecido en Milán. Esa proposición aprobada dice á la letra:

«La sentencia no debe contener cosa alguna que sea contraria ni á la *moral*, ni al orden, ni al Derecho Público *del Estado* en donde debe ejecutarse».

En la voz *moral* son comprendidas las *buenas costumbres;* éstas se refieren siempre á la moral. Luego, omitiremos decir «buenas costumbres», como se omite en la proposición transcrita del Consejo Directivo de Milán; y diremos sólo *moral cristiana*, porque esta es la moral reinante en Chile, es la moral del pueblo soberano. Y si alguien duda de este aserto, lo invita-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mos á que observe y vea sus templos atestados de fieles, repletos en los días de precepto ó de solemnidad.

La dicción *incompatibles* nos suena mal. Ella significa «lo que no puede *poseerse ni ejercerse á un mismo tiempo por una sola persona.*» Por lo dicho queda demostrado el uso impropio de esa voz; en su lugar diremos *contrario* como dice el Consejo de Milán, y por más que veamos usada la voz *incompatible* en el artículo 54 del Congreso de Jurisconsultos reunido en Lima el año 1878, que dice así:

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

En la frase «Derecho Público» está comprendida la segunda circunstancia del artículo 208 del Proyecto; porque lo que se opone á la jurisdicción nacional, tiene que oponerse á la Constitución que regla esa jurisdicción. La jurisdicción nacional es la materia legislada en una Constitución y en las leyes secundarias que la complementan.

Debe suprimirse la segunda circunstancia por redundante.

La tercera mira á la rebeldía y la cuarta á lo ejecutorio.

Nosotros adoptamos cuatro circunstancias: la primera relativa al Derecho Público y á la moral de la nación, la segunda á la competencia del *juez*, la tercera á la rebeldía *de la parte* y la cuarta á lo ejecutorio *de la sentencia.* Hacemos intervenir la nación, el juez, la parte y la sentencia, cuatro elementos capitales.

No aceptamos entre estos requisitos la *clase* de acción ejercitada en el juicio en que se dictó la sentencia, como lo hace la ley española, que enumera entre las circunstancias relativas á este punto que la *acción sea personal.* El Proyecto ha hecho muy bien en admitir la acción *personal* y *la real;* lo mismo hacemos nosotros, no vemos la razón de la diferencia.

El artículo 208, *e*, está comprendido en los términos generales que usaremos en el artículo 1.º de la reforma; desde que ahí no distinguimos la clase de juicio, ni si es ó no contencioso, ni la clase de sentencia ó de decreto, no limitamos la extensión de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tales palabras. Este artículo 208, *e*, y 208, *f*, deben suprimirse por redundantes.

El 208, *g*, dispone que se pida la ejecución ante la Corte, y el 208, *j*, dice que se pida ante el juez. ¿Cuál es el objeto que persigue el Proyecto para pedir la misma cosa ante dos tribunales distintos? No lo sabemos, ni lo admitimos. Pero realmente no se pide la ejecución ante la Corte; sólo se pide una declaración sobre *si debe* ó *no*, si *puede* ó *no* cumplirse en el territorio. Esto es lo que debe estatuirse en la ley. También debe pedirse á la Corte que, declarando que puede tener efecto, la remita al juez competente, y, caso contrario, se le devuelva con los antecedentes.

En el 208, *g*, se pide la ejecución, y el 208, *h*, dispone que resuelva, no lo que se le pide, sino si debe ó no darse cumplimiento. Así lo dice el inciso segundo. Lo cual manifiesta la discordancia entre lo que se pide y se otorga, y la razón que teníamos al criticar la petición de ejecución del artículo 208, *g*.

De los artículos 208, *h*, y 208, *y*, hacemos uno solo, y limitamos el traslado al caso en que exista contra-parte y que esté en Chile; porque si está en otra nación ¿cómo podría notificársele?

El arbitrio de notificar al defensor de ausentes, propuesto por el señor Ravest, no nos disgusta; pero tiene el inconveniente de declarar ausente á una persona que no litiga en Chile.

Por otra parte, el artículo 296 de la Ley de Tribunales faculta al defensor público para *poder representar* á los incapaces, *ausentes*, etc., y el 298 faculta á los jueces para *poder oír* á dicho defensor siempre que lo estime conveniente, en negocios de los incapaces *ausentes*, etc.

En el artículo 208, *j*, en lugar de *mandada cumplir* ponemos *declarada que puede tener efecto*, porque esta última frase denota la realidad de lo que sucede, y la primera está impugnada más adelante y no es correcta.

El 298, *l*, está comprendido en el anterior y no tiene razón de existencia. Sólo abulta la legislación sin resultado práctico.

Ya podríamos formular las disposiciones que podrían reemplazar á las de esta parte del Proyecto, y que simbolizasen nuestro plan de procedimiento, que hemos discutido ámpliamente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Dirían así:

SECCIÓN II.—Ejecución de sentencias y decretos extranjeros

"ART. 208.—1.º La sentencia ó decreto dictado en país extranjero que se procuarse hacer cumplir en Chile, deberá presentarse al Ministro de Relaciones Exteriores de la República, revestida con los siguientes *comprobantes de su autenticidad:*

"1.º *La testificación* de dos empleados públicos, hecha al Ministro de Relaciones Exteriores de su país, acerca de que vieron firmar el exhorto dirigido á los tribunales chilenos en que se inserta dicha sentencia ó decreto, y acerca de que los firmantes son, según las leyes de su país, los llamados á dar esa sentencia ó decreto y á dirigir ese exhorto.

"2.º *La certificación* del Ministro extranjero acerca de la efectividad de la firma y del carácter público de dichos dos funcionarios.

"ART. 208.—2.º El Ministro chileno *atestiguará* la efeetividad de la firma y aseveración lal Ministro extranjero.

ART. 208.—3.º Probada la autenticidad en la forma expresada y legalizada conforme al artículo anterior, el Ministro chileno *dirigirá* á la Corte Suprema la sentencia ó decreto extranjero con lo diligenciado, *exponiéndole* si en la nación en que ella se dictó, tiene ó no efecto la sentencia ó decreto chileno y la causa por la cual lo tiene ó no, ó si este punto es ignorado.

"ART. 208, *h.*—4.º Recibida la comunicación del Ministro, la Corte *acusará* el correspondiente recibo y *comunicará* traslado á la parte que exista y esté en Chile.

"Desde entonces *quedará radicada* ante los jueces chilenos la parte que pidiere el cumplimiento de dicha sentencia ó decreto, sin necesidad de decreto especial.

ART. 208, *h.*—5.º Pasado el término del emplazamiento, se podrá acusar rebeldía; y acusada ó evacuado el traslado, se *pasarán de oficio* los antecedentes al Fiscal de la Corte Suprema en dictamen.

"ART. 208.—6.º Recibido el dictamen, la Corte *resolverá* si la sentencia ó decreto puede ó no *tener efecto* en Chile; y la *remitirá* al juez competente en el primer caso, ó la *devolverá* al interesado en el segundo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 208, *j*.—7.º *Juez competente* en este caso será el que hubiere conocido del juicio en primera instancia si se hubiere iniciado en Chile.

"*Éste*, en conformidad á las disposiciones de la primera sección de este título, *deberá ordenar* el cumplimiento de la sentencia ó decreto extranjero que se le pidiere.

"ART. 208, *b*.—8.º Si en la nación en que se hubiere pronunciado la sentencia ó decreto por cumplirse en Chile, se diere efecto á una sentencia ó decreto chileno en todo ó en parte, de igual modo esa sentencia ó decreto extranjero *tendrá efecto* en Chile en el todo ó en una parte.

"ART. 208, *c*.—9.º Si se supiere que en esa nación no se da efecto á una sentencia ó decreto chileno, *tampoco se dará* en Chile *efecto* alguno á la sentencia ó decreto dado en ella.

"ART. 208, *d*.—10. Si no se supiere esta circunstancia, se le *dará efecto* si la sentencia ó decreto reuniere las siguientes circunstancias:

"1.ª Que no sea *contraria* al Derecho Público Chileno ó á la moral cristiana.

"2.ª Que sea pronunciada por *juez competente*.

"3.ª Que no haya sido dada en *rebeldía*.

"4.ª Que sea *ejecutoria* en el país donde se dictó".

Por no alargarnos demasiado, no comentaremos estos diez artículos propuestos en reemplazo de los once del Proyecto. Creemos que no hemos podido presentar nada mejor con relación á nuestras débiles fuerzas. Hemos tocado puntos no legislados y que era preciso legislar. No hemos creído que debiera hacerse diferencia entre una *sentencia arbitral* y *una de un juez de derecho;* porque ambas obligan á las partes y cada una es una ley para ellas, ambas reconocen por origen la ley.

En la frase *Derecho Público* está comprendida la idea envuelta en la expresión *orden público;* porque el objeto del Derecho es conservar el orden, y cada vez que se altere éste, se infringe ó desobedece el Derecho, la ley positiva. Esta es la razón por la que no hemos empleado la referida expresión en el artículo 208, 10.º; no obstante de verla usada en la tesis 4.ª del Consejo de Milán, copiada más adelante.

Hemos llegado al fin del examen del libro I del Proyecto de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Código de Enjuiciamiento Civil. Ojalá que la semilla haya caído en terreno fértil y cultivado. Por lo demás, téngase indulgencia de nuestro arrojo y contémplese sólo nuestra intención de ser útil.

FIN DEL ESTUDIO DEL LIBRO PRIMERO

LIBRO SEGUNDO

DEDICATORIA

Valparaíso, 27 de junio de 1890.

SEÑOR DON RAIMUNDO SILVA

Apreciado señor:

El 22 de octubre de 1888 V. tuvo la amabilidad de obsequiarme con los cuatro libros del Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil.

V. fué la causa primera de que me entregase á la lectura, examen y crítica de él.

Sin su galante obsequio, tal vez ni lo habría conocido.

Por consiguiente, aunque mi *Estudio* sobre este Código carece de mérito para un merecido homenaje, no obstante, séame permitido dedicarlo á sus virtudes, que son muchas, y á su claro ingenio, que le han llevado al más alto puesto de la Magistratura Judicial de la República.

Dígnese, señor, aceptar esta humilde manifestación sólo como prenda de respeto y de gratitud hacia V., en estas horas amargas de la vida y en *este día* que en el año pasado fué *de tan solemnes y de tan santos é imperecederos recuerdos...*

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

Don Francisco Vargas Fontecilla escribió el libro I de un Proyecto sobre la expresada materia.

Don Joaquín Blest Gana redactó los libros II y III de igual Proyecto.

Don José Bernardo Lira fué comisionado para dar la última mano á la codificación, y redactó en definitiva los libros II, III y IV del referido Código.

Una Comisión, compuesta de los hombres más notables del foro chileno, revisó el libro I del señor Vargas y los tres del señor Lira.

En el examen del libro I intervinieron don Federico Errázu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

riz, Presidente de la República; don José María Barceló, Ministro de Justicia; don Joaquín Blest Gana; don Miguel Elizaide, don Jorge Huneeus; don José Bernardo Lira, y don Domingo Santa María.

En el estudio del libro II, además de los nombrados, tomaron parte don José Clemente Fabres, don José Antonio Gandarillas, don Julio Zegers, don José Alfonso y don Luis Aldunate.

La Comisión Revisora comenzó su labor sobre el libro I el 13 de mayo de 1874, y terminó su tarea el 22 de julio del mismo año.

El estudio del libro II se comenzó el 23 de abril de 1875, y se terminó el 9 de julio de 1876.

El libro III fué revisado desde el 19 de noviembre de 1875 hasta el 21 de julio de 1881.

El libro IV fué examinado entre el 28 de septiembre de 1880 y el 21 de noviembre de 1884.

La Comisión Revisora formó un *Código*, el cual hoy examina otra Comisión, auxiliada por algunos hombres eminentes en el foro.

Se dice que ésta ya ha revisado el libro I, que trata de lo que *es común á todos los juicios*, y el libro II, que trata del *juicio ordinario*; pero su trabajo se mantiene en reserva.

Nosotros hemos emprendido la crítica del Código compuesto por la Comisión Revisora del año 74 al 76.

La REVISTA FORENSE CHILENA ha registrado en sus hospitalarias columnas el estudio crítico del libro I, artículo por artículo. En él hemos dado á conocer lo bueno que contiene y lo mucho malo que encierra, los sistemas que implanta, los defectos que ellos traen, las omisiones de que adolece, todo, hasta en sus menores detalles. Hacemos palpar lo muy poco que se avanza en materia de simplificar la tramitación, el formulismo tradicional; con ese fin hemos comparado muchos de sus preceptos con la legislación patria y con la de otras naciones; resultado de esa comparación es que el Proyecto de Código queda muy atrás de los adelantos de la ciencia moderna.

En nuestro Estudio se ve copiado íntegramente el libro I: se desarrolla la doctrina y el sistema de cada materia tratada en él; se da á conocer la esencia de las cosas; se hacen notar los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

errores del Proyecto, su formulismo insustancial y que no resiste á los principios de la buena lógica; hacemos llegar la crítica á la doctrina y al lenguaje: por último, como fruto de largas vigilias y de mucho trabajo, sin pretensión de ningún género y más bien humillado con la inferioridad de su origen, se presenta un *Nuevo Libro I*, depurado, en cuanto lo permite la naturaleza humana, como reemplazante del *Libro I* de la Comisión.

Por muchos se calificará nuestro intento *de atrevido, de descabellado*, y por no pocos, hasta de *falto de juicio*. ¿Qué hacer?

Y en verdad que no dejan de tener su cierta razón, al comparar un desconocido y humilde obrero del trabajo con los gigantes y maestros del Derecho.

Aún hay más. La Corte de Concepción, compuesta de hombres muy expertos en el Derecho, el 22 de octubre de 1875 dió una opinión muy encomiástica del Libro I, é invitó á la Comisión Revisora á seguir en el mismo sentido su labor principiada. Sólo hizo observaciones á los artículos 15, 19, 30, 57 y 74.

¡Ya veis, querido lector, cuánto existe en contra de nuestra humilde opinión!

No obstante, y venciendo preocupaciones, nos lanzamos al estudio del Proyecto de la Comisión por vía de entretenimiento.

Ese estudio, por lo que mira al Libro I, ya está publicado.

En él se ve que hemos desarmado el edificio fabricado por la Comisión: que con ese mismo material, pulimentado, hemos *reedificado*, dando nueva forma al edificio, quitándole los adornos inútiles, introduciendo reformas provechosas y practicables alejándonos del empirismo, y haciéndolo sencillo, serio y armonioso, en su conjunto como en sus detalles. La arquitectura antigua y los sistemas imperfectos se han reemplazado por la arquitectura del día y por sistemas más perfeccionados, sin ir nunca á los extremos.

Con religioso respeto hemos conservado lo bueno del proyecto. En materia de procedimientos nada se puede inventar, todo está inventado y puesto en práctica. La tarea se reduce á perfeccionar lo existente, á pulimentarlo, á exigir lo mejor y lo que cuadra más bien á nuestros hábitos sociales. Á esto se concreta toda nuestra labor.

Á pesar de que tenemos la convicción íntima de que nuestro

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

trabajo no ha tenido un solo lector, y de que él, en el olvido de los presuntuosos, pasará á llenar los huecos de los archivos; no obstante, hemos perseverado en él para alejar nuestro espíritu *de un grandísimo dolor*, con que se vió sacudida su existencia por la desaparición de *la inolvidable esposa, Celia Silva Cruz*, ocurrida el 6 de marzo del presente año.

Ofrecemos al galante redactor de la REVISTA FORENSE CHILENA el examen completo del Libro II del Proyecto de la Comisión Revisora. Lo entregamos á la publicidad con el más profundo desengaño, exento de toda pretensión y sólo con aquel goce interno que se experimenta al practicar algo que á nadie ofende y que puede ser útil en alguna ocasión.

LIBRO II

DEL JUICIO ORDINARIO

TITULO I.—De las diligencias prejudiciales

TITULO III.—De las providencias precautorias

Veamos cuáles son las *diligencias* que el Proyecto llama *prejudiciales* y *la época única* en que pueden existir.

El artículo 209 dice: "El juicio ordinario podrá *prepararse exigiendo...*:

"1.°, *declaración jurada...*; 2.°, la *exhibición* de cosa...; 3.°, *exhibición* de sentencias... y otros documentos...; 4.°, *exhibición* de libros...; 5.°, el *reconocimiento* jurado de firma..."

El artículo 211 dice: "También puede pedirse *prejudicialmente:* (6.°) la *inspección* personal del tribunal ó (7.°) *certificado* de ministro de fe..."

El 214: "Al que está por *ausentarse del país* podrá exigírsele que (8.°) *absuelva posiciones...*" "... que (9.°) *constituya... apoderado...*"

El 215: "Se puede... *antes* de la demanda y... *antes* de la prueba, solicitar (10.°) el *examen de... testigos...*"

Las *cinco* primeras diligencias (para preparar), y las otras *cinco* (no dice para qué), son las *diez prejudiciales* del título I del proyecto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Veamos cuáles son las *providencias precautorias* del título III, tal como las nombra el artículo 227, que dice así: "Para *asegurar el resultado del juicio* puede el demandante pedir:

"1.° El *secuestro* de la cosa que es objeto de la demanda;

"2.° El *nombramiento de* uno ó más *interventores*;

"3.° La *retención* de bienes determinados;

"4.° La *prohibición* de celebrar contratos sobre bienes también determinados".

Las *diez diligencias* que el Proyecto dice que pueden tomarse, están circunscritas *al tiempo* y *al juicio*, en que pueden usarse. Pero no es perfectamente lógico en este punto, porque tres de esas diligencias, á saber, la declaración jurada, la exhibición y el examen de testigos, pueden pedirse después de iniciado el juicio, como se prescribe en los artículos 213 y 215. En este caso tres dejarían de ser *prejudiciales* y pasarían á ser lo contrario, según la terminología del Proyecto. En esto no hay *lógica*.

Prejudicial es lo que requiere ó pide una *decisión* anterior ó *previa* á otra decisión que se pidió primero y que se considera como principal. Así se llama acción prejudicial, excepción prejudicial y cuestión prejudicial á la acción, excepción ó cuestión que debe ser examinada y decidida antes que el examen y decisión de otra acción, excepción ó cuestión primera. Este es el significado forense de la voz *prejudicial*, que podemos comprobar con autoridades en la materia.

No es éste el sentido en que el Proyecto usa esta voz, faltando al artículo 21 del Código Civil.

La idea que se quiere designar en el título I con dicha dicción, es la de anterior al juicio, que sucede antes de iniciado el juicio, como si dijéramos *ante-judicial, antes del juicio.*

En este sentido estaría mejor dicho *ante-judicial* que prejudicial, según las proposiciones desarrolladas más adelante, y porque se evitaría una ambigüedad.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de enero de 1891 NÚM. 8

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Don Teodoro Errázuriz, por don R. Vera.—De las deducciones de la porción conyugal y de la manera de computarla, por don Paulino Alfonso.—La sociedad formada para la explotación de terrenos salitrales, ¿es civil ó comercial? por don Daniel Feliú.—Los individuos de la policía de aseo, ¿tienen ó nó derecho á ser inscritos, según la ley electoral vigente? por don Zorobabel Rodríguez Rozas.—Derecho de visita, artículo 64 del Código de Minería, por don Carlos A. Palacios Z.—¿Corren los términos judiciales durante el feriado? por don Agustín Correa Bravo.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.

DON TEODORO ERRÁZURIZ

El 2 de diciembre último falleció, casi repentinamente, en esta capital, don Teodoro Errázuriz, que desempeñaba el puesto de presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago. Á este tribunal pertenecía desde el año de 1875.

El señor Errázuriz se educó en el Instituto Nacional, y habiendo pasado á estudiar leyes á la sección universitaria, fué nombrado en 15 de abril de 1861 inspector de externos; en 1863 lo fué de externos; en 1864 fué nombrado profesor suplente de los primeros ramos de humanidades, y en noviembre de 1866 vice-rector del Instituto Nacional.

Entretanto, el señor Errázuriz, en 6 de diciembre de 1864, había obtenido su título de abogado.

Á fines de 1867 abandonó su puesto de vice-rector del primero de nuestros establecimientos de instrucción pública.

El señor Vargas Fontecilla le nombró protector de indígenas, con residencia en la provincia de Arauco, cargo que desempeñó con celo, actividad y honradez.

Más tarde fué promovido al juzgado de letras de Linares, después al de San Fernando, hasta que, por fin, se le transladó á esta capital á uno de los juzgados de letras, que había vacado en 1873.

En aquellos años se observaba una especie de ascenso y la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

promoción á la capital importaba un premio para el magistrado que se había hecho notar en las provincias.

Errázuriz, á pesar de que los juzgados de Santiago son pesados, á causa de su excesiva labor, supo mantener el suyo al día. Adquirió, en breve, fama de juez íntegro y trabajador.

No fué tampoco ajeno á la política. Sin ser un luchador pertinaz, gustaba de ella y perteneció á la Cámara de Diputados.

La Ley de 15 de octubre de 1875, que dividió la Corte de Apelaciones de Santiago en dos salas, permitió dar colocación á Errázuriz en uno de los sillones de nueva creación. Desde esa fecha hasta que falleció le hemos visto en este tribunal tomando parte activa en todas las cuestiones debatidas, mereciendo la confianza de sus conciudadanos y del cuerpo de abogados, siendo respetado y querido de todos. Se le juzgó un magistrado competente, honrado é íntegro.

Tenía un buen criterio judicial, formado en el estudio de nuestra legislación y en la extranjera, que había leído y estudiado con empeño, sobre todo la francesa. Conocía los expositores del Derecho; poseía una excelente biblioteca, y estaba al día en todos los adelantos de la ciencia jurídica.

Modesto en su trato, poseía además un corazón de oro. Hombre reflexivo, sabía conciliar sus altos deberes de magistrado con los que le imponía la sociedad. Su mejor elogio es el que ha bajado á la tumba sin dejar odios ni rencores.

Los que hemos seguido paso á paso la vida de Errázuriz, desde el colegio hasta el tribunal, no podemos menos que hacerle plena justicia, y hoy, al dedicar un recuerdo á su memoria, pagamos una deuda de gratitud, llenos de respeto, porque nos tendió la mano de amigo desde 1862, y supo serlo en horas amargas.

Errázuriz será citado entre los magistrados de Chile al lado de don Manuel Montt, don José Alejo Valenzuela, don Máximo Muxica, don Domingo Santa María, don Ramón Guerrero y otros tan dignos como éstos.

ROBUSTIANO VERA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN TÉCNICA

DE LAS DEDUCCIONES DE LA PORCIÓN CONYUGAL, Y DE LA MANERA DE COMPUTARLA

Dice el artículo 1190 del Código Civil:

"Si un legitimario no lleva el todo ó parte de su legítima por incapacidad, indignidad ó exheredación, ó porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho de representante, dicho todo ó parte se agregará á la mitad legitimaria, y contribuirá á formar las legítimas rigorosas de los otros y la porción conyugal en el caso del artículo 1178, inciso 2.º

"Volverán de la misma manera á la mitad legitimaria las deducciones que, según el artículo 1176, se hagan á la porción conyugal, en el caso antedicho".

En la primera revisión que hizo del Proyecto de Código la Comisión Revisora, dió á este artículo la forma siguiente:

"Lo que se cercenare de una legítima por desheredación de un legitimario ó por la imputación prevenida en el artículo 1336, acrecerá por partes iguales á las otras legítimas".

El artículo 1336 era igual al 1176 del Código.

En cuanto la disposición citada se relacionaba con la porción conyugal, prescribía que lo que se cercenare de dicha porción á consecuencia de tener algunos bienes el cónyuge sobreviviente acrecería por iguales partes á las otras legítimas.

El inciso 1.º del artículo 1190 del Código no se refiere á la porción conyugal: ha sido consagrado á las legítimas, pero no comprende sólo el caso de cercenamiento de una legítima por desheredación del respectivo legitimario, sino todos los casos en que un legitimario no lleva el todo ó una parte de su legítima.

Mas, el inciso 2.º se refiere á la porción conyugal, para el efecto de prescribir que sus deducciones vuelvan de la misma manera á la mitad legitimaria.

No ha definido el Código en parte alguna qué debe entenderse por tales deducciones.

Se ha creído generalmente que ellas son constituídas por los bienes propios del cónyuge con derecho á porción conyugal,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

porque la cuantía de tales bienes es lo que ha de deducirse de la porción conyugal íntegra para determinar la complementaria.

Empero, cabe también contemplar á este respecto los bienes hereditarios que se cercenan de la porción conyugal íntegra en razón de tener algunos bienes el cónyuge sobreviviente, el valor de los cuales puede también deducirse de aquélla para determinar la porción conyugal complementaria.

¿Á cuál de estas dos categorías de bienes se ha referido el Legislador en el inciso 2.º del artículo 1190?

Á mi juicio, es claro que á la última.

Desde luego, si el inciso 1.º se refiere al cercenamiento de la legítima, nada más natural que el 2.º se refiera al cercenamiento de la porción conyugal.

En seguida, si consta que, en la primera revisión dada al Proyecto, la Comisión Revisora se refería al cercenamiento de la antedicha porción, puede congeturarse que en la segunda quisiera también referirse á ella. Lo contrario equivaldría á sostener que había querido deliberadamente ser incompleta en esta materia, por no estatuir cosa alguna sobre el referido cercenamiento.

Se confirma esta inferencia si se atiende á que el desarrollo que se juzgó conveniente dar á la disposición relativa á la legítima, exigía una disposición especial y separada respecto de la porción conyugal.

Esta interpretación hace plausible el empleo de la voz *volverán*, de que se vale el inciso 2.º del artículo 1190, pues nada tiene de extraño que vuelvan á la herencia bienes pertenecientes á ella; en tanto que sería imposible que volviesen á la herencia los bienes propios del cónyuge, los cuales nunca han formado parte del caudal hereditario.

Dicha interpretación explica también satisfactoriamente las palabras *de la misma manera*, de que se vale el precitado inciso.

Se comprende, en efecto, que lo que se cercena de la porción conyugal legítima rigorosa vuelva á la mitad legitimaria, de la misma manera que lo que se cercena de la legítima propiamente dicha; pero no puede comprenderse que los bienes propios del cónyuge sobreviviente vuelvan á la referida mitad de la misma manera que estos segundos bienes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Y si el Legislador consideró útil disponer que en el caso de que un legitimario no lleve una parte de su legítima, dicha parte se agregue á la mitad legitimaria, con la misma lógica debió de considerar oportuno prescribir que la parte de la legítima rigorosa que deje de darse al cónyuge sobreviviente en razón de tener éste algunos bienes, vuelva á la susodicha mitad.

Síguese de lo expuesto que, á lo menos según el criterio legal, el sentido que atribuyo á la expresión «deducciones de la porción conyugal» no ofrece el inconveniente de que en su virtud haya de reputarse inoficioso el artículo 1190 del Código.

Y si á dicha expresión se atribuye el sentido de bienes propios del cónyuge sobreviviente, sería preciso reconocer que el Legislador ha incurrido en una imperdonable falta de método al prescribir que tales bienes propios se acumulen á la mitad legitimaria en un artículo cuyo primer inciso se refiere á una materia diversa, y que sigue á otros varios en que no se habla de acumulaciones.

Dice el artículo 1185 que para computar las cuartas de que se trata en el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido, entre otros bienes, las deducciones que según el artículo 1176 se hagan á la porción conyugal.

Este precepto ha contribuído sin duda á que por las referidas deducciones, se entiendan los bienes propios del cónyuge sobreviviente, porque, si lo que se cercena de la porción conyugal en razón de tener algunos bienes el mismo cónyuge, son bienes hereditarios, parece á primera vista que no pudieran acumularse al acervo líquido.

No ha sido así, sin embargo, en el concepto del Legislador.

Por una parte, ya he demostrado cuál es el genuino sentido de la expresión «deducciones de la porción conyugal», y sobre esta base se ha de discurrir en la inteligencia de la disposición que me ocupa; siendo á todas luces inadmisible atribuir á la referida expresión un sentido en el artículo 1190; y un sentido diverso en el 1185.

Por otra parte, si el Legislador ha juzgado que en el último de dichos artículos debe disponer que se acumulen imaginariamente al acervo líquido las donaciones revocables hechas en razón de legítimas ó de mejoras, no obstante haberse encon-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

trado los respectivos bienes en el patrimonio del donante á la fecha de su fallecimiento, es muy verosímil juzgara asimismo que debía disponer una acumulación análoga respecto de las deducciones de la porción conyugal.

Creyó, sin duda, lo primero en atención á que los bienes donados han salido materialmente del patrimonio del donante, y creyó, sin duda, lo segundo en atención á que los bienes cercenados de la porción conyugal han quedado por de pronto sin empleo, á consecuencia de tener algunos bienes propios al cónyuge sobreviviente.

Confirma lo dicho la circunstancia de haber el Legislador considerado conveniente establecer en el inciso 2.º del artículo 1190 que los mismos bienes vuelvan á la mitad legitimaria.

Y, como es fácil verlo, por el hecho mismo de esta vuelta se produce la acumulación prescrita; de modo que simultáneamente se da cumplimiento al inciso 2.º del artículo 1190 y al 1.º del 1185, en cuanto relativo á las deducciones de la porción conyugal.

Entendiendo, por el contrario, que estas deducciones consisten en los bienes propios del cónyuge sobreviviente, se llega á la insalvable contradicción de que la una de dichas disposiciones prescriba acumularlos á la mitad legitimaria, y la otra al acervo líquido.

Téngase presente, en efecto que el artículo 1185 ha contemplado especialmente el orden de sucesión de los descendientes legítimos, pues habla de *cuartas* y de *mejoras*.

Conforme á la doctrina que vengo impugnando, el Código habría dispuesto en el artículo 1185 acumular al acervo líquido los bienes propios del cónyuge sobreviviente, acumulación que carece de toda razón de ser, y aún de todo fundamento plausible.

Bien se comprende que para computar las cuartas de que habla el artículo 1184, hayan de tomarse en consideración los bienes donados revocablemente en razón de legítimas ó de mejoras, porque, no habiendo salido tales bienes del patrimonio del difunto hasta la época de su fallecimiento, deben considerarse bienes hereditarios como cualesquiera otros.

Y, aun cuando el Legislador no haya prescrito expresamente

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que también se tomen en consideración para el mismo efecto los bienes donados revocablemente á extraños, forzoso será considerarlos incluídos en la masa de bienes hereditarios, por la misma razón.

Compréndese asimismo que para computar las dichas cuartas hayan de tomarse en cuenta los bienes donados irrevocablemente en razón de legítimas ó de mejoras, cuya donación puede considerarse como una especie de anticipación de las unas ó las otras.

Pero, ¿por qué, para computar las mismas cuartas, habrían de acumularse al acervo líquido bienes como los del cónyuge sobreviviente, de todo punto extraños á la masa hereditaria?

No puede negarse, empero, que el Legislador habría sido más claro si en el artículo 1185 hubiera prescrito que, para computar las cuartas de que se trata en el artículo precedente, no dejaran de tomarse en consideración los bienes cercenados de la porción conyugal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1176, y si en el inciso 2.º del artículo 1190 hubiera prescrito que los mismos bienes volviesen ó se entendiesen quedar en la mitad legitimaria.

Dado todo lo anterior, paso á examinar brevemente cómo se constituye el acervo de que ha de deducirse la porción conyugal en los varios casos en que ella procede.

Cuando no hay descendientes legítimos, dispone la ley que la porción conyugal se deduzca del primitivo acervo ó masa de bienes hereditarios, después de hechas las cuatro primeras deducciones de que habla el artículo 959.

Para computarla, habrá que tomar en consideración los bienes donados revocablemente á legitimarios ó á extraños, que, según ya he dicho, son bienes hereditarios como cualesquiera otros.

Parece confirmar lo expuesto la declaración que hace el Código en el inciso 1.º del artículo 960, en cuya virtud «los impuestos fiscales que gravan toda la masa se extienden á las donaciones revocables que se confirman por la muerte».

Pero, cuando se trata de una orden de sucesión de legitimarios no descendientes legítimos, no habrá que tomar en consideración los bienes donados irrevocablemente en razón de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

legítimas, porque tales bienes no pertenecen á la herencia, y porque el Código no ha prescrito en parte alguna que hayan de acumularse al acervo para este efecto.

En todo caso en que no se trate de descendientes legítimos, haya ó nó legitimarios, han de considerarse, para computar la porción conyugal, aquellos bienes que dejan de darse al cónyuge sobreviviente á causa de tener éste algunos bienes propios, de la misma manera y por la misma razón que cualesquiera otros bienes hereditarios, de la misma manera y por la misma razón que los bienes de la herencia que han de dar al cónyuge sobreviviente para integrarle su complemento.

No ha necesitado, pues, el Legislador disponer que para computar la porción conyugal, en los casos á que me refiero, se tomen en cuenta las deducciones de la referida porción.

En suma, no habiendo descendientes legítimos, la porción conyugal es lisa y llanamente la cuarta parte de los *bienes* de la persona difunta, lo que guarda estricta armonía con el tenor literal del inciso 1.º del artículo 1178.

Conforme á lo dispuesto en el inciso 2.º del mismo artículo, habiendo tales descendientes, el viudo ó viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo.

Es evidente que, en este orden de cosas, para computar la porción conyugal han de tomarse en consideración los bienes donados revocablemente en razón de legítimas ó mejoras, no sólo porque ellos son bienes hereditarios, sino porque el artículo 1185 prescribe que se acumulen imaginariamente al acervo líquido para computar las dos cuartas constitutivas de la mitad legitimaria.

¿Pasa lo mismo con los bienes donados irrevocablemente en razón de legítimas ó de mejoras?

Así parecería deducirse de lo dispuesto en el citado inciso 2.º del artículo 1178, y de haber el Código prescrito que, para computar las dos cuartas de que consta la mitad legitimaria, se acumulen imaginariamente al acervo líquido las donaciones irrevocables hechas en razón de legítimas ó de mejoras.

Sin embargo, el artículo 1199 dispone que "la acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de mejoras para el cómputo prevenido en el artículo 1185 y siguientes no aprovecha á los acreedores hereditarios, ni á los asignatarios que lo sean á otro título que el de legítima ó mejora».

Aun cuando el cónyuge sobreviviente deba ser contado entre los hijos, y tenga por porción conyugal la legítima rigorosa de un hijo, no es asignatario á título de legítima, sino á título de porción conyugal.

Y si en los órdenes de sucesión de legitimarios que no son descendientes legítimos, es claro, como ya se vió, que para computar la porción conyugal no hay que tomar en cuenta los bienes donados irrevocablemente en razón de legítimas, sería una inconsecuencia que en el orden de sucesión de los referidos descendientes hubiesen de tomarse en consideración para el mismo efecto los bienes donados irrevocablemente en razón de legítimas ó de mejoras.

El artículo 1356 del Proyecto parece confirmar este dictamen, pues dice: «La colación aprovecha sólo á los legitimarios que sean descendientes legítimos, no á los otros asignatarios, ó á los acreedores hereditarios».

Y si en el Código la acumulación de los bienes donados irrevocablemente en razón de legítimas ó de mejoras, tiene por objeto, como lo declaraba el Proyecto (art. 1355), igualar las legítimas, nada tiene de extraño que dicha acumulación no aproveche á la porción conyugal.

En el orden de sucesión de los descendientes legítimos, de la misma manera que en los demás órdenes de sucesión, deben tomarse en cuenta para computar la porción conyugal, tanto las deducciones de la misma porción, ó sea, los bienes que dejan de darse al cónyuge sobreviviente en razón de tener éste algunos bienes propios, cuanto aquéllos con que ha de integrarse el complemento.

La acumulación imaginaria autorizada por el artículo 1186 del Código no reza en caso alguno con la porción conyugal, supuesto que dicho artículo se refiere únicamente á los legitimarios.

Otro tanto debe decirse de la restitución de ciertos bienes excesivamente donados de que trata el artículo 1187.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Estas dos proposiciones guardan, por lo demás, perfecta conformidad con el antecedente de que para computar la porción conyugal no hayan de tomarse en cuenta las donaciones irrevocables hechas en razón de legítimas ó de mejoras.

En resumen, de la interpretación de la doctrina legal que he sostenido, se deduce la sencilla consecuencia, significativa y reveladora por su misma sencillez, de que, *en todo caso*, para computar la porción conyugal ha de tomarse en consideración la cuantía á que alcance el patrimonio del difunto, previas las deducciones de Derecho; siendo sólo de observar que en los órdenes de sucesión que no son de descendientes legítimos la porción conyugal sale del primitivo acervo ó masa de bienes hereditarios, y en el orden de sucesión de los dichos descendientes, de la mitad legitimaria.

PAULINO ALFONSO

Santiago á 8 de diciembre de 1890.

LA SOCIEDAD FORMADA

para la explotación de terrenos salitrales ¿es civil ó comercial?

I

La importancia práctica de la cuestión de que vamos á ocuparnos es hasta cierto punto considerable.

Varias son, en efecto, las diferencias que la ley establece entre las sociedades civiles y las comerciales.

Anotaremos las principales:

1.ª La constitución de las sociedades civiles no está sujeta á formalidad alguna: puede celebrarse de palabra, si el capital no pasa de doscientos pesos, y acreditarse en este caso con prueba testimonial; bastando un instrumento privado si el capital excede de doscientos pesos. En cambio, la sociedad mercantil, cualquiera que sea su valor, debe formarse y probarse por escritura pública, inscrita, fijada y publicada en la forma ordenada por el Código de Comercio; y la omisión de cualquiera de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las solemnidades indicadas produce nulidad absoluta entre los socios y les acarrea en ciertos casos graves responsabilidades.

2.ª En las sociedades civiles la solidariedad de los socios colectivos no existe sino á virtud de un pacto expreso que la establezca: en tanto que en las sociedades mercantiles la solidariedad de los socios colectivos es de la esencia del contrato, y no puede estipularse lo contrario.

3.ª El administrador de una sociedad civil (salvo si es minera) tiene que ser precisamente uno de los socios, y la falta de un socio que quiera ó pueda administrar pone fin á la sociedad; mientras que en la sociedad comercial puede delegarse la administración á un extraño.

4.ª La sociedad civil no puede ser declarada en quiebra, como puede serlo la comercial.

5.ª Los administradores de las sociedades civiles no están obligados á llevar libros, y sí los de las comerciales, bajo la sanción, si no los llevan, ó si, llevándolos, no los exhiben, de tener que pasar por los asientos de los libros de sus contrarios, en caso de juicio, y de que, si la sociedad es declarada en quiebra, ésta sea reputada como culpable.

6.ª Los socios de una sociedad civil no tienen prohibición de hacer otros negocios, aun cuando éstos correspondan al mismo giro de la sociedad; pero los socios de una sociedad mercantil no pueden explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opere la sociedad, y si ésta no tuviere un género determinado de negocios, no podrán ejecutar operación particular de cualquiera especie sin el consentimiento de todos sus consocios.

7.ª En las sociedades mercantiles colectivas las acciones que pudieren ejercitarse contra los socios que no han sido liquidadores prescriben en cinco años, contados desde el día en que la sociedad ha expirado según contrato, ó desde que la escritura de disolución anticipada haya sido inscrita, fijada y publicada conforme á la ley. En los demás casos rige la prescripción comun, lo mismo que en las sociedades civiles.

De esta diferencia resulta una ventaja á favor de los socios de una compañía comercial.

8.ª En las sociedades civiles, la liquidación se efectúa por arbitraje y según las reglas que rigen la partición de bienes here-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ditarios. En las sociedades mercantiles la liquidación se hace por las partes, si están de acuerdo, ó por el juez si hay disidencia, sin que se necesite en ningún caso que el liquidador sea abogado, y teniendo el liquidador mucha más libertad de acción hasta el extremo de poder vender por sí sólo los bienes raíces, aun cuando haya menores interesados; lo cual es otra ventaja á favor de las sociedades comerciales.

9.ª En las sociedades civiles, para poder alegar contra terceros la disolución anticipada, basta anunciarla en el periódico del departamento, ó por carteles colocados en tres de los parajes más frecuentados del mismo; lo que no sucede con las sociedades mercantiles, en las que, en igual caso, se necesita siempre escritura pública, inscrita, fijada y publicada en los términos señalados por el Código de Comercio para la formación de esas sociedades.

II

Bastan las diferencias apuntadas para que importe mucho, en general, saber si una sociedad es civil ó comercial.

No hay necesidad de decir que, tratándose de sociedades anónimas, la distinción entre sociedades civiles y comerciales carece de importancia, por cuanto el artículo 2,064 del Código Civil dispone que "las sociedades civiles anónimas están sujetas á las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas (1)".

Pero, respecto de todas las otras sociedades, la distinción entre civiles y comerciales merece seria atención.

"Son sociedades comerciales, dice el artículo 2,059 del Código Civil, *las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio.* Las otras son sociedades civiles".

La cuestión que hemos planteado, se reduce, pues, á averiguar si la explotación de una propiedad salitral da ó no oca-

(1) Aun tratándose de sociedades anónimas, la distinción entre civiles y comerciales podría tener su importancia para los efectos de una declaración de quiebra, si hubiera de prevalecer la doctrina establecida en la sentencia número 2,659 del año 1876, en la cual se resolvió que una sociedad civil anónima no puede ser declarada en quiebra. Nosotros no participamos de esta opinión, como lo manifestaremos en un artículo por separado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sión á la ejecución de negocios que la ley califica de actos de comercio.

Sabido es que el que explota un terreno salitral no se limita á la extracción de la materia prima llamada *caliche*, sino que generalmente lleva á cabo la explotación planteando una maquinaria complicada y costosa para elaborar el salitre en la forma que se expende en el mercado. Gran número de oficinas salitreras tienen, además, como anexo, un establecimiento para la fabricación del yodo, que extraen de las aguas madres que producen el salitre.

De consiguiente, las llamadas oficinas salitreras, son verdaderas fábricas de productos elaborados, merced á procedimientos más ó menos complicados, y que constituyen el giro único y habitual de los que les dan movimiento.

Y siendo así, están comprendidas bajo la disposición del artículo 3.°, número 5.° del Código de Comercio, que dice:

"*Son actos de comercio*, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos.....

"*Las empresas de fábricas, manufacturas*, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafees *y otros establecimientos semejantes*".

Nadie podrá dudar siquiera que la transformación del *caliche* en salitre por medio de un procedimiento industrial que demanda la implantación de una maquinaria cuyo valor asciende generalmente á otro tanto, y á veces más que el del terreno, constituye una verdadera *empresa de fábrica* de un artículo *manufacturado*, tal como las que la ley considera actos de comercio.

Por lo tanto, no nos parece que ofrezca dificultad la resolución de la cuestión propuesta, en el sentido de que la sociedad formada para la explotación de un terreno salitral es comercial y debe constituirse con arreglo á la ley de la materia.

III

No es ésta, sin embargo, la opinión que ha prevalecido en las regiones salitreras del país.

Casi todas las sociedades colectivas ó en comandita simple que se han formado para la explotación de propiedades salitra-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

es, se han constituído con arreglo á la legislación civil, sea que hayan tenido por objeto terrenos comprados por la misma sociedad, ó aportados por uno ó más de los socios en dominio ó usufructo, ó que hayan sido arrendados á un tercero para servir de base á la negociación.

Esta circunstancia nos obliga á extendernos un poco más acerca del asunto de que tratamos.

IV

Se ha equiparado á las sociedades salitrales con las sociedades mineras, que nuestra legislación ha considerado siempre como sociedades civiles; y con esto se ha creído resuelta la cuestión, sin hacer del punto un examen serio y detenido.

Las sociedades mineras no son sociedades civiles sino en cuanto se limiten á la extracción de los minerales para realizarlos en la misma forma. Pero si los minerales extraídos son sometidos á un procedimiento industrial, construyéndose en la mina hornos de fundición ú otros establecimientos semejantes para el beneficio de dichos minerales, entonces la empresa deja de ser civil para convertirse en comercial.

Esto último es lo que sucede siempre con las empresas salitrales.

Aunque por accidente suela el dueño de una oficina vender á algún vecino el *caliche* sin elaborar, ese no es el giro de ningún elaborador de salitre, sino el de fabricar esta sustancia extrayéndola del *caliche* contenido en los terrenos propios ó ajenos que explota.

La semejanza de las empresas salitrales con las mineras meramente estractivas, no es, pues, sino aparente.

V

Se ha comparado también la condición del elaborador de salitre con la del agricultor que, en fundo propio ó ajeno, se dedica á la fabricación de vinos, alcoholes ú otros productos semejantes.

Hay realmente cierta analogía entre las situaciones compa-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

radas del agricultor y del elaborador de salitre; pero esta analogía es, como la del caso anterior, más aparente que efectiva.

En el agricultor, la transformación de sus productos es, en general, un accidente á que á veces obliga la necesidad misma de aprovechar productos que de otro modo podrían destruirse; pero el giro habitual y ordinario de sus negocios no es el de fabricar vinos, alcoholes ú otros artículos.

Se dirá que, en ocasiones, un fundo está dedicado pura y exclusivamente á la fabricación de vinos ú otros productos elaborados. Ello es muy cierto, y en tales casos nos parece indudable que se trata de un establecimiento mercantil, como lo consideran autores muy distinguidos y lo han decidido también respetables tribunales extranjeros, según después veremos.

El industrial salitrero se encuentra en este último caso. Su único giro es la fabricación y venta de un producto elaborado. Está, por consiguiente, en la misma condición que el molinero que reduce á harina el trigo comprado ó el que ha cosechado en su propio fundo, con tal de que el molino constituya el giro principal del fundo en cuestión.

Lo que determina el carácter de un acto de comercio es el espíritu dominante en el que lo ejecuta de obtener por medio de él un lucro.

Por eso dice don Alfonso el Sabio en la ley 46, título VII, Partida 1.ª:

«Propiamente son llamados mercaderes todos aquellos que venden é compran las cosas de otri con entención de las vender á otri *por ganar en ellas*».

Aplicando este principio, vemos que el agricultor puede destinar su fundo á su propia habitación y á la de su familia, y dedicar los frutos que le produce á su alimentación y á la de los suyos, vendiendo sólo el resto que él no ha de consumir. Su fin esencial y primordial no es la obtención de un lucro, aunque indirectamente pueda llegar á ese resultado.

En el caso del elaborador de salitre el lucro es su único y exclusivo objeto, sin que sea siquiera posible que abrigue móvil diverso.

Si pues el objeto único y exclusivo del elaborador de salitre es obtener un lucro ó ganancia, si su giro habitual es la pro-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ducción y venta de artículos elaborados en una fábrica, cuya movilización la ley reputa acto de comercio, es claro que tal elaborador es comerciante, que las operaciones que ejecuta son actos de comercio, y que, por lo tanto, las sociedades que se forman para seguir ese giro son sociedades de comercio y que deben establecerse y regirse por la ley mercantil.

VI

En apoyo de la opinión que sustentamos, y ya que ella nos parece ser la que entre nosotros predomina, citaremos algunos autores.

La ley Belga de 18 de mayo de 1873, en su artículo 1.º, inciso 1.º, define las sociedades mercantiles, lo mismo que nuestro Código Civil, de la siguiente manera:

"Las sociedades comerciales son aquellas que tienen por objeto la ejecución de actos de comercio".

Pues bien, comentando el artículo 2.º del Código de Comercio belga, que trata de los actos de comercio, el notable jurisconsulto M. P. Namur (1) se expresa de este modo:

"*61.* Segun los términos del artículo 2, inciso 2.º, la ley reputa también acto de comercio: *Toda empresa de manufacturas ó fábricas.* El artículo 632 del Código de 1808 no hablaba sino de empresas de manufacturas. Las palabras, *ó de fábricas*, han sido agregadas para prevenir cuestiones. Los molineros y los tintoreros, por ejemplo, quedan asimilados á los manufactureros.

"*62.* Las empresas de manufacturas tienen por objeto la transformación de las cosas, *especialmente de las materias primas*, en objetos de una nueva especie. Ellas constituyen actos de comercio, sin distinguir si el empresario reúne á los obreros en una manufactura, fábrica, taller, etc., ó si los hace trabajar á domicilio. *Poco importa igualmente que él mismo proporcione las materias sobre las cuales se ejerce el trabajo, ó que se limite á trans-*

(1) *Le Code de Commerce Belge revisé, interprété par les travaux preparatoires des lois nouvelles, par la comparaison avec la législation antérieure et par la doctrine et la jurisprudence*, par P. Namur, Bruxelles, 1876.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

formar las materias de otro: porque en uno y otro caso, él especula con el salario de los obreros, y esta circunstancia basta para que su industria sea comercial.

"*63.* En general, el manufacturero ejecuta un acto de comercio, *aún cuando las materias primas provengan de su propio fundo*, porque la industria manufacturera se une entonces á la industria agrícola. Sin embargo, no sucedería así, si la fabricación no fuese más que un simple medio de sacar mejor partido del fundo. Así es como la corte de Douai, por sentencia de 22 de julio de 1830, ha decidido que el establecimiento de una fábrica de azúcar de betarraga *como accesorio de una explotación rural*, no es una empresa comercial de manufacturas. Pero esa no es más que una decisión especial, que debería modificarse si el propietario comprase en parte las materias empleadas en la fabricación".

El mismo autor, al ocuparse de las *sociedades*, en la obra citada, se expresa en los siguientes términos:

"*797.* Al decir que una sociedad establecida para explotar una mina ó una cantera no es comercial, hemos supuesto que ella se limite á extraer y á vender los productos del fundo en que se ejecutan sus operaciones. *Las circunstancias exigen á veces una decisión diferente, si la sociedad se entrega á otros actos que tienen un carácter comercial; por ejemplo, si compra productos de la misma especie para revenderlos, ó si, al lado de la estracción del mineral, existe explotación de fraguas y hornos para convertirlo en hierro. Con efecto, en este último caso, hay allí una empresa de manufacturas que es comercial*". (Nuevo Código, artículo 2.)

Aplicada al caso que nos ocupa la doctrina expuesta en los párrafos que quedan copiados, resulta indudablemente que, no siendo un accesorio de la explotación del fundo la elaboración del salitre, puesto que, al contrario, ella constituye su objeto único y exclusivo, con el propósito claro y determinado de especular y lucrar, las observaciones hechas por el autor citado son perfectamente adaptables á las empresas salitrales.

Cuando á la fabricación del salitre se une la accesoria de la fabricación del yodo, el carácter comercial del establecimien-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

to salitral es aun más pronunciado, puesto que se reúnen entonces dos fábricas en un mismo fundo.

La misma doctrina expuesta por M. Namur enseña Dalloz (1) en los pasajes siguientes:

"*161.* El propietario de una manufactura cuyo trabajo no se ejerce sino sobre materias primas provenientes de sus propios fundos, ¿puede considerarse que ejecuta un acto de comercio? Sí, según Carré, número 501; porque, dice este autor, los términos del artículo 632 son generales. No puede oponerse el artículo 638, porque es imposible asimilar al propietario que se limita á vender los productos de su cosecha, y cuyos trabajos corresponden particularmente á la industria agrícola, con el que tiene un establecimiento de manufacturas y fábrica de mercaderías. M. Coin Délisle emite el mismo parecer. Sin embargo, la Corte de Douai ha decidido que el que para sacar mejor partido de los frutos de sus propias tierras las convierte en otra mercadería y, por ejemplo, las emplea en la fabricación de azúcar indígena, no ejecuta acto de comercio, no siendo esa fabricación más que *un accesorio* de su explotación rural". (Douai, 22 de julio de 1830).

"*162.* Sin atacar esta sentencia, M. Orillard hace observar, número 304, *que puede suceder que una manufactura, alimentada por los productos de una explotación rural perteneciente al mismo propietario, sea, sin embargo, una empresa comercial. Todo depende de la importancia del establecimiento. Puede uno ser propietario, agricultor y propietario manufacturero. Estas dos cualidades pueden existir simultáneamente en una misma persona.* Está doctrina nos parece exacta, y la misma Corte de Douai la ha consagrado en una sentencia reciente, decidiendo que *el propietario que explota una destilería establecida en su fundo, se reputa comerciante, á causa de esta explotación, si la destilería es el objeto principal de su industria, y no un accesorio de su propiedad;* que no se puede asimilar, en este caso, este destilador á un propietario que se limita á manipular los productos de su fundo; y que, en consecuencia, el pedido de un aparato importante, destinado á

(1) *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence,* por M. D. Dalloz, ainé, etc., París, 1846, palabras *Actes de commerce.*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

hacer funcionar la destilería, constituye un acto comercial». (Douai, 3 de abril de 1841).

«*163. Siendo el principal objeto de una empresa de manufactura la venta de los efectos fabricados, se deduce que el manufacturero ejecuta un acto de comercio vendiendo el producto de su manufactura.* Esto es lo que reconocen los autores mismos que no ven un acto comercial en la reventa que hace el comerciante no manufacturero de las mercaderías que ha comprado con este fin. Fundan esta distinción en las expresiones mismas de la ley, y en la consideración de que el manufacturero que vende por mayor, y casi siempre á otros comerciantes, ejecuta una operación más importante para el comercio en general, que el comerciante que vende á menudo en detalle, y á personas no comerciantes». (CARRÉ, tomo II, pág. 565).

VII

Creemos que sería inútil agregar algo á la exposición que precede, ó multiplicar las citas, pues con las que dejamos consignadas estimamos bien esclarecido el asunto.

Suponiendo, sin embargo, que, á pesar de todo, se considerase todavía dudosa la cuestión propuesta aun así, sería siempre más conveniente, para los que forman sociedades salitreras, constituirlas con arreglo al Código de Comercio, y no como sociedades civiles.

Con efecto, constituída como comercial una sociedad salitral, ningún perjuicio sufrirían los socios si se resolviese que la sociedad era civil, puesto que el artículo 2,060 del Código Civil permite dar el carácter de comercial á una sociedad civil.

Hé aquí el texto de ese artículo:

«*Podrá estipularse que la sociedad que se contrae, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete á las reglas de la sociedad comercial*».

En cambio, no hay ley ninguna que permita á los socios estipular que una sociedad comercial por su naturaleza pueda constituirse como sociedad civil.

De manera que, establecida como civil una sociedad salitral, si se suscitase acerca de ella una cuestión judicial, y el tribunal

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

creyese que esa sociedad debió formarse como mercantil, se vería obligado de oficio á declararla nula, lo que podría originar graves perjuicios y responsabilidades á los socios.

No habiendo, pues, peligro alguno en que una sociedad salitral se constituya como comercial, y pudiendo sí originarse un daño serio de su constitución con arreglo á la ley civil, lo natural es adoptar aquella forma social, por más remota que parezca la eventualidad de una declaración en el sentido que más arriba hemos insinuado.

VIII

Veamos ahora lo que nuestros tribunales han resuelto acerca de esta materia.

Sólo dos fallos conocemos en que se ha tratado la cuestión que examinamos.

El primero de estos fallos se encuentra en la página 481 de la *Gaceta*, correspondiente al año 1881, bajo el número 761.

En él se resuelve una demanda entablada contra el Directorio de una sociedad, sobre rescisión de un contrato de avío para la explotación de un salitral, devolución de cantidades entregadas é indemnización de perjuicios.

Los demandados aceptaron la rescisión del contrato, pero no la obligación de pago de las cantidades recibidas por el gerente de la sociedad y los perjuicios reclamados.

La sentencia de primera instancia, expedida por el juzgado de Antofagasta, resolvió:

"Que há lugar á la demanda sólo en cuanto se declara rescindido el contrato de f. 1 y á que *los demandados deben pagar solidariamente* el valor de las cuentas de fs. y fs. , dentro de tercero día."

El considerando 6.º de esta sentencia, único pertinente á la cuestión, y en el que se funda la declaración de *solidariedad*, se expresa de esta manera:

"6.º Que aunque en la constitución de la sociedad se ha faltado á las prescripciones de la ley en orden á las solemnidades, los demandados, *como accionistas que han tomado parte en la administración de la sociedad, deben ser considerados como socios*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

colectivos, y como tales responsables solidariamente de las obligaciones contraídas á favor de terceros, según lo dispuesto en el artículo 441 del Código de Comercio».

Parece, por la exposición de esta sentencia, que las partes no habían discutido la cuestión de si la sociedad, reputada por ellos como anónima, estaba ó no legalmente constituída; y que el juez, de oficio, consideró esto último y declaró la consiguiente responsabilidad solidaria de los directores.

Pero la Corte de La Serena excluyó el considerando arriba copiado, y teniendo presente «que la sociedad formada por la escritura de fs. 6, el 15 de noviembre de 1879, para la explotación de unas pertenencias de salitre, *es civil colectiva* y por lo tanto no está sujeta, en cuanto á la validez de su constitución, á la solemnidad del registro, publicación y fijación prescrita por el Código de Comercio para las sociedades mercantiles, etc.» confirmó la sentencia apelada «con declaración que la sociedad demandada debe pagar el valor de las planillas de fs. 10 y fs. 11, *sin responsabilidad personal de los socios*».

Esta sentencia fué acordada por mayoría de votos, después de una discordia ocurrida en la primera vista de la causa, sin que conozcamos los votos especiales de los dos ministros disidentes. Creemos, sin embargo, que esos votos no afectan la cuestión de si la sociedad era civil ó comercial, sino que se refieren á la obligación de pago que los ministros disidentes no aceptaban.

Tampoco tenemos á la vista la escritura social para poder apreciar cómo una sociedad por acciones y con directorio ha podido ser considerada como colectiva.

Pero lo conducente á nuestro objeto es que una sociedad formada para la elaboración de salitre ha sido estimada como civil por la sentencia de término, cuya parte esencial hemos copiado.

El segundo de los fallos sobre la cuestión que debatimos se registra en la *Gaceta* del año 1889, tomo II, página 985, bajo el número 3,882.

Demandada ejecutivamente una sociedad colectiva, interpuso, junto con otra excepción, la de no ser bastante el título para la ejecución, por haber sido reconocida la firma sólo por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

uno de los socios, interesado personalmente en la obligación, y después de haberse disuelto la sociedad.

El ejecutante alegó, á este respecto, que la disolución de la sociedad, efectuada antes del plazo fijado en la escritura constitutiva, se había hecho sin observar los preceptos legales de la materia, y era, por lo tanto, ineficaz contra terceros.

Resolviendo incidentalmente este punto la sentencia de primera instancia expedida por uno de los juzgados de Iquique, dice:

"Considerando:

"6.° *Que los actos y contratos relativos á la elaboración de salitre y á su venta por el elaborador ó productor no son actos ni contratos de comercio, atendidas las disposiciones contenidas en los artículos 1.°, 2 y 3 del Código de Comercio, y así las sociedades formadas para los fines indicados son netamente civiles.*

"*En consecuencia, la sociedad de G. F. y C.ª, de que se trata en este juicio, es civil*".

La Corte de Tacna, aceptando expresamente el sexto considerando, confirmó la sentencia arriba referida, con el voto unánime de sus cinco ministros.

IX

Como se vé, ninguna de las dos sentencias analizadas da razón alguna que justifique la declaración de que son civiles y no comerciales las sociedades formadas para explotar salitrales.

La cuestión de que nos ocupamos queda, por consiguiente, en pie, á pesar de esos fallos, porque, como lo dice muy atinadamente el señor Ballesteros en la introducción de su magistral obra sobre la Ley orgánica de los tribunales, "las sentencias valen lo que valen las razones en que se apoyan".

DANIEL FELIÚ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

LOS INDIVIDUOS DE LA POLICÍA DE ASEO ¿TIENEN ó nó derecho á ser inscritos, según la ley electoral vigente?

I

Con fecha 8 del mes de noviembre último el señor juez letrado de San Fernando expidió el siguiente fallo: "Vistos: constando del certificado de fs. 2, que don José del Cármen Ibarra *desempeña un servicio rentado en la policía de aseo* de este pueblo, y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 26, número 6, de la ley 20 de agosto último, se declara que no há lugar á la inscripción que solicita. Consúltese, si no se apelare."

Apelada la anterior sentencia, la Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó en resolución librada el día 20 del próximo pasado mes, contra el voto de los señores ministros Flores y Boizard, que fueron de opinión que el auto del señor juez letrado de San Fernando se revocara, en virtud de los fundamentos que consignaron en el libro de acuerdos. Los señores ministros Urrutia, Bisquertt y Riesco completaban el Ilustrísimo Tribunal, y los tres votaron por la confirmación del fallo en que se niega á don José del C. Ibarra el derecho á ser incluído en los registros electorales.

Es precisamente el voto especial de los señores Flores y Boizard el que nos mueve á tomar la pluma para analizarlo á la luz de nuestra legislación. Con perdón sea dicho, opinamos de una manera diametralmente opuesta á los señores ministros Flores y Boizard.

II

Don José del Carmen Ibarra, según los certificados que obran en el expediente en que se reclamó su inclusión, desempeñaba el cargo de inspector de la policía de aseo de San Fernando.

¿Qué dice el artículo 26 de la ley de elecciones vigente, en el número 6? Lo siguiente: "No serán inscritos, aun cuando reunan los requisitos enumerados en el artículo anterior... 6. Los individuos enrolados en las policías urbana y rural ó que desempeñaren en ella cualquier servicio rentado".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los señores Flores y Boizard son de opinión que la disposición precedente sólo se refiere á los cuerpos de policía de seguridad, es decir, á la fuerza armada de policía que tiene la custodia y vigilancia de las personas y propiedades en las poblaciones y en los campos, y no á todos los empleados de policía en sus diversas acepciones.

¿Cuáles son las razones que impulsan á los señores ministros Flores y Boizard para pensar así? Á continuación lo revelan. Por el número 6 del artículo 26, dicen ambos señores, sólo se priva de la ciudadanía activa á los individuos de las policías de seguridad, "únicos que puede considerarse que tienen la ineptitud moral que les impide obrar libre y reflexivamente, de que habla el artículo 8.º de la Constitución del Estado. En efecto, las policías de seguridad están organizadas bajo un régimen militar, y en este carácter están sometidas á la prescripción del artículo 148 de la misma Constitución, que determina que la fuerza pública es esencialmente obediente y que ningún cuerpo armado puede deliberar. De esta prohibición constitucional arranca, en nuestro sentir, escriben los dos señores ministros, la ineptitud correlativa que suspende el ejercicio del sufragio, tanto á las policías de seguridad, como á las clases y soldados del ejército permanente y de la marina, conforme en esta última parte con el número 7 del artículo 26 arriba citado. Las policías de aseo, de comodidad y de ornato no cargan armas, no están regimentadas en cuerpos, no prestan en ningún caso servicios militares. Sus ocupaciones son homogéneas á las de muchas otras agrupaciones, gremios y oficinas públicas y particulares, cuyos empleados tienen amplia libertad como los demás ciudadanos de ejercitar el derecho de sufragio. En este sentido el número 6 del artículo 26 emplea la frase *enrolados* en las policías urbana y rural, queriendo dar á entender que se refiere exclusivamente á los individuos que sientan plaza en los cuerpos de policía, que son los de seguridad, en la misma forma que las clases y soldados que sientan plaza en los cuerpos del ejército y la marina".

Los señores Flores y Boizard son de parecer "que en esta materia la ley de 20 de agosto de este año no ha querido introducir variación alguna en la disposición análoga que regía

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en la ley derogada de 9 de enero de 1884, en cuyo artículo 4.º, números 6.º y 7.º, se establecía de la misma manera que no serían inscritos en los registros electorales los individuos enrolados en la policía rural ó que desempeñen en ella cualquier servicio rentado, y las clases y soldados del ejército permanente, de la marina y de los cuerpos de policía. El precepto, á nuestro entender, es uno mismo en ambas leyes y la diferencia de forma en la redacción de la ley vigente obedece sólo á razones de método y de orden en la expresión de las ideas, nó al propósito de hacer más extensiva la inhabilidad contemplada en sus disposiciones.»

Tal opinan los señores Flores y Boizard en su voto especial. Tales son los fundamentos que les movieron, en pugna con la mayoría del Ilustrísimo Tribunal, á pronunciarse á favor de la revocatoria de la sentencia apelada. Procuraremos analizar las razones hechas valer por los señores Flores y Boizard en apoyo de la teoría que sustentan, ó sea, de que el número 6.º del artículo 26 no incluye á los individuos de la policía de aseo.

III

El precepto de la ley de elecciones vigente en que se niega el derecho á inscribirse á los miembros de las policías en general, no puede ser más claro y terminante.

No serán inscritos, dice la ley, entre otros, «los individuos enrolados en las policías urbana y rural ó que desempeñaren en ella cualquier servicio rentado».

Ante todo, no es hacedero en Derecho ni cuerdo lanzarse á interpretar preceptos cuya letra es precisa. La ley prohibe se inscriban los individuos enrolados en las policías. ¿En qué policías? En la urbana y en la rural. ¿Qué alcance tiene el adjetivo urbano? La misma palabra nos lo indica. Es urbano lo que pertenece á la ciudad, se lee en el Diccionario de la Academia española de la lengua. ¿Pertenece á la ciudad la policía de aseo? Es indudable que sí. ¿Que la policía de aseo no será realmente policía? El nombre mismo que lleva nos da á entender lo contrario. Y á estarnos al Diccionario de la Academia, la disposición del número 6.º del artículo 26, en lo que se refiere á la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

policía urbana, es aplicable más bien á la de aseo que á la de seguridad; pues, según el Diccionario, policía urbana es "la que se refiere á todo lo que tiene relación con el cuidado de la vía pública en general, limpieza, higiene, salubridad y ornato de los pueblos".

Dedúcese de lo anterior, claramente á nuestro entender, que la ley ha querido incluir en la policía urbana la de aseo, y que el calificativo urbana es aplicable más bien á la policía de aseo que á la de seguridad. El Diccionario de la lengua nos lo confirma, y para el que abra los ojos el alcance de la disposición que estudiamos no puede ser dudoso.

IV

Pongámonos en el caso de que la palabra *enrolados*, como lo creen los señores Flores y Boizard, se refiere únicamente á los individuos que sientan plaza en los cuerpos de policía, que son los de seguridad.

Aún en el anterior supuesto nos parece que la ley viene en apoyo de nuestra opinión. En efecto, al final del número 6.º del artículo 26 se lee: "ó que desempeñaren en ella cualquier servicio rentado". El *ella* se refiere á ambas policías ó á la primera. Sea lo uno ó lo otro, para nosotros es lo mismo.

En el supuesto que contemplamos, si dos individuos de la policía de aseo no se hallan inhabilitados para inscribirse por pertenecer á la policía urbana, lo están por desempeñar en ella un servicio rentado. No serán ni son individuos que cargan armas ni que sientan plaza en los cuerpos de policía; pero son individuos que desempeñan en la policía urbana un servicio rentado. Creo que esto no lo podrán negar los señores Flores y Boizard.

De modo, pues, que ya sean los individuos de la policía de aseo verdaderos miembros de la policía urbana, ó ya se consideren como simples empleados rentados en ella, en todo caso les afecta la inhabilidad del número 6.º del artículo 26 de la ley de elecciones promulgada este año.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

V

Tomemos el peso, analizándolas, á las razones en que apoyan su parecer los señores ministros Flores y Boizard.

"Los individuos de la policía de seguridad, escriben, son los únicos que puede considerarse tienen la ineptitud moral que les impide obrar libre y reflexivamente, de que habla el artículo 8.º de la Constitución del Estado".

¿Por qué razón los individuos de las policías de seguridad son los únicos que tienen ineptitud moral que les impide obrar con reflexión y libertad? Porque, agregan los señores ministros, dichas policías están organizadas bajo un régimen militar; por tal motivo se hallan sometidas al artículo 148 de la Constitución, artículo que determina que la fuerza pública es esencialmente obediente y no puede deliberar.

Todo esto puede ser cierto. Es verdad que la policía de aseo no descansa en la base militar de las policías de seguridad. Mas, pudo la ley privar á aquella del derecho de inscripción, como pudo privar á las últimas. Juzgó que si las policías de seguridad carecen de independencia para obrar, carecen también de esa independencia los individuos de la policía de aseo. Y ante el mandato expreso de la ley, no cabe lanzarse en comentarios dudosos.

Téngase presente que la ley actual de elecciones ha querido que todo lo que se llame policía se aleje del recinto de las juntas inscriptoras. Supuso independencia suficiente para que se inscribieran, en los oficiales de los cuerpos de ejército, mas no en los de los cuerpos de policía. Mas aun, privó del derecho de ciudadanía á cualquiera persona, aunque no pertenezca á la policía, pero que desempeñe en ella cualquier servicio rentado. Á todo individuo que pertenezca á la policía, á cualquier título que sea, la ley de elecciones vigente impide inscribirse. Es lo que ordena el número 6.º del artículo 26.

Cansados los Legisladores de los torpes y continuos manejos de las policías en asuntos políticos, ó más bien en las épocas electorales, ha querido quitarles toda intervención. En tal sentido puede decirse que la ley actual ha sido dictada en contra

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de la policía. Al redactarla animó á sus autores manifiesta hostilidad contra la policía, al recuerdo de los abusos que ha cometido, al saber que siempre ha sido el instrumento más dócil de las autoridades.

¿Son los carretoneros de la policía de aseo individuos con derecho á inscribirse? Sí, si el artículo 26 en su número 6.º no incluye á la policía de aseo; nó, si los incluye, como pensamos nosotros. Y, sin embargo, no recordamos que las juntas, ni en esta ocasión ni en épocas pasadas, hayan calificado á los carretoneros de la policía de aseo. Y han procedido bien. Son, al igual de los policiales, miembros de la policía urbana.

VI

La ley del año 1884, según los señores Flores y Boizard, disponía lo mismo que la ley de elecciones vigente, sobre la materia que nos ocupa.

Sabemos lo que la ley dictada este año ordena tocante al derecho que tienen las policías para inscribirse; veamos lo que mandaba la del año 1884 en los números 6.º y 7.º del artículo 40.

«No serán inscritos, se lee en la ley de elecciones de 9 de enero de 1884, aun cuando reunan los requisitos enumerados en el artículo anterior... 6.º, los individuos enrolados en la policía rural, ó que desempeñaren en ella cualquier servicio rentado; 7.º, las clases y soldados del ejército permanente, de la marina y de los cuerpos de policía».

¿Cómo afirman los señores ministros Flores y Boizard que la ley del 84 disponía lo mismo que la de este año?

La ley del año 1884 negaba la inscripción á los individuos de la policía rural ó que en ella desempeñasen cualquier servicio rentado. En este particular, ambas leyes ordenan igual cosa. Mas en lo que mira á la policía, la ley del año 1884 se refería á los cuerpos, impidiendo la inscripción de las clases y soldados de los cuerpos de policía, y nó como la ley vigente que priva del derecho de inscribirse, no sólo á las clases y soldados de los cuerpos de policía, sino á *todos* los *individuos* de la *policía urbana*, y á los que en ella desempeñaren cualquier servicio rentado. Se vé, pues, que la ley actual es mucho más

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

restrictiva para la policía que la ley del año 84. Basta imponerse de ambas para convencerse de lo que afirmamos.

La ley de elecciones del 12 de noviembre de 1874, en su artículo 2.º, disponía lo que sigue: «No serán inscritos, aun cuando reunan los requisitos enumerados en el artículo precedente... 6.º Las clases y soldados del ejército permanente, de la marina y de los cuerpos de policía.» Nada se decía de la policía rural, que el año 74 aun no había sido creada. Era, pues, la disposición del año 74 tan restrictiva como la del año 84. Pero ambas lo eran mucho menos que la de la ley actual.

Es que, como lo hemos dicho, hay, y con razón, manifiesta mala voluntad para con las policías, y por eso ha querido la ley alejarlas de todo acto electoral.

No sabemos, pues, cómo los señores Flores y Boizard afirman que la ley del 84 ordena lo mismo que la ley vigente, y que una de otra difieren sólo en la forma.

VII

Y creemos haber escrito lo suficiente.

Las juntas inscriptoras no permitieron se inscribieran los individuos de la policía de aseo. En la mesa de la subdelegación séptima urbana de Santiago, por ejemplo, se inscribió el ciudadano Francisco Bravo, empleado de la policía de aseo, á pesar de la oposición del que estas líneas escribe; pero después la junta, por unanimidad, se negó á anotar en los registros á otros individuos empleados en la misma policía.

Todo lo que sea alejar de las mesas electorales á los que no pueden tener voluntad propia, ni obrar independientemente, nos parece muy cuerdo. Sobre todo, tratándose de las policías, cuerpos que han sido siempre los agentes más sumisos de las autoridades.

Z. Rodríguez Rozas

Santiago y 27 de diciembre de 1890.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

DERECHO DE VISITA

Artículo 64 del Código de Minería

Con este título hemos visto publicado en el último número de la Revista Forense Chilena, de 1.º de diciembre de este año, un artículo de nuestro condiscípulo y amigo don Rosendo Caro.

Llega en él á la conclusión de que «el derecho de visita no se extiende al examen é inspección de las máquinas ó invenciones que se empleen en la explotación de las minas».

Creemos que esta conclusión no es, en manera alguna aceptable. De aquí este artículo.

Para llegar á esa conclusión, el señor Caro se funda, principalmente, en la inviolabilidad de la propiedad, garantida por la Constitución y por las disposiciones del Código Penal á que alude, y que castigan á los que de algún modo violan la propiedad ajena. Cree el señor Caro que si el derecho de visita que concede el artículo 64 del Código de Minería se extiende á la visita de máquinas, invenciones, etc., se viola la propiedad garantida por la Constitución.

Este argumento sería decisivo si se tratase de la propiedad común; pero se olvida que la propiedad minera tiene un fundamento distinto de aquélla. Esta se funda sólo en la ley que la crea, la cual puede concederla con todos los gravámenes que quiera, sin que viole de ninguna manera una propiedad anterior: la existencia de la propiedad minera, empieza desde el momento en que la ley la concede con las formalidades y condiciones establecidas. En consecuencia, el que quiera tener una pertenencia minera, sólo puede tenerla tal como la ley la da.

Es lo que sucedería en Derecho Civil si una persona donara á otra algo sujeto á cierta condición: el donatario es libre para aceptar: pero, aceptando, queda ligado al cumplimiento de la condición que se le impone.

Esto es lo que significa el artículo 1.º del Código de Minería, fiel reproducción del artículo 591 del Código Civil. Ese artículo dice: «El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, etc.... no obstante el dominio de las corporaciones ó de los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas.

"Pero se concede á los particulares la facultad... de disponer de ellas como dueños, con los *requisitos y bajo las reglas* que prescribe el presente Código".

Como se ve, al aceptar nuestra legislación el sistema mixto, establece una diferencia capital entre la propiedad común y la propiedad minera. La ley, pues, al concederla á los particulares gravada con el derecho de visita en toda su latitud, ha procedido sin violar la Constitución, porque ha podido someterla antes de darla, á las condiciones que quiera.

Otra consideración que se hace valer, es que si se atribuyera toda la significación indicada al derecho de visita, ésta causaría á la industria minera un grave perjuicio, haciendo desaparecer el estímulo de lucro y de aprovechamiento exclusivo que anima á los autores de inventos.

Este argumento no es sólido. Examinémoslo.

De un lado, la persona que tiene el invento; del otro, la industria minera y la sociedad en general.

En los mejores tiempos del cobre, no ha hecho cuenta beneficiar los minerales de menos de 9 por ciento; de modo que los minerales de esa ley producidos por las minas, están en sus desmontes y escombros. En todos éstos hay grandes cantidades de minerales de 4 á 6 en las minas del centro, y de 4 á 8, y aún hasta 10 en las del norte. Pues bien, si una persona descubriese un medio que le permitiese explotar todos esos valores allí botados, que no esperan sino un débil impulso para empezar á circular, no rehusaría, por cierto, implantar trabajo y hacer su fortuna, sin arredrarse por la idea de que los mineros colindantes ó vecinos, valiéndose de la visita de aprendizaje, conocerían su invento y podrían aprovecharlo aplicándolo á los desmontes abandonados de sus minas. Sostener lo contrario no es serio.

El autor de su invento tendría el premio de su descubrimiento aplicándolo en la esfera que pudiese, y con gran ventaja sobre los demás por la anterioridad con que lo aplicaría. La visita de aprendizaje haría dar un gran paso á la industria minera, generalizando el invento.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Es necesario no olvidar que Chile es un país esencialmente minero, y se puede decir que debe casi su existencia á la minería; esta industria ha hecho de él lo que hoy es; sin ella habría sido el rincón más miserable de la tierra. Don Rodolfo Pinochet Herreros, en un magnífico artículo publicado el 89 en *La Tribuna*. hablando de esta materia, dice con mucha exactitud, que Chile no era sino un feto en embrión en el viejo tiempo, allá en los benditos y oscuros tiempos de la colonia. Y bien, ¿qué le dió vida? La industria minera y principalmente el cobre. La historia patria prueba que ella era su principal producto.

La visita de aprendizaje no existía en la Ordenanza de Nueva España; pero sí en el Código del 74, artículo 10. Los redactores del nuevo Código hicieron muy bien en conservar esta innovación de las leyes antiguas, porque ella tiende á concluir con los monopolios, tan condenados por la moral y por la ciencia económica.

En resumen, el artículo 64 del Código de Minería concede á los mineros colindantes ó vecinos el derecho de visita en los casos siguientes:

1.º Visita de aprendizaje. Esta tiene por objeto averiguar la posición y condiciones de las vetas ó criaderos, el examen é inspección de las máquinas ó invenciones que se empleen en la explotación de las minas, haya ó nó en ellas secretos de arte ó privilegios exclusivos. De consiguiente, si alguien tiene, verbigracia, privilegio exclusivo para usar cierta clase de hornos en las minas, se pueden visitar y poner en otras hornos iguales. En general, la visita de aprendizaje se extiende á todo aquello que en las minas creyeren los mineros que pueda darles observaciones útiles para sus explotaciones respectivas.

2.º Visita de precaución, fundada en internación que se sospecha ó en temor de inundación, ú otro de esta especie.

El artículo 64, que hemos estudiado someramente, se presta á observaciones de mayor importancia en la práctica. Las estudiaremos oportunamente en otro artículo.

CARLOS A. PALACIOS Z.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿CORREN LOS TÉRMINOS JUDICIALES DURANTE EL FERIADO?

Días feriados, en contraposición á útiles ó jurídicos, son aquellos en que se cierran los Tribunales y se suspenden los negocios judiciales.

Las antiguas leyes españolas, en parte vigentes aun, señalaban tres clases de días feriados. La primera comprendía los instituídos en honor de Dios y de los santos; los de la segunda lo eran en honor de los reyes y de los grandes señores, y la tercera en pro comunal del pueblo, y estaban dedicados, especialmente, á los trabajos agrícolas.

Según lo dispuesto en las leyes 34 y 35, título II, Partida 3.ª, durante la primera clase de días feriados, más comunmente llamados festivos, no podía practicarse diligencia alguna judicial, salvo en señalados casos, que la segunda de dichas leyes enumera, y para los cuales era permitido á los litigantes pedir la habilitación del feriado.

La ley 38 del mismo título y Partida, cuya vigencia subsiste entre nosotros, prescribe que durante el feriado de la tercera clase, ó de vacaciones, pueden practicarse cualesquiera actuaciones judiciales, cuando las partes estén de acuerdo y el juez quiera oírlas; agregando en seguida, por un otrosí, "que si alguno hubiere derecho sobre cosas que le pertenecieren, si se temiere que aquel derecho que tenía en ellos se le perdiere por tiempo, si no la demandase en días feriados, que son para recoger pan é vino, bien podría mover demanda en ellos sobre tal razón como ésta. E el judgador es tenudo de oírlo hasta que el pleito sea comenzado por respuesta, porque finque en salvo su derecho al demandado é non se pierda por razón que pasare tiempo contra él. Más desque fuere comenzado por respuesta, no debe el judgador consentir á las partes que vayan adelante por el pleito en estos días; ante les debe poner plazo á que lo vengan á seguir después que los días feriados pasaren".

La enumeración que estas leyes hacían de los días feriados, ha sido alterada por varias leyes patrias y, sobre todo, por la de organización y atribuciones de los Tribunales, cuyo artículo 149,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

junto con decir que las obligaciones de residencia y asistencia diaria al despacho que pesa sobre todos los funcionarios del orden judicial cesan durante los días feriados, enumera como tales todos los domingos y días festivos; el miércoles, jueves, viernes y sábado de la semana santa; el 17, 18 y 19 de septiembre, y el tiempo de vacaciones de cada año, que comenzará el 15 de enero y durará hasta el 1.º de marzo. Pero esta disposición no rige respecto del feriado de vacaciones con los jueces que ejercen jurisdicción en lo criminal.

Tenemos, en consecuencia, que tanto por las leyes españolas como por las patrias que sobre esta materia se han dictado, durante el feriado se suspende el conocimiento de los negocios judiciales; pues al paso que las primeras lo dicen expresamente, las segundas eximen á los funcionarios del orden judicial de las obligaciones de residir en el asiento de sus empleos, así como de la de asistir á los lugares en que los ejercen.

Pero veamos, entretanto, para la solución acertada de la cuestión que estudiamos, lo que nos dicen las leyes en materia de términos judiciales.

Tenemos, desde luego, la disposición del artículo 50 del Código Civil, según el cual "en los plazos que se señalaren en las leyes, en los decretos del Presidente de la República ó de los tribunales ó juzgados, se comprenderán aun los días feriados, á menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así; pues en tal caso no se contarán los feriados".

Si esta disposición hubiera de aplicarse para resolver la proposición que sirve de encabezamiento al presente artículo, no habría dificultad alguna, y forzoso sería optar por la afirmativa; mas con arreglo á lo preceptuado por el artículo 4.º del mismo Código Civil, sobre las disposiciones en él contenidas, prevalecerán las de los demás Códigos y leyes especiales en las materias de que respectivamente se ocupan. Necesario es, entonces, ir á buscar entre las leyes especiales de enjuiciamiento la solución que perseguimos, ó averiguar, por lo menos, si ellas guardan conformidad con la que acabamos de reproducir.

De acuerdo con estas leyes especiales, tanto los términos de emplazamiento como el probatorio y demás que en la tramitación de los juicios se conceden, son continuos y perentorios y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no se suspenden, por lo tanto, durante los días feriados. (Leyes 13, tít. IV, 1.ª y 3.ª, tít. V, y 1.ª, tít. X, Libro 11 de la Novísima Recopilación). Hénos ahora, pues, en presencia de leyes que sancionan principios enteramente opuestos y que es menester armonizar entre sí para llegar á establecer la verdadera doctrina. Por un lado las leyes de Partidas nos dicen que durante el feriado no se puede practicar diligencia alguna judicial; por otro, las de la Novísima ordenan que los términos que á los litigantes se conceden para evacuar esas mismas diligencias se entiendan continuos y no se suspendan en ese tiempo. Más aun, hay algunas, como la contestación á la demanda, acerca de las cuales se dispone expresamente que puedan hacerse en cualquiera de los días concedidos al efecto, *siquiera sea feriado o nó*, como dice la tercera de las leyes que acabamos de citar.

La Ley orgánica de Tribunales, de acuerdo con las de Partidas, y el Código Civil, de acuerdo con las de la Novísima Recopilación, están en pugna, prohibiendo la primera lo que el segundo implícitamente autoriza. En efecto, al paso que el Código dice que todos los plazos correrán durante el feriado y, por lo tanto, que en ese tiempo pueden y aun deben practicarse las diligencias ó actuaciones para que esos plazos se conceden, la Ley Orgánica exime durante ese mismo tiempo de las obligaciones de residencia y asistencia que sobre ellos pesan, á los funcionarios ante quienes esas actuaciones deben necesariamente llevarse á cabo.

No cabe duda que sobre las prescripciones del Código Civil están las de la Ley de 15 de octubre, tanto porque ésta es posterior y según los principios generales de Derecho debe prevalecer sobre la anterior, cuanto porque en su carácter de especial debe aplicarse de preferencia al primero, conforme á lo dispuesto en el artículo 4.º del mismo. Mas como la Ley de 15 de octubre tantas veces citada tiene por objeto organizar el Poder Judicial en nuestro país y es, es una palabra, una ley orgánica, en todo lo que con ella sean contrarias es fuerza dar la preferencia á las de enjuiciamiento, que fijan los términos judiciales y la manera como hayan de contarse.

¿Qué hacer entónces? ¿Cómo salvar la dificultad en que se encuentra el litigante á quien está corriendo el término de prue-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ba, por ejemplo, y no puede rendir sus probanzas por falta de funcionarios ante quienes hacerlo?

El individuo que en tales condiciones se encuentra tiene impedimento enteramente ajeno á su voluntad para cumplir los deberes que las leyes y su propio derecho le imponen. Y es un principio eterno de justicia, que todas las legislaciones expresa ó tácitamente sancionan, aquel que enseña que al impedido no corre término. Fuerza es entonces acogerse á él para salvar la dificultad y buscar en las reglas elementales de equidad y de derecho la solución, que acaso no sería posible encontrar dentro del terreno preciso de la legislación positiva.

Si los términos judiciales corren, pues, durante el feriado, y si en ese tiempo no pueden evacuarse las diligencias para que se concede, no cabe otro remedio sino que la parte interesada se presente al juez en cada uno de los casos en que esto ocurra, pidiendo la suspensión de ese término hasta que el impedimento haya terminado. Los jueces no podrían negarse á proveer favorablemente esta solicitud.

Existe, no obstante, en algunos juzgados la práctica, á nuestro juicio errónea, de que las partes, después de pasado el feriado, se presenten pidiendo se declare que durante ese tiempo ha estado en suspenso el término probatorio ó cualquiera otro. Creemos que tal suspensión puede decretarse cuando el término está corriendo, mas nó cuando ya ha terminado. El único caso en que tal declaración podría solicitarse después de vencido el término, sería en el de suspensión repentina y extraordinaria de los Tribunales, porque entonces el litigante no pudo prever esta circunstancia.

Tal es la doctrina sustentada por Escriche, cuando dice que «el término probatorio sigue su curso en los días feriados, pues se considera continuo, bien que puede hacerse en ellos el examen de testigos, teniéndoseles recibido juramento en día útil; pero puede el interesado pedir al juez que habilite ó suspenda los días feriados, y si repentinamente ocurriere alguna suspensión de Tribunales, puede también, después que se abran, solicitar que se declare haber estado en suspenso el término en el intermedio, no siendo justo que por esta causa padezcan los litigantes».

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Antes de concluir, parécenos oportuno, para la mejor inteligencia de la importante materia que estudiamos, dar á conocer la jurisprudencia de los Tribunales superiores de justicia, la cual no ha llegado á uniformarse aún, y en cuyo seno, salvo las respetabilísimas opiniones contrarias, no siempre ha prevalecido la que es, á nuestro humilde juicio, la verdadera teoría legal.

El señor Ballesteros, en su monumental obra sobre la Ley orgánica de Tribunales, cita la sentencia número 743, publicada en la *Gaceta* de 1879, y en la cual se declaró por la Corte de Concepción que eran nulas ciertas actuaciones judiciales practicadas durante el feriado no habilitado previamente.

Nosotros conocemos además las siguientes:

"Chillán, marzo 27 de 1882.—Vistos: Con lo expuesto en el escrito de fs. 46 y en el precedente, se declara que el término de prueba en esta causa ha estado suspendido durante el feriado de vacaciones y, en consecuencia, que no debe hacerse publicación de probanzas.—Otárola.—*Solar*".

"Concepción, mayo 23 de 1882.—Vistos: Se confirma el auto apelado de 27 de marzo último, con costas del recurso. Publíquese y devuélvanse. Esta sentencia fué acordada con los votos de los señores ministros Soto, Matus y del señor fiscal Sanhueza, contra la opinión de los señores Risopatrón y Martínez, quienes estuvieron por considerar comprendidos en el término probatorio los días del feriado de vacaciones, á virtud de lo dispuesto en el artículo 50 del Código Civil, y por no haberse expresado en el auto de prueba la excepción que, para que no se comprenda, prescribe la parte final de dicho artículo.—Riso.—Soto.—Matus.—Martínez.—Sanhueza.—Proveído por la Iltma. Corte, *Soto Salas*". (Sentencia 995, *Gaceta* de 10 de junio de 1882).

"Santiago, marzo 29 de 1883.—Teniendo presente:

"1.° Que el artículo 149 de la Ley de 15 de octubre de 1875, que estableció los feriados ordinarios y extraordinarios, declarando, en consecuencia, inválidas las actuaciones judiciales que se practicaren durante ellos, es inconciliable con la disposición del artículo 50 del Código Civil, que hace correr los términos en todos los feriados;

"2.° Que existe una verdadera imposibilidad para rendir prueba durante los feriados, y debe, por lo tanto, entenderse suspendido el término probatorio por el solo ministerio de la ley en aquellos feriados que abrazan un período más ó menos largo, y que, por la misma cau-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sa, si corriera también en ellos, quedaría anulado ó limitado considerablemente el derecho de las partes para justificar sus acciones y defensas.

"Por estos fundamentos y con arreglo á lo dispuesto en los artículos 52 y 53 del Código Civil, se revoca el auto apelado y se declara que el término de prueba concedido en la causa estuvo suspendido desde el 15 de enero hasta el 1.º de marzo del año pasado. Acordado con el voto de los señores presidente y ministros Vergara Donoso y Vial Recabarren, opinando el señor Alfonso por la confirmación de dicho auto, á virtud de las consideraciones que consigna en el libro de acuerdos.—AMUNÁTEGUI.—ALFONSO.—VERGARA DONOSO.—VIAL RECABARREN". (Sentencia 422, *Gaceta* de 7 de abril de 1883).

Esta sentencia establece entre los días feriados una distintinción que la ley no autoriza. Debemos hacer presente que el juez de la primera instancia es hoy un ministro distinguido de la Corte de Apelaciones de Santiago.

"Unión, Marzo 7 de 1890.—Vistos, y teniendo presente que los términos judiciales corren sin interrupción y no se suspenden durante el feriado cuando las partes no lo han solicitado oportunamente, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 50 del Código Civil, se declara que há lugar á lo solicitado por don Mateo Martel en el escrito de fs. 18, y en consecuencia, hágase publicación de probanzas.—CHAPARRO.—*Alvarado*, secretario".

"Concepción, mayo 9 de 1890.—Vistos: se confirma el auto apelado de 7 de marzo último, corriente á fs. 19 vuelta, con costas del recurso. Publíquese y devuélvanse.—RISO.—ESCOBAR.—NOVOA.—VEGA.—Proveído por la Iltma. Corte, *Soto Salas*, secretario". (Sentencia 1,532, *Gaceta* de 30 de mayo de 1890).

"Chillán, marzo 15 de 1890.—Vistos: Teniendo presente á lo principal, que el término probatorio debe considerarse naturalmente suspendido durante el período de vacaciones, es decir, desde el 15 de enero hasta el 1.º de marzo inclusive, á virtud de lo que disponen la ley de 2 de agosto de 1862 y el artículo 149 de la Orgánica de Tribunales de 1875, se declara que no há lugar por ahora á la publicación de probanzas solicitada por doña Josefa Ojeda viuda de Rodríguez; al primero y segundo otrosí, como se pide.—L. I. SILVA.—*González García*, secretario.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Talca, mayo 28 de 1890.—Vistos: eliminando la cita de la ley de 2 de agosto de 1862, se confirma en la parte apelada el auto de 15 de marzo último, corriente á fs. 46, con costas del recurso. Publíquese y devuélvanse.—Pinto Agüero.—Gundián.—Canto.—Mora.—Proveído por la Iltma. Corte, *Ahumada M.*, secretario. (Sentencia 1,727, *Gaceta* de 11 de junio de 1890).

Agustín Correa Bravo

Santiago, 20 de noviembre de 1890.

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

Si diéramos á prejudicial el significado especial de ante-judicial, habría que decirlo para no incurrir en ambigüedad, y para no dar á una voz un sentido que no tiene en el foro ni en el lenguaje ordinario.

No obstante, etimológicamente veamos qué puede significar *prejudicial.*

Pre, entre otras cosas, significa *de antemano á, antes de*: *judicial* es *lo perteneciente al juicio*, lo propio de él.

Prejudicial sería *antes de lo relativo al juicio*, este sería su sentido etimológico.

Nosotros abandonaremos esa denominación, nacida del tiempo en que ciertas diligencias se practican. Llamaremos las cosas, no por el *tiempo* en que suceden, que es elemento *accidental*, sino tomando en cuenta la naturaleza primordial de ellas, que es lo *principal.*

En el presente caso se trata de diligencias, cuyo objeto capital es probar, ó establecer un algo que resguarda el derecho del que solicita esas diligencias. Ellas tienden á asegurar algo, caucionan, precaven un mal, como lo sería la pérdida ó desaparición de lo que se trata de asegurar. Esta es la condición más resaltante en ellas, es su esencia, como lo dice expresamente la ley de Partidas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pues bien, les daremos el nombre de *diligencias precautorias*. No nos fijaremos en el *tiempo* en que se piden y se ejecutan, ni en las *formalidades* que la ley exige para que ellas tengan lugar. El tiempo y ese formulismo puede variar, y de hecho varía en las diversas legislaciones; lo que no varía jamás es el fin que con ellas se persigue.

No es sinónimo *medida* y *diligencia* en el lenguaje forense, aunque puede serlo en el lenguaje vulgar.

Medida, en sentido figurado ó metafórico, es la "*disposición*, prevención ó precaución que se toma *para* el logro mejor ó más facil de un asunto".

Diligencia en el foro es "*ejecución y cumplimiento* de un auto, decreto ó acuerdo judicial, la acción de extenderlo, de darlo á conocer, etc.; en sentido metafórico y en plural son "*medios* que se ponen en juego *para* conseguir una cosa, *pasos* que se dan *para* alcanzar algo".

La *medida* mira al sujeto que combina los elementos, que formula un plan; es algo de la concepción. La *diligencia* mira á la ejecución de la combinación del plan; es algo de acción, de material.

En la ley nos parece más propia la voz *diligencia*, por ser el *elemento* que surte efectos jurídicos, respecto de las partes, del magistrado y de terceros; es decir, desde la existencia de ese elemento comienzan los efectos jurídicos.

Según los preceptos del título I, de que nos ocupamos, las diez diligencias que menciona no podrían pedirse en el juicio ejecutivo, en el juicio de menor cuantía, ni en el posesorio, en el sobre alimentos y, en general, en ningún otro juicio fuera del ordinario. Tal limitación es cortar el beneficio que entrañan esas diligencias.

¿Por qué no poder decretar *exhibiciones* de cosa, de documentos ó de libros en un juicio de menor cuantía?

¿Por qué no poder exigir declaración sobre hechos relativos á la persona de alguno, sobre su firma, ó sobre hechos materia de un juicio por venir ó existente, de menor cuantía?

¿Por qué en un juicio ejecutivo no se podría, antes de iniciarlo, preguntar por la edad del deudor, para averiguar su capacidad, y si es mujer, interrogarla por su estado, etc.?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

De hecho vemos que la ley permite iniciar un juicio ejecutivo por medio del reconocimiento de firma.

En los juicios de menor cuantía la exhibición de la cosa por litigarse ó litigiosa, es casi un trámite necesario en nuestro sistema de enjuiciamiento; á su presencia debe rendirse la prueba, en especial cuando se trate de un sér semovente, ó cuando lo decrete el juez.

Si se trata de iniciar un juicio sobre alimentos ¿por qué no garantir el derecho para ir sobre seguro, interrogando al que va á ser demandado sobre el parentesco que lo liga al solicitante?

¿Por qué no poder preparar los elementos de un juicio de comercio con la exhibición de los libros en los casos en que ella sea permitida?

Si llegan á mis oídos noticias de que voy á ser demandado ¿por qué motivo la ley no me permitiría usar del derecho de pedir reconocimiento de una firma del futuro demandante, para así asegurarme contra los futuros herederos, ó contra las futuras emergencias?

Casos como los presentes podríamos multiplicar en gran número. Ellos bastan para probar que no hay conveniencia ni justicia en limitar las diligencias precautorias en la forma que lo hace el Proyecto.

Si el objeto principal en un buen sistema de procedimiento es encontrar un medio que, garantiendo todo derecho, tienda á descubrir la verdad en el menor tiempo posible y con el menor costo posible, es evidente que, sin distinción ninguna, debemos asegurar el derecho, amplio, de pedir las diligencias precautorias en cada ocasión que se presente la oportunidad de alcanzar el fin individual que se persigue con cada una de ellas.

Dichas diligencias son propias de toda clase de juicios y no peculiares únicamente del ordinario; por consiguiente, ellas, como material general, deben tener colocación en el Libro I, y no en el Libro II.

Si ellas son buenas, benéficas y equitativas en el juicio ordinario, no vemos razón para limitar su beneficio á esta clase determinada de juicio, y privar de él á los demás litigantes en los otros juicios.

Llegamos al título III.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

¿Es propio el nombre de *providencias precautorias* del epígrafe? La colocación de este título ¿es peculiar de este Libro II, ó más bien corresponde al Libro I?

Sostenemos que no es propio ni el nombre ni la colocación, como pasamos á demostrarlo.

¿Debería llamarse al secuestro, nombramiento de interventor, retención y prohibición, las cuatro cosas del título III, *medidas* ó *arbitrios precautorios?* ¿ó nombrarlas *diligencias precautorias?* ó como dice el Proyecto *¿providencias* ó *decretos precautorios?*

¿Es el decreto lo que precave, libra de un peligro? ¿Es la medida pedida y ordenada lo que previene, resguarda de ese peligro? ¿Es la ejecución de dicha medida lo que precave ó previene?

Estamos por lo último, es decir, por la *diligencia*, ella es lo que precave.

El epígrafe debería ser *Diligencias precautorias*; ellas, en todo caso, aseguran la inmunidad del que las solicita y que no vendrá el mal.

Estas medidas no son peculiares del juicio ordinario; pueden solicitarse en todos, en los de menor cuantía, en los posesorios, en los ejecutivos sobre todo. Por consiguiente, su colocación no es ésta. La generalidad que le atribuímos en su aplicación y que tienen por su naturaleza, el poderse solicitar antes y durante el juicio, por todo litigante y no sólo por el demandante de un juicio ordinario, imponen la obligación de trasladar este título al libro I, como materia propia de todo juicio.

Como resultado de lo expuesto, nos hallamos con que dos títulos del libro II deben pasar al libro I y ambos con el epígrafe de *Diligencias precautorias.*

De los dos títulos debería formarse *uno sólo* con el epígrafe *común*, dicho.

Cualquiera puede solicitar las medidas del título I para precaverse de tomar un temperamento injusto, en desacuerdo con la verdad, y á fin de prevenirse para establecer un hecho que le favorece su derecho. En la *declaración* sobre hechos ó firmas, en la *exhibición* de cosas, documentos ó libros, en los *testimonios* del juez, del ministro de fe ó de testigos, se asegura de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

un hecho, de la verdad que busca, ó que intenta probar, ó que es materia de una demanda ó petición.

Las medidas del título I son *diligencias de seguridad*, precautorias; aseguran la prueba de un derecho, los medios de establecerlo ó de ejercitarlo. De igual modo la materia del título III *son diligencias de seguridad*, precautorias; aseguran el derecho mismo, los medios para que no sea ilusorio.

La diligencias del título I tienden á establecer la existencia de hechos que suponen el derecho. Las diligencias del título III tienden á garantir el derecho mismo, á que su ejercicio sea fructuoso, á que se respeten sus manifestaciones; ellas lo suponen existente.

Ambas clases de diligencias son de la misma índole y tienden al mismo fin respecto del que las solicita. Ambas imponen un gravamen ó una limitación del derecho ajeno; pero entre el peligro de perderse un derecho, ó su pérdida ó que él quede ilusorio, y entre la limitación de otro derecho, la ley no debe vacilar, y el Legislador debe optar por favorecer lo superior á lo inferior, por preferir lo más á lo menos.

En el presente caso, lo menos es la limitación; lo más la conservación.

Casos habrá en que la limitación causará más males que la pérdida de un derecho ó de un medio de establecerlo; pero estos casos serían la excepción del principio y el Legislador no puede considerar la excepción para desconocer el principio general mismo.

Para apoyar nuestro modo de pensar acerca de que la materia legislada en los títulos I y III es igual ó de la misma naturaleza, bajo el punto de examen considerado más adelante, vamos á copiar las siguientes palabras de un jurisconsulto notable, don Joaquín Escriche:

"Aunque por regla general, todo juicio civil ha de empezar por la demanda, hay, sin embargo, ciertos casos en que pueden preceder algunos pedimentos preparatorios ó *diligencias de precaución*". (Inc. 3.º del párrafo I, voz *Juicio ordinario, Diccionario de Legislación*).

Enumera después dicho autor, entre esas diligencias, las preguntas y la información *ad perpetuam*, que corresponden al

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

título I del Proyecto, y el secuestro, retención y nombramiento de interventor que pertenecen al título III.

Á todos los llama *diligencias de precaución* y sienta el hecho de que pueden pedirse antes del juicio.

Descendamos al examen de cada artículo de los dos títulos cuyo epígrafe quedaría así en el libro I:

TITULO XXV.—Diligencias precautorias

"ART. 209. El juicio ordinario podrá prepararse exigiendo el que pretende demandar, de aquel contra quien se propone dirigir la demanda:

"1.º Declaración jurada acerca de algún hecho relativo á su personería, á su representación legal, y á su personalidad ó capacidad para parecer en juicio.

"2.º La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción real que trata de entablar.

"3.º Exhibición de sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad y otros documentos que por su naturaleza puedan interesar á diversas personas.

"4.º Exhibición de libros de contabilidad relativos á negocios en que tenga parte el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio.

"5.º El reconocimiento jurado de firma puesta en instrumento privado.

"El tribunal mandará en todo caso practicar la diligencia expresada en el último número; pero las de los otros cuatro, sólo cuando las estime necesarias para que pueda el demandante entrar en el juicio".

Tal es lo que nos dice el Proyecto. Sigamos copiando todos los artículos del título I para estimar en conjunto la materia.

"ART. 210. La persona á quien se ordene la exhibición de cosas ó documentos cumple dando razón del lugar en que se hallan ó de la persona que los tiene y de su residencia.

"ART. 211. También puede pedirse prejudicialmente la inspección personal del tribunal ó certificado de ministro de fe, cuando exista peligro inminente de un daño ó perjuicio".

"ART. 212. Si aquel á quien se trata de demandar por ac-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción real expusiere ser tenedor de la cosa de que procede la acción ó que es objeto de ella, podrá también ser obligado:

"1.º Á declarar, bajo juramento, el nombre y residencia de la persona á cuyo nombre la tiene;

"2.º Á exhibir el título de su tenencia; y, si expresare no tener título escrito, á declarar, bajo juramento, que carece de él.

"La práctica de alguna de estas diligencias no excluye las otras.

"ART. 213. Las diligencias de que tratan los dos artículos precedentes pueden pedirse en cualquier estado del juicio, salvo lo dispuesto en los artículos 77, 78 y 218.

"ART. 214. Al que está por ausentarse del país podrá exigírsele que absuelva posiciones, sobre hechos que el tribunal califique préviamente de conducentes.

"Si se ausentase sin absolverlas ó sin dejar apoderado autorizado é instruído para ello, se le dará por confeso.

"También podrá pedírsele que constituya, en el lugar donde debe demandársele, apoderado que lo represente en el juicio que se trata de promoverle y que responda por las costas y multas en que fuese condenado.

"Si la persona contra quien se ejercita este derecho se ausentare del país después de la notificación sin dejar procurador, habrá lugar al nombramiento de curador de bienes.

"Estos derechos sólo se conceden al que presente en apoyo de la demanda que trata de promover una sentencia judicial, ejecutoria ó apelada, ó un instrumento público, ó un instrumento privado reconocido por aquél contra quien se pretende hacerlo valer.

"ART. 215. Se puede también antes de la demanda y en cualquier estado del juicio antes de la prueba, solicitar el examen de aquellos testigos cuya declaración, por razón de impedimentos graves, hubiese fundado temor de no poder recibir oportunamente.

"Para el examen de estos testigos se observará lo dispuesto en el párrafo 3 del título *De los medios de prueba en particular.*

"ART. 216. Las diligencias expresadas en este título pueden decretarse sin audiencia de la persona contra quien se piden".

Según el sistema del Proyecto, expresado en el artículo 261,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las diligencias de prueba sólo podrán practicarse *dentro del término* probatorio, salvo las excepciones establecidas por la ley».

«Los instrumentos», «la inspección personal del tribunal» y «el juicio ó reconocimiento de peritos» en cualquier estado del juicio, es decir, dentro y después del término probatorio.

«La confesión en juicio» y «el juramento deferido», después de contestada la demanda.

Tales son las excepciones á la regla.

Pues bien, las cinco diligencias del artículo 209 sólo pueden tener lugar *antes* de iniciarse el juicio ordinario.

Y entre el tiempo intermedio entre la iniciación del juicio y la contestación de la demanda ¿por qué razón no se podría pedir confesión ó declaración jurada?

¿Habría algún inconveniente *material* ó de *doctrina* para que se pudiera solicitar ese acto y para que se practicara la respectiva diligencia, antes de estar contestada la demanda?

La legislación de todos los países y la opinión de todos los jurisconsultos, que conocemos, son el inconveniente de *doctrina* que hay para implantar esa reforma. El Proyecto y las leyes de Partidas están basadas en esa misma doctrina, que hace depender el *derecho de exigir* confesión *del cuasi-contrato* de *litis-contestación.*

No obstante, el *pedir confesión* es una emanación *del derecho de demandar* en general. Desde que se demanda ó desde que se inicia ese acto, nacen ó fluyen sus consecuencias ó las manifestaciones de aquel derecho. Esas manifestaciones, como el ejercicio mismo del derecho, no necesitan del cuasi-contrato de litis-contestación.

Desde que se demanda, existe el *derecho* de defenderse ó de contestación, y no existe *obligación* de defenderse.

Á nadie se puede *obligar*, ni á demandar, ni á defenderse, á contestar una demanda; porque no se puede *tornar un derecho en obligación*; no existe poder humano capaz de eso sin caer en lo despótico.

El *derecho* de pedir una confesión nace con el ejercicio del derecho para demandar; no nace con el ejercicio del derecho de contestar esa demanda, no nace de actos de un tercero, y extraños, y opuestos al mismo demandante.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Esta es la *base fundamental* del punto debatido y la base del derecho para pedir confesión.

Establecer como base de este derecho el cuasi-contrato de litis-contestación, es trastornar la noción del derecho.

Nosotros estableceremos un precepto que respete el derecho de pedir confesión en toda su amplitud.

Al sistema desarrollado por el Proyecto en el artículo 261, oponemos nuestro sistema en el siguiente precepto que existe en el artículo 261 de la reforma: «Desde que se notifique una demanda hasta que cause ejecutoria la citación para sentencia de primera ó segunda instancia, se podrán rendir las distintas clases de prueba; y la de testigos, sólo dentro del término probatorio, de cada juicio».

Según esto, establecido el principio anterior, sólo restaría determinar, respecto de la prueba de testigos, cuándo podría rendirse fuera de ese término probatorio y antes de iniciado el juicio principal en que incide ó antes de la demanda; y respecto de las demás especies de prueba, cuándo podrían presentarse antes de estar notificada la demanda, de cualquiera naturaleza que ésta sea.

El artículo 209 prescribe cinco diligencias judiciales y las enumera, *con el fin de preparar* el juicio ordinario. Esto es hacer degenerar la naturaleza probatoria de dichas diligencias; porque en realidad ellas no preparan el juicio, es decir, no lo ponen en disposicion ó estado de servir para algún fin, no aprestan el juicio ni lo previenen. Lo que se prepara, no es el juicio, el conjunto de trámites, son elementos para un juicio, para establecer ciertos hechos que redundan en provecho de un derecho. Se preparan, pues, elementos probatorios de un derecho, elementos que aseguren la eficacia de ese derecho: nada más.

Preparar es «poner una cosa en disposición de servir para algo; disponer, apretar, aparejar; poner en orden lo que ha de servir para una operación posterior...»

La naturaleza misma de las diligencias del artículo 209 no está fatalmente destinada á servir en el juicio ordinario. Ellas aseguran un derecho ó un modo de establecerlo. Hasta ahí llega su acción. Poco importa que ese derecho se ejercite con el ceremonial del juicio ordinario, con el formulismo del juicio eje-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cutivo ó con cualquiera de las tramitaciones de los demás juicios. La seguridad que dan no se evapora cuando el derecho se tramita con las fórmulas de los juicios distintos al ordinario, y sólo permanece cuando se presentan los trámites del ordinario.

Queda probado el carácter general de estas diligencias y que debe suprimirse la voz *ordinario* para no limitar el significado general de la palabra *juicio*.

La Comisión Revisora sostuvo una larga discusión para reemplazar la voz *pidiendo* por *exigiendo*; y creemos que anduvo poco feliz en el reemplazo y en el fundamento que adujo, como vamos á demostrarlo.

Dos de sus miembros, los señores Gandarillas y Zegers, dijeron que al tribunal se pide y no al presunto demandado, y que á la parte se *exige* la evacuación de ciertas diligencias.

En primer lugar, el fundamento aducido no tiene relación alguna con el cambio de las voces. En segundo lugar, en el caso que proponen los autores del cambio, *exigir* sólo significa *pedir* y nada más. En tercer lugar, el fundamento en sí es inexacto; porque en la justicia nunca se pide ni se exige nada á las partes, tampoco es lícito exigir nada á los jueces, todo se pide á ellos: una parte ejercita su derecho pidiendo algo, el juez interpone su autoridad en la petición y la otra parte ejecuta la obligación correlativa á ese derecho: uno pide, el juez manda, otro es obligado. El que tenga que ejecutarse algo para cumplir esa obligación, es una consecuencia de la obligación misma. En un juicio intervienen derechos, obligaciones y autoridad pública. Esta es la esencia positiva.

Exigir es "*procurar ó pedir con instancia* algo; cobrar; demandar, requerir...." Tales significados justifican nuestro modo de pensar.

No es esto sólo. El Código Español, en el artículo 222, emplea la voz *pidiendo* y no *exigiendo* en el mismo caso en que la usa el Proyecto. Dicho artículo dice así: "El juicio ordinario podrá prepararse: 1.º, *Pidiendo* declaración... el que pretende... *á aquel*... etc."

Lo que hay de malo en el Proyecto y en este artículo, es el *dativo*, formado por la parte, cuando debe ser formado por el juez, que es á quien se debe pedir.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con el análisis del inciso 1.º del artículo 209, ya podríamos redactar el artículo que podría reemplazarlo:

"ART. 209. Podrá pedirse *declaración jurada* antes de notificarse la demanda, de cualquiera naturaleza que sea:

"1.º Acerca de un hecho personal relativo á la capacidad para parecer en juicio ó á la representación de otro en juicio, existente ó por iniciarse;

"2.º Acerca de si tiene un testamento, inventario, tasación, expediente, sentencia ú otro documento, que sirva al derecho del peticionario;

"3.º Acerca del nombre, apellido y residencia de la persona que los tenga;

"4.º Acerca de si posee ó nó una cosa corporal, ó si la tiene ó nó á nombre de otro;

"5.º Acerca del nombre, apellido y residencia de la persona á cuyo nombre la tiene, y acerca de si tiene ó no título de la tenencia;

"6.º Acerca de hechos personales del que procura ausentarse del país y que se relacionen con una sentencia definitiva, ejecutoriada ó apelada, ó nó, ó con un documento público ó uno privado reconocido judicialmente por el que va á ausentarse, ó si el solicitante funda su petición en esta clase de instrumentos;

"7.º Acerca de hechos que llenen los requisitos del artículo 334, si el contendor estuviere por ausentarse y la demanda estuviere iniciada, pero no notificada.

"8.º Acerca de la efectividad de una firma, de una deuda ó de una cuenta;

"9.º Acerca del parentesco que lo ligare con determinada persona".

"ART. 209, *a*. Podrá pedirse, antes de la demanda, de cualquiera naturaleza que sea, ó después de ella hasta la citación para sentencia, *la exhibición* de una cosa, objeto de una acción real, de los documentos del número 2.º del artículo anterior, del título de tenencia que se alega, y de los libros ó apuntes de contabilidad de su contendor (presunto ó real), en cuanto al punto relacionado con el derecho del peticionario".

En el primero de los dos artículos anteriores consignamos todos los casos en los cuales se puede pedir declaración jurada,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y en el segundo todos los casos de exhibición. Lo que el Proyecto hace ver disperso, y mezclado un acto con otro y sin unidad, nosotros los aglomeramos, y separamos un acto de otro.

Así, por ejemplo, el número 1.º de la reforma es el caso del número 1.º del Proyecto, artículo 209, con la diferencia que agregamos á *hecho* la circunstancia de *personal*, únicos que obligan al que declara, siendo parte. En el Proyecto no existe esa voz; lo que hace el precepto muy general, pero ineficaz en la mayoría de los casos.

Estudiadamente no hemos dicho en la Reforma *representación legal*, sino *representación de otro*.

El artículo 43 del Código Civil define lo que es *representante legal*. Estos tienen representación legal ó por ministerio de la ley. Por consiguiente, la representación legal es la que tiene un representante legal y no otro. Los demás tienen representación simplemente ó representación judicial ó jurídica, pero no legal.

Á las palabras definidas por la ley debe dárseles su significación legal, dice el artículo 20 del Código Civil. Respetemos este precepto.

Con la frase *representación legal* se significa una clase, no más, de representación; mientras que, suprimida la voz *legal*, se comprende toda representación, la legal y la no legal, la que es por ministerio de la ley y la que no es por dicho ministerio.

Los números 2.º, 3.º y 4.º no están en el Proyecto; pero su necesidad y utilidad se comprende. El número 2.º es el número 2.º de exhibición del artículo 209. En él dice el Proyecto *que por su naturaleza puedan interesar á diversas personas*. Esto significa que el documento es un título común. En este caso existe un derecho de dominio común; y tendríamos que á un dueño comunero se le otorgaba por el Proyecto sólo la exhibición, estableciendo un privilegio donde debe existir igualdad. Cuando no hay tal comunidad ó *interés de varios*, no existe el derecho de exhibición para el Proyecto ó el derecho para dar declaración en el caso de la reforma. Nosotros, comprendiendo que el interés del peticionario es el elemento-base del derecho para pedir declaración ó exhibición, hemos consignado esa idea sin limitarla al caso en que ese interés es común; nosotros compren-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

demos el interés común y el individual, uno y otro, igualmente dignos de ser amparados por la ley.

El número 3.º lo tomamos del artículo 210.

El número 4.º lo deducimos del 212.

El número 5.º es el número 1.º y 2.º del artículo 212.

El número 6.º es el inciso 1.º y 2.º del 214.

En este artículo la terminología del Proyecto es ambigua. Nosotros llamamos *declaración jurada* á la que se presta antes de estar notificada la demanda, y á esta misma declaración la llamamos *confesión* después de la referida notificación. El Proyecto debió llamar *declaración* á la que tiene lugar antes de la litis-contestación, y *confesión* á la que es posterior á ese acto.

En el artículo 214, no debe decirse *absuelva posiciones* sino *declaración jurada.*

Suprimimos la calificación *prévia* por tiránica y por prestarse á abusos, y exigimos que los hechos sean *personales* para limitarlos á los realmente provechosos. En seguida, damos por fundamento ó *la relación* ó *el apoyo* de la prueba *documental*, que se enumera.

El Proyecto no comprende el caso de una sentencia que no está ejecutoriada ni apelada. Nosotros lo comprendemos.

En el número 6.º de la reforma se trata del caso *anterior* á la demanda. En el número 7.º, del caso *después* de iniciada la demanda. Este caso se somete al principio general y no está estatuído en el Proyecto ni en el artículo 214. Tampoco comprende dicho artículo el caso de estar iniciada la demanda y de querer el demandado ausentarse. En este caso no se podría poner posiciones, como dice el Proyecto; por cuanto ese derecho sólo se da al que trata de poner una demanda, según los mismos términos del inciso final de dicho artículo.

Entre este inciso y el primero hay una irregularidad. ¿Cómo se podría calificar un hecho de *conducente*, según lo ordena el inciso 1.º del artículo 214, si no se conoce la demanda respecto de la cual se va á decir si tal hecho pertenece ó se relaciona ó nó á ella? ¿Cómo hacer una comparación si se desconoce un término? Hay imposibilidad. La ley no puede ordenar un imposible; por consiguiente, debe reformarse en este sentido el Proyecto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El inciso final del artículo 214 dice: «Estos derechos sólo se conceden al que... trata de promover (una demanda)...» Al que la ha promovido y antes de la litis-contestación, no se le otorgan dichos derechos. Hay diferencia entre *tratar de promover* y *promovida*, como la hay entre no existir y existir.

La imposibilidad que entrañan los términos de la redacción de los dos incisos comparados, desaparece en la reforma propuesta. Ésta establece diferencia de procedimiento entre una demanda que se *trata de interponer* (núm. 6.º, art. 209) y entre una *interpuesta* (núm. 7.º, art. 209).

El número 8.º de la reforma corresponde al 5.º del artículo 209 del Proyecto.

Éste cambia el nombre á la cosa sin fundamento alguno ni utilidad la que menor. El reconocimiento es el acto de reconocer, y el juramento es otro acto distinto y que tiene lugar entre el que toma y el que lo presta. Uno hace jurar, otro jura; y después que el primero pregunta si reconoce tal firma, el otro efectúa ó nó el reconocimiento. Es una declaración jurada, como toda declaración. En otros casos se reconoce tal hecho. En el presente se reconoce también un hecho, la firma.

Además, cuando no hay reconocimiento sino desconocimiento, ¿siempre habría que llamar, según el Proyecto, al revés las cosas? Esta anomalía desaparece en la reforma, y se la hace extensiva á los casos de *deuda* y *cuenta*, no preceptuados en el Proyecto.

El número 9.º no corresponde á ninguna idea del Proyecto. Un ejemplo hará comprender su utilidad. A es *hijo* de P; P muere, y A ignora el parentesco entre P y el acaudalado B, que no tiene descendencia ni ascendientes. Para saberlo, habría que emprender un viaje á las oficinas de Moscow, donde se casaron los padres de P y B y donde éstos nacieron y crecieron.

En el artículo 209.*a* de la reforma se reglamenta la *exhibición* como medida general y nó como un acto accidental. Él abarca todos los casos de exhibición, á saber: de *cosa*, de *documentos* y de *libros*; comprende los tres del artículo 209 del Proyecto y el del 210, número 2.º

La concisión de la reforma se explica.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La frase "pueden interesar á diversas personas", queda explicada más adelante y su supresión es necesaria.

En cuanto al número 4 ° del Proyecto se ha reemplazado por el final del 209 *a* de la reforma. La redacción del Proyecto hace necesaria la excepción de los artículos 42 y 43 del Código de Comercio. La redacción de la reforma no necesita consignar esa excepción.

Puede ocurrir que haya libros y que no los haya, y que en este último caso haya apuntes. El Proyecto sólo contempla el caso de libros y nó el de *apuntes*.

Él habla sólo del derecho del que tiene parte, es decir, del comunero ó del socio; no comprende los derechos individuales. Nosotros tratamos ambas clases de derechos y limitamos la exhibición al punto relacionado con el derecho del peticionario. De modo que si el derecho es de comunero ó socio, la exhibición será de todos los libros, que es el caso de excepción que existe en el artículo 42 del Código de Comercio. Por consiguiente, no hay pugna entre la actual legislación y la ley comercial.

Si el derecho es de deudor ó acreedor, la exhibición en lo concerniente á este punto únicamente, será parcial, que es la permitida por la primera parte del artículo 43 del Código de Comercio. No hay tampoco oposición entre la disposición de la reforma y la ley comercial.

El artículo 42 citado prohibe la exhibición general y consigna una excepción á esa regla general. El 43 permite la exhibición parcial.

Un caso de excepción á la regla general y el caso del artículo 43, están estatuídos en la reforma. No comprendemos la *facultad del juez* para decretar de oficio la exhibición parcial; porque en este Código de Enjuiciamiento se legisla sobre una *facultad de las partes*, y nó sobre la del juez.

Queda probado que no hay necesidad de consignar la salvedad de los artículos del Código de Comercio.

Más adelante se dice *cómo* se preste una *confesión;* pero no se dice *cómo se preste* una *declaración jurada*, por más que ambas designaciones sean el nombre de un mismo acto. Tampoco se dice *cómo se practique* una exhibición. Hay que llenar estos vacíos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y decir el *tiempo dentro del cual* debe verificarse una declaración ó una exhibición.

Convendría agregar los siguientes artículos.

»ART. 209, *b*. La declaración jurada se prestará como la confesión, y el juez designará dentro del quinto día hábil la hora y día en que debe prestarse.

»ART. 209, *c*. También, al decretar *la exhibición*, determinará, según las circunstancias, el *lugar* y *tiempo* en que y dentro del cual deba verificarse.

»Los libros se exhibirán siempre donde los tiene su dueño y sólo en la parte relativa á la cuestión que se ventile.

»Al ser notificada la persona obligada á la exhibición, dirá la hora y día del plazo judicial en que podrá tener lugar ante un ministro de fe.

»Si no hiciere la designación, la hará el juez sin ulterior reclamo de parte del rebelde».

ART. 310. Este artículo dispone que el obligado á exhibir cosas ó documentos, cumple, no exhibiendo, sino dando razón, etc.

Esto es inaceptable; porque «dar razón» no es «exhibir», que es lo ordenado. «Dar razón» es exponer hechos, y esto no es lo pedido ni lo ordenado. No hay, pues, lógica en el precepto.

Lo que el Proyecto probablemente quiso decir, es que, no pudiendo tener lugar la exhibición, se cumple con lo mandado, dando la razón que él indica. Así, el precepto se hermana con la razón y la lógica.

El artículo 210 del Proyecto debe suprimirse.

El caso anterior está contemplado en la reforma. Si no tiene lugar la exhibición, se pide la declaración jurada del número tercero del artículo 209 reformado.

ART. 212. Sus reglas están distribuídas en los anteriores, entre los casos de declaración jurada y los de exhibición.

«*Tiene*», del número 1.º de este artículo, no está en lugar de «*posee*»; porque se refiere al tenedor y no al poseedor. Está usado en el mismo sentido y caso que el artículo 896 del Código Civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 213. Dispone que la inspección, el certificado, la exhibición y declaración de los artículos 211 y 212, podrán pedirse aún después de contestada la demanda y antes.

Legislar respecto de estos medios probatorios para después de la litis-contestación, es superfluo dentro del mecanismo del Proyecto; porque más adelante se prescribe que pueden producirse esos medios.

El artículo debe suprimirse; con lo estatuído más adelante en la reforma, basta.

ART. 214. Hemos criticado la parte relativa á la declaración jurada. Resta tratar los incisos 2.º, 3.º y 4.º de este artículo. En reemplazo de ellos propondremos los dos siguientes:

"ART. 214. Al que se ausentare del país sin prestar la declaración ordenada ó sin dejar apoderado autorizado, instruído y expensado, se le dará por confeso".

"ART. 214, *a*. Podrá pedirse que el que procurare ausentarse del departamento ó del país, constituya apoderado en el lugar donde deba demandársele, instruído, para que reciba la demanda y responda de las *obligaciones* que á su representado impusieren las sentencias ó decretos que se dieren en el juicio.

"Si se ausentare sin constituirlo bastante y dentro del plazo que el juez fijare, se le nombrará un curador *ad litem*.

"Este podrá disponer de fondos ó bienes de su representado, con decreto del juez de la causa, y sólo para sobrellevar los gastos del juicio".

La constitución de apoderado es materia de un solo artículo; y al caso de *ausencia* del país, unimos el de *ausencia* del departamento. En un juicio de menor cuantía que un pobre sigue en un distrito, la ausencia del departamento equivale á la ausencia del país.

En lugar de *costas* y *multas*, que es lo accesorio en un juicio, ponemos *obligaciones* que impongan las sentencias ó decretos. Entre ellas está el deber de pagar las costas y multas, si hubiere. Hacemos más general la responsabilidad, la extendemos á todo lo concerniente al juicio.

El inciso 4.º del artículo 214 del Proyecto se pone en el caso de no nombrar procurador. Si esto ocurre, tiene lugar la cura-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

duría de bienes. Si nombra un procurador, pero incompetente ó con un poder insuficiente, no se le podría nombrar curador. No fija tampoco plazo.

Para obviar estos vacíos, se dice en la reforma, artículo 214, *a*, que el poder debe ser *bastante*, es decir, comprender los pormenores del inciso anterior; también se faculta al juez para *fijar el plazo*, porque el plazo legal es para cuando haya demanda iniciada.

En lugar del curador *ad bonum* decimos *ad litem*. Hay que guardar uniformidad entre el *fin* que se persigue y los *medios* que se den para alcanzarlo. De lo contrario hay desigualdad, desproporcionalidad.

Se quiere facilitar la marcha de un juicio; pues bien ¿qué se tiene que hacer con los bienes de uno de los próximos litigantes? Falta un apoderado, ésta es la necesidad; la ley sólo debe dar el medio de satisfacerla y no ir más allá.

El curador de bienes comprende esa necesidad y mucho más innecesario. Basta el medio que proporciona la reforma, ella da un curador para el pleito con la facultad de hacer los gastos; esto satisface del todo lo que se quiere.

En este caso, dar curador de bienes es ir fuera de lo que dispone el artículo 473 del Código Civil, y es innovar, legislando civilmente y sin llenar ningún fin positivo y útil.

No hay lógica en el Proyecto. El satisface la necesidad; y se extiende á una materia, como es la tarea general de un curador de bienes, que nada tiene que ver con el fin que se intenta alcanzar, y que, al contrario, es extraña al juicio y al fin expresado en su mayor parte.

ART. 211. Su precepto es muy general, no tiene ningún límite; por cuya circunstancia viene á ser un peligro. Llega la existencia del derecho de pedir cuando existe un peligro inminente; pero no se dice cuál sea la materia propia de la inspección ó certificación que dicho artículo prescribe.

Daño no es sinónimo de *perjuicio*. *Daño* es la *pérdida* de una cosa, y *perjuicio* es la *pérdida* de la *utilidad* de una cosa. En este mismo sentido discurre don Joaquín Escriche en su *Diccionario de legislación*.

Cuando sólo existe peligro de un daño ó de un perjuicio, aún

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no existe el daño ó el perjuicio. Luego, en el Proyecto la inspección ó el certificado no puede versar sobre lo que no existe, el daño ó el perjuicio, sino sobre lo que existe, la inminencia del peligro ó la cosa amenazada, que ni se nombra.

El *perjuicio* en el sentido de pérdida de utilidad de una cosa, no puede ser materia de una inspección ó certificado, porque no es un hecho que esté sometido á nuestro sentido de la vista ni á ningún otro. Lo único que puede ser *objeto* de inspección ó certificación es el *daño* ó pérdida de una cosa y el *estado actual* de la cosa amenazada por un peligro inminente.

Según lo dicho, hay que quitar la voz "perjuicio", como inútil, y hay que determinar la materia que debe inspeccionarse ó certificarse. Podría redactarse así el artículo:

"ART. 211. Antes de notificarse una demanda, de cualquiera naturaleza que sea, y cuando haya un peligro inminente, podrá pedirse ó que el juez inspeccione ó que un ministro de fe certifique el *estado* de la cosa amenazada con ese peligro, ó un *daño* cuyas huellas son precarias.

"Estas diligencias se practicarán en la forma ordenada en el libro II".

La inspección judicial y la certificación de un ministro de fe, para practicarse después de la notificación de la demanda, se rigen por las reglas del libro II en el juicio ordinario. No hay necesidad, y sería superfluo, legislarlo aquí, como lo hace el Proyecto en el artículo 213, que nosotros hemos suprimido.

Comparemos todavía otras diferencias entre el artículo del Proyecto y el de la reforma.

El Proyecto hace extensivas las diligencias á *antes* y *después* de la demanda; nosotros sólo á *antes*. El Proyecto circunscribe el peligro respecto de un *daño* ó *peligro, por venir*. La reforma hace extensivo el peligro no sólo al *daño por venir*, sino al *daño existente* y cuyas *demostraciones* de su existencia son *pasajeras* ó prontas para desaparecer. El Proyecto no fija los hechos que deben ser inspeccionados ó certificados. La reforma los determina y reduce á *dos:* el *estado*, que implica la *existencia*, y *un daño*, que comprende lo en que *consiste*, la *extensión* de sus *efectos visibles* y *grado* de ellos. El Proyecto no dice cómo se ejecuten estas diligencias. La reforma lo expresa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ART. 215. En la redacción del Proyecto hallamos de más la frase «en cualquier estado del juicio»; debe suprimirse, su falta no se hace sentir ni varía el sentido del artículo. Él habla de *declaración*, y de que ésta *no pueda recibirse*, y de que *hubiere fundado temor* de que esto suceda; de modo que, según esto, el peligro está en el receptor, puesto que se legisla la *recepción de declaración* y á este punto se hace converger el precepto de la ley.

La *cosa recibida* es la declaración; hay *quien* la recibe, y hay *quien* la da. El *impedimento grave* sólo puede estar en los dos últimos de los tres elementos antes enunciados ¿estará en el que da, ó en el que recibe?—En el que da la declaración, en el testigo; nó en el funcionario judicial que la recibe. La redacción del Proyecto no guarda conformidad con la verdad; y por lo tanto, debe reformarse para poner el precepto en armonía con la realidad de las cosas.

El artículo 223 de la Ley Española, que en adelante llamaremos Código Español, consagra los hechos desarrollados en el acápite anterior. Dicho artículo, como el Proyecto, confieren sólo al demandante la facultad de pedir el examen de los testigos fuera del término probatorio. Nosotros otorgamos la facultad expresada tanto al demandante como al demandado, en su caso, y para que la usen cuando puedan hacerlo.

Podría redactarse el artículo de la reforma en estos términos:

«ART. 215. Antes del juicio y antes del término de prueba, se podrá solicitar la declaración de aquellos testigos acerca de los cuales haya justo temor de que no puedan prestarla dentro de dicho término.

«Estas declaraciones se tomarán con las solemnidades y en la forma prescrita para la prueba testimonial».

Este artículo que proponemos, es una excepción á la regla general que sentaremos en el artículo 261 de la reforma, y que también establece el Proyecto en el mismo artículo.

En la ley 2.ª, título 16, Partida 3.ª está la regla general del artículo 261, y la excepción tan amplia, como la consignamos en el artículo 215. El precepto consignado en los términos de la ley de Partidas es superior al del Proyecto; y qué diferencia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de tiempos en que han sido confeccionados!... Aquella ley habla de demandador y de demandado.

El Proyecto usa la voz *demanda*. Con ella, sin otro calificativo, se significa la ordinaria. Nosotros, para no limitar el precepto, decimos en su lugar *juicio* y comprendemos á todas sus clases.

El Proyecto dice *examen*; ese es *un accidente*, que comprende un conjunto de solemnidades ó de acciones, para llegar á *lo principal*, que es la declaración. Nosotros nos vamos á la esencia de las cosas y decimos *declaración* y no *examen*; porque las cosas deben designarse por su esencia y nó por sus accidentes.

"*Oportunamente*" dice el Proyecto y equivale á decir con *oportunidad*. Nosotros decimos con menos anfibología *dentro de dicho término*. Esto es más claro y más cierto.

En el segundo inciso del Proyecto se ordena que sólo en el *examen* se observe lo que se prescribe en tal párrafo.

El *examen* es la averiguación que hace el funcionario judicial al testigo para hallar la verdad. Á este solo acto circunscribe el Proyecto su mandato, es decir, á una parte insignificante y no al todo. Nosotros hacemos extensivo el precepto á *todas las solemnidades que preceden* y *acompañan* á una declaración y á *su forma*, en general.

Conviene agregar á las diligencias enumeradas por el Proyecto la relativa á nombrar representante al *incapaz*, que no lo tiene, caso comprendido en la ley 11, título II, Partida 3.ª No ponemos el caso de nombramiento de curador de bienes desamparados, como dice la ley 12, título II, Partida 3.ª; porque este último caso está comprendido en los artículos 473, 474 y 475 del Código Civil.

Podría redactarse así el artículo que contuviera la diligencia de nombrar curador para el pleito:

"ART. 215, *a*. Antes de notificar una demanda de cualquiera naturaleza, podrá pedirse que se nombre curador *ad litem*, con la facultad del inciso 3.º del artículo 214 *a*, al incapaz que no tiene representante".

ART. 216.—Este artículo dice *pueden decretarse;* de modo que da una facultad sin restringir nada. Nosotros concebimos dos situaciones en estas diligencias: el decretarse y el practicarse.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ordenamos que se decreten sin citación y que se practiquen con citación.

Fundado en lo dicho, el artículo podría quedar así:

"ART. 216. Las diligencias anteriores no se decretarán con citación previa; pero se practicarán sólo, previa citación de la persona contra quien se piden".

Así queda todo claro. La forma prohibitiva tiene una sanción de nulidad, por eso la adoptamos. Este artículo no está en contradicción con el 215 en su inciso 2.º

Llegamos al análisis del título III del libro II. Ya hemos demostrado que él debe pasar al libro I bajo el epígrafe de *Diligencias precautorias*. También hemos probado la propiedad de esta denominación.

El Proyecto dice:

"ART. 227. Para asegurar el resultado del juicio puede el demandante pedir:

"1.º El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

"2.º El nombramiento de uno ó más interventores;

"3.º La retención de bienes determinados;

"4.º La prohibición de celebrar contratos sobre bienes también determinados".

Dispone este artículo que el demandante puede pedir *cuatro cosas* y con *el fin* de asegurar *el resultado* del juicio ordinario. El Proyecto circunscribe el derecho de pedir *al actor*, durante el juicio y al ordinario. Nosotros, como regla general, otorgamos el tal derecho á *ambas* partes y no á una sola, *sea* ó *no* durante el juicio y *en toda clase* de juicio contencioso. Habrá casos en que haya necesidad de conceder alguna de las cuatro cosas antes que nazca el juicio. En este sentido hay que generalizar las medidas precautorias, ensanchar su beneficio.

"*Para asegurar el resultado*", dice el Proyecto. Sabido es que el resultado de un juicio es la sentencia, ó lo que ella manda. Ese resultado puede ser favorable ó adverso. En el primer caso se comprende el asegurar; pero en el segundo caso, ¿qué se asegura por el demandante si pierde el juicio? Nada, á no ser el fracaso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Esto nos demuestra que no es exacta la expresión "el resultado del juicio".

No es esto sólo. Ese resultado nunca existe al tiempo de tomarse las medidas precautorias; por consiguiente, se asegura lo no existente según el mandato del Proyecto.

Tenemos entonces:

1.º Que en todos los casos se asegura lo que *no existe*; y

2.º Que en algunos casos el peticionario de esas medidas asegurará la *pérdida del juicio.*

Á estos absurdos nos conduce la doctrina del Proyecto, y todo por apartarse de la verdad.

En la adopción de las medidas de seguridad, no siempre se va tras el resultado de un juicio, que es cosa muy lejana, comparada con el momento en que se toman. Lo que con ellas se garantiza es un derecho que existe al tiempo de tomarlas. El modo de garantirlo es colocar bienes en condiciones que el derecho asegurado tenga en que surtir efecto, ejercitarse, no quede burlado, no llegue á ser una ilusión, un ideal; ó bien, consiste ese modo en colocar al contendor en circunstancias de no poder hacer uso de ciertos bienes suyos, que servirían de resguardo al derecho asegurado.

Así queda restablecida la verdad, desconocida en el Proyecto.

Las cuatro cosas que se pueden pedir según el artículo 227, son las cuatro providencias que el Proyecto llama precautorias *en general*, y que *en especial* nombra en los cuatro números de dicho artículo.

Nosotros les hemos dado el nombre general de *diligencias precautorias.* Veamos cuál es el nombre especial que deba darse á cada una, á fin de distinguir unas de otras.

El nombre que les da el Proyecto, es redundante ó no simboliza la diligencia, como pasamos á probarlo.

El número 1.º contiene una diligencia precautoria, es una cosa que se puede pedir, *se le nombra* con la frase "el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda".

La proposición encabezada por *que*, es equivalente á *litigiosa.* Colocando esta palabra en lugar de la proposición, el nombre de la cosa sería: el secuestro de la cosa litigiosa. Pero aún así,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

recortada la frase, el nombre sería redundante; porque no se concibe un secuestro que no sea *necesariamente* sobre cosa litigiosa: esa es su naturaleza legal y así lo manda el artículo 2249 del Código Civil.

Con decir *secuestro* está dicho todo. Por consiguiente, las demás palabras é ideas que le agrega el Proyecto, están de más y deben suprimirse. La diligencia debe llamarse simplemente *secuestro.*

La segunda cosa que se puede pedir según el artículo 227, es "el nombramiento de uno ó más interventores": este conjunto de palabras es *su nombre* y es la segunda providencia que el Proyecto llama precautoria.

El nombramiento no es la diligencia precautoria; porque, si lo fuera, con llegar hasta él todo quedaría asegurado. No obstante, ello no es así: porque hay que seguir adelante y llegar á la intervención, que es la verdadera diligencia que asegura y que precave.

Es verdad que, para llegar á la intervención, hay que hacer el nombramiento del interventor; así como, para obtener el nombramiento, hay que tener el decreto del juez. Pero, todo ello son sólo los medios de alcanzar el fin que se persigue, que es la intervención. El nombramiento sin la intervención no produce efecto alguno jurídico.

La diligencia debe nombrarse *intervención* y no nombramiento, como dice el Proyecto; porque el primer nombre es conforme á la verdad y no el dado por el Proyecto. Las cosas deben llamarse por su nombre verdadero, y no por el de un acto que precede en su existencia, como es el nombramiento.

La tercera cosa que se puede pedir, es "la retención de bienes determinados"; *este* es *el nombre* de la tercera providencia precautoria del Proyecto.

Basta llamar "retención" á la tercera diligencia, que nosotros llamamos precautoria. Ese nombre simboliza la esencia de la diligencia y eso basta. No hay necesidad de agregar al dicho nombre la circunstancia que indique la naturaleza de los bienes en que se decreta. Y el que sólo pueda tener lugar sobre bienes determinados, no es causal para incluir esa condición en el nombre de la diligencia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La cuarta cosa y la cuarta providencia precautoria del artículo 227 es «la prohibición de celebrar contratos sobre bienes también determinados». *Este es su nombre.*

El complemento «sobre bienes determinados» comprende la designación de la materia en que los contratos pueden celebrarse; y por lo tanto, es una circunstancia que restringe la generalidad del significado de dicha voz. Pero, no es un elemento que deba figurar en el nombre de la diligencia, porque sería un elemento extraño é inoficioso. El nombre de esta diligencia, sin el complemento aludido, no se aplica á otra diligencia; por consiguiente, no hay posibilidad de confundir dos cosas ó dos diligencias dándoles un mismo nombre.

Veamos qué nombre darle á esta cuarta diligencia: «*Prohibición* de contratar» ó «*incapacidad* para contratar».

Ambas designaciones distinguirían la diligencia nombrada de las demás.

El artículo 1,447 del Código Civil autoriza ambas. Él en los tres primeros incisos nos habla de las *incapacidades legales*, y en el final y 4.º nos dice que, «*además* de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en *prohibiciones que la ley* ha impuesto... para ejercitar ciertos actos». Hay *dos* nombres, *incapacidades* y *prohibiciones*, para designar en materia civil un mismo impedimento.

En materia de tramitación no es indiferente un nombre ú otro, por cuanto no requieren una misma especie de trámites. Hay causal para preferir aquel nombre, que nos designe la diligencia y para cuyo perfeccionamiento haya menos solemnidades. La simplicidad será el elemento de preferencia en éste, como en todos los casos que se nos presenten.

Puede pedirse que se *prohiba* tal cosa á fulano, ó que se declare al mismo fulano *incapaz* para hacer esa misma cosa. La medida en el primer caso es *una prohibición*, en el segundo es *una declaración de incapacidad*. La primera mira *al acto*, al contrato, se refiere directamente *al contrato;* la segunda mira *á la persona*, á su capacidad, se refiere *al contratante*. Por ambos caminos se llega al *mismo punto*, á *incapacitar* á un contendor para que se obligue respecto de tales ó cuales bienes. ¿Cuál es el más corto? Ese será el preferido.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La *prohibición*, como que mira al contrato, á los bienes ó á las cosas, participa de un *carácter real;* y por lo tanto, debe figurar en los libros en que se halla la propiedad territorial, como que la prohibición afecta directamente los bienes. Así, pues, hay que *anotarla* en el repertorio y que *inscribirla* en el registro del Conservador.

La *incapacidad*, como que mira directamente á la persona, tiene un *carácter personal* y no real; no hay necesidad de colocarla en el cuadro en que se anotan los cambios de la propiedad, *no hay que inscribirla*, basta *anotarla* en el repertorio, con el fin de hacerla pública y de fácil consulta para terceros.

En la prohibición *hay más* solemnidades y más gastos; en la incapacidad *hay menos* de lo uno y de lo otro.

Hay, por lo tanto, más simplicidad en una declaración de incapacidad; y este nombre será el preferido en nuestro tecnicismo. El Código Civil reconoce sólo la incapacidad *legal.* El Código de Procedimiento debe reconocer la *incapacidad judicial* ó emanada del juez.

Si dijéramos «incapacidad,» solamente, no sabríamos si se trataba de la que emanaba de la ley; ó de la que nacía de un decreto de juez; ni si era absoluta, ó si relativa. Para obviar esta ambigüedad, hay necesidad de agregarle el complemento que limite su sentido y decir: *incapacidad para contratar.*

Este será el nombre de la cuarta diligencia precautoria.

Demos una exposición que manifieste la naturaleza ó índole general de cada una de estas cuatro *diligencias precautorias*, para mayor facilidad de comprensión.

El *secuestro* se refiere ó se reduce á sacar un bien de poder de quien lo tenía, sea como mero tenedor ó como poseedor, y de pasarlo á manos de un tercero.

La *retención* se refiere á mantener una cosa en el mismo poder en que estaba, y á que no pase á su tenedor, á su poseedor ó á su dueño.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de febrero de 1891 NÚM. 9

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Dificultad que nace de una de las correcciones hechas por el Presidente de la República al Proyecto de Código Civil aprobado por la ley de 14 de diciembre de 1855, por don Carlos A. Palacios.—Administración de la comunidad, por don David Toro Melo.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.

DIFICULTAD QUE NACE DE UNA DE LAS CORRECCIONES hechas por el Presidente de la República al Proyecto de Código Civil aprobado por la ley de 14 de diciembre de 1855.

PRIMERA PARTE

1.—ANTECEDENTES

Desde los primeros albores de la independencia de nuestro país, sintieron todos en Chile la necesidad de una reforma de los antiguos códigos para reemplazarlos "por cuerpos ó tratados científicos y uniformes, emanados de nuestra propia autoridad y adecuados á las condiciones particulares de la nueva vida á que habíamos nacido, por haber pasado de un régimen monárquico y despótico á constituir una República representativa con división de poderes".

Sin embargo, sólo veintiún años después, el 8 de julio de 1831, se dió forma á estos deseos, proponiendo al Senado el Vicepresidente Errázuriz, encargar á un comisionado la redacción del proyecto de los códigos nacionales. (Cood, ANTECEDENTES).

Desarrollándose esta idea y poniéndose en práctica, dió, por último resultado, en el orden civil, la ley de 14 de diciembre de 1855, que aprobó el proyecto definitivo de Código Civil en la forma que salió de manos de la Comisión Revisora de 1853-54 y 55.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Esta ley, que tantos beneficios ha proporcionado al país dándole el mejor de sus Códigos, ha suscitado en la práctica sérias dificultades con ocasión de las atribuciones que dió al Presidente de la República y del uso que éste hizo de ellas.

El texto de la ley es el siguiente:

"*Santiago 14 de diciembre de 1855.*

"El Presidente de la República, por cuanto el Congreso Nacional ha acordado el siguiente

PROYECTO DE LEY

"ARTÍCULO ÚNICO. Se aprueba el presente Código Civil, y comenzará á regir desde el 1.º de enero de 1857.

"Dos ejemplares de una edición *correcta* y *esmerada* que deberá hacerse inmediatamente, autorizados por el Presidente de la República y signados con el sello del Ministerio de Justicia, se depositarán en las secretarías de ambas Cámaras, y otros dos en el archivo del Ministerio de Justicia.

"El texto de estos ejemplares se tendrá por el texto *auténtico* del Código Civil, y á él deberán conformarse las ediciones y publicaciones que del expresado Código se hicieren.

"Y por cuanto, oído el Consejo de Estado, he tenido á bien aprobarlo y sancionarlo: por tanto, dispongo se *promulgue* y lleve á efecto en todas sus partes como ley de la República. – MANUEL MONTT. —*Francisco Javier Ovalle*".

Además de aprobar el Proyecto de Código, esta ley se propuso establecer una fuente segura y perpetua donde encontrar en todo tiempo el texto auténtico del Código aprobado.

Con este objeto depositó su confianza en el Presidente de la República, y le encargó:

1.º Hacer una edición *correcta* y *esmerada*;

2.º Que una vez hecha, revistiera algunos ejemplares de ella de solemnidades externas para impedir la suplantación y que los depositara en los lugares seguros que indicó.—Estos ejemplares los declaró de antemano *los únicos auténticos*.

3.º Finalmente, que el Código se promulgara y se llevara á efecto como ley de la República.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Tal es el orden de ideas que aparece en esta ley.

El Presidente de la República cumplió la obligación que se le impuso:

1.º Confiando el trabajo de corrección al mismo autor del Proyecto y á un miembro de la Comisión Revisora (1);

2.º Haciendo el depósito de los ejemplares auténticos en los lugares designados (2); y

3.º Promulgando el Código Civil.

El Código que se promulgó difiere del aprobado por la ley citada, porque el señor Bello, al corregir las pruebas, y aún después, al poner la fé de erratas de la nueva impresión, hizo, evidentemente de acuerdo con el señor Montt, no sólo un número considerable de correcciones gramaticales y literarias, sino también modificaciones de fondo.

Una de estas modificaciones, y quizá la más importante, porque cambió la doctrina establecida en el proyecto acerca de un punto de Derecho, fué la del artículo 1415.

Este artículo decía: "El derecho de transmisión establecido para la sucesión por causa de muerte en el artículo 957, *se extiende* á las donaciones entre vivos".

El artículo 1415 del Código promulgado estableció en el mismo artículo la doctrina contraria.—Dijo: "... *no se extiende*..."

2.—CUESTIÓN

Esta corrección ¿es obligatoria, ó en otros términos, existe ó no el derecho de transmisión en las donaciones entre vivos? ¿es arreglada á los principios que rigen la materia?

PRIMER PUNTO

¿Es obligatoria?

"Una edición *correcta* y *esmerada*" fué la primera obligación que la ley de 14 de diciembre impuso al Presidente de la República.

(1) Memoria del Ministerio de Justicia, año 1856.
(2) Mensaje de 10 de julio de 1856.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"*Correcta*", participio pasivo irregular de *corregir.—Corregir*, enmendar lo que está errado.—El que *corrige*, *corrector*, y así se llamaba en España á la persona que estaba encargada por el Gobierno de cotejar los libros que se *imprimían, para ver si estaban conformes con su original.*

En consecuencia, al hacer la nueva edición, debía el Presidente de la República cuidar que fuese *correcta*, es decir, "*conforme con su original*", y si, por errores, de imprenta, v. gr., no resultaba conforme, debía corregir, enmendar los errores, con arreglo al modelo que se le daba.

Al mismo tiempo que *correcta*, debía esta edición ser "*esmerada*", es decir, el Presidente de la República debía poner "sumo cuidado y atención diligente en pulir y limpiar la cosa". (Esmero, de esmeril, piedra para pulir). (1).

Por esta última palabra no podía tener otra facultad que la de hacer correcciones gramaticales y literarias.—Esto sería "una nueva edición *esmerada*", *pulida*.—Por la palabra "*correcta*", sólo la de corregir en la nueva edición lo que no fuese conforme con el modelo.

No tenía, por tanto, la facultad de hacer correcciones de fondo; y la hecha al artículo 1415 no entraba, por consiguiente, en el círculo de las atribuciones que la ley del 14 de diciembre dió al Presidente de la República.

Pero la verdad es que el Congreso aprobó con anterioridad lo que hiciera el Presidente de la República, y tomó bajo su responsabilidad el cumplimiento del encargo que le hacía.—Si se atiende á que el Congreso habría aprobado el proyecto de Código *con ó sin* el derecho de transmisión, pues que lo aprobó sin examinarlo; y si se atiende también á que iba á hacer la nueva edición y á corregirla el mismo autor del proyecto y el señor Montt que presidió la comisión revisora, resulta con toda evidencia que la ley aprobatoria pensó dar al Presidente de la República toda clase de facultades.

La práctica lo ha entendido así, porque, públicas como luego fueron esas correcciones, no se ha reclamado jamás de las atribuciones que el Presidente de la República se arrogó.

(1) *Diccionario Etimológico*, de Roque Barcia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pero, sea cualquiera el espíritu de esa ley, el hecho es que los términos de ella no daban al Presidente de la República la facultad de cambiar la doctrina que establecía el primitivo artículo 1415.

Si ese cambio no puede legítimamente hacerse ¿cuál de los artículos es el que existe como ley, el primitivo ó el reformado?

A. ¿EL PRIMITIVO? —Este artículo fué aprobado por el Congreso y por el Presidente de la República, pero no fue promulgado.

Toda ley puede ser considerada bajo dos aspectos:

1.º Relativamente á la autoridad de que emana; y

2.º Con relación al cuerpo social para que es hecha.

Con la aprobación del Congreso y del Presidente de la República, toca á su perfección el acto propio de la legislación; la validez de la ley comienza con la sanción; pero, como toda ley, á más de un Legislador, supone un pueblo que la observa y obedece, hay necesidad de un medio de comunicación entre uno y otro, pues es indispensable que el pueblo sepa ó pueda saber que la ley existe y que existe como obligatoria.—Mientras no la conoce, la ley está perfecta con relación á la autoridad de que emana; pero aun no es obligatoria. Es necesario un vínculo, que, atestiguando al cuerpo social la existencia del acto que constituye la ley, una á éste con el legislador y *ligue* al pueblo á la observancia de ella (1).—Sin este vínculo la ley no obliga: *Non obligat lex, nisi promulgata,* como dijo Portalis en el Consejo de Estado (2).

Por eso en nuestra Constitución se ha establecido, que "aprobado un proyecto de ley por ambas Cámaras, será remitido al

(1) BLUNTSCHLI, *Derecho Público General,* tomo II, cap. 12; PORTALIS, GRENIER Y FAURE, «*Discours*», *séances de 4, 9 y 14 de ventoso, an XI.*

(2) Sólo conozco un pueblo donde la promulgación no se mira como un requisito indispensable para que de válida se convierta la ley en obligatoria. —Los ingleses admiten que mediante la declaración de la sanción regia en el Parlamento, la ley obliga á todos.—Para esto han tenido que recurrir á una ficción, y suponer qne los ciudadanos están presentes en el Parlamento por medio de sus representantes.—Véase á este respecto la obra de Roberto von Mohl, *Derecho Público del Pueblo y de la Política* y la obra citada de Bluntschli.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Presidente de la República, quien, si también lo aprueba, *dispondrá su promulgación como ley*»; y en el Código Civil, que «la ley *no obliga sino en virtud de su promulgación* por el Presidente de la República, *y después de transcurrido* el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella» (1).

El artículo 1415 primitivo está, pues, perfecto en cuanto al Legislador; pero, en cuanto al pueblo, no le obliga, porque no fué promulgada. Más aún, no puede pretenderse que forma parte del Código Civil, porque no figura entre los artículos que contienen los ejemplares depositados en las secretarías de las Cámaras y en el archivo del Ministerio de Justicia, y el inciso tercero del artículo único de la ley de 14 de diciembre ya citada, dijo que sólo «*el texto de esos ejemplares se tendrá por el texto auténtico del Código Civil*».

B. ¿EL REFORMADO?—Respecto de este artículo, sucede todo lo contrario que respecto del que ya he examinado.

No se ha formado con arreglo á lo dispuesto en el artículo 40 y siguientes de la Constitución, pues no ha sido propuesto al Senado ó á la Cámara de Diputados por ninguno de sus miembros, ni por mensaje del Presidente de la República; y no ha sido, por tanto, aprobado por ninguna de las ramas del Poder Legislativo. Es, simplemente, un artículo que el señor Bello introdujo en la nueva edición, sin facultad, como ya he dejado establecido.

Pero este artículo está en el texto de los ejemplares que la ley de 14 de diciembre declaró «el texto *auténtico* del Código Civil, y al cual deberán *conformarse* todas las ediciones y publicaciones que del expresado Código Civil se hicieren». Además, al hacerse la promulgación del Código, fue promulgado con el resto de los artículos.

En consecuencia, le faltan los dos requisitos para que *exista* como ley: aprobación del Congreso y del Presidente de la República; y tiene el requisito que la hace conocida del cuerpo social, y le da el carácter de obligatoria.

Tenemos, pues, el raro fenómeno de que se nos ha mandado obedecer como ley algo que no es tal. ¿Debemos obedecerla?

(1) Art. 43 de la Constitución y 6 del Código Civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Presidente de la República sólo tiene facultad para promulgar las leyes (Constitución, art. 82, núm. 1); en este caso ha promulgado algo que no es ley, atribuyéndose "*otra autoridad ó derechos que los que expresamente le ha conferido la ley*". De consiguiente, esa promulgación debería ser nula en lo que se refiere al artículo 1415 promulgado, como dispone la última parte del artículo 160 de la Constitución.

Pero esa nulidad, que es consecuencia de la contravención al artículo citado, no puede tener efecto respecto del poder encargado por la Constitución para presentar la ley al cuerpo social (1). La promulgación quiere decir verdad absoluta, ha dicho Paschal; y es, *prima facie*, prueba de que el Presidente de la República tenía facultad para obrar. Ninguna otra autenticación es necesaria; con ella queda el pueblo notificado de la existencia de la ley, y le obligará desde la época en que se tenga la justa presunción de que es generalmente conocida.

Desconocer y resistir lo que se nos presenta como ley por el órgano legítimo, porque, según nuestro criterio, sujeto al error y á la pasión, no debe obligarnos, equivaldría á rebelarse, no tanto contra la imperfección y el abuso, como contra la misma Constitución que establece el principio que se iría á desconocer. Tenemos el derecho de juzgar libremente las leyes, señalar sus defectos y procurar su reforma; pero no tenemos el derecho de desligarnos de su obediencia. En lo primero consiste el remedio que señalan "las verdaderas y legítimas nociones del Derecho y de la libertad" contra los abusos del poder; en lo segundo, está el quebrantamiento del orden público y la instabilidad de los Poderes que nos rigen (2).

El deber del ciudadano es, pues, obedecer lo que se le presenta como ley por el órgano legítimo.

Si en la práctica hubiera controversia acerca de este punto, la cuestión tendría que ser resuelta por el Poder Judicial. So-

(1) Por esto la ley sólo se ocupa del infractor; art. 221 del Código Penal.

(2) Véase sobre esto á Paschal, *Comentarios á la Constitución de Estados Unidos*; el editorial de *La Patria* de 28 de agosto del 83, y Huneeus, comentario al artículo 160.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

metido el caso á su decisión ¿aplicará el artículo primitivo ó el reformado?

La concepción moderna del Estado, que divide en tres el Poder nacional, ha señalado al Poder Judicial la órbita de acción de que no debe salir. La función intelectual del juez, es principalmente, como dice Ahrens, una acción formal, lógica, que consiste en subordinar el caso particular á la regla general, la ley; la cual debe aplicarla tal como se la presenta el Poder Legislativo, sin que pueda, en ningún caso, examinar si lo que se le presenta como ley está ó no arreglado en su formación á las reglas que establece la Constitución: basta que el Poder encargado de hacerla, promulgarla y presentársela, se la presente para que él la aplique.

La Constitución no ha dado en Chile esta facultad al Poder Judicial; de consiguiente no la tiene, porque, al revés de lo que sucede en Derecho Privado, los Poderes Públicos no pueden hacer sino únicamente lo que expresamente se les ha señalado.

La Constitución no le ha dado esa facultad, porque, con arreglo á los principios, no debía dársela; porque en los Estados de régimen consolidado ó unitario, no es necesario ni siquiera conveniente, que el Poder Judicial tenga jurisdicción para mantener la Constitución, poniendo una valla á las usurpaciones de los otros Poderes.

En los del régimen federal es necesaria la existencia de un poder regulador que sujete la acción legislativa de cada Estado de la Federación dentro de la órbita de la Constitución Federal, que es la *ley suprema*, á cuyas prescripciones todos deben sujetarse.

Por eso en algunos de estos Estados (1), se ha concedido esta atribución fiscalizadora al Poder Judicial. En Estados Unidos se ha dado á la Corte Suprema Federal que funciona en Washington. Pero es muy importante tener presente que la facultad que esta Corte tiene de declarar las leyes inconstitucionales, é inaplicables por esta razón, no es absoluta, pues sólo pueden dejar sin efecto las constituciones y leyes de los diferentes Es-

(1) Colombia, Venezuela, Estados Unidos de Norte América.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tados; pero no las leyes dictadas por el Congreso Federal (1). Esta excepción establece los verdaderos principios, y se ve renacer la separación absoluta de los poderes en el sistema unitario, aun en los mismos Estados Unidos.

Si los norte-americanos no hubiesen dado el carácter de una institución á esa facultad, ella no existiría. Por esto Paschal dice con tanta razón, que "ningun poder está más claramente conferido por la Constitución de los Estados Unidos, que el poder de esta Corte para decidir última y definitivamente acerca de la conformidad ó disconformidad de la Constitución Federal con las constituciones y leyes de los diferentes Estados". Esto por lo que respecta al Estado Federal con relación á los demás Estados de la Federación. Pero en ninguno de éstos se da al Poder Judicial del respectivo Estado la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes de ese mismo Estado. ¿No se ve aquí renacer el principio que rige en Chile?

Y este principio es incontrovertible. Así lo ha creído el señor Lastarria, que, partidario de cierta intervención del Poder Judicial en esta materia, ha dicho, hablando de las reformas políticas de la edad moderna, que "*se han limitado* á reconocer como un poder político el judicial. . . *contentándose con atribuirle facultades y vigor para la aplicación de las leyes, sean éstas o no contrarias á la Constitución* (2).

En los Estados modernos, á excepción de los citados, no se ha adoptado medida alguna jurídica contra la validez y reconocimiento de una ley cuando su contenido esté en contradicción con la Constitución ó no se haya formado con arreglo á ella (3). La autoridad del Poder encargado de presentarla tiene

(1) Tampoco puede ejercerla oficiosamente: es menester controversia, que el fallo de primera instancia se objete como inconstitucional y se apele á la Corte Suprema, la cual decide. Esta resolución sólo produce efecto en el caso apelado. Hay otro caso, nueva declaración.

(2) *Política Positiva*, pág. 416.

(3) Napoleón III en su Constitución de 14 de enero de 1852, introdujo una forma de garantía contra la ley anticonstitucional: impuso al Senado el deber de oponerse á esas leyes; pero sólo *antes, no después* de la promulgación. BLUNTSCHLI, tomo II.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

valor supremo incontestable; por lo cual, los jueces no están en manera alguna facultados para atacar el contenido de una ley é invalidarla por medio de su autoridad; así como, por el contrario, se extiende á la *aplicación* de las leyes á los distintos casos particulares, no á los principios en toda su generalidad; estando, por consiguiente, obligados, en los juicios á ellos sometidos, á someterse á su vez á la autoridad superior del Legislador.

"Cada órgano creado para una función especial, única que tiene que ejercer, será naturalmente más perfecto en sí y en su acción. En esto debe el hombre de Estado imitar el admirable arte de la naturaleza; el ojo está hecho para ver, el oído para oír, la mano para coger y obrar. Un organismo semejante debe presentar el cuerpo del Estado (1). Así, el Poder Legislativo hace la ley y la presenta, el Judicial la aplica, y el Ejecutivo la hace ejecutar. De este modo cada uno de los Poderes del Estado, tiene en su favor serias garantías de que ejercerá con competencia sus atribuciones propias, y no las empleará en un fin inconstitucional.

Esto mismo es lo que decía un grande hombre, Washington, en su discurso de despedida en 1796: "Importa que los hombres que toman participación en las funciones del Estado de un país libre, se mantengan siempre estrictamente en su competencia y se guarden de invadir la de otro. Este espíritu de usurpación tiende siempre á apoderarse de todos los poderes y tiende al despotismo. Basta para probarlo el recordar cuán naturales son en el corazón del hombre el amor á la dominación y la *tendencia á abusar de él.* De aquí la necesidad de equilibrar los poderes públicos, dividiéndolos y subdividiéndolos entre muchas personas *celosas* de sus atribuciones. *Tan necesario es mantener los Poderes Públicos en sus límites, como mantener los límites mismos*".

Estas palabras de Washington son el desarrollo de la teoría de otro grande hombre, el primero en proclamar la división de los Poderes en nombre de la libertad y seguridad de los ciudadanos.—Montesquieu decía, exponiendo su doctrina:... "tam-

(1) Bluntschli, tomo I, pág. 424, y tomo II.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

poco hay libertad si el poder de juzgar no se halla separado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo: *si va unido al primero, el poder sobre la vida y la libertad sería arbitrario, porque el juez* SERÍA LEGISLADOR; y si va unido al Poder Ejecutivo, podría tener la fuerza de un opresor (1).

"Porque el JUEZ SERÍA LEGISLADOR".—Indudablemente; si el Poder Judicial pretendiese rever los actos del Poder Legislativo, habría acumulación de autoridad, y se infringiría el principio de la división de los poderes. Por eso la ley que organiza el Poder Judicial ha estampado este principio en uno de sus primeros artículos, y le ha "prohibido mezclarse en las atribuciones de los otros Poderes Públicos, y en general ejercer otras funciones que las determinadas en esa ley" (2).

Esta atribución, como ya he dicho, no se encuentra ni en la Constitución ni en la ley: en consecuencia, no la tiene.

Universalmente reconocida desde Montesquieu, entre nosotros esta teoría ha sido adoptada por el Poder Judicial.

La Corte Suprema decía al Gobierno en 1848, que: "ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código Fundamental, y de quitarles por este medio sus efectos y su fuerza obligatoria.—Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Legislativo mismo, añadía, puesto que alcanzaba á anular sus resoluciones, *no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional.—El juicio supremo del Legislador, de que la ley que dicta no es contraria á la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardo ó demoras en el cumplimiento de sus disposiciones* "(3).

Nuestro maestro de Práctica Forense, señor Barceló, actualmente Ministro de la Corte Suprema, siendo Ministro de Justicia, decía á esta Corte en 1876: "La única misión de V. E., conforme exactamente con la de los demás Tribunales, *está reducida á la recta aplicación de las leyes* á los casos particulares que ocurran en las causas sometidas á sus fallos, *sin que sea lícito*

(1) *Esprit des lois.*
(2) Art. 4 de la ley de 15 de octubre de 1875.
(3) HUNEEUS, comentario al art. 108 de la Constitución.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

evadir su cumplimiento, ya porque sean justas ó injustas, ya por ser conformes ó contrarias á la Constitución».

En último resultado, cuando se dicta una ley inconstitucional entre nosotros, no existe otro medio político-legal para la enmienda, sino que el Legislador establezca la armonía por medio de la revisión de la ley.

De consiguiente, aplicada esta doctrina al caso de contención acerca de los artículos 1415 primitivo y reformado, el Poder Judicial no podrá aplicar el primitivo, porque no está en el texto auténtico del Código Civil y porque no se le ha presentado como ley; y aplicará el reformado, porque, á pesar de no tener la aprobación del Congreso, forma parte del *texto auténtico* del Código Civil, y porque ha sido mandado observar por el funcionario encargado por la Constitución para promulgar la ley y presentarla al Poder Judicial.

Tendrá, por tanto, que declarar que no existe el derecho de transmisión en las donaciones entre vivos.

Con esto he dado fin á la primera parte de este trabajo. Réstame examinar si la corrección hecha en el artículo 1,415, es arreglada á los principios que rigen la materia.

Este examen servirá también para establecer lo que debería resolver el Poder Judicial, si se aceptase la teoría que le permite declarar la inconstitucionalidad de las leyes.—En este caso no podría aplicar ninguno de los artículos y tendría que resolver con arreglo á la naturaleza de la donación entre vivos por estar obligado á pronunciar su fallo aún á falta de ley expresa (1).

De esto me ocuparé en la segunda parte.

(1) Art. 9 de la Ley de Organización y Atribuciones de Tribunales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SEGUNDA PARTE

SEGUNDO PUNTO

Si esta corrección que niega el derecho de trasmisión á las donaciones entre vivos, es obligatoria ¿es también arreglada á los principios que rigen la materia?

Veámoslo.

Naturaleza del derecho de transmisión

Por la repugnancia que encontró entre los romanos este derecho, fue introduciéndose lenta y gradualmente en la legislación.—Concedióse primero á los herederos *suyos;* luego á todos los descendientes; y, por último, lo extendió Justiniano al caso de morir uno dentro del tiempo de deliberar *con noticia* de haber recaído en él la herencia.—Los Códigos modernos, á imitación del Francés (1), han reconocido este dereecho y han establecido la idea fundamental de que los herederos pueden hacer todo lo que podía el difunto.

El hombre nunca muere en cuanto á sus derechos y obligaciones civiles que no sean personalísimas; ni hay, bajo este respecto, un solo momento de interrupción entre el difunto y su heredero, pues, como dice la ley de Partida, "Segúnt derecho, como una persona es contada la del heredero et la de aquel á quien heredó". Desde el momento, pues, en que la muerte le quita sus derechos, la ley los confiere á sus herederos.

En consecuencia, si una persona tiene el derecho de aceptar ó repudiar una herencia y muere sin haberlo hecho, pasan á sus herederos los derechos que ya han descansado sobre su cabeza, aunque sea un solo momento; v. gr. una mujer casada muere dando á luz un niño, que, momentos después, muere también; este niño transmite á su padre la sucesión de su madre, respecto de la cual no ha hecho ningún acto de heredero y que no se ha posado sino un momento sobre su cabeza (2).

(1) Arts. 781 del Código Francés, 972 del Sardo, 698 del Napolitano, 1097 del Holandés, 734 del de Vaud, 1001 del de la Luisiana, y 836 del Español.

(2) ROGRON, *Code Civil*, art. 894; ESCRICHE, voz *Representación;* GARCÍA GOYENA sobre el art. 836 del Código Español.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las legislaciones modernas, reconociendo la existencia de este derecho, lo definen así: "Si el asignatario fallece antes de haber aceptado ó repudiado la asignación que se le ha deferido, *transmite* á sus herederos el derecho de aceptar ó repudiar dicha asignación, aunque fallezca sin saber que se le ha deferido" (1).

Hé aquí el derecho de *transmisión.*

CUESTIÓN.—¿Es aplicable á las donaciones entre vivos? V. gr. una persona dona á otra 20,000 pesos por acto entre vivos; el donatario fallece sin tener noticia de esta donación; su heredero pretende aceptar por él, ejercitando el derecho de transmisión ¿podrá hacerlo?

Para resolver esta cuestión, examinemos la naturaleza de la donación entre vivos. NO ES UN ACTO, ES UN CONTRATO.—No es puramente doctrinal la resolución de este punto; si es un contrato, además de las reglas especiales, se le aplicarán las generales de los contratos.

A.—Derecho Romano.—El Derecho Romano no admitía diferencias entre la donación y los otros contratos.

B.—Droit coutumier.—En Francia, en el *Droit coutumier*, la ordenanza de 1731 fijó las ideas en el mismo sentido.

C.—Proyecto de Código Civil Francés.—Los redactores del Proyecto de Código Civil Francés, de acuerdo con la mayoría de los autores, y conforme con las nociones más elementales del Derecho, definieron la donación entre vivos "*un contrato...*"

Esta palabra hizo nacer una discusión en el Consejo de Estado (2).

El Primer Cónsul dijo que el contrato impone cargas mutuas á los dos contratantes; y que, así, esta expresión no podía convenir á la donación.

El artículo se aprobó con la sustitución de la palabra *acto* á la palabra *contrato.*

El Consejo de Estado, admitiendo este cambio, cedió, sin duda, al ascendiente poderoso que ejercía entonces en todos los espíritus el hombre extraordinario que presidía los destinos de

(1) Artículos citados más arriba, y 957 del Código Civil Chileno.
(2) *Discussion du Code Civil, du séance 7 pluviose, an XI*, art. 894.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Francia; pero no procedió por una apreciación reflexiva de los verdaderos principios.

Decir que la donación no es un contrato porque las obligaciones están sólo de parte del donante, es un error, pues que el Derecho reconoce que hay contrato en una convención en que una sola de las partes se encuentra obligada.

Por esto los jurisconsultos más notables del Consejo de Estado, principalmente M.M. Tronchet y Bigot Préaumeneu, continuaron calificando de contrato á la donación (1).

D. Nuestro Código.—Nuestro artículo 1386 está copiado del 894 francés, y tiene también la palabra *acto.*

Pero cualquiera que sea la redacción de ese artículo, no puede prevalecer sobre la naturaleza de las cosas y sobre las reglas generales consagradas por el Código mismo.

La donación, en efecto, es un contrato.—Para convencerse, basta la definición dada por el artículo 1438.—Dice que por el contrato "una persona se obliga para con otra *á dar*, hacer ó no hacer algo".—*Dar*, hé aquí la obligación del donante, obligación que nace cuando existe el concurso *real*, no presunto, de las voluntades, pues esto es lo que constituye el contrato: artículo 1437.

Sin embargo, algunos autores, después de haber sentado por principio que constando la voluntad que uno tuvo de obligarse, hay realmente obligación y acción, sin ser necesario para su valor que otro consienta, prosiguen diciendo que si uno manifiesta querer *dar*, vale desde luego la *donación* ó promesa, *revocablemente* hasta que el otro lo sepa, y después de la aceptación, irrevocablemente (2).

Pero esto es incurrir en una contradicción manifiesta. ¿Qué obligación es esa que el obligado mismo puede revocar cuando quiera? ¿Puede existir eficazmente una acción que no tiene más fuerza que la que el donante quiera darle?—La obligación re-

(1) DALLOZ, tomo XVI, *Donation.*

(2) Los que sostienen esta teoria, se fundan, principalmente, en la famosa ley 1.ª, título I, libro 10, de la Novísima Recopilación. Pero esta ley no tiene por objeto excluir la necesidad de la aceptación, sino excluir la embarazosa estipulación y otras circunstancias que expresa.—Véase en Escriche la crítica de esta teoría.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

vocable al arbitrio del obligado, no es obligación, ni puede producir derecho ni acción.—La obligación es una necesidad, una fuerza, un vínculo que el obligado no puede romper, y si puede romperlo á voluntad, no existe tal obligación.

No es, pues, superflua la aceptación real del donatario.—Podría creerse así por la presunción que hay de que aceptará el beneficio que se le quiere hacer, porque tal es la condición humana. Pero esta presunción no es suficiente para constituir una obligación. ¿No habrá motivos, de delicadeza, v. gr. (1), que impidan aceptarla?

No hay donación sin el concurso *real* de voluntades; cuando no hay sino ofrecimiento por haber intervenido la aceptación del donatario, el ofrecimiento no forma sino un acto. Una vez hecha la aceptación hay contrato: unilateral si la donación es hecha sin cargos, sinalagmático ó bilateral en el caso contrario (2).—La operación participa entonces de la naturaleza de los contratos á título oneroso como de los contratos á título de beneficencia, ó, como decían los romanos, *donatio cum negotio mixta.*

Tal es la opinión de jurisconsultos tan notables como Troplong, Duranton, Marcadé, Dalloz, Delvincourt, Grénier, Rogron, Toullier, etc (3).

Para resumir en pocas palabras, cito la precisa y enérgica expresión con que M. Laurent resuelve el punto, sin dejar lugar á duda, en la página 278 del tomo XII, diciendo: "Las donaciones *son contratos*; están sometidas á los principios generales que rigen las obligaciones *convencionales*".

Si pues son un contrato, veamos cuáles son, en éstos, las reglas del consentimiento para aplicarlas á la donación.

En todo contrato es indispensable la aceptación; no puede

(1) Incisos últimos en los arts. 1411 y 1225, y arts. 1405--20--26 del Código Civil Chileno.

(2) Arts. 1439 y 1440 del Código Civil Chileno.

(3) TROPLONG, núm. 59; DURANTON, tomo VIII, pág. 16; MARCADÉ, sobre el art. 894, núm. 1; DALLOZ, tomo XVI, pág. 456, núm. 1446; DELVINCOURT, tomo II, pág. 71; GRÉNIER, tomo I, núms. 76 y siguientes; ROGRON, sobre el art. 894; TOULLIER, tomo V, pág. 104.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

existir sin la concurrencia de dos voluntades (1), esto es, proposición de una parte y aprobación de la otra (2). Mientras no haya más que oferta ó proposición de una parte, no puede haber obligación, porque no hay más que voluntad de uno solo, y nuestra sola voluntad, en las convenciones, no puede ligarnos para con otra persona.

Incontrovertible es, pues, la necesidad de la aceptación en los contratos.

¿Cómo, cuándo y por quién puede prestarse?

—*¿Cómo?* En general, de cualquier manera que se manifieste la voluntad.

—*¿Cuándo?* Mientras el proponente permanece en su propósito; si ha mudado de parecer, la aceptación posterior no producirá ningún efecto, porque no existe ya el concurso real de voluntades.

—*¿Por quién?* Por la persona á quien se hacía la propuesta. Si ésta muriese antes de aceptar, sus herederos no tienen derecho á prestar la aceptación ni á reclamar la ejecución de lo prometido, porque, no habiendo alcanzado á formarse el contrato por no haber concurrido simultáneamente la voluntad de las dos partes, el difunto no ha podido *transmitir* á sus herederos derechos que no alcanzó á tener (3). Lo mismo se aplica al caso que el proponente muera antes que acepte la persona á quien había hecho la propuesta.

Tales son las reglas que rigen la aceptación de los contratos.

Como hemos visto que la donación es un contrato y que no hay contrato sin mutuo consentimiento, es necesario que intervenga la aceptación del donatario para que el donante quede obligado á dar lo que ofrece (4). Ella no es perfecta sino «desde el momento en que existe el concurso de voluntades; hasta entonces no es sino un simple proyecto que el donante puede

(1) ROGRON, *Code Civil*, art. 894; ESCRICHE, voz *Aceptación*; arts. 1437, 38, 45 del Código Civil Chileno.

(2) *Conventio est duorum vel plurium in idem placitum consensus.*

(3) ESCRICHE.

(4) Última parte del artículo 1386 del Código Civil Chileno: «... que la acepta».

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

revocar» (1), sea expresamente, sea tácitamente enajenando la cosa á título oneroso ó gratuito (2).

Este consentimiento debe ser prestado por el donatario, la sola persona que el donante ha tenido en vista para ofrecer la donación (3).

Si el donatario fallece sin aceptar ¿pueden sus herederos hacerlo por él, ó sea, ejercitar el derecho de *transmisión*?

Cierto es que el heredero representa al difunto y se reputa la misma persona que él, como he dicho más arriba; pero esto no lo faculta para prestar una aceptación que su causante omitió por haberle sobrecogido la muerte, pues el heredero no representa al difunto sino en cuanto le ha sucedido en sus derechos; y, como el difunto no tenía derecho alguno por razón de la promesa, puesto que no podía adquirirlo sino por la aceptación, no hay un derecho preexistente que pretenda consolidar en sus manos, porque no habiéndose podido formar el contrato, no ha podido ser adquirido ningún derecho, ni transmitido, en consecuencia, por el donatario á sus herederos (4).

Toullier dice con mucha exactitud y precisión: «Los herederos del donatario no pueden aceptar porque él no ha podido transmitirles un derecho que no había adquirido» (5).

Furgole, en sus *Questions sur les donations, question VII*, ha demostrado este punto con razones sin réplica.

Laurent, Duranton y demás jurisconsultos citados en este trabajo, creen como Furgole (6).

Tal es también la opinión de Pothier (7).

(1) Delvincourt, *Cours de Code Civil*, tomo II, pág. 71; art. 1412 del Código Civil Chileno.

(2) Furgole, sobre el art. 5 de la Ordenanza de 1731; Saintespes, número 611; Troplong, número 1092; Ricard, *Donat.*, part. I, chap. IV, sect. 1.

(3) Dalloz, tomo XVI, núms. 1453-1446; Delvincourt, tomo II, página 256; art. 1411 del Código Civil Chileno.

(4) Dalloz, tomo XVI, núms. 1446-1453; Delvincourt, tomo II, página 256.

(5) Toullier, tomo V, núm. 212.

(6) Laurent, tomo XII, pág. 304; Duranton, tomo VIII, pág. 463, número 419, etc.

(7) Pothier, *Des donations*, núms. 54-56.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Resumen

Resulta de este examen de la naturaleza de la donación en las legislaciones madres, en la unanimidad de los jurisconsultos y escritores de Derecho, y en nuestro Código Civil, que es un contrato; que aplicadas las reglas de éstos, el derecho de transmisión no puede existir en ella.

En consecuencia, la corrección hecha al primitivo artículo 1425, es arreglada á los principios que rigen la materia.

Por las razones expuestas en la primera parte de este trabajo, en caso de contención, los Tribunales tendrán que aplicar el artículo reformado y no el primitivo; y aún cuando se admitiese que el Poder Judicial puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, los Tribunales, viéndose obligados á no aplicar ninguno de los dos artículos, porque ninguno ha sido formado con arreglo á la Constitución, y estando obligados á dar sentencia, "aún á falta de ley que resuelva la contienda sometida á su decisión", (art. 9 de la Ley de 15 de octubre de 1875), tendrían que reconocer la doctrina del artículo reformado, porque esa doctrina es la arreglada á la naturaleza de la donación entre vivos.

Carlos A. Palacios Z.

ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD

Cuando una cosa universal ó singular pertenece á dos ó más personas, sin que ninguna de éstas haya contratado sociedad, ó celebrado otra convención relativa á la misma cosa, hay comunidad (1).

La situación legal á que pasan los bienes sociales, disuelta la sociedad conyugal; la en que queda la cosa adquirida por dos ó más personas; la en que permanecen los herederos mientras dura la indivisión, y la de los socios, terminado el contrato social, son otras tantas comunidades.

La facultad de administrar se desprende del dominio.

(1) Art. 2304 del Código Civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El dueño usa, dispone de su cosa, la administra.

Los comuneros son dueños de los bienes proindivisos, y, como son tales en común, la administración de ellos corresponde á todos simultáneamente (1).

Mientras estén en armonía, continuará esta administración de todos, que les corresponde lógica y naturalmente; ó pueden acordarla en otra forma: encargándola á una sola persona ó dividiendo provisionalmente la cosa para que cada uno administre su parte.

Si, para hacer el nombramiento del administrador único, necesitan unanimidad, la mayoría no podría privar al copropietario disidente del derecho de encargar ó no el gobierno de sus propiedades, que le pertenece privativamente.

Desavenidos y no habiendo tomado ninguno de los anteriores acuerdos, es imposible la administración de todos; constantemente tendrán querellas y cuestiones (2).

Á fin de concluir con estas frecuentes dificultades, el mayor número de los comuneros, ó todos menos uno, para el caso es lo mismo, ocurren á la justicia ordinaria, ó al árbitro, si están en compromiso, á pedirle que nombre un administrador. Este, le dicen, entregará los frutos líquidos que nos repartiremos fácil é inmediatamente.

¿Podrá el juez nombrar el administrador que se le pide?

Está á la vista que en el caso propuesto no se busca la resolución de una causa, ni el reconocimiento de un derecho privado que se contiende ó disputa. Se quiere que aquel magistrado ponga en ejercicio una facultad que corresponde únicamente al dueño.

Nuestros Tribunales no podrían hacer ese nombramiento, porque su acción está reducida á conocer de las causas civiles ó criminales ó de aquellos negocios en que una ley expresa

(1) Administrando todos á un tiempo, sus derechos y obligaciones respectivas son los que fijan las cuatro reglas del artículo 2081 del Código Civil.

(2) Generalmente se practica, incorrectamente á nuestro juicio, que en tales circunstancias se nombra por los jueces de letras ó por los árbitros á un tercero administrador. Conocemos algunos fallos en los cuales nuestros Tribunales han opinado en igual sentido.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

requiera su intervención (1), siéndoles terminantemente prohibido atribuirse otra autoridad ó derechos, ó ejercer otras funciones que las que la ley les haya encomendado expresamente (2).

Y falta en nuestro Derecho Positivo una disposición que invista al juez de la facultad de nombrar un administrador de la comunidad en desacuerdo de los comuneros. Sólo por delegación que de sus derechos le hicieran, podría llevar á cabo el nombramiento.

Y si lo verificase á pesar de la voluntad de uno ó varios de los condueños, los despojaría de un derecho que tienen como propietarios, violaría la propiedad y cometería un exceso de poder.

El resto de las copropietarios, que consiente, no puede investir al tribunal de una autoridad cualquiera; el Legislador sólo tiene este poder (3).

Equiparados los derechos de los comuneros á los de los socios, está reservada, á la unanimidad de ellos, acordar y hacer el nombramiento.

Hay más; el administrador que se pretende sería un mandatario de todos. ¿En virtud de cuál atribución iría un Tribunal á imponer un mandatario al ó á los comuneros que no quieren nombrar administrador de sus bienes?

Conforme con los principios anteriores, se pronunció en el año de 1885 por los señores ministros Errázuriz, Silva y Sanhueza la correcta sentencia que mencionamos en seguida.

En un comparendo celebrado en juicio de partición, los herederos solicitaron se pusieran los bienes comunes á cargo de un administrador.

El cónyuge sobreviviente se opuso á ello.

Estos son los antecedentes que ilustran la cuestión.

Se falla:

(1) Arts. 1.° y 2.° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

(2) Art. 4.° de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

(3) Hemos seguido la opinión de Laurent, contraria á la de Demolombe.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Que los herederos que han aceptado una herencia tienen derecho á administrar todos los bienes en que ella consiste, y cuando han aceptado todos, como sucede en el presente caso, se constituye entre ellos un cuasicontrato de comunidad, según lo prescrito en los artículos 1240 y 2304 del Código Civil;

"Que el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social, según el artículo 2305;

"Que la administración de la sociedad colectiva sólo puede conferirse á virtud de contrato acordado unánimemente, y cuando no se ha conferido á persona determinada, corresponde á todos ellos, conforme á las reglas y limitaciones establecidas en el párrafo 4.°, título XXVIII, libro 4.°, de dicho Código; y

"Que, no habiéndose celebrado entre las partes ningún contrato relativo á la administración de los bienes hereditarios y oponiéndose el cónyuge á que se nombre un mandatario con el carácter de administrador, sus copartícipes carecen de derecho y el juez de atribución para obligarlo contra su voluntad.

"Por estos fundamentos y teniendo, además, presente lo dispuesto en los artículos 1437 y 1216 del Código Civil, se declara sin lugar la petición sobre que se nombre un administrador de los bienes comunes" (1).

Faltando el concurso de las voluntades de los condueños, indispensable para que administren todos, no habrá administración arreglada, tal vez administrará de hecho uno ó varios de los comuneros. ¿Qué se va á hacer? Es un inconveniente, no hay duda, de la proindivisión; pero es un mal que está en manos de los perjudicados remediar, solicitando las providencias necesarias para que pronto se parta la cosa común.

Empero, mientras no venga una ley á dar facultad expresa al juez, no podrá nombrar un administrador de la comunidad contra la voluntad de cualquiera de los comuneros.

DAVID TORO MELO

(1) *Gaceta de los Tribunales*, 1885, pág. 1944, núm. 3250.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(*Continuación*)

La *intervención* se refiere también á las cosas, pero en lo que mira á su administración; á vigilar su existencia, sus producciones ó los gastos que demande.

La *incapacidad* se refiere á la persona y consiste en hacerla incapaz relativamente á ciertos actos.

La cosa litigiosa únicamente es susceptible de secuestro. Así está ordenado en el Código Civil. De modo que, sobre las que no hay litigio, no puede dictarse esta medida. ¿Cuál se dictará? El Proyecto no lo dice; pero hay necesidad de llenar este vacío, y decir que la medida que puede tomarse, respecto de cosas que aún no entran en litis, es el *depósito.*

Las obligaciones de los que reciben el *depósito*, *secuestro* ó *embargo*, son iguales; sólo existe diferencia en el carácter de la medida y en la condición jurídica de la cosa, sometida á una de las tres diligencias indicadas.

En efecto, si la cosa no está litigada, sólo admite *depósito;* si lo está, admite sólo *secuestro* en todos los juicios, menos en el ejecutivo, y como medida provisional é independiente de la tramitación del juicio en que incide; si es litigiosa y el juicio es ejecutivo, sólo admite *embargo* y como medida permanente y como trámite integrante de la tramitación del juicio.

Hay, pues, que agregar á las cuatro medidas del Proyecto una quinta, el *depósito.*

En mérito de lo expuesto, podría redactarse así el artículo que proponemos:

"ART. 227. Antes ó en cualquier estado del juicio, podrá pedirse las siguientes diligencias precautorias:

"1.ª, depósito; 2.ª, secuestro; 3.ª, retención; 4.ª, intervención; y 5.ª, incapacidad para contratar."

¿Hay necesidad de decir en qué consisten estas medidas? Nó; porque el depósito está definido en el artículo 2,215 del Código Civil, el secuestro en el 2,249, la retención está circunscrita en los artículos 914 y 2392, la incapacidad relativa en los artícu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

los 1,445 y 1447. Sólo hay necesidad de decirlo respecto de la intervención, y se dirá al tratar de ella.

El Proyecto, después del artículo 227 entra á tratar acerca de cuándo hay lugar á cada una de las cuatro cosas que el demandante puede pedir; las reglas especiales sobre cada diligencia precautoria y principia por el secuestro en el articulo 228.

No dice cuál es el *objeto* de las medidas precautorias; ni cuándo es llegada *la oportunidad* de solicitarlas; ni la *extensión pecuniaria* de ellas. Hay necesidad de decirlo y de estatuir estos puntos generales, antes de entrar á los detalles de los cinco remedios que ofrece la reforma para evitar un mal.

Propondríamos el siguiente artículo:

"ART. 227, *a.*—Estas diligencias tienen por *objeto* asegurar un derecho.

"Sólo se puede *solicitarlas cuando haya temor fundado* de que se pierda el objeto en que incide el derecho, ó de que éste quede sin solventarse.

"La extensión pecuniaria de ellas debe circunscribirse á los límites de igual extensión del derecho por garantir".

El primer inciso enumera el *objeto* ó *fin;* el segundo, el *tiempo* en que pueden impetrarse, y la *causa* que hace nacer el derecho para pedirlas; y el tercero, la *extensión* ó *alcance*, que debe equilibrarse el remedio con lo que se procura asegurar.

No decimos en el inciso tercero del artículo anterior, además del derecho, *intereses* y *costas;* porque no hay necesidad, pues en la palabra *derecho* está todo comprendido. Si se agregasen esas dos palabras *intereses* y *costas*, nos expondríamos á consignar en algunos casos lo que no existía ó lo que no se debía.

En efecto, sólo se deben intereses cuando se estipulan (artículos 2196 y 2205) del Código Civil; en este caso hay *obligación* por una parte para pagarlos y *derecho* por la otra para cobrarlos. El derecho, de que se habla en el inciso tercero, comprende este derecho sin necesidad de especificarlo. Cuando no se estipula intereses, no hay derecho para cobrarlos; por consiguiente, si se digera intereses, se enunciaría un algo que no existía, se faltaría á la verdad. En este caso, la enunciación de la voz *interés* nos induciría á error.

El artículo 1571 regla el pago de las costas; él enumera los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

casos en que hay derecho de cobrarlas; y no sólo comprende las costas, sino también los gastos de cobranza. No hay, pues, necesidad de agregar á la palabra *derecho* la voz *costas*; en la primera está comprendido el derecho correlativo á lo significado por la segunda.

Veamos los casos en los cuales pueden tener lugar las cinco clases de diligencias de seguridad, que consigna la reforma.

"ART. 227, *b*.—El *depósito judicial* sólo podrá tener lugar sobre determinado bien mueble ó raíz, que no se litigue".

La especificación de los bienes en muebles y raíces da más claridad; la condición de litigioso es propio de unos y otros.

"ART. 228. Hay lugar al secuestro judicial sólo en el caso del artículo 901 del Código Civil".

El Proyecto repite aquí lo que está dicho en aquel Código. Nosotros evitaremos esa cita; iremos directamente á la enunciación de la naturaleza de los bienes y su condición jurídica, en vez de andar con rodeos, como lo hace la redacción del Proyecto en el 228. Este artículo podría quedar así:

"ART. 228. El secuestro judicial sólo tendrá lugar sobre cosa mueble que se litiga".

El Proyecto no dice la clase y condición del bien en que puede tener efecto el secuestro; esto sólo se infiere del tenor del artículo 901 del Código Civil. Nosotros decimos esas dos circunstancias, sin inducción.

"ART. 229. Son aplicables al secuestro las disposiciones que el párrafo 2 del título *Del juicio ejecutivo* establece respecto del depositario de los bienes embargados".

Esta disposición es muy deficiente. El Proyecto no dice cómo se practique el secuestro; y no obstante, es útil decirlo. También es conveniente determinar no sólo las obligaciones, sino también el derecho del secuestre.

En este artículo diremos cómo debe verificarse el depósito y determinaremos las obligaciones y derechos del depositario.

Propondríamos la siguiente redacción:

"ART. 229. El depósito y secuestro se practicarán como un embargo.

"Las obligaciones y derechos del depositario ó del secuestre serán los mismos que los del depositario de un embargo".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En virtud de las dos diligencias precautorias que llevamos analizadas, el bien sale de poder del que lo tenía; pero no sale de ese poder en virtud de la *intervención* ni de la *retención*, diligencias que vamos á seguir tratando. La intervención es una medida intermediaria entre la retención y las dos precedentes, depósito y secuestro.

"ART. 230. Hay lugar al nombramiento de interventor:

"1.° En el caso del inciso segundo del artículo 902 del Código Civil;

"2.° En el del que reclama una herencia ocupada por otro, si tuviere el justo motivo de temor que el citado inciso expresa.

"3.° En el del comunero ó socio que demanda la cosa común ó de la sociedad que no posee, ó que pide cuentas al comunero ó socio que administra.

"4.° En los demás casos expresamente señalados por las leyes".

Aclarando algunos puntos y suprimiendo lo superfluo, podría redactarse así el artículo que proponemos:

"ART. 230. La intervención podrá tener lugar:

"1.° En el caso del inciso segundo del artículo 902 del Código Civil;

"2.° En el caso en que un heredero reclame una herencia ocupada por otro;

"3.° En el en que un comunero ó socio demande la cosa común ó social, que el solicitante no posee ni administra; ó en que pide cuentas al comunero ó al socio administrador.

"4.° En los demás casos en que la ley la concede expresamente."

El Proyecto dice *hay lugar* imponiendo un *deber*; nosotros decimos *podrá tener lugar* dando una *facultad*.

En el número 2.° suprimimos la preposición condicional *si*, etc.; porque la idea que ella envuelve está ya comprendida en el artículo 227, *a*, inciso segundo, y es la causal que autoriza toda diligencia precautoria; de modo que su expresión es redundante en el presente caso.

Tambien en el número 2.° decimos que sólo el heredero tiene la garantía de la intervención; determinamos el sujeto de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

reclame. En el Proyecto no se expresa esa condición de heredero del sujeto de dicho verbo; en la latitud que deja el Proyecto, puede tener ó no esa circunstancia; hay que determinarla y circunscribir el sentido del sujeto.

En el número 3.º, en vez de *de la sociedad*, usamos *social.* Expresamos el sujeto, *solicitante*, de *posee;* en el Proyecto parece que el sugeto de *posee* es *sociedad*, reproducida por *que.* Nosotros quitamos esa ambigüedad y ponemos dos circunstancias, la de *no poseer*, y la de *no administrar*, que será la más frecuente; pues, la posesión de derecho siempre la tienen todos los socios, aunque no administren.

La condición de administrador parece que sólo está circunscrita al socio; nosotros la hacemos aplicable al comunero y al socio, por eso ponemos coma después de *socio.*

La idea consignada en el número 4.º del Proyecto es muy vaga; se habla allí de señalados; de modo que, si no se señala, no hay caso. De seguro, no hay ningún caso señalado.

Nosotros reemplazamos esa forma ambigua de redacción, por una efectiva y real; hablamos de casos en que la ley concede la intervención expresamente y no por inducción.

"ART. 231. La facultades del interventor judicial se limitan á llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes á que se refiere la intervención.

"Está, además, obligado á dar al interesado, ó al tribunal, noticia de toda malversación ó abuso que notare en la administración de dichos bienes".

"Facultades", significa "atribuciones, poderes"; es como si se dijera "derechos". Hay un choque entre la idea significada por esta voz y entre lo en que el Proyecto hace consistir dichas atribuciones. Estas se transforman, según el artículo copiado, en una carga, en una obligación, esto es, en *llevar cuenta.* Hacer una cuenta no es poder, atribución; es un gravamen, una obligación, una carga.

Debe quitarse esa voz "facultades," por impropia.

Los bienes no tienen entradas ni gastos. Está expresada en mal español la frase "entradas y gastos de los bienes". Se aleja mucho de la verdad. Los bienes producen *frutos* ó dan producciones, artículo 643 del Código Civil. Los frutos son accesiones;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y no entradas, según el sentido vulgar y técnico de la voz "entrada". La administración ó manejo de un bien ocasiona gastos, ésta es la verdad neta de las cosas; pero, además de los gastos, hay pago de contribución por ese bien, ó se sufren pérdidas con motivo de él. Un bien demanda estas distintas especies de *desembolsos*, que no se comprenden en la voz "gastos", y sí se abarcan todos con la voz "*salidas*".

Debemos reemplazar las voces, "entradas" y "gastos", por "frutos" y "salidas".

En el inciso 2.º se expresa otra obligación, como si en el 1.º hubiera enumerado otras; lo que nos prueba que á *facultades* se le ha dado el sentido de obligaciones, lo que es insoportable ante la lógica.

En este inciso 2.º se dice, "malversación ó abuso". Si se expresa una sola idea, debe suprimirse la primera; y, si significan dos, también debe suprimirse, porque está mal expresada.

"*Malversación*", según don Joaquín Escriche, "es la inversión de caudales en usos distintos de aquellos para los cuales están destinados".

Según esto, en el que administra caudales ajenos se concibe la malversación; pero no se concibe en el que administra los propios, desde que sólo existe la voluntad del dueño para destinar los caudales y no otra. Menos se concibe en el caso, en que, como en el presente, no hay caudales que administrar, sino un fundo, puesto en interdicción, por ejemplo.

El Proyecto no dice cómo se practique la intervención, ni indica cuáles son los deberes y derechos. Hay que llenar estas omisiones.

Ya podríamos dar forma al artículo que debe reemplazar al del Proyecto.

"ART. 231. La intervención se ejecutará como un embargo.

"Son obligaciones del interventor:

"1.ª *Vigilar* la administración de las cosas sujetas á intervención y *examinar* todos los detalles administrativos;

"2.ª *Llevar cuenta* de los frutos que produzcan los bienes y de las salidas que ocasionen esos mismos bienes sujetos á intervención;

"3.ª *Dar noticia* al interesado ó al juez respectivo de *todo*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

acto que importe: un menoscabo en la cosa ó en sus frutos, ó un mal uso en la administración, ó un desconocimiento de los derechos del interventor, correlativos á las obligaciones precedentes, tal que dificulten su acción.

"El juez en este caso de noticia podrá hacer cesar el acto ó prohibir su repetición, bajo multa, ó de considerar la desobediencia á su decreto, como falta".

En los tres números del anterior artículo se dice en lo que consiste la intervención. Ahí están las obligaciones y los derechos correlativos.

En el último inciso se da al juez una facultad eficaz para reprimir cualquier abuso, revistiéndola de dos clases de apercibimiento.

Llegamos á la retención.

"ART. 232. Hay lugar á la retención:

"1.° Cuando se persigue la responsabilidad civil proveniente de un delito ó cuasi-delito declarado tal por sentencia firme, ó la que nace del ejercicio de un cargo que lleva consigo la administración de bienes ajenos;

"2.° Siempre que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía ó hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes".

"ART. 233. La retención se limitará á los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas".

Esta medida sólo puede incidir en los bienes muebles que existen en poder de terceros y que deben entregarse al deudor ó demandado (real ó por existir).

Las retenciones que prescribe la ley civil, la comercial ó el Código de Minería, no son materia del presente Código; por eso hay que limitar la idea general indicada en la voz retención y decir *retención judicial*, para circunscribir dicha idea.

Consecuente con lo anterior, propondríamos los siguientes artículos:

"ART. 232. La retención judicial sólo podrá incidir sobre determinados bienes muebles que tenga un tercero, con el fin de que éste los mantenga en su poder hasta nueva orden del juez".

"ART. 232, *a.* Se podrá decretar esta retención:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"1.º A favor del que procura perseguir ó persigue la responsabilidad civil proveniente de un delito ó cuasi-delito, declarado tal por sentencia firme, ó la que nace contra los que administran bienes ajenos;

"2.º Contra el deudor que no tiene en su poder bienes suficientes ó que procura eludir el pago. El que oculta sus bienes, se presume eludir dicho pago.

"3.º Contra el marido demandado por divorcio ó separación de bienes;

"4.º Subsidiariamente, á favor de las personas á quienes la ley otorga retención legal".

El primer artículo contiene la *materia* propia de la retención judicial, el *objeto* ó fin de ella y el *tiempo* en que termina. Ninguno de estos pormenores se encuentran en el Proyecto; y no obstante, hay necesidad de expresarlos.

En el artículo 232, *a*, consignamos cuatro casos en que se puede decretarse la retención judicial; y determinamos, lo más que es posible, el precepto relativo á cada caso.

El Proyecto redacta en abstracto el mandato del artículo 232; comprende dos casos, y ellos están también expresados en abstracto. Hacemos desaparecer la *generalidad* del Proyecto; generalidad que no tiene objeto, por cuanto no hace más extensivo el mandato del precepto y porque al contrario hace más ambigua y confusa la disposición legal.

En vez de *hay lugar*, que denota una necesidad, y que, según el Proyecto en su sistema de abstracción, sólo quiere indicar una *posibilidad*, decimos *podrá*, denotando una *facultad*.

La ley no es para consignar *posibilidades;* su papel es mandar, prohibir ó permitir. Debe desecharse la redacción del Proyecto.

En lugar de retención, decimos *retención judicial*, para *distinguirla* de la *legal* ó de que hablan las leyes distintas á la presente, y para *circunscribir* la latitud de su significación.

El número 1.º del Proyecto corresponde al 1.º de la reforma. En ambos se trata de dos responsabilidades: la civil, nacida de un delito ó cuasi-delito, y la de los administradores de bienes. El Proyecto no dice á quién se concede esta medida; la reforma lo dice. El Proyecto supone actual juicio cuando dice

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se persigue; la reforma admite la medida, estése ó nó en juicio; porque viene siempre fundada en una sentencia la petición que la solicita.

En lugar de la frase: "del ejercicio de un cargo que lleva consigo la administración de", usamos esta otra: "contra los que administran", que simboliza la esencia del hecho que requiere la retención judicial. Aquello del *ejercicio*, del *cargo*, y de *llevar consigo*, es paja picada, y no grano que dé vida, sin atollar; son puros adornos que deben suprimirse.

El número 2.º del Proyecto es el 2.º de la reforma. El Proyecto contempla *el caso* de que *las facultades* no ofrezcan suficiente garantía, y *el caso* que haya *motivo natural* de que se procure ocultar.

Proponemos el hecho, que ofrezca suficiente garantía; pero que los bienes estén casi todos en poder de terceros, y sean muebles. Según el Proyecto, no se podría tomar ninguna medida de seguridad, ni la retención, en este caso ideado, por la sencilla razón de existir suficiente garantía; no obstante, de haber temor fundado de que el derecho quede sin solventarse.

La reforma se pone en el caso general de no tener una persona en su poder bienes suficientes para satisfacer un derecho. Si esta situación coincide con el temor fundado, llega el caso de que tenga lugar la retención judicial. En esta ocasión puede ocurrir que el deudor tenga garantía bastante; pero que no tenga en su poder bienes suficientes, sino en poder de terceros, y la mayor parte dinero. Este caso particular y los demás de su especie no los comprende el Proyecto, y hay evidente justicia en comprenderlos.

Fuera del acto de ocultar, el Proyecto no concibe otro medio de burlar el derecho de un acreedor; sin embargo, hay muchos modos, y nosotros los incorporamos en el precepto legal y los comprendemos en la frase *eludir el pago.* Cualquier temperamento que un deudor adopte y que tienda á evadir el pago, da derecho á tomar medidas de seguridad y el Legislador debe proteger ese derecho en toda su extensión y con toda eficacia.

Un modo de eludir el pago es ocultando bienes. En realidad de verdad, ocultar no es eludir; pero en concepto de la ley se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

principia por ocultar para llegar al eludir, y quien oculta pretende alcanzar hasta evadir el pago, hasta burlar el derecho de su acreedor. De manera que cuando este acto material de ocultar se verifica de hecho, según la ley, existe probada la acción de eludir el pago.

Nosotros hacemos más comprensivos los dos casos consignados en el número 2.° del Proyecto.

El no ofrecer suficiente garantía es reemplazado por el no tener en su poder bienes suficientes. En esta última expresión está comprendido el caso del Proyecto y los demás en que, ofreciéndose garantía bastante, esa garantía no existe en poder del deudor.

El procurar ocultar es subrogado en la reforma por eludir el pago. Esta redacción de la idea comprende el caso del Proyecto y todos los demás en que se evade ó se procura evadir el pago.

Sea cual sea la intención con que un deudor oculta sus bienes, el hecho es que, existiendo tal acto, la ley prescinde de la intención y aprecia el hecho como una *presunción legal* de tener el ánimo de eludir el pago. Esta innovación es evidentemente útil y no existe en el Proyecto.

Los números 3.° y 4.° de la reforma no están consignados en el Proyecto. La justicia y utilidad que simbolizan, es demasiado notoria y evidente para que nos detengamos á demostrarla.

La protección dada á la mujer es una compensación que se le otorga por lo mucho que se le cercena de sus derechos naturales, é *injustamente.*

En el artículo 232 de la reforma la retención judicial puede decretarse, estando en juicio ó no estando en él. Los dos casos de los números 1.° y 2.° de dicho artículo pueden tener lugar durante el juicio ó fuera de él. El caso del número 3.° sólo puede tener lugar existiendo juicio y únicamente á favor de la mujer; porque ella es la única persona que puede sostener las dos clases de juicio de que habla dicho número. El 4.° existe sólo habiendo juicio.

El caso consignado en el referido número 4.° sólo puede tener lugar cuando los bienes sobre los cuales la ley confiere el de-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

recho de retención, no alcanzaren á cubrir el crédito á que dicha ley los considera afectos. En tal situación, auxiliamos los efectos de la *retención legal* con el apoyo subsidiario de la *judicial*; unimos ambas medidas, la primera como principal, la segunda como accesoria respecto de la primera. Entre una y otra medida hay también otra diferencia; en la retención legal los bienes están *en poder del acreedor* ó del dueño del derecho que se favorece con dicha medida; en la judicial están *en poder de terceros*, único caso en que dicha diligencia puede existir.

Una última observación sobre la redacción del Proyecto. Él usa la voz *facultades* en el sentido de la dicción *bienes*, y en muy distinto significado que el que le dió el mismo Proyecto en el artículo 231; no obstante, en el artículo 232 tiene dicha voz buen uso. Con todo, nosotros la remplazamos por la voz *bienes*, á fin de evitar ambigüedades y con el objeto de reservar aquella palabra para cuando nos referimos á las personas, y ésta para cuando á las cosas.

También el Proyecto dice «*motivo racional*» como equivalente de *temor fundado*. La idea significada por aquella frase debe quitarse por estar ya expresada en el artículo *227, a*, al expresarse el fundamento general de toda diligencia precautoria. Si se conservase, aparecería dicha idea como redundante.

Las ideas contenidas en el artículo 233 también están consignadas en el inciso 3.º del artículo *227, a*. Por consiguiente, dicho artículo debe suprimirse, con el objeto de que su precepto no aparezca redundante.

Á fin de completar esta materia sobre retención, hay que determinar *el momento preciso* en que nace la obligación del retenente respecto del retenedor, y *la responsabilidad* que contrae; y hay que decir el *efecto jurídico* que produce en la obligación existente del retenente con relación al retenido y respecto del bien caído en retención.

Los dos artículos que siguen consignan estas ideas, que no existen en el Proyecto.

«ART. 233, *a*. Notificada la retención judicial al retenente, desde entonces éste queda responsable al retenedor de lo retenido, y en caso de desobediencia responde además criminalmente».

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Podría suceder que se reclamase el decreto que ordena la r etención, y que por esa circunstancia el retenente no se creyese desligado á mantener la cosa retenida en su poder, y la entregase á quien tenía obligación de entregarla. Con el silencio del Proyecto, todo esto no tendría reparo, y la medida saldría frustrada. Con el artículo propuesto se remediaría el peligro, y la retención no llegaría á ser ilusoria.

Es verdad que el artículo 1578 del Código Civil dice: "El pago hecho al acreedor es nulo... 2.º Si... se ha... mandado retener su pago." Pero esta nulidad es *relativa*, artículo 1682, y puede *sanearse*... por la *ratificación* de las partes", artículo 1684 de dicho Código.

Hecho el pago, habría que seguir un juicio para la declaración de la nulidad. Éste sería el mejor de los casos imaginables y el mejor de los resultados que se pudiera obtener. Deshechas las cosas y vuelto lo pagado á su condición de retenido, el solicitante de la medida tendría de nuevo asegurado su derecho, y nada más que asegurado. ¡Poca cosa para tanto trabajo y tantos sinsabores! Es preciso que la ley ande más ligero y con medidas que eviten tantos rodeos y trabajos que no se compensan con los beneficios.

El Código Civil legisla entre el acreedor y el deudor. Nosotros entre el deudor y el retenedor. Ya con el artículo propuesto el retenedor no irá tras de la declaración de nulidad del pago, camino largo y moroso; dejará ese camino, no atenderá á esa circunstancia y se mantendrá tranquilo con la convicción que en todo caso le ha de responder el retenente de lo que fué materia de la retención. No se preocupará de si hizo ó no pago. Y si lo hizo, tanto mejor; porque tras de la responsabilidad directa, se le dejará caer con el peso de la criminal por falta de obediencia. Todo es corto y eficaz.

Con la medida consignada en el artículo 233, *a*, la retención será siempre eficaz. Con el sistema del Proyecto es irrisoria, fácil de burlar.

El segundo artículo sería éste:

"ART. 233, *b*.—Notificado el decreto de retención al retenente, y ejecutoriado, la obligación que existe entre éste y el á quien debía entregarse la cosa retenida, se extinguirá por

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ministerio de la ley, y por ese mismo ministerio la retención se cambiará en depósito judicial, todo desde el instante en que la obligación llegue á ser exigible».

No basta, para el caso contemplado en este artículo nuevo, que esté *ejecutoriada* la orden de retención; es preciso que esté *notificada* al que debe retener. Ambas circunstancias deben coexistir. No es esto sólo; existiendo estos *dos elementos*, llega la existencia de un *tercer elemento*, el *ser exigible* la obligación. Cuando se reunen estos *tres factores*, surgen, por mandato de la ley, *dos efectos jurídicos:* el primero, la *extinción de la obligación* del deudor; el segundo, el *cambio* de naturaleza *de la diligencia precautoria*, operado en virtud del cambio de dueño de la cosa retenida: la retención se torna en depósito; la cosa retenida deja de ser del retenente y pasa á ser del retenido.

No creemos invadir la legislación civil, enunciando los efectos jurídicos de una diligencia del procedimiento judicial. Y aunque se invadiera, el acto estaría justificado con la necesidad tan evidente que satisface y con los males que precave.

En efecto, con el precepto consignado en el artículo 233, *b*, ya la *Gaceta de los Tribunales* no registraría casos tan dolorosos, tan injustos y tan extraordinarios como el de la sentencia 1819 del presente año, en que un Juez de Letras *obliga* por un lado á un deudor de cánones de arriendo *á retener esos cánones* y por otro lado una Corte de Apelaciones *ordena rematarle sus bienes por no haber* pagado esos mismos cánones retenidos.

He aquí un estracto de la sentencia.

"Mulchén, 23 de noviembre de 1888.—Green... ejecuta á Carte....; éste dijo: 1.º, no ser bastante el título para la ejecución y 2.º, pago de la deuda.

"El dinero que le cobra... Green ha sido mandado retener por orden de este juzgado..., la retención... causó ejecutoria; por lo cual, si efectuara el pago que se le cobra, más tarde sería obligado á verificarlo...

"Considerando: 1.º Que... se mandó retener en poder de... Carte los cánones de arrendamiento... que han servido de base al presente juicio ejecutivo.

"2.º Que el pago hecho al acreedor es nulo.... cuando por el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

juez se ha... mandado retener su pago... artículo 1578 del Código Civil.

"Se declara que ha lugar á las excepciones opuestas..., se le absuelve de la ejecución... con costas, en que se condena á... Green.—PUMARINO T.—*Domínguez*, secretario".

"Concepción, 23 de mayo de 1890.—Vistos: aceptando la parte expositiva, y los considerandos 1.º, 2.º... de la sentencia de 1.ª instancia y

Considerando, además:

1.º Que la retención en poder del deudor, decretada con anterioridad al presente juicio ejecutivo... en un juicio diverso, del valor de los cánones..., si bien es bastante para no ordenar desde luego el pago al acreedor mismo... de la cantidad demandada, no ha quitado su carácter ejecutivo al título que ha servido de base á la ejecución, ni importa una resolución que exima al deudor del pago de los dividendos vencidos;

2.º Que, si bien el pago hecho al acreedor es nulo.... artículo 1578 del Código Civil, no puede estimarse... que el de la cantidad demandada... se haya efectuado por consignación...

"Se declara que debe seguir adelante la ejecución hasta hacer trance y remate de los bienes embargados... con costas, en que se condena al ejecutado.

"Se revoca la sentencia apelada.—RISO.—NOVOA.—VEGA.—*Soto Salas*, secretario".

Sólo exponemos la situación del deudor; y después de contemplarla, dígasenos si no es evidente la necesidad de una disposición legal como la del artículo 233, *b*.

"ART. 234. La prohibición de celebrar contratos sobre bienes determinados se limita á los que son materia del juicio.

"ART. 235. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, pueden pedir prohibición de celebrar contratos sobre ciertos bienes, ó, con excepción de los no embargables, sobre todos los del demandado, enumerándolos:

"1.º Los que pueden pedir retención conforme á lo dispuesto en el artículo 232;

"2.º La mujer casada que demanda á su marido sobre divorcio ó sobre separación de bienes.

"La prohibición de contratar se pedirá siempre al juez civil.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"3.º El pupilo en el juicio con su tutor ó curador en razón de la tutela ó curaduría;

"4.º El Fisco, las Municipalidades y los establecimientos de beneficencia, que demandaren á los administradores ó recaudadores de sus bienes en razón de esta misma administración.

"ART. 236. Si la prohibición de contratar recayere sobre bienes raíces, se inscribirá en el registro del conservador respectivo".

Tales son las reglas especiales que el Proyecto nos da sobre la cuarta diligencia precautoria, que nosotros llamamos *incapacidad para contratar*. Al sistema del Proyecto oponemos el que va en los siguientes artículos, que reemplazan á los tres anteriores.

"ART. 235. Podrá pedir que el juez declare que una persona sea *incapaz* de celebrar tal ó cual contrato sobre tal ó cual bien determinadamente:

"1.º El que puede pedir retención judicial, *contra* quien la puede solicitar;

"2.º El que pidiere que no se inscriba tal contrato que afecta su derecho, *contra* sus otorgantes.

"ART. 235, *a*. El que pidiere esta declaración enunciará los contratos é individualizará los bienes á que deba extenderse la incapacidad, conforme á los artículos 217, *h*; 217, *i*; 217, *j*.

"ART. 235, *b*. Si, limitada la incapacidad á una parte determinada de un bien, y con ella hubiere para solventar el derecho que se garantiza, no se podrá hacerla extensiva más allá de esa parte.

"ART. 236. La declaración de incapacidad surtirá efecto con relación á terceros y á un conservador ó notario, desde que se notifique á estos funcionarios, y con relación al declarado incapaz, desde su notificación.

"El notario ó el conservador quedarán civil y criminalmente responsables desde su notificación.

"ART. 236, *a*. Al notificar á un conservador se le entregará copia autorizada del decreto si no estuviere en su oficina.

"Notificado, hará inmediatamente la anotación en su repertorio".

Comparemos estos cinco artículos con los tres del Proyecto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 234 del Proyecto limita la prohibición á los bienes en juicio. Tal precepto no hay necesidad de establecer; porque hay objeto ilícito en los bienes en actual litigio. Así está estatuído en el número 4.º del artículo 1464 del Código Civil. El supremo decreto de 24 de junio de 1857, incorporado al referido Código, dispone en su artículo 53: "Pueden inscribirse... 3.º, Todo impedimento ó prohibición referente á inmueble,... judicial, que embarace ó limite... el derecho de enajenar. Son de la segunda clase el... secuestro, litigio, etc." En el artículo 59 dice: "La inscripción de un embargo, secuestro... y... otro impedimento legal para enajenar un inmueble, no podrá hacerse sin previo decreto del juez competente." En el 57, que "los decretos... sean ejecutorios".

Según las disposiciones citadas, no hay necesidad de pedir prohibición, y sobre todo, corriendo el riesgo de que no se la otorgue, cuando sobre los bienes materia del juicio existe el impedimento ó la prohibición del *litigio*, tienen la condición de litigiosos y puede la parte inscribirlo, como queda dicho. No hay conveniencia en pedir lo que ya está otorgado.

El precepto del artículo 234 es redundante y por eso lo suprimimos.

El Proyecto en su artículo 235 consigna una excepción á la limitación del artículo 234. Extiende la prohibición *á todos* los bienes del demandado, menos á los no embargabies; y sólo exige que se enumeren. Pueden ejercer este derecho las cuatro clases de personas que indica.

La *enumeración* de los bienes no conduce á ningún resultado práctico; en la reforma reemplazamos esta operación por la *individualización*, como se preceptúa en el artículo 235 *a*. La reforma ¿comprende los no embargables? Nó. Es verdad que no consigna la excepción; pero no la consigna, porque no hay necesidad. Los bienes no embargables no responden al pago de ninguna obligación personal, artículo 2465 del Código Civil; y desde que no sirven para pagar, menos sirven para asegurar. Esos bienes no embargables son *inalienables* para un acreedor, son como si no existieran. Luego, es en vano que se pida sobre ellos la prohibición de enajenar, como dice el Proyecto, ó la incapacidad para que se enajenen, como dice la reforma.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Proyecto circunscribe la medida al demandado, la reforma la ensancha, y comprende al demandado y al demandante, y tengan ó nó esta condición, es decir, exista ó no juicio. En este punto hay una contradicción entre la *condición* de demandado del artículo 235, y la *circunstancia* de que la incapacidad se solicite antes del juicio, por el cual, conforme con el artículo 232, se puede pedir retención. En este caso aun no hay demandado ni demandante. La reforma salva esa irregularidad. El Proyecto no se imagina que el demandado pueda tener necesidad de esta medida de la incapacidad. Él no concibe ningún caso en que exista, y trata al demandado como si no tuviera derechos, como si no fuera persona. Por ejemplo, un poderoso litigante inicia un juicio contra un modesto trabajador, le hace gastar todos sus ahorros; durante el juicio declina la fortuna del poderoso y marcha á quedar pobre. En esta situación ¿el modesto obrero *no podría asegurar* el pago de los perjuicios y costas de la causa, sentenciada ya á su favor con costas y perjuicios?—La razón dice que tiene derecho á asegurar, y la ley debe afianzarle el derecho para hacer uso de alguna de las medidas precautorias. Así lo reconoce la reforma En el número 1.º del artículo 235 están comprendidos todos los casos expresados en los cuatro números del 235 del Proyecto. En la Reforma se omite la frase "conforme á lo dispuesto en el artículo 232"; porque es innecesaria y redundante, pues fuera de los especificados en ese artículo, no hay otros á quienes se otorgue la retención. Por esta misma razón nosotros decimos que pueden pedir la incapacidad los que pueden solicitar la retención judicial.

Entre éstos están la *mujer*, comprendida en el número 2.º del artículo 235 del Proyecto; están también los que *administran* bienes ajenos, los que están designados en los números 3.º y 4.º del Proyecto, *en particular*, y en el número 1.º *en general*. Nosotros suprimimos la especificación de los números 3.º y 4.º, por inducir á errores la forma taxativa del artículo y por ser inexacta la redacción del 3.º

En efecto, el número 1.º del artículo 232 *a*, comprende á todos los administradores de bienes ajenos, llámense éstos *administradores, cajeros, recaudadores ó comisionados, ex-tutores, ex-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

curadores, *tesoreros*, etc. Contra todos éstos se puede pedir retención. El juicio no puede ser otro que sobre administración, es decir, sobre rendición de cuentas. Esta es la esencia de las cosas.

Por otra parte, es sabido que un tutor ó curador está obligado á rendir cuenta de su guarda cuando ha dejado de serlo. En cuya situación ya no es tutor, ni curador, sino ex-tutor y ex-curador, y los pupilos son ex-pupilos. Así se expresa la verdad de las cosas; y éste era el punto inexacto que notábamos más arriba.

"El juicio en razón de la tutela ó curatela" del número 3.º, y "el juicio en razón de la administración" del número 4.º del Proyecto, no puede ser otro, en breves términos, que el sobre rendición de cuenta administratoria, en cuyo caso se trata de la responsabilidad administrativa. De aquí se llega á la retención y de ésta se pasa á la incapacidad para contratar. Esta es la ilación y el eslabonamiento lógico de las ideas sustentadas en la reforma, y la verdad de las cosas.

La reforma comprende el caso nuevo del número 2.º, *i*, que es tan frecuente en nuestros tribunales, sobre oposición á la inscripción de una escritura.

Las disposiciones del Proyecto, cuando no son innecesarias, son vagas. En la reforma se determina con precisión *la materia* á que debe y puede extenderse la declaración de incapacidad, *quién y contra quién* se puede pedir. Todo está perfectamente determinado.

El artículo 235, *b*, es una consecuencia lógica del principio general sentado en el artículo *227*, *a*. Resuelve un caso de duda, muy fundada, y sujeto á controversia.

El 236 del Proyecto impone la obligación de inscribir una prohibición en el caso especial de versar sobre bienes raíces. Más adelante hemos visto que la ley civil no impone esa obligación, y que sólo otorga el derecho de poder inscribir tal impedimento. El Derecho Civil se torna en obligación por una ley de procedimiento. Esto es inaceptable; porque envuelve una irregularidad, pues esta ley sólo regla el modo de ejercitar un derecho y las solemnidades ó trámites en que encarrila tal ejercicio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Para hacer la *inscripción*, tiene que hacerse primero la *anotación* en el Repertorio. Sobre los *efectos* que pueda producir la prohibición, no dice el Proyecto una palabra; menos dice desde cuándo los produce.

La reforma nos ofrece dos artículos, el 236 y 236, *a*. En el primero nos expresa el momento preciso en que la notificación surte efecto; no toma en cuenta el que cause ejecutoria la medida; basta que se sepa judicialmente, respecto de terceros, con la notificación del conservador, y respecto de la parte, con su notificación. La única solemnidad es la *anotación* en el Repertorio, y siempre como medida *general y no especial*, como en el Proyecto.

En el Conservador respectivo irán los terceros á buscar lo que deseen sobre la capacidad de las personas con quienes intenten contratar; ahí estarán las *limitaciones judiciales*, relativas á la capacidad para contratar; dicha oficina será el lugar de información de dichas limitaciones; este lugar público, que tiene sus operaciones á la inspección del público, ofrece todas las comodidades apetecidas.

Otros creerían hallar en la *prensa* un medio mejor de información para estas incapacidades relativas y judiciales; pero la prensa es un medio fugaz y del día, que no sirve para el que no está suscripto. La publicidad sólo aprovecharía á los lectores; y después de la lectura ¿á dónde iría á buscarse? La prensa no reune las garantías del Conservador, ni puede comparársele bajo el punto de vista de la seriedad, de la verdad y de la facilidad.

Como complemento de lo ya estatuído, es oportuno tratar de ciertas reglas comunes á todas las diligencias precautorias.

«ART. 236, *b*. El nombramiento de depositario, secuestre é interventor se hará por el juez, en persona abonada, á propuesta del que solicita la diligencia respectiva».

Por esta disposición se da el derecho de proponer y de elegir. Este sistema concilia todos los intereses legítimos de la justicia.

En el Proyecto no hay nada de esto.

«ART. 237. No concederán los tribunales ninguna de las medidas precautorias que establece este título, sino cuando la demanda vaya acompañada, á lo menos, de comprobantes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que constituyan presunción grave del derecho que se reclama.

"Para la retención en los casos del número 2.º del artículo 232, se requiere especialmente prueba instrumental.

"Con todo, en casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes.

"ART. 238. La regla general establecida en el inciso 1.º del artículo precedente, no comprende á las personas mencionadas en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 235, á favor de las cuales, en su caso, se despachará siempre la prohibición que dicho artículo autoriza".

El Proyecto establece en el inciso 1.º del artículo 237 una *prohibición absoluta* de conceder estas medidas *fuera* de juicio y sin existir *presunción grave;* y para el caso de retención del inciso 2.º, exige *prueba documental.* En el inciso 3.º viene una *excepción* para casos *graves* y durante diez días. En el artículo 238 consigna otra *excepción* respecto de la incapacidad para contratar y con relación á determinadas personas.

Aquí hay una inconveniencia en el Proyecto: otorga la prohibición á estas personas privilegiadas; y no les otorga la retención, que es menos que aquella medida.

Nosotros invertimos el sistema del Proyecto: en vez de la *prohibición* absoluta y después la excepción por *diez* días, establecemos la *obligación* de decretar *siempre* durante *cinco* días; y para decretar por más tiempo, exigimos *presunción grave* de la existencia del *derecho* y *prueba perfecta* de la *necesidad* de la medida.

En reemplazo de los dos artículos anteriores proponemos el siguiente:

"ART. 237. *Siempre* el juez decretará las diligencias del artículo 227 por *cinco* días.

"Para decretarlas por más tiempo, será indispensable que se establezca *la existencia* del derecho que se procura resguardar por medio de una *presunción grave* y *la necesidad* de la medida por medio de una *prueba perfecta.*

"Si pasaren los cinco días sin establecerse los dos hechos del

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

inciso anterior, se hará *cesar de oficio é inmediatamente* la diligencia respectiva, notificándose la cesación *á costa* del solicitante de aquélla».

Comparemos el Proyecto con la reforma.

El Proyecto exige prueba instrumental *en todo caso* para conceder las medidas precautorias; porque así lo dice en el inciso 2.º del artículo 237; y porque, respecto del inciso 1.º, á la demanda sólo pueden acompañarse documentos y ninguna otra clase de prueba. ¡Y es curioso que exija prueba de documentos para acreditar que se procura ocultar bienes! ¡Cómo! El que tal piensa hacer, ¿va á establecer por escrito su intento de ocultar? —Imposible.—Disposiciones de esta naturaleza no deben consignarse en un Código, porque son ineficaces y de ninguna utilidad.

Nosotros no tasamos la clase de prueba, porque no concebimos justicia para ello; admitimos sus diversas especies y las dejamos entregadas al criterio judicial. La limitación del medio probatorio pasa á ser generalización en nuestro sistema.

No es esto sólo. El Proyecto circunscribe la prueba á la existencia del derecho; nosotros aumentamos la cosa probada, exigimos que se pruebe esa existencia y la necesidad de la medida. El campo de la prueba es más extenso en la reforma, y más estrecho en el Proyecto.

Puede acreditarse el derecho. ¿Y si no hay necesidad de tomar una diligencia?—Según el Proyecto, tendría que decretarse la diligencia; y, según la Reforma, no debería ordenársela.— ¿Cuál de estos dos temperamentos es el más justo y el más útil á los intereses de la colectividad?—Creemos que el de la Reforma; porque, si no hay necesidad de asegurar un derecho, no tiene objeto el que se dicte una medida para satisfacer una necesidad que no existe. La existencia del derecho por sí sola no autoriza medidas de seguridad; pero esa existencia y la necesidad de precaver el derecho sí que autorizan esas medidas.

El Proyecto, en su inciso 1.º, sólo requiere, para la prueba del derecho, *presunción grave*, y en el segundo inciso, *documentos*. La reforma, en todo caso exige una presunción grave, para probar el derecho y prueba perfecta ó plena para acreditar la necesidad.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Proyecto admite *en casos graves* y *urgentes* el *decreto provisorio* por *10* días, y mientras se presentan los comprobantes. La reforma acepta el *decreto provisorio en todo caso* y sólo por *5* días. El Proyecto *no* reconoce el *procedimiento de oficio* que prescribe la Reforma, ni la *cesación inmediata ni las costas* de que habla el inciso 3.º del artículo 237.

El sistema de la reforma es más uniforme y más sencillo y lógico que el del Proyecto. La excepción del artículo 238 del referido Proyecto, no tiene razón de ser en nuestro sistema, y debe suprimirse.

Como una limitación al derecho amplio, estatuído en el artículo 237 de la Reforma, y como un medio de evitar el abuso, convendría dictar el siguiente artículo, que serviría de contrapeso al litigante gravado con alguna de las medidas precautorias.

"ART. 237, *a*. Estas diligencias se decretarán á costa y bajo la responsabilidad directa del solicitante de ellas, sin perjuicio de que éste repita contra quien lo ha perjudicado".

Así, por ejemplo, si un depositario abusa de su depósito, el responsable directo es el que solicitó esta medida, sin perjuicio que éste se reembolse del depositario que le ha inferido semejante pérdida.

"ART. 239. Para decretar estas providencias, los tribunales tomarán en cuenta la responsabilidad de los litigantes, así como la importancia relativa de los derechos que se reclaman con los bienes sobre los cuales se pretende que dichas providencias recaigan.

"ART. 240. Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes.

"ART. 241. Todas estas providencias son esencialmente provisorias. En consecuencia, deben hacerse cesar cada vez que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar ó se otorguen cauciones suficientes.

"ART. 242. El secuestro, la retención y la inscripción de que trata el artículo 236, pueden llevarse á efecto aun antes dé la notificación de la persona contra quien se hubieren decretado.

La segunda parte del artículo 239 está ya consignada en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el artículo 227, *a*; por consiguiente, debemos suprimirla ".

De los cuatro artículos anteriores haremos sólo dos, quitando lo superfluo y condensando las ideas. Quedarían así:

"ART. 239. Para decretar las diligencias del artículo 227, se tomará en cuenta la responsabilidad pecuniaria del solicitante y del contra el cual se piden; y podrán llevarse á cumplido efecto sin necesidad de previa notificación de éste.

"ART. 240. Ellas no se excluyen unas á otras ni excluyen á otras autorizadas.

"Son esencialmente provisorias, y se deberá hacerlas cesar, una vez que desaparezca el peligro que se procuraba evitar ó que se otorgue caución suficiente".

En el artículo 239 hemos limitado el significado, tan general, de la voz *responsabilidad*, á la sola civil ó pecuniaria, dejando á un lado las demás, como la criminal, la moral, etc., que pueden caber en dicha voz sin ningún calificativo. También hemos incorporado en dicho artículo la idea del 242 del Proyecto, con la diferencia que éste confunde la *solemnidad* de la medida, la inscripción del artículo 236, *con la misma diligencia* que solemniza, á saber, la incapacidad para contratar, ó la prohibición, como la llama él. Hay otra diferencia, la *no necesidad* de la notificación previa se aplica en el Proyecto al secuestro, á la retención y á una solemnidad de la prohibición; nosotros hacemos dicha circunstancia extensiva al depósito, al secuestro, á la intervención, á la retención y á la incapacidad.

En vez del complemento *de los litigantes*, usamos *del solicitante y del contra el cual se piden*, porque así se comprenden todos los casos, aquellos en que el solicitante sea litigante y aquellos en que no lo sea. La expresión de la reforma es más larga, pero más exacta y más comprensiva.

En el artículo 240 de la reforma hemos condensado los artículos 240 y 241. En él se indica una condición de la existencia, el no excluirse, el no excluir, el ser precaria; después se expresa el deber de hacerlas cesar.

En vez del plural *otorguen* es más correcto el singular, por tratarse de la unidad.

Hemos terminado la materia que hemos creído propia del Libro I.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pasaremos al examen de lo que es exclusivo del Libro II, el *juicio ordinario.*

LIBRO II

JUICIO ORDINARIO

Por lo que llevamos dicho hasta aquí, ya el lector conoce en parte nuestro sistema general de Enjuiciamiento.

Su desarrollo comienza desde la definición que hemos dado de lo que es *juicio* en el artículo 1.º del Libro I del presente *Estudio*, que llamaremos Reforma para mayor facilidad.

Este sistema difiere *sustancialmente* del sistema que impera en nuestra legislación vigente, y del sistema doctrinario que se enseña en el país.

Según él, la *primera división* de las diversas especies de *juicios* es en *civiles* y *criminales.*

Los *civiles* se subdividen en *contenciosos* y *no contenciosos.*

Los *contenciosos*, en *ordinarios* y *extraordinarios.*

El Proyecto, como la reforma, reconoce un juicio *único* ordinario; todas las *demás clases* son juicios *especiales* ó *extraordinarios.* Esta voz es lo mismo que decir *fuera del ordinario;* porque *extra* significa *fuera de.*

Ya que no llegaremos al examen de los juicios que llamamos *no contenciosos*, criticaremos de paso la designación que se les da, llamándolos *juicios* de *jurisdicción voluntaria*, nombre histórico, pero nó de actualidad.

Este nombre envuelve contradicción en sus términos. *Jurisdicción* es «la potestad de administrar justicia, el territorio de un juez». *Voluntario* es «espontáneo, no obligatorio, emanado de la propia voluntad».

La jurisdicción es *un poder* del juez; se lo da la ley y no el litigante. En su origen esta jurisdicción fué entre los romanos *jurisdicio inter volentes*, jurisdicción entre los que querían darla. Hoy día el Legislador ha incorporado la jurisdicción *non inter volentes* y la *inter volentes* en la ley, como un deber del magistrado; de modo que toda jurisdicción es *obligatoria* y ya ella no puede servir de punto de separación entre juicio y juicio.

No tomamos la jurisdicción (elemento propio del juez y aje-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

no del litigante), sino la contienda, la discusión, la controversia (elemento ajeno del Poder Judicial, y propio de los que litigan), á fin de establecer, bajo una base científica, la división más genérica de los distintos juicios.

Si es inherente á la *naturaleza actual* de la jurisdicción el *carácter* de *obligatoria*, es evidente que no podría juntársele el elemento de *voluntaria;* porque lo repugna su naturaleza obligatoria.

El *juicio ordinario* tiene por *objeto declarar un derecho* de mayor cuantía y de dominio.

Hay un juicio especial de *menor cuantía* y otro de *mínima cuantía*. Ambos versan también sobre *declarar un derecho de dominio* de menor ó de mínima cuantía.

Tanto el juicio ordinario como el de menor y mínima cuantía se diferencian sustancialmente del *juicio ejecutivo*, en que *aquellos* declaran y *éste* tiene por objeto *ejecutar un derecho* de dominio, hacerlo efectivo; en él el derecho está ya declarado. También se distinguen del *posesorio*, en que *éste* tiene por *objeto declarar* no el dominio, sinó la *posesión*, la *tenencia*.

El posesorio y el ordinario son declarativos. Los posesorios se reputan siempre como de mayor cuantía.

Todo juicio ordinario es por esencia *declarativo* respecto del juez y de las partes: del juez, como que es autor ó causa de la declaración; de las partes, como que reciben el efecto de esa causa, ó bien, el resultado de esa declaración. También él es de *mayor cuantía*, ó bien, en la actual legislación el valor de lo disputado es de más de doscientos pesos. Este punto es esencialmente relativo, puede variar y varía.

Según esto, ya podría decirse que el juicio ordinario es el que versa sobre declarar el dominio de un bien de más de doscientos pesos. Pero tal tesis no es científicamente exacta, como pasamos á demostrarlo.

Los *bienes* son cosas corporales é incorporales (art. 565 del Código Civil).

Las *corporales* son muebles é inmuebles (art. 566).

Las *incorporales* son derechos reales ó personales (art. 576).

Son *derechos reales:* el de *dominio*, el de *herencia*, los de *usufructo*, *uso*, *habitación*, los de *servidumbres activas*, el de *pren-*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

da y el de *hipoteca.* De éstos nacen *acciones reales* (art. 577).

Los *derechos personales* ó *créditos* son los que *exigen el cumplimiento de ciertas obligaciones* (art. 578).

El artículo 889 y siguientes del Código Civil tratan *de la acción* de dominio ó *reivindicatoria, de la cosa que* puede reivindicarse y *quién* puede hacerlo.

El artículo 1264 al 1268 tratan de la *petición de herencia* y de lo que comprende.

Ya podemos decir que puede ser materia de un juicio ordinario, la acción reivindicatoria, la de petición de herencia y la de los derechos personales, cuando la cuantía es de más de doscientos pesos, y cuando se pide del juez que declare el derecho correlativo. Esta misma materia, cuando su valor es doscientos pesos ó menos, es también propia de los juicios extraordinarios de menor y mínima cuantía. Estas tesis se desprenden de la Ley de Tribunales del 75.

Es verdad que *todo juicio principia por la demanda* ó por la *petición capital;* pero, fuera del juicio ordinario, esa primera petición tiene una *denominación especial,* que la distingue y singulariza respecto de las demás. Así, el juicio ejecutivo principia por *demanda ejecutiva;* el juicio de amparo, por la *demanda de amparo,* llamada querella de amparo; el juicio sobre despojo, por la *demanda de despojo,* llamada querella de despojo, etc.

El uso común y el foro han conservado la dicción *demanda,* sin ningún modificativo ó sin ninguna restricción de significado, para el solo juicio ordinario. Ella significa la demanda por antonomasia, la principal. De manera que, cuando se diga *demanda,* es lo mismo que si se dijera *demanda ordinaria* ó primera petición del juicio ordinario. Tal es el sentido genuíno de la palabra *demanda.*

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de marzo de 1891 NÚM. 10

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Jurisdicción consular. Dictamen presentado á la Corte Suprema, por don Floridor Rojas.—Bandos dictados por el general en jefe del ejército de asamblea, por don Julio Zenteno Barros.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Revista bibliográfica, por la Dirección.

JURISDICCIÓN CONSULAR

DICTAMEN PRESENTADO Á LA CORTE SUPREMA POR SU FISCAL DON FLORIDOR ROJAS

EXCMA. CORTE:

En nota de 25 de junio último, el señor Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de Alemania dice al Ministerio de Relaciones Exteriores lo que sigue:

La ley de navegación de Alemania confiere á los cónsules del Imperio jurisdicción bastante para conocer de toda querella que se suscite entre el capitán de un buque y un marinero de la dotación. El párrafo 105 de esa ley prohibe á los marineros el interponer sus quejas ante los tribunales del puerto en que haya tenido lugar la disputa.

La ley de navegación chilena, en su artículo 83, y el Código de Comercio de Chile, en su artículo 953, contienen disposiciones análogas á las de la ley alemana.

En consecuencia, cuando un marinero alemán quebrante la ley de su país llevando una querella ante el tribunal extranjero, éste debe inhibirse de su conocimiento, sobre todo cuando el cónsul interpusiere reclamación en virtud de la ley alemana.

En todos los casos de esta especie que hasta ahora se han presentado en Valparaíso, el tribunal chileno se ha conformado invariablemente á estas reglas.

Sin embargo, un marinero de la barca alemana *Adèle* ha recurrido recientemente á la jurisdicción del tribunal chileno en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Valparaíso para que decidiese una querella que interponía contra el capitán de aquella nave.

El cónsul alemán se dirigió inmediatamente al juzgado ante el cual se había interpuesto la querella, rogándole se inhibiese del conocimiento de ella, fundándose en la ley alemana de navegación, y alegando, además, que los tribunales alemanes se inhiben igualmente, siempre que las leyes de otros países prohiben á los tripulantes de sus buques invocar la jurisdiccion de un tribunal extranjero. Á pesar de esta gestión del cónsul, el juzgado se declaró competente y falló la referida querella.

El resultado de esta intervención no ha sido otro que un arreglo amistoso entre el marinero y el capitán de la barca *Adèle*; pero á fin de evitar que el tribunal de Valparaíso invoque en lo sucesivo este caso como precedente, el señor Ministro de Alemania recurre confidencialmente al Departamento de Relaciones Exteriores, rogándole se sirva tomar las medidas convenientes para que el referido tribunal se conforme en adelante á las reglas ya establecidas, y cuya observancia se funda en la más absoluta reciprocidad.

El Ministro de Relaciones Exteriores pidió informe sobre el particular al señor Fiscal don Ambrosio Montt, quien ha opinado que el Gobierno de la República puede, si lo estima justo, acceder á los deseos é insinuaciones de la Legación Alemana, limitándose, con todo, por respeto á las atribuciones independientes del Poder Judicial, á transmitir á los jueces sus opiniones conformes y á manifestar los motivos de justicia y de conveniencia pública que aconsejan su adopción.

El Ministerio de Relaciones Exteriores remitió al de Justicia los antecedentes adjuntos, expresando que en atención á los términos en que está concebido el dictamen fiscal, se contestó al señor Ministro de Alemania que se oficiaría al Ministerio de Justicia á fin de que, si lo tenía á bien, se sirviese dirigirse á los Tribunales de la República, manifestándoles que el Gobierno vería con agrado, que, en casos análogos al presente, se adoptasen las conclusiones á que arriba el señor Fiscal.

El señor Ministro de Justicia ha pedido á V. E. se sirva dictaminar lo que juzgue conveniente acerca de este asunto, y V. E. se ha servido requerir el dictamen del infrascrito.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Según aparece de la vista fiscal acompañada, la querella á que se refiere el señor Ministro alemán fue una demanda interpuesta ante el juzgado especial de apelaciones de Valparaíso por el marinero Pabst, inscrito en el rol de la barca *Adèle* contra el capitán de esta nave, reclamando salarios devengados.

La insinuacion del señor Ministro de Alemania envuelve la siguiente cuestión: ¿Puede un cónsul alemán residente en Chile conocer de una demanda como la interpuesta por el marinero Pabst, con exclusión de los Tribunales de la República?

Para resolver esta cuestión es necesario comenzar por exponer los principios de Derecho Internacional relativo á las atribuciones que ordinariamente competen á los cónsules.

Esos principios, que los más reputados tratadistas establecen de una manera uniforme, constituyen hoy día un cuerpo de doctrina que no deja lugar á dudas ó contradicciones.

Según Bello (*Obras Completas*, tomo X, pág. 139 y sig.), ningún Gobierno puede conferir á sus cónsules poder alguno que se ejerza sobre sus súbditos ó ciudadanos en país extranjero, sin el consentimiento de la autoridad soberana del mismo. De aquí es que en los tratados de navegación y comercio se tiene particular cuidado de determinar las facultades y funciones de los cónsules. Explanando su doctrina, este autor agrega:

«Si un soberano concediese á su cónsul atribuciones judiciales que no estuviesen fundadas en tratado ó costumbre, los juzgamientos de estos cónsules no tendrían fuerza alguna en el país de su residencia, ni serían reconocidos por las autoridades locales, pero podrían tenerla en la nación del cónsul y obligarían bajo este respecto á los ciudadanos de ella, y á los extranjeros en sus relaciones con ella.

«Los cónsules en los países europeos no ejercen comunmente sobre sus compatriotas otra jurisdicción que la voluntaria; y en las controversias sobre negocios de comercio, sus facultades se limitan de ordinario á un mero arbitraje. La Inglaterra no les confiere autoridad judicial ninguna. El gabinete de Washington, en las instrucciones circuladas á sus cónsules en 1.° de julio de 1805, les hace saber que no pertenece á su oficio ninguna

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

especie de autoridad judicial, sino la que expresamente se les haya concedido por una ley de los Estados Unidos, y sea tolerada por el Gobierno en cuyo territorio residen, y que todo incidente que por su naturaleza pida la intervención de la justicia, debe someterse á las autoridades locales, en caso de no poder componerse por los consejos y amonestaciones del cónsul. Si registramos los tratados de navegación y comercio y las convenciones consulares, apenas hallaremos estipulación alguna que les confiera más extensas facultades en la administración de justicia. En la convención de 13 de mayo de 1769 entre España y Francia se previene que «los cónsules no intervengan en los buques de sus respectivas naciones, sino para acomodar amigablemente las diferencias entre la gente de mar ó entre sus compatriotas pasajeros, de manera que cada individuo, sea capitán, marinero ó pasajero, conserve el derecho natural de recurrir á los juzgados del país cuando crea que su cónsul no le hace justicia. (MARTENS, *Recueil des Traités*, art. 1.°, pág. 631, seg. ed.). En la antigua convención entre Estados Unidos y Francia, se dió á los cónsules cierta especie de jurisdicción en la policía de los buques y en las causas entre los transeuntes de sus naciones respectivas; pero al presente no hay en pié tratado alguno que conceda á los cónsules extranjeros residentes en el territorio de la Unión ni aún estas limitadas facultades (KENT, *Comentarios*, parte 1.ª, lec. 2.ª). Hacen al mismo propósito el tratado de comercio de 1785 entre Austria y Rusia, artículo 19; el de 1781 entre Francia y Rusia, artículos 6.°, 7.° y 8.°; el de la misma fecha entre Portugal y Rusia, artículo 4.°; el de 1816 entre América y Succia, artículo 5.°; el de 1818 entre Prusia y Rusia, artículo 6.°; y varios otros. (*Colección* de Martens). Es de notar que las naciones en que más ha florecido el comercio han sido, á excepción de Francia, las más cuidadosas en restringir las atribuciones de sus cónsules extranjeros, y esto en aquellas mismas convenciones que se dirigían á protegerlo y fomentarlo; lo que prueba que, aún en el concepto de estas naciones, la autoridad judicial de los cónsules produce más inconvenientes que ventajas.

«La Francia habría querido seguir otro sistema. Ha conferido á sus cónsules la facultad de juzgar todo género de con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

troversias entre los comerciantes, navegantes y demás franceses, y aún ha prohibido á éstos llevar los pleitos que tuvieren unos con otros á ninguna autoridad extranjera, conminando á los infractores con una multa de mil quinientos francos».

En contra de esta práctica, cita el autor la opinión del respetable jurisconsulto M. Pardessus, quien, analizando este régimen, se pronuncia en favor de la doctrina que restringe las facultades judiciales de los cónsules.

De Steck (*Des Consuls*, pág. 64) observa con perfecta razón que la jurisdicción de los cónsules no emana del soberano que los establece, el cual no tiene poder sobre sus súbditos en país extranjero, sino que se deriva del soberano del Estado en que los cónsules residen, y por lo tanto, supone siempre tratados en que ha sido estipulado.

Según Fiore (*Tratado de Derecho Internacional Público*, ed. de 1883, tom. II, núms. 1161 y 1162), los principios de Derecho Internacional que deben regular en la práctica el ejercicio de las atribuciones particulares de los cónsules, cuando se ha establecido el carácter público de los mismos, son los siguientes:

Los cónsules no pueden ejercer jurisdicción alguna en el lugar de su residencia sin el consentimiento del soberano territorial.

Las atribuciones administrativas y judiciales de los cónsules en el país donde residen son las que el convenio consular determine, ó reconozcan los usos internacionales, ó se admitan por reciprocidad.

El soberano territorial que, después de la notificación oficial del nombramiento del cónsul, concede el *exequatur*, consiente por este sólo hecho en que aquél ejerza todos los derechos y atribuciones que según la regla anterior le corresponden.

Puede considerarse como una regla de Derecho común la de que es de la exclusiva competencia de los cónsules el mantenimiento del orden interior á bordo de los buques mercantes nacionales, y conocer de las cuestiones que puedan suscitarse entre el capitán y la tripulación, aún en lo que se refiere á los salarios y á la ejecución de los contratos recíprocamente concluidos. Esta competencia excepcional debe ejercerse, sin em-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

bargo, dentro de los límites fijados por las reglas generales del Derecho Internacional, que establecen las relaciones entre los buques mercantes extranjeros y la soberanía territorial.

Wheaton (*Elementos de Derecho Internacional*, tom. I, página 136), hablando del principio de que las leyes civiles de un Estado pueden tener efecto fuera de los límites de su propio territorio, en virtud de convenciones especiales, dice:

"Tales son los tratados que autorizan á los cónsules y otros agentes de comercio de una nación á ejercer cierta jurisdicción sobre sus compatriotas en el territorio de la nación donde residen. La naturaleza y extensión de esta jurisdicción dependen de las estipulaciones consignadas en los tratados entre los dos Estados. En las naciones cristianas esa jurisdiccion se limita, en general, á la decisión de litigios en materia civil entre los comerciantes, marineros y otros ciudadanos del Estado, residentes en país extranjero, al registro de testamentos, contratos y otros actos otorgados ante el cónsul, y á la conservación de los bienes de sus compatriotas muertos en el distrito consular. Los cónsules de las potencias cristianas residentes en Turquía y en los otros países del Levante ejercen una jurisdicción civil y criminal sobre sus compatriotas, con exclusión de los magistrados y tribunales del país extranjero. Esta jurisdicción está ordinariamente sometida, en casos civiles, á una apelación á los tribunales. La jurisdicción criminal se limita generalmente á la facultad de aplicar una multa; y en el caso de delitos graves, el cónsul ejerce las funciones de un juez de instrucción".

No menos esplícito que estos autores es Martens en su importante obra titulada *Le guide diplomatique*, artículo 1.°, página 242. Tratando de las atribuciones judiciales de los cónsules, este jurisconsulto se expresa en los siguientes términos:

"En cuanto á la jurisdicción conferida á los cónsules en los Estados europeos, se ha reducido gradualmente á límites más estrechos que los fijados en su origen. Las potencias europeas han reconocido que la jurisdicción subentiende el derecho de soberanía, y no han podido mirar con indiferencia las colisiones ocasionadas por el ejercicio de los poderes consulares en el territorio nacional, y les ha parecido conveniente restringir las atribuciones judiciales de esos agentes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Como el ejercicio de esta jurisdicción reposa por entero en la concesión del soberano territorial, sus límites han sido determinados por tratados especiales; y cuando estos tratados no han podido preverlo todo, la costumbre establecida ha suplido los vacíos, ajustándose al principio de la reciprocidad.

"La mayor parte de las potencias cristianas han estipulado para sus cónsules, en las convenciones acordadas entre ellas, la jurisdicción *arbitral*, dejando, sin embargo, á las partes la facultad de recurrir á los tribunales, ora directamente, ora apelando de la sentencia consular. Algunas no admiten el recurso directo ó el de apelación sino para ante los tribunales del país de las partes.

"A falta de estipulaciones expresas, las leyes, los decretos ú ordenanzas del soberano y las decisiones de los tribunales, juntamente con las instrucciones consulares, establecen y precisan la jurisdicción atribuída á los cónsules. En este caso, como en cualquiera otro, las instrucciones solas no bastarían, en efecto, para determinar los derechos y atribuciones consulares, puesto que su ejercicio depende del asentimiento del soberano territorial. Con todo, ellas dan á conocer, no sólo la medida de las facultades que un gobierno entiende conferir á su agente, sino también por inducción, la latitud que por principio de reciprocidad está dispuesto á conceder en su país á los cónsules extranjeros".

Bluntschli, el autor que ha resumido en forma de código las reglas del Derecho Internacional moderno, dice sobre el particular en su libro titulado *El Derecho Internacional Codificado*, lo que sigue:

"ART. 252. Los cónsules no tienen ninguna jurisdicción contenciosa, á menos que les haya sido conferida expresamente y haya sido reconocida por el Gobierno del país donde residen.

"*Nota.*—Los cónsules francos (europeos) han tenido desde la Edad Media un derecho excepcional de jurisdicción en las escalas del Levante y en los Estados mahometanos del Mediterráneo. Se han admitido recientemente los mismos principios con respecto á los Estados del Asia oriental.

"ART. 253. Pueden ser nombrados árbitros en las diferencias entre sus compatriotas.

"*Nota.*—En este caso deben cuidar de que las partes renun-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cien á apelar de su resolución á la autoridad local. Sin esto, podría suceder que la sentencia del cónsul, pronunciada conforme á las leyes del Estado de que las partes dependen, no fuese ratificada por los tribunales de la residencia del cónsul á causa de diferencias de legislación, y que de este modo viniesen á quedar comprometidas la posición del cónsul y los derechos de su país.

"ART. 260. Los buques extranjeros están sometidos á las leyes y á la jurisdicción del Estado adonde aportan. Sin embargo, en todas las dificultades relativas al buque mismo y á las personas que lo tripulan, y en tanto que el orden público del país y del puerto extranjero no haya sido perturbado, ni haya sido requerida la intervención de las autoridades locales, podrá el cónsul tomar las medidas disciplinarias y practicar las gestiones que sean necesarias para el mantenimiento de la paz y del buen orden".

De las opiniones transcritas, á las cuales podrían agregarse varias otras en igual sentido, resultan los siguientes principios generales:

Los cónsules no pueden ejercer ninguna jurisdicción contenciosa sino con el consentimiento del soberano del país donde residen, consentimiento que debe ser otorgado por medio de una convención especial;

Á falta de un tratado particular, la jurisdicción de los cónsules debe sujetarse principalmente á las leyes, ordenanzas gubernativas y sentencias de los tribunales de cada país y á los usos internacionales;

Conviene que las partes puedan hacer uso del derecho natural de ocurrir á las autoridades locales.

No existe una convención consular entre Chile y Alemania. En el tratado de amistad, comercio y navegación ajustado entre la República y S. M. el rey de Prusia á nombre de la Confederación de la Alemania del Norte, y que fue promulgado el 24 de septiembre de 1863, sólo se estipuló, en cuanto á cónsules, lo siguiente:

"ART. 13. Cada una de las dos partes contratantes podrá nombrar, para la protección de su comercio, cónsules que residan en los territorios ó posesiones de la otra; pero antes que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cualquier cónsul éntre á ejercer su cargo, deberá ser aprobado y admitido en la forma de estilo por el Gobierno del Estado en que va á funcionar; y cada una de las partes contratantes puede exceptuar de la residencia de los cónsules aquellos lugares particulares que juzgue conveniente, con tal que esta excepción se extienda generalmente á los agentes consulares de todos los países.

"Los agentes consulares de cada una de las dos altas partes contratantes gozarán en los territorios y posesiones de la otra, de todos los privilegios, exenciones é inmunidades de que gozan ó gozaren en ellos los agentes de igual rango de la nación más favorecida".

Según el artículo 14 del mismo tratado, los cónsules tienen la facultad de requerir el auxilio que sea conforme á las leyes del país para la aprehensión y entrega de los desertores del servicio naval militar ó de la marina mercante.

Á falta de una convención particular, debe atenderse principalmente á la legislación de la República para decidir si el cónsul alemán en Valparaíso ha podido conocer, con exclusión del tribunal chileno, de la demanda promovida por el marinero de la barca *Adèle* contra su capitán.

Desde luego, importa recordar la disposición de la ley 6.ª, título 11, libro 6.º de la Novísima Recopilación, la cual prescribe que los cónsules extranjeros no tengan otra graduación que la de meros agentes de su nación, y "que no puedan ejercer jurisdicción alguna, aunque sea entre vasallos de su propio soberano, sino componer extrajudicial y amigablemente sus diferencias; si bien las justicias del reino deberán darles el auxilio que necesitan para que tengan efecto sus arbitrarias y extrajudiciales providencias, distinguiéndoles y atendiéndoles en sus regulares recursos".

Según el artículo 99 de la Constitución Política de la República, la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente á los tribunales establecidos por la ley.

El artículo 1.º de la Ley de 15 de Octubre de 1875, conformándose á este precepto constitucional, prescribe que "la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente á los tribunales que establece la ley».

Según el artículo 5.º de la misma Ley, á los tribunales que ella establece estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza ó la calidad de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones que el mismo artículo enumera, entre las cuales no están comprendidas las cuestiones que se susciten por cobranzas de salarios entre los tripulantes y el capitán de una nave mercante extranjera surta en el mar adyacente.

El artículo 9.º de la propia ley prescribe que, reclamada la intervención de los tribunales en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida á su decisión.

El artículo 14 del Código Civil estatuye que «la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los extranjeros».

Atendidos estos preceptos generales de la legislación chilena, es forzoso convenir en que la demanda del marinero de la barca *Adèle* era de la exclusiva competencia de la justicia territorial. Pero la insinuación del señor Ministro de Alemania está fundada en disposiciones del Código de Comercio y de la ley de navegación de Chile, y es necesario examinar si esas disposiciones establecen una excepción positiva á los principios generales que quedan citados.

Es oportuno analizar juntamente con estas disposiciones las de la ley de 28 de noviembre de 1860, que reglamenta el cuerpo consular de la República y es anterior al Código de Comercio.

El artículo 57 de esta ley dispone lo siguiente:

«Corresponde á los cónsules avenir amigablemente las cuestiones ó pleitos que se susciten entre chilenos. Cuando fueren constituídos árbitros por convenio de las partes, en virtud de documentos otorgados ante ellos mismos, las resoluciones que expidieren surtirán pleno efecto en Chile. Si el fallo hubiere de surtir su efecto en el mismo país de su residencia, se sujetarán, para reclamar el apoyo de la autoridad local, á los tratados ó

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

convenciones entre las dos naciones, ó á las leyes ó prácticas locales».

Según esta disposición, que se refiere á todas las cuestiones que se susciten entre chilenos en país extranjero, es claro que la decisión del cónsul, destinada á cumplirse en el lugar de su residencia, quedará sin efecto si no existe una convención especial que autorice á ese funcionario para administrar la justicia en tales casos, y si las leyes ó prácticas locales no permiten el funcionamiento de un tribunal extranjero.

Pero la ley contiene una prescripción especial relativa á casos como el de que aquí se trata, y es la del artículo 78, que dice:

«Toca á los cónsules decidir las diferencias suscitadas entre el capitán, oficiales y otros individuos de la tripulación, acerca de salarios ó alimentos. Decidirán también si hay ó nó lugar á la resolución de los contratos de la gente de mar, y por cuenta de quien han de correr los gastos de repatriación. Decidirán igualmente las cuestiones que puedan suscitarse entre el capitán y los pasajeros, relativas al pasaje; salvo que éstos, desembarcando, prefieran someterse á los juzgados del país, ó que figure entre ellos algún extranjero».

Dada la disposición general del artículo 57, es permitido sostener que la preinserta no hace otra cosa que designar casos especiales en que el cónsul debe interponer la mediación amigable ó ejercer los funciones de árbitro, á que aquel artículo se refiere. ¿Por qué las cuestiones que sobre salarios pudieran promoverse entre un marinero y un capitán chilenos no deberían sujetarse á la disposición del artículo 57 de la ley?

Pero cualquiera que sea la inteligencia que al artículo 78 deba darse, es necesario observar que esta disposición ha sido modificada por una ley posterior de que en breve se hablará.

Entretanto, débese tener presente que, según el artículo 15 del Código Civil, los chilenos residentes ó domiciliados en país extranjero, sólo están sujetos á las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, en lo relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile; y en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 953 del Código de Comercio prescribe:

"Se prohibe á los hombres de mar, so pena de perder sus salarios, demandar al capitán durante el viaje, salvo los casos previstos en el artículo precedente".

El artículo 952 enumera los casos en que es rescindible el empeño del hombre de mar; y dispone que la rescisión á que da lugar el maltrato ó falta de alimentos convenientes podrá ser solicitada durante el viaje ante el juzgado de comercio en los puertos de la República, y en los extranjeros ante el cónsul chileno, y en su defecto ante la autoridad local.

Una disposición análoga á la del artículo 953, que se ha transcrito, consigna el Código de Comercio alemán. El artículo 537 de este Código prescribe lo siguiente:

"El marinero no puede demandar al capitán ante un tribunal extranjero. El contraventor á este precepto será responsable de todos los perjuicios que resultaren y perderá además los salarios devengados hasta entonces.

"Si se trata de asuntos que no admitan retardo, puede reclamar la decisión provisoria del cónsul de su país ó de su agente, ó á falta de éstos, la del cónsul de otro Estado alemán.

"Cada una de las partes debe conformarse provisoriamente con la decisión del cónsul, sin perjuicio de hacer valer sus derechos, concluído el viaje, ante la autoridad competente".

Estas disposiciones reglamentarias del comercio marítimo, tienden á mantener la disciplina necesaria á bordo de las naves mercantes; pero no impiden ni pueden impedir que las autoridades judiciales del puerto extranjero donde estuviere fondeada una nave alemana ó chilena ejerzan su jurisdicción cuando ésta es reclamada por un tripulante para la decisión de un asunto judicial.

Las mismas disposiciones reconocen la posibilidad de que así suceda, y previendo el caso, conminan con una pena al marinero infractor de la prohibición.

La ley de navegación de 24 de junio de 1878, cuyo artículo final deroga, en cuanto le fueren contrarias, las disposiciones del Reglamento Consular y del Código de Comercio, dispone en su artículo 83:

"Cualquier hombre de la tripulación podrá reclamar contra

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el capitán de la multa, reducción ó pérdida de salarios á que haya sido condenado. Si la reclamación se hace en Chile, será competente el juez de comercio del lugar en que se ha ajustado á la tripulación de sus haberes; y si en el extranjero, el cónsul del puerto en que se ha hecho el ajuste. A falta de cónsul será competente el comandante de un buque de guerra de la República, si hubiere alguno. Estas autoridades podrán mantener ó anular, sin apelación, el fallo del capitan, pero con previa audiencia de las partes.

"Si en el extranjero no hay agente consular ni nave del Estado, el marino tendrá acción, durante tres años, para demandar al capitán ante el juez del puerto de salida del último viaje.

"Si el marino ha sido castigado ilegalmente, podrá demandar criminalmente al capitán ante la primera autoridad judicial que encuentre en su viaje".

Como se ve, este artículo reconoce explícitamente á todo marinero de un buque mercante chileno el derecho de interponer su querella contra el capitán ante la autoridad judicial del primer puerto que el buque tocare, aunque sea extranjero, en el caso de haber sido privado injustamente de sus salarios.

Y hé aquí cómo aparece modificada la disposición del citado artículo 78 del reglamento consular de 28 de noviembre de 1860 según el cual toca á los cónsules decidir las diferencias que se suscitaren entre el capitán, oficiales y otros individuos de la tripulación, acerca de salarios ó alimentos.

Resulta, pues, que las referidas disposiciones del Código de Comercio y de la ley de navegación no pueden servir de fundamento á la opinión de que el cónsul alemán, en Valparaíso, ha podido conocer con autoridad propia y exclusiva de la demanda interpuesta por el marinero Pabst. Luego, no es esta una excepción al principio general, de que los tribunales chilenos son competentes para conocer de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza ó la calidad de las personas que en ellos intervengan.

Queda por examinar la práctica que ha adoptado la República, en esta materia, la cual podría invocarse como regla en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el presente caso, á falta de una convención especial con Alemania, según el principio de Derecho Internacional antes citado.

Esta práctica no ha sido uniforme.

La República ha celebrado convenciones consulares con la antigua República de Nueva Granada, con la República del Ecuador y con la del Perú.

En la convención ajustada con Nueva Granada, que se promulgó el 15 de mayo de 1856, se estipuló lo siguiente:

«ART. 41. Los cónsules decidirán las diferencias suscitadas en alta mar, siempre que no figure en ellas un ciudadano ó nacional del país en que residen, entre el capitán y oficiales ú otros individuos de la tripulación. Intervendrán, asimismo, en la policía interior de las naves de su nación surtas en los puertos, y conocerán de las quejas ó cuestiones entre capitanes y marineros sobre contratos de enganches ó salarios. Las autoridades locales conocerán aun en los casos de que habla este artículo:

«1.º Si los desórdenes ocurridos á bordo del buque surto en el puerto perturbaren la tranquilidad pública, sea en tierra ó á bordo de otros buques; 2.º, si en ese desorden, aún cuando no llegare á perturbarse la tranquilidad, se hubieren mezclado individuos que no pertenezcan á la tripulación; 3.º, *si fueren requeridas á intervenir*, ó si mediare queja por actos que importen un grave abuso de parte de las personas encargadas de la policía interior del buque».

Una estipulación completamente idéntica se consigna en el artículo 11 de la Convención Consular ajustada con la República del Ecuador, y que fue promulgada el 2 de marzo de 1857.

Difiere de estas dos convenciones la celebrada con la República del Perú, que fue promulgada el 20 de marzo de 1875.

El artículo 18 de este pacto dice así:

«Los cónsules generales, cónsules, vicecónsules y agentes consulares estarán exclusivamente encargados de mantener el orden interior á bordo de los buques de comercio de su nación, y conocerán por sí solos de las cuestiones de cualquier género que se susciten entre el capitán, los oficiales y los marineros, y

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

particularmente de las relativas al sueldo y al cumplimiento de los pactos convenidos recíprocamente.

"La autoridad local intervendrá exclusivamente cuando los desórdenes que ocurran á bordo de las naves sean de tal naturaleza que perturben la tranquilidad y el orden público en tierra ó en el puerto, ó cuando una persona de la nación ó extraña á la tripulación se encuentre implicada en tales desórdenes.

"Los crímenes y delitos calificados y penados como tales por las leyes del país, cometidos á bordo de dichas naves en aguas territoriales, serán de la exclusiva competencia de la jurisdicción local.

"En todos los demás casos, las autoridades de la nación se limitarán á prestar protección y ayuda á los cónsules y demás empleados consulares cuando éstos lo requieran para hacer arrestar y conducir á prisión á los individuos inscritos en el rol de la tripulación, que, á su juicio, tuvieran culpa en los desórdenes indicados".

En el tratado de amistad, comercio y navegación entre Chile y Francia, promulgado el 17 de mayo de 1853, se pactó lo siguiente:

"ART. 22. En todo lo concerniente á la policía de los puertos, al embarque y desembarque de los buques, á la seguridad de las mercaderías, bienes y efectos, los súbditos de los dos países estarán respectivamente sujetos á las leyes y estatutos del territorio. Sin embargo, los cónsules respectivos estarán exclusivamente encargados de la policía interna de los buques de comercio de su nación, y las autoridades locales no podrán intervenir en ello".

Nótese que la Francia, que es la nación europea que más extensas facultades ha otorgado á sus cónsules en países cristianos, se limitó á estipular en su tratado con Chile la intervención consular en la policía interior de los buques mercantes.

En el tratado de amistad, comercio y navegación entre Chile y Cerdeña, promulgado el 10 de marzo de 1857, se estipuló:

"ART. 21. Los cónsules respectivos estarán exclusivamente encargados de la policía interna de los buques de comercio de su nación, y las autoridades locales no podrán intervenir en ello.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"Corresponde también á dichos cónsules intervenir en las diferencias que se susciten entre el capitán, los oficiales y la tripulación. Pero si ocurrieren desórdenes que puedan turbar la tranquilidad pública, ó apareciese implicado en ellos algún ciudadano ó súbdito del país ó alguna persona que no pertenezca á la tripulación, podrán las autoridades locales intervenir en ellos para su represión y castigo".

En los demás tratados celebrados por la República se consigna solamente la facultad de establecer agentes consulares de cada uno de los países en el otro, para la protección del comercio; estipulándose que los cónsules, secretarios y oficiales gozarán de las franquezas y privilegios que se conceden á los de la nación más favorecida, en el lugar de su residencia.

Entre las prerrogativas que en términos generales se otorgan así á los cónsules no está comprendida la facultad de administrar justicia en ningún caso, la cual fue siempre materia de una estipulación especial.

En verdad, esta práctica varia no está hecha para servir de norma á un procedimiento cualquiera, en defecto de una convención particular. Se ve, no obstante, que en ella aparece adoptada más de una vez la regla de que la magistratura local debe intervenir en las cuestiones que se susciten sobre salarios entre un tripulante y el capitán de una nave extranjera surta en aguas territoriales, siempre que es requerida esa intervención.

Esta es la regla que más conformidad guarda con la legislación de la República, siendo además admitida por el Derecho Internacional, como arriba se ha expuesto.

Los tribunales chilenos no pueden excusarse, según el artículo 9.º de la Ley de 15 de octubre de 1875, de ejercer su autoridad cuando su intervención es reclamada en legal forma en negocios de su competencia.

En virtud de este precepto, y con arreglo á los artículos 1.º y 5.º de la misma ley, el juzgado especial de apelaciones de Valparaíso, cuya intervención reclamó el marinero Pabst, estaba en el deber de declararse competente para conocer de la demanda ó querella interpuesta por ese individuo.

El Gobierno de la República está en la imposibilidad de con-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

venir por sí sólo en el establecimiento de una práctica diversa; porque se trata de atribuciones del Poder Judicial, y el artículo 100 de la Constitución Política del Estado prescribe que sólo en virtud de una ley se puede hacer innovación en las atribuciones de los tribunales.

Para que los tribunales chilenos se inhibiesen del conocimiento de una querella como la interpuesta por el marinero Pabst, cual en casos análogos lo hacen los tribunales alemanes, sería necesario que una convención especial, promulgada como ley de la República, así lo dispusiese.

Entretanto, la diferencia de legislación y los demás fundamentos que quedan expresados, impiden al Gobierno de Chile, á juicio del infrascrito, acceder á la insinuación hecha por el señor Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de Alemania en su respetable nota de 25 de junio último.

ROJAS.

BANDOS DICTADOS POR EL GENERAL EN JEFE DEL EJÉRCITO DE "ASAMBLEA"

ARTÍCULO 13, TÍTULO LIX DE LA ORDENANZA GENERAL DEL EJÉRCITO

Estado de *asamblea*, sinónimo de estado de *guerra*, es la situación excepcional en que se halla la República cuando se ve agredida por una nación extranjera ó turbada por disenciones civiles de sus habitantes armados unos contra otros.

Es la situación opuesta á estado de *paz*, ó sea, la normal de quietud y sosiego públicos.

Por la naturaleza misma de la situación, se ha admitido como principio de legislación universal, que en el estado de *guerra* es menester que la autoridad militar extienda sus facultades con menoscabo de las funciones de la autoridad civil, la cual sólo las ejerce libremente y en su plenitud en el estado de *paz*.

Como razón de esta teoría, se dice, vale más conceder dichas facultades á la autoridad militar, que no dejar se las tome arbitrariamente, haciéndola responsable de todos sus actos á fin de que no queden impunes los abusos que cometa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La legislación de España, por ejemplo, acepta este principio general, pero aun no existen leyes positivas que lo reglamenten.

En Francia existe la ley de 8 de julio de 1791, que fue modificada por la de 19 de fructidor del año V, que estableció es al jefe del Poder Ejecutivo á quien incumbe, sin el concurso de otra autoridad, declarar en estado de guerra una ó más plazas del territorio.

En Chile, el número 7 del artículo 95, antiguo 104, de la Constitución y el artículo 1.º, título LIX de la Ordenanza General del Ejército, mandada regir por decreto supremo de 25 de abril de 1839, determinan la autoridad á quien corresponde tal declaración.

La Ordenanza en la disposición citada dice: "Incumbe al Gobierno la designación del paraje de *asamblea*, que es aquel que señala para que se reunan los tropas cuando resolviere que se forme ejército destinado á obrar ofensiva ó defensivamente dentro ó fuera del territorio de la República contra los enemigos de ésta".

La disposición constitucional prescribe: compete al Consejo de Estado: "Prestar su acuerdo para declarar en estado de *asamblea* una ó más provincias invadidas ó amenazadas en caso de guerra extranjera".

Del texto literal de la disposición de la Ordenanza parece no es conforme la declaración de estado de *asamblea* de uno ó más parajes cuando no se tiene el propósito de reunir ejército con los fines expresados.

El mando de este ejército, que la Ordenanza llama también de *asamblea*, corresponde á un funcionario que con el título de General en Jefe designa el Supremo Gobierno, salvo que el Presidente de la República tome el mando de él en conformidad al número 17 del artículo 73 de la Constitucion, antiguo artículo 82.

El General en Jefe, cuyo cargo no existe de un modo permanente y habitual en el rol de nuestro mecanismo administrativo, ejerce funciones especiales que sólo á él incumben; y también funciones normales de otras autoridades que pasan á él por el hecho de su designación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Dado á reconocer por el comandante de armas de la provincia de *asamblea*, si en ella se hiciere la guerra ó fuere confinante con la extranjera donde hubiere de obrar el ejército, le corresponde el mando absoluto de las armas en tropas y fortalezas de dicha provincia.

Al mismo funcionario, encontrándose el ejército en campaña ó al jefe de división cuando dicho ejército estuviere separado, corresponde, en conformidad al decreto supremo de 9 de marzo de 1852, aprobar ó reprobar las sentencias de los consejos de guerra ordinarios en los delitos de sedición, tumulto ó motín.

Sin embargo, y á pesar de los términos expresos de la ley y aplicando el artículo 10, título LXXIX de la Ordenanza, se entiende en la práctica que le corresponde también aprobar ó reprobar todas las sentencias de los consejos de guerra ordinarios.

Tal jurisprudencia establecen entre otras las sentencias números 1,387 y 1558 de la *Gaceta de los Tribunales* del año 1879.

Le incumbe también, en conformidad al artículo 13, título LIX de la Ordenanza "promulgar los bandos que hallare conducentes al mejor servicio: éstos serán la ley preferente en los casos que explicare, y comprenderán á todos los que declaren en ellos las penas que impusiere".

Estos bandos no pueden anular ni destruir las atribuciones del comandante de armas, y la de los magistrados y jueces que de él dependan, y con mucho mayor fundamento no alteran tampoco las que competen á la justicia ordinaria.

La misma Ordenanza así lo establece en los artículos 8.º y 11 del mismo título 7.º, título LXXV y en el 11, título LXXX.

En consecuencia, los bandos de un general de jefe en paraje de *asamblea* tienen las limitaciones siguientes:

1.ª Ellos sólo comprenden á los individuos del ejército ó á las personas que sigan á éste como ambulantes, cirujanos, capellanes, contadores, etc.

2.ª La jurisdicción de los jueces ordinarios sobre las personas á quienes la ley no sujeta al fuero de guerra, no puede ser alterada ni menoscabada por dichos bandos.

3.ª Las penas señaladas por la misma Ordenanza para los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

delitos que ella define no pueden tampoco ser modificadas en virtud de esas disposiciones.

Sin embargo, tales preceptos no han tenido siempre la misma aplicación, pues se ha creído que en el territorio declarado en estado de *asamblea* cesaba la garantía de ser juzgado por el tribunal competente, quedando todas las personas, fueran ó no militares, sometidas á la jurisdicción militar en materia criminal por toda clase de delitos, fueran ó no militares.

Tal fue lo que ocurrió en 1865 con motivo de un bando promulgado en Mulchén, antigua provincia de Arauco, en 21 de noviembre por el comandante de armas y en el cual estableció lo siguiente:

"1.º Prohíbese á los habitantes cristianos de esta provincia internarse bajo cualquier pretexto en el territorio indígena, reputándose como tal para los efectos de esta disposición, el que se extiende al sur del Malleco en este departamento. El que violare esta prohibición será considerado como mantenedor de inteligencia con los indígenas enemigos y sufrirá por ello la pena de muerte.

"2.º El que en el territorio de este departamento y en el de la Laja cometiere robos, incendios voluntarios y asesinatos sufrirá también la pena de muerte.

"Los delitos á que se refieren los dos artículos precedentes serán juzgados en consejo de guerra verbal y en conformidad á las prescripciones de la Ordenanza General del Ejército".

Ello dió margen á una reclamación de la Excma. Corte Suprema dirigida á S. E. el Presidente de la República, por considerar dicho bando como atentatorio á las garantías individuales y á la jurisdicción que ejercen los jueces ordinarios, y en ella se fijó el verdadero alcance legal de tal facultad de un General en jefe.

Esta teoría la sostuvo el tribunal con un brillante acopio de razones legales y la dió á conocer á las Cortes de su dependencia por una circular fechada en 2 de enero de 1867, firmada por don Manuel Montt, como presidente de dicha Corte.

En 1872, por una comunicación cambiada por el Excmo. Tribunal con el Ministerio de Guerra, quedó establecido por mutuo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

acuerdo de ambos poderes públicos era ese el alcance legal de la disposición que comentamos.

Y á ello se ciñó igualmente el Honorable Consejo de Estado cuando hubo de dirimir la contienda de competencia entablada por el Vicealmirante, señor don Patricio Lynch, á la Excelentísima Corte Suprema, en agosto de 1882, como general en jefe del ejército del norte, con motivo de un bando promulgado en Lima en 14 de marzo de 1881.

JULIO ZENTENO B.

Los Ángeles, enero de 1891.

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

Todo juicio en absoluto principia por demanda; pero todo juicio en especial principia por su demanda especial. El ordinario, por la demanda ordinaria, ó simplemente por demanda; el ejecutivo, por la demanda ejecutiva; el de amparo, por la demanda de amparo, etc. De modo que, cuando se diga demanda, debe entenderse únicamente la de juicio ordinario.

Ordinario se le llamó, porque fue el más común, el más general, y porque en él se procedía según un orden dado, y conocía el juez ordinario, el juez común.

El Proyecto no dice cuándo principia este juicio, cuándo se traba ó nace el cuasicontrato de litis-pendencia y cuándo termina el juicio. Esto es útil estatuir: 1.º, para determinar con precisión los efectos jurídicos que provienen de estas distintas situaciones legales; y 2.º, para saber cuándo las cosas, las acciones ó las personas están ó no en juicio respecto de estos tres estados; por cuanto de cada una de estas tres situaciones, algunos derechos arrancan su existencia, como poner posiciones, rendir prueba, etc.

También el Proyecto pasa por alto el determinar lo que es propio de este juicio; así como no lo pasa al tratar de las otras clases de juicios, pues en ellos se determina este punto.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con tal silencio se deja al juez en suma amplitud y á los litigantes sin tener nada seguro en que apoyar el ejercicio de su derecho. Contra esto hay que reaccionar; y es preciso legislar este particular y circunscribir la latitud que el actual orden de cosas permite subsistir.

Es materia propia del juicio ordinario la accion reivindicatoria, la de petición de herencia y la de los derechos personales, siempre que la cuantía sea de más de doscientos pesos y siempre que se pida que el juez declare el derecho correlativo. Hay que poner el elemento de la *cuantía*, como un distintivo con los juicios de menor y de mínima cuantía; y el de la *declaración*, como un distintivo con el juicio ejecutivo.

Ya podríamos dar forma á algunas de las ideas dominantes que hemos expresado.

JUICIO ORDINARIO

TÍTULO PRIMERO.—Demanda

"ART. 217, *a*.—El juicio ordinario *principia* con *la demanda*, *se traba* con la contestación y *termina* con la sentencia definitiva cumplida".

"ART. 217, *b*.—Es *materia exclusiva* de este juicio la acción reivindicatoria, la de petición de herencia y la de los derechos personales, siempre que sean de mayor cuantía y se pida que el juez declare el derecho correlativo".

"ART. 217, *c*.—Todo juicio de mayor cuantía se tramitará por escrito, en idioma español y ante el juez de letras ó su subrogante legal, menos aquellos casos expresamente exceptuados por la ley respecto al juez".

En el artículo 217, *a*, se consignan tres verdades incontrovertibles. Es cierto que en la sesión 2.ª de la Comisión Revisora, del 30 de abril del 75, se rechazó el siguiente artículo propuesto por el señor Zegers: "El juicio ordinario comenzará por demanda".

El señor Lira, autor del Proyecto primitivo, lo combatió, diciendo que era una regla de jurisprudencia mas bien que precepto de ley, que lo que dicho artículo contenía se deducía del 209, y que con demanda principian todos los juicios. Estas tres

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

razones, sobre todo la primera y la última, contienen algo de inexacto, como vamos á verlo.

El precepto propuesto por el señor Zegers en forma *indeterminada*, y el precepto en forma *definida*, contenido en la primera proposición del artículo 217, *a*, no es exacto que sea *impropio* de un Código: 1.º, sin ir á otras legislaciones, existe consignado en el artículo 224 del Código de Enjuiciamiento Español; 2.º, porque los Códigos se hacen mejores cuando llegan á contener esas reglas de que nos habla el señor Lira, y las cuales son elaboradas por esos sabios del Derecho, llamados jurisconsultos. Esa regla existe en las legislaciones positivas.

En general, todo juicio principia por demanda, pero en especial cada juicio comienza por una demanda especial. En abstracto, el primer principio es cierto; en concreto, en el terreno positivo, el segundo principio es el verdadero. Ya hemos explicado que la palabra sola, *demanda*, significa únicamente la del juicio ordinario; de manera que, en este sentido, no es efectivo que todo juicio principie por la demanda. El artículo *la* determina la idea.

La sentencia de que habla el artículo 217, *a*, debe tener dos caracteres necesarios: el ser *definitiva* y el ser *cumplida*. La ejecución es lo último de un juicio.

Ejecutoria no es lo mismo que *ejecutada*. Lo ejecutorio mira á la falta de recurso en una sentencia, á su carácter de firme; lo ejecutado mira á su cumplimiento, á su ejecución.

Por el artículo 217, *b*, se designan tres clases de acciones y el objeto directo del juicio ordinario. Este artículo está en armonía con el precepto del artículo 6.º de la reforma. Si, fuera de las tres diversas especies de acciones enumeradas en el artículo 217 *b*, quedara alguna contenciosa que no fuese materia de un juicio especial, se le aplicaría la regla del artículo 6.º dicho. En cuyo caso no vendrán todos los trámites del juicio ordinario, sino sólo los esenciales. Los juicios no contenciosos, que se hagan contenciosos, estarán sujetos á estos principios. Dichos juicios, según el precepto del artículo 6.º del Proyecto, tendrían que cargar con todo el séquito de los trámites del juicio ordinario. Previo lo expuesto, ya puede verse cuál sistema es preferible.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 217, *c*, llena un vacío. Sin él y en el silencio del Proyecto, se podría presentar escritos en japonés ó en inglés, ó bien, el juicio se podría interponer verbalmente. En esta vaguedad todo quedaría sujeto á la voluntad del juez; y entonces...! si el juez es voluntarioso..., no quedaría piedra sobre piedra y sería el crujir de dientes de los ciudadanos!... Para evitar ese extremo, es necesaria la existencia del artículo.

Antes de pasar más adelante y antes de entrar en el examen del procedimiento fijado por el Proyecto al juicio ordinario, debemos exponer en términos generales el *plan del Código* y el *plan de nuestro sistema.* Ambos distribuyen la materia en títulos; pero el Proyecto disemina las materias al capricho y sin guardar lógica; nosotros según un principio único. Habrá tantos *títulos* como *estados* pueda tener el juicio ordinario. En cada *título* se acumulará toda la materia propia de cada litigante; y se dividirá en *secciones*, que comprendan las reglas generales una, y las especiales de cada orden otras. Esta regla general sufrirá su excepción en los casos que haya evidente utilidad de acumulación.

Veamos los títulos del Proyecto y sus epígrafes. El I y III están ya analizados y pasan á formar uno sólo en el Libro I.

Los demás son como sigue:

"*Título II.*—De la demanda y emplazamiento.—*Título IV.*—De las excepciones dilatorias.—*Título IV, bis.*—De la citación de evicción.—*Título V.*—De la contestación y de los trámites posteriores del juicio hasta el estado de prueba ó de sentencia.—*Título VI.*—De la reconvención.—*Título VII.*—De la prueba en general.—*Título VIII.*—Del término probatorio.—*Título IX.*—De los medios de prueba en general: párrafo 1, disposición general; 2, de los instrumentos; 3, de los testigos y de las tachas; 4, de la confesión en juicio; 5, del juramento deferido; 6, de la inspección personal del tribunal; 7, del juicio ó reconocimiento de peritos; 8, de la apreciación comparativa de los medios de prueba.—*Título X.*—De la unión de la prueba, de los alegatos de bien probado y de la conclusión del pleito. *Título XI.*—De los trámites de la apelación".

Contiene 11 títulos, y el 9.º tiene 8 párrafos ó secciones. La materia está distribuída *caprichosamente:* hace figurar en un

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

título lo que es heterogéneo y propio de dos títulos; y se coloca en dos ó más títulos materia homogénea y propia de un solo título, como pasamos á probarlo.

Nosotros dividimos en *seis grupos* las reglas de tramitación del juicio ordinario. Veamos el epígrafe que damos á cada grupo, el que corresponde á un estado del juicio por regla general.

"Título I.—*Demanda.*—Título II.—*Contestación.*—Título III. —*Prueba:* sección 1.ª, *reglas generales;* sección 2.ª, *instrumentos;* sección 3.ª, *confesión;* sección 4.ª, *testigos;* sección 5.ª, *inspección.*—Título IV.—*Alegato y contra alegato.*—Título V.—*Sentencia.*—Título VI.—*Apelación*".

Todo queda así repartido en seis títulos; todo lo relacionado con una *idea capital*, encerrado en cada título, y el III subdividido sólo en *cinco secciones científicas.*

El *primer estado* de un juicio ordinario es la *demanda.* El I *título* debe rotularse solamente *Demanda.* Al rededor de esta idea capital deben colocarse todas las obligaciones y derechos del demandante y que se relacionen eon ese estado.

Es verdad que el Código Español rotula este título como lo hace el Proyecto; pero ello no es lógico ni es científico.

El *emplazamiento* no pertenece al demandante, corresponde al sujeto demandado; no forma parte del estado de demanda, sino del segundo estado del juicio, de la contestación; sus reglas deben ir á la esfera donde se desarrolla el demandado, con quien están íntimamente relacionadas; en ese título deben figurar, al rededor de la idea capital, la contestación.

El *segundo estado* de un juicio es la *contestación.* El II *título* debe tener por epígrafe sólo la voz de *Contestación.* Junto á esta idea principal debe colocarse todo lo establecido en protección y beneficio del demandado y que se relacione con el segundo estado del juicio. En esta categoría entran el *emplazamiento* del título II del Proyecto, las *excepciones dilatorias*, título IV, la *citación de evicción*, título IV bis, y *todo* el V y VI títulos del Proyecto. Todo ello es propio de derechos y obligaciones concernientes al demandado; le atañen directamente.

¿Por qué hemos de poner en un título el emplazamiento, unido con la demanda, cuando no es materia homogénea, ni es aquél materia relativa á ese estado? No lo sabemos.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El emplazamiento, la citación, las excepciones, son elementos que corresponden al demandado desde que se le notifica la demanda. Ellos son establecidos en protección de él; nada tienen que ver con el demandante directamente. Á éste no se le cita ó emplaza, no se le da la citación, ni él maneja el arsenal de las excepciones. Todo esto concierne al demandado, le impone obligaciones y le garantiza sus derechos; sólo atañe á él principalmente. Por eso toda esta materia ha sido agrupada en un sólo título, es el II de la reforma, comprendiendo el IV, IV bis, V y parte del II del Proyecto, así como el título VI.

El *tercer estado* de un juicio es la *reconvención* y la *recontestación.* Así como lo primero es *volver* á demandar, lo segundo es *volver* á contestar. Este estado lo incluímos en el título II por lo íntimamente ligado con él.

El *cuarto estado* de un juicio es *la prueba.* El III *título* sólo debe rotularse "*Prueba*"; y comprende toda la materia de los títulos VII, VIII y IX del Proyecto. Dividimos el título en *cinco secciones: una*, que contiene las *reglas generales* de los medios probatorios, sea que ellas tengan aplicación *antes* de rendirse la prueba ó *después* de rendida; las *otras cuatro* tratan de las *cuatro especies de prueba*, que reconocen la reforma y la *ciencia.*

Las *tachas* no es un estado distinto del de prueba; es el mismo estado, porque se está siempre en prueba. En las tachas hay término de prueba y pruebas de tachas y de abono.

El *quinto estado* es la discusión á la luz de las probanzas; consta de dos partes, el *alegato* y el *contra alegato;* comprende todo lo que se relaciona con estas dos ideas primordiales.

El *sexto estado* es el de *sentencia.* Éste ya está legislado en el Libro I y se omite en el presente.

El *séptimo estado* y V título es la *apelación.*

En primera instancia, como *iniciación* del recurso hasta el envío de los autos, sección que ya está tratada; y en segunda instancia, como llegada de los autos, trámites y fallo, y devolución de ellos, sección que falta que legislar y que es materia del título V.

Tal es en esqueleto nuestro plan, que conceptuamos más sencillo y más lógico que el del Proyecto. Se desarrolla en este

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Libro en cinco títulos. El artículo que sigue es del Proyecto.

"ART. 217. La demanda debe contener:

"1.º La designación precisa del Tribunal ante quien se entabla;

"2.º El nombre y personalidad ó representación legal del demandante ó de su procurador;

"3.º El nombre y personalidad ó representación legal del demandado ó de su procurador;

"4.º Los hechos y los fundamentos de Derecho en que se apoya;

"5.º La expresión clara de lo que se pide que el Tribunal resuelva".

Las cinco cosas que debe contener una demanda según este artículo, son las mismas que señala la ley 40, título II, Partida 3.ª, la cual ordena que la demanda sea por escrito.

Derivándose el artículo 217 de esta ley de Partida, bien pudiera haber algún juez que exigiera que la demanda principiase, como en aquella ley, con el nombre de pila y el agregado del lugar, diciéndose: "Ante vos, don Julián, Juez de tal logar", que en el lenguaje moderno sería equivalente á decir: "*Ante vos, don Emilio Cisternas, Juez del departamento de Cauquenes*", por ejemplo.

Esto cabe dentro de la generalidad del número 1.º del artículo 217; por consiguiente, es conveniente restringirla y dejarla limitada á su positiva extensión.

En un escrito hablamos con el juez; por consiguiente, debemos llamarle la atención por medio de un *vocativo* que contenga su tratamiento y su título ó nombre de autoridad. Los títulos de los jueces que intervienen en los juicios ordinarios, son Juez de Letras, generalmente; Alcalde, como subrogante; Corte de Apelación, para ciertas personas privilegiadas con esta categoría de jueces, y que la ley determina taxativamente.

En el número 2.º se concibe que se ponga el nombre del demandante ó de su procurador; pero la personalidad del demandante es cosa que no comprendemos. Él procede por sí, no tiene representación de otro, que es lo que el Proyecto llama personalidad. Por lo expuesto consideramos defectuosa la redacción, y debe corregírsela.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Lo dicho es aplicable á la redacción del número 3.°, que también conceptuamos deficiente por idénticas razones.

El número 4.° dice: "los hechos... en que se apoya". ¿Quién? La demanda. ¿El escrito ó la petición, la forma ó el fondo? No se sabe, porque no lo dice el artículo, así como tampoco dice que sea el escrito el que debe contener las cinco cosas que se enumeran; no obstante, hay que admitir que el artículo se refiere á la forma externa de la demanda, á la solicitud; en cuya inteligencia el sujeto de *apoya* no puede ser *escrito*, sino *petición*, porque es ella la que puede tener por base los hechos y fundamentos de Derecho: tal base no es propia del escrito. Vemos, pues, que "demanda" tiene en general en este artículo el sentido de "solicitud", "escrito"; y cuando se aplica al número 4°, tiene el sentido de "petición", lo que no dice el Proyecto, y debe decirlo.

El número 5.° es un detalle del 4.°. En éste se ordena que la petición se apoye en hechos; y en aquél, que sea clara.

Con lo expuesto, queda de manifiesto la vaguedad del precepto del artículo analizado; con él no se puede ir en cierto.

Viendo lo que sucede en la práctica constante, llegamos á la conclusión de que el artículo 217 no traduce esa práctica.

Un escrito de demanda debe principiar, según nuestro sentir, por la *suma*, ya prescrita en el artículo 28, para toda solicitud. Siguen las *iniciales* del tratamiento y del título del juez, á quien va dirigido, llamado de *letras* ó de *escritos*, en la generalidad de los casos. Viene en seguida el *nombre* y *apellido paterno* y *materno* del que ejèrcita el derecho por sí, ó el de su representante si demanda éste á nombre de aquél; la *representación* que se atribuye, y de quién ó de quiénes, expresando nombres y apellidos, ó su designación legal especificadamente. *El hecho positivo* que se demanda, significado por el verbo *demanda*. Después *se designa* la persona *contra* quien va el derecho ó que está *sujeta á la obligación* correlativa. También hay que *expresar* á su *representante legal*, si el demandado es incapaz de parecer en el juicio ó si es persona jurídica. Esta designación debe hacerse con las mismas especificaciones prescritas respecto del demandante. La demanda *se inicia contra* quien debe obligarse y *se notifica al que* debe comparecer en juicio. Las especificaciones

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tienen por objeto individualizar los sujetos á fin de que no se confunda uno con otro. Este es el principio general, base de la reforma.

Se debe expresar el *lugar* dónde habita el actor, y dónde el demandado; y la circunstancia de ser mayor de edad ó *hábil para contratar*, ó inhábil ó *incapaz*, y la *causa* de la incapacidad.

Debe decirse la *obligación*, que se traduce en el fin ú objeto de la demanda; el cual es *dar, hacer ó no hacer alguna cosa.* Esto es lo único á que una persona puede estar obligado, según el artículo 1,438 del Código Civil.

Igualmente debe expresarse el *derecho* de que nace esa obligación; lo cual se enuncia exponiendo *el por qué ó la causa* por la cual se pide. La *causa* debe contener el derecho ejercitado; ella viene á ser el derecho mismo del demandante. La fórmula de lo argumentado sería: "Fulano demanda á Zutano tal cosa, porque tiene tal derecho sobre ella". Este sería su esqueleto preciso.

Vemos que en una demanda hay: 1.°, el demandante ó el *dueño* de un derecho; 2.°, el demandado ó el *obligado* por ese derecho; 3.°, la *cosa* demandada *en que se ejercita* dicho derecho; ó bien el derecho en relación con la cosa, en relación con el agente ó actor, y en relación con el obligado.

De este principio fundamental, que consignaremos en un artículo, fluyen varios pormenores relativos á cada parte ó á cada elemento de dicho artículo.

Ellos constituirán otras tantas disposiciones, que se echan de menos en el Proyecto; sin embargo de hallarse consignadas en los autores, como reglas, y en la ley de Partidas, como preceptos legales.

Con lo dicho, podríamos redactar el artículo 217 en esta forma concreta:

"ART. 217. El escrito de demanda contendrá:

"1.° Las *iniciales* del tratamiento y del título del juez á quien se dirige;

"2.° El *nombre* y *apellidos* paterno y materno del demandante;

"3.° La expresión "*demanda*";

"4.° El *nombre* y *apellido* paterno y materno del demandado, y si fuere éste persona jurídica, su *designación legal*;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"5.º La *cosa* que se pide;

"6.º El *derecho* determinado que se tiene sobre dicha cosa y que se ejercita;

"7.º La *fecha* de presentación y la *firma* del que la inicia".

El caso que contempla este artículo, es el que el demandante y demandado sean una sola persona cada uno y puedan parecer por sí en el juicio, ó que el demandado sea persona jurídica. Esta es la regla general ó más frecuente. En los artículos que siguen, van comprendidos los demás casos que puedan ocurrir.

"ART. 217, *ch.* Después del apellido del demandante ó del demandado, cada uno expresará por su parte el *lugar* preciso donde habite, y la circunstancia de ser ó no *hábil* para contratar".

"ART. 217, *d.* Si una persona *interviniere* en un juicio *á nombre de* uno de los litigantes, expresará su *nombre* y *apellido*, la naturaleza de la *representación* en cuya virtud procede, y el *nombre* y *apellidos*, ó la *designación legal* de la persona que representare."

"ART. 217, *e.* Si se pidiere la *tenencia* ó la *posesión* de una cosa ó *las dos* á la vez, no se comprenderá pedir el *dominio*, pero, si se demandare simplemente una cosa, sin decir que se pide el dominio, ó la posesión, ó la tenencia, se entenderá que se piden las tres cosas".

"ART. 217, *f.* Si la *cosa* pedida fuere un *fundo*, se expresará su nombre, extensión, lugar y subdelegación de ubicación, fundos colindantes por sus cuatro puntos cardinales, con especificación de sus dueños actuales y los de la fecha á que se refiere la demanda, y las líneas ú objetos que separen lo litigado de lo que no entra en el litigio.

"En el *resto de las cosas inmuebles* bastará que se individualice la demanda con aquellas señales inequívocas que la distingan de las demás de su especie".

"ART. 217, *g.* Si la *cosa* demandada fuere *semovente*, se expresará la especie, el sexo, la edad, calidad, color y cuantas circunstancias la individualicen y no permitan que se confunda con otra de la misma especie".

"ART. 217, *h.* Si la *cosa* pedida fuere *mueble inanimada*, se dirá el nombre del individuo ó especie, su número, medida ó peso, su clase ó calidad, su estado y cuantas particularidades

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la individualicen para no confundirla con otra de su misma especie».

«ART. 217, *i.* Si se pidieren los *frutos* de un fundo, la *cuenta* de una administración, una *herencia*, los *muebles* de una casa cerrada ó *el contenido* de una maleta ó caja, cerrada ó con llave, bastará que, en éstos y en casos semejantes, se especifique el *continente*, á saber: el fundo, la administración por las cosas que comprende, la herencia, la casa, la maleta ó caja, para no confundirlo con otro de la misma especie».

«ART. 217, *j.* Si á la vez se pidieren *varias cosas* ó si la demanda comprendiere *varios puntos*, deberá determinarse cada cosa ó expresarse cada punto separadamente, bajo un orden numérico».

«ART. 217. *k.* Si el *derecho* en que se fundare la demanda, fuere *real*, se indicará el modo como se adquirió y el hecho constitutivo del contrato de que procede, la fecha y la historia brevísima de su existencia, anunciándose únicamente los hechos positivos efectuados en virtud de ese derecho».

«ART. 217, *l.* Si el *derecho* fuere *personal*, se enunciará el *hecho constitutivo* del contrato de que nace, determinando lugar, tiempo, modo ó forma, y personas ante quienes se consumó; los hechos del demandado que agraven su proceder, y la afirmación perentoria de falta de cumplimiento del acto en todo ó en parte».

«ART. 217, *ll.* El demandante ó en su caso su representante pondrá, al pie de la demanda ó después de las peticiones accesorias, la *fecha* en que se presentare, y en seguida su respectiva *firma entera.* Si no supiere firmar ó si no lo pudiere hacer, firmará otro á su ruego».

«ART. 217, *m. Después* de la petición principal de un escrito de demanda ó de otra especie, se podrá agregar *peticiones accesorias* en uno ó en varios acápites, pero siempre poniendo un número de orden antes de cada petición.

«En consecuencia, se podrá pedir: 1.º, que el contendor pague las costas ajenas; 2.º, que nombre un procurador en tal plazo, bajo apercibimiento de notificarlo por anotación; 3.º, si son varios, que nombren un procurador común, bajo el mismo apercibimiento; 4.º, que se cometa tal diligencia á tal funciona-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rio; 5.º, que se habilite día, hora y lugar; 6.º, que se haga tal nombramiento; 7.º, que se despache exhorto; 8.º, que se tenga por constituído un poder otorgado; 9.º, que se certifique tal cosa ó que se agregue copia de tal otra; 10, que se tenga por presentado tal documento; etc.»

«ART. 217, *n.* La demanda debe *encerrarse* exactamente dentro de los términos de la acción deducida.

«Si hubiere exceso en pedir más de lo que se debe, el solicitante será necesariamente obligado á *pagar las costas* del contendor».

Los diecisiete artículos que preceden, *pueden* con ventaja reemplazar al 217 del Proyecto. Comparemos el sistema de este artículo con el desarrollado en los diecisiete de la reforma.

El Proyecto usa la voz «demanda» para indicar el escrito ó solicitud que la contiene. Para evitar este sentido metafórico y para preparar el próximo uso de tal significado, decimos en la reforma «escrito de demanda,» á fin de decir después, como su equivalente, sólo «demanda».

El Proyecto dice «designación», que significa «la acción y el efecto de designar; nombramiento de determinada persona para un cargo, comisión ó cometido».

«*Designar* es «señalar, determinar, proyectar, nombrar á determinado sujeto para el desempeño de un cargo, una misión ó un cometido; elegir».

La «*designación*» es, pues, «el nombramiento que se hace á uno para juez de letras del departamento tal». Con todas estas palabras se le designa ó nombra en el decreto respectivo; de manera que, según la redacción del Proyecto y dando á dicha voz su sentido natural, habría que colocar en la demanda la siguiente frase, entera y no truncada: «Juez de letras del departamento de Santiago», por ejemplo.

En Chile no se practica esto; sólo se acostumbra poner las iniciales del tratamiento legal y del título de la autoridad. El Proyecto enuncia esto bajo forma enigmática. La reforma incorpora esta práctica en la legislación; destierra la voz «designación» por impropia, y en su lugar usa la frase «las iniciales del tratamiento y del título», iniciales de dos cosas.

«*Personalidad*» es «la diferencia individual, característica, que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

constituye tal á una persona, singularizándola y distinguiéndola de cualquiera otra; especie de inclinación ó aversión á determinada persona; la persona misma, el individuo».

En la primera sesión y en la tercera de la Comisión Revisora, el señor Lira expone que la palabra «personalidad» tiene una acepción legal, significa «el carácter con que una persona interviene en un juicio», y es la misma que emplean la ley española y los escritores peninsulares.

Si el señor Lira hubiera querido dar á la voz «personalidad» el significado que le atribuye, le habríamos secundado en su esfuerzo. Pero, ni esa acepción se le conservó en el Proyecto, ni con ella figura en el Código Español, ni se menciona dicha voz en el *Diccionario de Legislación* de don Joaquín Escriche. Ella no es voz que tenga una significación legal, sino propia del lenguaje común; por eso no existe en Escriche.

El artículo 18 del Código Español dice:

«1.° El poder que acredite la *personalidad* del procurador...

«2.° El documento ó documentos que acrediten *el carácter con que el litigante se presente en juicio* en el *caso* de tener representación legal de alguna persona ó corporación, ó *cuando* el derecho que reclame provenga de habérselo otro transmitido».

Preguntamos: en lugar de las palabras subrayadas en el número 2.°, copiado, y que corresponden á la acepción del señor Lira, ¿por qué no se usó la voz *personalidad?* Esas palabras correspondían á la acepción del señor Lira.

El Proyecto, en virtud de la opinión de la Comisión Revisora, restringió el significado vulgar de dicha voz y le dió, sin objeto, el de «representación legal», confundiendo lamentablemente *dos clases* de representaciones: la voluntaria ó que proviene de la voluntad de una persona, como es la que emana de un poder ó de otra autorización: y la representación legal, que emana de la ley y que es inherente al estado ó carácter que se inviste; dicha representación existe por ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 43 del Código Civil.

Si personalidad vale tanto como representación legal, ¿representación de quién tiene el demandante cuando demanda por sí? Y los procuradores ¿son acaso representantes legales para que tengan representación legal? La respuesta podrá darla el lector;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mientras tanto nosotros afirmamos que semejante terminología trastorna las nociones acerca de lo que es hoy representación legal.

Esta innovación del Proyecto es peligrosa, destruye lo provechoso y hace confuso lo que hoy día es claro.

Con la voz *nombre* se significa el nombre propio solo, ó bien, éste y el apellidos paterno. Para evitar esta anfibología, nosotros decimos nombre y apellidos paterno y materno.

El que tiene la *representación* del demandante ó del demandado, puede ser: su padre, su marido, su curador, su tutor; y si es persona jurídica, su gerente, su procurador municipal, su tesorero municipal, su tesorero fiscal (la Municipalidad ó el Fisco). su síndico (un convento ó un concurso), etc.; en el caso de representación voluntaria, su procurador, ó apoderado, ó mandatario.

Vemos, pues, que la voz *procurador* sólo se aplica á una especie de representantes y no á todos. Nosotros usamos la voz *representante*, que comprende á todos. De este modo quitamos la impropiedad en el decir y en el alcance de la ley. ¿Cómo llamar procurador á un padre, á un marido, etc., cuando la voz *procurador* está definida en el artículo 2,116 del Código Civil y cuando á las palabras definidas por la ley hay que darles su significado legal, según el precepto del artículo 20 del mismo Código? Imposible, legalmente.

Lo que liga al demandante con el demandado, es el vínculo de la demanda. El *hecho de demandar* establece ambas condiciones. De aquí la necesidad de hacer figurar esa circunstancia, como esencial, en el número 3.º de la reforma; porque *sin ese hecho* no se concibe la existencia del demandante ni la del demandado.

En resumen, en lugar de los tres primeros números del artículo 217 del Proyecto, proponemos los cuatro primeros del 217 de la reforma, el 217, *ch*, y 217, *d*, tres artículos. Todos ellos tienden á individualizar; de modo que se distinga cada litigante, ó cada sujeto, ó cada elemento.

La circunstancia de la *residencia* ó habitación se prescribe respecto de las partes del juicio, con el fin de que se sepa oficialmente ó de una manera fidedigna el lugar donde deba bus-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cárselcs para las diligencias posteriores del juicio; ese lugar queda fijado por quien pudiera tener interés en cambiarlo después en una cuestión dada. La simple residencia ó habitación es lo común á todos, es el mínimo de lo que un litigante puede tener. Si á la residencia se agrega el ánimo de permanecer, resulta el *domicilio* ó la *vecindad.* Esta es la teoría del Código Civil, artículos 59 y 62.

La *capacidad* es otra circunstancia que se exige por el artículo 217, *ch.* Esta declaración anticipada fija de una manera incontrovertible la situación de los contendientes; á tal punto que al que dijo ser capaz, ya después no le sería lícito alegar el error de hecho, sino en los casos expresamente permitidos por las leyes.

Las dos circunstancias del referido artículo 217, *ch* dan al juicio más seriedad, y garantizan sobre base más segura y cierta el ejercicio de los derechos de las partes; deben figurar como cartas conocidas.

Si con el solo nombre se pudiera distinguir un demandante ó un demandado, no habría necesidad de expresar el apellido paterno; pero hoy día ya no bastan estas dos circunstancias. Los nombres y apellidos se alcanzan y no es raro hallar en un mismo lugar dos ó más personas que tengan el mismo nombre y apellido paterno. Por este motivo se ha agregado en la reforma el apellido *materno.* Tal innovación es sencilla y útil.

Y en el caso del hijo natural reconocido por sólo la madre ¿cuál apellido se pondría? ¿Sólo el materno, que es el legal? ¿Ó también el paterno, cuya existencia no es reconocida por la ley?

Se debe poner sólo lo que existe; lo no existente es la nada y á ella no alcanza la ley. No obstante, si en el trato común un individuo es conocido con tal nombre y con tales apellidos, deben expresarse esas individualizaciones que se conocen.

La *designación legal* de una persona jurídica es el nombre que tiene la corporación ó la fundación, como Fisco, Municipalidad, etc., inciso 2.º, de los artículos 545 y 547 del Código Civil; ó *la razón social* de una sociedad como el Banco Comercial, Pra y C.ª, etc., inciso 1.º, del artículo 547 citado, y 365 del Código de Comercio.

La regla del artículo 217, *d*, es más completa que las meras

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

indicaciones que encierra el Proyecto en el artículo 217, según el cual no habría necesidad de designar á los representantes de las personas jurídicas; por cuanto ellos no estarían comprendidos en la voz "procurador", porque no todo representante es procurador, al paso que todo procurador es representante.

Los artículos 217 *e, f, g, h, i, j*, tienen por objeto *determinar la cosa pedida*. Este punto queda sometido en el Proyecto al libre querer de los jueces y de las partes.

El artículo 217, *e*, consigna una *regla* de jurisprudencia, *explicativa* del principio general que ordena que la sentencia debe comprender sólo lo que se pide y nada más.

El 217, *f*, se refiere al caso en que se demande un *fundo*. Esta voz comprende la única clase de bienes raíces susceptibles de la especificación del referido artículo. Esa dicción ¿está definida en el artículo 568 del Código Civil? No se puede decir en lugar de ella la palabra "raíz", como lo hace la ley 25, título II, Partida 3.ª y ley 4.ª, título III, libro XI de la Novísima Recopilación; porque dicha voz es muy genérica y comprende las cosas raíces *por adhesión* y las *por destino*, artículos 568, 569 y 570 del Código Civil. La naturaleza de estas cosas inmuebles por adhesión ó por destino pugna con las determinaciones del artículo 217, *f*, inciso 1.º, y es por eso que se ha destinado á ellas el inciso 2.º, mejorando en este punto la ley de Partida y recopilada citadas.

El artículo 217, *g*, trata de una especie de muebles y el 217, *h*, del resto de los muebles; de modo que entre los dos artículos están comprendidos todos los bienes muebles.

El 217, *i*, contiene un caso en que la determinación escapa á toda individualización. En él se trata de *conjuntos*; y por la dificultad, á veces insuperable, que habría en la generalidad de los casos, para individualizar su contenido, se ha dispuesto que se determine el objeto que encierra ó contiene el conjunto demandado, el continente.

El 217, *j*, previene el caso cuando demandan *varias cosas*; entonces hay que determinar cada cosa de las varias; y si la demanda encierra varios puntos, hay que determinarlos separadamente y que numerarlos uno á uno, á fin de llenar mejor el objeto de la separación de una cosa de otra.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Como se ve, los seis artículos tienen por objeto cardinal el individualizar, determinando la cosa pedida en una demanda.

Llegamos á considerar el número 6.º del artículo 217 de la reforma y el número 4.º del 217 del Proyecto. En ellos se trata del *derecho*, ó lo que la ley 40, título II, Partida 3.ª, expresa por la frase *por qué rázón la pide*, y llama *la quinta cosa que debe catarse* en una demanda.

Todo juicio tiende á que se declare una *obligación*. Toda obligación requiere la existencia del derecho correlativo de que proviene.

Este *derecho* es la *causa*, la razón que engendra esa obligación.

Pues bien, el derecho ó la causa debe expresarse con claridad y especificación determinada.

Si el derecho es *real*, se indicará su especie individual, el *modo como se adquirió* (modos que enumera el artículo 588 del Código Civil), el acto ó contrato de que procede, la fecha en que esto aconteció, y la historia real del desarrollo ó de las manifestaciones del derecho, desde su adquisición hasta su desconocimiento ó perturbación, limitándose á los *hechos positivos*.

Si el derecho es *personal*, ahí están los pormenores del artículo 217, *l*.

No decimos «la *causa* de que procede el derecho», como dice el señor Escriche en su *Diccionario de Legislación;* porque dicha voz *causa* induce á error, por cuanto podría tomarse como *el motivo que induce al acto ó contrato*, como lo dice el artículo 1467 del Código Civil.

Con las especificaciones con que el derecho debe expresarse, no es necesario decir la *acción* que se ejercita; sería redundante y sería repetir, en distinta forma, lo que ya está dicho.

Los autores españoles y el artículo 224 del Código Español quieren que se diga la *acción ejercitada*; tal sistema no se ha practicado en Chile y no tiene importancia en la legislación moderna.

Somos de opinión que *en la demanda no se debe discutir el derecho;* basta *exponer los hechos, claros y positivos*, que demuestren, una vez probados, la existencia del derecho del demandante y de la obligación correlativa del demandado. Los funda-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mentos del derecho, y las citas de leyes, ó de doctrinas de jurisconsultos ó de comentadores, tienen su cabida en los alegatos de bien probado, no en la demanda. Lo contrario es confundir la *exposición*, que tiene cabida útil en la demanda, con la *demostración*, que tiene cabida práctica en los alegatos. Colocando cada cosa en su lugar respectivo, se facilita el estudio de los procesos y no se enreda una cosa con otra. La exposición de los hechos debe ir en la demanda, la exposición del derecho en el alegato. Así lo manda la ley 1.ª, título XIV, libro XI de la Novísima Recopilación; y don Joaquín Escriche condensa la misma doctrina en los siguientes términos, que son los de la citada ley: "En los escritos presentados en juicio no se debe disputar alegando leyes, decretales, partidas y fueros, sino que sólo ha de ponerse simplemente el *hecho* de que nace el derecho...; pero estando *conclusos los autos*, puede cada parte... informar de su derecho al juez... *alegando* leyes, decretos, decretales, partidas y fueros..."

Vamos en buena compañía al opinar, como opinamos, en contra del sistema del Proyecto, que quiere, según sus textuales palabras, que la demanda contenga "los fundamentos del derecho". Así lo dice en el número 4.º del artículo 217, cuyo contenido es preciso descifrar; porque dentro de su redacción "los hechos y los fundamentos de derecho" cabe todo lo que se quiera, y el alcance de esas palabras no es perfectamente claro y limitado. Hay vaguedad, la cual no se disipa en ningún artículo posterior.

La reforma determina la materia en dos artículos más, el 217, *k*, y 217, *l*; considera el caso de los derechos reales en un artículo, y el caso de los personales en otro.

Como consecuencia del contenido general de la demanda, ó como medios que tienden al eficaz ejercicio de la accion deducida, vienen las *peticiones accesorias* del artículo 217, *m*. Ellas existen en la práctica ante nuestros tribunales; pero el Proyecto no les dedica una línea por más que vea el ejemplo en otras legislaciones.

El referido artículo es sumamente útil; él incorpora en la legislación una práctica provechosa y económica en labor y di-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nero; garantiza á los litigantes un derecho perfecto, el formular peticiones accesorias en un escrito de demanda ó de otra naturaleza. Y tanto más se hace necesario consignar la disposición del artículo 217, *m*, cuanto conocemos casos prácticos en que un juez puso *no há lugar* á una petición formulada en un otrosí, y el día siguiente la otorgó cuando fue hecha en escrito aparte y no en un otrosí. Cuestión de forma, que no conviene dejar á la voluntad de los jueces, por cuanto sería desconocer el objeto de este Código, que es reglar todas estas cuestiones de forma en el procedimiento.

En la actualidad se conoce en los escritos la *petición principal* y la de los *otrosíes:* existe lo principal y el otrosí.

Nosotros desterramos el nombre *otrosí*, que significa *además, ítem*, y la petición misma que viene después de la principal á manera de posdata ó pegote. Lo sustituímos por *accesorio*, cualidad de la petición que signa ó señala.

En lugar de *principal* y *otrosíes* usamos *principal* y *accesorio*; Es indicación más breve y que tiene una significación más lógica. Con la palabra salta la idea. Cada petición accesoria llevará un número de orden; así se dirá accesorio 1.º, 2.º, 3.º 4.º, etc., números que irán al principio de cada petición.

En la legislación actual figuran como peticiones de otrosíes las siguientes, entre otras: 1.ª, la de pedir *costas;* 2.ª, la de que se litigue por una sola *cuerda* bajo apercibimiento de estrados. 3.ª, se fije *arraigo* bajo el mismo apercibimiento; 4ª, se notifique por *cedulón*; 5.ª, se despache *carta*; 6.ª se *habilite* día, hora y lugar; 7.ª, se *cometa* una notificación ó declaración; 8.ª, se dé *poder;* 9.ª, se *nombre* tal funcionario; 10.ª, se dé *certificado* ó *copia* de tal cosa.

En nuestro sistema habrá necesidad de cambiar la terminologia. Después de terminada la conclusión de la demanda, habrá que formular las peticiones accesorias en un acápite ó en tantos cuantas sean ellas. En el caso de formularse en conjunto, se pondrá al margen la frase: "En lo accesorio pido", y se enumerarán las cosas pedidas así: "1.º, costas; 2.º, se litigue por procurador bajo apercibimiento de notificarse por anotación; 3.º, se nombre uno común bajo el mismo apercibimiento; 4.º, se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cometa una diligencia de embargo, notificación, etc.; 5.º, se habilite el tiempo ó el lugar inhábil; 6.º, se nombre tal funcionario, etc.»

Según los casos, se podrá hacer una ó varias de estas peticiones, advirtiendo que, lo que no se pida, aunque se tenga derecho, el juez no deberá otorgarlo, á menos que sea un medio necesario para llevar á efecto lo ya mandado.

Tal es nuestro sistema.

En él no hay *estrados*, están reemplazados por las *anotaciones* ó las *presunciones;* no hay *una cuerda*, está sustituída por un *procurador común;* no hay *arraigo*, existe el *nombrar procurador;* no hay petición de notificar por *cedulón*, se omite; no hay apercibimiento de *estrados*, sino de notificarlo por anotación; no hay *otrosí digo*, ni primer otrosí, segundo otrosí, sino *en lo accesorio pido:* 1.º, 2.º, etc.

Lo antiguo da paso á lo moderno.

La existencia de los otrosíes está reconocida en el artículo 256 del Código Español; pero el Proyecto no los legitima, por más que de hecho estén incorporados en las buenas prácticas. La reforma garantiza su existencia bajo el nombre más científico de «peticiones accesorias».

El artículo 217, *n*, consigna dos reglas: la 1.ª determina los *límites* de una demanda, y la 2.ª la *sanción* ó la pena de la infracción de la 1.ª regla. La 2.ª es una consecuencia de la 1.ª, ó el efecto de haberse salido de los límites trazados por la regla 1.ª

Puede haber exceso en la petición por la *cantidad*, por el *modo*, por el *tiempo* y por el *lugar:* todo lo cual es conocido en el Derecho con el nombre de *plus petición.*

Al formular el artículo 217, *n*, hemos tenido presentes las leyes 42, título 2.º; 16, título 22, Partida 3.ª, y 32, título 1.º, libro 10 de la Novísima Recopilación.

Llegamos al número 7.º del artículo 217 del Proyecto y al correspondiente artículo 217, *ll*, de la reforma. Se trata de la *fecha* y de la *firma.* En el día, sin la firma, no se admite ningún escrito. Un anónimo no tiene valor alguno, es una combinación de palabras sin autor. Á pesar de lo expuesto, el Proyecto no habla de esta circunstancia; falta este elemento indispensable.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Cuando el demandante instaura por sí la demanda, firma sólo él; cuando por medio de su representante (padre, marido, curador, tutor, procurador, apoderado, gerente, etc.), firma sólo éste; y cuando ni uno ni otro saben firmar, firma un tercero á su ruego.

No creemos necesario que se firme un á ruego ante el secretario de la causa, porque no hay peligro alguno en no firmarlo ante él con tal de que el que rogó se notifique en persona del decreto recaído en la solicitud en que está el á ruego.

La certificación ó anotación que hace el secretario de haber rogado ante él, es una solemnidad que está de más y que dificulta la expedición de un asunto sin traer ventaja la que menor. Es por eso que en este punto nos hemos alejado de la práctica de algunos juzgados en que se exige firmar á ruego ante el secretario, sin cuyo requisito no se admite la solicitud por el juez.

La *fecha* no es la en que se hace el escrito, no tendría objeto jurídico; es la de la presentación. Esta solemnidad está prescrita en los juicios ejecutivos desde el año 37 y ha producido buenos resultados; de manera que es práctica incorporada en una rama de la legislación patria. No vemos inconveniente en hacer extensiva dicha práctica á los juicios generales ú ordinarios. Así se sindica á los jueces que retardan el despacho hasta de esta clase de escritos.

"ART. 218. El actor debe acompañar con la demanda los instrumentos en que la funde.

"Si no los tuviere á su disposición, designará el lugar en que se encuentran ó la persona en cuyo poder obran.

"Contestada la demanda, no se admitirán al actor otros instrumentos que los mencionados en el inciso precedente, los relativos á hechos nuevos y aquellos cuya existencia ó cuyo paradero jure no haber conocido antes".

Veamos qué observaciones nos sugiere la redacción y fondo de este artículo del Proyecto.

Acompañar es "seguir, ir ó estar en compañía de alguno".

Con significa, entre otras cosas, "en compañía de, en unión de, junto, á".

Mencionar es "nombrar, citar, hacer mención".

Mención es "recuerdo, memoria, cita".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 218 dice "acompañar con" y la misma redacción usa el artículo 225 del Código Español; no obstante, dicha construcción es pleonástica, porque la idea de *compañía* está significada con dos palabras. En lugar de "con" debe decirse "á"; y entonces "acompañar con" significa metafóricamente "juntar á", "agregar á".

Si el sujeto del verbo del primer inciso es "instrumentos", "acompañar" aparece usado en su sentido propio; saldría la frase así: "deben acompañarse á la demanda los instrumentos", y sería equivalente á "deben ir juntos á la demanda los instrumentos". Si el sujeto es "demandante", "acompañar" aparece empleado en sentido metafórico de "juntar á"; ó bien, conservando el significado propio de "con", puede dársele á "acompañar" el significado metafórico de "presentar"; entonces podría salir la redacción así: "debe presentar con la demanda los instrumentos".

Choca al buen sentido el significado propio de "acompañar" en el inciso 1.º del artículo 218; reemplazando dicha voz por su equivalente, saldría lo que sigue: "El actor debe *seguir en compañía* con la demanda los instrumentos..." Esto es insoportable en el buen decir y nos demuestra que dicha voz no puede tener en la redacción del artículo 218 un uso propio sino el metafórico de *presentar*.

Nosotros, para conformarnos con la verdad, desterraremos el uso de tal voz, y emplearemos su equivalente "presentar", que denota la idea verdadera que se quiere indicar.

En el inciso 1.º la palabra "demanda" designa el "escrito", y en el inciso 3.º denota la "petición"; en el primer caso tiene sentido metafórico, y en el segundo propio.

La idea capital que se quiere legislar en el inciso 1.º, no es que se presente la demanda y que se presenten los documentos, sino que una y otra cosa se presenten juntas á un tiempo. Esta es la idea dominante y será la que consignaremos en la reforma.

Congruente con este modo de pensar, el caso contemplado en el inciso 2.º no debe tener por base condicional el *no tener*, sino el hecho positivo de *no presentar*. El tener es un hecho privado que ninguna relación tiene con la justicia; al paso que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el presentar es un hecho ordenado en el inciso 1.º, un hecho jurídico y público.

En el primer inciso se trata de la existencia de la presentación; la lógica prescribe que en el segundo se trate del caso inverso, de la no presentación.

La forma de la redacción del inciso 3.º y en especial la frase "contestada la demanda" parece dar á entender que el precepto que contiene fuera propio del título de la contestación, por el tiempo en que se desarrolla, después de contestada la demanda. No obstante, la materia del precepto se relaciona con el demandante y expresa la privación de un derecho de dicha persona.

El artículo 225 del Código Español dice "interpuesta la demanda"; y en esta forma la redacción se hermana con la materia del título I, y el Código Español es más lógico que el Proyecto, por cuanto relaciona la redacción con el estado de la demanda y no con el de la contestación. El Proyecto da más tiempo para el ejercicio del derecho de presentar documentos sin restricción. Nosotros acataremos este ensanche y transladaremos la disposición del inciso al título de la prueba, que es su lugar adecuado.

La idea que el demandante presente, junto con la demanda, una copia de ella, la hallamos en el número 2.º del artículo 225 del Código Español. Es medida que nos parece muy bien, la acogemos con entusiasmo, como una adquisición, y la hacemos extensiva á los instrumentos. La copia no impone mayores gastos, facilita la marcha del juicio, impide sacar la demanda de la secretaría y proporciona al demandado un medio de ver á toda hora en su casa lo que se le pide.

Es verdad que la ley patria de 15 de octubre de 1856 en su artículo 3.º dispone que se pase copia de la demanda al demandado; pero ésta la saca el secretario y no la parte misma. Con tal sistema no se ahorra ningún gasto ni tiempo y se impone al litigante pobre un gravamen pesado cuando los demandados son varios.

La copia de la demanda sin los documentos es también ineficaz y no llena todo el fin que con tal sistema se persigue. Para evitar apreciaciones debe prescribirse la clase de papel en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que se debe presentar la copia; basta el reglado de oficio, que es el más económico.

Ya podríamos redactar el artículo que debería reemplazar al del Proyecto.

"ART. 218. El demandante ó su representante presentará al secretario respectivo el escrito de demanda y los instrumentos en que la funde, y en papel reglado de oficio, tantas copias firmadas, del escrito y documentos, cuantos fueren los demandados.

"La designación de los instrumentos presentados y el hecho de presentarse las copias ordenadas, se hará constar en una petición accesoria.

"Si no se pudiere presentar un documento, se mencionará el hecho; y se pedirá que dé copia de él el funcionario en cuya oficina se encuentre, ó que la persona particular que lo tenga permita sacar dicha copia, á fin de agregarla á los autos".

Comparemos una y otra redacción.

El Proyecto comprende el caso sólo del actor y no el del representante; según él, parece que la obligación que impone al actor, no rigiera para con el representante. La reforma impone á ambos la misma obligación y dice demandante en vez de actor; también indica á quién deben presentarse las tres cosas: escrito, instrumentos y copia; y prescribe la regla de que se nombre uno á uno los instrumentos, y dónde se haga constar esta circunstancia.

El Proyecto impone dos obligaciones: la del inciso 1.º, de acompañar instrumentos, y la del inciso 2.º, de designar lugar y persona, donde estén.

La reforma impone cuatro obligaciones complejas y positivas: 1.ª, presentar escrito, instrumentos y copias; 2.ª, hacer constar los nombres de aquéllos y la presentación de éstas, 3.ª, mencionar una imposibilidad de presentación y 4.ª, pedir copias para agregarlas á la demanda.

El Proyecto, en el inciso 2.º se pone en el caso de no presentarse ningún documento; nosotros nos colocamos en este caso y en el de presentarse unos y faltar otros. Es más comprensivo nuestro inciso 3.º Además, el Proyecto sólo obliga á designar el lugar y la persona en que se encuentran los instrumentos. Nos-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

otros vemos que tal designación es inútil; por cuanto ese lugar ni esa persona son factores del juicio, ni elementos que le pertenezcan; nada se alcanza, en cuanto á descubrir la verdad, con tal operación. Nosotros designamos los instrumentos agregados, por ser elementos del juicio, y no los presentados, por ir á serlo. La agregación de las copias es lo esencial, llena el fin que persigue la ley con la presentación de documentos al demandar.

En vez de "lugar", voz de sentido muy general, empleamos "oficina", dicción de significado más restringido, más concreta y adecuada. En vez de "encuentran" decimos "encuentre", forma subjuntiva, la misma que usa el Código Español; en vez del indicativo "obran", usamos el subjuntivo "tenga", que es la forma propia. El señor Zegers hizo reemplazar al indicativo "funda" por el subjuntivo "funde", que usa el Código Español; "funda" estaba en el proyecto primitivo. En lugar de "persona", del Proyecto, que puede denotar una persona pública ó una privada, restringimos el sentido al de un particular y decimos "persona particular". Ideamos dos casos: el de funcionario público y el de la persona particular. Y para cada uno se prescribe una operación: la de dar copia, tratándose de un funcionario; y la de permitir sacarla, tratándose de un particular, disposición en armonía con el artículo 295 reformado.

"ART. 219. Puede el juez rechazar de oficio la demanda que no se conforme á lo dispuesto en los dos artículos precedentes, expresando en el decreto el defecto de que adolece".

"ART. 220. Admitida la demanda, se conferirá traslado de ella al demandado para que la conteste dentro del término de emplazamiento".

El artículo 219 confiere la facultad de rechazar: de modo que, si quiere, rechaza; si no quiere, no rechaza: con ello no ofende á nadie.

Tal sistema no nos satisface; porque faculta al juez para que tolere la infracción de la ley, lo cual no es moral. Las leyes se dan para que tengan pleno efecto, y los jueces deben hacerlas cumplir *siempre;* por eso nosotros transformamos ese derecho en obligación, y en vez de dar al juez un derecho, le imponemos una obligación. El rechazo obligatorio, y no facultativo, es la sanción de los artículos precedentes.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 220 trata de la admisión de la demanda y del traslado que se debe conferir. Al mismo tiempo expresa el *fin* para el cual se confiere traslado, que es *para que* se la conteste.

En lugar de los dos artículos del Proyecto proponemos los siguientes, que reglan el primero, el caso de faltar á la demanda algún requisito; y, el segundo, el caso de no faltarle ninguno; y expresan el decreto que debe ponerse en cada caso.

"ART. 219. Á la demanda á que faltare alguno ó algunos de los pormenores prescritos en los artículos precedentes, el juez pondrá: "*Inadmisible por ahora por faltarle tal circunstancia*".

"ART. 220. Si no le faltare ninguno, el juez le pondrá: "*Traslado y entréguese la copia*".

El artículo primero trata de la admisibilidad de la demanda; el 2.º, del curso que se da á la demanda y copia.

Nos falta un caso para completar este título, el contenido en la ley 21, título 5.º, Partida 3.ª; él no está prescrito en el Proyecto y podría redactarse como sigue:

"ART. 220, *a*. Si alguien demandare sin poder bastante, pagará personalmente las costas y perjuicios originados al demandado, menos si el indebidamente representado ratifica lo hecho dentro de cinco días hábiles".

Decimos "personalmente" para evitar dudas y que el falso representante se excuse diciendo que él no tuvo la culpa del poder ineficaz. El "personalmente" sería redundante en el caso en que no hubiere realmente poder; porque en este supuesto no tendría contra quien repetirse ni á quien hacer responsable, fuera del que se dió por representante. No sucede lo mismo cuando hay poder.

Decimos "hábiles" para evitar que el plazo expire en alguno de los feriados largos, y no se pueda verificar la ratificación por estar cerrados los tribunales durante ellos.

El gravamen es muy justo. Con esta medida se precave de que cualquiera se presente sin examinar previamente el comprobante de su representación.

Con la ratificación se libra del gravamen al supuesto representante; porque el ratificante asume la responsabilidad entera de lo hecho á su nombre. El demandado queda así garantido.

Conviene incorporar en la ley una práctica útil que tenemos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en los juicios, que no ha producido ningún mal y que se halla establecida en el artículo 229 del Código Español incidentalmente.

Ella consiste en no exigir poder al encargado de diligenciar un exhorto, sea para recibir la notificación del cúmplase ó para presentar alguna solicitud tendente á ejecutar lo mandado por el juez exhortante.

Es práctica uniforme, que se observa en los tribunales, el que un exhorto contenga íntegra la solicitud en que se pide, á menos que se decrete otra cosa.

El sistema de presentar copia de la demanda exige, como consecuencia económica precisa, el que no se inserte íntegramente dicha demanda en el exhorto. Así no se abultan los procesos ni se impone á las partes un gasto superfluo. Conviene reaccionar sobre el sistema de las copias completas en los exhortos y limitarlos á la copia literal del decreto y á decir entre quiénes es el juicio y su materia.

Podrían redactarse así los artículos que simbolizasen las ideas expresadas:

"ART. 220, *b*. Cuando en una demanda hubiere que despachar exhorto, se enviará con él la copia correspondiente.

"El exhorto sólo contendrá: que en la demanda de tal contra cual sobre tal cosa se ha pedido esto y se ha decretado lo que sigue: (aquí se copia íntegro el decreto)".

"ART. 220, *c*. No se exigirá poder al encargado de diligenciar un exhorto, ni para ser notificado, ni para hacer presentaciones tendentes á que se cumpla".

Hasta aquí tenemos que el demandante ha hecho todo lo que puede bajo el punto de vista de lo justo, y que el juez ha proveído la demanda y despachado exhorto.

Falta que notificar al demandado.

Con su notificación surge el papel de éste, y se presenta un nuevo actor á la escena judicial. Hay que prescribir reglas para esta nueva faz del procedimiento, y ellas serán materia de un nuevo título.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

PUBLICACIÓNES RECIBIDAS

CHILE.—1. DE LAS DEDUCCIONES DE LA PORCIÓN CONYUGAL Y DE LA MANERA DE COMPUIARLA, por don Paulino Alfonso. Un vol. de 10 págs., Imp. Cervantes. Es una reimpresión del interesante trabajo que con el mismo título publicó nuestro distinguido colaborador en las páginas de esta REVISTA. —2. CONDICIÓN LEGAL DEL INDÍGENA, por don Julio Zenteno Barros. Un vol. de 44 págs., Imp. Cervantes. La misma observación anterior.—3. REVISIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, por don Maximiliano Ibáñez, abogado. Un vol. de 280 páginas. Imprimerie Paul Dupont, París, 1890. Es un trabajo que merecerá ser tomado en cuenta en época oportuna, cuando llegue la hora de la reforma de nuestro actual Código de Comercio. El señor Ibáñez es un joven pensionado por el Gobierno para estudiar ciencias políticas en Europa, en unión de don Ramón Chavarría Contardo.—4. ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO, por don J. D. Amunátegui Rivera. Un vol. de 85 págs. Est. tip. de Ricardo Fe, Madrid, 1890. Se consagra esta parte á la ley anual de presupuestos.—5. INDICE GENERAL DE LA GACETA DE LOS TRIBUNALES *que comprende el resumen de l is sentencias interesantes publicadas en este periódico desde su fundación, el 6 de Noviembre de 1841, hasta el 1.º de Diciembre de 1890*, por don Juan de Dios Plaza. Un vol. de 366, V págs. Imp. y Ene. Chilena, Diciembre de 1890. Como todos los de su género, es de grande importancia y acusa una laboriosidad infatigable así como un criterio inteligente y perspicaz.—6. ESTUDIOS JURÍDICOS, por don Robustiano Vera. Un vol. de 137 págs. Imp. de *El Correo*, 1890. Es una recopilación de artículos, con un prólogo de un señor Ólmedo.

LA DIRECCIÓN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de abril de 1891 NÚM. 11

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—¿Está el minero obligado á desaguar su mina? ¿Á indemnizar los perjuicios causados á las minas inferiores? ¿Puede la autoridad administrativa imponer esas obligaciones en los reglamentos que tiene derecho de dictar? por don Carlos A. Palacios.—Proyecto de ordenanza relativa á los artículos 856 y 857 del Código Civil, por don Eulogio Allendes.—Origen y desarrollo de los cuerpos legislativos, por don Luis Custodio Contardo.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.

¿ESTÁ EL MINERO OBLIGADO Á DESAGUAR SU mina? ¿Á indemnizar los perjuicios causados á las minas inferiores? ¿Puede la autoridad administrativa imponer esas obligaciones en los reglamentos que tiene derecho de dictar?

Esta opinión tenía base en la legislación antigua.

La Ordenanza 40 del Nuevo Cuaderno mandaba tener las minas limpias y desaguadas, y, en caso de inundación, pagar el daño causado, á tasación de peritos.

Los artículos 1.°, 15 y 16 del título X de la Ordenanza de Nueva España, establecían el denuncio por falta de cumplimiento de esta obligación, y la indemnización de los perjuicios que causaran por falta de desagüe las minas más altas á las más bajas.

Siguiendo lo establecido en esas leyes y en los artículos 26 del Código Español, 108 del Código del Uruguay, 44 del Reglamento Boliviano, y 1.° de la Ley Francesa de 27 de Abril de 1838, el Código del 74 consignó la misma obligación. Esto era natural dentro del sistema establecido en ese Código, si se atiende á la base que se daba á la propiedad minera, la que sólo se concedía con la obligación de tenerla en trabajo activo; la inundación no permitía el trabajo: luego era justo, dentro de ese sistema, establecer la obligación de desaguar.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Código actual da una base distinta á la propiedad minera: *concede* una pertenencia y no sujeta á su dueño á la obligación de trabajarla; pagando la patente hace de su propiedad lo que quiera, y puede destinarla al objeto que más le agrade.

Esta es la verdad dentro del actual sistema; será un inconveniente, pero esa es la ley.

Un examen de las disposiciones que en materia de aguas se encuentran en el Código de Minería, nos mostrará que no se ha consignado en ellas, y que, por consiguiente, no existe la obligación de que tratamos.

Esas disposiciones, las únicas que se relacionan con este punto, son:

a) Las de los artículos 78 y 79, y

b) Las del artículo 64.

a) El artículo 78 establece que los dueños de las minas atravesadas por un socavón ajeno, *pueden aprovecharse de él para desaguarla*, con la obligación alternativa que indica; y el 79, que las minas están *sujetas* á permitir el paso subterráneo de las otras al desagüe general, y á soportar, tanto en el interior como en la superficie, todos los servicios necesarios con este objeto, previo el pago de perjuicios, avaluados por peritos.

Ninguna de estas disposiciones es aplicable al caso en cuestión, pues ambas crean un derecho que puede ó no ejercitar el dueño de la mina que necesita desagüe, y de ninguna manera impone la obligación de desaguar.

b) En el artículo 64 es, seguramente, donde los partidarios de la opinión contraria creen encontrar el fundamento de su teoría.

Este artículo concede á las minas colindantes ó vecinas el derecho de visita, en dos casos:

1.º Visita de aprendizaje, y

2.º Visita de precaución, fundada en internación que se sospecha, ó en temor de inundación, ú otro de esta especie.

El artículo, en la parte pertinente, dice: "cuando la visita se ha solicitado... por temor de inundación, el ingeniero ó perito podrá mensurar las labores inmediatas á la mina del solicitante".

Como se ve, no se establece aquí la obligación de desaguar,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y lo único que se concede es el derecho de visita por temor de inundación.

Esta obligación no podría tener por base sino

a) El adelanto de la industria minera por medio del trabajo constante, y

b) la seguridad de los mineros colindantes.

a) Abandonada la base del trabajo por la de la patente, si el nuevo Código hubiese impuesto esa obligación, no habría sido consecuente con la nueva base: por eso no la impuso. Por otra parte, si la mina produce, el minero no necesita del aguijón de la ley para mantenerla desaguada; y, por el contrario, si la mina está broceada, no sería justo obligar al minero á hacer un gasto improductivo.

b) En cuanto al segundo motivo que pudo hacerla crear, la ley tuvo necesidad de tomarlo en consideración. Por eso concedió, en resguardo de los intereses de los mineros colindantes, el derecho de *ver* si la mina vecina está ó no inundada. Este derecho de visita no tiene otro objeto que el que los mineros puedan precaverse á tiempo y tomen con seguridad, y en los puntos amagados, las medidas de precaución que juzguen necesarias, construyendo á tiempo obras de defensa ó absteniéndose de hacer llegar sus labores á una distancia de la mina inundada en que, debilitándose la pared divisoria, podría realizarse el mal que temen.

Lo único, pues, que este artículo concede es el derecho de visita por temor de inundación, que no tiene otro alcance que el señalado, y del cual, como hemos visto, no se puede deducir que la ley al conceder la propiedad minera, la gravó con la obligación de desaguar.

Es de capital importancia, para la resolución de este punto, tener presente que todas las leyes de minería que antes de este Código nos han regido, establecieron franca y expresamente la obligación de que tratamos; así el Código del 74, verbigracia, la establece en el inciso 2.º del artículo 120.

Si el Código actual hubiese querido crear esa obligación, lo habría hecho franca y expresamente, como se lo enseñaban las leyes anteriores y las extranjeras citadas más arriba.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Pero si esa obligación no existe ¿estará el minero obligado á indemnizar los perjuicios causados á las minas inferiores por falta de desagüe?

No estableciendo nada á este respecto el Código de Minería, la resolución de este punto queda sujeta al Derecho común, ó sea, al Código Civil.

Las fuentes de las obligaciones son la ley y un hecho obligatorio lícito ó ilícito del hombre.

La ley civil se ha remitido á la ley de minería, artículo 591, inciso 2.º, y ésta nada ha dicho.

El hecho obligatorio *lícito* da origen á los contratos y cuasi-contratos, que no son aplicables.

El hecho obligatorio *ilícito* da origen á los delitos y cuasi-delitos. El artículo 2314 del Código Civil manda indemnizar perjuicios á la persona que ha cometido un delito ó cuasi-delito que ha inferido daño á otro. Estos son hechos cometidos con dolo y con culpa los unos, sólo con culpa los otros. En el amplio ejercicio del derecho de propiedad, que tiene por atributos la disposición y el goce más arbitrarios, el minero puede, dentro de los planos verticales que limitan su mina, hacer de ella el uso que quiera. No hay, pues, dolo, ó sea, intención de inferir injuria á la propiedad de otro, en el ejercicio de ese derecho. Tampoco hay culpa, pues ésta sólo *se debe* por la negligencia en el manejo de negocios ajenos, y no por la omisión en los propios.

En consecuencia, podemos concluir *a contrario sensu* que el que no comete delito ó cuasi-delito, no está obligado á indemnizar perjuicios, aunque de un hecho suyo resulte daño á otro.

El artículo 2,329 dice que todo daño que puede imputarse á malicia ó NEGLIGENCIA de una persona, debe ser reparado por ésta. Esta disposición es la misma del artículo 2,314, pues el Código Civil da el mismo significado á *negligencia* y *culpa*, artículo 44, y ambas palabras se refieren al hecho de no manejar los negocios AJENOS con el cuidado DEBIDO. No puede, pues, darse á la palabra *negligencia* el sentido de dejar de hacer en los *bienes propios.*

En consecuencia, como en el Código de Minería, en el Códi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

go Civil no existe la obligación de indemnizar en el caso en cuestión.

La autoridad administrativa ¿puede imponer esas obligaciones en los reglamentos que tiene derecho de dictar?

Á diferencia del Código del 74, que sujetó el laboreo de las minas á las *reglas del arte* y que dedicó uno de sus títulos, el X, á fijar algunas, el nuevo Código establece la *libre explotación*, sin sujeción á prescripciones técnicas de ningún género, salvo como en el Código antiguo, la observancia de los reglamentos de policía y seguridad que se dictaren por la autoridad administrativa.

Estos reglamentos deben limitarse á los objetos de policía y á cuidar que la vida y la salud de los operarios no se ponga en peligro por la falta de seguridad ó precaución en las labores. Así pueden, como el Reglamento de Bolivia, contener reglas especiales para evitar desórdenes que turben la tranquilidad pública; como el Código del Uruguay, si hay peligro de derrumbe, exigir la reparación de las obras; impedir, como el reglamento del intendente Mira, que se disfruten las minas sacando los pilares cuando éstos sean de metal; vigilar que en los tiros con pólvora se haga uso sólo de guías ó mechas de seguridad; impedir que se introduzcan operarios en labores sofocadas; y así, muchas medidas de esta naturaleza, que tiendan á cuidar del orden y á evitar desgracias ó enfermedades de los operarios; y no sólo de éstos, sino también de todos los ciudadanos, verbigracia, y siguiendo las ordenanzas del Perú, impedir que se arrojen materias y aguas de las minas en los canales destinados á la población, etc., etc.

Disposiciones de esta clase sólo pueden contener los reglamentos. De ninguna manera se puede crear en ellos obligaciones como las de que tratamos; podrían impedir que se introduzcan operarios en las labores inundadas; pero nada más: la creación de esas obligaciones es materia de ley, no de simples reglamentos administrativos.

Además, y esta observación es decisiva, las obligaciones de que tratamos formaban parte de las reglas á que el Código del 74 sujetaba el laboreo de las minas *junto* con la observancia

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de los reglamentos de policía y seguridad. Si ese Código hubiese creído que eran materia de reglamento, *no las habría consignado, y las habría dejado para formar parte de los que la autoridad administrativa dictase.*

La reforma, que tenía como una de las bases fundamentales la libertad absoluta del minero para explotar su pertenencia, estampó en el artículo 68 la completa libertad de explotación, borró aquellas reglas por contrarias á ésta y dejó sólo la indispensable sujeción á los reglamentos de policía y seguridad. Esta sujeción debe entenderse como la entendía el Código del 74, pues que de él fue tomada.

En consecuencia, la naturaleza de las obligaciones de que nos ocupamos y el espíritu de la reforma *prohiben* á la autoridad administrativa imponerlas en los reglamentos que dicte con arreglo al artículo 68.

En resumen, ni el Código de Minería ni el Derecho común imponen la obligación de desaguar las minas inundadas, ni la de indemnizar los perjuicios causados por este motivo á las minas más bajas; y la autoridad administrativa no puede imponer esas obligaciones en virtud de sus facultades reglamentarias y de inspección y vigilancia.

CARLOS A. PALACIOS Z.

PROYECTO DE ORDENANZA RELATIVA Á LOS ARTÍCULOS 856 Y 857 DEL CÓDIGO CIVIL

Los litigios frecuentes y á menudo agraviantes originados de la falta de disposiciones reglamentarias de las construcciones, consultando el derecho de los colindantes para prevenir los perjuicios y peligros probables; y, por otra parte, la necesidad de adoptar medidas eficaces tendentes á limitar los desastres que ocasionan los incendios en las poblaciones, imponen el deber inexcusable de dictar la ordenanza general que exigen los artículos 856 y 857 del Código Civil.

El primero de estos artículos, tratando del derecho de edificar sobre paredes medianeras, dice: "Si se trata de pozos, letri-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nas, caballerizas, chimeneas, hogares (lugares donde se enciende fuego para el servicio de una casa), fraguas, hornos, ú otras obras de que pueda resultar daño á los edificios ó heredades vecinas, *deberá observarse* las reglas prescritas por las *ordenanzas generales* ó *locales*, ora sea medianera ó no la pared divisoria. Lo mismo se aplica á los depósitos de pólvora, de materias húmedas ó infectas, y de todo lo que pueda dañar á la *solidez*, *seguridad* y *salubridad* de los edificios».

El artículo 857 dice: «Cualquiera de los condueños tiene el derecho de elevar la pared medianera, en cuanto lo permitan las *ordenanzas* generales ó locales; sujetándose á las reglas siguientes....» Éstas se refieren á las indemnizaciones, pagos diversos y obligaciones que gravan al colindante que edifica.

Por el texto de estos artículos se viene en cuenta que desde 1857, en que comenzó á regir nuestro Código, hasta el presente, ó sea, durante treinta y tres años, hemos soportado la deficiencia de nuestra Legislación en una materia en que constantemente se ha estado aplicando la opinión arbitral, á veces caprichosa y ofensiva para el colindante pobre y sin influencias, que ha debido tolerar, contra su voluntad, el deseo del otro colindante, aunque con ello se modifique la higiene de su casa de habitación; que se alteren, perjudicándolo, las condiciones de su propiedad, de que goza con tranquilidad y perfecto derecho desde tiempo acaso secular; y, finalmente, ha sido sometido á tolerar que con la elevación de las paredes de material sólido por medio de tabiques de madera quede amenazado con los temibles siniestros de los incendios, que se propagan en fuerza de la comunidad establecida indebidamente entre edificios colindantes de materiales combustibles.

Esta notable imperfección, como otros pequeños pero transcendentales defectos de nuestro Código, ya estarían subsanados si alguna vez se hubiera en esta materia cumplido con lo dispuesto en su artículo 5.º por los magistrados que en él se mencionan.

La Municipalidad de Valparaíso tal vez es la única que ha dictado una ordenanza que obliga á todos los dueños de edificios á establecer, no sólo entre colindantes, sino dentro de una misma propiedad, murallas corta-fuegos cada cuarenta metros

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de distancia, con lo cual los incendios se limitan previsoramente á que no se propaguen más allá del recinto de la propiedad en donde se han originado.

Esta falta de una ordenanza general ha dado consistencia entre abogados á la opinión de que el Código permite y establece la libertad de edificar sobre paredes divisorias como mejor parezca á cada colindante, yque estas paredes divisorias pueden elevarse hasta el cielo, según la expresión de uno de ellos.

Pero los artículos 856 y 857 del Código Civil manifiestan expresamente que la materia de su objeto puede ó debe ser reglamentada por una ordenanza general, y lejos de autorizar aquella libertad *ad libitum*, es indispensable que ella sea limitada por las exigencias de la higiene, que, restringiendo el derecho del colindante, se encaminan á mantener la salud física de los habitantes; por las reglas de la arquitectura y resistencia de las construcciones para la seguridad de los edificios y para evitar trampas mortíferas á sus moradores y á los transeúntes; por el derecho de conservación, en vista de los peligros y desastres de los incendios que una previsión atinada y prudente puede evitar ó atajar, ó disminuír en sus estragos. El Código Civil supone que á todos estos objetos debe proveerse por medio de las ordenanzas generales.

En apoyo de esta verdad, recordaremos que el mismo Código, tratando de las acciones posesorias, dice en su artículo 916: "Las acciones posesorias tienen por objeto conservar ó recuperar la posesión de bienes raíces ó de *derechos* reales constituídos en ellos". Más adelante el artículo 930 dice: "El poseedor tiene derecho para pedir que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir sobre el terreno de que está en posesión". Después el artículo 932, que dice: "El que tema que la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho de querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo", etc. El artículo 935 dice: "Las disposiciones precedentes (las que dan derecho de prohíbir las obras nuevas) se extenderán *al peligro que se tema de cualesquiera construcciones*", etc. El 941 establece: "El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos ó corrientes de agua ó materias húmedas que puedan dañarla".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Basta esta somera enumeración para probar que en el Código se encuentran mandatos terminantes para amparar la propiedad en la forma, uso y goce en que se tenga establecida aun contra todo peligro probable susceptible de ocasionarse por las construcciones y obras de un colindante que sólo mire su interés en el negocio que le reportará el alquiler de los tales edificios, ó en comodidades caprichosas que no consultan la salubridad propia ni la de sus vecinos.

Así, pues, el Código creyó que debía legislar sobre las causas y objetos que autorizan á un colindante para pedir, y ello se le ha de conceder *ipso facto*, la suspensión de toda obra nueva dentro de sus límites y hasta la raya común y divisoria de dos propiedades de distintos dueños. Manda, igualmente, se respete el derecho de querellarse al juez, y que éste disponga derribar todo edificio sobre el cual haya temor de parte del otro colindante de que la ruina de aquel edificio le pare perjuicio (art. 932). Del mismo modo establece que las causas enumeradas que autorizan la prohibición de obras nuevas, se extenderán *al peligro que se tema* de cualesquiera construcciones (art. 935). Todavía establece imperativamente el derecho que tiene todo propietario de una casa para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos ó corrientes de agua, ó materias húmedas que puedan dañar dichas paredes (art. 941). Aquí se hace necesaria una observación sobre este mandato, y es que esta prohibición de mantener depósitos de materias húmedas cerca de las paredes colindantes entre dos propiedades, establece simultáneamente sin decirlo, que, con más razón, queda prohibido el establecimiento en las mismas paredes de conductores ó cañones que sirvan, ya para excurrir aguas inmundas á los pozos, letrinas establecidas próximas á esas paredes, ó que sirvan de respiratorio á esos focos de miasmas inmundos, ó á chimeneas de cocinas que estén esparciendo constantemente el humo sobre la casa vecina. Esto es obvio y lógico: si se prohiben como dañinos á la salud y á las paredes colindantes los depósitos miasmáticos y malsanos, por sólo el hecho de estar próximos á esas paredes, cuando las paredes soporten ellas mismas los conductores de esos miasmas, habrá mayor peligro de insalubridad para el colindante; y como basta el peligro de dañar por su proximidad

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á las paredes para que el Código haya ordenado prohibir esas obras, es claro que cuando el peligro ú origen del daño no sólo es próximo, sino que se halla establecido en la misma pared, mayor será también el fundamento para la prohibición referida.

De modo que el Código, poniéndose en el caso de lo que es prohibido como obra nueva, tiene en su mayor parte enumerada la limitación del derecho de un colindante que proyecta nuevos edificios sobre los divisorios; y si el artículo 855 establece el derecho de poder edificar sobre pared medianera, confirma expresamente que debe mediar el consentimiento previo del otro colindante, sin lo cual debe provocarse un juicio práctico en que se dicten las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino. Mas, como en esto, el mismo Código parte del principio de que corresponde á las ordenanzas generales ó locales el establecer los detalles de construcción que deben tener las paredes divisorias, como es el material de su estructura, su espesor y alto que las deje aptas para servir sin daño á ambos colindantes; esos peritos invocados en ese artículo (hoy la justicia ordinaria) sólo tendrían que comprobar la existencia de esas condiciones que se suponen existir en la ordenanza, ó dictaminar en conformidad á ellas; y sin embargo, las ordenanzas no existen.

Esto es tan cierto, que el artículo 856 hace la enumeración de todas las causas que pueden dañar á la solidez, seguridad y salubridad de los edificios, y ordena que, á su respecto, deberán observarse las ordenanzas generales ó locales, ora sea medianera ó no la pared divisoria; y no obstante, como ya lo hemos visto en las citas expresas de los artículos sobre prohibición de obra nueva, enumera casi todos los casos que pueden ser prohibidos como inseguridad del edificio, como daño probable, y, para no establecer límites, dice y ordena terminantemente, que estas sus disposiciones sobre prohibición se extienden á todo lo que importe un temor de peligro, de cualesquiera clase que sean las construcciones del vecino.

Pasando ahora á las disposiciones que la ordenanza general debe contener consultando las medidas aconsejadas por la higiene, es necesario tener presente que así como las materias en

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

uso para nuestra alimentación han sido objeto de estudio, por el cual se han reconocido las partículas venenosas que contienen ó pueden desarrollarse en ellas según los casos y de las cuales debemos preservarnos; del mismo modo se ha hecho estudio sobre un complemento de la alimentación indispensable á nuestra existencia, como lo es el aire que constantemente respiramos; de consiguiente, todo elemento que vicie su pureza, ya sea por focos que constantemente despiden gases nocivos ú otros efluvios de descomposición, son venenos que en mayor ó menor grado amenazan la vida del que los respire.

Esos gases, efluvios ó miasmas que vician el aire y así lo convierten en veneno que introducimos al cuerpo por medio de la respiración, son desarrollados por muchas causas, que, conocidas algunas, es necesario evitar ó alejar de las habitaciones en beneficio de la salubridad.

Por tales motivos, en Santiago se ha prohibido por ordenanzas municipales que atienden á la conservación y salubridad pública: 1.°, que en el interior de las casas de habitación y dentro del recinto urbano, nadie pueda dejar aglomerados los guanos, cienos y las basuras del servicio doméstico, ni otros objetos susceptibles de descomposición ó podredumbre; 2.°, que en ninguna casa del recinto urbano puedan quemarse en su interior las basuras ú otras materias infectas (1); 3.°, que en la misma situación anterior, nadie podrá establecer almidonerías, porque para producir el almidón es indispensable podrir el trigo, cuya descomposición produce gases de una hediondez insoportable, y nocivos á la salud (2); 4.°, que las aguas, en el beneficio de curtiembre, no se podrán arrojar ni á las inmundas acequias interiores de las casas sino desde las doce de la noche hasta el amanecer. Igual prohibición hay, para arrojar á esas mismas acequias, las aguas ó materias inmundas aglomeradas en las pequeñas habitaciones del pueblo, sino á las mismas horas antes expresadas (3); 5.°, se prohibe habitar cuarto á la calle que no tenga ventana en la pared ó postigos convenientes en la puerta para asegurar su ventilación (4); 6.°, la pólvora sólo puede

(1) Ordenanza de 2 de diciembre de 1856.
(2) Bando de 13 de mayo de 1853.
(3) Decreto de 2 de julio de 1858, pág. 71.
(4) Decreto supremo de 24 de febrero de 1843.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

guardarse en los almacenes de la casa de pólvora y los que tengan que internarla ó extraerla de los depósitos, llevándola por la ciudad ó sus suburbios, no podrán verificarlo sin previo aviso á la policía, para que adopte las precauciones convenientes en el tránsito, y sin haber tenido permiso por escrito de la Intendencia (1); 7.°, los que expendan fósforos al menudeo los mantendrán guardados en caja de metal con llave (2); 8.°, se prohibe la fabricación de toda clase de cohetes en el interior de la población, así como su venta y uso dentro de la ciudad (3); 9.°, los vendedores de parafina, neolina, kerosina, alúmina y demás líquidos inflamables procedentes del petróleo, como asimismo los vendedores de espíritus de trementina y de vino, no podrán tenerlos en tiendas ó almacenes del centro de la población, sino hasta la cantidad de quinientos litros por todo y en tarros de latón y otro metal cuya capacidad no exceda de setenta litros. Estos tarros deberán estar colocados sobre carros con ruedas y en lugar despejado, de modo que puedan ser estraídos sin dificultad en caso de incendio. Los depósitos por mayor sólo podrán existir en los límites señalados fuera de la población, y en bodegas edificadas aisladamente de toda habitación (4) 10, todo establecimiento industrial que exija el consumo de gran cantidad de combustible, ó que pueda perjudicar á la seguridad ó salud del vecindario, no podrá fundarse ni continuar establecido, sino con permiso del Intendente, que señalará su localidad conveniente fuera de la población; 11, en las boticas sólo se permitirá el fuego necesario para mantener agua caliente (5); 12, la demolición de las paredes, tejados ó cualquiera obra que amenace ruina inminente, será ejecutada inmediatamente por los dueños é interesados respectivos, ó á su costa, por el inspector de la policía (6); 13, los cañones de humo, sea de chimenea, estufas ó cocinas, deberán limpiarse por sus dueños en los seis primeros días de los meses de enero, marzo, mayo, julio, septiembre, noviembre y los de talleres ó fábricas que usan mayor combustible se deben limpiar por sus dueños en los seis primeros días de cada mes, bajo la multa, para todos los infractores, de cinco pesos, y cuando llegare á inflamarse el hollín de un cañón conductor de humo se aplicará

(1) Bando de 13 de mayo de 1853.
(2) Bando de 13 de mayo de 1853.
(3) Bando de 13 de mayo de 1853.
(4) Bando de 13 de abril de 1868.
(5) Bando de 21 de abril de 1848.
(6) Decreto de 14 de mayo de 1873.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la multa de cincuenta pesos (1); 14, sufrirán la pena de prisión de veintiuno á sesenta días y multa de diez á cien pesos y además las que llevan consigo según los artículos 30, 76 y 500 del Código Penal, entre otros: el que, faltando á las órdenes de la autoridad, descuidare reparar ó demoler edificios ruinosos (2).

Tales son las disposiciones vigentes en ordenanzas de la Municipalidad de Santiago, que limitan la libertad en el uso y goce de las propiedades y dentro de ellas, y que ha sido conveniente enumerar porque ellas mismas pueden servir de fundamento á las que es preciso consignar en la ordenanza general relativa á los colindantes, para las construcciones á que se refieren los artículos 856 y 857 del Código Civil.

Mas, se hace indispensable recordar todavía otros antecedentes que han de servir también de fundamento á la disposición que establezca el límite de la altura á que puede tener derecho de elevar una pared divisoria, el colindante que proyecte edificar, así como la calidad de esa construcción.

Entre los innumerables resultados obtenidos por los estudios higiénicos, se enumera como axioma el consejo de no usar jamás las habitaciones húmedas para vivir en ellas, por ser una fuente inagotable que origina dolencias y enfermedades que al fin concluyen con nuestra vida sin que sea visible el veneno que la ocasiona. Las humedades pueden tener un origen accidental en corrientes de agua ó depósitos de ellas, cuyas filtraciones van á inundar ó mantenerse en constante reposo en el subsuelo de las habitaciones. También se produce una estacionaria humedad en ellas, por causas naturales y consiguientes á las condiciones ó fenómenos inherentes á las propiedades físicas de nuestro globo terrestre. Los que hayan estudiado el sistema y fenómenos hidrográficos de la tierra, habrán detenido su atención en que, en todas las hoyas hidrográficas en que existe un cauce natural que recoge sus aguas, por lo general la zona ó valle que la rodea es seca y apropiada para cultivos, etc.; pero de repente suelen presentarse en algunos parajes zonas de esa hoya en las que consecutivamente se mantiene una humedad abundante, y se

(1) Decreto de 23 de diciembre de 1868.
(2) Código Penal.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las distingue con el nombre de vegas; y todavía entre éstas las hay de tal naturaleza que desde junio ya la superficie queda tan seca y enjuta que permite siembras de trigo, cuya cosecha es necesario hacerla con toda urgencia porque en marzo, abril y parte de mayo vuelven las humedades en tal abundancia que al ver los rastrojos en pura agua, uno no se da cuenta de cómo se ha podido sembrar aquel terreno; entre esta clase podemos citar las vegas de Tuniche, en Rancagua. Lo que sucede en esta clase de vegas se nota, pero en menor escala, en las vegas permanentes, pues en los mismos meses citados aumentan y disminuyen las humedades, aunque quedando siempre con aguas superficiales. Este fenómeno, inherente á las propiedades físicas de la tierra y que se nota en los campos, ha dado lugar á una expresión inconsciente de la gente de campo, y muy verdadera, cuando dicen: "en llegando junio, las aguas están sumidas debajo de la tierra". Y es lo cierto que las humedades naturales subterráneas tienden hacia la superficie periódicamente durante un cierto tiempo del año; y este fenómeno físico, como general que es, tiene lugar también en las poblaciones, pasando casi invisible por la aglomeración de los edificios y distribución de lo que constituye una casa-habitación. Las aguas subterráneas de nuestro globo que producen la humedad en la superficie exterior desaparecen por la evaporación operada con los rayos del sol.

Este fenómeno ó propiedad física de la tierra es lo que ha aconsejado como medida de salubridad, que en todas las poblaciones del mundo entero, y al delinearlas en su origen, cada casa de habitación tenga distribuídos sus edificios de tal modo que entre unos y otros quedan patios al aire libre, dando lugar á que en ellos penetre el sol, que es el antídoto natural con que aquellas humedades se evaporan, dejando seco el suelo; y el que con construcciones elevadas prive el asoleo de los patios, infiere un gran perjuicio de insalubridad, prohibido por el Código Civil.

Tal es la explicación de salubridad que tiene esta necesidad de los patios en las casas; y así se comprende cómo es posible que se paguen cuarenta y ochenta mil pesos por una casa en cuyo terreno sólo ocupan su mitad los edificios de habitación y la otra mitad se reserva para patios que constituyen las condiciones de salubridad por las razones expuestas.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con estos antecedentes nacidos del profundo estudio de las personas que se han ocupado del bien de la humanidad, y de los medios de atender á la conservación de la vida de sus semejantes, ya podemos preguntar: ¿Podrá ser lícito á un colindante elevar las paredes divisorias con sus vecinos hasta donde su capricho le indique? Y debiendo tenerse muy presente que el Código Civil, estableciendo las acciones posesorias, manda prohibir toda obra nueva, siempre que el otro colindante tema que le pare perjuicio (art. 932), siempre que haya probabilidad de cualesquiera peligros (art. 935), y en general, todo lo que pueda dañar á la solidez, seguridad y salubridad de los edificios. Es evidente que no podrán elevarse las tales paredes, sino en cuanto sea lícito y sean consultadas las condiciones ya enumeradas, para que no perjudiquen al vecino, so pena de indemnizar por la condición higiénica de que se le prive.

Y teniendo en cuenta los frecuentes temblores que han asolado á veces varias poblaciones del sur y norte de la República, es previsión cuerda y discreta prohibir en general en los edificios un tercer piso en elevación sobre el nivel de la calle como punto de partida para el alto de todo edificio.

EULOGIO ALLENDES

ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS CUERPOS LEGISLATIVOS

La propiedad en las sociedades más atrasadas es colectiva, y la disposición de ella depende de todos los copartícipes, los cuales tienen interés en que se conserve indivisible é invariable, consultando así la seguridad y conservación de todos los miembros de la comunidad.

Siendo todos los individuos dueños de todo, tiene que existir necesariamente la democracia pura, que consiste en el gobierno del pueblo por el pueblo, sin restricciones de ningún género ni predominio de clase privilegiada.

Los individuos de una tribu representan á toda la tribu, en las grandes festividades ó reuniones de carácter político ó administrativo, teniendo voz y voto algunas veces las mujeres

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

las que, en las sociedades cultas, están despojadas de todo derecho político y de representación ante las autoridades.

Entre los araucanos y francos sucedía que en las grandes reuniones de interés general tomaban parte todos los miembros como representantes de lo suyo. La razón de esto es que en las sociedades primitivas no hay jefes y viven los habitantes en plena libertad y no hay intereses encontrados, como sucede en las sociedades cultas, en que la propiedad es individual.

Las grandes asambleas, en dichas sociedades, sólo se ocupaban de asuntos de interés general, es decir, de materias verdaderamente provechosas para todos. Estas asambleas son espontáneas y no obra de la ley ó mandato del Legislador, como en las sociedades cultas.

En los pueblos nómades las asambleas existían sin necesidad de ley, y adonde quiera que fuesen tenían siempre el mismo personal.

En los pueblos ó Estados pequeños y de ninguna cultura sólo cabe la democracia pura, porque son pocos sus habitantes, de manera que puede fácilmente oírse la voz de los oradores, y además, porque la propiedad es común.

Entre los germanos las asambleas se ocupaban de la paz ó de la guerra; se nombraban los príncipes y se otorgaban contratos, lo que revela que tenían un carácter político y administrativo.

El carácter distintivo de las asambleas de los pueblos atrasados es el militarismo, no pudiendo tomar parte en ellas sino los que se encontraban en aptitud de cargar armas, como sucedía en Roma, Normandía, Hungría y España. Cada militar entraba con su lanza, que se usaba en la guerra.

Se suponía que gozaba de todos los derechos políticos el que cargaba armas ó estaba en aptitud de cargarlas, lo que era un estímulo para que todos fuesen á la guerra, que era el estado permanente en las sociedades atrasadas.

La democracia pura adolece de los siguientes defectos, según Stuart Mill: 1.°, grado de inteligencia mediocre en los cuerpos representativos; 2.°, peligro de una legislación de clases, aparte de la mayoría.

Un Estado, mientras más pequeño es y más atrasadas sus instituciones, más concentradas tienen que estar sus funciones,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

llegando á estar algunas veces como en embrión, todo del modo más confuso; pero á medida que la extensión del territorio se aumenta y progresan las instituciones, se ensancha el comercio, se mejoran las industrias, se siente la necesidad de especializar las funciones, según las necesidades sociales, en pequeñas asambleas, ó locales, ó bien delegando poder especial á ciertas personas.

En algunas partes existía asamblea general para asuntos de vasta importancia y asambleas locales para los de menos, como policía y aseo, cuyas costumbres estaban arraigadas desde muchos años en Alemania y Francia.

Las asambleas locales son emanaciones ó derivaciones de las asambleas generales legislativas. Dichas asambleas se encontraron entre los celtas.

Otra metamorfosis que experimentan las asambleas legislativas es la de pasar á administrativas por el hecho de las conquistas ó las necesidades sociales.

Era costumbre en algunas ciudades antiguas designar el lugar en que tendrían sus reuniones las asambleas, lo que existió en Chile cuando se designó á Rancagua, en 1826, para que se reuniese el Congreso. Esta práctica ha desaparecido en las sociedades modernas, donde no se le da ninguna importancia.

En los primeros tiempos, las grandes asambleas se celebraban con suma facilidad; en la edad media, el pueblo tuvo mucha antipatía por ellas, porque carecían de su libertad los de las clases bajas, siendo avasallados por los señores feudales, que ahogaban la voz de sus sirvientes con su gran poder y sus magnas fortunas.

Preferían pagar multas cuantiosas antes de concurrir á reuniones legislativas. Augusto, en Roma, impuso fuertes multas á los inasistentes; pero sin fruto alguno, porque cuando más se reunían era dos veces al año, no pudiendo atender á todos los negocios de interés general. Carlomagno consiguió reunirlos dos veces por año. Después del feudalismo, en la edad media, las asambleas tendieron á hacerse representativas tanto por el aumento considerable de territorios y de habitantes como por concluir el entronizamiento de la aristocracia.

Entre los araucanos ha habido también una época de transi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en que el gobierno del pueblo por el pueblo ha pasado á los caciques, quienes se reunían para tratar asuntos de interés general.

La primera asamblea general en Francia, en que dominaron los nobles, fue la del año 680, denominada *Conventus generalis populi.* La representación empieza en el año 15, en cuyo tiempo quedaban vestigios de la dominación aristocrática, siendo miembros de las asambleas generales los representantes de condados y provincias.

En los primeros tiempos no había número fijo de representantes, y en los tiempos modernos se determina por la población: según sea mayor ó menor el número de habitantes es el de miembros de los cuerpos legislativos, habiendo una verdadera relación.

En la edad media nacieron las asambleas generales por la necesidad que había de imponer impuestos para el sostenimiento del Estado, los que no se pagaban sino cuando eran mandatos de la autoridad.

En Inglaterra, España y algunas otras naciones, las convocatorias á asambleas generales tuvieron por objeto los subsidios, que no se conseguían voluntariamente de los ciudadanos.

En nuestros días, una de las materias de la incumbencia de los cuerpos legislativos es la de las contribuciones, teniendo muchas otras de un carácter general, benéficas para todos los habitantes de un Estado.

Dice Spencer "que en las sociedades como en los séres el crecimiento en los cuerpos, es acompañado de un *crecimiento en la estructura*". Los grandes Estados tienen una máquina más complicada y un mecanismo más difícil, debido al rodaje inmenso de servicios, que en las sociedades primitivas ó atrasadas están confundidos en uno sólo: el Poder Legislativo es el engendrador de los demás.

En algunos Estados, los negocios de importancia son encomendados á las asambleas generales y los demás á los nobles, cuya división manifiesta una éra de progreso, porque se especializan las funciones.

Los cuerpos legislativos dejaron de tener tal carácter, pasando á ser asambleas judiciales encargadas puramente de admi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

histrar justicia en Inglaterra y Francia. Lo cierto es que el Poder Judicial es una derivación de los cuerpos legislativos en casi todos los Estados; y está muy claro, pues en las primeras asambleas de las sociedades atrasadas conocían de todos los negocios, y á medida que las necesidades sociales lo fueron exigiendo, se fueron separando las diferentes ramas, entre las cuales está la judicial.

En las sociedades cultas los cuerpos legislativos son obra del Legislador y se muestra gran simpatía y adhesión por dichas asambleas, que en general tienen una fisonomía representativa, y compuestas de individuos ilustrados sin interés personal alguno, y sí, interesados en el bien general de la sociedad.

Para que exista el sistema representativo, se necesitan las condiciones siguientes, según Stuart Mill: 1.ª, que el pueblo esté dispuesto á aceptarlo; 2.ª, que tenga voluntad y capacidad para mantenerlo; 3.ª, que tenga voluntad de cumplir los deberes y desempeñar las funciones. En toda reforma política ó administrativa debe mirarse primero la conveniencia de la reforma propuesta, su oportunidad y la aceptación general por todos ó por la mayor parte de los habitantes. Estas son condiciones que existen y han existido en todas las sociedades, pero que no se han tomado en cuenta por algunos reformadores.

Individualizándose la propiedad tiene que desaparecer la democracia pura, porque cada uno es dueño de una parte y tiene un interés diverso de los demás. De aquí viene la implantación del régimen representativo en que se nombran representantes para los pueblos, para que discutan y resuelvan los negocios de interés general.

También vienen las municipalidades, llamadas á velar por las ciudades que no existen en las sociedades atrasadas, sino que son caseríos ó agrupaciones de pocas personas que viven en estado de absoluta promiscuidad: todo pertenece á todos y cada cual vela por su propia conservación.

La duración de los cuerpos legislativos ha sido otro de los problemas contemporáneos de difícil solución. Algunos creen que sería conveniente un término de tres años, y otros, que fuesen esencialmente conservadores. Respecto al primero, parece tener muchas ventajas porque provee á que las mayorías retró-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

gradas no impidan por muchos años que se lleven á cabo grandes reformas que no se acometerían en cámaras conservadoras. En cuanto al segundo, tiene la ventaja de que continuarán más ó menos las cosas, impidiendo el despacho de proyectos, debido sólo al entusiasmo y nada á la oportunidad social, y esto porque los miembros conservadores conocen mejor el desarrollo y las necesidades sociales.

En las sociedades cultas los cuerpos ó asambleas legislativas son compuestas de representantes del pueblo sin distinción ninguna sin la preeminencia del militarismo como en las sociedades atrasadas, donde este elemento predomina, sino de todos los individuos que poseen ciertas cualidades, que cuenten con el apoyo del pueblo y prometan cumplir fielmente con sus deberes.

Un Estado que tenga cámaras legislativas es más feliz que otro que carece de ellas, porque los cuerpos legislativos sirven de base á los demás poderes y atienden mejor á todas las necesidades sociales, por el hecho mismo de ser muchos sus miembros, quienes pueden saber mejor que una sola persona ó autoridad qué recursos haya que tocar en una época dada para organizar una sección ó servicios ó su mejoramiento.

LUIS CUSTODIO CONTARDO

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuacion)

TÍTULO II.—Contestacion

La materia propia de este título y el orden en que se desarrollará, es el siguiente: 1.°, forma interna de la contestación; 2.°, forma externa; 3.°, procedimiento en el caso de que se acepte la demanda; 4.°, procedimiento en el caso contrario, y en él considerar 1.°, las cuestiones de derecho; 2.°, las de hecho; 5.°, caso de reconvención; 6.°, procedimiento en el caso de resistirse á

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

contestar, clase de resistencia: 1.ª, excepciones dilatorias; 2.ª, excepciones perentorias; 3.ª, citación del vendedor.

Tal es la estructura de nuestro sistema. En este orden de materias examinaremos los artículos 220 hasta el 226, el título IV, IV bis, V y VI del Proyecto, que es toda la materia que cabe dentro del título II de la reforma.

"ART. 249. La contestación deberá formularse con los requisitos que enumera el artículo 217, y el demandado deberá sujetarse á lo que dispone el artículo 218 respecto del actor".

Si hubiera de conservarse este artículo, tendríamos que la contestación debería ser una reproducción de la demanda; lo que no puede ser á causa de ser la contestación un algo que se opone á la demanda, la antítesis de ésta. La contestación no puede ser la repetición de la demanda; por consiguiente, el artículo copiado manda un imposible.

En su lugar, propondremos los artículos que siguen:

"ART. 249. El demandado concretará su contestación á la acción deducida en la demanda y á los hechos en ella expuestos".

"ART. 249, *a*.—El escrito de contestación contendrá:

"1.º Las *iniciales* del tratamiento y del título del juez;

"2.º El *nombre* y apellidos paterno y materno del demandado;

"3.º La *expresión* "contesta la demanda";

"4.º El *nombre* y apellido paterno del demandante, ó, si fuere persona jurídica, su designación legal;

"5.º *Lo sobre* que versa la demanda;

"6.º *Lo que pide*, y sus *razones* claramente manifestadas;

"7.º La *fecha* de presentación y la *firma* del que contesta";

"ART. 249, *b*. El que contestare presentará al secretario el escrito, los instrumentos en que la funde y en papel reglado de oficio, tantas copias firmadas del escrito y documentos, cuantos fueren los demandantes.

"Las obligaciones de los incisos 2.º y 3.º del artículo 218 (reformado) se aplicarán al demandado con relación á la contestación".

El primer artículo propuesto se refiere á la forma interna de la contestación, y los dos últimos, á su forma externa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las copias son una compensación de la obligación impuesta al demandante.

Lo que se echa de menos en este título, está ya legislado en los artículos 217, *ch* y 217, *d*.

"ART. 251. Si el demandado acepta llanamente la pretensión del demandante ó si no contradice en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio, el tribunal mandará citar á las partes para oír sentencia definitiva.

"La misma citación se mandará hacer cuando ambas partes pidan que se falle el pleito sin más trámites".

Este artículo se pone en tres casos: 1.°, que se acepte; 2.°, que se contradiga, no en hechos sustanciales y pertinentes; y 3.°, que se pida por las partes. En los tres casos se ordena citar para sentencia. Nosotros no opinamos del mismo modo: en el primer caso prescribimos que se dé sentencia en el acto, omitimos la citación; en el segundo, exigimos prueba; en el tercero, aceptamos la citación, pues en este caso el magistrado tendrá que estudiar mucho la cuestión para corresponder á la confianza depositada en él por las partes, al renunciar éstas los trámites legales del juicio.

"ART. 251. Si el demandado aceptare la demanda, el juez pronunciará sentencia en el acto de presentársele la contestación".

Puede suceder: 1.°, que se admita una demanda y se diga que se acepta: en este caso coincide la aceptación interna con la externa; 2.°, que, sin admitir la demanda ni convenir en que ella venga, se diga que se reconoce el derecho ejercido tal como se ejerce: en este caso no hay aceptación interna, pero la hay externa; y 3.°, puede ocurrir que, sin reconocer nada ni convenir en tal demanda, no obstante, para evitarse molestias, se allane el demandado á cubrir lo que se le pide: en este caso hay sólo aceptación externa. Y como es la única que requiere la ley, con tal que no adolezca de vicio, es también la que requiere el artículo anterior, que hemos propuesto.

Suprimimos el "llanamente" del artículo del Proyecto, y en lugar de "pretensión del demandante" usamos "demanda". "Pretensión" es un tantico inexacto, porque indica un algo que sale de la esfera de lo regular.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La orden que se da en este artículo de la reforma, es una excepción á la regla general del artículo 151, *a*, el cual da un plazo para fallar. La sentencia, en estos casos, es de dos palabras, desde que no hay contienda ni intereses encontrados. La aceptación es el único considerando que debe tener.

La omisión de la citación para sentencia es sólo en obsequio de la brevedad y sencillez del procedimiento. Dicha omisión no puede acarrear la nulidad del juicio ó sentencia, porque es un caso previsto por la ley; la nulidad sólo existe en el caso en que las partes ó el juez pasen por alto ese trámite de citación prescrito por la ley. La infracción de la ley trae el vicio de nulidad; pero no el cumplir con sus mandatos, como lo sería en el caso del artículo 251 propuesto.

"ART. 251, *a*. Si no aceptare la demanda, expondrá de una manera muy breve las razones ó *motivos* por los cuales no se cree obligado á lo que el demandante pide, y el *modo como* él entiende el derecho deducido ó los hechos narrados en la demanda; en una palabra, aducirá las excepciones dilatorias ó perentorias, que conciernen á su defensa y que permite la ley".

Este artículo, ni su idea, existe en el Proyecto; es una explicación del número 6.° del 249, *a*, reformado. Su primera parte se completa con la segunda. Las excepciones tienen que tener *dos circunstancias*, el ser concernientes y el ser permitidas. Más adelante hay un artículo que expresa cuáles son esas excepciones que pueden alegarse en la contestación. Si no dijéramos "que permite la ley", daríamos á entender que podían alegarse todas; lo cual sería un error.

"ART. 250. De la contestación á la demanda se dará traslado al actor por el término de seis días; y de la réplica al demandado, por igual término".

Este artículo es copia literal del 255 del Código Español. Si hubiera de quedar vigente este artículo del Proyecto, habría que introducir el artículo 256 Español que dice así, y que es un complemento necesario del sistema del Proyecto.

"ART. 256. En los escritos de réplica y dúplica, tanto el actor como el demandado fijarán definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate, pudiendo modificar ó adicionar los que hayan consignado en la demanda y contestación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"En los mismos escritos pedirán, por medio de *otrosíes*, que se falle desde luego el pleito, ó que se reciba á prueba si lo estimaren necesario".

Dos ideas capitales comprende este artículo español: 1.ª, el derecho de modificar la demanda ó la contestación; 2.ª, el escudriñamiento de la voluntad de las partes y su manifestación, acerca de lo que quieren respecto del fallo ó de la prueba. La ley quiere que las partes digan al magistrado si quieren sentencia sin prueba ó sentencia con prueba.

El Proyecto, siguiendo el sistema de la ley 1.ª, título XV, libro 11 de la Novísima Recopilación, y del Código Español y otros, sólo admite cuatro escritos en la discusión del juicio: demanda, contestación, réplica y dúplica.

Nosotros creemos innecesarios tantos escritos de precepto; prácticamente hemos visto, en la generalidad de los casos, agotada la discusión en la demanda y en la contestación, llegando á ser la réplica y dúplica un rodaje inútil.

Por eso desterramos esos escritos y sólo admitimos la demanda y la contestación; y para el caso que se quiera modificar ésta ó aquélla antes de la prueba, reconocemos el derecho de hacerlo en escritos excepcionales, que llamaríamos de "*téngase presente*", los cuales pasarían á los autos *con citación*. Ellos penderían de la necesidad que sientan las partes de efectuar alguna modificación; nó, de una necesidad sentida por la ley. También podría hacerse valer verbalmente ese derecho que reconocemos, como pasamos á estatuirlo.

Los siguientes artículos representan nuestro sistema *de demanda, de contestación* y *de audiencia*.

"ART. 250. Presentada la contestación, ó la contra-reconvención, en su caso, el juez decretará: "Entréguese la copia al demandante y cítese á las partes para el despacho del tercer día hábil después de la última notificación".

"ART. 250, *a*. Si los demandados fueren varios y algunos contestaren por separado, las primeras contestaciones tendrán este decreto: "Entréguese la copia al demandante". Y la última contestación, el decreto del artículo precedente.

"ART. 250, *b*. En la audiencia, á que se cita en los casos de los dos artículos anteriores, cada parte, ó su abogado, tendrá

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

derecho: 1.º, á apreciar los hechos aducidos, el derecho ejercitado, la prueba acumulada y los instrumentos mencionados; y 2.º, á modificar la demanda ó contestación.

"El juez podrá interrogarlos sobre cada uno de estos particulares; y á falta de común consentimiento ó en rebeldía del inasistente, fijará las cuestiones de Derecho por resolver y los hechos por acreditar, enunciando cada uno en tesis por separado y poniendo á cada tesis un número de orden.

"Si alguno de los asistentes pidiere que á los puntos de derecho ó á los hechos fijados se agreguen los que enumerare, se consignarán en el acta; si son conducentes, el juez ordenará que se agreguen, enunciándolos como en el inciso precedente y siguiendo la numeración respectiva".

"ART. 250, *c.* Si la cuestión, materia del juicio, fuere de puro derecho; si los hechos estuvieren acreditados con prueba reconocida como válida por la parte contra quien se hubiere traído, si las partes estuvieren conformes en los hechos ó en que el juicio se falle sin mas trámites, el juez citará para sentencia.

"En el caso contrario, y cuando el juez creyere necesario esclarecer algún hecho conducente y materia del debate, recibirá la causa á prueba por todo el término departamental, menos en los casos en que la ley considere inadmisible la prueba".

"ART. 250, *ch.* El juez hará levantar acta de lo sucedido, la firmará con las partes y abogados presentes y ordenará se notifique al inasistente, si lo hubiere".

Los cinco artículos precedentes reemplázan al 250 del Proyecto y á su sistema.

En el primero se indica la providencia que debe ponerse á la contestación, cuando es una. En el segundo, las que deben ponerse cuando son varias.

En el tercero se determina el derecho que las partes ó sus abogados pueden tener en la audiencia de precepto, y las facultades que se confieren á los jueces, así como las obligaciones que se les imponen.

En el cuarto se ponen los casos en que se debe citar para sentencia y los casos en que se debe recibir á prueba.

En el quinto, se prescribe poner por escrito lo sucedido en la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

audiencia, su autorización y su comunicación al inasistente por la notificación.

Con la nueva forma que damos en la reforma á la demanda y á la contestación, y con los alegatos que se prescriben más adelante, aún en las cuestiones de puro Derecho, se quita á los escritos de réplica y dúplica todo el pequeño interés que pudieran tener en limitados casos. Con los derechos que se pueden ejercer en la audiencia que proponemos, se resguardan y se satisfacen todas las necesidades á que pudieran servir los enunciados escritos, que suprimimos como un mecanismo moroso y sin ventajas.

Después de la contestación, viene la audiencia; y después, la prueba ó la sentencia. Este es el mecanismo de la reforma, más breve y más sencillo que el del Proyecto.

El artículo 250 reformado se pone en dos casos, en el de la contestación y en el de la contra-reconvención, ó sea, contestación á la reconvención. Para ambos la tramitación es la misma: se manda entregar la copia de precepto y se cita á las partes á una audiencia. Ella deberá tener lugar en las horas de despacho del tercer día hábil. Esas horas están determinadas en la Ley de los Tribunales. En cualquiera hora de despacho puede tener lugar la audiencia. El juez puede fijar una hora determinada. Tal fijación puede tener sus inconvenientes. Puede llegar esa hora; y como por las ocupaciones del juzgado, no puede el juez dedicarse á la audiencia decretada, con derecho podría algún litigante alegar que ya estaba exento de la obligación de concurrir. Mientras que diciendo "para el despacho", las partes están obligadas á permanecer, esperando la audiencia durante el tiempo que el juez dure en sus tareas de despacho.

Este comparendo ó audiencia no es una novedad. Está establecido en el artículo 257 del Código Español para el caso que algún litigante se oponga al recibimiento á prueba del pleito. Vemos que en esta legislación son muy limitados los casos de audiencias.

El artículo 5.º y 6.º de la ley patria de 15 de octubre de 1856 establece los comparendos después de la contestación, suprime los escritos de réplica y dúplica y fija para la audien-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

cia uno de los ocho días siguientes. Esta tramitación es sólo para los juicios de menos de mil pesos de valor.

Se da en el artículo reformado una regla fija para la audiencia, á fin de quitar los inconvenientes que resultan de dejar á la voluntad del juez tal determinación. La ley patria citada permitía fijar el siguiente hasta el 8.º Tal amplitud trajo sus males. Un día es plazo muy corto; 5, 6, 7, 8, es muy largo. Un término medio y razonable es el tercer día hábil, Así el demandante tiene tiempo de estudiar la contestación y prepararse para el comparendo.

En el artículo 250, *b*, se regla el papel de las partes, de sus abogados y el del juez, todo determinadamente.

Respecto de las partes ó de sus abogados se reconoce el derecho esplícito de alegar en estrados; y son materia de esa alegación la apreciación de los hechos y del derecho deducido, y la de las pruebas acumuladas hasta el instante en que se habla, sean éstas instrumentos, confesión ó de otra naturaleza. También se reconoce el derecho de enmendar la demanda ó la contestación, cambiar su forma ó el de agregar hechos nuevos dejando invariables dichos escritos. Todo lo cual es científicamente *modificar*; porque, si se quita ó cambia, se modifica; si se agrega, se modifica también. La modificación puede tener lugar por diminución, agregación ó simple cambio.

Á los abogados se les da una representación legal con el fin de enaltecer la profesión y hacerla más útil. Nada de esto se halla en el artículo 6.º de la ley patria citada ni en el Proyecto.

En el 2.º inciso se consigna para el juez la facultad de interrogar á las partes y á sus abogados, por eso usamos el masculino *los:* la de fijar, á falta de acuerdo, las cuestiones de derecho y los hechos; porque el acuerdo es ley suprema. Impone dicho inciso la obligación de enunciar y de numerar los hechos.

En el inciso tercero se garantiza el derecho de pedir agregaciones y se impone al juez la obligación, 1.ª, de consignarlas, y 2.ª, de agregar las que conceptúe conducentes y nada más.

La expresión de los hechos por medio de una tesis ó de una proposición, y la numeración de éstos, tiene por fin capital facilitar la recepción de la prueba de testigos y que el acta haga las veces de interrogatorio.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En el día en los juicios de menos de mil pesos se hace confusa y pesadísima la recepción de prueba, entre otras causas, que también procuraremos vencer, porque no se forman estas especies de interrogatorios, que prescribe la reforma.

El artículo 250, *c*, menciona en su inciso 1.º los tres casos en los cuales el juez debe citar para sentencia; y en el 2.º todos los en que se debe recibir el juicio á prueba.

Hasta aquí hemos contemplado el caso en que se contesta una demanda. En el artículo siguiente consignaremos el caso cuando no se quiere contestar.

"ART. 250, *d*.—Si una demanda no fuere contestada dentro del término correspondiente, el secretario de la causa, á solicitud verbal de un litigante, certificará el hecho, y acto continuo la presentará al juez con el certificado.

"Este, dándola por contestada, decretará la citación del artículo 250".

Este artículo es una excepción al artículo 58 reformado. Verbalmente se acusa la rebeldía, se certifica el hecho y se hace la citación del artículo 250. Con este decreto se da por evacuado el traslado de la demanda sin necesidad de decirlo y por sólo el mandato de la ley. Se evita el escrito de rebeldía, y cuando menos, el traslado que le ponen algunos jueces traviesos.

En el orden lógico de nuestro sistema ya es llegado el momento de tratar de lo concerniente á la reconvención.

TÍTULO VI—De la reconvención

Esto desaparece por inútil, como se ha dicho.

"ART. 252. Puede el demandado reconvenir al demandante entablando contra él una nueva demanda, que se sujetará á lo dispuesto en los artículos 217 y 218.

"ART. 253. Sólo puede reconvenirse en el escrito en que se contesta á la demanda.

"ART. 254. La reconvención sólo puede deducirse ante juez competente para conocer de ella; sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 195 y 203 de la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.

"Se entiende que ante un juez de letras en lo civil se puede

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

reconvenir sobre negocios de comercio ó de minas, y viceversa.

"ART. 255. La reconvención se sustanciará juntamente con la demanda principal, y ambas serán resueltas en una sola sentencia.

"ART. 256. Contra la demanda interpuesta por vía de reconvención hay lugar á las excepciones dilatorias enumeradas en el artículo 243, las cuales se propondrán dentro del término de seis días y en la forma expresada en el artículo 245.

"Terminado este incidente, se entregarán los autos al demandante para que replique".

Este título del Proyecto es materia en el Código Español de un solo artículo, el 254; y sus disposiciones forman parte del título de la contestación. Y desde que la reconvención va unida á la contestación, no hay razón para tratarla en un título separado, sino en el mismo en que figura ésta. Así la tratamos nosotros.

El artículo 252 faculta al demandado para demandar al demandante; el 253 determina dónde puede colocar su demanda; el 254 ante qué juez, y el 255 dice cómo se sustancie y falle la reconvención. Tal es el esqueleto del sistema del Proyecto.

Nosotros principiaremos por decir en un artículo las cosas que puede contener una contestación; en otro, lo que se llama reconvención, y cómo se sustanciará y fallará; en un tercer artículo, la suerte que correrá una reconvención, presentada después de contestada la demanda; en un cuarto, lo que puede hacer el demandante después de que es reconvenido; y en un quinto, lo que es aplicable á la reconvención y contra-reconvención.

En consecuencia, podríamos dar forma á nuestro sistema en los siguientes artículos.

"ART. 252. El demandado podrá deducir en su contestación las excepciones perentorias, peculiares de su defensa; las dilatorias, no deducidas en incidentes; y toda demanda, propia, de cualquier cuantía, civil, de comercio ó de minas, contra el demandante.

"ART. 253. Esta demanda del demandado, llamada reconvención, se tramitará al propio tiempo y en el mismo proceso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que la demanda del demandante; y una y otra se resolverá en una sola sentencia.

"ART. 254. Si la reconvención se dedujere después de presentada la contestación, se tramitará y resolverá como juicio aparte, sin perjuicio de la acumulación, si procede.

"ART. 255. El demandante no podrá reconvenir, sino contestar la reconvención ó sea contra-reconvenir.

"ART. 256. Á la reconvención es aplicable todo lo preceptuado respecto de la demanda, y á la contra reconvención lo relativo á la contestación".

Comparemos lo del Proyecto con estos cinco artículos de la reforma.

En el artículo 252 del Proyecto y siguientes no se dice en qué consiste la reconvención ó qué cosa es reconvención, que es la idea capital del título IV. Pero dice cómo el demandado puede reconvenir, y eso lo efectúa entablando nueva demanda. Dice "nueva", como si ya hubiera otra "vieja", siendo que no existe ni puede existir ninguna otra iniciada por el demandado. Se desnaturaliza el significado forense de "reconvenir" y se vierten ideas en pugna con la realidad.

En el artículo 253 de la reforma se define lo que es reconvención; dice su esencia:

El Proyecto no dice todas las condiciones que debe tener la demanda del demandado. La reforma las enumera en el artículo 252 y son: que sea *propia* y *contra el demandante*, de *cualquiera cuantía* y de estas tres materias, *civil*, *comercial* ó *minera*. Si no se llenan estas condiciones, no hay reconvención ni puede reconvenirse.

El Proyecto sólo admite las reconvenciones de mayor cuantía en el inciso 1.° del artículo 254; y de esta cuantía, la excepción del inciso 2.° por lo que mira á la naturaleza; es decir, admite la reconvención de un negocio mercantil si es de mayor cuantía.

No son justas y exactas las palabras "juntamente" y "principal" del artículo 255. "Juntamente" es idea redundante, porque la reconvención, quiera que no se quiera, está junta de hecho con la contestación y está ligada ó entrabada con la demanda del demandante. "Principal" admite un algo accesorio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ó secundario; y en la demanda del demandado no caben esas ideas de accesorio ni secundario; por cuanto ésta puede subsistir aunque desaparezca aquélla. La idea que el Proyecto ha querido expresar, es que una y otra demanda se sustancien á un mismo tiempo y en un mismo expediente. Esta idea filosófica es la que expresamos en el artículo 253 de la reforma.

Lo dicho en el artículo 256 del Proyecto y en el final del 252 está consignado en las dos palabras del artículo 256 de la reforma; y lo uno y lo otro es una consecuencia necesaria de ser la reconvención una demanda, y como tal tiene que sujetarse á lo que rige respecto de toda demanda.

El Proyecto no sospecha que el demandado pueda contestar la reconvención; sólo habla de réplica y confunde en esta expresión lo que es y lo que no es replicar. En una réplica cabe la argumentación sobre la acción y la argumentación sobre excepciones. Y esto se agrava más con la forma taxativa del artículo 256 del Proyecto respecto de lo que puede hacer el demandante. En efecto, éste sólo puede hacer dos cosas: poner excepciones dilatorias y replicar. No puede defenderse de la demanda del demandado, porque no le da esa facultad el Proyecto. Todo lo cual nos demuestra que en este punto se ha padecido un olvido involuntario.

En el desarrollo gradual de nuestro sistema nos hemos ido por los casos más sencillos primero, hemos pasado después á los más complejos, así: 1.º, el caso de confesar la demanda; 2.º, el contestarla y el reconvenir. Pero ya es oportunidad de tratar el caso en que no se quiere contestar, y en que, antes de hacerlo, se forman incidentes previos que resisten la llegada de verificar la contestación, ó bien, se pide que otro salga á la defensa del demandado. Llega, pues, su turno á los artículos y veamos el rol que desempeñan las excepciones dilatorias y la citación del vendedor; las primeras tratadas en un título, el IV, y la segunda en otro, el IV, *bis*, por la Comisión Revisora. Ambas materias son propias de incidentes, incidentes que pueden producirse respecto de la demanda y respecto de la reconvención. Trataremos primero los relativos á excepciones por ser más frecuentes, y hablaremos en seguida de la citación, por ser más rara.

Copiemos lo relativo al primer punto en el Proyecto:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

TITULO IV.—De las excepciones dilatorias

"ART. 243. Sólo son admisibles como excepciones dilatorias:

"1.ª La incompetencia del tribunal ante quien se hubiere presentado la demanda;

"2.ª La falta de personalidad ó representación legal del demandante ó su procurador;

"3.ª La litispendencia en otro tribunal competente;

"4.ª La ineptitud del libelo por razón de algún defecto legal en el modo de proponer la demanda;

"5.ª El beneficio de excusión".

"ART. 244. Podrán también oponerse como dilatorias las excepciones de cosa juzgada y de transacción; pero, si fueren de lato conocimiento, se mandará contestar á la demanda y se reservarán para fallarlas en la sentencia definitiva".

"ART. 245. Las excepciones dilatorias deben oponerse todas en un mismo escrito y dentro del término del emplazamiento.

"Si así no se hiciere, se podrán oponer en el progreso del juicio sólo por vía de alegación ó defensa, ó se estará á lo dispuesto en los artículos 78 y 79".

"ART. 246. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, las excepciones de incompetencia y de litispendencia podrán deducirse separadamente, con tal que precedan á las demás dilatorias".

Los artículos 243 y 244 enumeran las excepciones, el 245 cómo deben oponerse y dentro de qué término, el 246 expone una excepción á la regla del 245.

En reemplazo de estos cuatro artículos y del sistema del Proyecto, proponemos los cuatro siguientes que desarrollan nuestro sistema.

"ART. 243. El demandado podrá deducir contra el demandante en forma de incidente previo, en un mismo escrito y sólo dentro de la primera mitad del término para contestar á la demanda, las excepciones dilatorias:

"1.ª De incompetencia del juez ante el cual se le demanda;

"2.ª De falta de capacidad ó de personería para iniciar el juicio;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"3.ª De existir el mismo juicio pendiente ante otro juez;
"4.ª De ser defectuosa la demanda en su forma externa;
"5.ª De beneficio de excusión;
"6.ª De existir cosa juzgada;
"7.ª De haber transacción del punto en litigio".

"ART. 244. Si el juez conceptuare que la excepción de cosa juzgada ó de transacción requiere un lato conocimiento, dejará su resolución para definitiva, y mandará contestar á la demanda y que se discutan y prueben conjuntamente con el negocio principal".

"ART. 245. No opuestas las excepciones dilatorias dentro del término indicado, sólo podrán oponerse en los casos, forma y tiempo prescritos en los artículos 78 y 252".

"ART. 246. Deducida la excepción de incompetencia ó de litispendencia, serán resueltas previamente á todas las demás instauradas; y sólo en el caso de declararse competente el juez, se pronunciará al mismo tiempo sobre las demás".

Comparemos uno y otro mecanismo.

El Proyecto no dice á quién competen las excepciones, ni contra quién; ni dice en la forma como se deben presentar. La reforma determina estos puntos y los legisla.

En vez de los nueve días que señala el Proyecto para deducir las excepciones dilatorias en la generalidad de los casos, nosotros nos limitamos á cinco en esos mismos casos y en obsequio de la brevedad de los juicios. El artículo 239 del Código Español fija seis días. Vemos que nuestro plazo de cinco días no carece de precedentes. Si se toma en cuenta que la vigencia del Código Español se verificó hace más de treinta años, se verá que los seis días de aquel entonces equivalen á los cinco que proponemos. Nuestro plazo es esencialmente relativo, como el del Proyecto.

En otra ocasión hemos discutido la palabra *personalidad*. Nosotros empleamos la voz *capacidad* respecto del que inicia por sí la demanda y *personería* respecto del que procede á nombre de otro.

Suprimimos la voz "competente" que usa el Proyecto en la excepción tercera; porque no se requiere la competencia definitiva; es punto que después se resolverá. Pero, para lo que es

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la excepción, basta que exista simultáneamente el mismo litigio ante dos jueces.

Nuestra redacción en la cuarta excepción se asemeja más á la redacción de la misma excepción del Código Español, el cual no usa la palabrería insustancial del Proyecto.

Éste enuncia de una manera muy vaga la excepción de transacción; nosotros la expresamos con toda exactitud diciendo transacción de qué es; porque si se transige una cuestión accesoria del juicio, no puede tal acto ser excepción para el juicio.

El Proyecto habla sólo del fallo, pero no prescribe una palabra sobre la discusión y prueba de las excepciones dejadas para definitiva. En el orden cronológico de los sucesos, primero está la reserva para definitiva, y después el mandato de contestar, y de discutir, y de probar. Este orden desconoce el Proyecto, y nosotros, al contrario, lo respetamos y conservamos en la disposición legal.

Según el sistema del Proyecto podrían oponerse las excepciones dilatorias en cualquier tiempo del juicio, cuando se quisiere; por cuanto así se desprende del tenor literal del artículo 245. En efecto, se pueden deducir durante el término del emplazamiento, esto es, antes de contestar á la demanda; y después por vía de alegación, poco importa el estado del juicio. Ante esta latitud nosotros hemos retrocedido; porque no garantimos tal facultad y con tan ancho campo de acción, sin límites en el tiempo y sin restricción de los escritos en que pudiera hacerse valer.

Nosotros sólo concedemos la mitad del tiempo para contestar y un solo escrito; después, al contestar y en ese solo escrito, artículo 252; por último, en los dos días posteriores al conocimiento del hecho que hace surgir la excepción, artículo 78 reformado.

La cita que hace el Proyecto del artículo 79, es inconducente. Este artículo se refiere á una facultad otorgada al juez y no á las partes; de modo que no tiene relación alguna con las excepciones, en cuya iniciación el papel exclusivo corresponde á la parte demandada.

En el artículo 77 reformado se fija un plazo general, indeterminado, y se dice allí "antes de contestar á la demanda". Hoy

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

en el artículo 243 reformado se circunscribe más esa regla general tratándose del juicio ordinario, y se dice siempre, antes de contestar á la demanda, pero en la primera mitad. No hay, pues, contradicción entre lo de los artículos 77 y 243, ni hay excepción á la regla general; hay sólo determinación para un caso dado.

El artículo 246 del Proyecto admite una excepción á lo dispuesto en el artículo 243, que dice que todas las excepciones se deduzcan en un solo escrito. De modo que puede haber dos escritos para excepciones si se interponen unas antes de otras. El fundamento es muy débil, no es base para una distinción legal.

Nosotros no admitimos la separación en ningún caso; sólo prescribimos el pronunciamiento previo, y limitamos el caso en que se pueden fallar las demás excepciones y el en que no hay necesidad de tal fallo. En esto seguimos con gusto el precepto del artículo 248 del Código Español.

Respecto á la prueba y en cuanto al derecho de tachar ó de abonar testigos en estos incidentes, es punto que dejamos para tratar en el título de la prueba al hablar de las tachas en general.

Llegamos al caso en que queremos que otro salga á nuestra defensa. Copiemos el título IV, bis, del Proyecto, que contiene el segundo punto á que más atrás nos hemos referido.

TÍTULO IV, bis.—De la citación de evicción

"ART. 246, *a*. La citación de evicción deberá hacerse antes que comience á regir el auto en que se recibe la causa á prueba".

"ART. 246, *b*. Si el demandado pidiere estas diligencias antes de contestar á la demanda y solicitare que entretanto se suspenda el término para contestar, se le concederá dicha suspensión por todo el término del emplazamiento á que haya lugar.

"Se computará este término conforme á las reglas establecidas en los artículos 222, 223, 224 y 225, habida consideración á las citaciones que las personas citadas hicieren á su vez á otras que les estén obligadas al saneamiento por evicción".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

«ART. 246, *c.* Si esta citación se pidiere después de contestada la demanda, no se concederá suspensión alguna de término en razón de ella, á menos que se alegue justa causa, que el tribunal apreciará prudencialmente».

«ART. 246, *d.* Si, decretada la citación, el que la hubiere pedido fuere negligente en hacerla cumplir, podrá el demandante ser autorizado para llevarla á efecto á costa de aquél».

Lo que el Proyecto llama *citación de evicción*, nosotros llamamos *citación del vendedor.* En una palabra, nosotros sustituímos á «evicción» por la voz «vendedor». Hé aquí los motivos del cambio:

El Código Civil comprende entre las obligaciones del vendedor la obligación por saneamiento y la por saneamiento por evicción y contiene este artículo:

«ART. 1838. Hay *evicción* de la cosa comprada, cuando el comprador es *privado* del todo ó parte de ella, *por sentencia judicial*».

«ART. 1843. El comprador á quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior á la venta, *deberá citar al vendedor* para que comparezca *á defenderla.*

«*Esta citación* se hará en el término señalado por el Código de Enjuiciamiento.

«Si el comprador *omitiere citarle*, y fuere evicta la cosa, el vendedor no será obligado al saneamiento; y si el *vendedor citado* no compareciere á *defender* la cosa vendida, será responsable de la evicción; á menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa ó excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa».

En estos dos artículos está trazada la materia que debemos presentar á los Legisladores. En ellos se dice lo que es evicción y cuándo existe, el objeto de la citación y á quién se cita. Pues bien, si invariablemente hay que citar al vendedor ¿por qué razón no decirlo en la ley y quitar al precepto esa generalidad ficticia y sin resultado práctico? El Proyecto adolece de este defecto, pues en los cuatro artículos del título IV, bis, no nombra una sola vez al vendedor; de modo que da á entender que el orden de cosas establecido en esos artículos es aplicable á todo género de demandados, cuando sólo rige respecto del demanda-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

do comprador, que se le pide la cosa comprada, y respecto del vendedor de esa cosa y del tercero de que habla la ley civil.

Llamar citación de evicción á esta citación del vendedor ó del tercero es dar un nombre que no dice relación con lo que se cita, ni con el objeto de la citación; es darle un nombre antojadizo, y de algo que aun no existe y que bien puede no existir jamás. Si no hay pérdida de la cosa por sentencia definitiva, no hay evicción. En este caso siempre hay citación del vendedor; y el Proyecto siempre supone existente la evicción; lo último es contrario á la verdad.

Conforme con los preceptos copiados del Código Civil y como una consecuencia de lo argumentado, debe llamarse la citación "citación del vendedor"; porque es á quien se debe citar, según los artículos 1843 y 1841 del Código citado. El tercero de este artículo es á su vez vendedor y está comprendido en la voz genérica "vendedor". Se cita á éste, no á la evicción. El objeto de la citación es para que el vendedor defienda la cosa litigada. Las prescripciones del Código Civil toman como punto capital la defensa; todo tiende hacia ella y converge á su centro. No habla del juicio ni toma como base á éste. Así el artículo 1844 dice que, compareciendo el vendedor, se seguirá contra él "la demanda" no "el juicio"; de modo que supone este estado de demanda cuando ha comparecido por efecto de la citación.

Todo induce á creer y demuestra que la citación debe existir necesariamente antes de la defensa ó contestación; porque si ocurriera después, no podría haber defensa y se faltaría á lo dispuesto en los artículos del Código Civil.

Consecuentes con estas ideas, los artículos del Proyecto podrían ser reemplazados por los siguientes:

"ART. 246, *a.* Si el demandado quisiere ejercitar su acción de saneamiento contra el vendedor de la cosa demandada ó contra el tercero de quien éste la hubiere adquirido, deberá pedir su citación dentro de la primera mitad del término para contestar á la demanda.

"Esta petición suspenderá dicho término".

"ART. 246, *b.* Toda petición de citación, fuera de la primera mitad indicada, no producirá efecto alguno jurídico; pero, si

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el vendedor ó tercero quisieren tomar parte en el juicio, podrán hacerlo, y entonces se les considerará como si hubieran sido citados oportunamente».

«ART. 246, *c.* Decretada la citación, el demandado deberá hacerla efectuar dentro de tercero día en el caso en que el citado esté en la condición del artículo 221, ó dentro de los plazos de los artículos 222, 223, 224 y 226 si se hallare en las respectivas situaciones de dichos artículos.

«Si no lo hiciere y pasare el término correspondiente, la citación quedará sin efecto; á menos que se pruebe justa causa que haya impedido diligenciarla, ó que el demandante se ofrezca á hacerla á costa del demandado».

«ART. 246, *ch.* El vendedor citado podrá á su vez hacer citar á su respectivo vendedor conforme con las prescripciones precedentes».

«ART. 246, *d.* Citado el vendedor ó el tercero, principiará á correr el término suspendido».

«ART. 246, *e.* Este término se reemplazará por el que correspondería al citado según su residencia, como si él fuera el demandado; á menos que el demandado, teniendo un término mas largo, pidiere que se le conserve su término para contestar por su parte».

Comparemos los preceptos del Proyecto y su sistema, con los de la reforma y su sistema.

Según el artículo 1.º del Proyecto, la citación debe hacerse antes que rija el auto de prueba. Puede estar dado este auto y faltar una notificación para que comience á regir, y puede hacerse la citación en esta situación.

En tal caso ¿qué ganaría el citado con que se le llamase cuando ya, por disposición de la ley, estaban agotados los medios de discusión y cuando no se le proporcionaría después oportunidad de preparar sus medios de defensa ni de defenderse? Realmente nada; porque ya la demanda está contestada y el juicio en prueba. Tal sistema no guarda armonía con los preceptos del Código Civil.

El artículo 1.º es muy general: no dice quién debe hacer citar, ni á quién.

El artículo 2.º trata de la petición de la citación, así como

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el 3.º Si se pide simplemente la medida antes de la contestación, el Proyecto no le da efecto alguno según estos dos artículos; pero, si se pide después de la contestación y se alega justa causa, entonces puede suspenderse el término si el juez quiere, y no se suspende si el juez no quiere. Esto es antilógico. Según el artículo 2.º, si se pide la citación y se pide al mismo tiempo la suspensión del emplazamiento antes de la contestación, entonces hay suspensión de término; de modo que la suspensión no es un efecto de la petición de la citación, sino el resultado de la solicitud de suspensión.

El artículo 4.º faculta al juez, en caso de negligencia en hacer efectuar la citación, para autorizar se lleve á efecto, sin distinguir el caso del artículo 2.º de el del 3.º La facultad es general.

Según el Proyecto, la citación que llama de evicción, no produce efecto alguno jurídico y la impone como una obligación en el artículo 1.º Tampoco nos dice que dicha citación proviene del ejercicio de alguna acción.

La reforma dice cosas muy distintas y salva todas estas omisiones.

El artículo 1.º dice que del ejercicio de la acción de saneamiento nace la facultad de citar. El referido ejercicio se deja á la voluntad del demandado; pero se le da un plazo para ello, y entonces se le impone la obligación de ejercitar dicha acción dentro de tal plazo. También se dice á quién se puede citar, ó al vendedor, artículo 1843, ó al tercero del artículo 1841 del Código Civil.

En el 2.º inciso se dice el efecto preciso de la petición oportuna ó en tiempo.

En el 2.º artículo no se otorga efecto á la petición fuera del término legal; con todo, se deja en libertad al vendedor ó al tercero para que, si quieren, puedan tomar la defensa del juicio, en cuyo caso se rehabilita la condición de citados. Este es el efecto jurídico de la intervención voluntaria por parte del vendedor ó del tercero.

Lo dicho es relativo á la petición de citación, al tiempo en que deba hacerse y á sus efectos, así como á la participación voluntaria del vendedor. Pasemos á otra situación, al estado de *decretada* de la citación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El inciso 1.º del artículo 3.º señala el término en que debe diligenciársela; el 2.º, el efecto de no hacerse en tiempo hábil, y dos casos de excepción.

El artículo 4.º consigna una facultad á favor del citado, es el *cobre allá* de cierto juego infantil. El referido artículo es una consecuencia precisa de la condición de demandado que toma el vendedor que se apersona en el juicio para el cual fue citado; pero lo hemos consignado para mayor claridad.

Habiendo dicho que el término se suspendía, caía de su peso que dijéramos cuándo comenzaba á correr. Este punto está reglado en el artículo 5.º

El artículo 6.º habla de sustituir un plazo por otro. Puede suceder: 1.º, que el demandado tenga un plazo más corto para contestar que el vendedor; 2.º, que sea igual; 3.º, que sea más largo. En el primer caso es muy justo que el vendedor, teniendo el carácter de demandado con la citación, no vaya á ser de peor condición, restringiéndosele el término á que le da derecho su distancia del asiento del juzgado. En el segundo caso es indiferente. En el tercer caso no es justo que se aproveche de un plazo más largo, que no es peculiar de su situación sino propia de su comprador. Y como éste no podría perjudicarse con el reemplazo, limitándole su plazo peculiar, hemos creído muy justo conservarle el derecho para mantener ese plazo.

Hemos procurado solucionar todas las situaciones posibles, enunciando los efectos de cada una y garantizando todo derecho legítimo.

Para completar la materia del título II de la reforma, nos resta que examinar los artículos 220 y siguientes hasta el 226 y el 247 y 248 del Proyecto. Van copiados á continuación.

"ART. 220. Admitida la demanda, se conferirá traslado de ella al demandado para que la conteste dentro del término de emplazamiento".

"ART. 221. El término de emplazamiento para contestar á la demanda es de nueve días, si el demandado se encuentra en el lugar del asiento del tribunal.

"Este término se aumentará con cuatro días más si, residiendo el demandado en el mismo departamento, se hallare á más de diez kilómetros del asiento del tribunal".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 222. Si el demandado se encuentra en otro departamento de la República, el término para contestar á la demanda es de trece días, y uno más por cada veinte kilómetros de distancia entre las cabeceras de ambos departamentos".

"ART. 223. Si el demandado se hallare fuera del territorio de la República, el término de emplazamiento para contestar á la demanda será el que fije una ordenanza especial que la Corte Suprema formará cada diez años.

"Se formará esta ordenanza en el mes de noviembre, á fin de que comience á regir en toda la República el 1.º de marzo del año respectivo.

"Se publicará en el periódico oficial, y se colocará en un lugar ostensible en el oficio de los secretarios de los juzgados de letras, de los secretarios de las Cortes de Apelaciones y del secretario de la Corte Suprema".

"ART. 224. Si los demandados fueren varios y hubieren de obrar conjuntamente, el término de emplazamiento para contestar á la demanda será el que corresponda al demandado que tuviere mayor término.

"Pero si, aplicada la regla del inciso anterior, resultare restringido el término de algunos de los otros demandados, se agregarán á aquel término los días que falten para completar el de este último".

"ART. 225. Si los demandados fueren varios y hubieren de contestar por separado, se otorgará á cada uno de ellos sucesivamente el término que señala el inciso 1.º del artículo 221, sin perjuicio del aumento que les corresponda si se hallaren en el caso del inciso 2.º del mismo artículo ó en el de los artículos 222 y 223".

"ART. 226. Notificado que sea el demandado del traslado de la demanda, tendrá derecho de sacar el proceso del oficio del secretario.

"En el caso del artículo precedente cada uno de los demandados podrá tomar los autos á medida que empiece á correrle su término".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"TÍTULO V.—De la contestación y de los trámites posteriores del juicio hasta el estado de prueba ó de sentencia.

"ART. 247. Si el demandado no propone ninguna excepción dilatoria, contestará á la demanda dentro del término legal".

"ART. 248. Si el demandado hubiere opuesto alguna excepción dilatoria, consentida ó ejecutoriada que sea la sentencia en que se le mande contestar á la demanda, se le entregarán nuevamente los autos.

"En este caso la contestación deberá presentarse dentro de seis días, contados desde la notificación de la antedicha sentencia".

Como se puede ver, todas estas disposiciones giran en torno del término para contestar, se relacionan con esta idea capital.

En el artículo 220, analizado en la parte relativa á la demanda, se halla la voz *emplazamiento;* y como ella dió lugar á una larga discusión entre los miembros de la Comisión Revisora en la sesión segunda de 30 de abril de 1875, veamos esas opiniones y veamos qué significa dicha voz, en nuestro sentir.

Hé aquí las opiniones vertidas en aquella sesión. "Los señores Elizalde, Fabres y Alfonso quieren que se suprima la voz *emplazamiento*, "porque, dicen, el emplazamiento no es el término para contestar á la demanda, sino el exceso que, sobre el plazo ordinario para evacuar este trámite, se otorga á los demandados que no residen en el lugar del juicio. En este sentido emplean aquella voz las leyes vigentes, y en particular la de 1855 sobre términos de prueba y emplazamientos.

"Los señores Lira y Zegers dicen que emplazar significa también dar plazo á una persona, sea para comparecer ante el tribunal, sea para ejecutar algún acto del juicio".

Á pesar de ser estas opiniones tan autorizadas, vamos á dar la nuestra, por cuanto no opinamos como los referidos señores.

Emplazar es "citar á alguno, señalándole día y hora para comparecer ante un juez; aplazar".

Aplazar es "llamar, citar para tiempo y sitios determinados, señalar uno ó más plazos; dejar para después, para más tarde, diferir".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Emplazamiento es «la acción y efecto de emplazar, citación, señalamiento de plazo». *(Diccionario de la Lengua).*

La ley 1.ª, título VII, Partida 3.ª define esta voz y principia así: «*Emplazamiento* tanto quiere dezir, como llamamiento que fazen á alguno, que venga ante el Judgador, á fazer derecho, ó cumplir su mandamiento».

El artículo 20 del Código Civil, entre otras cosas, dice: «cuando (á ciertas palabras) el Legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les *dará* en éstas su *significado legal*».

Erraron, pues, los miembros de la Comisión Revisora al dar á «emplazamiento» un sentido que no le dan la ley vigente de Partida transcrita ni los maestros del idioma.

El *llamamiento* de que habla la ley citada, que es de enjuiciamiento, se circunscribe á dos cosas: 1.ª, á ejercer un derecho; 2.ª, á cumplir una orden judicial. En este mismo sentido la ley patria de 1855 usa la voz *emplazamiento.* Cuando ella dice en un epígrafe «término de emplazamiento», el emplazamiento no es el término, ni cosa que se le parezca, ni exceso de término; es sólo el llamamiento «para que se venga ante el juez» con uno de los dos fines indicados en la ley de Partidas.

Previo lo dicho, veamos lo que disponen los artículos copiados.

El 220 dice que se da traslado con el fin de que se conteste en el término de emplazamiento; el 221 fija el término de emplazamiento para el que está en el departamento; el 222, para el que está en otro; el 223, para el que está fuera de la República; el 224 trata del caso en que los demandados procedieren en conjunto; el 225, cuando separados; el 226 no trata de plazo sino de la facultad de sacar los autos de la oficina; el 247 dice que si no se oponen excepciones, se conteste en el término legal; el 248 da nuevo plazo cuando se oponen excepciones.

Este es el esqueleto de lo que dispone el Proyecto. Él toma por base de los plazos que fija el lugar donde se encuentra el demandado; usa en sus varios artículos las voces «encuentra», «hallare». La ley patria citada de 1855 y el Código Español adoptan por base de estos mismos plazos *la residencia.* La *estadía accidental* en un lugar, que es la base del Proyecto, no puede

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ser el punto de partida de un derecho ni de una obligación. Creemos preferible la base española y la de la ley patria, que toma la *residencia* como punto de relación para otorgar plazos.

Hé aquí los artículos que proponemos:

"ART. 221. El demandado que residiere en el pueblo donde se inicia la demanda ó dentro de los veinte kilómetros á la redonda de dicho pueblo, tendrá diez días para contestarla.

"Si residiere fuera de este radio, pero dentro del departamento, tendrá dos días más".

"ART. 222. Si residiere en otro departamento, tendrá, á más de los doce días del artículo anterior, uno más por cada treinta kilómetros de distancia entre el pueblo donde se demanda y el en que reside el demandado ó el que esté más cercano á su residencia rural.

"Después de computados los primeros treinta kilómetros, se dará un día íntegro por toda fracción de treinta que exceda de quince kilómetros".

"ART. 223. Si el demandado estuviere en el extranjero, tendrá, á más de los doce días del artículo 221, el término que fijare el juez en cada caso especial, con relación á la distancia y medios de comunicación, dentro de los respectivos plazos que siguen:

"Dentro de 30 días si estuviere en el Perú, Bolivia, Argentina ó Uruguay;

"Dentro de 40 en los demás Estados de Sur ó Centro-América.

"Dentro de 60 en algún Estado de la América del Norte ó Antillas;

"Dentro de 80 en algún Estado de Europa, Oceanía ó del África, del Mediterráneo ó del Atlántico;

"Dentro de 100 en el resto de los países del mundo".

"ART. 224. Si los demandados fueren varios, todos tendrán como término común, el mayor que corresponda á uno de ellos".

"ART. 226. Si el demandado fuere ambulante, tendrá el término correspondiente al lugar en que hubiere sido notificado".

Comparemos los nueve artículos del proyecto con los cinco de la reforma que reemplazan á aquéllos.

Toda la doctrina contenida en los artículos 222, que dice que

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"se conteste dentro del término de emplazamiento"; 247, que dice: "contestará á la demanda dentro del término legal"; 221 que dice que "el término del emplazamiento es de nueve días", y 248, que dice que "la contestación deberá presentarse dentro de seis días" etc.; toda esta doctrina es expresada en la reforma en un solo artículo, el 221, bajo esta forma sencilla: los de la parte urbana y dentro de cierto círculo rural tienen diez días para contestar; y los que están fuera de ese círculo, tienen doce días. Quedan suprimidos por redundantes los artículos 220, 247 y 248 del Proyecto. Todo lo útil que pudieran tener, caso de tener algo, existe en el artículo 221 de la reforma.

El complemento "de emplazamiento" es redundante; suprimido, no hace falta, el sentido queda el mismo. La preposición "á" en el complemento directo de cosa "á la demanda", es impropia, debe suprimirse por faltarse á las reglas del buen decir.

El objetivo de la disposición del artículo 221 del Proyecto es el *término* y se da la regla en forma condicional diciendo "el término es tal si el demandado es cual". El objetivo del artículo 221 de la reforma es personal; se refiere al sujeto demandado y se dice "tal sujeto tendrá tal término", se le otorga algo. Esto es más determinado.

En lugar de "encuentra" usamos "residiere", base general del sistema de la reforma; en vez de "lugar" empleamos "pueblo", voz más concreta y menos indeterminada ó menos general; en lugar de "asiento del tribunal" decimos "donde se inicia la demanda", con el fin de no buscar elementos ajenos á los litigantes, como lo es el tribunal, en la elaboración de las reglas que les rijan sus derechos ú obligaciones. El Código Español no toma como punto de partida ó de relación, "el lugar del asiento del juez", como dice el Proyecto con tanta generalidad é indeterminación; adopta y dice en su artículo 229: "el pueblo en que se demande." Para determinar el tribunal á que se refiere el artículo del Proyecto, hay que agregar á dicha voz "tribunal", la frase "ante quien se demande". Así queda determinada la idea genérica de "tribunal". Diciendo este agregado, sale la frase más larga y se mezcla el elemento juez sin necesidad y sin aclarar la idea; ambos inconvenientes nos hacen adoptar la redacción española.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El Proyecto da *nueve* días para contestar; nosotros, *diez* días para conformarnos al sistema decimal, y por ser término más equitativo, en vista de la importancia del acto de la contestación. Los diez kilómetros los aumentamos á veinte, y los trece días los reducimos á doce. Son las diferencias principales.

El artículo 247 del Proyecto es una repetición de lo preceptuado en los artículos 220 al 225; estos artículos para cada caso dan la misma regla que la del 247, que se da en un sentido general y sin relación á determinada situación.

El artículo 248 contiene un caso muy raro, contradictorio é injusto.

Ejemplo. El 20 de julio se notifica á Juan una demanda; el 21 forma artículo oponiendo todas sus excepciones; se resuelve este incidente cualquier día, y se notifica á ambas partes el 20 de agosto, causando ejecutoria el 25. Según el Proyecto, no ha corrido un solo día del término de nueve días, ó de trece días, para contestar la demanda, y no obstante, vamos á ver, con el texto del inciso 2.º del artículo 248, que ese término es ilusorio y que se le reduce á *seis* días, con la circunstancia agravante de que sólo se le da el último día para que saque los autos, como lo dice el inciso 1.º Á los cinco días causa ejecutoria; durante ellos nada puede hacer el demandado; y, sin embargo, durante ellos el término para contestar corre, porque los seis días se cuentan desde el 20, fecha de la notificación de la sentencia dada en el incidente, y no desde el 25, fecha en que causa ejecutoria. Puede decirse que en este caso sólo se da un día útil, el sexto. ¿Es esto justicia? ¿Lógica? Es un enigma.

En nuestro sistema no se atropella ningún derecho. Si se oponen excepciones, se suspende el término para contestar; de modo que, si quedan tres ó diez días, éstos principiarán á correr cuando cause ejecutoria la resolución del incidente. Se tendrán los tres días útiles ó los diez, como lo ordena el artículo 80 reformado; pero de ninguna manera se disminuirán ni aumentarán los días á que el demandado tenga derecho; siempre permanecerán los mismos, el derecho inalterable. Este es el sistema de la reforma.

En el artículo 222 del Proyecto se dan veinte kilómetros por cada día y se adoptan como puntos de relación para medir las

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

distancias las cabeceras de departamentos. ¿De qué departamentos? No lo dice el Proyecto, pero hay que decirlo y determinarlos claramente; no obstante, uno aparece del contexto, el otro se puede deducir porque Dios es grande.

Veinte kilómetros por día nos parece muy poco.

El artículo 9.º de la ley patria del 55, que nos rige hasta hoy sin dar ningún mal resultado, da un día por cada seis leguas; lo mismo da el artículo 229 del Código Español, con esta diferencia, que la legua chilena tiene treinta y seis cuadras y la española legal veinte mil pies de doce pulgadas. Veinte kilómetros son menos de cuatro leguas.

En el año 55, cuando apenas había caminos, que no se conocían los medios de locomoción rápidos, se dió un día por seis leguas: hoy que tenemos caminos, vapores, ferrocarriles y telégrafos; hoy, que han desaparecido las distancias, se da un día por cuatro leguas cortas. En concepto de la Comisión, se puede andar menos cuando todo demuestra que se anda más. Hoy que todo anda al vapor, el Proyecto quiere que se ande á paso de tortuga. Nosotros rechazamos los veinte kilómetros y somos partidarios de conservar lo existente; por eso y pulimentándolo un poquito, tomamos á treinta kilómetros como unidad de medida para otorgar los días. Treinta kilómetros se acercan á seis leguas más que veinte.

¿Entre qué puntos se cuentan los treinta kilómetros? El Proyecto dice: entre las capitales de departamentos: la reforma dice: entre el pueblo de la demanda y el pueblo del demandado ó el más cercano á su residencia. Con nuestro sistema hay más equidad y más proporcionalidad relativa, aunque no completa y matemática.

Así como al plazo departamental del artículo 221, de doce días, se agrega el plazo extra-departamental de un día por cada treinta kilómetros, así también á la distancia departamental se debería agregar la distancia de otro departamento y contar los treinta kilómetros, no del pueblo de la demanda, sino desde la línea fronteriza del departamento. Esta sería la expresión de la proporcionalidad; pues la distancia departamental ya tiene asignado su plazo de dos días y sólo falta que asignarle á la distancia extra-departamental. En la dificultad de hallar medios prác-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ticos fáciles y no sujetos á disputas, se ha renunciado consignar en la ley esta doctrina; y se ha limitado la reforma á tomar los pueblos y á no conceder ningún día por las fracciones de treinta que haya en la primera medida, porque tal fracción queda comunmente embebida en la distancia departamental.

Por ejemplo. Se demanda en Santiago á Pedro, que reside en los campos de Talagante hacia el poniente. Según el Proyecto, habría que tomar la distancia de Santiago á San Bernardo, que sería de veinte kilómetros más ó menos; el demandante tendría el plazo departamental del Proyecto, trece días, y el plazo extra-departamental, un día. Según la reforma habría que tomar la distancia de Santiago y Talagante, el pueblo más cercano á la residencia del demandado, distancia que será como de sesenta kilómetros; correspondería, según nuestro sistema, el plazo departamental, doce días; y el extra-departamental, dos días.

En este mismo ejemplo, el ciudadano de San Bernardo, á las puertas de Santiago, está en la misma condición que el que habita en San José de Maipo ó más al interior de la cordillera, ó el que vive en Talagante ó en su confín poniente. El Proyecto no admite diferencias. La reforma admite diferencias y coloca á cada habitante en distintas condiciones. Por ejemplo: en nuestro sistema, el habitante de San Bernardo, como está dentro de los treinta primeros kilómetros desde Santiago, está en la misma categoría que un santiaguino, sólo tiene doce días de plazo; al contrario, los vecinos de Talagante y sus contornos tienen más término que los de San Bernardo, pues tienen catorce días.

En el artículo 223 del Proyecto no se determina el plazo para el que está en el extranjero. El Legislador delega dicha facultad en el Poder Judicial, y en virtud de esa delegación la Corte Suprema tendrá que dictar una ordenanza que fije ese plazo cada diez años. La duración de diez años es propia de la ley; y la comisión que se confiere á dicho tribunal es ajena á su carácter. ¿Á qué fin facultar á la Corte para dictar ordenanzas con fuerza de ley? ¿Á qué fin acumular en ella el deber de aplicar la ley á cada caso y el deber de dictar la ley que ella misma ha de aplicar?

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Más adelante se ha dispuesto que las Cortes fijen la distancia entre pueblo y pueblo. En este caso no intervienen los litigantes sino que la ley fija la base del plazo, y las Cortes, un elemento que sirve á la determinación del plazo. Al fijarse la distancia no se da nada á los litigantes; es la ley quien se aprovecha de esa circunstancia. En el caso del artículo 223 se da á la Corte una facultad legislativa, porque confiere derechos é impone obligaciones de un modo general y de efectos permanentes.

Ni aun es lícito al Poder Judicial interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, como lo ordena el artículo 3.º del Código Civil; con cuánta mayor razón le es prohibido dictar ordenanzas con fuerza de ley.

Un plazo de duración de diez años es estabilidad propia de la ley. En seguida, el mecanismo del Proyecto para el caso de la ordenanza es muy complicado y engorroso; por lo cual hay necesidad de rechazar todo el artículo 223.

El Proyecto primitivo fijaba el plazo para un demandado que estuviere en país extranjero. Hoy mismo en nuestro mecanismo judicial existe fijado ese plazo y no ha producido ningún mal. En el Código Español se faculta al juez fijar ese plazo para cada caso particular.

Nosotros adoptamos un término medio. Fijamos en la ley un plazo extra-territorial; y dentro de ese plazo legal, permitimos que el juez en cada caso fije uno especial, que llamaremos judicial. Así se consigue la posible proporcionalidad.

Sobre el término departamental se coloca el extra-territorial judicial, que en ningún caso podrá ser superior al extra-territorial legal.

Los plazos que se otorgan en la reforma, son muy proporcionados, si se toma en cuenta que los que salen de Chile frecuentan los centros más poblados y comerciales; y éstos, ó se hallan en puertos, ó en sus inmediaciones, ó con muy expeditas y continuas vías de comunicación. Pocos serán los que se internen en Asia; cuando más, irán por sus costas. Hoy tenemos comunicación postal con casi todos los países y por el correo será fácil mandar poder é instrucciones; también se puede por medio del cable impartir órdenes ínterin se envía poder. Como

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

se ve, no puede peligrar ningún derecho. La comunicación es pronta.

Tanto en el artículo 224 del Proyecto como en el 225, se trata del caso en que los demandados fueren varios, con la diferencia de que en el primero litigan *en conjunto* y en el segundo *por separado*. Para el primer caso da el plazo de mayor término ó del agregado á este término; y para el segundo, los plazos sucesivos. Pongamos un ejemplo:

El caso del artículo 224 es el siguiente: *A*, *B*, *C*, son demandados; *A* tiene diez días; *B*, quince; *C*, veinte. Se notifica primero á *C* y á los diez días se notifica á *A* y á los diecisiete á *B*. Según el inciso 1.º el término para todos es el mayor, el de veinte días. En este caso *C* y *A* no salen perjudicados, porque tienen sus respectivos plazos y no pueden aspirar á más: sólo *B* tiene tres días en vez de quince y se ve defraudado. El Proyecto, para salvar esta injusticia, da la regla del inciso 2.º, y dice que *B* tenga el exceso ó lo que le falta para enterar sus quince días, tendría doce días más, fuera de los tres que quedaban de los veinte días del plazo mayor.

En el caso del artículo 225 y litigando *A*, *B* y *C* separadamente, habría cuarenta y cinco días de plazo, fuera de los que se invertirían en hacer correr los traslados y verificar las notificaciones. Á lo que se agrega que con la existencia de este artículo 225 saldría un semillero de incidentes. Todos dirán que quieren contestar por separado y todos alegarán esta circunstancia; en resolver tal cuestión se irán los días sin provecho para nadie y con perjuicio para la justicia, que no quiere que se eternicen las cuestiones.

La reforma, para obviar estos inconvenientes y para evitar la intrincada é ingeniosa combinación del artículo 224, que sólo impone trabajo y no da facilidad, refunde los dos artículos en uno solo, no hace distinciones entre si litigan juntos ó separados, concibe un solo caso y otorga un plazo único, el mayor, el cual principia á contarse desde la última notificación.

No hay necesidad de decir aquí desde cuándo principia á correr un plazo individual ó común para contestar; porque ya está dicho en el artículo 54, reformado.

Además, las copias que se ordena dar á los demandados tie-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nen por objeto evitar los plazos sucesivos del artículo 225 del Proyecto y el sacar el expediente de la oficina del secretario respectivo. Con el sistema de las copias, el artículo 226 es inútil, y lo suprimimos.

En su lugar contemplamos el caso del que no tiene domicilio; éste no puede ser de mejor condición que el que lo tiene; y respecto del sin domicilio, tomamos la estadía accidental en el punto en que se le notifique. La manera como se hace esta diligencia está ordenada en el artículo 38 reformado.

La obligación de litigar varios demandados por una sola cuerda ó unidos, que consigna el artículo 235 del Código Español, está ya prescrita en el caso del artículo 13 reformado.

El epígrafe del título V y el del VI quedan suprimidos por inadecuados y reemplazados por uno solo, el de "*Contestación*".

Llegamos á la *prueba*. Agruparemos los epígrafes de las materias que el Proyecto trata separadamente, y que nosotros vamos á desarrollar unidas y en un solo título. El Proyecto tiene los tres títulos y epígrafes siguientes:

TITULO VII.—De la prueba en general

TITULO VIII.—Del término probatorio

TITULO IX.—De los medios de prueba en particular

Párrafo 1.º Disposición general.

Párrafo 8.º De la apreciación comparativa de los medios de prueba.

Todo esto va á ser materia en la reforma de un solo título y de un solo epígrafe, el siguiente:

TITULO III.—Prueba

De los párrafos 1 y 8 citados formaremos una sola sección con el siguiente epígrafe:

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SECCIÓN PRIMERA.—Reglas generales

En la vida de lo positivo, lo primero que ocurre, en orden á la prueba, es fijar los hechos susceptibles de ella, recibir el juicio á prueba y determinar el tiempo en que ella puede tener lugar con provecho; en seguida viene el servirnos de los medios para acreditar las cosas materia del juicio; y, por último, viene como consecuencia la apreciación de las diferentes clases producidas. Como todo esto es propio de disposiciones generales, lo agruparemos en una sola sección, y dejaremos para secciones especiales las reglas, también especiales, que convienen á cada especie de prueba. No incluiremos estas reglas especiales entre las generales recordadas, ni las antepondremos, porque sería faltar á la lógica é introducir la confusión.

Por consiguiente, ya podemos decir que el plan general de nuestro sistema ó el orden en que deben desarrollarse las ideas que vamos á proponer, es el siguiente:

1.º, *hechos* susceptibles de prueba; 2.º, *recepción* de prueba; 3.º, *término* probatorio judicial; 4.º, término probatorio legal; 5.º, *medios* para probar; y 6.º, *apreciación* comparativa de ellos.

Lo referente á los números 1.º y 2.º está ya reglado en los artículos 250, *b*, y 250, *c*; nos resta lo relativo al término, á los medios y á la comparación. Copiemos del Proyecto:

"ART. 257. Se recibirá la causa á prueba:

"1.º Cuando lo soliciten ambas partes, salvo el caso del artículo 258;

"2.º Siempre que fuere necesario para el esclarecimiento de algún hecho sustancial y pertinente en el juicio, salvo el caso del inciso 2.º del artículo 251".

"ART. 258. En los casos en que la ley no admite la prueba de testigos, no se puede recibir la causa á prueba".

"ART. 259. La prueba debe recaer sobre los hechos sustanciales controvertidos en los escritos anteriores al auto en que se ordena.

"En consecuencia, podrán los tribunales rechazar de oficio las pruebas no pertinentes ó inútiles que propusieren las partes."

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El artículo 257 del Proyecto consigna dos casos en los cuales la causa debe recibirse á prueba. Este particular está legislado con más latitud en el inciso 2.º del artículo 250, *c*, de la reforma. Por consiguiente, el 257 es inútil y debe suprimirse.

El 258 del Proyecto trata de una excepción á la regla general y de un caso en que el pleito no debe recibirse á prueba. El caso de excepción está también consignado en el artículo 250, *c*, final del inciso 2.º El artículo 258 debe también suprimirse por redundante, comparado con el precepto de la reforma.

El término probatorio es sólo peculiar de la prueba de testigos. Es lógico que en los casos de los artículos 1708, 1709, 1710 y 1711 del Código Civil, en que la ley declara inadmisible la referida prueba, la ley de procedimiento no admita tampoco el término probatorio peculiar á esa clase de prueba. Ni aún un término judicial; porque, si se concediera éste, pronto la petición de los litigantes lo transformaría en legal. Tampoco hay necesidad de término para las demás especies de prueba, porque ellas se pueden rendir fuera de dicho término y no necesitan de término para su validez.

El artículo 259 del Proyecto dispone sobre lo que debe recaer la prueba ó lo que debe acreditarse. Este punto está tratado de una manera más completa en el artículo 250, *b*, de la reforma, el cual en forma concreta fija los hechos que se han de justificar. El artículo 259 es inútil por redundante y debe suprimirse.

La facultad del inciso 2.º, como una derivación del inciso 1.º, no tiene razón de ser con la fijación de los hechos delante del juez, la que á veces hará el juez mismo, según el citado artículo 250, *b*, de la reforma; por cuanto la intervención que le damos al juez importa nada menos que el ejercicio anticipado de dicha facultad.

"ART. 267. En el mismo decreto por el cual se recibe la causa á prueba, se señalará el término en que las partes deben rendirla".

Lo que manda este artículo del Proyecto, ya está ordenado en el artículo 250, *c*, de la Reforma; por lo tanto, debe suprimirse, porque su subsistencia lo haría redundante.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 268. Todo término probatorio es común para las partes que litigan.

"ART. 269. El término probatorio se llama ordinario cuando la prueba ha de rendirse dentro del departamento en que se sigue el juicio, y extraordinario cuando ha de rendirse en todo ó en parte fuera de él.

"ART. 270. El término ordinario de prueba no podrá exceder de treinta días.

"ART. 271. Si en el decreto á que se refiere el artículo 267 se señalare un término menor de treinta días, deberá el tribunal prorrogarlo, siempre que alguna de las partes lo pida, aunque no alegue justa causa.

"ART. 272. Si la prueba hubiere de rendirse en otro departamento de la República que aquel en que se sigue el juicio, se concederá, á petición de parte, un término extraordinario en proporción de un día por cada veinte kilómetros de distancia entre las cabeceras de ambos departamentos.

"Pero este término no excederá de treinta días, aun cuando la distancia entre dichos departamentos llegue á seiscientos veinte kilómetros ó más.

"ART. 273. Si la prueba hubiere de rendirse en Magallanes, en las islas de Juan Fernández ó en cualquiera otro punto de la República que se halle en comunicación regular y constante con la cabecera del departamento en que se sigue el juicio, el término extraordinario será fijado prudencialmente por el tribunal.

"Este término no podrá exceder de sesenta días".

"ART. 274. Los tribunales concederán siempre que se les pida el término de que tratan los dos artículos precedentes; á menos que tengan justo motivo de creer que se pide maliciosamente con el solo propósito de demorar el curso del pleito".

Entremos al análisis en conjunto de estos siete artículos del Proyecto.

El 268 dispone la *comunidad* en el término, es decir, que el término corre para las partes del juicio á un tiempo y no para una primero y para otra después; y sirve á ambas, aunque una no lo haya solicitado. El Proyecto dice: "para las partes que litigan", como si hubiera partes que no litigan. La proposición

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"que litigan" es redundante y debe suprimirse. Como con la voz "parte" se designan varias ideas, le agregaremos el calificativo "del juicio" para distinguir la idea de las personas que litigan, de las demás ideas significadas por dicha voz "parte".

No hay necesidad de decir cuándo corre un término probatorio; porque ya está dicho en el artículo 54 de la reforma.

El artículo 269 define las dos divisiones que hace del término. Reconoce dos clases de término, el ordinario y el extraordinario; y más adelante subdivide este último en extraordinario en otro departamento, artículo 272, y en extraordinario fuera del país, artículo 275.

Nosotros no definiremos las especies de términos, sólo daremos nombre á cada una de ellas. Reconocemos tres clases de término, el *departamental*, el *extra-departamental* y el *extra-territorial*. Cada designación corresponde á una idea peculiar de cada término y á cada una de las tres divisiones ó subdivisiones del Proyecto. Llamar ordinario y extraordinario y después subdividir éste y darle á cada subdivisión un nombre de á legua, no nos parece científico ni lógico, sobre todo, cuando tan ordinario es el uno como el que se llama extraordinario. Dejamos á un lado la terminología insustancial del Proyecto por la ideológica de la reforma.

Además, hay un error en la base que adopta el Proyecto para dar nombre á un término. Esa base es el hecho de rendirse prueba, base que no se relaciona con la cosa dividida, el término.

"Extraordinario", dice el Proyecto, "cuando *ha de rendirse* en todo ó en parte fuera de él". De modo que, si durante el ordinario se rinde prueba fuera del departamento, aunque sea un testigo, el término es extraordinario. Este error es preciso salvarlo, y hay que consignar en la ley que la existencia del término departamental, extra-departamental ó extra-territorial, es independiente del hecho de rendir prueba ó no. Estos términos existen, aunque no exista la prueba; todo lo cual demuestra el error de la definición del Proyecto.

El artículo 270 no dice de cuántos días es el término ordinario ó departamental, sólo dispone que no puede pasar de treinta

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

días; de modo qne puede ser de un día, dos, etc., hasta treinta; de este límite no puede pasar. En la forma negativa de la redacción de este artículo va simbolizada la idea de improrrogabilidad del término legal. Esta misma idea está ya prescrita en el artículo 56 de la reforma. Por consiguiente, es superfluo que haya dos artículos para expresar la misma idea; y debe suprimirse el artículo 270, no sólo por la forma ambigua en que hace constar la duración del término departamental, sino también por ser repetición de la calidad de improrrogable del término legal.

La duración de treinta días para este término es muy larga, si se atiende: 1.°, á que hoy día las facilidades de comunicación y de traslación son tres veces superiores á las que existían treinta años atrás; 2.°, á que en la práctica y con el sistema vigente actualmente, de cuarenta días y con treinta testigos para cada hecho, sólo se utilizan unos veinte días en rendir prueba; 3.°, á que el número de testigos se va á reducir, según nuestro sistema, á la mitad de treinta, término medio, y para todos los hechos; 4.°, á que en el sistema vigente y en el del Proyecto se pierden muchos días en preparar dentro del término los elementos de la prueba válida, días que son inútiles para la rendición de prueba.

Desde el año 1855 se fijó en cuarenta días la duración del término ordinario; pero en la práctica sólo se aprovechan veinte.

En la Legislación Española se llama término ordinario el que se da para toda la Península, islas adyacentes ó posesiones españolas de África; y no puede exceder de sesenta días. El término que se otorga fuera de estos lugares, se llama extraordinario. Dentro de España no hay término extraordinario.

El Proyecto quiere que dentro de Chile haya término extraordinario. La terminología española no está conforme con la del Proyecto; es más lógica.

En nuestro sistema sólo vamos á dar al término departamental veinte días; pero días que no se puede perder ninguno en preparar los elementos de la buena prueba, porque esos elementos están preparados cuando principia á correr el término. Son días útiles. Dicha duración no podrá creerse angustiada; porque el número de testigos que puede presentar cada parte

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

está limitado en nuestro sistema entre doce á dieciocho testigos, y porque las vías de comunicación y los medios de transporte son inmensamente mejores que lo que en la materia existía el año 55.

El artículo 271 impone el deber de prorrogar todo término. Lo que dispone este artículo está en contradicción con la regla general del artículo 56 del Proyecto, á menos que se considere este artículo como una excepción de aquél. No es esto sólo. Según este artículo 271, debería prorrogarse, aunque se solicitare fuera de término; porque el precepto es general para prorrogar y sólo exige que se pida. No aceptamos el sistema de los plazos sucesivos con intervalos, sino de los plazos *continuos* sin interrupción. El precepto legislado en el artículo 271 está ya prescrito en el artículo 56 de la reforma, tanto en la idea de prórroga como en el deber de prorrogar. Allí se establece el sistema de los plazos continuos. Debemos suprimir el artículo 271 para que no aparezca repetido el precepto del artículo 56 de la reforma.

El 272 garantiza un término extraordinario á razón de un día por cada 20 kilómetros entre cabeceras de departamentos, y no pasando de 30 días en ningún caso por más distancia que haya. El 273 concede otro término prudencial y que puede llegar á 60 días.

El sistema de un día por cada 20 kilómetros es deficiente: ilusorio para muchos departamentos cercanos, é inequitativo para otros; porque, en los casos en que las cabeceras de dos departamentos no disten 20 kilómetros, no tienen término extradepartamental. Además un día, dos ó tres, son pocos para una prueba que ha de rendirse en otro departamento, porque hay que ponerle el cúmplase al exhorto que se lleve, y hay que esperar la notificación y la audiencia siguiente ó subsiguiente para la recepción de los testimonios. También hay que ir en busca de los testigos, y que preparar muchas otras cosas. Para lo cual uno, ó dos, ó tres días sería tiempo perdido, como si no se otorgase ninguno.

Entre Concepción y Talcahuano hay 15 kilómetros; entre San Javier y Talca, 19; entre Limache y Quillota, 14; entre San Bernardo y Santiago, 18, etc.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Entre estos departamentos no habría término extradepartamental, por no existir 20 kilómetros entre sus respectivas cabeceras.

Entre Chillán y San Carlos, entre Chillán y Bulnes, hay 23 y 25 quilómetros; entre San Carlos y Parral, hay 35; entre Linares y San Javier, 39, etc. El término extradepartamental entre estos dos departamentos sería de un día, día que se invertiría en poner el cúmplase al exhorto.

Tal resultado no puede aprobarse por ningún Legislador.

La Corte Suprema, el 2 de marzo de 1887, y el 2 de marzo de 1890, fijó entre Magallanes y Tacna 35 días para el término extradepartamental, y no 60, como quiere el Proyecto. Tomando por base la tabla de términos formada por el Supremo Tribunal en las épocas indicadas, vamos á proponer un sistema de términos fijos para cada departamento.

Ya podríamos redactar los artículos que significarían nuestro sistema.

"ART. 268. Todo término probatorio es *común* para las partes del juicio".

"ART. 269. El término para rendir prueba dentro del departamento en que se sigue el juicio, será de *veinte días útiles* y se llama *departamental*".

"ART. 272. El término para rendir prueba en otro departamento, se llama *extradepartamental*. Y, á más del departamental, será de *cinco días:* 1.º, para los departamentos entre sí de una misma provincia; 2.º, para los de una provincia con los de otra de las comprendidas entre Valdivia y Coquimbo exclusive; 3.º, para los de Atacama con los de Coquimbo, ó viceversa; 4.º, para los de Valdivia, Llanquihue y Chiloé entre los de una y otra de estas tres provincias.

"Será de *diez días:* 1.º, para los departamentos de las tres secciones últimas, entre sección y sección; 2.º, para los departamentos de las provincias de Antofagasta, Tarapacá y Tacna, entre provincia y provincia; 3.º, entre Chiloé y el sur hasta Magallanes y Tierra del Fuego inclusive, ó viceversa.

"Será de *quince días:* 1.º, entre Magallanes y Tierra del Fuego, y las provincias del norte de Chiloé hasta Coquimbo inclu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

sive, ó viceversa; y 2.º, entre ésta y Atacama y las provincias de Antofagasta, Tarapacá ó Tacna, ó viceversa.

"Será de *veinte días:* 1.º, entre Magallanes y Tierra del Fuego y cualquiera de las provincias de Coquimbo ó Atacama, ó viceversa; 2.º, entre las provincias de Tacna, Tarapacá ó Antofagasta, y cualquiera de las comprendidas entre Coquimbo y Chiloé, exclusive, ó viceversa.

"Será de *veinticinco días:* entre Magallanes y Tierra del Fuego ó Chiloé, cualquiera de las provincias de Antofagasta, Tarapacá ó Tacna, ó viceversa.

Será de *treinta días:* de cualquier departamento á las Islas de Juan Fernández ó á la de Pascua, ó viceversa".

El artículo 274 contiene el mismo precepto que el 56 de la reforma; y en cuanto á la excepción que encierra, no debe consignarse, porque viene á destruir lo bueno que tenemos hoy en nuestras prácticas judiciales.

El referido artículo debe suprimirse por inoficioso, su no existencia no hace falta; y su permanencia es peligrosa por la facultad discrecional que contiene la excepción que consigna.

Para toda la República sólo reconocemos *seis clases* de término extradepartamental en forma gradual; hemos evitado caer en errores como el siguiente, que notamos en la tabla de términos formada por la Corte Suprema: Entre Bíobío, Concepción ó Ñuble y Santiago concede doce días, y entre las tres provincias dichas y Valparaíso otorga sólo ocho días, es decir, para Valparaíso, que está más lejos que Santiago, se dan cuatro días de menos. De Malleco á Santiago se dan veinte días y á los Andes sólo doce días, ocho días menos, como si Santiago estuviera más lejos que los Andes.

En nuestro sistema todo guarda proporción. Así, entre Cauquenes y Concepción se dan cinco días, la tabla da cuatro; entre Concepción y Valparaíso nosotros damos cinco, la tabla da ocho; entre Valparaíso y Santiago damos cinco, la tabla da seis. Para la zona central cruzada de ferrocarriles damos cinco días.

El término departamental es de días útiles, como que es la regla general; el extradepartamental y extraterritorial es de días útiles y no útiles, como que es la excepción y el caso menos frecuente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Ya llegamos al término extraterritorial. Veamos los artículos que le dedica el Proyecto.

"ART. 275. El término extraordinario para rendir prueba fuera del país, será fijado por la Corte Suprema en la ordenanza de que trata el artículo 223".

"ART. 276. Se concederá el término extraordinario para rendir prueba fuera del país si del tenor de la demanda ó de la contestación ó de otra pieza del expediente apareciere que los hechos á que las diligencias probatorias pedidas son referentes han acaecido en el país en que dichas diligencias van á practicarse.

"ART. 277. Se concederá el término extraordinario para el extranjero, verificándose respectivamente las circunstancias siguientes:

"1.ª Que la parte que lo solicite determine la condición de los documentos de que piensa valerse y el lugar en que se encuentran.

"2.ª Que se exprese el nombre y residencia de los testigos y aparezca del proceso ó se justifique algún antecedente que dé motivo para creer que residen en el país que se designa y que se han hallado en situación de tomar conocimiento de los hechos para los cuales se invoca su testimonio".

El artículo 275 dispone que la Corte Suprema fije el término extraterritorial. Ya hemos calificado de ilegal esta delegación de facultades legislativas en el Poder Judicial. No hay utilidad en que se defiera á dicho Tribunal tal encargo; por cuanto se puede fijar muy fácilmente en la ley.

El Proyecto primitivo nos agrada más en este punto. Él fijaba estos términos, y en su artículo 274 consignó los mismos que la Corte Suprema había señalado el año 1874 en la *Tabla* de términos extraordinarios. Copiemos ese artículo.

"ART. 274. El término extraordinario para rendir prueba fuera del país, será:

"De *cien* días, si se pidiere para Bolivia, el Perú ó la República Argentina;

"De ciento veinte, para el Ecuador, los Estados Unidos de Colombia y Valenzuela, Uruguay, Brasil, Paraguay ó Guayanas;

"De ciento cincuenta para las Repúblicas de Centro América,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

para México, Antillas ó Estados Unidos de Norte América;

"De ciento ochenta para las naciones de Europa, Australia ó Nueva Zelanda;

"De doscientos cincuenta para alguna otra nación ó pueblo del globo.

"Los días en este artículo expresados se entenderán sin perjuicio del término que se señale conforme á lo dispuesto por el 270".

Hace dieciséis años que se fijaron esos plazos, demasiado largos hoy día, porque las vías de comunicación han mejorado notablemente. Después de dieciséis años de constante perfeccionamiento material, debemos regularizar y proporcionar esos largos plazos del artículo transcrito. La Comisión Revisora no hizo observaciones á dichos términos; se limitó á dejar sometido el punto al Poder Judicial. Nosotros fijaremos plazos generales para que dentro de él el juez en cada caso especial señale un plazo particular.

Son elementos que deben tomarse en cuenta en la determinación de los términos extraterritoriales, los días de ida y vuelta. Durante ellos no se puede rendir prueba, y sólo son medios para poder rendirla y presentarla al juez de la causa. Fuera de estos días hay que dar un término razonable, relativo á cada país; plazo que se habría dado si en él estuviera el juicio. El *término propio* de cada país y *los días de ida y vuelta*, que se gastan en ir y volver de aquel país á Chile, son los *dos componentes* de los plazos que vamos á determinar para el extranjero.

El término medio de los distintos términos probatorios de los países del globo para rendir prueba dentro del respectivo país, es de 50 días. Este plazo es para úna prueba completa y destinado á las dos partes. Pero, cuando se va á rendir prueba en otra nación, es sólo prueba de excepción; y en tal caso es uno, dos ó cuatro testigos, y éstos regularmente de una parte. Para estos casos bastará la mitad de 50, ó sea, 25 días. Éste será el término común y medio respecto de cada nación.

Si á esta base le agregamos el tiempo de ida y vuelta de cada país en condiciones normales y de suceso frecuente, tendremos determinados de una manera científica los plazos extraterritoriales.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El tiempo regular para ir y volver de la República Argentina es de 32 días; el del Perú, 30; Ecuador, 40; Brasil, 50; Centro América, 45; Venezuela, 55; Estados Unidos, 65; Europa, 90; Asia, 120; etc.

Por consiguiente, podríamos redactar el artículo 275 en esta forma:

"ART. 275. El término para rendir prueba fuera del país se llama *extraterritorial*; y el juez lo fijará en cada caso, tomando en consideración la distancia y los medios de comunicación, dentro de los siguientes plazos:

"De *sesenta* días si la prueba existiere en el Perú, Bolivia, Argentina ó Uruguay.

"De *setenta y cinco*, si en algún otro país del Sud ó de Centro América;

"De *noventa y cinco*, si en algún país de la América del Norte ó de las Antillas;

"De *ciento veinte* si en alguno de Europa ó del África, del Mediterráneo, ó del Atlántico, ó de la Oceanía.

"De *ciento sesenta*, si en el resto de los países del globo".

En estos plazos no hay ningún peligro. Si en la práctica alguno resultare corto, los tribunales adoptarían el temperamento de suspenderlo hasta que *arribasen* las diligencias *al país* donde se va á rendir prueba. Con este arbitrio se salvaría cualquiera dificultad, imaginada al presente y que pudiera ser una realidad en el futuro.

Por otra parte, lo esencial es que la prueba se rinda dentro del término, si es de testigos; y si es prueba documental, bastaría que llegue á los autos antes de darse sentencia. De modo que, para el *arribo* de la prueba *á Chile* se puede pedir espera; más no suspensión del término probatorio; pues éste ya no se necesita para el juicio ni para la validez de la prueba *rendida*.

El artículo 264 del Código Español reconoce cuatro especies de plazos extraterritoriales ó extraordinarios, y los determinó en el año 1856; nosotros cinco categorías.

El Proyecto en el artículo 276 expresa una circunstancia para que se pueda conceder el término extraterritorial, la relativa á que los hechos hayan acaecido en el país para el cual se

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pide el dicho término. En el artículo 277 se enumeran otras dos circunstancias que se requieren para que se pueda conceder el referido término, á saber: 1.ª, la referente á la condición de los documentos y lugares en que estén; y 2.ª, la relativa al nombre y residencia de los testigos, y presunción de residencia ó de conocer ellos los hechos.

¿Cuándo se otorgan los términos? Esta pregunta es el principio del desarrollo de nuestra tesis y la respuesta á ella, como regla general, es: *siempre*. Hay, no obstante, una excepción; y ella es relativa al término extraterritorial, que se otorga sólo en ciertos casos y mediando ciertos antecedentes. Veamos esos casos y esos antecedentes, teniendo presente que en el extranjero se puede rendir toda clase de prueba: pero que sólo la testimonial necesita término para su validez y oportunidad; y que las demás no lo requieren para su validez, pero sí para su oportunidad de presentación.

Los artículos 276, 277, 279, 283 y 284 del Proyecto son una copia casi exacta del artículo 6.º de la ley patria de 9 de octubre de 1855; porque contienen los mismos casos, la misma redacción y la misma pena que dicho artículo.

Previo lo expuesto, contemplemos las situaciones posibles que pueden presentarse en la práctica con relación á un país extraño.

Puede suceder, ó que el *hecho*, materia de la prueba, haya ocurrido en país extranjero, ó que haya ocurrido en la República; y que los *testigos* se hallen en el extranjero en una y otra situación. En estos dos casos hay precisión de rendir prueba en el exterior; hay una necesidad.

El hecho ocurrido en país extranjero debe narrarse en la demanda ó en la contestación, y debe figurar incorporado en la discusión judicial; de otro modo no se concibe que se pruebe ó que el juez permita que se pruebe. Si los testigos se hallan en la República ó si hay aquí instrumentos que acrediten el hecho, no hay para qué ir al extranjero.

Si los hechos han acaecido en la República, pueden, no obstante, ausentarse ó la parte, ó los testigos sabedores; y aun puede la parte otorgar en algún país extranjero algún documento que haga al esclarecimiento que se busca. Entonces hay

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que ir al extranjero en demanda de los medios para probar la efectividad de lo que se sostiene.

Los pormenores del artículo 277 del Proyecto no tienen nada de singular ni de excepcionales si se comparan con lo que se estatuye y se va á estatuir en la reforma. Determinar la condición de un documento ó el lugar donde se halle, es la regla común y algo muy vago y sin objeto práctico. Expresar el nombre y residencia de los testigos es muy poco, comparado con lo que se exige en nuestro sistema, como regla general para todo testigo, y no sólo para los que se haya de presentar en el extranjero.

Según lo ya prescrito en el artículo 250, *b*, de la reforma, en la audiencia para fijar los puntos de prueba ó en los hechos que pueden incluirse con posterioridad, como lo veremos más adelante, debe necesariamente figurar el hecho ó los hechos sucedidos en país extranjero; y en la lista de testigos que se prescribe en nuestro sistema, deben aparecer los que residen en el extranjero. Y si el testigo se ausentó después de figurar en la referida lista, habrá que acreditar la partida. De modo que no hay necesidad de ir á buscar á la demanda, á la contestación ni á otra pieza del proceso los hechos ocurridos en el extranjero; porque todos están en el acta de la audiencia para prueba.

El contrato que un documento testimonia, el protocolo donde se otorgó, su fecha, así como el nombre, apellidos, residencia y demás pormenores de los testigos y de los instrumentos, no son una especialidad de este término extraterritorial, sino que entran en la regla común.

El precepto del artículo 277 está comprendido en dicha regla, y no debe subsistir como regla especial, por ser redundante con la existencia de la general.

Con lo expuesto ya podríamos redactar el artículo 276, único que debe subsistir, refundiendo en él el 277.

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

AÑO VI Santiago, 1.° de mayo de 1891 NÚM. 12

REVISTA FORENSE CHILENA

SUMARIO.—Anotaciones para la reforma de la Ley de 15 de octubre de 1875 sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales, por A. E. P.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil (continuación), por don Agustín Bravo Cisternas.—Sumario general del tomo sexto.—Cuadro de los colaboradores del tomo sexto.

ANOTACIONES PARA LA REFORMA DE LA LEY de 15 de octubre de 1875 sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales.

Dictada la Ley que organizó y fijó las atribuciones de los Tribunales de Justicia en 1875, en los catorce años transcurridos se han promulgado diversas leyes que la modifican y se han notado en su aplicación práctica defectos ú omisiones de cierta gravedad que conviene y es urgente remediar.

En el presente artículo nos proponemos señalar á la atención del Legislador y de nuestros colegas de profesión esos defectos y omisiones, haciendo notar al mismo tiempo las modificaciones que ha sufrido la Ley de 15 de octubre de 1875.

Sin pretensiones de ninguna especie y sólo con el propósito de demostrar la urgencia de la revisión de esa ley, nuestro trabajo será breve y preciso, careciendo, por ello, de correctas formas literarias. Las labores de nuestra profesión nos impiden dedicarnos á confeccionar una obra extensa y bien pulida; y, por otra parte, no nos creemos suficientemente preparados para una empresa de tales proporciones.

Inútil creemos advertir que no consideramos las reformas que propondremos en nuestro estudio la expresión más avanzada ó completa del progreso de las ideas y de las aspiraciones de los partidos; por el contrario, tenemos la conciencia de que nuestras observaciones pueden contener muchos errores ó ser deficientes.

No obstante, como de la discusión nacen la luz y la verdad, emitimos nuestra opinión, que si ella es errada, otros con mejores razones lo demostrarán así, indicando cuáles sean las reformas que mejor consulten

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el interés público; pero siempre se habrá ganado en el terreno de la reforma, llamando, á lo menos, la atención del Legislador y de los hombres de la profesión sobre los puntos discutidos y defectos señalados.

Seguiremos en nuestro estudio el orden de numeración de los artículos de la Ley de que tratamos.

Artículo 5.°—Aunque somos de opinión que debieran reformarse en parte las disposiciones de los números segundo y quinto, como estas disposiciones derivan su existencia de la Constitución ó de otras leyes, su examen es ajeno á nuestro estudio actual.

En igual caso se encuentra la disposición del número tercero; sin embargo, como consideramos que la ley de imprenta exige una reforma pronta y radical, y como esta reforma habría de afectar la vigencia del número tercero que analizamos, nos vamos á permitir hacer algunas reflexiones al respecto.

Es ya una necesidad que se impone, que todos sienten, que nadie niega, la de reformar la ley vigente sobre abusos de la libertad de imprenta, y nos parece que generalmente la opinión se inclina en el sentido de deferir á los tribunales ordinarios el conocimiento de las causas á que esos abusos den lugar, y que el delito quede sujeto asimismo á las penas ordinarias de sus análogos que determina el Código Penal.

Dentro del texto de la disposición constitucional del artículo 10, número 7.°, creemos que es hacedera la reforma que indicamos sobre la base de deferir solamente á un jurado la determinación de existir el abuso, ó como en términos jurídicos decimos, de establecer la existencia del cuerpo del delito.

Este jurado único podría formarse, dejando á un lado el absurdo sistema de sorteos, con cinco personas, eligiendo dos cada una de las partes y designando el quinto el juez letrado respectivo.

El jurado así compuesto se limitaría á declarar si hay ó no lugar á formación de causa; y, en el primer caso el juez letrado mandaría seguir en la forma ordinaria el proceso correspondiente, y en el segundo, ordenaría la archivación de los autos.

De esta manera ó con este procedimiento, que nos permiti-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mos insinuar en conjunto y sin detalles, creemos que podrían subsanarse los graves inconvenientes del régimen actual, sin violar las disposiciones del artículo 10 de la Constitución, y salvaguardiando eficazmente la honra de los ciudadanos pisoteada día á día por impresores de aldea ó de arrabal que, seguros de la impunidad, convierten en licencia escandalosa la libertad que se quiso conceder á la prensa.

Llevada á efecto la reforma que indicamos, necesariamente habría de ser modificada la redacción del número 3.º del artículo 5.º que estudiamos, armonizándola con las disposiciones de la ley reformada.

Terminaremos el examen de este artículo observando que el penúltimo inciso ha sido derogado por la ley de Matrimonio Civil.

Art. 10.—Sin derogarse esta disposición, estimamos que debe adelantarse en las reformas ya iniciadas sobre organización de un cuerpo de policía judiciaria independiente de toda otra función y autoridad.

TITULO II.—De los jueces de distrito y de subdelegación

Somos de opinión que debe derogarse por completo este título, modificándose radicalmente el sistema. No creemos que sea necesario demostrar por nuestra parte la utilidad y más que eso, la urgencia de esta reforma; ello está en la conciencia general. Por lo tanto, nos limitaremos á exponer el sistema que, á nuestro juicio, debe reemplazar al existente, para proveer á la administración de justicia en asuntos de pequeña cuantía.

Partiendo del principio fundamental de que todo juez debe ser responsable de sus fallos ó resoluciones, creemos que la reforma debe hacerse en el sentido de que ese principio tenga aplicación práctica aún en los juicios de menor cuantía. Para conseguir este objeto se presentan dos medios: 1.º, jueces rentados de partido ó circunscripción; 2.º, deferir al juez ó jueces letrados el conocimiento en única instancia de esos litigios.

Contra el primero de los medios indicados sólo podría objetarse el gravamen que impondría su implantación al Erario Nacional; pero con un erario rico, con millones sobrantes cada

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

año, bien pudiera hacerse el sacrificio de algunos miles de pesos, en obsequio de una administración de justicia cumplida é igual para todos.

Por otra parte, el gravamen que la reforma impusiera no sumaría una cantidad excesivamente fuerte, como lo vamos á demostrar.

Tomando como base, en efecto, para implantar la reforma, las circunscripciones del Registro Civil, y siendo el número total de éstas doscientas treinta más ó menos, se crearía un juez de menor cuantía para cada una de las circunscripciones, exceptuando aquellas que comprenden el pueblo ó ciudad donde funciona el juzgado de letras, cuyo número, ó sea, el de las cabeceras de departamento, alcanza á setenta y cuatro, según nuestros recuerdos.

Habría, por consiguiente, necesidad de nombrar ciento cincuenta ó ciento sesenta jueces de menor cuantía, cuyo sueldo variaría entre mil quinientos á dos mil cuatrocientos pesos anuales, según los departamentos, resultando así un gasto total que no excedería en mucho á la suma de doscientos mil pesos, suma que desahogadamente puede invertirse en bien de una expedita, honrada y correcta administración de justicia.

Mayores inconvenientes ofrece el segundo de los medios propuestos, ó sea, el de deferir al juez letrado el conocimiento en única instancia de los juicios de menor cuantía.

En efecto, este sistema haría siempre necesaria la intervención de funcionarios subalternos, ya fuese para la tramitación de la causa, ó ya siquiera para las citaciones que indispensablemente ocurrirían; obligaría á los interesados á salvar distancias en ocasiones muy considerables por asuntos de escasísimo valor; y recargaría considerablemente también la labor de los jueces letrados.

No obstante estos gravísimos inconvenientes, si no se acepta la creación de jueces especiales rentados, creemos que el que insinuamos en segundo término es preferible al orden que actualmente existe, implantándose sobre las bases siguientes:

1.º En materias criminales por crimen ó simple delito, el juez letrado tan pronto como tenga conocimiento del hecho criminal, se transladaría al lugar del suceso para levantar el su-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

mario correspondiente, siempre que lo considere necesario ó de alguna utilidad.

Para este efecto, la autoridad administrativa más próxima dará cuenta inmediata y directa al juez letrado, recogiendo todos los informes y suministrando todos aquellos datos que basten al juez para formar juicio de la naturaleza y gravedad del delito y de la necesidad ó conveniencia de transladarse al lugar del hecho para su mejor y más pronto esclarecimiento.

2.º En materias civiles y en las criminales por faltas, el demandante ocurriría en las circunscripciones rurales ante el oficial del Registro Civil, para que éste, personalmente ó por medio de su amanuense, citara al demandado á comparecer en un término dado, que la ley fijaría, ante el juez letrado, debiendo una y otra parte comparecer con los testigos y pruebas de otra especie que hagan á sus derechos, y determinando, como es natural, en la citación con toda claridad la materia del litigio.

3.º Se harían consiguientemente en las leyes de Enjuiciamiento las reformas necesarias y adaptables al sistema indicado.

Pero, como ya lo hemos dicho, esta reforma no sería completa ni podría aceptarse sino provisionalmente ó para mientras se creyera llegada la oportunidad de establecer los juzgados de menor cuantía, servidos por personas aptas y dotándose á estos jueces con una renta proporcional, como lo hemos indicado.

Advertiremos, por último, que se deferiría el conocimiento de los juicios civiles cuya cuantía no alcanzara á trescientos pesos, y de los criminales por faltas, á los referidos jueces de circunscripción, pudiendo ser apelables para ante el juez letrado respectivo aquéllos de los primeros en que el valor de la materia exceda de sesenta pesos.

Art. 37.—Se comprenderá que, aceptada la reforma que dejamos indicada respecto á los jueces de menor cuantía, el presente artículo habría de sufrir necesariamente las modificaciones consiguientes á la implantación del nuevo régimen. Y como no es necesario que repitamos nuestras observaciones anteriores para justificar la modificación de este artículo, nos limitaremos á consignar aquí la redacción que debiera tener sobre el supuesto de ser aceptada la creación de los jueces de circunscripción en la forma que hemos indicado en el título precedente.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Esa redacción sería la siguiente:

Art. 37.—Los jueces letrados conocerán:

En primera instancia:

1.º De los actos judiciales no contenciosos, cualquiera que sea su cuantía, salvo lo dispuesto en el artículo 494 del Código Civil;

2.º De las causas civiles, de comercio y de minas, cuyo valor exceda de trescientos pesos;

3.º De los criminales por crimen ó simple delito.

En segunda instancia:

De las causas de que conocieren en primera los jueces de circunscripción del departamento.

Y en única instancia:

1.º De los recursos de casación que se interpusieren contra las sentencias de los mismos jueces de circunscripción;

2.º De las causas civiles cuyo valor no alcance á trescientos pesos, y de las criminales por faltas que se promovieren dentro de la circunscripción de que forma parte el pueblo ó ciudad cabecera del departamento y donde ejercen sus funciones;

3.º De las causas de hacienda cuyo valor no alcance á la suma de trescientos pesos.

Como se ve, suprimimos el inciso del número 1.º del artículo hoy vigente que establece un fuero especial para ciertas personas, y para ello nos fundamos en que el nombramiento de los jueces de circunscripción habría de recaer necesariamente en un abogado, dando con ello mayor prestigio al empleo y completas garantías á los litigantes.

Y excusado creemos advertir que, aceptándose la reforma en el segundo sentido que propusimos al tratar del título precedente, la redacción que se diera al artículo 37 de que ahora nos ocupamos, habría de guardar conformidad con las bases de la reforma implantada.

Art. 38.—Consideramos completamente derogado el primer inciso de este artículo por la ley de 31 de enero de 1888.

Y respecto al inciso 2.º opinamos que, aceptada la creación de jueces de circunscripción que hemos propuesto, debería también derogarse, convirtiendo en nuevos juzgados de letras los dos únicos juzgados especiales de apelaciones creados hasta la fecha y que funcionan en Santiago y Valparaíso.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Art. 39.—Juzgamos que debiera reformarse el 2.º inciso, en el sentido de que la Corte de Apelaciones respectiva fijase el turno de los jueces. Esta reforma tendería á hacer una distribución equitativa y proporcional del trabajo entre los jueces, sin dejar á la voluntad del demandante, como hoy sucede, recargar excesivamente un juzgado y descargar otro.

Las Cortes de Apelaciones fijarían los turnos con acierto y equidad, tomando por base para el efecto los estados bimestrales de causas que deben pasar los jueces.

Art. 40.—Modificado este artículo por la ley de 19 de enero último, nada tenemos que observar al respecto, á no ser que, aceptada la reforma que hemos propuesto y creados los jueces de circunscripción, debería necesariamente establecerse la sucesión ú orden de categorías de los jueces letrados en la forma que más adelante indicaremos.

Art. 42.—Con referencia á este artículo, creemos útil y aun necesario proceder cuanto antes á fijar reglas para el otorgamiento del privilegio de pobreza para litigar. Sin embargo, como esta es una materia propia de la ley de Enjuiciamiento, y ajena, por consiguiente á nuestro trabajo, nos creemos excusados de tratarla por ahora con la extensión debida.

Art. 43.—Nada tenemos que observar al artículo en sí mismo; pero somos de parecer que debe derogarse la ley de 16 de septiembre de 1884, declarándose inapelables los decretos del juez dictados en uso de la atribución que este artículo le confiere; de otro modo es ella ineficaz ó lo es el recurso de apelación.

Decimos esto, porque en la generalidad de los casos que lleguen á ocurrir de aplicación del artículo, el individuo que se haga reo de la falta ó abuso, la cometerá estando sólo el juez ó acompañado únicamente por el secretario. Ahora bien, siendo apelable la corrección impuesta por el juez, resulta necesariamente que la Corte de Apelaciones para resolver en segunda instancia ó se atiene únicamente á la aserción del juez ó certificado del secretario, en cuyo caso el recurso, como hemos dicho, es ineficaz, ó bien exige el Tribunal prueba legal para mantener el castigo, y en este caso es la disposición misma la que carecería de eficacia.

Y esta observación nuestra cobra mayor fuerza, si se considera

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que puede ocurrir que mientras se resuelve la apelación, el individuo culpable se ponga fuera del alcance de la justicia, ya que ante el juez ocurre toda clase de personas con ó sin residencia en el pueblo ó departamento.

Y en nuestro concepto debiera suprimirse también el último inciso, dejando al arbitrio del juez, según fuere la gravedad de la falta y las circunstancias del caso, aplicar cualquiera de los correctivos indicados.

Todavía una observación más respecto al artículo de que nos ocupamos, sugerida por el estudio conjunto del presente y del artículo 73, que es análogo.

Como puede verse, esta última disposición contiene un inciso que dispone que el arresto impuesto por las Cortes de Apelaciones, será siempre conmutable en multa, á razon de veinticinco pesos por cada día. ¿Qué razón ha tenido el Legislador para consignar este inciso en el artículo 73 y no consignarlo en el 43? Por nuestra parte no la alcanzamos, y creemos que debe consignarse en ambos ó suprimirse dicho inciso en el 73. Así lo exige la armonía de la ley.

Art. 44.—Con referencia á este artículo, repetimos las anteriores observaciones sobre la concesión del recurso de apelación de los decretos del juez que emplee uno ó más medios de represión permitidos por el artículo de que tratamos. Y agregaremos que resalta mucho más la ineficacia de la disposición respecto de los medios señalados en los tres primeros números, ya que para el conocimiento de la apelación ha de quedar agregado en autos el escrito ó pasajes abusivos.

Por otra parte, si se exceptúa la corrección del número 5.°, los restantes no son de aquéllos que infieran gravamen irreparable, y de consiguiente, según las reglas generales, no deben ser apelables tales autos.

Arts. 46 y 47.—En orden á estos artículos sólo diremos que, aceptándose la reforma que hemos propuesto para la administración de justicia de menor cuantía, carecería de objeto su vigencia. Y, por el contrario, manteniéndose el régimen actual, debiera imponerse á los jueces, como obligación ineludible, la de visitar y conocer el departamento al hacerse cargo de su empleo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Art. 49.—Repetimos, con respecto á esta disposición, lo que hemos dicho al tratar de los artículos 43 y 44, y agregaremos que, tratándose de los empleados ó agentes subalternos á que se refiere el artículo, y especialmente del secretario, es más difícil, si no imposible, la prueba legal de la falta ó abuso.

Art. 50.—La práctica ha demostrado de una manera evidente la completa ineficacia de esta disposición en su forma actual. Y para que las visitas que deben pasar los jueces letrados en los establecimientos ó lugares de detención sean fructíferas, es necesario que se deje al arbitrio del juez hacer la visita cuando lo crea oportuno, fijándosele, cuando más, el término máximo que debe transcurrir entre una y otra visita.

Los empleados de las cárceles ó presidios saben fijamente el día y hora en que ha de pasar el juez la visita ordenada por la ley, y es natural que todo esté prevenido y arreglado para ese momento, aunque en el resto de la semana reine el más completo desorden.

Es, por tanto, de indisputable conveniencia que el juez practique la visita sin aviso alguno, para que ella tenga ó pueda ser de utilidad.

Arts. 52, 53 y 54.—Á nuestro modo de ver, la ley de 31 de enero de 1888 derogó estos tres artículos y con ellos la disposición contenida en la ley orgánica de las Municipalidades, que confería limitadamente al segundo y tercer alcalde las atribuciones señaladas en estos artículos de la Ley de Organización de los Tribunales.

Y creemos, por nuestra parte, perfectamente aceptada esa derogación.

No obstante, y como hasta la fecha no han sido proveídos los juzgados de letras de todos los departamentos, han seguido funcionando los alcaldes en algunos de ellos; pero, como lo dejamos insinuado, ese funcionamiento ha sido ilegal, y enteramente nulos son los actos de providencias de los alcaldes desde la fecha de la vigencia de la ley recordada de 31 de enero de 1888, desempeñando funciones de jueces de primera instancia. Para que este régimen subsistiera, habría sido preciso que la ley de enero citada lo hubiera declarado así expresamente, consignando en un artículo que, mientras no se proveyeran los

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

juzgados de letras, continuasen los alcaldes ejerciendo aquellas funciones á que eran llamados por la Ley de 15 de octubre de 1875.

Y si ya no estuviera hecha, sería ésta una de las reformas urgentísimas que habríamos propuesto, sin tener necesidad, según creemos, de hacer gran caudal ó acopio de razonamientos para demostrar su necesidad.

Es este uno de aquellos regímenes que no tienen base lógica ni reconocen otra razón de su existencia que nuestro tradicional apego á lo añejo y rutinario, puesto que nada justifica la intervención de los alcaldes, sean ellos primeros, segundos ó terceros, en la administración de justicia, y porque las personas que desempeñan esos cargos son siempre jefes ó agentes políticos de partido ó de círculo, y casi siempre carecen de toda preparación para ejercer las augustas y severas funciones de la magistratura.

Más adelante habremos de volver sobre esta materia, y, por tanto, reservamos para mejor oportunidad adelantar nuestras observaciones al respecto.

Art. 55.—Siendo variable naturalmente el número de Cortes de Apelaciones, nos parece que no tiene razón de ser la existencia del artículo de que tratamos, por lo menos en su forma actual. Después de su vigencia, en efecto, se han creado las Cortes de Tacna y de Talca, y en breve será tal vez creada la de Valparaíso, y en el transcurso de los años se crearán, sin duda, otras nuevas, debiendo irse, á nuestro juicio, en este sentido tan lejos como sea posible, á fin de dar completa facilidad en la administración de justicia.

Debiera suprimirse, por consiguiente, el artículo, como asimismo las disposiciones análogas contenidas en el inciso 1.º del artículo 56 y en los artículos 61, 62, 63, 64, 65, 66 y 101. Todas estas disposiciones son propiamente materia de la ley especial que cree cada Tribunal ó Corte de Apelaciones, y en el Código que estudiamos debieron ser todos ellos reemplazados por el siguiente:

"**Art...**—Habrá en la República las Cortes de Apelaciones que leyes especiales establezcan, con los empleados y oficiales que las mismas leyes determinen para cada una de ellas".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Art. 57.—Nos parece que esta disposición está fuera de lugar y que debiera haber formado parte de las disposiciones transitorias de la ley que estudiamos.

Á la fecha, no queda ninguno de los antíguos regentes, y por esto, el artículo 57 ha caducado completamente sin ser derogado, fenómeno que no debe nunca ofrecernos la ley.

Art. 58.—Modificado el artículo 58 por la ley de 19 de enero de 1889, nada tenemos que observar á su respecto.

Art. 67.—Como lo hemos insinuado ya, creemos que debiera reformarse el número tercero de este artículo, limitando el fuero de funcionarios á los casos estrictamente indispensables, y suprimiendo los demás.

Á nuestro juicio, no es bastante justificada la disposición que analizamos, en cuanto se refiere á las causas criminales y no lo es en manera alguna con relación á las causas civiles en que sean partes los Ministros de Estado, intendentes y gobernadores, agentes diplomáticos chilenos, arzobispo, obispos, vicarios generales, provisores y vicarios capitulares.

Las funciones de Ministros de Estado, intendentes y gobernadores, no son de carácter permanente, y con frecuencia duran ó se ejercen por corto tiempo. Y no es racional que, porque una persona ocupe un día ó un mes alguno de esos puestos, tenga que demandar y ser demandado ante un Tribunal extraordinario donde el juicio queda radicado hasta su terminación.

Sólo aceptamos el fuero de esos funcionarios en cuanto á las causas civiles ó criminales, en que se haga efectiva la responsabilidad resultante del ejercicio de sus funciones.

Y, con respecto á los otros funcionarios que hemos nombrado, no encontramos razón alguna que justifique la excepción establecida en su favor.

Arts. 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78.—Respecto á estos artículos, reproducimos lo que hemos dicho al tratar de los artículos 44 y 49 de la misma Ley.

Art. 87.—No vemos la razón que justifique la subsistencia del inciso segundo de este artículo, inciso que, por nuestra parte, consideramos absurdo. En efecto, en la práctica la disposición á que nos referimos ha dado por resultado que prevalezcan y formen sentencia la opinión y el voto de dos miembros de los Tribu-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

nales de justicia contra el de cuatro y más. Así, puede ocurrir y ha ocurrido en más de una ocasión que siguiéndose un proceso criminal, el promotor fiscal de la causa ha opinado por la condenación del reo; el Juez letrado, conforme con la opinión del promotor fiscal, dicta su fallo condenatorio; pasa la causa á segunda instancia, y el fiscal de la Corte respectiva opina por la confirmación de la sentencia, y viéndose por último la causa por el Tribunal de apelación compuesto de cuatro miembros, ocurre empate entre ellos, opinando dos por la confirmación y dos por la revocación de la sentencia. Conforme á la disposición de que nos ocupamos, forma sentencia la opinión favorable al reo, resultando así el enormísimo absurdo de que el voto de dos ha prevalecido sobre el de cinco magistrados.

Nos parece que si no se siguiera la regla general establecida para todos los empates que ocurran en juicios de otra especie, debieron limitarse los efectos del inciso que observamos al caso único de haber sido absuelto en primera instancia el reo ó en general al caso de que la opinión favorable en el empate concuerde con la sentencia de primera instancia.

En todo caso y por nuestra parte, optaríamos, sin embargo, por que el empate se decidiera en la forma ordinaria, ó sea, con la concurrencia de otro ministro.

Arts. 90, 91, 92.—Agregaríamos á estos artículos la frase siguiente: salvo el caso de quedar número competente de miembros para resolver la cuestión pendiente, en conformidad á lo dispuesto en los artículos 84 y 86.

Art. 101.—Se hace necesario suprimir en este artículo la palabra *dos*.

Art. 102.—El inciso último ha caducado y está fuera de lugar, por la misma razón que hemos apuntado al tratar del artículo 57.

Arts. 104 y 105.—Reproducimos respecto á estos artículos lo dicho con referencia al artículo 55. Sin embargo, pudieran también refundirse ambas disposiciones en una sola, redactada como sigue:

"La Corte Suprema tendrá los empleados que el servicio requiera, fijándose el número de ellos por el Presidente de la República á petición ó previo informe del tribunal".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Art. 115.—Conforme á lo que hemos dicho más atrás, debiera modificarse la redacción de este artículo haciéndole extensivas las reformas que hemos propuesto con referencia á los artículos 87 y siguientes.

Art. 116.—Nos parece que esta disposición es ilógica y no conserva el orden jerárquico del Tribunal Supremo. Á nuestro juicio, debiera deferirse el conocimiento de las causas de que trata este artículo en primera instancia á la Corte de Apelaciones de Santiago y en segunda instancia al Senado ó á la Comisión Conservadora en receso de aquél; ó bien en única instancia á aquel tribunal.

Arts. 122 y 123.—Aunque recientemente reformadas estas disposiciones por la ley de 19 de enero de 1889, no nos satisface la reforma, y creemos que la ley indicada puede ser sustituída ventajosamente por otra que consulte mayor independencia en la constitución del Poder Judicial y mayores garantías en la elección de los funcionarios, respetando al propio tiempo la vigencia del precepto constitucional y garantizando á los jueces el ascenso equitativo en su carrera.

La reforma vigente adolece, pues, de defectos más ó menos graves que se han hecho palpables en su ensayo.

Uno de ellos consiste en la limitación del número de personas propuestas, número tan restringido que ha venido á cerrar la puerta del ascenso á un buen número de jueces que, no por falta de méritos, sino únicamente por falta de capacidad en las listas generales, han quedado excluídos de éstas é inhabilitados por ello hasta para ser transladados á otro juzgado de igual categoría al que sirven. No era posible, sin embargo, dar cabida en las listas á los treinta ó cuarenta jueces excluídos sin excluir en absoluto á los abogados que en ellas figuran, por causa de la restricción del número de propuestos.

Por otra parte, no vemos ventaja alguna en la formación de las listas tal como ha sido prescrita por la ley de 19 de enero de 1889, sino, por el contrario, tiene el sistema vigente el inconveniente de embarazar la acción de cada Tribunal al formar las listas de propuestas especiales para la provisión de un empleo. Nos parece más obvio, por lo tanto, dar mayores facilidades á cada Corte para formar esas listas especiales en cada caso par-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ticular, tal como lo vamos á proponer al redactar nuestro prospecto de artículo en sustitución de la ley de 19 de enero.

Otro defecto de esta ley es el de haber hecho difícil, si no imposible, el nombramiento de jueces suplentes y el de promotores fiscales y defensores públicos.

Creemos, en efecto, que será muy raro que alguna de las personas propuestas, por ejemplo, para jueces letrados de cabecera de provincia, quiera aceptar la suplencia por uno ó dos meses de los juzgados de Ancud, Puerto Montt, y otros; y más difícil aún que acepten el puesto de defensor público en esas mismas localidades.

Prácticamente se ha visto ya la exactitud de nuestra observación, pues en la generalidad de los casos de licencia obtenida por jueces letrados y aun por miembros de los Tribunales Superiores después de la vigencia de la ley de 19 de enero, no han sido proveídos los puestos á causa únicamente de las dificultades que para ello ofrece esa ley.

Resumiendo lo dicho, creemos, pues, que los artículos de que tratamos y la ley de 19 de enero último que los derogó, debieron ser sustituídos por los siguientes:

"**Art. 122.**—La facultad de nombrar los jueces que corresponde al Presidente de la República, en virtud de la parte 7.ª del artículo 73 de la Constitución, se ejercerá en la forma siguiente:

"La Corte Suprema formará en el mes de marzo de cada año y por orden alfabético una lista general de los abogados que reunan los requisitos determinados en los arts.
de esta ley para servir los puestos de miembros de la Corte Suprema, de miembros de las Cortes de Apelaciones, de jueces letrados de asiento de Corte y de cabecera de provincia y de departamento, y de jueces de circunscripción.

"En estas listas deberá consignarse nominal y detalladamente la fecha del título de abogado y la de los diversos nombramientos judiciales que hubieren obtenido los que figuran en ellos.

"El Tribunal remitirá estas listas al Ministerio de Justicia para su publicación en el *Diario Oficial*.

"Para proveer los puestos de ministros ó fiscales de la Corte

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Suprema ó de las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema formará una lista de diez nombres elegidos de las listas del año, y la enviará al Consejo de Estado para que de entre dichos nombres forme la terna que debe presentar al Presidente de la República para los efectos del nombramiento.

"Para proveer los juzgados de letras y de circunscripción la Corte de Apelaciones del distrito jurisdiccional respectivo formará una lista de quince nombres elegidos de las listas del año y la enviará al Consejo de Estado para que de entre dichos nombres forme la terna que ha de pasar al Presidente de la República para los efectos del nombramiento.

"Estas listas deberán componerse de abogados que figuren en las generales del año como aptos para servir el puesto que se trata de proveer ó para otro de superior jerarquía, y los propuestos serán colocados por orden alfabético.

"El Presidente de la República nombrará para llenar el puesto vacante á alguno de los abogados que compongan la terna.

"Las Cortes Suprema y de Apelaciones para formar las listas de que habla este artículo no podrán funcionar sino con la mayoría absoluta del número total de miembros de que legalmente deban componerse, incluyéndose entre ellos el respectivo fiscal; y todas las elecciones que ejecuten se harán en votación secreta y por mayoría absoluta de los presentes".

"**Art. 123.**—(El de la ley de 19 de enero sin variación alguna.)"

Como se verá, la escala jerárquica en los puestos judiciales que adoptamos es la misma actualmente en vigencia, con sólo la agregación de los jueces de circunscripción. No obstante, creemos que debería distinguirse entre los departamentos de más de treinta mil habitantes con los de menos población, distinción que con relación á los sueldos de que gozan, ha hecho la ley de 31 de enero de 1888, y establecerse, en consecuencia, la siguiente escala jerárquica:

1.° Ministros ó Fiscales de la Corte Suprema;
2.° Id. id. de las Cortes de Apelaciones;
3.° Jueces letrados de asiento de Corte.
4.° Id. id. de cabecera de provincia.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

5.° Jueces letrados de departamento con más de treinta mil habitantes.

6.° Jueces letrados de departamento con menos de treinta mil habitantes.

7.° Jueces letrados de circunscripción.

Y para servir estos últimos juzgados se exigirían los requisitos siguientes:

1.° Estar en posesión del título de abogado.

2.° Tener veinticinco años de edad.

Art. 124.—Quedaría derogado, una vez hecha la reforma del título II que hemos propuesto, y de la misma manera el artículo 125 siguiente.

Art. 126.—Este artículo sería reformado en armonía con las indicaciones que hemos hecho anteriormente en la forma que sigue:

"En los casos en que por implicancia ó recusación no pudiere un juez de circunscripción conocer de una determinada causa, será reemplazado por el juez de la circunscripción más próxima del mismo departamento.

"En los demás casos en que faltare un juez de circunscripción se nombrará un reemplazante en la forma prevenida en el artículo... de esta ley; y se suspenderá entretanto el despacho de los negocios de que aquél conocía".

Art. 129.—Después de lo que hemos dicho con relación á los artículos 52, 53 y 54 de la Ley en estudio, es lógico que consideremos derogado también el presente.

Y en todo caso nos parece que debiera llamarse á suplir á los jueces á personas que desempeñen funciones análogas ó que tengan á lo menos la preparación suficiente, consultándose con ello no sólo el buen servicio sino también la responsabilidad de los subrogantes.

En todo departamento existen otros funcionarios del orden judicial á quienes pudiera llamarse á subrogar al juez letrado sin inconveniente alguno, como son los promotores fiscales y los defensores públicos.

Y si éstos no pudiesen subrogar al juez letrado, habría siempre abogados que, como se practica en las Cortes Superiores, podrían ser llamados á reemplazar á aquel funcionario con evi-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

dente ventaja para el servicio, y sólo mientras se nombrase el suplente en forma legal.

Con arreglo á estas observaciones propondríamos, pues, el siguiente:

"**Art. 129.**—Si en el departamento no hubiere más que un juez de letras ó si no pudiere tener lugar lo dispuesto en los dos artículos precedentes, la falta del juez letrado será suplida en el orden siguiente:

"1.º Por el promotor fiscal, si lo hubiere titulado en el departamento;

"2.º Por el defensor de menores ausentes y obras pías, si lo hubiere nombrado;

"3.º Por algún abogado que ejerza su profesión en la cabecera del departamento y que figure en las listas generales del año, llamándoseles por orden de antigüedad, si hubiere varios.

"En casos de implicancia ó recusación el conocimiento de la causa pasará al juez letrado más cercano de la misma provincia á que pertenece el juez impedido".

Arts. 137 y 138.—Debieran suprimirse estos artículos, en conformidad á las reformas que hemos propuesto antes.

Art. 144.—Conforme á nuestras observaciones anteriores, se suprimiría en este artículo la frase "los alcaldes" del inciso primero.

Art. 149.—La necesidad de reformar este artículo se impone también como una necesidad de primer orden y de toda urgencia.

En efecto, todos reconocen el absurdo que importa la suspensión de las funciones de los jueces durante el largo período de cuarenta y cinco días, desde el 15 de enero al 1.º de marzo.

Y asimismo es resaltante la injusticia de la excepción contenida en el inciso tercero.

No nos detendremos, por consiguiente, en demostrar la necesidad y conveniencia de la reforma, limitándonos á señalar la redacción que nos parece más aceptable.

"**Art. 149.**—Las obligaciones de residencia y asistencia diaria al despacho cesan durante los días feriados.

"Son feriados los domingos, los días festivos, determinándose éstos por decreto especial del Presidente de la República,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el 21 de mayo, y los días 17, 18, 19 y 20 de septiembre de cada año.

Cada juez ó miembro de los Tribunales Superiores, tendrá derecho á gozar de un mes de feriado en cada año, dando aviso oportuno al Ministerio de Justicia para los efectos consiguientes».

Art. 151.—Debiera ser suprimido, haciéndose extensivas á toda clase de jueces las disposiciones anteriores. Sin embargo, podría dejarse á los de circunscripción el derecho de ser jueces árbitros, ya sea nombrados por las partes ó ya por el juez. De esta manera tendrían esos puestos más interesados y serían consiguientemente mejor servidos.

Art. 159.—Creemos que debe suprimirse en el último inciso la frase «ni en cuanto á la denegación ni á la torcida administración de justicia», frase que pugna con el precepto del artículo 29, número 2.º de la Constitución vigente.

Art. 167.—Debe suprimirse.

Art. 169 y 171.—Modificados por la ley de 31 de agosto de 1880.

Art. 175.—Este artículo ha sido derogado ó modificado por la ley de enero de 1883, que prohibió en absoluto á los jueces ejercer las funciones de árbitros. En justicia creemos que si no se dota convenientemente á esos funcionarios, debiera reponerse la vigencia del artículo de que tratamos; pero, en nuestro concepto, debe procurarse lo primero.

Sin embargo, debemos hacer notar que en la aplicación práctica de la ley de 1883 se ha tropezado con el grave inconveniente de hacer muy difícil el nombramiento de árbitros en aquellos departamentos, como hay muchos, donde sólo ejercen su profesión uno ó dos abogados, sucediendo con frecuencia que las partes ó el juez se ven obligados á hacer recaer el nombramiento de árbitro en un abogado residente en otro departamento.

Art. 191.—No nos parece bastante el juramento exigido en el caso del inciso segundo, y creemos más lógico que se admita prueba en contrario, esto es, sobre el conocimiento oportuno de la causal de recusación.

Art. 229.—Á esta disposición sirve de base la determina-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ción de la gravedad del hecho criminal, lo cual no siempre puede determinarse *a prima facie.*

Sabido es, en efecto que los delitos en general se dividen en crímenes, simples delitos y faltas, y que los primeros sólo se distinguen de los segundos por la pena que les está señalada (arts. 3 y 21 del Código Penal).

Así pues, por ejemplo, un hurto puede ser crimen ó simple delito, según fuere el importe de la cosa hurtada y circunstancias del hecho. Y asimismo el delito de lesiones, puede llegar á constituir crimen ó simple delito, según sea el tiempo que demore la curación y el éxito de ésta.

En consecuencia, y á fin de establecer reglas fijas sobre la competencia de los Tribunales, creemos que debiera derogarse el artículo que analizamos.

Art. 230.—No sabemos cuál alcance tenga este artículo desde que, según el artículo 37, el juez de letras es el único competente para conocer en las causas criminales por crimen ó simple delito. Entendemos que en la redacción de este artículo se ha suprimido la frase "y por faltas á la vez", á continuación de la "por crímenes ó simples delitos".

Art. 243.—Esta disposición debiera ser reformada con arreglo á las observaciones que dejamos ya apuntadas.

Art. 248.—Aunque nos parece que en general se ha dado al número 4.° la aplicación práctica á que se refiere nuestra observación, nos parece preferible ó conveniente agregar á este inciso la frase "ó en sus incidencias".

Art. 250.—Sin entrar en altas consideraciones, nos limitaremos á observar que no encontramos suficientemente justificadas las causales de recusación cuarta, quinta, séptima, duodécima y décimaséptima.

Es necesario suponer muy poca dignidad en los magistrados para creer que haya de faltarles la imparcialidad necesaria para entender en juicios de personas de quienes se sirve remunerándolos debidamente, y nos parece que, lejos de aceptarse esta base, debe siempre suponerse lo contrario.

Los efectos de la causal quinta debieran, á nuestro juicio, ser limitados al caso de ser el juez deudor por causa de mutuo y de plazo vencido.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La causal séptima no tiene, á nuestro juicio, bastante fundamento, puesto que el fallo del juez ha de ser revisado por un tribunal superior, y es la sentencia de éste y no la de aquél la que forma doctrina ó jurisprudencia práctica.

La causal duodécima ó no tiene aplicación en todo caso, y por consiguiente, no debe mantenerse, ó puede crear situaciones difíciles y embarazosas para el juez y las partes. Supóngase, en efecto, que se alegue como causal de recusación el hecho de ser el juez heredero instituído en testamento cerrado. ¿Cómo se probaría su existencia? ¿Se obligaría á la parte á confesarlo, destruyendo el secreto de sus disposiciones? ¿Ó se procedería á la apertura del testamento cerrado? ¿Podría en todo caso afirmarlo el juez, y aun pudiendo, estaría obligarlo á hacerlo, violando el secreto del testador? Creemos, pues, que debiera suprimirse esta causal ó limitarse al caso de testamento abierto.

La causal 17.ª es también depresiva de la dignidad de los jueces, puesto que en su forma actual basta para justificar la recusación cualquiera de aquellos obsequios insignificantes que son comunes en las relaciones de la vida social.

Arts. 254-259.—Los dos primeros incisos de cada uno de estos artículos quedarían derogados, aceptándose la reforma del título II que hemos propuesto.

Art. 262.—Nos parece urgente dar fuerza de ley al proyecto pendiente de crear fiscales administrativos, refiriéndonos á las consideraciones desarrolladas en el mensaje respectivo.

Arts. 270 y 271.—Diversas leyes, dictadas con posterioridad á la de 15 de octubre de 1875, han modificado por completo este artículo. (Véanse las leyes de 15 de noviembre de 1884 de 31 de enero y de 28 de julio de 1888).

Como lo hemos observado respecto de los artículos 55 y siguientes, creemos que debe darse á disposiciones como la de que tratamos, una redacción general que permita crear nuevos puestos sin derogar aquéllos.

Así, pues, debieran reformarse estos artículos, refundidos en uno solo, y en la forma que sigue:

"ART. ... La Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones tendrán, por lo menos, un oficial del ministerio público, que se denominarán fiscales. Y en los juzgados de letras el ministerio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

público será ejercido por oficiales, que se denominarán promotores fiscales».

Art. 274.—Ha sido derogado por la ley de 19 de enero último, como asimismo el inciso segundo del artículo 278.

Art. 280.—La redacción del inciso segundo de este artículo pugna abiertamente con las disposiciones del artículo 277 de la misma ley, y también con la del 292, no obstante la excepción establecida en este último. Es necesario que entre todas las disposiciones de la ley existan siempre armonía y congruencia, y á estas condiciones se ha faltado en los artículos á que nos referimos.

Y nuestra observación anterior es asimismo aplicable á la ley de 30 de junio de 1880, que defiere á los secretarios de intendencia y á los procuradores municipales el ejercicio de las funciones del ministerio público en aquellos departamentos (que forman el mayor número) donde no hay oficial nombrado.

Más resaltante aún es el defecto que apuntamos en presencia de la ley de 31 de agosto de 1880, en cuyo artículo tercero se hacen incompatibles los cargos de secretarios de intendencia y de oficial del ministerio público ú otro empleo del orden judicial, resultando de aquí el enorme absurdo de que una misma persona esté obligada á ejercer funciones para las que no puede, sin embargo, obtener título oficial.

Juzgamos, en consecuencia, que debe derogarse el segundo inciso del artículo que analizamos conjuntamente con la ley de 30 de junio de 1880, reemplazando ambas disposiciones con el siguiente inciso segundo:

«Podrán, sin embargo, acumularse las funciones de promotor fiscal y de defensor público; y en aquellos departamentos donde no hubiere promotor fiscal nombrado ó en ejercicio, será reemplazado ó ejercerá las funciones del ministerio público el respectivo defensor de menores, de ausentes y de obras pías».

Arts. 285 y 296.—Han sido modificados ambos por la ley de 26 de septiembre de 1877.

Art. 301.—Nos parece que este artículo debiera haber figurado entre los transitorios de la ley.

Arts. 306-307.—Los incisos 3.º y 4.º del primero de estos

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

artículos y el 2.º han sido derogados por la ley de 19 de enero de 1889.

Art. 313.—La ley de 26 de septiembre de 1877 ha derogado también esta disposición.

Art. 319.—Después de la vigencia de la ley de 19 de enero último, nos parece que se ha hecho necesario agregar al final de este artículo la frase "de departamento".

Art. 329.—Derogado ha sido también este artículo por la ley de 26 de septiembre de 1877, ya citada.

Arts. 338-339.—En nuestro concepto, debiera adoptarse como regla general para los concursos de opción á empleos subalternos que la oposición tenga lugar ante el respectivo tribunal ó juzgado.

Estos cargos, y especialmente el de secretario, son de confianza, que debe lógicamente ser inspirada al tribunal ó juez ante el cual debe el empleado prestar sus servicios, y no á otro tribunal extraño.

Nos parece que, de la vigencia de esta disposición de que tratamos, han resultado los numerosos conflictos que han ocurrido entre jueces y sus respectivos secretarios; con mengua notoria para el prestigio de los primeros.

Art. 345.—Suprimiríamos, por nuestra parte, la frase del último inciso "por cualquier otro ministro de fe designado también por el juez; y si tampoco hubiere ministro de fe".

La razón que para proponer esta supresión tenemos, es la de que la aplicación de esa frase sólo puede tener lugar en departamentos donde sólo hay un juzgado de letras, y donde, por consiguiente, la designación sólo puede recaer ó en el notario ó en el receptor de mayor cuantía. Para uno y otro es un embarazo tal designación, puesto que, si los tres oficios están separados, es porque el expedito servicio de las oficinas así lo ha exigido.

Por otra parte, el receptor puede no tener y no tiene en muchos casos las aptitudes necesarias para desempeñar el oficio de secretario; y su nombramiento, impuesto por la ley al juez, dificulta considerablemente la acción de este funcionario.

En consecuencia, creemos más sencillo y más correcto que, no habiendo otro secretario que reemplace al impedido, tenga

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el juez libertad para designar la persona que deba reemplazarlo, ya sea ésta el receptor, ó ya un abogado ú otra persona competente.

Art. 348. – Aunque nos parece superflua la agregación que vamos á indicar, sin embargo, en vista de la sentencia pronunciada por una de las Cortes de Apelaciones, y que corre con el número 1,341 en la página 1,096 de la *Gaceta de los Tribunales* del año 1888, proponemos agregar á este artículo, el siguiente:

"Núm. 6.º Cumplir ó hacer cumplir las órdenes del Juez ó Tribunal que se refieran al servicio, y dirigir los oficios, cartas, exhortos, circulares y demás comunicaciones que éste crea necesario".

Art. 349.—Estimamos necesario reformar este artículo, asignando sueldos fijos á estos empleados en la proporción respectiva.

Art. 353.—En virtud de la supresión de los jueces de subdelegación y distrito que hemos propuesto, debiera reformarse el artículo de que tratamos reemplazando los receptores de menor cuantía por secretarios de los jueces de circunscripción que ejercerían á la vez las funciones de receptores. Y consiguientemente debiera suprimirse el segundo inciso del artículo 354.

Art. 355.—Repetimos la observación hecha respecto al nombramiento de los secretarios.

Art. 358.—No vemos la razón para que, tratándose de los receptores, se haya alterado el orden establecido respecto á los demás empleados, todos los cuales, ya sean jueces y relatores, ó ya secretarios y procuradores, prestan juramento y rinden fianza á satisfacción del Tribunal Superior. En consecuencia, nos parece que debiera cambiarse la palabra "gobernador" por la de "juez letrado".

Art. 363.—Agregaríamos, por nuestra parte, á esta disposición como aplicables á los notarios lo dispuesto en el artículo 351.

En efecto, tanto los notarios como los secretarios son ministros de fe pública y ejercen funciones de la más absoluta confianza, y por lo mismo deben inspirarla completa é ilimitada al

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

público, haciéndose dignos de ella. Si esto no ocurre, el público no debe estar obligado á servirse de una persona que no le inspire confianza para actos de suma transcendencia como son aquellos en que interviene el notario.

Permitida la recusación de los notarios, éstos cuidarían por su propio interés de hacerse dignos de la confianza general, y el servicio mejoraría considerablemente, sin que ocurrieran casos, como los hay, de que un notario no inspire confianza al público ó siquiera á una gran parte de él, que, sin embargo, debe servirse de ese mismo empleado, sin que haya medio alguno de evitarlo, á no ser el de ir á otro departamento á otorgar un instrumento.

Arts. 390-392-393.—Son aplicables al nombramiento é instalación de los procuradores las observaciones hechas respecto á los secretarios y receptores.

Art. 391.—Creemos que, en cuanto á la edad, debiera exceptuarse á los abogados, habiendo ya ocurrido el caso de que no se haya admitido al concurso para proveer una procuraduría á un abogado menor de veinticinco años.

Art. 397.—No encontramos suficientemente justificada la excepción á la regla general del artículo 2163 del Código Civil contenida en la disposición de que tratamos, y creemos, por tanto, que debe suprimirse ésta, como también el artículo 405.

Y á este respecto se nos ocurre preguntar ¿á quién representaría y patrocinaría el procurador y abogado en el caso de no tener el mandante heredero alguno?

Art. 400.—Somos de parecer que debe derogarse el inciso segundo de este artículo, tanto para justificar la existencia de los "procuradores de número", cuanto para extirpar siquiera en parte la plaga que invade y perturba el funcionamiento correcto de los juzgados: de los titulados "agentes de pleitos".

Art. 406.—Nuestra anterior observación es también aplicable al inciso segundo de este artículo, que debiera derogarse junto con el inciso tercero.

Por lo menos, si tal no se hace, debe declararse inapelable el decreto que el juez dicte en uso de la atribución que le confiere el inciso tercero de este artículo y del 400, derogándose, por consiguiente, la ley de 16 de septiembre de 1884.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Próximos á terminar nuestro estudio de la Ley de 15 de octubre de 1875, han llegado á nuestro conocimiento los diversos proyectos de ley presentados al Congreso por el Ejecutivo en que se demuestra la necesidad y se proponen reformas sobre la administración de justicia de menor cuantía, sobre el feriado judicial y sobre dotación de funcionarios judiciales. Y nos permitiremos avanzar algunas observaciones sobre dichos proyectos.

Tratando de la organización de la justicia de menor cuantía, se reconoce la necesidad de suprimir el orden que actualmente existe y se propone reemplazar á los jueces de subdelegación y de distrito por jueces de paz, cuyas funciones serían desempeñadas por los Oficiales del Registro Civil, aumentándose hasta cuatrocientos el número de éstos, que es en la actualidad de doscientos cuarenta, más ó menos.

En nuestro estudio precedente y tratando esta materia, hemos dicho que sólo como medida provisional podría aceptarse que se cometiera á los Oficiales del Registro el desempeño de las funciones de jueces de menor cuantía; y todavía limitando sus atribuciones á la tramitación breve y sumaria de las causas. Pero en general y de un modo permanente estimamos inconveniente este sistema.

En efecto y fuera de las razones ya apuntadas, las funciones de los Oficiales del Registro son análogas á las de los notarios y demás ministros de fe pública, y por consiguiente, caso de ser llamados á servir algún cargo en la administración de justicia, debiera buscarse aquel que fuera más compatible y armónico con su oficio. Pudiera, pues, conferírseles el cargo de actuarios reemplazando con ellos á los receptores de menor cuantía, con cuya medida se les proporcionaría un aumento en sus rentas sin desnaturalizar su oficio; y ese aumento haría que individuos más aptos aspirasen en lo futuro á servir el empleo.

Y de todas maneras creemos preferible que se crease desde luego el cargo de juez de circunscripción, permitiéndose que, por ahora, pudiese ser desempeñado por los actuales Oficiales del Registro, gozando éstos en tal caso de una gratificación igual á la mitad del sueldo asignado á los jueces de circunscripción.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Por último, advertiremos á este respecto que ya se acepte la idea del proyecto á que nos referimos, ya cualquiera de las anteriores indicaciones que formulamos, sería indispensable rectificar la división de las circunscripciones, tomando como base la división administrativa, departamentos y subdelegaciones, en vez de la división eclesiástica ó por parroquias que se tuvo presente al crear aquéllos.

El proyecto sobre sueldo de jueces presentado también al Congreso nos sugiere una observación que manifestaremos á la ligera.

Como ya lo hemos dicho, la renta de los funcionarios judiciales debe fijarse en consideración á las exigencias materiales de cada localidad, á la vez que á la importancia ó población del departamento y consiguientemente del trabajo que impone. Así, pues, el juez de Pisagua no debe tener, equitativamente considerada la cuestión, el mismo sueldo que el de Cañete ó Carelmapu.

Y si esta distinción se ha hecho ya en leyes anteriores, como en la de 19 de enero último sobre sueldos de intendentes y gobernadores, no vemos razón alguna para que no se haga también al fijar los sueldos de los funcionarios del orden judicial.

Concretando nuestras ideas sobre el particular, creemos que la reforma debiera hacerse dotando á los jueces en la forma siguiente:

EMPLEOS	Sueldo anual
Ministros y fiscales de la Corte Suprema.	$ 10,000
Id. id. de las Cortes de Apelaciones.	8,500
Jueces letrados de asientos de Corte, y además los de Iquique, Valparaíso, Antofagasta y Copiapó.	7,000
Jueces letrados de cabecera de provincia y además de Pisagua, Taltal y Arica.	6,000
Jueces letrados de departamentos con más de 30,000 habitantes y además Osorno, Talcahuano, Parral, Chañaral, Vallenar, Freirina y Tocopilla.	4,500
Jueces letrados de los demás departamentos.	3,500
Jueces de circunscripción de las provincias de Tacna, Tarapacá, Antofagasta y Atacama.	2,400
Jueces de circunscripción de las otras provincias.	1,800

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La distribución precedente, que consideramos más equitativa que la del Proyecto del Ejecutivo, impondría un gasto menor que la del último, mejorando considerablemente el servicio y llegando desde luego al último término deseable sobre la materia.

Compárense, en efecto, los cuadros que van en seguida, que muestran en detalle y en conjunto el gasto que cada uno de los Proyectos habría de ocasionar:

I

Según nuestra idea se gastaría en sueldos:

Corte Suprema.	$ 90,000	
Cortes de Apelaciones.	348,500	
Jueces de asiento de Corte.	154,000	
Id. de cabecera de provincia.	102,000	
Id. de departamentos con más de 30,000 habitantes.	117,000	
Id. de departamentos con menos de 30,000 habitantes.	80,500	
Doscientos jueces de circunscripción. . . .	400,000	
SUMA.		$ 1.292,000

II

Según el Proyecto del Ejecutivo:

Corte Suprema.	$ 90,000	
Cortes de Apelaciones.	328,000	
Jueces de asiento de Corte.	90,000	
Id. de cabecera de provincia.	125,000	
Id. de departamento.	282,000	
Gratificación á diversos jueces.	28,000	
Sueldo de 164 Oficiales del Registro que se propone crear sobre el número que hoy existe (236) calculado en.	250,000	
Gratificación de seiscientos á un mil pesos á 400 Oficiales del Registro que ejercieran funciones de jueces de paz, calculado en.	300,000	
SUMA.		$ 1.493,000
Diferencia total entre ambos proyectos. . . .		$ 201,000

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Como se ve, según nuestra idea, resulta un menor gasto de doscientos mil pesos, que podría destinarse á aumentar proporcionalmente el número actual de circunscripciones, si siempre se creyera necesario ese aumento que propone el Ejecutivo.

Se habrá notado que en nuestro cálculo anterior sólo figuran doscientos jueces de circunscripciones en vez de doscientos cuarenta, que es el número total de éstos; pero, en nuestro concepto, sería inoficioso dotar de jueces especiales á las circunscripciones que comprenden el pueblo cabecera del departamento donde funciona el juez letrado, porque éste conocería en única instancia de las causas promovidas dentro de la circunscripción de que hubiera de conocer aquél.

Por consiguiente, el número total de circunscripciones se disminuiría á ciento sesenta y uno, rebajando los setenta y cinco donde funcionan jueces letrados y donde, por consiguiente, no sería necesario nombrar jueces especiales para el servicio de menor cuantía. . . . . .

Y nuestro proyecto tiene todavía sobre el del Ejecutivo la ventaja de evitar el sistema de gratificaciones que, en absoluto, consideramos inconveniente.

Hemos terminado nuestro trabajo; y si él contiene una sola idea útil y que llegue á merecer la aceptación del Legislador y de nuestros colegas de profesión, habrán quedado satisfechos nuestros deseos y los propósitos que nos indujeron á acometerlo.

1890. A. E. P.

ESTUDIO SOBRE EL PROYECTO DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

(Continuación)

"ART. 276. Sólo podrá pedir el término extraterritorial para determinado país, la parte que tenga algún hecho sometido á prueba y acaecido en ese país, ó algún testigo de la lista legal con residencia en dicho país, ó que ha salido para el extranjero después de formada la lista, probándose esto último".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Comparemos el artículo del Proyecto con el de la reforma.

Nosotros decimos que el término para el extranjero sólo puede pedirse para determinada nación, y no en general para todas las naciones; en seguida especificamos quién lo puede pedir únicamente, y tan sólo en dos casos: 1.º, cuando el hecho por probar sucedió en ese país; y 2.º, cuando el testigo reside en él ó ha salido para ese país. La residencia se prueba con la lista, y la salida con información de testigos ó con documentos.

En la reforma se concede *un derecho á la parte sola*, que reuna las circunstancias que detalla el artículo 276, reformado.

El Proyecto impone *al juez la obligación* de conceder, en el único caso en que los hechos hayan acaecido en el extranjero. "Se concederá el término... para rendir prueba fuera del país..." En estos conceptos generales y abstractos no se determina el término extraterritorial especial y relacionado al país en que se va á producir la prueba. La frase "fuera del país" abarca todos los términos especiales extraterritoriales, las cinco clases que enumera la reforma. De modo que, si se presenta el caso que contempla el artículo 276 del Proyecto, el juez deberá conceder todos los plazos extraterritoriales. La redacción da á entender lo que dejamos dicho. Si ésa no ha sido la intención de la Comisión Revisora, no es culpa nuestra el que no adivinemos su intención, ni debe adivinarse.

La misma generalidad del mandato imperativo vemos en el artículo 277 del Proyecto. Basta, según este artículo, determinar la condición del documento y el lugar. Esta dicción es tan indeterminada, que ni concreta la idea objetiva del mandato; esa dicción está en vez de "país extranjero". Tal indeterminación hace ineficaz el mandato de la ley, porque se elude cuando se quiere. Basta también, según el mismo artículo, expresar el nombre y residencia de los testigos que aparecen ó se presume residir en un país tal y que conocen los hechos que testifican. La indeterminación se ve también en esta segunda circunstancia del artículo 277.

Determinar una prueba como un documento ó un testigo, no es necesario en estos casos en que se trata de rendir prueba en el extranjero; lo esencial es que dicha prueba se halle en ese

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

país extraño; la determinación es lo necesario. El Proyecto se ha desentendido de este principio científico y ha divagado en el campo de lo superfluo. La reforma se ha amoldado estrictamente á ese principio, y es por eso que sólo atiende en su artículo 276 á la estadía del suceso ó de las personas sabedoras de él en el país extranjero.

La petición de término extraterritorial se somete á la regla general de toda prórroga; porque consideramos los términos extradepartamental y extraterritorial como partes del departamental, como prórrogas de él. Éste es la parte principal, aquéllos la parte accesoria.

No decimos "se concederá"; porque, si se pide fuera de tiempo, no se otorgará; y si se pide dentro del término, se dará.

El Código Español en su artículo 264 dice "se otorgará", porque dicho Código obliga á solicitar el término extraterritorial al tercer día de principiar el ordinario (para nosotros departamental y extradepartamental). Nosotros dejamos sometida la petición á la voluntad de las partes, no imponemos la necesidad legal de pedir siempre, dejamos el punto al criterio individual.

Veamos cuándo dice el Proyecto que corren los términos que él llama extraordinarios.

"ART. 278. El término extraordinario para rendir prueba dentro de la República corre á continuación del ordinario.

"Si fueren varios, todos ellos comienzan á correr desde que concluye el ordinario".

"ART. 279. Todo término extraordinario para rendir prueba fuera de la República principia á correr al mismo tiempo que el ordinario".

Fijada la duración de los términos por los artículos anteriores reformados, y que todos son comunes por el artículo 268, queda determinado por el mismo hecho desde cuándo corre cada uno según el precepto del artículo 54 reformado; pero hay que consignar dos excepciones, una referente á los términos extradepartamentales, y otra á los extraterritoriales. Estas excepciones pueden considerarse una sola; y consiste en que, si principia á correr un término extradepartamental, comienzan á correr todos los extradepartamentales; y si corre uno extrate-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

rritorial, principian á correr todos los extraterritoriales á la vez, aunque no se pidan.

¿Y es verdad lo que dice el Proyecto en el artículo 278, que un término extraordinario corre á continuación del ordinario, y que varios, desde que se concluye éste? En ocasiones es verdad y en otras es inexacto. Ejemplo de lo último. El 27 de junio pide Agustín término extraordinario para un departamento, se notifica sólo él; el término ordinario vence el 30 y sólo notifica á la contraria el 7 de julio. Según el artículo 278, el término extradepartamental debería correr el 1.° de julio, á continuación del ordinario que expiró el 30 de junio; mientras que no es así, sino que corre el 8 de julio después de la última notificación, que ocurrió el 7 de julio. Un ejemplo análogo podría ponerse para probar que hay casos en los cuales no es exacta la regla del 2.° inciso del referido artículo 278.

En el Proyecto se echa de menos la regla que indique cuándo principia á correr una prórroga. También falta contemplar el caso en que los términos extraterritoriales fueren varios, para determinar cuándo principiarían á correr; por cuanto el artículo 279 no consigna este caso, sino el de un término y no el de varios términos.

La forma, como se expresan las reglas de los artículos 278 y 279, es deficiente y ajena á veces á la verdad; por tanto, quedarán como peligrosos é inútiles.

En su lugar, consignaremos los que siguen:

"ART. 278. Toda prórroga otorgada principiará á correr una vez que se venza el término prorrogado y se la notifique á todas las partes".

"ART. 278, *a*. Un término extradepartamental ó uno extraterritorial concedido comenzará á correr una vez que concluya el departamental otorgado y se notifique aquél á todas las partes".

"ART. 279. Los términos extradepartamentales ó extraterritoriales correrán todos juntos una vez que principie á correr uno de su especie".

El principio que consigna este artículo 279 de la reforma, es la base científica que debió contemplar y que no contempló la sentencia de 29 de agosto de 1862 dictada por la Corte Supre-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

ma; la cual, por no sentar este principio, consignó tantos sofismas como considerandos. Pero resolvió bien el punto debatido, que es lo esencial, y tal cual habría podido ser resuelto con la regla del artículo 279 expresado. Esa sentencia está en el *Prontuario* del señor Lira, al hablar sobre este punto.

¿Cuál es el principio en que se funda el Proyecto para ordenar que el término extraterritorial corra junto con el ordinario ó departamental? No lo conocemos.

¿Cómo se da existencia á un término que no se ha pedido al juez ni éste lo ha decretado? No lo comprendemos.

Concebimos que por medio de la ficción legal pueda suceder así cuando se solicita ese término; pero la ficción legal no puede darle existencia sin solicitarlo.

¿Y cómo si existe y está corriendo al mismo tiempo que el ordinario, se ponen tantas cortapisas para solicitarlo, artículo 277, y tantas para concederlo, artículos 276 y 277? ¡Misterios!

El contrasentido que encierra el precepto del artículo 279, es chocante; porque es un precepto arbitrario y sin base razonable.

Es verdad que el artículo 269 del Código Español consigna la misma regla que el Proyecto; pero ello proviene de que aquel Código en su artículo 264 obliga á solicitar el término extraterritorial al tercer día de principiado el ordinario español. El Proyecto copia la regla española sin inspirarse en el espíritu de la legislación y sin mirar su conjunto.

En nuestro sistema sometemos la petición de los términos probatorios y el principio de su existencia á una regla común. El extraterritorial puede pedirse como el departamental ó el extradepartamental. Cada uno de estos términos nace con la petición, es cosa *individual* en su nacimiento; y comienza á correr desde que se notifica á todos, es cosa *común* desde que corre. Tal es el principio fundamental del sistema de la reforma.

"ART. 280. Se puede, durante el término ordinario, rendir prueba en cualquiera parte de la República y fuera de ella.

"ART. 281. Durante el término extraordinario sólo puede rendirse prueba en el lugar para el cual dicho término ha sido otorgado".

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Estos artículos determinan el *lugar* donde se puede rendir prueba válida durante los términos: si *en todos* los lugares indiferentemente ó sólo *en algunos*, y *cuáles* son éstos.

Es útil dejar bien claro y bien determinado en la ley *quiénes* pueden rendir prueba y *en qué lugares* se puede hacer esto; porque esta materia es de mucha importancia. Quedará también estatuído que se podrá rendir *toda clase de prueba;* ya que con la voz "prueba" se comprenden todas sus clases, y su significado no está circunscrito á determinada clase.

Los artículos que proponemos en reemplazo de los dos del Proyecto, son:

"ART. 280. Ambas partes podrán rendir prueba *sólo* durante un término concedido".

"ART. 281. Si éste es el departamental, en cualquier lugar de la República ó del Globo.

"Si es el extradepartamental, únicamente en el departamento para el cual se ha otorgado ó se ha pedido.

"Si es el extraterritorial, sólo en el país para el cual se ha concedido".

En el primer artículo se dice *quiénes* únicamente y *cuándo* únicamente, pueden rendir prueba; en el segundo, *dónde*. El primero es relativo *á las personas* y el segundo *á los lugares*. En ambos el elemento *término* permanece invariable. Por ellos se ve que el término departamental es común á todos los lugares; el extradepartamental es inherente y peculiar de un departamento distinto al del juicio, pero determinado; y el extraterritorial es exclusivo y propio de un país extranjero dado.

En el segundo inciso del artículo 281 comprendemos este caso. Se sigue un juicio en Santiago y se pide el término extradepartamental para Coquimbo; pero en el curso de este término la misma parte *pide* se le tome prueba en Valparaíso y *no pide prórroga* para dicho departamento. Según el Proyecto, como el término otorgado no es para Valparaíso, no se puede rendir prueba en él; mas, según la reforma, puede rendirse, porque todos los términos extradepartamentales están corriendo con motivo de haber principiado á correr el otorgado para Coquimbo. En el caso propuesto, basta que otorgado uno, se pida sólo que se tome prueba en Valparaíso en el término especial

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

referente á este departamento. Si corren todos, es lógico poder utilizarlos todos.

Según el sistema del Proyecto, hay que pedir y otorgar el término para cada departamento en que se quiera rendir prueba; tantos otorgamientos como departamentos donde se va á rendir prueba. Según la reforma, basta que se pida y otorgue para un departamento; no hay necesidad más que de un otorgamiento, y se puede rendir en el departamento que se quiera, dentro de su plazo especial respectivo.

"ART. 283. La parte que habiendo obtenido término extraordinario para rendir prueba fuera de la República no la rindiere ó sólo rindiere una impertinente, será condenada á pagar á la otra los gastos que hubiere hecho, sea en ir á presenciar la diligencia pedida, sea en comisionar una persona que lo hiciere por ella.

"Esta condenación se impondrá en la sentencia definitiva".

"ART. 284. Será además el litigante contra quien recayere la pena del artículo anterior, condenado al pago de una multa que no baje de doscientos pesos ni exceda de mil, si resultare alguno de estos hechos:

"1.º Que no ha hecho diligencia alguna para rendir la prueba pedida.

"2.º Que los testigos señalados, en el caso del artículo 277, no tenían conocimiento de los hechos ó no se han hallado en situación de conocerlos.

"3.º Que los testigos ó documentos no han existido nunca en el país en que se ha pedido que se practiquen diligencias probatorias".

En estos dos artículos se impone una condena al litigante que ha obtenido término extraordinario: en el 283 se impone el pago de gastos, y en el 284 el pago de una multa. Los gastos equivalen á los perjuicios y la multa es equivalente á la pena de un delito.

Tal rigorismo no es la expresión de la verdad. En dos casos se pone el artículo 283: en el que no se rinda y en el que se rinda, pero impertinente. Los tres casos que contiene el artículo 284 equivalen á los dos del 283. El número 1.º y 3.º es lo mismo que si no se rindiere prueba; el número 2.º es el mismo

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

caso que ser la prueba impertinente. Los tres números del 284 son especificaciones de los casos generales del 283. Pueden refundirse en uno.

El artículo 270 del Código Español estatuye el mismo sistema rigorista del Proyecto, pero limitando mucho sus efectos y los casos en que tiene lugar. Por ejemplo, dicho Código sólo comprende el caso de no rendirse la prueba ofrecida, y nada más; sólo impone multa y no perjuicios, y exonera de la multa cuando aparece consumado el hecho sin culpa del litigante. Tanto el Código Español como el Proyecto contienen el inciso 2.º, que ordena imponer la condenación en la sentencia definitiva; pero el Proyecto no reconoce la salvedad de la *justa causa*, ó de sin culpa del litigante, que contiene el Código Español.

Supongamos el caso, muy probable, de que no se rinde prueba por haber existido justo impedimento para ello, como lo sería la fuerza mayor ó el caso fortuíto; ó que hubo error involuntario en presentar por testigos á personas que no sabían ó á individuos que engañaron á la parte diciéndole que sabían los hechos y que dijeron delante del juez que no los conocían. En estos casos se castigaría á un inocente y tal vez á una víctima de ciertos bribones. La ley no puede querer esto.

Como la mala fe pudiera burlarse de la buena fe, es conveniente redactar, en reemplazo de los dos artículos del Proyecto, el siguiente, moderando el rigorismo que hemos criticado y limitando los casos á los muy precisos.

"ART. 284. El litigante que, habiendo obtenido término extraterritorial, no rindiere su prueba ni justificare justo impedimento, será responsable de falta en su grado mínimo á medio".

No hay necesidad de decir que será condenado en las costas y perjuicios; porque, si hay condenación, responderá de todo ello conforme al precepto del artículo 24 del Código Penal. Decimos "litigante" y no "parte" por ser más adecuado y para comprender todos los casos posibles.

Aquí no invadimos el campo de la legislación penal; sólo establecemos una responsabilidad, emanada del enjuiciamiento. En la Ley de los Tribunales existen casos como el que contempla el artículo 284 reformado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Los artículos que siguen tratan de casos de suspensión de término; por eso los estudiaremos todos de una vez.

"ART. 282. El incidente sobre concesión del término extraordinario no suspende el término probatorio; pero se sustanciará en la misma pieza de autos que la causa principal.

"Con todo, no se contarán en el término extraordinario los días transcurridos durante el incidente sobre concesión del mismo".

"ART. 285. Se suspenderá con decreto judicial el término de prueba cuando haya imposibilidad de rendirla por algún obstáculo cuya remoción no esté al alcance del que solicitare la suspensión".

"ART. 286. La suspensión decretada en virtud de algún obstáculo peculiar de la prueba que haya de rendirse en el lugar del juicio, no se extiende al término extraordinario. De la misma manera, la suspensión del término extraordinario no comprende el ordinario.

"ART. 287. La solicitud de suspensión del término probatorio se tramitará como un incidente.

"Este incidente suspende el término probatorio, absolutamente si no se funda en motivos referentes á una prueba determinada; pero sólo el ordinario ó el extraordinario, si procede de obstáculos peculiares de aquel ó de este término".

"ART. 288. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, será siempre válida la prueba que se rinda durante la tramitación del incidente en otro departamento de la República diverso de aquel en que se sigue el juicio, mientras no haya transcurrido un día por cada sesenta kilómetros entre las cabeceras de ambos departamentos.

"Lo será igualmente la rendida fuera del país mientras no haya corrido la mitad del término extraordinario respectivo".

El artículo 282 dispone que el incidente sobre concesión del término extraordinario no suspende el término, que la duración del incidente no se cuenta en los días del extraordinario, y que el incidente se sustancia en el cuaderno principal.

El Proyecto llama extraordinario al término para otro departamento y al para un país extranjero. De modo que la solicitud en que se pide el término para un departamento, tiene que tener los trámites de un incidente; lo que es inoficioso y contrario

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á la práctica que tenemos hoy día en la tramitación vigente. ¿Con qué fin, si pido término para un departamento cualquiera, se le conferiría traslado á la contraria y se recibiría el incidente á prueba? No hay necesidad de tal tramitación, ni debe prescribirse.

La solicitud de cualquier término es una petición que debe proveerse de plano, sin ninguna formalidad.

Es verdad que el artículo 267 del Código Español da traslado de la solicitud del término extraordinario; pero lo da por tres días improrrogables, y no hay más trámites, y aquella ley llama extraordinario al término para el extranjero.

El artículo español sería preferible al del Proyecto.

En el caso del término extraterritorial, no habría más que confiar en la palabra del solicitante: si él dice que tales hechos ocurrieron en tal nación extranjera, ó que tales testigos están en tal otra, ó que se marcharon fuera del país, no hay más que creerle; si engaña, vendrá la sanción del artículo 284; y si esto no es posible, nada se remediará con oír á la contraria ó con recibir á prueba la controversia.

El artículo 282 debe disponer lo contrario de lo que dice el Proyecto.

Este dice "no suspende el término probatorio". ¿Cuál? ¿El ordinario ó el extraordinario? No lo dice.

El inciso 2.º es hasta nimio. ¿Cómo van á contarse los días de duración del incidente entre los días de un término que no se ha concedido, y que sólo se otorga con la resolución del referido incidente?

Ya podríamos redactar el artículo analizado, proponiendo el siguiente precepto:

"ART. 282. La solicitud sobre concesión de un término probatorio, podrá formularse en petición principal ó en accesoria, y se resolverá de plano sin ningún trámite".

Aquí consagramos la práctica actual, entre nosotros, de pedirse los términos extradepartamentales ó extraterritoriales en solicitud aparte ó en un otrosí. El Proyecto sólo admite escrito separado cuando obliga á tramitarlo como incidente. También consignamos la práctica corriente de proveer tales peticiones sin darles ninguna tramitación.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Llegamos al examen del artículo 285. La proposición principal, que da una facultad al juez, consigna una regla que ya está dada en el artículo 55 de la reforma. Este artículo enumera dos casos, en los cuales se suspende un término probatorio: uno, el de los feriados, conforme al auto de la Corte Suprema de 29 de abril de 1856; y el otro, por decreto de juez. De modo que con la existencia del artículo 55 reformado, sólo hace falta el estatuir cuándo el juez puede dar esos decretos y quien tiene facultad de pedir la suspensión. ¿Á ambas partes garantizará la ley la facultad de solicitar tal suspensión? Distinguiremos. Respecto del departamental, creemos que ambas partes tienen interés, y por lo tanto, derecho; y respecto del extradepartamental y del extraterritorial, pensamos que sólo puede tener un interés legítimo para suspender un término el que pidió ese término, y el que, sin pedirlo, está rindiendo prueba en los lugares respectivos.

Como corolario de las ideas que preceden, podrían redactarse los dos artículos que siguen:

"ART. 285. Podrá pedir suspensión del término departamental cualquiera de las partes, y del extradepartamental ó del extraterritorial, sólo el que lo solicitó ó el que está rindiendo prueba durante dicho término".

Nótese la diferencia de casos en la parte final del artículo. El que solicitó uno de los dos términos, puede no estar rindiendo prueba, y sin embargo tiene interés legítimo, por cuanto él dió vida ó existencia á dichos términos. Por la inversa, el que está rindiendo prueba, puede no haber solicitado el término; pero el hecho de la rendición lo acredita para solicitar suspensión; tiene un interés real.

"ART. 285, *a.* El juez *decretará* la suspensión de un término probatorio cuando el que, teniendo derecho para pedirla, estuviere imposibilitado para rendir su prueba por algún obstáculo cuya remoción no esté á su alcance ó no dependa de su voluntad.

"Cuando decretare la suspensión, indicará la causa que la motiva y el tiempo de su duración".

En el 2.º inciso reproducimos la misma idea del 2.º inciso del artículo 271 del Código Español, en cuanto á la expresión de la causa.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Aunque nuestros jueces son parcos en decretar suspensión, pudiera ser que les diera por el abuso en que incurrieron los antiguos tribunales de España, en otorgar suspensiones para no fallar nunca y cuyo abuso dió origen al recordado inciso 2.º del Código citado.

Pasemos al estudio del artículo 286. La primera parte de este artículo no se comprende con la regla contenida en el artículo 278 del Proyecto. Si el término departamental no ha concluido por razón de la suspensión ó por otra causa, es evidente, como la luz del mediodía, que no puede tener principio el extradepartamental ó extraordinario para otro departamento; porque éste sólo corre á continuación del departamental ú ordinario, como lo dice el artículo 278.

La segunda parte se comprende con la regla que da el Proyecto de correr juntos el ordinario y el extraordinario fuera del país, pero no se comprende con la regla del 278 si á la voz "extraordinario" le damos el sentido legal del artículo 269 del Proyecto, relativo á otro departamento de la República.

Pero, si con dicha voz "extraordinario" se significa el término extranjero, entonces sí que se explican la primera y la segunda parte del artículo 286.

La reforma ha quitado de los plazos extraterritoriales, los plazos departamentales, para regularizar las cosas y no anormalizarlas. En este sentido el artículo 286 es inútil, debería suprimirse; porque los términos departamentales son simultáneos en correr con los extraterritoriales ni con los extradepartamentales. Pero, sí hay simultaneidad en el correr en el caso de los extradepartamentales solos, ó de los extraterritoriales tambien solos.

En este caso, hay conveniencia en conservar el artículo en esta forma:

"ART. 286. Suspendido un término extradepartamental ó uno extraterritorial, no se suspenderán los demás de su especie".

En efecto, antes hemos sentado la regla de que, corriendo uno de los términos extra-departamentales, corrían todos; hoy sentamos la regla de que, suspendido uno, no se suspenden los demás. La razón es porque la causa de suspensión es peculiar

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

á un plazo dado y no común á todos los plazos de su especie. A la causal de suspensión no podemos darle más efecto que el relativo al departamento donde alcanzan sus fuerzas. Lo dicho es aplicable á los términos extraterritoriales.

Si por una causal se suspende el término para La Serena y esa causal no alcanza al departamento de Talca, no vemos razón para que se suspenda el término de Talca.

Artículo 287. Comprende la cuestión de saber desde cuándo se suspende un término, si desde la fecha de la solicitud con cargo, ó desde la fecha del decreto, ó desde la última notificación de dicho decreto. La ley tiene que resolver este punto para evitar perjuicios y miles de cuestiones que surgen de él.

Jueces hemos visto que han dado larga tramitación á escritos de suspensión, ó que se han demorado en proveer, aun no asistiendo á su despacho; y al último, cuando el término ha transcurrido, ponen un *no há lugar;* y si se les apela, ponen también un *no há lugar;* y así con lo demás que pudiera seguir.

Si tomamos como comienzo de la suspensión de un término la fecha de presentación del escrito en que se pide, habremos elegido un elemento incierto, sujeto á controversia; habremos puesto un arma terrible en manos del litigante malicioso ó poco escrupuloso; y habremos dado á la parte, y no al juez, la facultad de suspender, lo que sería contrario al precepto de la ley, que quiere que el término se pueda suspender en virtud de *decreto* judicial.

Lo dicho es aplicable también al cargo que se pone á dichas solicitudes de suspensión. No puede tomarse, como fecha de suspensión, la fecha del cargo; porque entonces sería un ministro de fe, y no el juez, quien suspendería el término; sería en virtud del cargo y no en virtud del decreto.

La causal de suspensión del artículo 287 es el incidente mismo; de modo que en este artículo el término se suspende en virtud de un acto de la parte y no por decreto del juez, el cual sólo viene después de una tramitación que á veces puede retardarse. Este defecto del referido artículo proviene del carácter de incidente que se imprime á la solicitud de suspensión. Quitando la tramitación, desaparece todo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Veamos si es conveniente tramitar tal escrito como un incidente.

El motivo de suspensión puede ser un hecho público y conocido del contendor, como la crece de un río, un temporal, interrupción del tráfico, sitio de una ciudad, naufragio de la embarcación en que venían testigos, etc.; ó puede ser un hecho que sólo conoce el que lo aduce, como enfermedad de un testigo, ocultación de ellos, ó negarse á última hora á concurrir á presencia del juez, etc. En estos casos, según el Proyecto, se oye al contendor; y si éste dice que ignora la causal alegada ó que es inexacta, viene la prueba y la serie de trámites consiguientes, para sacar en limpio en último término que uno de los litigantes faltó á la verdad, y para que el juez diga: se suspende ó no el plazo. Sea que diga "se suspende" ó que diga "no se suspende", ya está conseguido el objeto de la suspensión; porque, aunque ordene que no se suspenda, siempre ha estado suspendido por disponerlo así el artículo 287 del Proyecto, el cual da esa virtud al referido incidente.

De un modo indirecto se consigue la suspensión que se pretende, cuando lo mejor es ir de frente y abandonar estos medios indirectos.

Quitaremos todo trámite á la solicitud de suspensión y obligaremos á los jueces á proveerla *inmediatamente* que se les presente.

Propondríamos el siguiente precepto:

"ART. 287. La solicitud de suspensión se resolverá inmediatamente de presentada y sin ningún trámite.

"La suspensión principiará desde la fecha del decreto que la otorgue".

El primer inciso impone el deber de no tramitar esa clase de peticiones, y de resolverlas inmediatamente y en el mismo día que se presenten. La importancia del asunto y las consecuencias que nacen de tales presentaciones, obligan á tomar un temperamento excepcional, que resguarde todos los derechos.

El segundo inciso es una excepción á la regla del artículo 55 reformado, pero en armonía con el principio que dice que el decreto es el elemento jurídico que produce la suspensión y no la notificación ó el cargo.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Con la prescripción de este artículo 287 de la reforma se evitan los cargos y demoras.

Llegamos á considerar el artículo 288 del Proyecto. Él contiene una excepción referente á la prueba que se rinda en otro departamento en los días del incidente y tomando en cuenta uno por cada sesenta kilómetros; de modo que sólo alcanzan á gozar de este beneficio los departamentos cuya cabecera esté á 60 kilómetros ó más de la del lugar del juicio. El juicio se sigue en Parral. De esta capital á San Carlos hay 35 kilómetros; á Chillán, 58; á Cauquenes, 45; á Linares, 39. Luego, ninguno de estos cuatro departamentos goza del beneficio del inciso 1.º del artículo analizado.

El segundo inciso es relativo al término extraterritorial y á su primera mitad.

Ha ocurrido el siguiente caso. Se sigue juicio en Constitución. Durante el término departamental se rinde prueba en Cauquenes y en Valparaíso. Se pide y se decreta suspensión del término el día sábado, y sólo se notifica una parte y no la que está rindiendo la prueba aludida. Ésta se rinde en aquellas dos ciudades el sábado y el lunes.

Pues bien, esta prueba sería nula por estar rendida fuera de tiempo; pero, como se ve, no ha podido la parte hacer que no se produzca esa prueba, por cuanto no conocía la existencia del decreto suspensivo.

Inspirados en el mismo sentimiento del Proyecto, no nos parece justo anular esa prueba, que sólo carece del tiempo y no de ninguno de los demás elementos de validez. No diremos de un modo tan general como el Proyecto que tal prueba es válida, sino que limitaremos el punto de la validez á tales ó cuales dias y á tal ó cual prueba, con el fin de resguardar la buena fe contra los asaltos de la mala fe.

El artículo podría quedar así, descartando el elemento incidente, que queda suprimido en el artículo 287:

"ART. 288. La *suspensión* no invalida la prueba rendida fuera del lugar del juicio y durante el día del decreto de suspensión y siguientes hasta inclusive el posterior á la notificación del que la rinde".

Este inciso encierra la prueba de otro departamento y de

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

otro país. Limitamos los efectos de la suspensión en lo relativo al día del decreto y al siguiente del de la notificación. En este espacio de tiempo hay oportunidad de poner un telegrama avisando que no se rinda prueba.

Una mayor amplitud que se diera á la regla del artículo anterior, sería injusticia.

Pasemos al examen de los artículos del Proyecto, que deben incluirse en esta sección: 264, 265, 289, 261, 262, 263, 266, 260.

"ART. 264. Salvo el caso del inciso 2.º del artículo 251, es apelable el auto en que el Tribunal explícita ó implícitamente admite ó deniega el trámite de prueba.

"El auto en que se ordena la práctica de alguna diligencia probatoria es inapelable".

"ART. 265. Durante los tres primeros días del término probatorio, se entregarán los autos al demandante; y durante los tres siguientes, al demandado.

"Si el término de prueba no llegare á doce días, ó si en el juicio litigaren separadamente dos ó más demandantes ó dos ó más demandados, el Tribunal señalará prudencialmente los días que cada parte pueda tener los autos en su poder".

TÍTULO IX.—De los medios de prueba en particular

PÁRRAFO PRIMERO.—Disposición general.

"ART. 289. Los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios son:

Instrumentos;

Testigos;

Confesión en juicio;

Juramento deferido;

Inspección personal del tribunal;

Juicio ó reconocimiento de peritos".

"ART. 261. Las diligencias de prueba sólo podrán practicarse dentro del término probatorio, salvo las excepciones establecidas por la ley.

"Con todo, las diligencias iniciadas en tiempo hábil y que hubieren dejado de evacuarse oportunamente por impedimen-

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

tos cuya remoción no hubiere estado en manos del interesado, podrán practicarse dentro de un nuevo término que el tribunal señalará por una sola vez para ese exclusivo objeto».

«ART. 262. Toda diligencia probatoria ha de practicarse, previo decreto del tribunal que conoce en la causa y citación de la parte contraria.

«La confesión judicial y el reconocimiento de firma, de libros ó de papeles del litigante deberán practicarse acto continuo de la notificación, si así lo dispusiere el tribunal».

«ART. 263. En los tribunales colegiados podrán practicarse las diligencias probatorias ante uno solo de sus ministros».

«ART. 266. Para la prueba de cada parte deberá formarse pieza por separado».

«ART. 260. No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, es admisible la ampliación de la prueba cuando, dentro del término probatorio, ocurre algún hecho sustancialmente relacionado con el asunto que se ventila, ó cuando, habiendo ocurrido antes, la parte que lo aduce jura que sólo entonces ha llegado á su conocimiento.

«Del escrito de ampliación se dará traslado por tres días al colitigante, el cual podrá también alegar nuevos hechos si lo creyere conveniente.

«Lo dicho se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79».

El artículo 264 legisla un punto relativo al recurso de apelación. Este particular está ya tratado en el artículo 176 reformado. Creemos que debe suprimirse el artículo 264 para no repetir preceptos ya dados.

Pero no es esto lo único que tenemos que observar en este artículo. En buen castellano dispone que no es apelable el caso del inciso 2.º del artículo 251, y que lo es el en que se recibe ó no se recibe la causa á prueba; tampoco es apelable el decreto que admite una diligencia probatoria. En este artículo se dice «auto» por «decreto». El artículo 275 del Código Español, que trata de la misma materia, dice «providencia» en vez de «auto», y es más concreto que el del Proyecto. El artículo español dice: La providencia que niegue una diligencia probatoria es apelable en ambos efectos, la que la admita es inapelable.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El del Proyecto no comprende el caso de no otorgarse una diligencia probatoria, ni dice que los casos apelables sean en uno ó en ambos efectos. Es más incompleto que el artículo español.

Aquello de implícito ó de explícito es distinción sin objeto y redundante; aquello de "ordenar la práctica de" suena un poco mal, bien pudiera suprimirse "la práctica de" y quedar un español más galano y correcto.

El artículo 265 trata de la entrega de los autos ó del proceso para formar interrogatorios. Tal trámite es incompatible con nuestro sistema, que no admite tales interrogatorios y los cuales quedan irrevocablemente fijados por las partes ó por el juez en la audiencia para prueba. Las preguntas que deberían contener los interrogatorios, se consignan en el acta de la referida audiencia. Por consiguiente, no admitimos este artículo, que invierte seis días en preparar interrogatorios y que bien pudiera suceder que siendo muchos los demandados, éstos invirtieran todo el tiempo en formar interrogatorios. No es esto lo de menos. La devolución, que en raros casos será voluntaria, dará margen á presentaciones y á incidentes que muchas veces alargarán el pleito más de lo que se creía. Todo lo cual se evita en nuestro sistema de audiencia y con la consiguiente supresión del recordado artículo 265.

Llegamos al título y epígrafe, al párrafo y epígrafe, antes transcritos; deben suprimirse; pasemos al artículo 289 y analicémoslo.

Veamos la frase "medios de prueba".

"*Medio*", sustantivo, significa, entre otras cosas, "el centro de algo; la diligencia ó acción conveniente, la precaución ó medida adoptada, de que se echa mano para conseguir un fin".

"*Prueba*" es *averiguamiento* que se faze en juyzio, en razón de alguna cosa que es dubdosa". Ley 1.ª, título XIV, Partida 3.ª — "Es el *medio* con que se muestra ó hace patente la verdad ó falsedad de alguna cosa".

Según lo expuesto, decir "medios de prueba" es una frase pleonástica en la idea; debe decirse "especies de prueba" ó bien "medios probatorios", "medios para atestiguar, certificar un hecho", etc.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

La demostración de la verdad de un hecho puede hacerse de *dos modos* únicos y generales: ó *por el testimonio de los litigantes*, dado en forma de reconocimiento (respuesta sin juramento), de confesión (respuesta bajo juramento), de juramento decisorio (respuesta bajo juramento que decide el pleito), de instrumentos públicos ó privados (reconocimientos ó aserciones hechas por escrito ante funcionario competente ó no); ó *por el testimonio de los demás hombres*, sean estos jueces (cuyo testimonio se denomina inspección judicial), sean peritos (cuyo testimonio se llama operación pericial ó reconocimiento de peritos), sean simples particulares (cuyo testimonio se nombra declaración de testigos ó simplemente declaración).

La *presunción* es un hecho que se deduce necesariamente de ciertos antecedentes ó circunstancias conocidas. Artículo 47 del Código Civil. De modo que primero hay que probar los antecedentes, y después y de ellos se deduce el hecho. La presunción es sacada por la ley ó por el juez, no por las partes de un juicio. Esta es la razón por la cual no se pone la presunción entre los medios que las partes pueden acumular en un juicio para acreditar los hechos concernientes.

La ley 8.ª, título XIV, Partida 3.ª enumera las presunciones entre las clases de prueba; el artículo 1689 del Código Civil también las enumera y dice así: "Incumbe probar las obligaciones ó su extinción al que alega aquéllas ó ésta.

"Las pruebas consisten en instrumentos públicos ó privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido é inspección personal del juez".

El artículo 279 del Código Español no las enumera, y dice así: "Los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios son:

"1.º Documentos públicos y solemnes.
"2.º Documentos privados.
"3.º Correspondencia.
"4.º Confesión en juicio.
"5.º Juicio de peritos.
"6.º Reconocimiento judicial.
"7.º Testigos".

Aunque en la ley española se emplea la misma redacción

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

que en el Proyecto, siempre sostenemos nuestros raciocinios anteriores. El pleonasmo se prueba poniendo en vez de la frase criticada: «Los medios de prueba» las palabras «Las pruebas». Con tal sustitución se ve más pura la proposición y más limpia la idea, y el sentido no se altera. Luego «los medios» está de más.

El Proyecto enumera seis clases de prueba y el artículo español siete. Más adelante diremos algo sobre el nombre que se da á cada especie de prueba y explicaremos cómo una se puede refundir en otra. Por ahora nos bastará observar que ni el Proyecto ni el Código Español admiten las presunciones; y que nuestro sistema tampoco las admite, porque no es prueba que traen los litigantes, ni ellos la usan.

El Proyecto, bajo el nombre de «instrumento», comprende tres categorías del artículo español, la 1.ª, 2.ª y 3.ª Y dicho artículo, bajo el nombre de «confesión en juicio» comprende dos categorías del Proyecto, «la confesión» y «el juramento deferido».

Este modo de generalizar las ideas nos ha alentado para dar á nuestro sistema una forma resueltamente científica. Las dos grandes divisiones de las pruebas, basadas en los que las producen, se han distribuído en *cuatro categorías*, cuyos nombres el uso ha consagrado sin una regla fija, pero que los respetaremos Para nosotros, las pruebas son de *cuatro clases:* 1.ª, *Instrumentos;* 2.ª, *Confesiones;* 3.ª, *Testigos;* 4.ª, *Inspecciones.*

Ya podríamos dar forma al artículo que deberá reemplazar al del Proyecto.

«ART. 289. *Las pruebas* con que un litigante podrá demostrar la verdad ó falsedad de los hechos de su juicio, son, ó *aserciones* de su *contender*, ó aserciones de los *demás hombres.*

«*La forma* como se presentan y *sus nombres* son:

«1.º *Instrumentos.*

«2.º *Confesiones.*

«3.º *Testigos.*

«4.º *Inspecciones*».

La redacción abstracta, sin imputar á determinada persona las acciones que se legislan, ha sido desterrada de la reforma y por eso no hemos seguido la redacción del Proyecto ni la redacción española.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

En la que proponemos, todo es determinado, concreto: «la prueba», «el litigante», «la verdad», «la falsedad», «los hechos», «el juicio», «aserciones».

En la 1.ª categoría de la reforma está exactamente la 1.ª del Proyecto; en la 2.ª de la reforma, las 3.ª y 4.ª del Proyecto; en la 3.ª de aquélla, la 2.ª del Proyecto; y en la 4.ª de la reforma, las 5.ª y 6.ª de éste. Tal es la correspondencia de ideas; más adelante veremos la razón que hemos tenido para hacer esta reducción de especies de prueba y el por qué se comprenden bajo un nombre común.

Pasemos al artículo 261 del Proyecto. Aquí ya es oportunidad de tratar de él y de los que le siguen.

El inciso 1.º del 261 contiene una regla general, relativa á las «*diligencias*» y no á *los demás elementos* de las pruebas en general; también consigna las excepciones á la regla. El 2.º inciso enumera asimismo una excepción al principio general respecto de *diligencias* iniciadas en tiempo y consumadas ó terminadas fuera de tiempo.

La generalidad que usa el Proyecto, es muy grande en su forma externa. En efecto, si simplemente consignamos las excepciones del inciso 1.º, dejaremos en descubierto el falso ropaje del precepto y aparecerá destruída la referida generalidad.

Una *prueba instrumental* puede presentarse en cualquier estado del juicio, artículo 294 del Proyecto. La *confesión en juicio* puede practicarse en cualquier estado, artículo 334. El *juramento decisorio* lo mismo, artículo 355. La *inspección personal del tribunal* lo mismo, artículo 360. El *juicio ó reconocimiento de peritos* en igual caso, artículo 364.

Todas estas son excepciones del inciso 1.º En términos concretos, la regla sólo rige con la prueba de testigos; las otras cinco clases son sus excepciones. No es, pues, exacto que el precepto se refiera á toda diligencia de prueba, á las seis clases de ella. La generalidad del inciso 1.º analizado queda reducida á comprender sólo la prueba de testigos, una clase. Pero, ni aun reduciendo la extensión del precepto del artículo 261 á la prueba testimonial, podría conservarse su redacción. Él habla de *diligencia* que pueda practicarse dentro del término. Si se *pide* que se examinen testigos antes del término de prueba, y antes

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

de que éste corra se cita á la contra-parte, la prueba sería válida con tal que la declaración se practicase dentro del término porque la *diligencia* es la declaración. Y cayendo ésta dentro del término, la prueba sería válida; pues esta circunstancia es lo único que requiere el citado artículo 261. Pero, en realidad, no basta que la diligencia se evacue dentro del término; es preciso que *todos los requisitos* exigidos por la ley respecto á la prueba testimonial, se realicen también por regla general dentro del término. Esta es la verdadera doctrina legal vigente.

En cuanto á las demás clases de prueba debemos también decir en qué tiempo es *oportuna* su presentación y cuándo es *inútil* rendirla; ya que las demás clases y la testimonial exigen por naturaleza diversas condiciones de validez.

Contemplemos la implantación de nuestro sistema en la vida práctica de nuestros Tribunales, á fin de fijar el precepto legal.

En el acta de la audiencia para prueba se forman los interrogatorios para el examen de testigos y se recibe la causa á prueba de testigos. Sólo corre el término al día siguiente; y si no está presente la parte contraria ó ninguna, corre (el término) desde el siguiente día á la última notificación. De modo que tenemos la *petición* de prueba, el *decreto* que la ordena y la *citación previa*, antes que principie á correr el término. Durante él sólo va á tener lugar el *examen y presentación* del testigo. Lo esencial en esta clase de prueba es *la declaración*. Con la voz «diligencia» bien pudieran algunos comprender lo relativo á todas las solemnidades: al decreto, á la citación, al juramento y al examen ante funcionario competente. Por consiguiente, nosotros no usaremos esa voz; y sólo exigiremos que la declaración de los testigos tenga lugar dentro del término probatorio, y que *toda petición* referente á prueba debe llevarse á efecto con citación previa y en virtud de decreto que la ordene, menos la que exista en la audiencia para prueba.

En cuanto á las demás pruebas, debe fijarse un tiempo en que se puedan pedir, y el tiempo hasta el cual se deban presentar; de tal modo que, antes del primer tiempo y después del segundo, sea ineficaz cualquiera prueba que se rinda ó se agregue á los autos.

Este es nuestro sistema.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Consecuente con lo dicho, podríamos proponer los siguientes preceptos:

"ART. 261. Para que *sea válida* una prueba de *testigos*, sólo se requiere que su declaración legal se verifique dentro del término de prueba, menos en el caso del artículo 215.

"Toda *petición* que se haga *dentro de* este término, referente á esta clase de prueba, deberá llevarse á efecto en virtud de *decreto especial* y *previa citación contraria*.

"Una Corte ó Sala podrá ordenar que declaren *válidamente* testigos *fuera del término* probatorio y *dentro del plazo* que ella designe. En este caso se aplicará lo dispuesto en los dos incisos precedentes."

"ART. 261, *a*. Las *demás pruebas* podrán *pedirse* y *presentarse desde* que *se notifique* la demanda *hasta* que *cause ejecutoria* la *citación para sentencia* en primera ó en segunda instancia.

"Pedidas ó presentadas fuera de este término, son nulas; menos cuando una *Corte* ó Sala las crea dignas de fe, previa declaración sobre este punto ó cuando *la ley* determine otra cosa.

"Los documentos presentados con la demanda ó pedidos en ella se entenderán pedidos y presentados en tiempo hábil, con tal que, respecto de los pedidos, se presenten en el término del inciso 1.º"

Comparemos el artículo 261 del Proyecto con el 261 y 261, *a*, de la reforma. En estos dos artículos se mira la validez de las distintas especies de prueba bajo el punto de vista del *tiempo*. Juzgamos la validez ó ineficacia de la prueba tomando en consideración el elemento del *tiempo* únicamente, y no los *demás elementos de validez*.

En el primer artículo se determina cuándo puede rendirse la prueba de testigos y la excepción del artículo 215, lo que debe hacerse con las presentaciones que se hagan durante el término de prueba y que sean referentes á ella, y por último, se da una facultad discrecional á las Cortes de Justicia ó á sus respectivas Salas.

Confiamos en estos altos Tribunales y nos hacemos eco de la aspiración de la Comisión Revisora, que quería lo mismo que hoy preceptuamos para las Cortes en orden á la facultad discrecional indicada.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Las Cortes ó Salas, como grandes jurados, quitarán en muchos casos las asperezas del rigorismo de la ley, que es ciego y fatal. Esos hombres, avezados en administrar justicia y encanecidos á veces con la intensidad del trabajo, que pide elementos al talento y contribución á la inteligencia, sabrán elegir los casos en que la justicia brille y en los cuales deban ejercer la gran facultad de que los investimos.

En el segundo artículo se dice cuándo puede rendirse la demás prueba, se fija el tiempo preciso de su existencia válida, y el caso de excepción á la regla general. Este caso es el referente á la facultad discrecional de las Cortes ó Salas, el consignado en los artículos 209 y 211 de la reforma, y la *presunción legal* referente á los documentos presentados ó pedidos en la demanda.

En el artículo 261, *a*, se refunden los artículos 294, 334, 355, 360 y 364 del Proyecto. En vez de las reglas especiales que ellos contienen, reglas vagas, inciertas y que son expuestas á injusticias, presentamos un precepto único, general, encerrado en límites fijos y claros.

El artículo 261 del Proyecto admite la práctica que hoy existe en nuestros Tribunales de juramentar testigos dentro del término (diligencia iniciada en tiempo hábil) y examinarlos después para que den su declaración (operación que se practica en el nuevo término que se señala). De esta práctica se ha abusado tanto que conviene extirparla. El artículo 276 del Código Español prohibe expresamente dicha costumbre. Nosotros no la admitimos, aunque nada decimos expresamente. El artículo 261 de la reforma sólo admite como válidas las declaraciones dentro del termino; luego, toda declaración fuera de término es nula, y con esta regla queda destruída la práctica, hoy vigente, de juramentar testigos en el término, y examinarlos después de vencido.

Si se pide exhortos, notificación de testigos, certificados, prórroga, etc., se tiene que obtener un decreto especial, y antes de practicar estas diligencias hay necesidad de citar á la contraria. Todo esto está prescrito en el inciso 2.° del artículo 261 de la reforma.

El caso del inciso 2.° del artículo del Proyecto es referente á los jueces de primera y á los de segunda instancia; en él se da

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

una facultad muy enorme á los jueces. Nosotros sólo reservamos esa facultad á las Cortes ó Salas en el inciso 3.º del 261 y en el 2.º del 261, *a*.

En la primera parte del artículo 289 hemos fijado la *esencia interna* de toda prueba; en la segunda parte la *forma externa* de esa misma esencia. En el artículo 261 y 261, *a*, se trata de la *manifestación válida* de esa forma externa *por razón del tiempo* en que se desarrolla, y se da una facultad á las partes. En los artículos 218 y 249, *b*, se impone un deber. El caso del artículo 218 cae fuera del tiempo comprendido en el inciso 1.º del 261, *a*, y por eso se presume acaecido durante él, á fin de evitar una petición, para agregar lo agregado ó lo pedido. El caso del artículo 249, *b*, cae dentro de la duración mencionada en el dicho inciso 1.º, y por eso no necesita que se comprenda en la presunción del inciso 3.º del artículo 261, *a*.

Llegamos al análisis del artículo 262 del Proyecto. Él dispone que toda diligencia probatoria ha de hacerse previo decreto y citación contraria. El artículo 278 del Código Español sólo requiere previa citación y subentiende el decreto.

Una cosa es *la prueba* y otra la *diligencia probatoria;* á veces se confundirán las dos cosas, de modo que pueda dársele indistintamente el mismo nombre. Cuando pedimos copia de un documento, la *prueba* es el *instrumento* y la *diligencia* probatoria es la *copia* de él.

La naturaleza de los hechos muestra que, para los ya consumados, es inútil la orden de hacerlos, por cuanto están hechos; y que es inoficiosa la citación previa á su consumación, por cuanto ya están verificados. Los hechos por suceder sí que admiten el mandato que ordena su existencia y la citación del contendor antes de que principien á existir, á fin de que pueda vigilar su nacimiento ó formación. Pero de nada servirían la orden y la citación con antelación á la existencia de la prueba, si ésta no se llevara á efecto en la forma especial que determina la ley. Como consecuencia de lo dicho, se deduce que son *tres* los elementos necesarios que deben existir para dar eficacia á una prueba por verificarse.

Propondríamos el siguiente precepto:

«ART. 262. Para que sea *válida* una diligencia probatoria,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

por hacerse, del artículo anterior; se ha de practicar en virtud de *decreto* del juez de la causa que la ordene expresamente, *previa notificación* de la contraria y *en la forma especial* que la ley determine.

"La prueba instrumental que se presentare *en forma legal*, sólo requiere para su validez en el juicio, que se la *notifique* inmediatamente á la contraria".

Tanto el artículo 261 y el 261, *a*, como el 262 de la reforma, prescriben ó reglan el elemento de la validez de las distintas clases de prueba. El Proyecto no consigna esta idea, ni indirectamente siquiera.

El artículo anterior es un complemento del 261, *a*. En él no hay necesidad de decir decreto previo, porque *lo es por naturaleza ó por necesidad*. Decimos "notificación" en lugar de "citación", porque notificación es la operación que se practica y es la que traducimos en la ley. El 2.º inciso consigna una excepción de importancia en beneficio de una buena práctica.

La redacción del Proyecto es expuesta á dudas. Dice "previo decreto... y citación". ¿Basta que el decreto sea el solo previo, y que después venga la citación? Sí, según el Proyecto; nó, según nuestro modo de pensar. Ejemplo: se pide un certificado y el juez decreta "téngase presente"; se le saca y después se notifica la diligencia. Así hemos cumplido con lo prescrito en el Proyecto; porque existen el decreto previo y la notificación. Se dirá que el decreto no la ordena y que por lo tanto no ha podido practicarse válidamente. Luego, con tal argumento se reconoce implícitamente que no basta el decreto previo y que es necesario que él *ordene expresamente* la diligencia. Se dirá también que la citación debe ser previa y no posterior; porque la ley quiere que el contendor vigile la facción de la prueba, y no que se le manifieste después de confeccionada. Luego, esto demuestra que no basta la simple citación, debe ser previa y no posterior ni coexistente.

El inciso 2.º del artículo del Proyecto no es una excepción á la regla del 1.º; porque en el caso contemplado en dicho inciso siempre es previo el decreto y la notificación. Su lugar ó colocación está en la *sección de la confesión;* por eso no lo consignamos aquí en el artículo de la reforma.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

El 2.º inciso del artículo reformado consigna el caso de una diligencia instrumental perfecta; no admite ni el decreto ni la notificación previos; basta la *notificación posterior;* es lo que interesa á la contraria.

En el artículo 263 del Proyecto se dice en forma abstracta que se podrá practicar una diligencia probatoria ante un miembro de un tribunal colegiado, es decir, ante un Ministro de Sala ó de Corte. En lugar de ese precepto facultativo, y en forma genérica, impondremos una obligación cierta á determinado funcionario. Lo que incumbe al juez en la prueba en primera instancia, debe dejarse al Ministro *tramitante* en segunda instancia.

Podríamos redactar el artículo en esta forma para los casos en que hubiera de producirse prueba ante una Corte ó Sala.

"ART. 263. En un Tribunal colegiado la prueba se rendirá ante el Ministro tramitante".

No vemos otro alcance al artículo 266 del Proyecto y al 277 del Código Español, que son iguales: que la prueba testimonial de cada parte vaya separada una de otra y no se vaya mezclando á medida que se vaya tomando.

La frase "pieza separada" no significa expediente separado del principal.

Incorporando la práctica actual, podríamos redactar así el artículo expresado:

"ART. 266. La prueba del demandante irá en un grupo, separadas sus clases, y cada clase por orden de fecha; después irá la prueba del demandado en el mismo orden".

Pasemos al examen del artículo 260. Él trata *de la ampliación de la prueba* en dos casos: 1.º, cuando un hecho sustancial ocurre dentro del término probatorio, y 2.º, cuando ocurre antes y jura después que sólo en la fecha en que jura lo conoció. Al escrito, que también llama *de ampliación*, da el trámite de *traslado.* El contendor podrá alegar nuevos hechos. Todo lo cual es sin perjuicio de los artículos 78 y 79. Tal es el sistema incompleto del Proyecto. En él no se va al fondo de la cuestión, no se dice el tiempo único en que las partes puedan ejercer este derecho, en qué consista éste, ni la tramitación completa de este Incidente, ni su efecto jurídico. Es verdad que en el artículo 80 el Proyecto expresa en general los efectos de todo incidente;

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

pero, como lo que manda en ese artículo, está siempre sujeto á la apreciación del juez, se sigue que nada de cierto se otorga á las partes, que son las únicas interesadas.

Entremos en el desarrollo de nuestro pensamiento. De lo que se trata en el presente caso, es de la agregación de hechos nuevos al número de los consignados en el acta de la *audiencia para prueba*. Esta es la esencia de las cosas; todo lo que sigue ó puede seguir, es una consecuencia del hecho fundamental de dicha agregación. La ampliación de hechos exige petición de ampliación, exige nueva prueba ó ampliación de prueba.

El artículo 260 del Código Español y el artículo 24 de la ley patria de 15 de octubre de 1856 consignan este punto y lo llaman de *ampliación*. El Proyecto exige que el hecho, materia de la ampliación sea "sustancialmente relacionado"; la ley española, que "tenga relación"; y la ley patria, que sea "conducente".

Para nosotros, las únicas condiciones que deben acompañar á los hechos nuevos, son: 1.ª, que sean *esencialmente relacionados* con el juicio; y 2.ª, que sean *influyentes* en el resultado final de él.

De nada serviría el que un hecho estuviera sustancialmente relacionado ó que fuera muy concerniente, si no influyera en el resultado del juicio. No tomamos en cuenta la época en que el hecho nuevo llega á conocimiento del que lo aduce; poco importa el que dicho conocimiento ocurra antes, ó durante el término probatorio; el conocimiento es un fenómeno interno del litigante, no sujeto á la inspección de nadie; por cuya razón no debe él figurar como base de una disposición legal. El juramento no es una valla en los hombres de mala fe, es una traba ineficaz; y en los hombres de buena fe es una garantía de más; tal vez sin él se llegaría al mismo resultado. En virtud de lo relacionado, no tomaremos, como elementos de la disposición legal, el conocimiento ni el juramento.

El artículo 260 fue objeto de diversas apreciaciones en el seno de la Comisión Revisora y fue largamente discutido. Nosotros reconocemos que se puede abusar de él; pero ¿de qué no se abusa? De todos modos, el principio de agregación es reconocido como una garantía para la buena fe.

¿Qué tramitación daremos á la petición de agregación? Será

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

el de incidente ó el de audiencia? Para que guarde armonía con el sistema ya implantado en la fijación de los hechos de prueba, creemos que la agregación de los nuevos hechos debe verificarse en audiencia; por cuanto se trata de fijar hechos para prueba, poco importa que tal operación ocurra antes del término ó durante él.

El precepto podría redactarse así:

"ART. 260. Las partes podrán aducir hechos nuevos durante el término probatorio, con tal que sean sustancialmente relacionados con el asunto principal e influyan en su resultado final.

"Presentado el escrito de inclusión, el juez citará para el despacho del siguiente día hábil á la última notificación.

"En esta audiencia se observará lo dispuesto en el artículo 250, *b*, en lo que fuere pertinente y en el 250, *ch*.

"El término probatorio se suspenderá de hecho, desde que se provea el escrito de inclusión; y principiará á correr, desde que cause ejecutoria la fijación que se haga en dicha audiencia".

En el inciso 1.º se fija el derecho de las partes y la extensión de ese derecho. En el 2.º, la providencia que debe ponerse en la solicitud. En el 3.º, lo que se puede y debe hacer en la audiencia. En ella no sería pertinente modificar la demanda ó la contestación. En el 4.º, se dice el efecto jurídico, cuándo principia y cuándo concluye. Se dice ejecutoria, para marchar sobre un pie firme y seguro: más vale demorarse un poquito y no tener que retroceder.

El que un hecho se declare implícitamente influyente con la admisión ó el que se declare directamente diciéndolo, no es prejuzgar la cuestión; porque la declaración general de influyente no determina el sentido en que influya, si en favor, ó en contra, ni en qué intensidad.

Ya hemos llegado al examen del párrafo 8.º del Proyecto; copiemos sus disposiciones, que están en tres artículos.

PÁRRAFO 8.º—De la apreciación comparativa de los medios de prueba

Esto debe suprimirse en la reforma; porque hacemos desaparecer este título y párrafo y lo intercalamos entre varias reglas generales

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

"ART. 380. Salvo las presunciones de derecho, el juramento deferido prevalece sobre todas las demás pruebas".

"ART. 381. Entre otras dos ó más pruebas contradictorias y á falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán lo que crean más conforme con la verdad".

"ART. 382. Puede invalidarse con prueba testimonial una escritura pública cuando por medio de cinco testigos que reunan las condiciones expresadas en la regla 2.ª del artículo 333 se acredita que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento ó el escribano ó alguno de los testigos instrumentales había fallecido con anterioridad ó se encontraba fuera del país el día del otorgamiento y los setenta siguientes.

"Esta prueba, sin embargo, queda sujeta á la calificación del tribunal, quien la apreciará según las reglas de la sana crítica

"La disposición de este artículo se limita á la verdad de la escritura misma; y no es aplicable á la impugnación de las declaraciones que se contengan en una escritura pública realmente firmada por los otorgantes, el escribano y los testigos".

Tal es el sistema de apreciación que nos da la Comisión Revisora del 75.

Por el artículo 380 sacamos en limpio que la presunción de derecho es la primera escala, el juramento deferido la segunda. El artículo 381 establece como regla la voluntad del juez. El artículo 382 admite que cinco testigos puedan invalidar una *escritura* pública; pero sujeta la prueba á la voluntad del juez en el inciso 2.º y la circunscribe á una materia dada en el inciso 3.º, á la *verdad* de ella, mas no á sus *declaraciones*.

De los artículos 380 y 381 conviene formar uno solo; y en él es útil establecer una escala gradual del valor de una prueba, comparada con otra.

Debemos suponer el caso de varias clases de pruebas, todas perfectas, y rendidas unas por una parte y otras producidas por la otra. ¿Cuál se preferirá á cuál? ó bien ¿cuál prevalecerá sobre tal otra?

No se puede dar una regla absoluta; pero se puede sentar un principio general, el cual puede ser alterado por el juez en casos excepcionales.

El juramento deferido como dice el Proyecto ó la confesión

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

decisoria, como dice la reforma, es un *elemento* que perfecciona una *transacción*, que al fin y al cabo celebran las partes por medio de un convenio simulado. *Tal confesión*, que importa el perfeccionamiento de una *trausacción*, debe prevalecer sobre toda prueba; aún sobre una sentencia dada, porque la voluntad de las partes es la ley soberana en materia de esta naturaleza. Cada cual es dueño de disponer como quiera de lo que le pertenece; de modo que, si yo tengo una sentencia á mi favor, estoy en mi perfecto derecho si renuncio á ella Tenemos entonces que por la derivación lógica de las ideas y por la naturaleza misma de la confesión decisoria, ésta es la primera prueba ó la prueba sobre todas las pruebas.

Este mismo carácter de preferencia le da el inciso 2.º del artículo 294 del Código Español.

El sistema desarrollado en el artículo 380 del Proyecto, es contrario á lo natural y contra lo que ha dicho más adelante. En efecto, en este artículo admite las presunciones como prueba y no las enumera en el artículo 289.

En el Código de Enjuiciamiento sólo trata de las pruebas rendidas por las partes; no es materia de su incumbencia la prueba que da la ley en las presunciones *legales ó de derecho*, ni las que presenta el juez en las presunciones *judiciales*. Sobre este punto no hay que legislar, ni hay que repetir lo que ya está dicho en el artículo 47 del Código Civil. En él se dice que la presunción de derecho es superior á toda prueba, porque contra ella no se admite ninguna otra. Respecto de la legal se admite toda prueba para destruir la existencia del hecho de que se deduce. Si se consigue esto, se consigue destruir la presunción misma.

Según el artículo 348 del Proyecto la confesión decisoria ó el juramento deferido sólo existe á falta de *toda otra* prueba. Si éste es el sistema del Proyecto, preguntamos, ¿con qué prueba se le compararía cuando no hay otra? Es evidente que no puede haber otra clase de prueba por parte *de quien solicita* la confesión decisoria; porque, si tuviera esa otra clase, ¿con qué fin solicitaría dicha confesión? Es claro que no habiendo objeto no se pediría. Queda entonces establecido que sólo pide dicha confesión el que no tiene otro elemento probatorio. En cuyo caso

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

la confesión aparecería sola contra toda la prueba de su contendor. Esta prueba contraria es la existente y con la cual hay que comparar la decisoria.

Con lo dicho, ya podríamos redactar el artículo que reemplace al 380 y al 381.

"ART. 380. Entre una *prueba perfecta* de una parte litigante y *otra perfecta* de la contra-parte, se preferirá en este orden: 1.º, la *confesión decisoria;* 2.º, la *confesión;* 3.º, la *inspección* del juez; 4.º, la *instrumental*; 5.º, la testimonial.

"Todo lo cual se entenderá sin perjuicio de lo que dispone el Código Civil y demás Códigos especiales sobre este punto, y sin perjuicio de que, á falta de disposición legal, el juez haga prevalecer la que crea que se acerca más á la verdad según los principios de la *lógica positiva*".

En el inciso 1.º está la regla que valoriza las distintas clases de prueba. En el 2.º van dos excepciones, una referente á las reglas que estén en otros Códigos y que contrarían el precepto del inciso 1.º; y otra referente al caso en que, no existiendo ley que lo resuelva, impera la voluntad del juez, valiéndose de la *verdadera lógica* para ver cuál es la más próxima á la verdad.

El hecho, materia de la prueba testimonial, según el artículo 382, es *el fallecimiento* anterior al otorgamiento y *la ausencia* del país. Este artículo perturba la legislación civil é innova, admitiendo la prueba de testigos sobre el fallecimiento, cuando el artículo 305 del Código Civil indica cómo debe probarse la *muerte*, y el 309 en qué caso único puede admitirse la prueba de testigos.

El Código Civil admite al testigo como supletorio, no como elemento principal; el Proyecto, al revés, lo admite en primer lugar, no como un medio que suple á otra prueba.

Si en el artículo 380 se hubiera querido decir que se acreditase la muerte y la verdad de la fe de defunción, no se expresó tal idea; y si se quiere que tal sea la mente del precepto, habrá que consignarla en términos claros, abandonando la actual redacción; pues conservándose ésta, se correría el riesgo de derogar en este punto el precepto civil citado, sin objeto alguno y debilitando la prueba instrumental con el ensanche de fuerza de la testimonial.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

Parece que el Proyecto, al adoptar el número *cinco* de testigos en el artículo 382, ha hecho este cómputo. El notario es testigo público, vale por *dos*, y *dos* testigos instrumentales con la parte dan *cinco afirmaciones*. Estas se destruyen con las cinco de los cinco testigos y la de la parte, en todas seis.

Los setenta días subsiguientes no les vemos siquiera explicación plausible y entraña su existencia *casos* de verdadera iniquidad. Por ejemplo: Pedro anda en Inglaterra, y á su arribo á Valparaíso se halla con que ha otorgado una donación de un fundo y que hace sólo diez días que se ha verificado el fraude. En este caso no podría invalidar esta escritura; porque no podría probar que estuvo ausente del país el día del otorgamiento y los setenta subsiguientes; cuando más podría probar diez días, que son los únicos transcurridos. Esto es esencialmente injusto.

Don José Bernardo Lira, en sesión del 5 de junio del 76, presentó á sus colegas de Comisión, como tema de discusión, el siguiente artículo sobre la materia en examen:

"ART. 382. Puede invalidarse con prueba testimonial una escritura pública:

"1.º Cuando por medio de tres testigos, que reúnan las condiciones expresadas en la regla 2.ª del artículo 333, se acredita que la parte que se dice haber asistido personalmente al otorgamiento ó el escribano ó alguno de los testigos instrumentales había fallecido con anterioridad ó se encontraba fuera del país el día del otorgamiento y los noventa subsiguientes;

"2.º Cuando el escribano por quien aparece autorizada, siendo de buena fama, declara que él no la autorizó, y la parte interesada no prueba lo contrario;

"3.º Cuando, siendo de mala fama el escribano y la escritura de época reciente, declaran contestes los testigos instrumentales que no son suyas las firmas que aparecen en la matriz.

"Para los efectos de los dos últimos números de este artículo se entiende de buena fama todo escribano público que no hubiere sido condenado ó apercibido por escrito y por abuso en el desempeño de sus funciones ministeriales".

AGUSTÍN BRAVO CISTERNAS

(Continuará)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

SUMARIO GENERAL DEL TOMO SEXTO

SECCIÓN EDITORIAL

Necrología.—Don Jerónimo Díaz Varas, pág. 5.—Don José Manuel Sotomayor del C., pág. 6.—Don Luis Cisternas Moraga, pág. 6.—Don Ramón Murillo, pág. 65.—Don Ramón Domínguez, pág. 67.—Don Paulino Ahumada, pág. 145.—Don Benito Otárola, pág. 145—Don Alejandro Fuenzalida, pág. 353.—Don Ramón Guerrero, página 354.—Don Teodoro Errázuriz, pág. 481.

SECCIÓN TÉCNICA

Derecho Internacional.—Jurisdicción consular, pág. 593

Derecho Civil.—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 patentes de invención, pág. 7.—Tratado sobre ejercicio de profesiones liberales, pág. 10.—Protocolo adicional, pág. 12.—II. Otros documentos sobre el Congreso Sud-Americano de Montevideo de 1889: Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile sobre los trabajos de aquél, pág. 13.—Memoria sobre el Congreso de Derecho Internacional Privado de Montevideo, pág. 14.—Proyecto de la mayoría de la Comisión de Derecho Civil Internacional, pág. 25.—Discurso del plenipotenciario argentino, doctor don Manuel Quintana, miembro informante de la Comisión de Derecho Civil Internacional, págs. 32

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

y 68.—Refutación del discurso precedente del plenipotenciario argentino don Manuel Quintana, pág. 89. — Proyecto de la minoría de la Comisión de Derecho Civil Internacional, pág. 209. — Discurso del Plenipotenciario de Chile don Belisario Prats, en que expone los fundamentos del Proyecto anterior, pág. 215.—III y último: Nota destinada al Ministro de Italia en Chile, en 1882, por el Ministro de Justicia don José Eugenio Vergara, sobre la conveniencia de establecer reglas uniformes en negocios de Derecho Internacional Privado, página 417.—¿Fideicomiso ó usufructo? Estudio de los Proyectos y del Código Civil Chileno sobre estas materias, pág. 147.—De la nulidad y rescisión, explicación del título XX del libro IV del Código Civil, páginas 289 y 355.—De las deducciones de la porción conyugal y de la manera de computarla, pág. 483.—La sociedad formada para la explotación de terrenos salitrales, ¿es civil ó comercial? pág. 490.—Dificultad que nace de una de las correcciones hechas por el Presidente de la República al Proyecto de Código Civil, aprobado por la ley de 14 de diciembre de 1855, pág. 545. — Administración de la comunidad, pág. 563. — Proyecto de ordenanza relativa á los artículos 856 y 857 del Código Civil, pág. 646.

Derecho Mercantil. — Disolución de sociedad mercantil, página 320.

Derecho Constitucional y Administrativo.—Estudio de diversas cuestiones constitucionales de actualidad, pág. 111.— Las loterías públicas ante la ley, y sus precedentes. Necesidad de prohibir su autorización ó, por lo menos, de circunscribirla y reglamentarla, página 172.—¿Afecta á los miembros de las Municipalidades la inhabilidad establecida por el artículo 6.° de la ley electoral? pág. 396.—Los individuos de la policía de aseo ¿tienen ó no derecho á ser inscritos según la ley electoral vigente? pág. 503. — Origen y desarrollo de los cuerpos legislativos, pág. 655.

Enjuiciamiento Civil.—Estudio sobre el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, págs. 57, 138, 206, 253, 333, 401, 453, 519, 567, 613, 660 y 732.—Si en los juicios posesorios debe citarse al querellado, pág. 127. — ¿Puede renunciarse la implicancia? pág. 135.— ¿Puede despacharse mandamiento de ejecución contra un deudor comerciante? pág. 249. — ¿Quién puede interpretar las sentencias? página 329. — Si está derogado, en los juicios de minas, el derecho de tachar á los testigos de la parte contraria. Y si está vigente, ¿cuándo deberán alegarse y oponerse las tachas? pág. 444.—¿Corren los términos judiciales durante el feriado? pág. 513.—Bandos dictados por el

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

general en jefe del ejército de asamblea, pág. 609.—Anotaciones para la reforma de la Ley de 15 de octubre de 1875 sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales, pág. 705.

Derecho Penal.—La pena de muerte en concurrencia con otras, página 185.—La nueva escuela penal italiana, pág. 241.—Prescripción de la reincidencia para los efectos de la ley de 7 de septiembre de 1883, página 325.—Algunas observaciones acerca de la prescripción en materia penal, según la establece nuestro Código, pág. 388.—De la acumulación de los delitos según nuestro Código Penal, pág. 436.

Derecho de Minería.—Denunciada una mina por despueble durante la vigencia del antiguo Código de Minería ¿puede declararse despoblada bajo el imperio del nuevo Código? pág. 232. — Derecho de visita, artículo 64 del Código de Minería, pág. 450. — Derecho de visita, artículo 64 del Código de Minería, pág. 510.—¿Está el minero obligado á desaguar su mina? ¿Á indemnizar los perjuicios causados á las minas inferiores? ¿Puede la autoridad administrativa imponer esas obligaciones en los reglamentos que tiene derecho de dictar? página 641.

Economía Política.—El papel moneda ante la ley civil y comercial, pág. 194.

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Chile, págs. 64, 144, 208, 351 y 640.—Bibliografía de los Códigos Chilenos, pág. 266.—Bibliografía del Código Civil Chileno, pág. 342.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

CUADRO

DE LOS COLABORADORES DEL TOMO SEXTO

Alfonso, don Paulino
Allendes, don Eulogio
Amunátegui R., don Miguel Luis
Barros Méndez, don Luis
Bravo Cisternas, don Agustín
Caro, don Rosendo
Contardo, don Luis Custodio
Costa Pruneda, don David
Correa Bravo, don Agustín
Echeverría y Reyes, don Aníbal
Fabres, don José Clemente
Féliú, don Daniel
Lira, don José Antonio
Latorre, don Enrique C.
Montt, don Lorenzo
Palacios Z., don Carlos A.
Plaza, don Juan de Dios
Prieto, don Arturo E.
Ravest, don José
Rojas, don Floridor
Rodríguez, don Agustín
Rodríguez Rozas, don Zorobabel
Toro Melo, don David
Vera, don Robustiano
Zenteno Barros, don Julio

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO