www.flacsoandes.edu.ec



ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO



Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

BIBLIOTECA NACIONAL
L-38-5N
A-1-62
Quito-Ecuador

ESTUDIOS

SOBRE EL

CÓDIGO CIVIL CHILENO

POR

LUIS F. BORJA

ABOGADO ECUATORIANO, EX-PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD DE QUITO, INDIVIDUO CORRESPONDIENTE DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE MADRID Y DE LA ACADEMIA MEXICANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN CORRESPONDIENTE DE LA REAL DE MADRID.

BIBLIOTECA NACIONAL
QUITO-ECUADOR

TOMO PRIMERO

[TÍTULO PRELIMINAR]

BIBLIOTECA NACIONAL
QUITO - ECUADOR
COLECCION GENERAL
Nº 0400777 AÑO 2000
PRECIO DONACION

PARIS

A. ROGER Y F. CHERNOVIZ

IMPRESORES-EDITORES

7, RUE DES GRANDS AUGUSTINS, 7

—

1901

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PRÓLOGO



Hemos tomado como base de nuestros *Estudios* el Código chileno, porque es la obra original de D. Andrés Bello, que enseñó el español á *todos sus hermanos de las Repúblicas de Sud-América*, y fue el legislador de las mismas naciones.

Si su gramática basta para inmortalizar al filólogo, no inferior á los más eminentes de Alemania, Inglaterra, y Francia; su *Proyecto*, obra de un solo hombre, admira y pasma, no por los profundos conocimientos del autor, sino porque en ella resplandece el más acendrado eclecticismo.

Recórranse los trabajos que precedieron al Código de Napoleón: las mil y mil modificaciones de los proyectos de cada título; las discusiones en el Consejo de Estado y en el Tribunado; los discursos de Portalis, Bigot-Préameneu, Tarrible; las observaciones de la Corte de Casación y demás tribunales....; y se verá que la perfección de aquel Código corresponde á los medios empleados para alcanzarla; que él es un grandioso monumento levantado por la República Francesa y el Primer Cónsul á la Libertad y al Derecho.

D. Andrés Bello no tuvo otra cooperación que la de su imponderable buen sentido; y su *Proyecto* se convirtió en fecunda realidad merced á la ilustrada Nación que supo comprenderlo.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Muy lejos estamos de juzgar que el Código chileno ni se aproxime á la perfección; pues, antes el contrario, tiene gravísimos defectos provenientes, ya de las ideas que predominaban en la República cuando se formó el *Proyecto*: ya de que el *Derecho científico* moderno, que apenas si principiaba á formarse, no era aún ese inmenso foco de luz, que ahora alumbra y guía á todos cuantos no son ciegos voluntarios.

Si la jurisprudencia se reduce, según la profunda expresión de Savigny, al arte de conocer el pensamiento del legislador, y si para conocerlo es necesario atender á la historia fidedigna de la ley; no podemos estudiar el espíritu del Código chileno sin acudir á las fuentes donde bebió el autor del *Proyecto*.

D. Andrés Bello se inspiró principalmente en los Códigos romanos, en las Partidas y la Novísima Recopilación, en el Código de Napoleón, de la Luisiana, de Austria, en el Proyecto de García Goyena.....

Consultó á Pothier, Domat, Merlin, Delvincourt, Kent...

Los prácticos españoles, como Gutiérrez, Hevia Bolaños, Febrero, Escriche, suministraron no escasos materiales para la formación del Proyecto.

Pero el escritor que ejerció en éste mayor influencia fue Savigny. La división misma de las materias comprendidas en los cuatro libros del Código civil, las reglas sobre la computación del tiempo, el título de las personas jurídicas, el de las donaciones:..., son meras reminiscencias de la fecundísima enseñanza del jurisconsulto alemán, el más insigne de todos los de este siglo.

Siendo estos los elementos de que se compone el Código chileno, gravísimo error es pensar que D. Andrés Bello copió el Código de Napoleón. Si en algunas materias, como las servidumbres y los contratos, apenas hay alguna diferencia entre los dos Códigos; difieren ellos esencialmente en el sistema; y el acudir á ciegas al Código de Napoleón y sus expositores para interpretar el Código chileno, es el origen de no pocos desaciertos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Para comprender cuán diferente es el sistema de cada uno de los dos Códigos, basta fijarse en la notabilísima como decisiva circunstancia de que el Código de Napoleón no acepta la tradición entre los modos de adquirir el dominio; mas D. Andrés Bello, siguiendo las leyes romanas y las españolas, declara, y con razón á nuestro ver, que del contrato no nacen sino acciones personales, y que la tradición es la que confiere el dominio.

Al enumerar los elementos que concurrieron á la formación del Código chileno, hemos manifestado lo principal del plan de nuestros *Estudios;* pues nos proponemos comprender en ellos todo cuanto tuvo á la vista el autor del *Proyecto.*

Y no pueden ser más necesarios tales elementos.

Las leyes romanas son y serán siempre la razón escrita. Los profundos estudios que desde el siglo XII se han hecho acerca de ellas, los de Niebuhr y Savigny, que dieron tanta importancia á la *escuela histórica,* los de Jhering y Maynz, demuestran que la jurisprudencia actual se funda en las leyes romanas, y que sin el perfecto conocimiento de los Códigos de Justiniano es de todo punto imposible la recta interpretación del Derecho moderno.

Las leyes españolas arraigaron en nuestras costumbres, y no era posible prescindir de ellas al formar un Código en realidad sud-americano. D. Andrés Bello, lo repetimos, copió muchas disposiciones de las Partidas y de la Novísima Recopilación, y debemos conocerlas.

Casi todas las naciones civilizadas han consultado, cual más, cual menos, el Código de Napoleón al redactar los códigos que hoy las rigen. El Primer Cónsul ejerce, pues, la dominación universal que el Emperador no pudo alcanzar por medio de las armas.

También hemos comprendido en las *concordancias* el Código argentino, compuesto por el célebre jurisconsulto D. Damacio Vélez-Sarsfield; el cual supo aprovechar de muchas disposiciones del Código chileno, y principalmente del proyecto que, para el Brasil, trabajó el no menos célebre jurisconsulto D. A. J. Freitas.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El Código argentino, con las abundantes anotaciones de su autor, es obra cuya utilidad nadie puede desconocer; y muy conveniente, por lo mismo, que el lector se instruya de los artículos análogos ó idénticos á los del Código chileno.

Muy conveniente asímismo conocer las modificaciones que el Código chileno ha experimentado en Colombia, y compararlo con el de la República del Perú.

Entre los códigos publicados en las naciones donde se habla castellano, merecen preferente atención el de España y el de México; y creemos prestar un servicio á los que estudian el Código chileno, extendiendo las concordancias á estos dos códigos.

Nuestros *Estudios*, como se ve, son abundantísimos en *concordancias;* y aunque la copia textual de las respectivas disposiciones exige algunos tomos, hemos resuelto superar la dificultad. No se necesitan grandes esfuerzos para demostrar cuán útil es leer en el acto la ley misma, que es unas veces la historia fidedigna del artículo de cuya interpretación se trata, y otras sirve por lo menos de guía para comprenderlo bien.

Con el mayor aplauso ha recibido el Foro de todas las naciones la importante obra de Saint-Joseph; el cual copiando los respectivos títulos de muchos códigos europeos y americanos, los compara con el Código de Napoleón.

Como juzgamos absolutamente necesario conocer á ciencia cierta las leyes romanas y el Código de Napoleón, hemos incluído el texto original y las respectivas traducciones.

Nos hemos servido, en cuanto á las Pandectas, de la muy buena de Fonseca, y no la alteramos sino cuando, á nuestro ver, hay infidelidad (lo cual es muy raro), ó cuando lo exige el lenguaje moderno.

No nos ha satisfecho ninguna traducción de las Instituciones de Justiniano, y hemos procedido á ese trabajo; sin pretender, empero, que la nuestra sea mejor que las demás.

Si se ha de hablar siempre lisa y llanamente la ver-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dad, todas las traducciones del Código de Napoleón que han llegado á nuestras manos, son detestables. Publicamos la nuestra, en que hemos procurado mayor exactitud.

Denominamos *Referencias* el determinar la mutua relación entre todos los artículos del Código civil. Nuestra larguísima práctica nos enseña cuán conveniente es conocer á primera vista todas las disposiciones sobre cada materia.

Para que las *referencias* fuesen en extremo útiles, era necesario determinar no sólo la mutua relación entre los artículos, sino también la parte de cada uno conexionada con los demás. Por ejemplo, en las *referencias* del art. 15 vemos que el art. 1437 enumera las fuentes de las obligaciones; que los arts. 59 y 62 tratan del domicilio, y que el 304 concierne al estado civil.

Cuando todo el artículo se refiere á otro ú otros, empleamos las palabras : *El artículo.*

Si el estudio de la legislación comparada es absolutamente necesario para interpretar la ley, no lo es menos el del *Derecho científico.*

De ahí que sin omitir ningún esfuerzo lo comprendemos en nuestros *Estudios*, dividiéndolo en dos partes :

1ª. En cada artículo ó cada materia (cuando el artículo abraza dos ó más) determinamos los escritores á quienes puede consultarse. Con el mayor esmero hemos verificado la exactitud de las citas, para que el lector pueda acudir con toda seguridad á los autores; y

2ª. Copia textual ó traducción de sus doctrinas, cuando ellas contribuyen á esclarecer las materias.

La copia de las doctrinas tiene asímismo el inconveniente de exigir, para ser completa, algunos volúmenes. Pero tal obstáculo nada significa, comparado con la utilidad que de ellas reporta el jurisconsulto ó el juez que quiere ilustrarse para sus defensas ó decisiones.

Además, en Sud-América son todavía muy escasas las obras que diariamente deben consultarse. Largos años hemos pasado nosotros antes de obtener la inmejorable

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

traducción francesa de la *grande obra* de Savigny, sobre el Derecho Romano, las buenas ediciones latinas de Grocio y de Bynkershoek, las obras de Kent, Blackstone, Phillimore.....

Nuestros *Estudios* no fueran en realidad completos, á no comprender el Derecho internacional público y privado, en cuanto se relacionen con el Derecho civil. Así, al comentar el art. 14 del Código chileno, hemos tratado de las excepciones, que según la práctica de los Estados y las doctrinas de los publicistas, tiene la regla de que la ley obliga á todos los habitantes de la República con inclusión de los extranjeros.

Cierto que en ello hay innovación; pero ésta, por serlo, no merece censura. La innovación debe examinarse, sin ideas preconcebidas, á la luz de los principios de la ciencia, y ser aceptada si fuere necesaria ó provechosa.

Si las innovaciones hubiesen sido vedadas siempre, no se habrían escrito las obras de Hugo Grocio y de Adam Smith; las cuales transformaron el mundo moderno.

Por otra parte, la innovación está ya comenzada. Compárense las obras de Toullier y Delvincourt, que se limitaron al mero Derecho Civil, con las de Aubry y Rau (anotadores de Zachariae) y con las de Baudry-Lacantinérie; y se verá cuánta extensión tienen en las dos últimas los estudios del Derecho civil.

Por lo mismo que los nuestros son tan vastos, desconfiamos de haberles dado cima; y no los publicamos sino para manifestar que otros jurisconsultos deben emprender en obras fundamentales sobre el Derecho civil de Sud-América.

Tal Derecho es propio nuestro, y hasta ahora no se ha escrito, que sepamos, una obra de *largo aliento* (*); en la cual se examine especialmente todo cuanto nos sea peculiar, aplicándose las doctrinas de los jurisconsultos antiguos y modernos.

(*) Perdónesenos el *galicismo*, por ser muy expresivo.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

En resolución, nos hemos propuesto escribir, no un libro original, sino útil á los que estudien el Derecho civil chileno, esto es, el *Derecho civil sud-americano.*

En un siglo que ha visto las obras de Savigny, Merlin, Jhering, componer una original hubiera sido, lo confesamos, empresa muy superior á nuestras fuerzas.

Merced á la más asidua labor, al estudio de los grandes maestros, á la comparación entre las legislaciones, el jurisconsulto puede acopiar muchos materiales, y construír con ellos un majestuoso edificio, donde se hermanen la solidez con la simetría, la comodidad con la elegancia. Díganlo las obras de Laurent, Demolombe, Colmet de Santerre, Massé, Phillimore, Calvo, Weiss, Pradier-Foderé; dígalo principalmente la Jurisprudencia General de Dalloz, sin cuyo auxilio es muy difícil cualquier trabajo sobre el derecho científico.

Pero las creaciones en jurisprudencia son hoy tan difíciles y tan raras como las portentosas del inmortal Rafael.

Luis F. Borja.

Quito, Agosto 10 *de* 1899.



Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

OBRAS CITADAS EN ESTE PRIMER TOMO

ACCARIAS.—Précis de Droit Romain.
ARNTZ.—Cours de Droit Civil Français.
ASSER.—Éléments de Droit International Privé.
BAUDRY-LACANTINERIE.—Traité théorique et pratique de Droit Civil.
BÉDARRIDE.—Traité du Dol et de la Fraude.
BELLO.—Derecho Internacional.
BERRIAT-SAINT-PRIX.—Notes élémentaires sur le Code Civil.
BLUNTSCHLI.—Le Droit International Codifié (traduit de l'allemand par M. C. Lardy).
BOITARD.—Leçons de Procédure Civile (continuées et complétées par Colmet-Daage).
BONNIER.—Traité théorique et pratique des Preuves.
BOULLENOIS.—Traité de la personnalité et de la réalité des Lois.
BYNKERSHOECK.—De Foro Legatorum.
CALVO.—Le Droit International théorique et pratique (edición de 1896).
COGORDAN.—La Nationalité au point de vue des rapports internationaux.
COLMET DE SANTERRE.—Cours analytique de Code Civil.
CONSTANT.—De l'exécution des Jugements Étrangers.
CHABOT de l'Allier.—Questions transitoires sur le Code Civil.
CHIRONI.—La culpa en el Derecho Civil moderno. (traducción de A. Posada).
D'AGUESSEAU.—Œuvres (edición de Pardessus).
DALLOZ.—Jurisprudence Générale.
DALLOZ-VERGÉ.—Code Civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine.
DELVINCOURT.—Cours de Code Civil.
DEMANTE.—Cours analytique de Code Civil.
DEMOLOMBE.—Cours de Code Napoléon.
DOMAT.—Les Lois Civiles.
DONELLO.—De Iure Civili Comment.
DU CAURROY.—Institutes de Justinien.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

DURANTON.—Cours de Droit Français.
DUVERGIER.—De la Vente.
ESCRICHE.—Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia.
FIORE.—Diritto Internazionale Privato.
" Nouveau Droit International public (traducción de Pradier-Foderé).
" Effetti Internazionali delle Sentenze e degli Atti.
FOELIX.—Traité du droit International privé.
FREITAS.—Código Civil. Esboço.
GARDEN (le Comte de).—Traité complet de Diplomatie.
GAII Institutionum Commentarii Quatuor.
GIBBON.—The History of The decline and fall of the Roman Empire.
GÓMEZ (Antonio).—Variae Resolutiones.
GÓMEZ DE LA SERNA.—Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano.
GROCIO.—De Iure Belli ac Pacis.
GUTIÉRREZ (BENITO).—Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español.
HEFFTER.—Le Droit International de l'Europe (traducción de Bergson).
JHERING.—L'Esprit du Droit Romain (traducción de Meulenaere).
KENT.—Commentaries on American Law.
KLÜBER.—Droit des Gens moderne de l'Europe.
LAINÉ.—Introduction au Droit International privé.
LAURENT.—Principes de Droit Civil.
" Le Droit Civil International. (D. C. I.)
LERMINIER.—Introduction générale à l'Histoire du Droit (I).
" Philosophie du Droit (Ph).
LOCRÉ.—Esprit du Code Napoléon (E).
" La Législation Civile, Commerciale et Criminelle de la France.
MAILHER DE CHASAT.—Traité des Statuts.
MARCADÉ.—Explication théorique et pratique du Code Civil.
MARTENS.—Précis du Droit des Gens (edición de Pinheiro-Ferreira).
MASSÉ.—Le Droit Commercial dans ses rapports avec le Droit des Gens et le Droit Civil.
MAYNZ.—Cours de Droit Romain.
MENOCHIO.—De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis, et Indiciis.
MERLIN.—Recueil Alphabétique des questions de Droit. (Q)
" Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

MOLINA.—De Iustitia et Iure.
MONTESQUIEU.—De l'Esprit des Lois.
NIEBUHR.—Histoire Romaine (traducción de Golbéry).
ORTOLAN (J).—Histoire de la Législation Romaine.
" " Généralisation du Droit Romain.
" " Explication historique des Institutes de l'Empereur Justinien.
ORTOLAN (T).—Règles Internationales et Diplomatie de la mer.
PACHECO.—Comentario á las Leyes de Toro.
PARDESSUS.—Cours de Droit Commercial.
" Traité de Servitudes. (S)
PHILLIMORE.—Commentaries upon International Law.
PILLET.—De l'Ordre public en Droit International Privé.
POTHIER.—Œuvres (edición de Bugnet).
PRADIER-FODERÉ.—Traité de Droit International Public Européen et Américain.
RODEMBURGO.—De Jure quod oritur ex Statutorum vel Consuetudinum diversitate.
SAVIGNY.—Histoire du droit Romain au Moyen Age (H). (traducción de Guenoux).
" Traité de Droit Romain.
" Traité des Obligations (O). (traducción de Gérardin-Gozon).
STEPHEN.—New Commentaries on the Laws of England (partly founded on Blackstone).
STORY.—Commentaries on the Conflict of Laws
TOULLIER.—Le Droit Civil Français.
TROPLONG.—Traité du Louage.
" De la Prescription.
" De la Vente.
VATTEL.—Le Droit des Gens.
WEISS.—Traité théorique et pratique de Droit International Privé.
WESTLAKE.—A Treatise of Private International Law.
WHEATON.—Elements of International Law (edición de Lawrence)
" Histoire des Progrès de Droit de Gens.
WICQUEFORT.—L'Ambassadeur et ses fonctions.
ZACHARIAE.—(Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de . . . . . , par Aubry et Rau).
" Le Droit Civil Français, traduit de l'allemand suivant l'ordre du Code Napoléon, par Massé et Vergé.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

INSCRIPCIÓN

Con esta fecha queda inscrita la presente obra en la Oficina de Anotaciones de este cantón, á la foja primera, número tercero, del *Registro de Propiedad Literaria y Artística,* tomo sétimo.—Quito, Agosto 24 de 1899.—El Anotador, *Luis F. Mesías.*

Art. 9°. de la Ley sobre Propiedad Literaria y Artística :

La propiedad se garantiza por los siguientes términos:

1°. Por la vida del autor y cincuenta años más á favor de sus herederos.....

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ADVERTENCIAS

1ª. Las abreviaturas para las *concordancias* son las siguientes:

P. de B.—Proyecto de Bello.
C. E.—Código ecuatoriano.
C. de N.—Código de Napoleón.
C. Arg.—Código argentino.
P. de G.—Proyecto de Goyena.
C. C.—Código colombiano.
C. P.—Código peruano.
C. M.—Código mexicano. (1)
C. de la L.—Código de la Luisiana. (2)
C. Esp.—Código español.
C. A.—Código austriaco. (3)
N. R.—Novísima Recopilación. (4)
P.—Partidas. (5)
I.—Instituciones de Justiniano.
D.—Digesto. (6)
C. R.—Codigo romano.

2ª. Hemos creído necesario formar lista de las obras citadas; pues, evitándose repeticiones, basta citar el autor, el tomo y el respectivo parágrafo ó página.

Si un mismo autor ha escrito dos ó más obras, basta la letra inicial de la citada.

Cuando citamos á Savigny, sin determinar la obra, nos referimos al Derecho Romano.

3ª. Debemos explicar las citas de la obra de Locré sin la cual no puede comprenderse bien el Código de Napoleón. El número romano significa el tomo, el primer número arábigo, la página, y el segundo, los parágrafos que en ésta llevan numeración. Cuando se citan dos ó más páginas, se emplea un guión para separarlas, evitándose que se confundan ellas con los parágrafos.

Á citarse la página y un artículo, este último indica las alteraciones que en cada discusión iba experimentando el respectivo *proyecto*.

---

(1) Hemos tenido á la vista el del Distrito Federal y de la Baja California (edición de 1891).

(2) Nos referimos al Código de la Luisiana inserto en la obra de Saint-Joseph, y á la muy buena traducción al inglés publicada en Nueva Orleans.

(3) En cuanto al Código austriaco, también hemos tenido á la vista la traducción de Saint-Joseph.

(4) Hemos copiado la edición de la Novísima Recopilación y de las Partidas insertas en *Los Códigos Españoles*. (Madrid. 1847.)

(5) En las citas de las Partidas; el primer número romano significa la Partida, el segundo, el título, y el número arábigo, la ley.

(6) En las citas de la Novísima Recopilación, las Instituciones y el Digesto, el primer número romano significa el libro, el segundo, el título, y el número arábigo, la ley.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo



TÍTULO PRELIMINAR.

§ I.

De la Lei.

Art. 1°. La lei es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohibe ó permite. (*)

REFERENCIAS.

El artículo. 6, 7.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 1°. La lei es una declaración de la voluntad soberana, que manda, prohibe ó permite.

C. E. 1°.

C. C. 4.

C. de la L. 1°. La ley es una declaración solemne de la voluntad legislativa.

2°. La ley ordena, permite, prohibe, determina recom-

(*) Savigny. I. § 4-11. 13. 15. 16. 23. 24. 27. 52. 53. App. I. — VIII. § 344-349. 356. 359-361. 398. — (O.) I. § 14 — (H.) I. § 1-3. — Locré. I. 254. 45. — 255. 8-10. — 265. 19. — 266. 21. — 269. 26. — 461. 10. — Merlin. Loi. § II. n. I. II. — Dalloz. Lois. 527. — Toullier. I. 17. 19. 82-85. 100. — Laurent. I. 2-5. 50-52. — Zachariae. (M. V.) I. § 1-3. 34. — Zachariae. (A. R.) I. § 1-3. — Delvincourt. I. p. 1. 11. 183. (4.) — Demolombe. I. 2-20. — Baudry-Lacantinerie. I. 10. 11. Massé. I. 32-42. 57. 68. — Ortolan. (I.) 8-31. — (G.) 8-14. 17-20. — (H.) 27. 66. 106. 178. 316. 440. — Maynz. I. 30-34. 113-141. 173-198. — Gibbon. III. XLIV. p. 175-184. — Phillimore. I. XXXII. — Montesquieu. I. I. III. — Lerminier. (I.) p. 1-8. 18-30. — (Ph.) I. 1. II. chap. II.

1*

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

pensas y penas. Dispone, no para casos raros ó singulares, sino en general para lo que pasa en el curso ordinario de las cosas.

P. I. I. 4. Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento, é castigo escripto que liga é apremia la vida del home, que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el home debe facer, é usar.

D. I. III. 1. Lex est commune praeceptum, virorum prudentum consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponsio.

7. Legis virtus haec est : imperare, vetare, permittere, punire.

I. La ley es precepto común, decreto de varones prudentes, freno y castigo de los delitos que se cometen por voluntad ó ignorancia, y obligación común de la República.

7. La naturaleza ó esencia de la ley es esta : mandar, vedar, permitir y castigar.

COMENTARIO.

1. Entre las muchas definiciones de la ley, merecen mencionarse las de Montesquieu, Portalis y Savigny.

"Las leyes en la significación más extensa", dice el primero, "son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas; y en este sentido todos los seres tienen sus leyes; las tienen la divinidad, el mundo material, las inteligencias superiores al hombre, los animales y el hombre. Hay, pues, una razón primitiva; y las leyes son las relaciones establecidas entre esa razón y los otros seres, y las relaciones de estos seres entre sí".

Aunque no poco metafísica, como todo lo que escribió Montesquieu en su admirable *Espíritu de las leyes*, la definición es profunda y muy exacta. Las leyes declaran efectivamente las relaciones de los hombres entre sí.

Según Portalis, la ley es una declaración solemne de la voluntad del soberano sobre un objeto de interés común.

Esta definición es, á no dudarlo, la aceptada en el Código de la Luisiana (véanse las *concordancias*), y modificada en el Proyecto de D. Andrés Bello.

"El derecho positivo" (leo en Savigny) "expresado por el idioma en caracteres exteriores, y revestido de autoridad absoluta, se llama ley".

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La definición de este eminentísimo escritor nos parece acabada y perfecta; pues, en realidad de verdad encierra todos los caracteres de la ley, á saber, *derecho positivo*, ó regla que fija el legislador; *revestida de autoridad absoluta*, ú obligatoria á todos los ciudadanos.

2. La definición que da el artículo 1º del Código civil no es muy propia, por cuanto no toda declaración de la voluntad soberana es propiamente ley.

La declaración de la voluntad soberana sobre un objeto de interés común es lo que se denomina ley. (1)

Los *decretos* que atañen á los intereses de los particulares, y las *resoluciones* en que el poder soberano declara ciertos derechos, no son leyes.

El Código fundamental chileno no establece la distinción entre leyes, decretos y resoluciones; pero ésta se deduce de la naturaleza misma de las cosas.

La Constitución ecuatoriana sí distingue los actos legislativos en leyes, decretos y resoluciones; y la definición comprendida en el artículo que comentamos se refiere, á no dudarlo, sólo á las primeras.

---

(1) Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. (D. I. III. S.)

" Hemos dicho que la ley es la expresión de la voluntad soberana. ¿Deducese de esta definición que todo acto que expresa la voluntad soberana debe considerarse como ley? Así debia ser, ó la definición que hemos dado de la ley no es exacta; porque definir un objeto es caracterizarlo de manera que no se pueda adaptar á ningun otro la descripcion que de él se hace; y para ello es necesario que en la frase que comprenda la definición el sujeto pueda ser régimen y el régimen convertirse en sujeto, sin que el sentido ni la verdad se alteren.

¿Diráse, sin embargo, que cuando el pueblo de Atenas condenaba á muerte á Sócrates expedía una ley? ¿Diráse que cuando el pueblo de Roma desterraba de sus muros á Coroliano, su voluntad podia considerarse como ley? Es indudable que no; pues para que un acto sea ley no basta que la voluntad de que emana sea la del mayor número; es necesario, además, que la materia á que se refiera la voluntad nacional sea común á todos, y si alguna vez una nación ejerciese ó manifestase su voluntad sobre objetos particulares, no sería como soberano sino como gobierno; ni procediera entonces como legislador sino como juez, y, lejos de expedir una ley, se limitaría á dar una orden ó á pronunciar sentencia." (Merlin. Loi. § II. n. 1º.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

3. El propio artículo acepta la división de las leyes en *imperativas*, *prohibitivas* y *permisivas*. Pero ya observó Savigny que esta división no es científica : "La distinción entre las leyes *imperativas* y las leyes *prohibitivas*"; dice, "no proviene sino de la forma afirmativa ó negativa empleada por el legislador, circunstancia que, del todo indiferente, no puede originar una clasificación. Tampoco es exacto que la ley permita : suple la voluntad incompleta; el permiso supone prohibición anterior, que la ley deroga ó restringe".

La más importante de las divisiones de la ley es la formulada por el mismo escritor : leyes *absolutas*, y leyes *supletorias*. El carácter siempre obligatorio de las primeras se funda en el sistema de la legislación ó en la moral. Las segundas, al contrario, dejan expedita la voluntad del individuo, y sólo cuando ésta no se ha explicado, se presenta la regla para determinar el *hecho jurídico*. (2) "Esta reglas", añade, "destinadas á suplir la expresión incompleta de la voluntad individual se llaman *derecho supletorio*". Tal distinción fue expresamente reconocida por los jurisconsultos romanos. Para designar la primera especie de reglas empleaban ordinariamente estas expresiones : *Ius publicum*, *ius*, *iuris forma*. En cuanto á las reglas de la segunda especie, cuya naturaleza se determina por su contraste con las de la primera, no las designan en términos tan precisos.

El Código civil acepta tan importante como necesaria distinción; pues encierra dos clases de leyes : 1ª. Leyes que formando el derecho público chileno, no pueden alterarse por la voluntad individual; y 2ª. Leyes que pueden modificarse ó renunciarse, y que se limitan á suplir las omisiones. Como aplicación de la primera categoría tenemos el artículo 1464, según el cual hay un *objeto ilícito* en todo lo que contraviene al *derecho público chile-*

---

(2) La palabra alemana *rechtsverhältnisse*, empleada por Savigny, es clara y precisa, y no tiene equivalente en francés, español ni italiano. Juzgamos, con Laurent, que la traducción más aproximada es *hecho jurídico*.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

no; de manera que los particulares no pueden estipular nada que modifique ó derogue las leyes absolutas.

4. *Leyes inconstitucionales.* Controviértese á menudo si los actos legislativos que pugnan con la constitución tienen fuerza de ley; (3) esto es, si los jueces deben aplicarlos á las causas en que conocen.

Distínguense en la ley su *formación* y su *contenido.* Aquélla se refiere á los trámites ó solemnidades; y éste, al precepto mismo, que todos cuantos habitan el territorio chileno tienen de obedecer.

Si al formarse la ley se ha faltado á los trámites constitucionales, salta á la vista que aun cuando tal ó cual acto se disfrace de ley, no lo es en realidad de verdad. Supóngase que reunidas las cámaras sin el respectivo *quorum,* dictan un acuerdo, lo denominan ley, y el poder ejecutivo procede á promulgarlo. Evidentísimo que ese pretenso acto legislativo no surtiría ningún efecto, y que de ley sólo tuviera el nombre. A decirse que expedido por el Congreso el acto legislativo y promulgado por el Presidente de la República, el poder judicial debe aplicarlo como ley, deduciríamos que también fuera ley el acto

BIBLIOTECA NACIONAL
QUITO-ECUADOR

(3) "El principio, aceptado por el gobierno inglés, de que el parlamento es omnipotente, no rige en los Estados Unidos. Cuando la ley se ha expedido constitucionalmente, entre nosotros es tan aceptable como todas las leyes que emanan del poder soberano en cualquier otra forma de gobierno. Pero en esta nación, como en otras donde hay una constitución escrita, que determina las atribuciones y deberes así del poder legislativo como de los otros poderes del gobierno, un acto de la legislatura carece de fuerza cuando es *inconstitucional.* Entre nosotros la ley debe ante todo ser conforme á la constitución de los Estados Unidos, y subordinarse, además, á la constitución del respectivo Estado, y si contraviene á los preceptos de cualquiera de las dos no puede subsistir. Los tribunales de justicia tienen el derecho, y aun están obligados á referir toda ley al texto de la constitución, primeramente á la de los Estados Unidos y luego á la del propio Estado, como el paladión ó suprema ley, á la cual todos los otros poderes deben obedecer. La constitución es el acto del pueblo, que puntualiza en su carácter primario y define permanentemente las condiciones del pacto social; y entre nosotros no puede dudarse de que todo acto del poder legislativo que pugne con el tenor y espíritu de la constitución, es absolutamente nulo y prohibido." (Kent. I. XX. 1.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

legislativo de una sola de las cámaras, ó el que después de una sola discusión se promulgase.

Y siendo claro, indubitable que si faltan al acto legislativo los requisitos concernientes á la forma, no puede surtir él efecto alguno en ningún caso; ello es mas evidente todavía, si atendemos á la esencia misma de la regla que el poder legislativo se propone dar contraviniendo á la Constitución.

Sean cuales fueren los principios que se acepten en cuanto al origen de la asociación civil, nadie desconoce que el Estado, en virtud de su soberanía, tiene perfectísimo derecho para establecer las bases fundamentales sobre la forma de gobierno, sobre las garantías que aseguren los derechos políticos, sociales y civiles, y sobre otros objetos de que dependen la existencia y la perpetuidad de la nación. Expedidas esas reglas fundamentales, obligatorias á los tres poderes que forman el gobierno, ninguno de ellos puede infringirlas ni usurpar atribuciones.

"La soberanía reside esencialmente en la nación, que delega su ejercicio en las autoridades que establece esta constitución" (artículo 3º). (4) Hé aquí reconocido el principio esencial de que los poderes constituídos no proceden sino como delegados del pueblo; y la propia Constitución habla de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, determinando taxativamente las atribuciones que cada uno ejerce.

Ahora bien, siendo tan importantes como trascendentales todos los preceptos que la Constitución encierra, se han tomado las mayores precauciones para que, á ser necesario reformarla, el Poder Legislativo proceda con calma y madurez. De ahí que en el Capítulo XI se dan reglas sobre la reforma de la Constitución; ¿y cómo desconocerse que si las leyes contravienen á la Constitución, la modifican sin observar los trámites establecidos como prenda de acierto? Si se agregase á la Constitución un artículo discutido por un

(4) La soberanía reside esencialmente en la Nación, la que la delega á las autoridades que esta Constitución establece. (Constitución ecuatoriana. Art. 5º.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sólo Congreso, nadie vacilaría al afirmar que ese artículo no es parte del Código fundamental; y si el mismo artículo se denominara ley, ¿sería obligatorio porque se han alterado las palabras? ¿Deben los jueces fijarse más en éstas que en la esencia misma de las cosas?

El art. 132 de la actual Constitución ecuatoriana dice: "La Constitución es la suprema ley de la República, y cualesquiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones ó tratados públicos que estuvieren en contradicción ó se apartaren de su texto, no surtirán efecto alguno". Tal artículo, eminentemente republicano y práctico, obliga á todos los jueces á no aplicar las *leyes inconstitucionales*.

Art. 2º. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la lei se remite á ella. (*)

REFERENCIAS.

Sino en los casos en que la ley se remite á ella. 1188. 1198. 1546. 1814. 1938. 1940. 1944. 1951. 1955. 1986. 1987. 2117.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 2. La costumbre tiene fuerza de lei cuando se prueba de cualquiera de los dos modos siguientes:

1º. Por tres decisiones judiciales conformes, pasadas en autoridad de cosa juzgada, dentro de los últimos diez años;

2º. Por declaraciones conformes de cinco personas inteligentes en la materia de que se trata, nombradas por el juez de oficio ó á petición de parte.

(*) Savigny. I. § 12. 13. 18. 28-31. — App. II. — Locré. I. 269. 27—585. 17—615. 17.—Merlin. Usage. § I.—Dalloz. Lois. 112-121. 528-537.—Toullier. I. 158-165.—Demolombe. I. 21. 32-35. 130.—XI. 491.—Zachariae. (M. V.) I. § 22.—Zachariae. (A. R.) I. § 24.—Marcadé. I. 35.—Baudry-Lacantinerie. I. 1. 16-20. 24-27. —Massé. I. 83.—Gutiérrez. (B.) I. 136-148.—Ortolan. (I.) 32.—Gómez de la Serna. I. 30.—Maynz. I. 30. 141. 198.—Accarias. I. 8. 9.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Sólo á falta del primero de estos dos medios podrá recurrirse al segundo; i ni el uno, ni el otro, ni los dos juntos, valdrán, si durante dicho tiempo se hubiere pronunciado decisión judicial contraria, pasada en autoridad de cosa juzgada.

3. La costumbre puede ser jeneral ó parcial. La costumbre parcial, limitada á cierta parte del territorio, á cierta profesión, á cierta clase de personas, no tendrá valor alguno fuera de estos límites.

C. E. 2.

C. Arg. 17. Las leyes no pueden ser derogadas, en todo ó en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre ó práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren á ellos.

P. de G. 5. Las leyes no pueden ser revocadas sino por otras leyes; y no valdrá alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó práctica en contrario, por antiguas y universales que sean.

C. C. 8. La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea.

C. P. T. P. VI. Las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso.

C. M. 9. Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre ó prática en contrario.

C. de la L. 3. La costumbre resulta de una larga serie de actos constantemente repetidos que, por esa repetición y una aquiescencia no interrumpida, han adquirido fuerza de consentimiento tácito y común.

C. Esp. 5. Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre ó la práctica en contrario.

6. ..... Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho.

C. A. 2. La costumbre no puede aplicarse sino en los casos en que la ley se remite á ella.

N. R. III. II. 11. Todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso, pues así lo ordenaron los Señores Reyes Católicos y sus sucesores en repetidas leyes, y yo lo tengo mandado en diferentes ocasiones; y aun cuando estuviesen derogadas, es visto haberlas renovado

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

por el decreto que conforme á ellas expedí (Ley. I. tít. 3), aunque no las expresase : sobre lo cual estará advertido el Consejo, celando siempre la importancia de este asunto.

P. I. II. 4. Costumbre es derecho ó fuero que non es escrito : el qual han usado los homes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas é en las razones, sobre que lo usaron.

6. Fuerza muy grande ha la costumbre, cuando es puesta con razon, así como diximos, ca las contiendas que los homes han entre sí, de que non fablan las leyes escritas, puedense librar por la costumbre que fuese usada sobre las razones sobre que fue la contienda, é aun ha fuerza de ley.

Ins. I. II. 9. Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur.

9. El derecho no escrito es el que el uso ha introducido, porque las costumbres diariamente repetidas, comprobadas por el consentimiento de los que las siguen, tienen igual fuerza que las leyes.

D. I. III. 33. Diuturna consuetudo pro iure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet.

33. La costumbre inveterada suele observarse por derecho y ley en aquellas cosas, que no provienen de un derecho escrito.

COMENTARIO.

5. Las leyes romanas y las de partida, copiadas en las *concordancias*, manifiestan la grande influencia que la costumbre ejercía en Roma y en la España de Alfonso XI. En los Estados antiguos debía ejercer la costumbre influencia decisiva, porque el pueblo mismo era el legislador, y por medio de la costumbre manifestaba su voluntad tácitamente.

En los estados modernos constituídos, la costumbre no tiene fuerza de ley; pues como el pueblo delega el poder legislativo á ciertas asambleas, y el pueblo mismo no lo ejerce, dicho se está que no puede dictar leyes.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Las razones expuestas por Savigny (1) y otros jurisconsultos (2) para demostrar que la costumbre constituye derecho, sólo manifiestan que el legislador, al expedir las leyes, debe seguir la corriente popular en cuanto ella sea conforme á la moral y á la conveniencia.

Como en los gobiernos representativos el poder legislativo se ejerce, siquiera en parte, por individuos que el pueblo elige, éstos conocen á ciencia cierta las necesida-

(1) "Si se examina el verdadero fundamento de todo derecho positivo, se ve un orden de principios y consecuencias muy diversos. El fundamento del derecho positivo existe y se realiza en la conciencia general del pueblo. Pero esa conciencia, invisible por su naturaleza, ¿como la reconoceremos? La reconoceremos en los usos, en los hábitos, en las costumbres. Una serie de actos uniformes manifiesta una fuente común, la creencia del pueblo; y nada es menos semejante que ella á lo casual y á lo arbitrario. Así, pues la costumbre no engendra el derecho positivo; ella es el signo en que se reconoce." (I. XII.)

(2) "Una gran parte de las reglas y principios que constituyen el inmenso código del derecho consuetudinario (*Common law*) se han usado gradualmente, y han recibido, poco á poco, la sanción de los tribunales de justicia sin la intervención del Poder Legislativo. Consiste él en la aplicación de la justicia natural y la razón experimentada á los casos particulares. Como lo observa exactamente Sir Matthew Hale, el derecho consuetudinario inglés no es el producto de la sabiduría de un hombre ó sociedad de hombres en época determinada; sino la sabiduría, consejo, experiencia y observación de muchas edades de hombres prudentes y observadores. Y después hace notar que este objeto es digno de la consideración de aquellos atrevidos proyectistas, que juzgan pueden formar un código perfecto de leyes en un solo ensayo.

"Cuando el objeto de una ley es especial, basta la prudencia de una edad para formarse un proyecto de leyes adecuadas; y sin embargo, aun en las más prudentes disposiciones de este género, la experiencia nos manifiesta que nuevas é imprevistas emergencias acaecen á menudo que necesariamente requieren nuevos suplementos, reformas y adiciones. Pero el cuerpo de leyes que se refiere al derecho común aplicable á un gran reino es vasto y comprensivo, consiste en infinidad de pormenores, debe hallar innumerables obstáculos, y por consiguiente requiere mucho tiempo y mucha experiencia, mucha prudencia y mucha sabiduría, empleadas sucesivamente para investigar sus defectos ó inconvenientes y oportunamente reformarlo y adicionarlo. Y tal es el derecho consuetudinario (*Common law*) de Inglaterra, es decir, el producto de mucha sabiduría, tiempo y experiencia." (Kent. I. XXI. 1.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

des de la nación y la voluntad de la misma manifestada por la costumbre. Luego, la costumbre ejercerá influencia decisiva para crear, modificar y perfeccionar el derecho.

6. Cuando el art. 2° del Código chileno declara que la costumbre constituye derecho si la ley se remite á ella, hay algún tanto de impropiedad en la expresión; porque, como lo hemos observado al comentar el art. 1°, la Constitución determina los trámites que han de observarse en la formación de las leyes; y si ellos no se observan, no puede haber ley obligatoria.

El precepto del Código chileno significa, pues, que la costumbre sirve para interpretar en ciertos casos la voluntad individual. Tan cierto es eso, que los usos, nacionales ó locales, no son obligatorios sino en materias de práctica diaria, en que no puede conocerse á punto fijo la voluntad de los contratantes sino atendiéndose á lo que se acostumbra generalmente.

7. Si bien el Código de Napoleón no encierra ningún precepto análogo al que comentamos, se refiere á los usos en los arts. 590, 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1160, 1648, 1736, 1745, 1748, 1753, 1754, 1757, 1758, 1759, 1762, 1777, y 1783. Luego, en tales casos el juez debe acudir á la costumbre para interpretar la voluntad individual; y la Corte de Casación ha anulado sentencias por contravenirse en ellas á los usos á que se refieren las citadas disposiciones.

8. El legislador no determina los requisitos que han de concurrir para que los usos, generales ó locales, se conviertan en costumbres obligatorias al juez como medio de interpretar la voluntad individual. Pero de la naturaleza misma de la costumbre se deduce que ella no lo es sino en los siguientes casos : 1°. Que el uso haya sido observado durante largo tiempo y generalmente en una comarca determinada : 2°. Que el uso se haya considerado como obligatorio, mas no como acto de tolerancia ó de beneficencia.

Como la costumbre consiste en *hechos*, éstos deben probarse por la parte que la alega, y es admisible entonces la prueba testimonial, sea cual fuere la cuantía del asunto controvertido.



Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 3°. Sólo toca al legislador explicar ó interpretar la lei de un modo generalmente obligatorio.
Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. (*)

REFERENCIAS.

Interpretar. 19-24.
El inciso 2°. 315.

CONCORDANCIAS.

P. de B. S. Sólo toca al legislador explicar ó interpretar la lei de un modo generalmente obligatorio.
Las decisiones de los tribunales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las controversias particulares en que se pronunciaren.

C. E. 3. Sólo al legislador toca explicar ó interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.....

C. de N. 5. Il est défendu aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises.

5. Prohíbese á los jueces decidir, por vía de disposición general y reglamentaria, las causas en que conocen.

P. de G. 13. Se prohibe á los jueces proveer en los negocios de su competencia, por vía de disposición general y reglamentaria.

C. C. 17. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido á los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general ó reglamentaria.

25. La interpretación que se hace con *autoridad* para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador.

(*) Locré. I. 262.—14. 264. 17-24.—381. Art. 6.—401. 13. 14.-408. 7.-417. 6.—Toullier. I. 135. 136. 145.—Dalloz. Lois. 458-471.—Laurent. I. 250-252. 258-267.—Zachariae. (M. V.) I. § 37.—Zachariae. (A. R.) I. § 39.—Marcadé. I. 37-40.—Baudry-Lacantinerie. I. 233. 246-250.—Montesquieu. XI. VI.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. A. 8. Sólo al legislador corresponde interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

12. Los autos y sentencias no pueden extenderse á otras causas ni á otras partes.

P. I. I. 14. Dubdosas seyendo las leyes por yerro de escriptura, ó por mal entendimiento del que las leyese: porque debiesen de ser bien espalinadas, é facer entender la verdad dellas; esto non puede ser por otro fecho, sino por aquel que las fizo, ó por otro que sea en su logar, que haya poder de las facer de nuevo, é guardar aquellas fechas.

COMENTARIO.

9. El inconcuso principio (1) declarado en el inciso 1º era innecesario en el Código civil; pues la Constitución enumera taxativamente las atribuciones de cada uno de los poderes en que se divide el gobierno de la República.

Los redactores del Código de Napoleón formularon el art. 5º (copiado en las *concordancias*), porque tenían presente la arbitrariedad de los parlamentos; los cuales expedían, en forma reglamentaria, resoluciones obligatorias á todos los ciudadanos. Por eso decía Portalis al presentar el proyecto de aquel Código: "Dejándose al poder judicial la más amplia libertad en el ejercicio de sus atribuciones, recordémosle los límites que la naturaleza de ellas determina. El juez debe comprender el espíritu de la legislación, mas no participar del poder legislativo. La ley es acto del legislador; la sentencia, de jurisdicción; y el juez legislaría si resolviese, en forma reglamentaria, los litigios en que conoce. Los fallos obligan sólo á las partes; un reglamento, á todos los litigantes y aún al tribunal".

10. También es inconcusa, evidentísima la regla que da el inc. 2º del artículo que comentamos. La Constitución garantiza el derecho de defensa; el juez no oye sino al actor y al reo, ¿y por qué concedería derechos

(1) "No hay libertad si el poder judicial no está separado del poder ejecutivo y del legislativo. Si se ejerciese junto con el poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario; porque el juez fuera legislador." (Montesquieu. XI. VI.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ó impondría obligaciones á las partes que no han litigado? ¿Cómo resolviera en la sentencia sobre puntos que no se han puesto en tela de juicio? El principio de que las sentencias no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronunciaren es, por tanto, claro como los axiomas.

Origina sí graves, casi insuperables dificultades el determinar los efectos que, *entre las partes*, surte la sentencia definitiva, esto es, la *cosa juzgada*.

Debemos estudiar tan importante materia en dos aspectos :

1°. La *cosa juzgada* misma ; y

2°. Qué efectos surten las sentencias extranjeras.

§ 1.

De la cosa juzgada. (')

11. El Código civil se limita á expresar que la sentencia no tiene fuerza obligatoria sino en la causa en que se pronunciare, y ni una sola palabra dice sobre los efectos que la sentencia surte en cuanto á las partes que han litigado. Los redactores del art. 1351 del Código de Napoleón, en vista del Libro XLIV, título II del Digesto, y de las doctrinas de Pothier, dieron reglas sobre la *cosa juzgada*; las cuales, si bien dejan mucho que desear, evidencian que se cuentan entre las leyes sustantivas las que determinan los efectos de la cosa juzgada; pues ellos modifican ó extinguen los derechos que el Código civil reconoce, crea y garantiza. El citado art. 1351 enumera la *cosa juzgada* entre las pruebas, declarando que ésta constituye una presunción de verdad que nunca puede ponerse en tela de juicio (2).

(') D. XLIV. II. — Savigny. VI. § CCLXXXVI-CCCI App. XVI. XVII. Pothier. Obligations. 850-909. — Merlin. Chose jugée. — Dalloz. Chose jugée. — Toullier. X. 61-75. — Laurent. XX. 1-154. — Zachariae. (A. R.) VIII. § 769. — Demolombe. XXX. 279-401. — Bonnier. II. 860-889. — Foelix. II. 454-462. — Phillimore. IV. DCCCCLVI.

(2) Art. 1350. La présomption légale est celle qui est attachée

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

12. Según las leyes romanas, las antiguas españolas y la mayor parte de las legislaciones modernas, la cosa juzgada es una institución especial, distinta de las pruebas, establecida con el importantísimo objeto de evitar que sobre unos mismos derechos se controvierta entre unas mismas partes dos ó más veces.

13. Como lo observa Savigny con tanta profundidad y exactitud, los efectos de la cosa juzgada sobre los derechos que se pusieron en tela de juicio, no son consecuencia necesaria de las funciones judiciales; pues ellas no consisten sino en que todo litigio termine por sentencia, y en que ésta se ejecute aun contra la voluntad de la parte que perdió el pleito.

Mas, si después se controvierte la legalidad de la sentencia, alegándose que ella no es conforme á la verdad, parece natural examinarla de nuevo para reparar el error ó la injusticia. Evidentes son, empero, las consecuencias peligrosísimas que de tal sistema se deducirían. Ante todo observemos que en la mayor parte de los casos la decisión de un litigio es en extremo difícil; ya porque los hechos son oscuros, ya porque la recta aplicación de la ley es un problema complicadísimo. Luego, frecuentemente se vería que una sentencia dictada en última instancia, se reformara ó revocara, y que la nueva sentencia tampoco surtiera ningún efecto, porque otro juez, considerándola errónea, pudiera confirmar la primera ó expedir una distinta de las otras dos. Como el resultado inevitable de semejante sistema fuera la absoluta inseguridad de los derechos, es necesario elegir entre dos males : ó bien subsiste una sentencia manifiestamente errónea ó ilegal, parto de la ignorancia ó prevaricación, ó bien aceptamos la perenne inseguridad de los derechos. Evidentísimo que el segundo es más grave, por cuanto cada

---

par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits : tels sont...

3°. L'autorité que la loi attribue à la *chose jugée*...

1351. L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Estado fuera un verdadero campo de Agramante, si aun empleándose todos los medios aconsejados por la ciencia para consultar el acierto en las decisiones judiciales, las que se expidiesen en última instancia no garantizaran los derechos en ellas declarados.

14. La institución establecida con el necesarísimo objeto de garantizar esos derechos, es la *cosa juzgada;* la cual obsta á que, expedida tal sentencia, se controvierta de nuevo sobre lo mismo.

La esencia de la cosa juzgada se resume en el siguiente texto de las Pandectas : (XLIV. II. 6.) (3)

"Singulis controversiis singulas actiones, unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur; parere ergo exceptionem rei iudicatae, frequens est".

15. El estudio de tan importante materia nos conduce al de los siguientes puntos :

I. Requisitos de la cosa juzgada :

a). Requisitos concernientes á la forma;

b). El contenido de la sentencia como base de la cosa juzgada :

II. Efectos de la cosa juzgada para lo venidero, esto es, relación necesaria entre el litigio sentenciado y el litigio futuro, en que debe ejercer influencia la decisión definitiva.

Esta relación necesaria equivale á *identidad,* y debe haberla en dos aspectos :

a). Identidad de los hechos jurídicos (*objetiva*);

b). Identidad de las personas (*subjetiva*).

Tal relación puede expresarse con más sencillez diciéndose :

---

(3) Se determinó por razón probable, que cada controversia había de ser por distinta acción, y que terminaba por la sentencia; pues de lo contrario sería grande la multitud de los pleitos, y dificultosa su determinación, particularmente si se pronunciasen diversas sentencias : luego se debe oponer la excepción de cosa juzgada.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Para que una sentencia obste á otra ulterior, es preciso que los dos litigios sean idénticos en dos sentidos:

Una misma cuestión de derecho;

Unas mismas personas.

16. Antes de examinar los requisitos concernientes á la forma, recordemos que el juez conoce en dos clases de asuntos del todo diversos: los de *jurisdicción voluntaria* y los de *jurisdicción contenciosa.* En los primeros no hay pretensiones opuestas de las partes; el juez, lejos de resolver ninguna controversia, no interviene sino para dar solemnidad á un acto ó contrato, como la emancipación, la venta de bienes raíces de mujeres casadas. Mas, si ejerce la jurisdicción contenciosa, decide las pretensiones opuestas de las partes: el actor exige, en la demanda, la declaración de un derecho; el reo alega excepciones; ríndense pruebas sobre los hechos puestos en tela de juicio, y el juez sentencia.

17. Ahora bien, como el juez no declara ningún derecho al ejercer la jurisdicción voluntaria, las resoluciones que entonces expide *no pasan en autoridad* de cosa juzgada.

Este principio, aunque claro y muy obvio, es en extremo trascendental; porque son frecuentes y de suma importancia los casos en que el juez concede autorización para celebrar ciertos contratos; la cual deja íntegro el punto de derecho sobre la validez ó nulidad del contrato.

La doctrina de que no pasa en autoridad de cosa juzgada sino la sentencia expedida en juicio contradictorio se funda no sólo en la esencia misma del verdadero litigio, en que el juez decide sobre las pretensiones opuestas de las partes, sino también en la opinión unánime de los más acreditados expositores del Código de Napoleón. (1)

---

(1) "Las sentencias expedidas en juicios *de jurisdicción contenciosa* son las únicas que pasan en autoridad de cosa juzgada. Esta no proviene de los actos en materia de *jurisdicción graciosa,* como, por ejemplo, los fallos que autorizan la adopción, la enajenación de inmuebles dotales, que homologan, bien el parecer del consejo de familia que autoriza actos de los incapaces, bien particiones en que no se suscita ninguna controversia ó que conceden la posesión provisional de los bienes del ausente." (Zachariae. A. R. VIII. § 769. n. 1°.)

"En general, sólo las resoluciones expedidas en materia con-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

18. Distinguida la jurisdicción contenciosa de la voluntaria, volvamos á los requisitos concernientes á la forma de la sentencia.

El primero es una buena organización del poder judicial: sean los jueces probos é ilustrados, y no se dejen llevar por la turbia corriente de la política.

No basta que los jueces sean probos é ilustrados; es necesario, además, establecer grados de jurisdicción, para que los litigantes controviertan dos ó más veces un mismo asunto, y para que los tribunales que ocupen el puesto más elevado en la escala judicial, revean los fallos de los juzgados y tribunales inferiores.

---

tenciosa pasan en autoridad de cosa juzgada; las concernientes á la jurisdicción graciosa no surten ese efecto." (Dalloz. Chose jugée. 15.)

"Se distingue la jurisdicción en *contenciosa y en graciosa ó voluntaria*. La jurisdicción contenciosa decide las controversias que se suscitan entre los particulares. En la jurisdicción voluntaria no hay litigio, ni tiene por objeto conservar los derechos. En lo antiguo las dos jurisdicciones se confundían; pues ambas ejercían los tribunales. Las separó la revolución atribuyendo la jurisdicción voluntaria á los funcionarios administrativos, principalmente á los notarios y á los conservadores de hipotecas. La separación, empero, no fue completa. Los tribunales conservan parte de la jurisdicción voluntaria. Así, intervienen en materia de adopción para dar autenticidad al contrato entre el adoptante y adoptado. Cuando el juez de paz autoriza el contrato de adopción, no juzga, nada tiene que juzgar, porque no hay litigio; ejerce las funciones de notario. El tribunal de primera instancia y las cortes de apelaciones homologan ese instrumento; lo cual se efectúa en forma de un fallo; en realidad no hay resolución, porque ninguna controversia se ha sometido á los jueces.

"Los tribunales ejercen también la jurisdicción voluntaria en cuanto á las tutelas. Hay actos que el tutor no puede ejecutar sino autorizado por el consejo de familia, y obtenida la homologación del tribunal. Esta se efectúa en forma de sentencia; pero la homologación no lo es, porque no hay litigio. Como no interviene el juez sino para precautelar los intereses de los menores, ejerce las funciones de un colegio pupilar, es decir, de una autoridad administrativa.

"Los inmuebles dotales de la mujer casada según el régimen dotal no pueden enajenarse ni permutarse sino en los casos y con los requisitos determinados por la ley; para garantir que la enajenación no se efectue sino en los casos en que la ley permite, in-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La sentencia expedida en última instancia pasa siempre en autoridad de cosa juzgada, y lo mismo se aplica al caso en que no se ha interpuesto oportunamente apelación.

---

tervienen los tribunales : la autorización ó el permiso que conceden no es sentencia propiamente dicha, porque ninguna controversia se les somete; no intervienen sino para precautelar los intereses de la mujer.

" La distinción de las dos jurisdicciones surte un efecto muy importante en cuanto concierne á la autoridad de la cosa juzgada. Para que una resolución pase en autoridad de cosa juzgada, es menester que haya sentencia; y no hay sentencia sino cuando los tribunales deciden una controversia, no juzgan cuando ejercen la jurisdicción voluntaria.

" Luego, las sentencias expedidas en materia contenciosa son las únicas que pasan en autoridad de cosa juzgada; en cuanto á las resoluciones de jurisdicción voluntaria, no tienen sino apariencia de sentencias; y como no deciden ningún litigio, no hay razón para que pasen en autoridad de cosa juzgada, así como no pasan en autoridad de cosa juzgada los actos de los notarios ó las deliberaciones de los consejos de familia. Los principios en que se funda la presunción de verdad que según la ley es inherente á las sentencias, exigen que haya litigio, y son ajenos á la jurisdicción graciosa." (Laurent. XX. 5.)

" Es un principio incontestable que pasan en autoridad de cosa juzgada, no los actos que emanan de la jurisdicción graciosa, *inter volentes*, sino las sentencias expedidas en materia de jurisdicción contenciosa, *inter nolentes*.

" Las resoluciones, por ejemplo, que permiten la adopción, ¿pueden pasar en autoridad de cosa juzgada?

" Si bien se ha pretendido sostenerlo, la negativa nos parece evidente.

" ¿No se limitan esas resoluciones á permitir al funcionario del estado civil que extienda el acto en que conste el consentimiento de las partes? Lo mismo es aplicable á los fallos expedidos mediante mera información, como, por ejemplo, los que conceden la posesión provisional de los bienes de un ausente, y á los que autorizan la enajenación de un inmueble dotal.....

" Estas decisiones no juzgan, y, por consecuencia, no pueden pasar en autoridad de cosa juzgada." (Demolombe. XXX. 286.)

" Debemos preguntar qué sentencias pasan en autoridad de cosa juzgada.

" Y ante todo, no hay cosa juzgada sino cuando hay sentencia propiamente dicha, es decir, decisión de juez en materia contenciosa. Los actos de jurisdicción graciosa no son verdaderas sentencias, sino contratos celebrados con solemnidad judicial. Así,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

19. Las leyes ecuatorianas distinguen razonablemente, en cuanto á los efectos, entre la sentencia de la Corte Suprema y la de los juzgados ú otros tribunales; pues las primeras pasan siempre en autoridad de cosa juzgada, sin que pueda en ningún caso controvertirse de nuevo lo resuelto por aquella Corte; pero las sentencias de primera y de segunda instancia pueden ser anuladas cuando adolecen de un vicio radical, como si el juez no fuese competente, ya por la cuantía, ya por la materia.

Nos limitamos á estas breves apuntaciones sobre la nulidad de la sentencia, porque eso no atañe á la *cosa juzgada*, ni menos á un comentario del Código civil.

20. Hemos dicho que la cosa juzgada garantiza la eficacia futura de toda sentencia, y que para ello es necesario conocer á punto fijo en qué consiste la *resolución;* la cual constituye la cosa juzgada.

Debemos distinguir dos especies de sentencias :

1ª. Sentencias condenatorias; y

2ª. Sentencias absolutorias.

Antes de estudiar estas dos clases de sentencias, hagamos una importantísima observación.

Con frecuencia sucede que propuesta la demanda, alegadas las excepciones, y rendidas las pruebas, el juez no acepta en su totalidad ni la acción ni las excepciones, sino que cumpliendo con el deber de decidir según lo alegado y probado, condena al reo á una prestación menor de la puntualizada. Así, por ejemplo, fundándose el actor en un contrato de mutuo, exige al reo el pago de mil pesos y los intereses estipulados; el reo alega compensación, y en el término de prueba justifica plena-

---

el fallo que autoriza definitivamente la adopción no surte otro efecto que permitir que el funcionario extienda acta para constancia del consentimiento de las partes, y deja íntegra á los interesados la facultad de emplear todos los medios conducentes á la nulidad de la adopción. De la misma manera, un fallo que homologue una transacción entre litigantes, tiene la fuerza del contrato, pero no la de la cosa juzgada. Y no se crea que es una disputa de meras palabras, pues las convenciones no son susceptibles de ser impugnadas por los mismos medios que las sentencias." (Bonnier. II. 862.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

mente que tiene contra el actor un crédito líquido y de plazo cumplido por quinientos pesos. ¿Qué resolverá el juez? Que es legal la compensación; pero que no extinguiéndose el crédito demandado sino hasta concurrencia de las mutuas deudas, el reo tiene de satisfacer los quinientos pesos que todavía debe.

De la misma manera, si el actor reivindica cien hectáreas de terreno, y prueba el dominio de sesenta, el juez condenará al reo á la restitución de las sesenta hectáreas.

De lo cual se deduce que el juez, en virtud de sus atribuciones, no tiene otro límite para condenar al reo que el *máximum* de las pretensiones puntualizadas por el actor en la demanda. Cuando éste exige el pago de diez mil pesos, ello significa que el reo está obligado á pagar los diez mil pesos mismos, ó cualquiera de las cantidades que, comprendidas entre uno y diez mil, se justifiquen.

Sabido es que según la jurisprudencia formularia de los romanos, si la acción tenía *certa intentio*, el juez, *iudex*, debía aceptar la demanda íntegramente ó rechazarla íntegramente, aunque en parte estuviese fundada; pues la fórmula *si paret condemna.....*, no le dejaba sino una de las dos alternativas.

Abolido el sistema formulario de los romanos, estableciése el procedimiento que se aceptó por los Estados modernos: el juez no está obligado sino á no conceder más de lo pedido, y tiene amplias facultades para calificar las pruebas, y condenar al reo á una prestación mucho menor, absolviéndole de lo demás.

Estos principios se expresan por la fórmula siguiente: *Todos los derechos que, puestos en tela de juicio, no fueron concedidos por el juez, se entienden denegados; ó, en otros términos, la sentencia fija definitivamente el hecho jurídico materia del litigio.*

21. Presupuestos estos antecedentes, volvamos al contenido de la sentencia. En la sentencia que condena al reo debemos distinguir las dos principales clases de acciones: las *acciones personales* y las *acciones reales*.

Si se deducen las acciones personales, la condena consiste en declarar que el reo debe cumplir una obliga-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ción, esto es, que debe dar, hacer ó no hacer alguna cosa.

Las acciones *in rem* se fundan en un derecho real que, según la demanda, pertenece al actor. La condena encierra lisa y llanamente la declaración de que el actor es dueño de ese derecho, y de ello se deduce que el reo debe ejecutar ú omitir ciertos actos. Si, por ejemplo, la acción es la reivindicatoria, y se justifica el derecho de dominio; el juez declara que el actor es propietario y condena al reo á restituir la cosa. Si la acción real se refiere á una servidumbre, la condena consiste en la declaración del derecho, y en que el reo debe omitir todos los actos que al ejercicio de la servidumbre se opongan.

En cuanto á la acción real misma, prescindiéndose de la condena ó de la absolución, en el litigio se controvierte sobre un derecho exclusivo, que puede pertenecer á una de las dos partes y que en algunos casos no pertenece á ninguna. Síguese, pues, que si la sentencia declara que el actor ha justificado el derecho real, implícitamente lo deniega al reo.

22. Si la sentencia absuelve al reo, ¿en qué consiste la absolución y cuáles son sus efectos? La absolución del reo es puramente negativa; pues no le reconoce ningún derecho. Tan radical é importante diferencia entre la absolución y la condena, se expresa en estos términos: la condena concede al actor *acción y excepción*; pero de la absolución no nace sino *excepción*.

Fúndase esta diferencia en la naturaleza misma de los litigios. En efecto, todo demandante acude al juez para que altere un estado de cosas que no es conforme á las leyes. El juez ó accede á las pretensiones del actor ó las deniega; pero la acción misma no exige otra resolución, ni menos que el juez obligue al actor á ejecutar actos que le sean onerosos.

La aplicación de esta regla á las acciones personales no presenta ninguna dificultad. El actor pretende que se compela al reo á ejecutar un acto, y el juez declara que el reo no está obligado á ello.

No sucede lo mismo cuando la acción es *in rem*. En los casos más frecuentes y más importantes, como el de dominio ó de herencia, se controvierte un derecho

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

del todo exclusivo; de lo cual se deduce que si él pertenece á una de las partes, la otra no puede pretenderlo. Cuando el actor afirma que es dueño de uno de esos derechos, el reo puede combatir tal pretensión de varios modos : ó impugna las pruebas del actor, ó se propone justificar que el derecho litigioso le pertenece.

Ahora bien, si el reo opta por este último partido, y justifica que en efecto á él le pertenece el derecho, podría juzgarse que la sentencia debe declarárselo, condenando al demandante para asegurar al reo en lo sucesivo así la acción como la excepción de cosa juzgada. Sin embargo eso no se efectúa; pues, aun en tal caso, la sentencia se limita á rechazar la demanda; y la sentencia es absolutamente una misma, ya cuando el reo prueba que él es el dueño, ya cuando el actor no justifica su derecho.

23. La demostración de este principio se halla en un texto importante de Gayo, cuyo sentido y consecuencias vamos á exponer antes de llegar al pasaje decisivo en nuestro asunto.

"Tu y yo," dice, "litigamos por una herencia. Cada uno de nosotros pretende que es el único heredero, y que posee bienes pertenecientes á la sucesión. De lo cual resulta que cada uno puede ejercer contra el otro la acción de petición de herencia. Si propongo demanda, y, expedida sentencia, quieres deducir después contra mí la acción; trátase de saber si ésta es admisible ó si debe repelerse por la excepción de cosa juzgada. Todo depende entonces del contenido de la sentencia. Si ella te condena, la excepción es admisible, porque habiéndoseme declarado único heredero, síguese necesariamente que tú no lo eres. Si, al contrario, mi demanda fue rechazada, la sentencia no obsta á tu acción ni al nuevo fallo del juez; quien puede condenarme ó denegar tu demanda, porque no fuera difícil que ninguno de los dos sea heredero."

Transcribamos literalmente la última parte del texto; la cual, á no dudarlo, es de lo más decisiva :

Interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra; si meam esse, nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso, quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse; si vero

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua. (D. XLIV. II. 15.) (5)

Evidentemente no se admiten como posibles sino dos decisiones : ó bien la condena, ó bien la absolución ; la cual, dejando íntegros los derechos del reo, no influye en un litigio ulterior relativo á tales derechos. Gayo no supone, pues, que la sentencia pueda conferir al reo la calidad de heredero; por cuanto es certísimo que quiso enumerar todas las soluciones de que es susceptible el primer litigio.

23. Habiéndose determinado los efectos que surte la sentencia, condenatoria ó absolutoria, tratemos de otro punto importantísimo, á saber, si la autoridad de cosa juzgada se limita á la *parte dispositiva*, ó también se extiende á los *considerandos* ó *fundamentos*.

En todas las naciones civilizadas se ha establecido, como garantía de la buena administración de justicia, que en las sentencias determine el juez las razones que le han inducido á resolver. De ahí que la sentencia se divide en dos partes del todo distintas : la *motiva*, en que se exponen los fundamentos, y la *dispositiva*, en que se absuelve ó condena al reo.

Muchos de los jurisconsultos modernos, y en especial los franceses, afirman lisa y llanamente que la parte dispositiva de la sentencia es la que pasa en autoridad de cosa juzgada, mas no los fundamentos; porque, según dicen, éstos no consisten sino en las razones que han influído en el ánimo del juez para expedir la parte dispositiva.

Pero es evidente que si atendemos, no á las palabras, si no á la esencia misma de las cosas, lo que debemos buscar siempre en las decisiones judiciales es el *pensa-*

(5) Se ha de ver si se pronunció que á mí me pertenecía la herencia ó que te pertenecía á tí. Si me corresponde á mí, te obstará la excepción de cosa juzgada; porque por el mismo hecho de resolver que es mía, se declaró que no era tuya; mas si se dijo que no era mía, se entiende que no se determinó cosa alguna en cuanto á tu derecho, y puede no ser tuya ni mía.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

miento del juez, procurando conocerlo á ciencia cierta; porque tal pensamiento es la resolución misma, y ésta, lo que pasa en autoridad de cosa juzgada.

24. Luego, tenemos de plantear y resolver estos dos problemas :

I. ¿Cuál es en realidad el pensamiento que, expresado por el juez, pasa en autoridad de cosa juzgada?

II. ¿Qué signos dan á conocer el verdadero pensamiento del juez? ¿Dónde debemos buscarlo?

Aceptemos por un instante la opinión de los que niegan en lo absoluto que los fundamentos pasan en autoridad de cosa juzgada, y atengámonos sólo á la condena ó la absolución.

Entonces la sentencia condenatoria diría : Declárase que el reo debe dar al actor una cosa determinada, ó pagarle cierta suma de dinero.

La sentencia absolutoria se reduciría á estos términos : Absuélvese de la demanda al reo.

Pero si, como lo hemos visto, es necesaria la cosa juzgada, las hipótesis que hemos presentado son del todo inaplicables é inadmisibles.

Para ello fijémonos en los dos siguientes puntos :

1°. Los efectos que para lo sucesivo surte la cosa juzgada; y

2°. La naturaleza del litigio y las funciones del juez.

La cosa juzgada consiste en que los efectos irrevocables de la sentencia obsten á que la misma controversia judicial se suscite nuevamente.

Pues bien, las resoluciones que hemos presentado como ejemplos, no pueden servir de base á la autoridad de cosa juzgada.

Las causas en que el juez se funda para condenar ó absolver pueden ser muy complejas.

Si, por ejemplo, se deduce la acción reivindicatoria, los fundamentos de ésta son siempre los siguientes : 1°. El dominio perteneciente al actor; y 2°. La posesión del reo. El reo puede oponer á la demanda varias excepciones : transacción, cualquier otro contrato relativo á la cosa litigiosa, prescripción, &., &. Si la petición de herencia es la acción deducida, su buen éxito depende de estas circunstancias : 1ª. El actor debe ser heredero : 2ª. El reo, posee-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dor de las cosas determinadas en la demanda; y 3ª. Las cosas poseídas han de pertenecer á la sucesión. Contra la petición de herencia pueden alegarse transacción, prescripción, nulidad de testamento, &.,&.

Estas acciones no acarrean sentencia condenatoria sino cuando el juez se convence de que la demanda es fundada, y de que no constan las excepciones.

Para la absolución basta que el juez declare que falta uno de los requisitos constitutivos de la acción, ó que es legal cualquiera de las excepciones. Luego, la fórmula que se limita á la absolución, no nos manifiesta el pensamiento del juez. Así, en el caso propuesto de la acción de dominio, puede declarar el juez que el actor no es propietario, ó que el reo no es quien posee, ó que consta la transacción ó la prescripción.

Por tanto, es de todo punto imposible alegar la excepción de cosa juzgada, si sólo sabemos que en el primer litigio se absolvió al reo. Si bien toda sentencia absolutoria pasa en autoridad de cosa juzgada, trátese de saber en qué consiste la absolución, esto es, el *contenido de la sentencia* como único medio de alegar con seguridad la excepción de cosa juzgada.

Aunque la sentencia condenatoria también presenta algunas dificultades, la incertidumbre no es tan absoluta; por cuanto sabemos positivamente que según el juez constaban todos los fundamentos de la acción, y no se habían justificado las excepciones. Pero aun entonces se suscitan dudas, que la mera parte dispositiva no desvanece. Cuando, por ejemplo, la sentencia deniega la compensación que se opone á una acción personal, el juez pudo fundarse en que no constaba el crédito materia de la compensación, ó en que ésta no se efectuó por ser aquel ilíquido. La parte dispositiva de la sentencia no nos manifiesta en qué consiste el pensamiento del juez; y en tal caso no puede saberse si es admisible la excepción de cosa juzgada.

Si estudiamos el problema en el otro aspecto, á saber, la naturaleza del litigio y los deberes del juez, llegaremos al mismo resultado.

Tan luego como termina la sustanciación, el juez debe decidir los puntos controvertidos, y asegurar la eficacia de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

su resolución. Es necesario que la cosa juzgada resguarde el derecho no sólo actualmente, sino de toda violación ulterior. Si el juez se limita á garantizar actualmente el derecho, no cumple sus deberes; no los garantiza para lo sucesivo sino puntualizando los elementos de su resolución; la cosa juzgada impide que después el derecho sea violado; y pasa en autoridad de cosa juzgada todo cuanto resuelve el juez sobre los puntos puestos por las partes en tela de juicio.

De lo cual se deduce que los fundamentos de la sentencia pasan en autoridad de cosa juzgada; ó, en otros términos, que la autoridad de cosa juzgada inherente á la sentencia es inseparable de los hechos jurídicos declarados por el juez; ya que la parte meramente práctica de la sentencia, la obligación impuesta al reo ó la absolución de la demanda, no es sino la consecuencia de tales hechos jurídicos.

25. Mas, á fijarnos bien en los fundamentos de la absolución ó de la condena, veremos que son de dos especies :

1ª. Los *fundamentos objetivos*, que consisten en la apreciación de las acciones y excepciones que, deducidas por las partes, resuelve el juez en la sentencia; y

2ª. Los *fundamentos subjetivos*, es decir, las razones que influyen en el ánimo del juez, y le persuaden á afirmar ó negar los fundamentos objetivos, como la interpretación de las leyes, el análisis de las pruebas, &., &.

Los *fundamentos objetivos* son los que pasan en autoridad de cosa juzgada.

Si, propuesta acción personal, se alega compensación, y ésta se admite ó rechaza; los fundamentos de la absolución ó de la condena pasan en autoridad de cosa juzgada, así como también lo pasan los que mueven á denegar ó admitir la excepción de pago.

Vimos ya que deducida la acción reivindicatoria ó la de petición de herencia, el reo puede afirmar ó que se extinguió el derecho del actor, ó que la propiedad ó la herencia litigiosa sólo á él le pertenece, y que, por lo mismo, el actor no es propietario ni heredero. Si aceptando el juez las excepciones, funda en ellas la absolución del reo, tales *fundamentos objetivos* pasan en autoridad de cosa juzgada,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

y el reo á quien se ha declarado propietario ó heredero, puede oponer al actor la sentencia como título incontrovertible. Lo cual demuestra que la autoridad de cosa juzgada inherente á los *fundamentos objetivos*, es lo que garantiza los resultados de tan necesaria institución.

También hemos visto que la absolución del reo nunca se convierte en condena del actor; por lo cual pudiera suponerse que esta doctrina pugna con los principios que acabamos de asentar. Pero aduzcamos las razones que explican esta aparente contradicción. La condena surte en general dos efectos, que si bien son correlativos, pueden distinguirse. El primero consiste en un acto; prestación ó abstención á que el reo está obligado; obligación que no puede imponerse al actor. En este sentido el principio, absolutamente cierto, es de grande importancia. El segundo efecto es la influencia de la cosa juzgada en los litigios futuros; y sólo entonces hay la aparente contradicción que procuramos conciliar. Ahora bien, aun á este respecto nuestro principio se reduce á que la absolución *como tal*, nunca tiene fuerza de condena contra el actor; pero ello no obsta á que la autoridad de coza juzgada, que se extiende á los *fundamentos objetivos*, surta acerca del reo los mismos efectos que hubiera surtido la condena del actor, si ella hubiera sido posible.

26. Estudiemos ya los efectos de la cosa juzgada, los cuales se reducen á dos :

1º La *ejecución* de la sentencia; y

2º La *excepción de cosa juzgada*.

27. Lo primero no presenta ninguna dificultad. Si bien varian las leyes adjetivas, todas conceden al actor victorioso los medios conducentes á compeler al reo á la prestación materia del litigio.

En Chile y en el Ecuador, que han aceptado las leyes españolas que determinan los medios de ejecutar la sentencia, ésta es uno de los títulos ejecutivos, y el juez declara que el reo debe proceder al cumplimiento de la obligación, á menos que alegue excepciones nacidas después de la sentencia; y, observados breves trámites, se procede al embargo, avalúo y subasta de los bienes del deudor.

28. Tratándose de la ejecución, debe sí observarse que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

hay casos en que la sentencia puede ser corregida, y otros en que no se cumple por absoluta imposibilidad.

La sentencia se modifica por el juez á quien corresponde ejecutarla, cuando ella encierra error de cálculo, esto es, si pugna con las leyes matemáticas. Si, por ejemplo, se dijera : "Condénase á Pedro á pagar diez mil pesos, y además dos mil, que son los intereses que, al cinco por ciento, los diez mil pesos han producido en un año"; es evidente que el reo tendría perfecto derecho para manifestar que si bien ha pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia que le condena al pago de diez mil pesos y los respectivos intereses; es susceptible de reformarse en cuanto al erróneo cálculo de los intereses que el capital ha producido.

Muy análogo al caso de error de cáculo es aquel en que la sentencia impone una obligación contraria á las leyes de la naturaleza; como si resuelve que el reo debe abrir una ventana, y los arquitectos declaran que el edificio no podría resistir á las obras para ello necesarias.

Salvos los dos casos, error de cálculo é imposibilidad, el juez no oye ninguna excepción que obste á la ejecución de la sentencia.

29. Debíamos estudiar exclusivamente la excepción de cosa juzgada; ella es lo que influye en los derechos mismos puestos por las partes en tela de juicio, porque si bien en muchos casos el juez se limita á declarar un derecho, en otros la sentencia extingue la obligación y aun crea nuevas obligaciones.

La *exceptio rei iudicatae*, ó excepción de cosa juzgada, es lo que obsta á que una sentencia pugne con otra sentencia anterior. Esta excepción nace, pues, de la sentencia absolutoria y de la condenatoria. Cuando nace de la primera, protege al reo contra toda acción que pugne con tal sentencia. Si la sentencia fué condenatoria, pueden alegar la excepción tanto el actor como el reo : aquél, si el primitivo reo pretende un derecho opuesto á la sentencia condenatoria; y el reo, si demandado en virtud de la sentencia, se le exige más de lo que ella declara.

30. ¿En qué casos se admite la excepción de cosa juzgada? Planteamos tal problema en los siguientes términos : *Cuando, propuesta demanda, se alega la excepción*

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

de cosa juzgada, debe investigarse qué relación hay entre los dos litigios; esto es, entre el litigio que terminó con la sentencia y el nuevo litigio.

En cuanto á este problema tenemos dos textos en las Pandectas:

Iulianus respondit, exceptionem rei iudicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur. (6) (XLIV. II. 3.)

Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. (7) (XLIV. II. 7. § 4°.)

Los dos textos están conformes en cuanto exigen para la eficacia de la excepción doble relación de identidad entre el primero y el segundo litigio: la *cuestión de derecho* debe ser la que antes se decidió, y las personas, las mismas que intervinieron en el primer litigio; en otros términos debe haber identidad *objetiva* y *subjetiva*.

Pero obsérvase que sólo para facilitar el estudio se distingue la *identidad objetiva* de la *identidad subjetiva*; porque la cosa juzgada puede alegarse sólo cuando hay *identidad* entre los dos litigios, y no la hay sino cuando el punto controvertido es uno mismo y unas mismas las personas. Aunque sean idénticos los puntos controvertidos en el litigio suscitado por C á D, y en el que suscita X á Z, ¿cómo se afirmaría que los dos litigios considerados, por decirlo así, individualmente, son indénticos?. ¿No nos dicen la razón y los principios que la sentencia pronunciada á favor de una persona ó contra ella no aprovecha ni perjudica á terceros? Muchas veces observaremos, en el curso de nuestra obra, que si bien los romanos levantaron sobre bases de granito el edificio de la jurisprudencia, las leyes romanas y las doctrinas de sus expositores adolecen de sutilezas que han extraviado á los en-

(6) Responde Juliano que obsta la excepción de cosa juzgada cuandoquiera que las mismas personas van á litigar sobre lo que ya está determinado.

(7) Como dice Juliano, por regla general obsta la excepción de cosa juzgada cuando las mismas personas susciten la propia controversia, aunque sea por distinta acción.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tendimientos más eminentes. El mismo Savigny á quien hemos seguido paso á paso en el estudio de esta difícil cuanto complicadísima materia, por atenerse al pie de la letra á los textos de Juliano, no hace observación alguna acerca de las *dos especies de identidad;* cuando la *identidad* es un todo absolutamente indivisible, y si falta cualquiera de sus elementos constitutivos, no la hay ni puede haberla.

Los jurisconsultos franceses, que se limitan á comentar el art. 1351 del Código de Napoleón, entran en un inextricable laberinto, fijando reglas sobre la identidad del objeto, causa y personas; y no salen de él sino por medio de innumerables distinciones, que lejos de aclarar la materia, la oscurecen, embrollan y confunden.

La regla fundamental parece muy sencilla. El juez acepta la excepción de cosa juzgada, si al sentenciar un litigio decidiría lo mismo que en otro fue resuelto.

31. Para que esto se comprenda bien, juzgamos necesarias algunas observaciones en cuanto á la sustanciación de los juicios.

Sean cuales fueren los códigos que la determinan, si se fundan en los principios de la ciencia, tienen de ser casi uniformes. Dedúcese la acción en la demanda; el reo se opone, en la contestación, á las pretensiones del actor, ya se denomine ello medios de defensa, ya excepciones perentorias; las partes prueban los respectivos hechos; exponen los fundamentos de su derecho, y el juez absuelve ó condena al reo.

La demanda, para serlo, debe puntualizar:

1°. La persona contra quien se deduce la acción;

2°. Qué es lo que el actor exige;

3°. El fundamento denominado *causa*, esto es, el hecho jurídico origen del derecho controvertido.

Cuando la acción es personal, la causa consiste, ya en el hecho que ha originado la obligación, esto es, un contrato ó cuasicontrato, un delito ó cuasidelito, ya en la ley misma.

Si la acción es real, se expresa el origen del derecho reclamado. Por ejemplo, á reivindicarse un inmueble, cómo se adquirió el dominio: compra, sucesión por causa de muerte, &., &.; si la acción es la de petición de he-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

rencia, cuál es el título del heredero : un testamento, la sucesión abintestato, &., &.

Los comentadores de las leyes romanas y españolas distinguían, respecto á la demanda, entre la acción personal y la acción real. A deducirse la primera, debía determinarse necesariamente la *causa* de la obligación; mas, si la segunda, bastaba exigir un derecho, como el dominio, herencia, servidumbre. Pero las legislaciones modernas no aceptan tales sutilezas, y prescriben que sea cual fuere la acción, el actor enuncie todo cuanto sea necesario para que con pleno conocimiento de causa proceda el reo á contestar la demanda, el juez falle sobre todo cuanto pueda influir en el derecho reclamado, y la decisión que pase en autoridad de cosa juzgada, obste necesariamente á que en otro litigio se pongan en tela de juicio los mismos derechos ya controvertidos.

32. Ahora es fácil comprender cuándo hay identidad entre dos litigios, aunque en apariencia el objeto y la causa sean distintos.

El distinguir la identidad de la cuestión de derecho de la identidad de las personas no puede aceptarse, lo repetimos, sino para facilitar el estudio, mas no como principio jurídico; porque la institución de la cosa juzgada no resguarda la sentencia sino cuando entre el litigio anterior y el posterior hay *identidad;* y salta á la vista que no puede haberla si en los dos litigios las partes son del todo diversas.

Volvamos, pues, al estudio de los dos puntos determinados por Juliano :

Una misma cuestión de derecho;

Unas mismas personas.

La *identidad objetiva* se explica por medio de dos reglas, cuyo sentido debe comprenderse bien :

1ª. Cuando las dos acciones se refieren á controversias distintas, no puede alegarse la excepción de cosa juzgada, aunque haya aparente identidad entre las cuestiones de derecho. Así, de la sentencia sobre la posesión no nace nunca excepción de cosa juzgada en cuanto al dominio y viceversa. Pudiera alegarse que la propiedad y la posesión son derechos en la cosa, el uno extenso y el otro restringido, y que por eso el segundo es parte integrante del

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

primero. Mas tales derechos son del todo distintos; de manera que la afirmación ó negación del uno no obsta á la afirmación ó negación del otro :

2ª. Cuando, al contrario, las dos acciones se refieren á una misma cuestión de derecho, admítese la excepción de cosa juzgada, aunque haya diferencias aparentes.

A fin de explicar esta regla, tan importante como difícil, examinemos primero los casos más sencillos, en que no puede revocarse á duda la absoluta identidad de las dos cuestiones de derecho; y después, aquellos en que falta la identidad absoluta, sin que deje de haberla jurídicamente, ni obste ello á la cosa juzgada.

Casos en que la identidad de las dos acciones es evidente.

Fundado el actor en la prescripción, demanda el dominio de un inmueble; recházase la demanda por sentencia definitiva; después el mismo actor deduce contra el propio reo idéntica acción, y se funda en la misma causa. Exígense en juicio mil pesos, absuélvese al reo, y contra éste se deduce de nuevo la misma acción.

Como en estos dos casos el segundo litigio en nada difiere del primero, ninguna dificultad presentaría la excepción de cosa juzgada.

Para que la excepción sea admisible, no es preciso, empero, que la identidad sea tan absoluta como acabamos de suponerlo. Trátase sólo de investigar si en dos litigios determinados concurren realmente los requisitos esenciales, esto es, la *identidad objetiva* y la *subjetiva*.

Vamos á enumerar brevemente las diferencias que puede haber entre los dos litigios, sin que obsten ellas á la excepción de cosa juzgada :

1ª. La segunda acción puede ser distinta de la primera :

2ª. Las partes pueden intervenir en el segundo litigio en diversa calidad que en el primero, como si el que fue actor en el uno pasa en el otro á ser reo :

3ª. El derecho que en la primera demanda fue el objeto controvertido, en la segunda puede ser la causa de lo que se pide :

4ª. El objeto materia del litigio puede ser distinto en las dos acciones.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Síguese, pues, que la identidad de las cuestiones de derecho (*eadem quaestio*) es la única circunstancia decisiva para que se admita la excepción de cosa juzgada; y que cuandoquiera que haya tal identidad, se prescinde de las diferencias aparentes entre los dos litigios. Esta doctrina, lo repetimos, tiene íntima conexión con la que establece que los *fundamentos objetivos,* como parte esencial de la sentencia, pasan en autoridad de cosa juzgada.

I. Acciones diversas.

La segunda acción puede ser distinta de la primera, sin que ello impida la excepción de cosa juzgada. Esto sucede cuando de un mismo acto ó contrato nacen dos ó más acciones. Si deducida la una, el juez resuelve implícitamente sobre la otra, puede alegarse la excepción de cosa juzgada, cuando la segunda se dirija en distinta demanda. Así, por ejemplo, á constituírse el comprador en mora de pagar, el vendedor tiene derecho para exigir, ya el precio, ya la resolución del contrato. Supóngase que el vendedor exija la resolución, y que el comprador alegue que el precio está pagado. Si el juez acepta la excepción en la sentencia, evidentísimo que no podrá el vendedor entablar otra demanda por el pago del precio; porque si bien la acción es distinta, se controvertiría el mismo punto resuelto en otra sentencia; y, según la expresión romana, hubiera *eadem quaestio*.

II. Diferencia de la calidad en que intervienen las partes en el primero y en el segundo litigio.

Esta circunstancia nunca impide que se oponga con buen éxito la excepción de cosa juzgada. Si el reo pierde el litigio sobre dominio, y deduce acción reivindicatoria contra el primitivo actor, puede alegar éste la excepción de cosa juzgada; porque la sentencia declaró irrevocablemente que el reo no era el dueño. Lo mismo se aplica á la petición de herencia, cuando, pronunciada sentencia condenatoria, se invierten en otro litigio las calidades de actor y de reo.

Si á una acción personal se opone compensación, y el juez la declara infundada, porque el reo no es acreedor del demandante; y después volviera á litigarse sobre el mismo crédito ya rechazado en la sentencia, el segundo litigio terminaría por la excepción de cosa juzgada.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

III. La diferencia entre los dos litigios puede consistir en que lo controvertido en el primero no sea en el segundo sino la causa de la acción.

Esa diferencia tampoco obsta á la cosa juzgada. Si, por ejemplo, el actor perdió el litigio sobre petición de herencia, y demanda después al reo primitivo el dominio de un objeto perteneciente á la misma herencia; se le opondrá con buen éxito la excepción de cosa juzgada, aunque la calidad de heredero, que se le denegó jurídicamente, no sea el objeto del segundo litigio, sino la causa de la acción. Lo mismo se aplicaría al caso contrario. Si habiendo litigado el actor, como heredero del propietario, sobre el dominio de una especie; el juez hubiese declarado que aquél no era tal heredero, y si el mismo actor dedujese posteriormente la acción de petición de herencia; rechazaríase ésta por la excepción de cosa juzgada.

Esta regla, importantísima en la práctica, es consecuencia necesaria del principio según el cual los *fundamentos objetivos* pasan en autoridad de cosa juzgada; y los autores modernos la refieren, con razón, al principio de la *eadem quaestio*.

IV. Diferencia del objeto controvertido.

Tal diferencia no siempre impide que se oponga la excepción de cosa juzgada; pues, acerca de este punto, sólo se investiga si en los dos litigios se trata de una misma cuestión de derecho.

Si algunas leyes romanas declaran que la excepción no es admisible sino cuando los dos litigios versan sobre un mismo objeto, debe aplicarse ello á los casos ordinarios, en que acciones distintas se refieren á distintos objetos. Así, la sentencia que deniega el dominio de un predio, no puede pasar en autoridad de cosa juzgada en cuanto á un litigio en que se disputa el dominio de otro inmueble.

Pero hay muchos casos importantes en que la diferencia de los objetos materia de las dos acciones no impide que á la segunda se oponga la excepción de cosa juzgada. Entonces se funda ésta en la relación del todo á sus partes. En effecto, como cada una de las partes se comprende en el todo, sucede con frecuencia que la decisión relativa al todo se refiere asímismo á las par-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tes; y si bien parece que las acciones atañen á objetos distintos, no es menos real la identidad. Planteando el problema en esta forma abstracta, no procuramos sino manifestar el punto de vista en que debemos colocarnos para resolverlo. Pero el examen de los casos particulares á que el principio se aplica, es lo único que puede poner en claro el asunto, y fijar los límites del principio.

El caso más notable en esta materia es el de petición de herencia, cuyo objeto es naturalmente la universalidad de un patrimonio; pero la misma acción puede ejercerse contra el reo que posee alguno de los bienes que componen la sucesión. Si el actor que, como heredero, demanda el dominio de una casa, pierde el pleito, y después demanda al mismo reo terrenos pertenecientes á la propia herencia; se le opondrá victoriosamente la excepción de cosa juzgada, aunque cada una de las dos acciones se refiere á un objeto del todo diverso. Efectivamente, la *cuestión de derecho* no consiste sino en la calidad de heredero; la primera sentencia la deniega al actor, y ella obliga al juez que conoce en el segundo litigio.

El mismo caso puede presentarse con las siguientes aplicaciones, que vemos en un texto del derecho romano. A y B pretenden la herencia del difunto C, y cada uno de ellos, que es el único heredero. A posee una casa, B, otro predio, y ambas fincas pertenecen á la sucesión. A deduce la petición de herencia en cuanto al predio, y B es condenado á restituírselo. Cuando B entabla demanda contra A exigiéndole la casa, éste le opone la excepción de cosa juzgada, porque la primera sentencia ya decidió que B no es heredero.

También se aplica esta regla cuando la demanda que se refirió á ciertos bienes, como á un derecho real ó á un crédito, se deduce de nuevo respecto á una parte de los mismos bienes. La condena relativa al todo se extiende á sus partes, según la regla : *in toto et pars continetur*.

Esta regla es conforme al principio de la *eadem quaestio*, porque el juez puede conceder, bien la totalidad de lo controvertido, bien sólo una parte. Por lo cual,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

si absuelve al reo, decide implícitamente que el actor no tiene derecho á ninguna fracción de la cosa controvertida; y, por ende, la demanda que exigiese una de las fracciones estaría en abierta pugna con el contenido de la sentencia.

33. La regla importante que acabamos de fijar se manifiesta de una manera tan completa en un texto de Ulpiano, que las diversas aplicaciones de que es susceptible se deducen del propio texto.

Si quis, quum totum petiissent, partem petat, exceptio rei judicatae nocet; nam pars in toto est; eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est, nec interest utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso, dicendum erit, exceptionem obstare. Proinde et si proponas mihi, certum locum me petere ex eo fundo quem petii, obstabit exceptio..... (8) (D. XLIV. II. 7.)

Dícenos Ulpiano que la regla del todo y sus partes es applicable en tres casos : 1°. Cuando se trata de un *corpus* y de sus partes reales ó abstractas. Si demandado el dominio de un predio, se absolvió al reo, el actor no puede exigirle después una parte determinada del mismo, ni una fracción, como un tercio ó un cuarto : 2°. Cuando se trata de una *quantitatis*. Por lo cual rechazada la demanda de mil francos, no puede intentarse de nuevo por setecientos ó por trescientos; pues cada una de estas sumas se comprende en la sentencia primitiva que absolvió al reo; y 3°. Cuando se trata de un *ius*. Así, absuelto aquél de la demanda sobre usufructo de

(8) Si alguno habiendo pedido el todo, pidiese después la parte, le obsta la excepción de cosa juzgada; porque la parte se comprende en el todo, y se recibe lo mismo aunque se pida la parte del todo que se pidió : y no es del caso que esto se diga respecto de la cosa corporal, ó que consista en cantidad ó en derecho; por lo cual si alguno pidiere un fundo, y después pidiere parte de él, dividida ó sin dividir, se ha de decir que le obsta esta excepción; porque si propones que pido cierta parte del fundo, que ya habia pedido, me obstará esta excepción.....

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

una cosa, no se puede entablarla de nuevo por la mitad del propio usufructo.

Supongamos el caso inverso, esto es, que se exija el todo después de perdida la litis sobre una de sus partes. ¿Rechazaráse la demanda por la excepción de cosa juzgada? Resuélvese este problema, ya afirmativa, ya negativamente; pero la resolución absoluta es errónea. No tenemos ahora un principio tan general como en el otro caso, y es menester investigar en cada controversia si la segunda acción se refiere á la *misma cuestion de derecho;* porque, lo repetimos, en eso consiste siempre la única circunstancia decisiva. Cuando, por ejemplo, se demanda una de las porciones de terreno que componen un predio rústico, y se ha rechazado la acción, no obsta ello á que se exija otra porción del mismo predio; pues las dos porciones pueden considerarse como heredades distintas. Luego, á demandarse nuevamente el predio íntegro, se puede oponer la excepción de cosa juzgada en cuanto á la parte que en la primera sentencia se determina, mas no respecto á las otras partes del predio. Si deducida la acción confesoria, se deniega, en cuanto á dos metros, el *ius altius non tollendi*, y en virtud de otra acción se reclama el mismo derecho acerca de cinco metros; á la segunda obsta la excepción de cosa juzgada, porque tal servidumbre no podría ejercerse sin la que ya se denegó en la sentencia.

Los siguientes casos tienen analogía con la relación entre el todo y sus partes.

Cuando se ha absuelto de una demanda sobre intereses, y exígense después otros ó el capital; trátase de saber si á la segunda demanda cabe oponerse la excepción de cosa juzgada. La misma duda puede suscitarse cuando la primera demanda se refirió á los réditos de una renta, y la segunda á otros réditos ó al derecho de exigirla.

Entonces se investiga únicamente si las dos acciones se refieren á una misma *cuestión de derecho*. Si el reo fue absuelto de la primera demanda por haberse declarado que no debía el capital, ó que la renta no se había constituído, á la segunda demanda obsta la excepción de cosa juzgada; mas no si la demanda se hubiese re-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

chazado á causa del pago de los intereses vencidos, ó de compensación con los réditos.

34. Habiéndose tratado de la identidad objetiva, pasemos á la *subjetiva*, esto es, á la identidad de las personas.

Al comentar el inciso 2º del art. 3º asentamos la regla fundamental de que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren; y, por lo mismo, la sentencia expedida en un litigio no surte ningún efecto acerca del que siguen otras personas.

De ahí también se deduce que no puede oponerse la excepción de cosa juzgada sino cuando en los dos litigios intervienen unas mismas partes.

La regla tiene mayor importancia á tratarse de las acciones reales. Como el dominio y la herencia confieren al propietario ó al heredero un derecho exclusivo, susceptible de alegarse contra todos, acaso se juzgue que la calidad de propietario ó de heredero, declarada ó denegada en sentencia, tiene generalidad y eficacia absolutas; lo cual no sería exacto. La esencia de la *cosa juzgada* consiste en que si una de las partes triunfa en el litigio, adquiere un derecho contra la que lo pierde; derecho que, muy análogo á los provenientes de las obligaciones, no podría oponerse á terceros que exigiesen el mismo dominio ó la misma herencia.

35. Debe sí observarse que las sentencias constituyen título de propiedad que, *como tal*, surte efecto contra todos. "La sentencia que declara un derecho *in rem*", dice Bonnier, "es *título* que equivale á *instrumento auténtico*, aún en cuanto á los que no han sido parte en el juicio, y constituye respecto de ellos *prueba plena*, á menos que los mismos justifiquen lo contrario". Y la Corte de Casación, en fallo pronunciado el 22 de mayo de 1865, decía: "La sentencia que declara un derecho real constituye *título*, que, como cualquier otro, puede oponerse contra todos por el que lo obtuvo. Cierto que según el art. 1351 la autoridad de cosa juzgada se limita á las partes que intervinieron en el juicio, y que la sentencia no pasa respecto de terceros en autoridad de cosa juzgada; pero no deja de ser verdadero *título*, y los terceros contra quienes éste se

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

presenta, no pueden impugnar la prueba que resulta de ella sino rindiendo prueba en contrario, que justifique un derecho preferente ó la posesión anterior legalmente adquirida".

Esta importantísima distinción es conforme á la naturaleza misma de las cosas. La sentencia debe considerarse en dos aspectos del todo diversos : como *decisión* que termina el litigio; y como *prueba* del derecho real declarado por el juez. En el primero, la sentencia no surte efecto sino entre las partes, y no puede alegarse la excepción de cosa juzgada sino contra la que pretende impugnar tal sentencia. En calidad de *prueba,* es *instrumento auténtico*, que merece tanta fe como la escritura pública. Ahora bien, según lo manifestaremos después, la escritura pública constituye prueba plena *contra todos;* pues las leyes y los autores según los cuales la escritura no surte efecto en cuanto á terceros, confunden dos cosas muy distintas, á saber, el *título* mismo de propiedad, que no se extiende sino para que pruebe siempre *contra todos,* y los *efectos* de la *convención*, que no aprovechan ni perjudican sino á los contratantes.

Limitámonos por ahora á estas brevísimas observaciones; pues, al comentar el art. 1700, examinaremos la escritura pública como prueba del derecho que nace del acto ó contrato para cuya constancia se otorga.

36. La sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada respecto de las partes, y de los *sucesores*, *á título universal ó singular*.

El principio de que la sentencia aprovecha ó perjudica á las partes y á sus *herederos,* es tan inconcuso, que apenas si merece mencionarse. La esencia de la sucesión á título universal consiste en que el difunto trasmite al heredero todos sus bienes, derechos y obligaciones.

Pero hay una restricción proveniente del beneficio de inventario. El heredero que acepta con tal beneficio no está obligado á las deudas y cargas de la sucesión, sino con el precio de los bienes hereditarios. De manera que aun cuando el heredero beneficiario no impugne la sentencia misma que contra el difunto se hubiere pronunciado, puede excepcionarse afirmando que, como tal heredero, carece de bienes.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los sucesores á título singular están asímismo obligados por la sentencia, cuando ella se refiere á los bienes en que han sucedido; lo cual se aplica diariamente al derecho de propiedad. La sentencia que, pronunciada contra el vendedor, declara que un inmueble tiene ciertos límites, está gravado con servidumbre, censo ó hipoteca, pasa en autoridad de cosa juzgada en cuanto al comprador; pues el vendedor no pudo trasmitirle sino los derechos que tenía. Por idénticas razones, cuando el acreedor cede un crédito, perjudica al cesionario la sentencia que, respecto al propio crédito, se hubiere pronunciado antes que la cesión se notificara al deudor.

37. Notabilísimos expositores del Derecho francés, como Laurent, Bonnier, Aubry y Rau, sostienen que los acreedores no hipotecarios son *representados* por el deudor en todos los litigios que contra él se suscitan. Lo cual no pasa de una incalificable sutileza.

Si nos fijamos, no en las palabras, sino en la esencia misma de las cosas, vemos que el art. 2468 del Código civil declara que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir todos los bienes del deudor, presentes y futuros, exceptuándose solamente los no embargables; y conforme al art. 2093 del Código de Napoleón, los acreedores tienen sobre todos los bienes del deudor un derecho á manera de prenda. Pero esa prenda, lejos de constituír un derecho real, no consiste sino en la facultad de hacer embargar y vender los bienes del deudor, así los actuales como los que vayan adquiriéndose. Luego, la sentencia pronunciada contra el deudor surte el efecto de disminuir los bienes que los acreedores pueden embargar y vender; ¿y hay analogía, ni la más remota, entre tal efecto y la *representación?*

38. En cuanto á los efectos de la cosa juzgada en casos especialísimos, como cuando se trata del estado civil de las personas, de la fianza, de la obligación solidaria ó indivisible; trataremos de ellos al comentar cada uno de los respectivos artículos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

§ II.

De las sentencias extranjeras. (*)

39. Los efectos que surten las sentencias pronunciadas en otro Estado, es uno de los puntos más importantes y más difíciles del Derecho, y en que hay absoluta divergencia así en la legislación ó la práctica de las naciones, como en los pareceres de los publicistas y jurisconsultos.

A tres se reducen los sistemas de los Estados y de los escritores sobre los efectos que surten las sentencias extranjeras:

1°. La autoridad de la sentencia es meramente territorial; el juez de la nación extranjera debe examinar los méritos del proceso, y resolver de nuevo sobre los derechos de las partes; (9)

2°. Distínguese entre los ciudadanos y los extranjeros, y si bien la sentencia se ejecuta contra éstos, para ejecutarla contra aquéllos es menester que la revean los jueces de la nación; y (10)

(*) Fiore. Effetti internazionali delle sentenze e degli atti. —Constant. De l'exécution des jugements étrangers.—Phillimore. IV. DCCCCXXVIII-DCCCCLVI.—Calvo. II. § 873-883. —Massé. II. 793-804.—Pardessus. V. 1488.—Foelix. II. 316-404. —Story. § 584-618. i.—Kent. II. XXVII. 3.—Wheaton. P. II. Chap. II. § 21.—Heffter. § 39.—Asser. 88. 90.—Wattel. II. § 84. 85.—Martens. I. § 94. 95.—Klüber. § 59.—Dalloz. Droit civil. 417.—Merlin. (Q.) Jugement. § XIV. n. II.—Zachariae. (A. R.) VIII. § 769 ter.—Boitard. II. 801.—Troplong. Privilèges et Hypothèques. II. 451.—Demolombe. I. 262-261.—Pradier-Fodoré. III. 1818-1831.

(9) "Pocos Estados declaran que no tienen ningún valor las decisiones judiciales extranjeras. Mas, en la práctica, se llega al mismo resultado en muchas naciones, donde, si la materia no está reglada por un tratado internacional, la parte que exige la ejecución de una sentencia extranjera debe litigar de nuevo sobre los derechos mismos; con la excepción, empero, de que los alegatos y declaraciones del primer expediente pueden servir para el segundo." (Calvo. II. § 873.)

(10). "En cuanto á las sentencias de los tribunales, no hay una

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

3º. La autoridad de cosa juzgada es distinta del título ejecutivo; reconócese la eficacia extraterritorial de la cosa juzgada, y, como título ejecutivo; aunque la sentencia no se equipara á la expedida por los jueces nacionales, concédese al juez local la atribución de declararla tal título mediante *exequatur*.

Este sistema, que es el más razonable y el más liberal, suscita muchas controversias sobre los requisitos que deben observarse para dar á la sentencia extranjera la calidad de título ejecutivo.

40. A causa de tantas divergencias, los publicistas han trabajado, tiempo há, por resolver el problema de que se acepte en todas las naciones una práctica uniforme sobre el efecto que surte en un Estado la sentencia pronunciada en otro; considerándola, ya como excepción de cosa juzgada, ya como título ejecutivo.

Ese problema fue uno de los propuestos al Congreso

---

sola legislación que no las cuente entre los instrumentos auténticos. Pero, á no ser que un tratado diplomático les asegure en Francia fuerza ejecutiva, no surten otro efecto que el de servir de fundamento á una acción ante los tribunales franceses, sin cuya autorización no pueden ejecutarse. Puede distinguirse, á este respecto, si la sentencia se ha expedido contra un extranjero sujeto al tribunal que la pronunció, ó si se ha expedido contra un francés. En el primer caso, el tribunal francés ante quien se pide la ejecución, aun en cuanto al derecho mismo puede denegarse á ejecutarla; y sin embargo si juzgase que no debe examinarla en tal aspecto, su fallo no sería susceptible del recurso de casación; pues la revisión, facultativa para el tribunal que conceptúa debe ilustrarse antes de ordenar la ejecución, no se ha establecido en beneficio del extranjero condenado por el tribunal á cuyo fuero pertenecía.

" En el segundo caso, la sentencia expedida en nación extranjera contra un francés, debe necesariamente reverse por los jueces de Francia. Aun cuando se hubiese expedido por demanda de un francés, y se hubiese alegado ella como excepción á la nueva demanda, es necesario controvertir de nuevo los derechos como si nada se hubiese decidido; á menos que, según los tratados, las sentencias de la nación donde se ha expedido aquella cuya ejecución se pide, tuviesen la misma autoridad que las sentencias francesas, ó que la sentencia extranjera hubiese sido resultado necesario de fallos expedidos por los tribunales de Francia. " (Pardessus. V. 1488.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que, en 1863, reunió en Gante la Asociación Internacional para el perfeccionamiento de las ciencias sociales.

El Congreso Internacional de la Asociación para la reforma y codificación del Derecho de Gentes, reunido en Milán en 1883, declaró que " conviene un acuerdo internacional sobre la ejecución de las sentencias en materia civil y mercantil, y que es de desear se reuna, al intento, una conferencia oficial como la propuesta en 1874 por el Gobierno de los Países Bajos ".

En virtud de tal declaración, la conferencia puntualizó, para el proyectado acuerdo, estas ocho bases :

1ª. La sentencia debe expedirse por juez competente. La sobredicha Convención Internacional determine reglas uniformes sobre la competencia :

2ª. Debe citarse en forma al reo :

3ª. Si se trata de sentencia en rebeldía, la parte contra quien se ha pronunciado hubo de tener conocimiento del litigio y posibilidad de defenderse :

4ª. Ninguna de las resoluciones de la sentencia pugnará con la moral ni con el derecho público del Estado donde se ejecute :

5ª. En la nación donde se pronunció la sentencia, debió pasar ésta en autoridad de cosa juzgada :

6ª. El juez á quien se pide la ejecución de la sentencia, puede examinar, no lo principal del litigio, sino los ya mencionados requisitos :

7ª. La sentencia extranjera que los reuna surtirá los mismos efectos que la sentencia nacional, bien se pida la ejecución, bien se oponga como cosa juzgada; y

8ª. Los trámites de la ejecución y los medios que para ella se empleen, se determinan por el Estado donde se pida la ejecución.

41. Los escritores no se acuerdan al determinar el origen de los efectos extraterritoriales de la sentencia; y también sobre este punto hay tres opiniones :

La primera da á la sentencia fuerza extraterritorial obligatoria, porque la litiscontestación encierra un cuasicontrato de cumplir lo juzgado. (11)

---

(11) " Las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Escritores notables, como Foelix, (12) Wheaton, (13) Phillimore, (14) sostienen que las relaciones de buena

---

son obligatorias en el territorio donde se han expedido, y en las naciones donde su ejecución se ha garantizado por tratados ó por usos internacionales. Ningún Estado debería, empero, denegarse, á reconocer en las sentencias expedidas por tribunales competentes extranjeros la autoridad de un *contrato judicial* celebrado entre las partes, y, por ende, deberían declararse obligatorias después de previo examen; el cual se referiría sólo á la competencia del tribunal, á la regularidad del procedimiento, á no haber en ella resolución alguna contraria á las leyes y á las instituciones del Estado, en fin, á que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada. " (Heffter. § 39. n. IV.)

(12) " En cuanto á la sentencia, un principio incontestable declara que las atribuciones de los jueces de cada Estado para reglar las relaciones de los litigantes, aun contra la voluntad de estos, emana únicamente del poder soberano del mismo Estado, y como efecto del nombramiento de los jueces efectuado por ese poder ó por sus delegados. Síguese de ahí, conforme al principio de la independencia de las naciones, que en *derecho estricto* las sentencias pronunciadas en un Estado no pueden surtir efecto en naciones extranjeras; en otros términos, para emplear las expresiones de Merlin, la autoridad de la cosa juzgada proviene, no del derecho de gentes, sino del derecho civil de cada Estado. Las relaciones de buena amistad (*comitas*) y consideraciones de utilidad y conveniencia recíprocas (*ob reciprocam utilitatem*), inducen á establecer excepciones al principio de que las sentencias no pueden ejecutarse en Estado extranjero. " (II. 318, 319.)

(13) " Los más eminentes publicistas se acuerdan en reconocer, como principio, que toda sentencia definitiva, expedida, en cuanto á las acciones personales por tribunal competente, debe surtir el efecto de *res judicata* en cualquier otro Estado, cuandoquiera que se controvierta la acción por la misma causa.

" Pero ningún soberano está obligado, á no ser por tratados especiales, á ejecutar en su territorio una sentencia expedida en los tribunales de otro Estado; y á pedirse la ejecución de la sentencia, los tribunales deben examinar los méritos de esta sentencia, y ponerla ó no en ejecución según conceptúen justo y equitativo. La cortesía (*comitas*), utilidad y conveniencia han establecido, empero, entre las naciones civilizadas que la sentencia definitiva de los tribunales extranjeros competentes, se pone en efecto bajo ciertas reglas y restricciones, que difieren según los Estados. " (P. II, chap. II, § 21.)

(14) " La autoridad de una sentencia en tiempo de paz se deriva exclusivamente de la ley civil del territorio donde se han pronunciado; y, por lo mismo, según los estrictos principios del derecho

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

armonía (*comitas*) entre los Estados, es el fundamento de la fuerza extraterritorial de la sentencia.

Ha prevalecido generalmente la tercera opinión, (15) según la cual á virtud de la eficacia misma del *derecho*, las sentencias pronunciadas en un Estado deben ser eficaces en otro, á menos que á ello se opongan las leyes de éste ó el derecho internacional.

42. Debemos examinar la sentencia extranjera:

1°. Como *instrumento público* que, prescindiéndose de la cosa juzgada y de la ejecución, es mera prueba del derecho controvertido:

2°. Como *excepción de cosa juzgada*; y

3°. Como *título ejecutivo*.

43. Considerada la sentencia como instrumento público, es prueba irrefragable dondequiera que ella se presente; pues se aplica entonces la regla: *locus regit actum*. "Se reconoce generalmente", dice Massé, (16) "que la sentencia extranjera, aun cuando no se hubiere declarado título ejecutivo, merece plena fe, á menos de prueba contraria, en cuanto á los hechos que da por probados, prescindiéndose de la condena del reo. Por lo cual se ha decidido que una sentencia extranjera, aunque no lleve *pareatis* de los tribunales franceses, puede alegarse como prueba de haberse declarado la ausencia, y conferídose la posesión de los bienes del ausente; de manera que los herederos pueden perseguir en Francia á los deudores del ausente, sin necesidad de que se declare ejecutivo el fallo sobre la ausencia". Por eso decía la Corte de Douai, en sentencia de 5 de marzo de 1836: "Considerando que la sentencia extranjera no se ha presentado en la causa como

---

internacional, no surte efecto en territorio extranjero. Pero la equidad internacional (*comitas*), *usu exigente et humanis necessitatibus*, habla otro lenguaje, y las sentencias extranjeras son generalmente ejecutadas en todos los Estados con más ó menos restricciones." (IV. DCCCCXXIX.)

(15) "Nos parece que el consentimiento de los Estados no debe considerarse como efecto de benevolencia, ó como acto revocable de una voluntad arbitraria, sino al contrario como un solemne reconocimiento de los supremos principios del derecho." (Fiore. 31.)

(16) II. 798.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

título ejecutivo, sino como mera prueba del derecho del actor ". . . . . Y la Corte de Casación decidió, en 12 de diciembre de 1826, que un tribunal francés había podido condenar á un vendedor al saneamiento de la evicción ordenada por sentencia extranjera, sin que fuese necesaria la declaración previa de la fuerza obligatoria de tal sentencia.

44. A presentarse una sentencia extranjera, bien como excepción de cosa juzgada, bien exigiéndose que se declare título ejecutivo; el juez ó tribunal debe examinar muchas circunstancias para saber si la sentencia es ó no eficaz.

Acertadísimo nos parece denominar *eficacia* de la sentencia el conjunto de los requisitos necesarios para que ella surta efectos extraterritoriales. (17)

Debe distinguirse entre la forma de la sentencia y la resolución.

Es necesario que la sentencia esté redactada según las leyes ó la práctica de la nación cuyos jueces la pronunciaron. (18)

Si la sentencia se presenta legalizada, presúmese tal

---

(17) " Hemos preferido denotar con la palabra *eficacia* todo cuanto se refiere á la autoridad de la sentencia; porque nos proponemos deducir de ella la fuerza jurídica de la sentencia en general, ó sean los efectos jurídicos, varios é indefinidos, que pueden derivarse de una sentencia definitiva, además de la ejecución material que puede derivarse y ordinariamente se deriva. Es verdad que la ejecución de las sentencias denota, en sentido lato, la autoridad de las sentencias en cuanto regula de un modo inalterable el derecho de las partes: que los escritores hablan de la eficacia bajo la denominación general de ejecución de la sentencia, y nuestro legislador emplea la expresión fuerza obligatoria para significar lo mismo; pero nos parece mejor emplear la palabra *eficacia* para evitar cualquiera equivocación. " (Fiore. 35.)

(18) " Para que una sentencia tenga eficacia estraterritorial, debe estar en la forma extrínseca determinada por la ley de la nación donde fue expedida. Cada ley establece las solemnidades esenciales de la sentencia y de las providencias de los magistrados, el modo de publicarlas y notificarlas, y determinan las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la omisión total ó parcial de ciertas solemnidades. " (Fiore. 37.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

conformidad; y si la otra parte afirma lo contrario, el juez concede breve término para la prueba del incidente.

Cerciorado el juez de que la sentencia se halla, en cuanto á la forma, arreglada á la *lex fori*, examina si ha pasado en autoridad de cosa juzgada, y á este punto también es aplicable la *lex fori*. (19)

La parte que presenta la sentencia pudiera acompañar certificado auténtico de que ésta ha pasado en autoridad de cosa juzgada, porque se pronunció en última instancia, ó porque expiraron los términos en que se podían interponer los recursos que la ley concede.

Si la parte contra quien se presenta la sentencia alega que ésta adolece de nulidad, por haberse pronunciado en virtud de títulos falsos, ó por cualquiera otra causa, no se admitirá esa excepción; pues, como vamos á verlo, los tribunales están llamados sólo á examinar las solemnidades extrínsecas de la sentencia, y, en cuanto al contenido, si la sentencia pugna con la moral ó con el derecho público de su nación.

Si se alegare que la sentencia no ha pasado en autoridad de cosa juzgada según la *lex fori*, y no se hubiere presentado el certificado de que ya hablamos, la parte exige el cumplimiento es quien debe justificar que la que sentencia se halla ejecutoriada, acompañando copia auténtica de la ley.

45. La aplicación de la ley extranjera es uno de los puntos más difíciles cuandoquiera que se alegue tal ley dara fundar el derecho. (20) Aun presentado un artículo

---

(19) " Para determinar si la sentencia cuya eficacia se pretende hacer declarar ha pasado en autoridad de cosa juzgada, y si es definitiva y exigible, se debe atender únicamente á la *lex fori;* y si no hubieren transcurrido todavía los términos para apelar de la sentencia, si la ley dispone que no se ejecute mientras no haya transcurrido el término para apelar, ó que el efecto suspensivo dure mientras no se decida en segun a instancia, la sentencia no puede declararse ejecutiva en otro Estado. Y, al contrario, si según la *lex fori* la sentencia es exigible aún interpuesto recurso de casación, debe considerarse tal en nación extranjera, aunque se hubiere interpuesto ese recurso. " (Fiore. 41.)

(20) " En estos y en todos los otros casos en que el juez debe

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

en copia, no bastaría éste para que el juez se cerciore de que él es decisivo; pues muy bien puede haber otros artículos que lo adicionen ó modifiquen. Nadie desconoce la verdad inconcusa de que aplicándose una ley aislada, casi nunca se procede acertadamente.

De ahí proviene que algunos jurisconsultos opinan que á menos de demostrarse evidentemente la exactitud de lo aseverado por alguna de las partes, el juez debe aplicar las leyes de su nación. (21)

---

fallar aplicando la ley extranjera, se presentan muchas dificultades para aplicarla exactamente. Ya hemos hablado de la nulidad de las sentencias por falta de las solemnidades puntualizadas en la *lex fori*, y establecido que la materia de la nulidad de los actos es ardua y difícil en el derecho civil, y en el derecho procesal del propio Estado. Hemos dicho que de esa falta debe juzgarse según la *lex fori*, y no es menos difícil la presente cuestión que la otra." (Fiore. 43.)

"Cuando el asunto en que conoce un tribunal no puede ser apreciado y resuelto sino conforme á las leyes ó á la costumbre de otra nación, á las partes litigantes toca justificar la existencia de esa ley y presentarla en forma auténtica. La manera de rendir la justificación, los requisitos de la autenticidad, la naturaleza y la extensión de las pruebas que se rindan en apoyo del derecho, en fin, las garantías especiales requeridas para la validez de la prueba testimonial en las naciones que la admiten, con ó sin juramento, en materia civil, varían sin duda según las circunstancias; pero se rigen exclusivamente por las leyes de procedimiento ó los usos del Estado en cuyo territorio debe ser resuelta la controversia, y no se comprenden de ninguna manera en el dominio del derecho internacional." (Calvo. III. § 883.)

(21) "Examinemos de qué manera llegan á conocer los tribunales las leyes extranjeras. ¿Deben informarse de ellas judicialmente, ó deben probarse como puntos de hecho? La doctrina aceptada consiste en que las cortes no se informan judicialmente de las leyes extranjeras, y que éstas deben probarse como hechos.

"Pero en algunos Estados de América se ha aceptado que el tribunal debe presumir, hasta prueba en contrario, que las leyes de otro Estado son iguales á las suyas, en cuanto á los contratos relativos á los bienes muebles, y particularmente á los asuntos mercantiles, y que donde prevalece el derecho consuetudinario él es semejante al nuestro, ya se trate de bienes inmuebles ó muebles; pero no se admite tal presunción respecto de las leyes personales. Esta regla, aunque algo diferente de la que generalmente prevalece en esta materia, ha sido practicada en algunos Estados de América." (Story. § 637. a.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los tribunales de Inglaterra oyen el dictamen de un jurisconsulto del Estado donde se pronunció la sentencia; pero son manifiestos los inconvenientes de tal práctica. (22)

Volveremos después al estudio del importantísimo punto relativo á la aplicación de las leyes extranjeras.

46. Tratándose de los requisitos intrínsecos es cuando debe hacerse un examen profundo de la sentencia, y cuando ese examen es absolutamente necesario. Los más notables escritores se acuerdan al afirmar que la sentencia expedida en una nación no puede ejecutarse en otra sino á virtud de un fallo que los jueces de ésta pronuncien, declarando que tal sentencia debe cumplirse. (23)

---

(22) "La *lex fori* debe decidir siempre qué clase de prueba se requiere en cuanto á la existencia y á la extensión de la ley extranjera. La regla inglesa acerca de este punto, aceptada generalmente, consiste en que debe probarse por medio del testimonio de un abogado extranjero, ó *de un peritus virtute officii* en el conocimiento de las leyes extranjeras; y así debe practicarse en cada caso, por cuanto es posible que la ley extranjera se haya alterado desde que se rindió la prueba en otro caso reciente." (Phillimore. IV. DCCCCIX.)

(23) "Es una regla fundamental de derecho en todas las naciones, que una sentencia pronunciada en Estado extranjero no es de derecho obligatoria en otro en virtud de mero mandamiento del juez que la pronunció. Todas las naciones reconocen que una sentencia extranjera no puede ejecutarse sino presentándose á los tribunales del Estado que, apropiándosela, le dan en cierta manera un bautismo de nacionalidad, de donde se origina su fuerza obligatoria. Esta regla se funda en que la sentencia no tiene fuerza obligatoria sino por mandamiento del soberano en quien reside esa atribución, y que como tal mandamiento surte efecto sólo en el territorio sujeto al soberano de quién emana, debe necesariamente ser reemplazada por otro mandamiento, cuando se trata de ejecutar la sentencia en otro territorio. *Extra territorium ius dicenti impune non paretur.*" (Massé. II. 793.)

"Todos los escritores están de acuerdo en que las sentencias de los tribunales extranjeros no tiene la misma eficacia que las de los tribunales del Estado, y que si el juez pudiera extender sus efectos á otro territorio donde no ejerce jurisdicción, se comprometería la independencia de los otros Estados. Ningún escritor pone, pues, en duda que corresponde al magistrado local ordenar la ejecución de una sentencia extranjera, y disputan solo sobre la fuerza

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

47. Cuando el juez examina los requisitos intrínsecos de la sentencia, debe ante todo investigar si ella es contraria al derecho internacional, ó al derecho público del Estado donde va á ejecutarse. Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel Senatus consultum, vel Constitutionem fuerit prolata. (24) (D. LXIX. 1. 19.)

Esta regla se extiende á las sentencias contra el Derecho internacional.

Tampoco es eficaz la sentencia cuando pugna con la moral ó con el derecho público del Estado donde va á ejecutarse. (25) Para evitar repeticiones, nos referimos á lo que expondremos, al comentar el art. 14, sobre los efectos que surten las leyes extranjeras.

48. Examínase también la *competencia*. (26) ¿Cómo ad-

---

que puede tener la misma sentencia para fundar en ella la *exceptio rei iudicatae* sobre el deber relativo al Estado, de declararla obligatoria, y sobre los requisitos de que pueden depender tales concesiones." (Fiore. 16.)

"Así de la jurisprudencia y de las declaraciones de los Estados sobre la materia, puede deducirse, como axioma general, que ningún Estado permite que una sentencia extranjera se ejecute en su territorio, sino bajo la autoridad y por orden de sus propios tribunales. Pero la práctica de los Estados varían en un punto secundario, á saber, si la sentencia extranjera será ejecutada por mera petición de la parte (*simple demande ou requête*), ó por exhorto solemne (*commission rogatoire*) del tribunal extranjero; ó si el permiso de ejecutarla se suspende hasta que el tribunal nacional haya examinado mas ó menos los fundamentos aducidos en la decisión del tribunal extranjero". (Phillimore. IV. DCCCCXXX.)

(24) La sentencia que se dió expresamente contra el rigor de derecho no debe valer; por lo cual se puede seguir de nuevo la causa, sin necesidad de apelación. Se pronuncia sentencia contra derecho, si especialmente es contra las leyes, constituciones del Senado ó de los Príncipes.

(25) "Del principio de la independencia de los Estados se deduce que el tribunal á quién se pide la ejecución de una sentencia extranjera, debe examinar ante todo si ésta contiene disposiciones contrarias, bien á la soberanía de la nación en cuyo territorio se ejecutaría la sentencia, bien á los intereses del propio Estado como tal, bien al derecho público del mismo Estado." (Foelix. II. 321.)

(26) "El tribunal que pronunció sentencia hubo de ser compe-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

mitir que la sentencia pueda declarar derechos irrevocables, si el juez que la pronunció no fue en realidad juez? La Ley 81, Tit. I. Lib. V. del Digesto nos enseña : Qui neque iurisdictioni praeest, neque a Principe potestate aliqua praeditus est, neque ab eo, qui ius dandorum iudicum habet, datus est, nec ex compromisso sumtus, vel ex aliqua lege confirmatus est, iudex esse non potuit. (27)

Controviértese sobre si la competencia debe calificarse según la *lex fori* ó la ley del lugar donde la sentencia va á surtir efecto. Los principios exigen que se califique conforme á la *lex fori;* pero si ésta contraviene al Derecho internacional, la sentencia no surtirá efecto.

La jurisdicción nace, entre otras, de las siguientes circunstancias :

1ª. La prorrogación expresa;
2ª. El domicilio convencional;
3ª. La situación de los bienes;
4ª. La sucesión;
5ª. La quiebra.

Pero es preciso reconocer que acerca de la competencia no hay todavía acuerdo entre las naciones, y que la práctica de éstas es muy varia.

Debe sí observarse que presentada la sentencia extranjera, el juez de oficio no la declara ineficaz por incompetencia del que la pronunció, sino cuando ésta se desprende de la sentencia misma; y que á la parte contra quien se presenta la sentencia incumbe alegar y probar la excepción.

49. Entre los requisitos que el derecho internacional

---

tente, según la ley del Estado á que pertenece, para decidir los puntos controvertidos.

"El tribunal debió avocar legalmente el conocimiento de la causa; y no es competente para citar á una persona que no esté sujeta por nacimiento, domicilio ó residencia al Estado á que pertenezca el mismo tribunal; á menos que en él tenga bienes el reo ó haya contraído la obligación materia del litigio." (Phillimore. IV. DCCCCXXXIV.)

(27) El que no ejerce jurisdicción, ni tiene potestad alguna dada por el Príncipe, ni fue nombrado por el que tiene facultad de nombrar jueces, ni fue nombrado por compromiso, ni confirmado por ley alguna, no puede ser juez.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

privado enumera, se cuenta la *citación*. (28) Perono es necesario que el reo hubiese comparecido en el juicio; basta que, citado, se le concediera término suficiente para la defensa.

La citación se efectúa en la forma prescrita por la *lex fori*, (29) y la misma ley determina si es válido el auto sobre contumacia. Pero el juez ante quien se presenta la sentencia pudiera declarar que la citación no es legal, porque se procedió á ella como simple fórmula, sin concederse al reo los medios de defensa.

Si el reo fue incapaz, sería necesario que hubiese intervenido en el juicio su representante legal.

Por último, la validez de la citación depende de la competencia del juez.

50. Examinados todos estos puntos, investígase si se alega la excepción de cosa juzgada, ó se exige que el deudor sea compelido ejecutivamente al cumplimiento de la obligación.

Aunque no se haya expedido auto de *exequatur*, la sentencia puede surtir efecto como excepción de cosa juzgada. "Es evidente", dice Massé, (30) "que hay enorme diferencia entre la ejecución, que conduce á poner en efecto la sentencia, y la autoridad de *cosa juzgada*, mera excepción, ó un estado pasivo diametralmente opuesto á la

---

(28) " Es un principio de justicia universal, reconocido por todos los pueblos civilizados, que no puede haber juicio sin jurisdicción, y sin garantizarse el derecho natural de defensa, citándose en forma al demandado. " (Fiore. 100.)

(29) " Aún cuando fuese cierto que no todas las legislaciones hubiesen denominado de un mismo modo el acto en que se requiere á una persona para que cumpla una obligación ó comparezca en juicio, ninguna hay que no haya previsto ese caso, y fijado reglas á él referentes. Por otra parte, á falta de ley positiva, la razón exigiria que la demanda y las excepciones de aquel contra quién se propone ella, se hicieran constar por un funcionario que tenga fe en juicio para los actos de la misma naturaleza; ó si no le hubiere, por testigos. La forma de tales diligencias se determina por la ley del lugar donde se practica la citación, porque en cuanto á los trámites, se sigue la ley y la práctica del lugar donde se efectúan. " (Pardessus. V. 1-189.)

(30) II. 800.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ejecución; la cual exige las respectivas gestiones. Tan cierto es eso, que en muchos Estados de Europa la sentencia, pronunciada por los jueces nacionales, no es título ejecutivo, y que si bien puede presentarse oponiéndose á una demanda contraria á lo que en ella se declara, no es título ejecutivo sino después del mandamiento especial de ciertos funcionarios.

"Supongamos" (continúa) "que una de las partes hubiese propuesto demanda en Estado extranjero, y que, perdido el pleito, demandase de nuevo en Francia. La otra parte, á quien se absolvió, alega la excepción de cosa juzgada. ¿Podrá oponérsele que en Francia la sentencia no es título ejecutivo? Evidentemente no. La parte no exige la ejecución ni tiene qué ejecutar; la sentencia, en cuanto absuelve de la demanda, no es título ejecutivo, porque se limita á rechazar la acción. A nada conduciría entonces acudir á los tribunales franceses para que resuelvan que la sentencia es título ejecutivo; el cual supone siempre la necesidad ó utilidad de la ejecución. Aunque la sentencia declarase derechos á favor de la persona que alega la cosa juzgada, como ella, sin exigir la ejecución, se propone aprovechar de la parte en que se le absuelve de la demanda, y se limita á una excepción que excluye toda ejecución actual; no se le podrían oponer las leyes aplicables sólo á la ejecución." De ahí proviene que la Corte de Casación, en sentencia expedida el 13 de noviembre de 1827, resolvió: "Sólo la fuerza ejecutiva de las sentencias extranjeras es lo que se deniega en Francia hasta su revisión; lo cual se deduce de los arts. 2123 y 2128 del Código civil y 546 del Código de enjuiciamientos; pero estas disposiciones, que se fundan en el derecho de soberanía territorial, no atañen á los intereses privados; y á los contratantes ó litigantes obligan los actos de jurisdicción voluntaria y contenciosa á que se sujetaron".

51. Si el juez ante quien se presenta la sentencia declara que ésta es título ejecutivo, procédese á la ejecución conforme á las leyes del Estado donde la sentencia va á cumplirse.

Obsérvese ante todo que á suscitarse controversia sobre la sentencia misma, mas no sobre los medios de ponerla en efecto, tal controversia debe resolverse según las

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

leyes del Estado donde la sentencia se pronunció. Si, por ejemplo, se alega que la sentencia es oscura y que es necesario interpretarla, la interpretación debe efectuarse según las leyes de aquel Estado; porque se procede precisamente sobre el supuesto de que el juez que la pronunció tenía pleno conocimiento de las leyes de su nación, y que las aplicó bien al expedirla.

Pero téngase presente que, como ya lo dijimos, la aplicación de las leyes extranjeras presenta muy graves dificultades, y que cuandoquiera que el juez no llegue á convencerse íntimamente de que esas leyes son las aplicables, debe aplicar las de su nación.

Si en cuanto al contenido mismo de la sentencia no se presentan dificultades, el juez debe observar todos los trámites que la ley prescribe para la ejecución de la sentencia. Expedido el auto de *exequatur*, la sentencia surte los mismos efectos que si se hubiere pronunciado por los jueces de la nación donde ella va á ejecutarse.

Parécenos conveniente que tratándose de las sentencias extranjeras, se conozca la práctica especial así de Chile y el Ecuador, como de otras naciones.

CHILE — ECUADOR

52. Las leyes chilenas no encierran ninguna disposición en cuanto á las sentencias extranjeras; (31) y así del silencio de la ley como de los arts. 15 y 16 del Código civil, deduce Constant que en Chile no se ejecutan aquellas sentencias. (32) Tal aseveración nos parece del todo inexacta, ya porque el silencio de la ley sólo significa que los tribunales tienen de sujetarse á las prácticas establecidas por el derecho internacional, ya porque los arts. 15 y 16 no obstan sino en ciertos casos á la ejecución de la sen-

(31) " Las leyes chilenas no encierran ninguna disposición expresa en cuanto á la ejecución de las sentencias extranjeras; pero el espíritu general de la legislación chilena parece poco favorable á la ejecución de las sentencias sin reverlas, á lo menos en cuanto al derecho." (Pradier-Foderé. III. 1825.)

(32) P. 131.

BIBLIOTECA NACIONAL

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tencia. Según el art. 15 las leyes concernientes al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos, obligan á los chilenos aunque residan ó estén domiciliados en otra nación. De lo cual se sigue que no se reconocería en Chile la eficacia de la sentencia extranjera sobre el estado civil de los chilenos. El art. 16 declara que los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación; pero añade que ello se entiende sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño; y que los efectos de esos contratos, para cumplirse en Chile, se arreglan á las leyes chilenas. ¿Cómo puede obstar ese artículo á la ejecución de las sentencias pronunciadas en nación extranjera?

El error de Constant proviene, á no dudarlo, de que en Francia las sentencias surten el efecto de constituír hipoteca en los bienes del deudor; hipoteca que no se extiende á los bienes situados en Chile, porque la ley chilena no la reconoce. Pero si la sentencia se ha pronunciado en otra nación contra un chileno ó un extranjero que tenga bienes situados en Chile, podrá presentarse ante el juez chileno; el cual expedirá el *exequatur*, observando las reglas que, como acabamos de verlo, prescribe el derecho internacional privado.

52 *bis*. Todo lo dicho sobre las leyes chilenas es aplicable á las del Ecuador.

53. Pedida la ejecución, el juez examina si la sentencia, además de llevar *exequatur*, es título ejecutivo porque declara una obligación *líquida*.

Sábese que la obligación es líquida cuando es cierto lo que se debe y cuánto se debe.

A ser ilíquida la obligación, el título no es ejecutivo, y el juez deniega el auto de pago.

Entonces puede suscitarse controversia sobre la liquidación conducente á que la sentencia sea título ejecutivo.

Si fuese necesaria liquidación para la cual deban rendirse pruebas en el Estado donde la sentencia se pronunció y de aplicar las leyes del mismo, sería más conforme á los principios del derecho internacional privado que el juez se limitara á negar la fuerza ejecutiva del instrumento, declarando que la liquidación ha de practicarse ante el juez que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

pronunció la sentencia. Supóngase que en ésta se condena al reo á la indemnización de los perjuicios provenientes de no haber devuelto un predio que recibió en arrendamiento, y que tal sentencia no determina el monto de esos perjuicios. Si en Chile se presenta la sentencia, los jueces no serán competentes para ponerla en efecto.

54. Otra de las circunstancias á que necesariamente debe atender el juez chileno, es la prescripción, que se rige por el art. 2515 del Código civil, según el cual la acción ejecutiva se extingue en diez años.

55. Si la sentencia encierra obligación líquida, y no está prescrita la acción ejecutiva, expídese el auto de pago, ordenándose que el deudor cumpla la obligación, ó que alegue excepciones nacidas después de la sentencia.

La citación con el auto de pago se efectúa conforme á las leyes de Chile; esto es, debe citarse en persona al deudor, y si estuviere él en otra nación, se librará exhorto.

Mientras no se efectúe la citación, no puede continuar el juicio: lo cual no obsta á que se dicten providencias conservativas, como la retención de un crédito, el secuestro provisional, etc., etc.

55 *bis*. Alegadas excepciones, el juez examina si ellas son posteriores á la sentencia.

Denomínanse excepciones nacidas después de la sentencia, las que se refieren á un medio de extinción no controvertido en el litigio; lo cual constituye en realidad de verdad una *cuestión* distinta, que puede originar otro juicio, sin que en éste sea admisible la excepción de cosa juzgada. Así, por ejemplo, se demandó en nación extranjera por veinte mil francos, y el deudor fue condenado al pago. Pedida la ejecución de la sentencia, es admisible la compensación con un crédito líquido que el deudor tiene contra el acreedor; porque ese crédito, lo repetimos, fuera exigible en otro juicio sin que obste la excepción de cosa juzgada.

Pronunciada la sentencia que desecha las excepciones, pásase á la vía de apremio; la cual consiste en los medios coercitivos para compeler al deudor al cumplimiento de la obligación.

El embargo de los bienes, avalúo, subasta, todo esto se sujeta á los trámites de la ley chilena; y la misma deter-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

mina qué bienes son embargables, si puede ó no procederse á la prisión del deudor. . . . .

56. Supóngase que en otro Estado se sustancia juicio ejecutivo, y que se envía exhorto á Chile para que se embarguen y vendan bienes raíces del deudor. ¿Cumpliríase la providencia que consta del exhorto? No se cumpliría; porque el derecho internacional privado prescribe que no se proceda á la vía de apremio en virtud del juicio ejecutivo que en nación extranjera se sigue, á menos que conforme á las reglas ya puntualizadas, se ponga *exequatur* á la sentencia de cuya ejecución se trata. Tal regla es consecuencia lógica de los principios generales sobre las sentencias extranjeras. (33)

---

(33) "Añadiremos finalmente que cuando los actos del juicio ejecutivo hubiesen comenzado en nación extranjera, no pueden continuarse en otra, ni pedirse que se declare obligatorio el decreto del juez extranjero que autorizó la ejecución. Supóngase que el tribunal extranjero hubiese expedido sentencia, y decretado, para ejecutarla, el embargo de los bienes muebles del deudor; que el deudor transporte sus bienes á Italia, y que se quiera proceder ahí al embargo de los muebles. En tal caso no podría exigirse á nuestros tribunales que diesen cumplimiento al decreto de embargo, ni darse fuerza ejecutiva á la sentencia misma, ó continuar en nuestro territorio la ejecución principiada en nación extranjera. Nuestros tribunales sólo pueden declarar ejecutiva la sentencia extranjera que condena á una de las partes, y concede á la otra el derecho de proceder al embargo de los muebles, mas no podrían, sin atentar á la soberanía territorial, permitir que á virtud de mandato de la autoridad extranjera se procediese á la ejecución forzada ni aun respecto de los bienes muebles pertenecientes al extranjero residente en el reino. El decreto de embargo y la ejecución de la condena deben, como ya lo hemos visto, ser autorizados por el magistrado territorial y según la ley de la nación. Convendría, pues, primeramente hacer declarar obligatoria la sentencia, y, hecho, proceder según las leyes de enjuiciamiento de nuestro territorio, á las cuales nunca es lícito contravenir." (Fiore 136.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

FRANCIA.

57. Aplícanse á las sentencias extranjeras el art. 546 del Código de enjuiciamientos, y los arts. 2123 y 2128 del Código civil. Copiémoslos. (34)

Art. 546. Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France, que de la manière et dans les cas prévus par les arts. 2123 et 2128 C. civ.

Art. 2123. L'hypothèque judiciaire résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des connaissances ou vérifications faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.

Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées.

Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution.

L'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été

---

(34) Art. 546. Las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros, y los instrumentos autorizados por funcionarios extranjeros, no son susceptibles de ejecutarse en Francia, sino de la manera y en los casos previstos por los artículos 2123 y 2128 del Código civil.

Art. 2123. La hipoteca judicial proviene de las resoluciones, ya contradictorias, ya en rebeldía, definitivas ó provisionales, á favor del que las ha obtenido. Proviene también de los reconocimientos ó cotejos, hechos en juicio, de las firmas puestas en instrumento privado de obligación.

Puede constituirse en los inmuebles actuales del deudor y en los que pueda adquirir, salvo también las modificaciones que después se expresarán.

Los fallos arbitrales no producen hipoteca sino cuando llevan auto de ejecución.

Tampoco puede provenir hipoteca de las sentencias expedidas en nación extranjera, sino cuando un tribunal francés las ha declarado ejecutivas, sin perjuicio de las disposiciones contrarias que puede haber en las leyes políticas ó en los tratados.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

déclarés exécutoires par un tribunal français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.

Art. 2128. Les contrats en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités.

Aunque el artículo final del Código de Napoleón derogó todas las leyes sobre las materias de que trata el propio Código, y aunque los arts. 2123 y 2128, combinados con el 546 del Código de enjuiciamientos, determinan los efectos que surte en Francia la sentencia expedida en otro Estado; la mayor parte de los jurisconsultos franceses, preocupados siempre de un extravagante nacionalismo, opinan que subsiste el art. 121 de la Ordenanza de 1629; (35) según el cual los tribunales franceses pueden rever las sentencias extranjeras cuando se hubieren pronunciado contra un francés. Demolombe, (36) Boitard, (37) Massé (38) combaten esa opinión con razones poderosísimas, manifestando que está derogado el sobredicho art. 121; que el Código de enjuiciamientos no concede á los tribunales franceses la atribución de rever la sentencia extranjera, y que tampoco establece distinción entre las sentencias, ya contra un francés, ya contra un extraño. Pero es preciso confesar que las decisiones de los tribunales son contrarias á la doctrina de estos jurisconsultos.

Art. 2128. Los contratos celebrados en nación extranjera no pueden constituir hipoteca en los bienes de Francia, si no hay disposiciones contrarias á este principio en las leyes políticas ó los tratados.

(35) Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus es royaumes et souverainetés étrangères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hipothèque ni exécution en notre dit royaume; ains tiendront les contrats lieu de simples promesses et non obstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers.

(36) I. 263.

(37) II. 801.

(38) II. 800-802.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ALEMANIA

58. Los arts. 660 y 661 del Código de enjuiciamientos promulgado en el Imperio de Alemania el año de 1887, determinan con claridad y exactitud los efectos que surten las sentencias extranjeras. (39)

§ 660. Aus dem Urtheil eines auslandischen Gerichts findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulassigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist.

Für die Klage auf Erlassung desselben ist das Amtsgericht oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht oder Landgericht zuständig, bei welchem in Gemässheitt des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

§ 661. Das Vollstreckungsurtheil in ohne Prüfung der Gemässigkeit der Entscheidung zu erlassen.

Dasselbe ist nicht zu erlassen :

1). Wenn das Urtheil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft noch nicht erlangt hat;

---

(39) Art. 660. La ejecución de una sentencia extranjera no puede efectuarse sino por un auto de *exequatur*.

El conocimiento de las demandas de *exequatur* pertenece al juez del distrito ó al tribunal del lugar donde el deudor tiene su domicilio judicial, y, á falta de ese tribunal, al juez ante quien el deudor puede ser citado en virtud del art. 24 relativo á la competencia judicial.

Art. 661. El auto de *exequatur* se expide sin examinar lo principal.

La ejecución debe denegarse :

1°. Cuando la sentencia, según la ley de la nación donde se expidió, no ha pasado en autoridad de cosa juzgada;

2°. Cuando la ejecución surta el efecto de compeler á un acto prohibido por la ley alemana;

3°. Cuando los jueces de la nación donde la sentencia se ha expedido son incompetentes según la ley alemana;

4°. Cuando el deudor es alemán y ha incurrido en rebeldía, á menos que se le haya citado personalmente en la nación donde se ha seguido el litigio ó en Alemania á virtud de exhorto;

5°. Cuando no se reconozca la reciprocidad.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

2). Wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters nicht erzwungen werden darf;

3). Wenn nach dem Rechte des über Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört;

4). Wenn der verurtheilte Schuldner ein Deutscher ist und sich auf den Prozess nicht eingelassen hat, sofern die den Prozess einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozessgerichts in Person noch durch Gewährung der Rechtshülfe im Deutschen Reiche zugestellt ist;

5). Wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgst ist.

INGLATERRA (40)

59. Si bien no hay leyes que determinen los efectos de las sentencias extranjeras, según la práctica de los tribunales prevalecen las siguientes reglas :

1ª. La sentencia extranjera es prueba plena del derecho que declara : (41)

2ª. En cuanto á la cosa juzgada y á la ejecución, se distingue entre las acciones personales y las acciones reales :

3ª. Si la acción es personal, la sentencia puede oponerse como excepción de cosa juzgada y aun es título ejecutivo; pero cabe alegarse contra ella la falta de competencia del

---

(40) Fiore, 12. — Phillimore. IV. DCCCCXII-DCCCCXLIII. — Calvo. II. 878. — Foelix. 304.

(41) "Evidentemente tales sentencias se consideran, en todo caso, como la prueba más convincente, *prima facie*, del derecho controvertido; la cual impone á la otra parte la obligación de rendir prueba en contrario. Es una regla de los tribunales ingleses fijarse en el contenido más que en la forma de las sentencias extranjeras. Y parece claro que cuando se presente una sentencia extranjera para probar el mismo hecho, pero con objeto distinto ó análogo, entonces si la sentencia se hubiere expedido por un tribunal competente, sería prueba plena acerca de la controversia suscitada incidentalmente." (Phillimore. IV. DCCCCXLIII.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tribunal, el no haberse citado al reo, un error manifiesto en la parte dispositiva, el ser contraria á los principios del derecho internacional ó á las instituciones del Estado : 4ª. Si la sentencia es *in rem*, se considera práctica incontrovertible que aun cuando se tiene por título para justificar el dominio de los bienes situados en la nación donde se pronunció, no surte efecto alguno en Inglaterra.

ESTADOS UNIDOS (42)

60. Las sentencias de los tribunales extranjeros se consideran como prueba *prima facie*; pero pueden ser impugnadas.

"La aplicación de esta regla", dice Fiore, "no se halla exactamente determinada. Es cierto, según Story, Phillimore y Wharton, que una sentencia definitiva de tribunal extranjero puede valer para probar la existencia de un crédito, y corresponde al deudor justificar el pago ó impugnar la sentencia como irregular."

Si la acción hubiere sido real, se observa en los Estados Unidos la misma regla que en Inglaterra : la sentencia es título en cuanto á la propiedad de los bienes situados en la nación donde se pronunció; pero no surte ningún efecto en cuanto á los bienes situados en la Unión Americana.

BÉLGICA

61. El art. 10 del Código de enjuiciamientos promulgado en 1876, dice : (43)

---

(42) Fiore. 13. — Foelix, II. 398. — Phillimore. IV. DCCCCXLIX. — Calvo. II. § 858.

(43) ART. 10. Los tribunales de primera instancia conocen de las decisiones expedidas por los jueces extranjeros en materia civil y en materia comercial.

Si Bélgica y la nación donde se ha expedido la sentencia tienen tratado sobre la base de reciprocidad, el examen no se referirá sino á los siguientes puntos :

1º. Si la decisión no encierra nada que contravenga á los principios del orden público belga;

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Ils (les tribunaux de première instance) connaissent enfin des décisions rendues par les juges étrangers en matières civiles et en matière commerciale.

S'il existe, entre la Belgique et le pays où la décision a été rendue, un traité conclu sur la base de la réciprocité, leur examen ne portera que sur les cinq points suivants :

1°. Si la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public belge;

2°. Si, d'après la loi du pays où la décision a été rendue, elle est passée en force de chose jugée;

3°. Si, d'après la première loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité;

4°. Si les droits de la défense ont été respectés;

5°. Si le tribunal étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur.

De lo cual se deduce que deben distinguirse dos casos para determinar las gestiones conducentes á que se expida el auto de *exequatur*; esto es, si hay ó no tratados entre Bélgica y la nación donde la sentencia se ha pronunciado.

Si hay tales tratados, aplícase el art. 10 que acabamos de copiar; si no los hay, rigen el art. 546 del Código de enjuiciamientos de 1804 y los arts. 2123 y 2128 del Código de Napoleón.

ESPAÑA

62. El Código de enjuiciamientos expedido en 1885, y revisado el 15 de febrero de 1891, encierra las siguientes disposiciones sobre el efecto de las sentencias extranjeras:

Art. 951.—Las sentencias pronunciadas en países ex-

2° Si según la ley donde la sentencia se ha expedido ha pasado ésta en autoridad de cosa juzgada;

3°. Si según la primera ley, la copia que se ha presentado reune los requisitos necesarios para su autenticidad;

4°. Si se han respetado los derechos de defensa; y

5°. Si el tribunal extranjero es el único competente á causa de la nacionalidad del actor.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos.

Art. 952.—Si no hubiere tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere por las leyes á las ejecutorias dictadas en España.

Art. 953.—Si la ejecutoria procede de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento á las dictadas en los tribunales españoles, no tendrá fuerza en España.

Art. 954. — Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España, si reunen las circunstancias siguientes :

a) Que la ejecutoria haya sido dictada á consecuencia del ejercicio de una acción personal;

b) Que no haya sido dictada en rebeldía;

c) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España;

d) Que la ejecutoria reuna los requisitos necesarios en la Nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y que las leyes españolas requieren para que hagan fe en España.

Art. 955. La ejecución de las sentencias pronunciadas en Naciones extranjeras se pedirá ante el tribunal supremo de justicia.

Este, previa la traducción de la ejecutoria hecha con arreglo á derecho, y después de oír á la parte contra quien se dirija y al fiscal, declarará si debe ó no dársele cumplimiento.

Art. 956. Para la comparecencia de la parte á quien deba oírse según el artículo anterior, se librará Real provisión cometida á la Audiencia en cuyo territorio esté domiciliada. El término de la comparecencia será el de treinta días. Pasado dicho término, el tribunal proseguirá en el conocimiento, aunque no haya comparecido el citado.

Art. 957. De la providencia que pronuncie el tribunal supremo no habrá ulterior recurso.

Art. 958. Denegándose el cumplimiento, se devolverá la ejecutoria al que la haya presentado.

Otorgándose, se comunicará esta providencia por Real provisión á la Audiencia, para que ésta dé la orden correspondiente al juez de la primera instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sen-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tencia, ó del en que deba ejecutarse, á fin de que tenga efecto lo que en ella ha mandado.

MÉXICO.

63. Del Código de procedimientos civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, copiamos las siguientes disposiciones :

Art. 780. Las sentencias y demás resoluciones judiciales dictadas en países extranjeros, tendrán en la República la fuerza que establezcan los tratados respectivos.

Art. 781. Si no hubiere tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere por las leyes á las ejecutorias y resoluciones judiciales dictadas en la República.

Art. 782. Si la ejecutoria ó resolución procede de una nación en la que, conforme á su jurisprudencia, no se dé cumplimiento á las dictadas en los tribunales mexicanos; no tendrán fuerza en la República.

Art. 783. Para la ejecución de las sentencias se observará lo dispuesto en los artículos siguientes; para la ejecución de las demás resoluciones, se observarán las reglas establecidas en el Cap. II de este título.

Art. 784. Para la legalización de las sentencias y resoluciones dictadas en el Extranjero, se observará lo dispuesto en los art. 455 á 458, salvo lo dispuesto en los tratados, ó en su defecto, por el derecho internacional.

Art. 785. En el caso á que se refiere el art. 781, sólo tendrán fuerza en el Distrito y en la Baja California las ejecutorias extranjeras, reuniendo las cinco circunstancias siguientes :

I. Que hayan sido dictadas á consecuencia del ejercicio de una acción personal :

II. Que no hayan recaído en rebeldía :

III. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido, sea lícita en la República :

IV. Que sean ejecutorias conforme á las leyes de la nación en que se hayan dictado :

V. Que reunan los requisitos necesarios conforme á este Código, para ser consideradas auténticas.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 786. Es competente para ejecutar una sentencia dictada en el Extranjero, el juez que lo sería para seguir el juicio en que se dictó conforme al capítulo II, del título II, de este libro.

Art. 787. Presentada la ejecutoria en el juzgado competente, traducida en la forma que previene el art. 458, y solicitada su ejecución, se correrá traslado contra quien se dirija, por el término de nueve días.

Art. 788. Si la parte contra quien se ha pronunciado el fallo no estuviere presente, se le notificará el decreto con arreglo al Cap. IV, tít. I. de este libro.

Art. 789. Evacuado el traslado ó pasado el término de los nueve días, se pasará el asunto al representante del Ministerio público, por igual término.

Art. 790. Con vista de lo que exponga dicho funcionario, se dictará auto, declarando si se ha de dar ó no cumplimiento á la ejecutoria : esta providencia es apelable en ambos efectos.

Art. 791. En segunda instancia será oído también el Ministerio Público.

Art. 792. Ni el juez inferior ni el Tribunal Superior podrán examinar ni decidir de la justicia ó injusticia del fallo, así como de los fundamentos de hecho ó de derecho en que se apoye; limitándose á examinar su autenticidad y si conforme á las leyes nacionales debe ó no ejecutarse.

Art. 793. Si se denegare el cumplimiento, se procederá á la ejecución conforme al cap. I. de este título.

REPÚBLICA ARGENTINA

64. El Código de procedimientos, promulgado en la provincia de Buenos Aires el año de 1880, encierra, en el Título XVI, estos artículos :

558. Las sentencias pronunciadas en países estranjeros, tendrán en la Provincia la fuerza que establezcan los tratados celebrados entre la República y esos países.

559. En defecto de tratados que estatuyan sobre el particular, las ejecutorias de países estranjeros tendrán fuerza en la provincia, si reunen las circunstancias siguientes :

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1°. Que la ejecutoria haya sido dictada á consecuencia del ejercicio de una acción personal;

2°. Que no haya sido dictada en rebeldía de la parte condenada, siempre que ésta haya tenido domicilio en la República;

3°. Que la obligación que haya dado lugar á la ejecutoria, sea válida según nuestras leyes;

4°. Que la ejecutoria reuna los requisitos necesarios en la Nación en que se haya dictado para ser considerada como tal y los que las Leyes Argentinas requieren para que hagan fé en la República.

560. La ejecución de las sentencias dictadas en naciones estranjeras, se pedirá ante el juez de Primera Instancia que corresponda. Este, prévia la traducción de la ejecutoria, si no estuviera redactada en idoma patrio, y después de oír á la parte contra quien se dirige y al Agente Fiscal, declarará si debe ó no dársele cumplimiento.

561. De la resolución que se dicte podrá apelarse en relación para ante la Cámara respectiva.

562. Consentida ó ejecutoriada la resolución que deniegue el cumplimiento de la ejecutoria, ésta se devolverá al que la haya presentado.

En el caso de que la resolución fuese otorgando el cumplimiento de la ejecutoria, se procederá en la forma establecida en esta Ley para la ejecución de las sentencias.

COLOMBIA — PERU

65. En estas dos Repúblicas no se han expedido leyes sobre la materia. Por lo cual juzgamos que ahí son applicables las reglas generales sobre los efectos de las sentencias extranjeras.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 4°. Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército i Armada, i demás especiales, se aplicarán con preferencia á las de este Código.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 16. Las disposiciones de este Código se aplicarán sin perjuicio de las contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército i Armada, i demás especiales que en adelante se promulguen.

C. E. 4. En el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino á falta de esas leyes.

P. de G. 17. Las disposiciones de este Código sólo son aplicables á los asuntos que se rijan por las leyes de comercio, minas y otras especiales, en cuanto no se opongan á estas leyes.

C. C. 10. El orden en que deben observarse los Códigos nacionales, cuando ocurran entre ellos incompatibilidades ó contradicciones, será el siguiente:

1°. En sus respectivas especialidades: el Código Administrativo, el Fiscal, el Militar, el de Fomento;

2°. Los sustantivos, á saber: el Código civil, el de Comercio, y el Penal;

3°. El adjetivo Judicial.

C. Esp. 16. En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código.

COMENTARIO.

66. Dos reglas importantísimas encierra este artículo:

1°. Cuando hay leyes especiales relativas á ciertos asuntos, ellas son las que se aplican; y

2°. El Código civil suple las omisiones de las leyes sustantivas especiales.

67. La primera regla es consecuencia del objeto que el legislador se propone cuando, atenta la importancia de algunas materias, trata de ellas por separado en los respectivos códigos ó leyes. Absolutamente necesarias, por ejemplo, las leyes relativas al comercio, uno de los manantiales de la prosperidad nacional; y asímismo ab-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

solutamente necesario un código en que se puntualicen las infracciones y los medios de reprimirlas. Evidente, pues, que debe aplicarse ante todo el Código de comercio, si lo controvertido es una convención mercantil; el Código penal, si se castiga una infracción.

68. La regla segunda se funda en la esencia misma del Código civil; el cual comprende todas las relaciones de los particulares entre sí, exceptuándose sólo las que otras leyes determinen taxativamente. Trata de la existencia de las personas, su estado civil, su capacidad ó incapacidad; clasifica los bienes; da reglas sobre la sucesión, testada ó intestada; sobre las obligaciones provenientes, ya de actos, lícitos ó ilícitos, ya de la ley; enumera, en fin, los requisitos para la adquisición del dominio mediante la posesión, y para que las acciones se extingan por no haberse ejercido cierto tiempo. Luego, de toda imposibilidad imposible prescindir del Código civil, cuando se controvierta un acto de comercio, la adjudicación de una mina, ó cualquier otra materia regida por leyes especiales.

El Código civil suple, lo repetimos, todas las omisiones de las demás leyes sustantivas. (1)

69. Y acaso convenga observar que si el Código civil es la ley sustantiva por excelencia, el Código de enjuiciamientos civiles es asímismo la ley adjetiva aplicable cuando otras leyes adjetivas no hubieren previsto el caso controvertido. Sea cual fuere el litigio, hay acción deducida por el demandante, excepciones que el reo alega, pruebas para justificar los hechos puestos en tela de juicio, un fallo que decide la controversia. Si el Código de enjuiciamientos fija las reglas sobre todas estas importantísimas materias, tampoco podemos prescindir en ningún caso de sus disposiciones.

---

(1) " Las leyes civiles influyen también en el comercio en otro aspecto : como suplemento de las leyes comerciales. Siendo la ley civil la regla de los actos de los ciudadanos de un Estado, y la ley mercantil la regla especial de ciertos actos, debe reconocerse el principio de que cuandoquiera que la ley especial guarde silencio, la ley general, ó el derecho común, ejerce su imperio... " (Massé. I. 63.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 5. La Corte Suprema de Justicia i las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas i dificultades que les hayan ocurrido en la intelijencia i aplicación de las leyes, i de los vacíos que noten en ellas.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 15. Las Cortes de Alzada, i la Corte Suprema de Justicia, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Supremo Gobierno de las dudas i dificultades que les hayan ocurrido en la intelijencia i aplicación de las leyes i de los vacíos que noten en ellas.

C. E. 19. Cuando haya falta ú oscuridad de ley, los jueces, sin perjuicio de juzgar, consultarán al poder legislativo por medio de la Corte Suprema, á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran.

C. P. T. P. IX. Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por falta, oscuridad ó insuficiencia de las leyes: en tales casos, resolverán atendiendo: 1°. al espíritu de la ley; 2°. á otras disposiciones sobre casos análogos; y 3°. á los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirijir, por separado, las correspondientes consultas, á fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran.

X. Las consultas de que habla el artículo anterior, se elevarán al Poder Legislativo, por la Corte Suprema, con el respectivo informe favorable ó adverso.

XI. La Corte Suprema está obligada á dar cuenta al Congreso, en cada legislatura, de los defectos que notare en la legislación.

XII. Los jueces y tribunales superiores tienen la misma obligación establecida en el artículo anterior, que cumplirán por conducto de la Corte Suprema.

COMENTARIO.

70. Esta disposición corresponde á la Ley Orgánica del Poder Judicial; por cuanto es meramente reglamentaria, y confiere una atribución que los tribunales ejercen, no al decidir las controversias, sino como cuerpos llamados á procurar que el Derecho se perfeccione.

Si bien la disposición del art. 19 del Código ecuato-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

riano adolece del mismo defecto, prevé por lo menos el caso especial de que *no haya ley* aplicable al asunto controvertido; y sólo entonces consultan los jueces á la Corte Suprema para que acuda al poder legislativo.

El artículo que comentamos no figura en el Código de Napoleón ni en ningún otro de los códigos modernos más notables; y eso manifiesta que si bien él es importante, como reglamentario se ha considerado ajeno al Código civil; el cual debe declarar, crear y garantizar los derechos, para que el juez, en caso de controversia, decida los litigios conforme al mismo Código.

Art. 6°. La lei no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República, i después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella.

La promulgación deberá hacerse en el periódico oficial; i la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico. (*)

REFERENCIAS.

El tiempo necesario para que se tenga noticia de ella 7.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 5. La lei escrita no obliga sino en virtud de su promulgación por el Supremo Gobierno, y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella.

La promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico.

(*) Locré. I. 380. art. 1°—381. 3-8.—397. art. 1°.—408. 1-8.—413. art. 1°. — 416. 1. — 425. 7-9. — 437. 1-3. — 465. 15-18. — 487. 1-4. — 576. 7. — 589. 2. 3. — 623. XX. — Merlin. Loi. § IV. n. V. — Dalloz. Lois. 122. — Toullier. I. 57-71. — Laurent. I. 7-9. 12-18. 25-29.—Demolombe. I. 23-26. — Zachariae. M. V. I. § 24. — Zachariae. A. R. I. § 26. — Massé. I. 70. — Baudry-Lacantinerie. I. 89-99. — Stephen's (Blackstone's). I. p. 25.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 5. 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.

La promulgación de la ley se hará en la capital de la República, por la imprenta, por bando, ó en la forma que la misma ley lo prevenga.

C. de N. 1°. Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Président de la République.....	1°. Las leyes son obligatorias en todo el territorio francés, en virtud de su promulgación por el Presidente de la República.....

C. Arg. 2. Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación.....

P. de G. 1°. (véanse las *concordancias* del art. 7.)

C. C. 11. La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día que en ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación.

12. La promulgación de la ley se hará insertándola en el "Diario Oficial", y enviándola en esta forma á los Estados y á los Territorios.....

C. P. T. P. 1. Las leyes obligan en todo el territorio de la República después de su promulgación.

C. M. 2-4. (véanse las *concordancias* del art. 7.)

C. de la L. 1. Como las leyes no pueden obligar sin ser conocidas, serán promulgadas por el Gobernador del Estado.

Las leyes se enviarán á las autoridades encargadas de ejecutarlas ó de aplicarlas, y á cualesquiera otras personas que la ley ha designado ó puede designar, en la forma prescrita para asegurar á las leyes la mayor publicidad posible.

Los secretarios de todas las cortes de justicia del Estado insertarán en un registro especial, que al efecto lleven, el título de todas las leyes que se les hubieren enviado, con la fecha del día en que las hayan recibido.

C. Esp. 1°. Las leyes obligarán en la Península, Islas adyacentes, Canarias y territorios de África sujetos á la legislación peninsular, á los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa.

Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la Gaceta.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

N. R. III. II. 12. Conforme á lo dispuesto por el Derecho, y á lo que se ha practicado en cuantas providencias se han establecido, se haga saber al Público de esta Corte y demás pueblos del Reyno, que ninguna ley, regla ó providencia general nueva se debe creer ni usar, no estando intimada ó publicada por pragmática, cédula, provisión, orden, edicto, pregón ó bandos de las Justicias ó Magistrados públicos.....

COMENTARIO.

71. No era menester, en verdad, que el Código civil hiciese la distinción científica entre la *promulgación* de la ley y su *publicación;* pero sabido es que entre una y otra hay notable diferencia. La *promulgación* consiste en que el poder ejecutivo reconozca que la ley encierra los requisitos esenciales puntualizados en la Constitución, y ordene que la ley se ejecute. La *publicación* es el acto de notificar la ley á todos los habitantes del Estado.

El art. 1° del Código de Napoleón (copiado en las *concordancias*) tampoco distingue entre la promulgación y la publicación; pues se limita á decir que las leyes no son obligatorias en el territorio francés sino en virtud de su promulgación. Pero los redactores distinguieron con toda claridad cada uno de esos actos. Así, cuando se discutía el artículo en el Consejo de Estado, expresaron Emmery y Portalis (1) que la *promulgación* de la ley le da fuerza obligatoria; que la misma no obliga sino en virtud de la *publicación;* que la *promulgación*, completa la esencia de la ley, y que la *publicación* es efecto de la *promulgación*. (2)

---

(1) Locré. I. p. 389. 390.

(2) " Los preceptos jurídicos á que el poder legislativo ha impreso el carácter de leyes no son obligatorios sino en virtud de la promulgación, esto es, una orden de ejecución emanada del Jefe del Estado, que ejerce el poder ejecutivo. Pero como una orden na puede obligar mientras no sea conocida, ó no se repute tal, las leyes no son obligatorias sino cuando la promulgación se ha manifestado por algún acto de *publicación*, de donde resulte la prueba ó á lo menos la presunción de su publicidad : *Lex non obligat nisi rite promulgata.* " (Zachariae. A. R. I. § 26.)

" Obligatoria en virtud de la promulgación, la ley no surte

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

72. Que la ley no obliga sino en virtud de la *publicación*, es una verdad cuya exactitud comprenden á ciencia cierta todos cuantos saben el significado de tal palabra: "En un gobierno," decía Portalis, (3) "es de todo punto necesario que los ciudadanos conozcan las leyes bajo cuyo imperio viven. Indudablemente hay una justicia natural emanada de la razón, y esa justicia que constituye, por decirlo así, el corazón humano, no es necesario promulgar. *Es una luz que alumbra á todo hombre que viene á este mundo*, y que desde el fondo de la conciencia refleja sobre todas las acciones de la vida. Pero, falta de sanción, la justicia natural, que dirige sin compeler, sería nugatoria para la mayor parte de los hombres, si la razón no se nos manifestase con el aparato de la autoridad, para combinar los derechos con los deberes, sustituir la obligación al instinto, y apoyar los preceptos del poder legislativo con las honestas inspiraciones de la naturaleza..... No basta el derecho natural; son necesarios preceptos expresos y coactivos. He ahí la diferencia entre una regla de moral y las leyes del Estado. Las leyes del Estado son las que deben promulgarse para ser obligatorias; pues ellas, que no siempre han regido, cambian con frecuencia, no pueden comprenderlo todo, tienen época determinada y objeto peculiar. Luego, nadie estaría obligado á obedecerlas si previamente no las conociese."

73. El inciso segundo encierra dos reglas de importancia:

---

efecto sino en virtud de la publicación. La publicación es el acto de poner la promulgación de la ley en conocimiento de los interesados: *divulgatio promulgationis*. La promulgación es la orden de ejecución y sería injusto que esa orden pudiera ejecutarse contra aquellos á quienes se dirige, antes que se les habilitara para conocerla.

" Así definida, la *publicación* se distingue de la *promulgación*. Su objeto, por otra parte, es muy diferente: la una conduce á manifestar la existencia de la ley; la otra, á hacerla conocer. En casi todas las naciones se admite la distinción de esos dos actos, aunque no siempre se haya formulado claramente." (Baudry-Lacantinerie. I. 93.)

(3) Locré. I. 568. 2.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1ª. La promulgación debe hacerse en el periódico oficial; y

2ª. La fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico.

Para evitar dificultades en asunto de tanta trascendencia, era de todo punto necesario fijar de una manera uniforme cómo se efectúa la promulgación de la ley; y ningún medio más adecuado que el de insertarla en el periódico oficial, que merece entero crédito en todo cuanto se refiera á los poderes públicos. Por medio del periódico oficial se establece la comunicación entre el gobierno y los ciudadanos; y éstos ni por un instante pueden poner en duda la autenticidad de la ley promulgada.

De todo punto necesario asímismo fijar la fecha de la promulgación; pues tal fecha manifiesta desde cuándo es obligatoria la ley en cada una de las secciones territoriales de la República.

Puede muy bien suceder que ya por encerrar la ley muchos artículos, ya por incuria de los redactores del periódico oficial, se promulgue la ley en dos ó más números de aquel periódico; y entónces no se supiera con certeza desde cuándo se cuenta la fecha de la promulgación. Si la ley forma un todo indivisible, tal fecha se contará desde la del número en que se insertaron las últimas disposiciones. Mas, si la ley consta de partes separables, como los títulos de un Código ó de otra ley en extremo extensa; cada una de las partes se considera, en cuanto á la promulgación, como ley del todo distinta, y principia á regir según las reglas que el art. 7º. puntualiza. Sabido es, por ejemplo, que cada título del Código de Napoleón se promulgó separadamente, y que se ponía en ejecución según el art. 1º del mismo Código.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 7°. En el departamento en que se promulgue la lei, se entenderá que es conocida de todos i se mirará como obligatoria, después de seis días contados desde la fecha de la promulgación; i en cualquier otro departamento, después de estos seis días i uno más por cada veinte kilómetros de distancia entre las cabeceras de ambos departamentos.

Podrá, sin embargo, restringirse ó ampliarse este plazo en la misma ley, designándose otro especial.

Podrá también ordenarse en ella, en casos especiales, otra forma de promulgación. (*)

REFERENCIAS.

Es conocida de todos y será obligatoria. 8. 11.
Seis dias. 48.. 50.

CONCORDANCIAS.

P. de B. C. En la capital de la República se entenderá conocida la lei, i se mirará como obligatoria, después de seis días contados desde la fecha de la promulgación; i en cualquier otro paraje de la República, después de estos seis días, i uno más por cada cuatro leguas de distancia entre la capital i dicho paraje.

Podrá, sin embargo, restrinjirse ó ampliarse este plazo en la lei misma, designándose otro especial. Podrá también ordenarse en ella, en casos especiales, otra forma de promulgación.

C. E. C. En el cantón á que pertenece la capital de la República se entenderá que la ley es conocida de todos, y se mirará como obligatoria, después de seis días contados desde la fecha de la promulgación; y en cualquier otro cantón, después de estos seis días, y uno más por cada vein-

(*) Locré. I. 380. art. 1°. — 391. 11. — 397. art. 1°. — 398. 2-8. — 408. art. 1er. — 409. 2-8. — 413. art. 1°. — 414. 3-6. — 416. 1. — 425. 7-9. — 440. 4-8. — 575. 6-7. — 590. 3-7. — 609. 6. — 618. XIX. — Merlin. Loi. § V. n. VI. VIII. X. — Dalloz. Lois. 160-181. — Delvincourt. I. 181. (2). 182. (3). — Toullier. I. 72-80. — Laurent. I. 16-24. — Demolombe. I. 24-31. — Zachariae. M. V. I. § 24. — Zachariae. A. R. I. § 26. — Massé. I. 71-74. — Baudry-Lacantinerie. I. 98-116.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

te kilómetros de distancia entre las cabeceras de ambos cantones.

Podrá, sin embargo, restringirse ó ampliarse este plazo en la misma ley, designando otro especial.

C. de N. 1° ... La promulgation faite par le Gouvernement sera réputée connue dans le département où siégera le Gouvernement, un jour après celui de la promulgation; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où la promulgacion en aura été faite et le chef-lieu de chaque département.

1°. La promulgación hecha por el Gobierno se reputará conocida en el departamento de su residencia un día después del de la promulgación; y en cada uno de los otros departamentos, después del mismo plazo aumentándose tantos días cuantas veces haya diez miriámetros (cerca de veinte leguas antiguas) entre la ciudad donde se hubiere efectuado la promulgación y la ciudad cabecera de cada departamento.

C. Arg. 2. Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que ellas determinen. Si no designan tiempo, la ley publicada en la Capital de la República ó en la Capital de la Provincia, es obligatoria desde el día siguiente de su promulgacion; en los departamentos de campaña, ocho días después de publicada en la ciudad capital del Estado ó capital de la Provincia.

P. de G. 1°. Las leyes sólo son obligatorias y surten efecto desde el día que en ellas mismas se designe; y en su defecto lo surtirán, en la Península á los diez días siguientes al de su inserción en la Gaceta oficial del Gobierno; en las Islas Baleares á los veinte, y en las Canarias á los treinta.

C. C. 12. . . . . .

En la capital de la Unión se entenderá promulgada el día mismo de la inserción de la ley en el periódico oficial: en los Estados y en los territorios, tres días en la capital y quince días en los distritos ó poblaciones de que se compongan, después del recibo de dicho periódico por el Presidente ó Gobernador del Estado ó por el Prefecto del Territorio respectivo; á cuyo efecto estos funcionarios harán llevar por su Secretario un Registro Especial en que se

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

anote el día del recibo de cada número del "Diario Oficial", dando aviso de ello por el inmediato correo á la Secretaría de lo Interior y Relaciones Exteriores.

C. M. 2. Las leyes, reglamentos, circulares ó cualesquiera otras disposiciones de observancia general, emanadas de la autoridad, obligan y surten sus efectos desde el día de su promulgación en los lugares que deba ésta hacerse.

3. Si la ley, reglamento, circular ó disposición general, fija el día en que debe comenzar á observarse, obliga desde ese día aunque se haya publicado antes.

4. Para que se reputen promulgados y obligatorios la ley, reglamento, circular ó disposición general, en los lugares en que no reside la autoridad que hace la promulgación, se computará el tiempo á razón de un día por cada veinte kilómetros de distancia; si hubiere fracción que exceda de la mitad de la distancia indicada, se computará un día más.

C. de la L. 6. La promulgación hecha por el Gobierno se reputará conocida en el distrito donde el mismo tenga su residencia, tres días después de la promulgación, y en cada una de los otros distritos, despues de la expiración del mismo plazo, y un día más por cada cuatro leguas entre el paraje donde la promulgación se hubiere hecho, y el lugar donde resida la Corte de cada distrito.

C. Esp. 1°. Las leyes obligarán en la Península, Islas adyacentes, Canarias y Territorios de Africa sujetos á la legislación peninsular, á los viente días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa.

Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la ley en la Gaceta.

C. A. 3. Las leyes son obligatorias desde su publicación.

COMENTARIO.

74. Evidentísimo que la ley promulgada debe ser obligatoria tan luego como transcurren los términos que el legislador fija. Provee éste á las necesidades del Estado por medio de leyes, é imposible su conservación y progreso, si cualquiera pudiese eludirlas so pretexto de que no las conoce. Imposible también emplearse ningún medio para notificar la ley á cada uno de los habitantes.

75. Si bien el legislador debe declarar que la ley es obligatoria, pugna con la naturaleza misma de las cosas la fic-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ción de que, promulgada, es conocida de todos. ¿Cómo puede suponerse que la ley *es conocida de todos*, si la legislación más clara es un laberinto inextricable, del cual á duras penas pueden salir los que han pasado toda su vida en el estudio de la vastísima cuanto muy difícil ciencia del Derecho?

La ley, como obligatoria, surte los efectos que el legislador se propone; pero de ahí á que la conozcan *todos*, aún los patanes y los salvajes, hay la distancia más inconmensurable.

Conviniera, pues, la reforma del art. 7, limitándose el legislador á expresar que la ley es obligatoria tan luego como transcurren los respectivos plazos.

76. Cuando se formaba el Código francés se discutió con suma detención si se fijaría un plazo único para que en todo el territorio rigiese la ley simultáneamente, ó si la promulgación se supondría conocida según la distancia entre París, donde la ley debía publicarse, y las capitales de los otros departamentos. Prevaleció el segundo sistema, fundado en razones de todo punto incontestables. "Si la ley", decía Grenier (1), "no puede regir antes de conocerse, cuando es conocida ha de ser obligatoria; sus efectos no deben suspenderse. Evidentísimos son estos dos principios. Ahora bien, con ellos pugna la idea de que la ley comienza á regir en todos los puntos de Francia á un mismo tiempo. Nótese el inconveniente de lo largo del plazo que transcurre desde la promulgación hasta que la ley llegue á ser obligatoria. Ese plazo debiera ser proporcional á la distancia entre el lugar donde la ley se promulgue y la extremidad del más largo de los radios, ó, en otros términos, proporcional al tiempo necesario para que se presuma conocida la promulgación en ese punto extremo.

"El método progresivo y razonable, calculado por las distancias, es más conforme á la equidad que el plazo único: ya sea la ley favorable ó adversa, tiene de surtir efecto más ó menos tarde, según pueda ó no ser conocida. Todos debemos permanecer tranquilos en la posición física ó política en que la naturaleza ó el orden social nos ha

(1) Locré. 1. 594. 5.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

colocado. Las diferencias de épocas en la ejecución de la ley, atendiéndose á las distancias, se funda en una verdad inmutable, que forma la base de la presunción de derecho á que los legisladores siempre han acudido en esta materia. Toda presunción, toda ficción de la ley deben aproximarse en cuanto sea posible á la naturaleza; eso es tan evidente, que no cabe ni concebirse una presunción de derecho que fuese del todo contraria á la verdad.

"Comparadas las ventajas con los inconvenientes, se ha aceptado la manera de promulgación propuesta por el proyecto de ley. Esa manera es la imagen misma de la verdad y de la naturaleza: la ley obliga á cada ciudadano tan luego como éste pueda conocerla; la ley obra, anuncia, ordena; no es necesario ningún acto humano.

"Por medio de un cuadro de las distancias, fundado en un orden de cosas invariable é independiente de la voluntad humana, todos pueden saber cuándo los obliga la ley. La idea es tan útil como ingeniosa."

77. Aceptándose el sistema del art. 7°, es menester investigar si para el cómputo del tiempo entran en cuenta las fracciones de veinte kilómetros. Así, supóngase que de Santiago á otra ciudad hay trescientos diez kilómetros de distancia. ¿Comenzaría á regir la ley en esta ciudad á los quince ó los diez y seis días de su promulgacion? Parece que los últimos treinta kilómetros son exactamente lo mismo que veinte, en cuanto á los efectos de la promulgación; porque al ordenar el legislador que por *cada veinte kilómetros* se cuente un día, prescinde absolutamente de las fracciones de veinte kilómetros. (2) Lo cual no tiene in-

---

(2) "Cuando la distancia excede de diez miriámetros, y no llegue á veinte, prescíndese de la fracción." (Zachariae. A. R. I. § 26.)

" Pero el art. 1° no ha previsto el caso en que fracciones de decenas de miriámetros se comprendan en la medida de la distancia. ¿Deben entrar en cuenta esas fracciones para el cálculo del plazo?

" Racionalmente debían comprenderse, pues se ha supuesto que la ley no puede recorrer más de diez miriámetros por día. Pero la opinión que prescinde de estas fracciones es aceptada por los jurisconsultos y los tribunales; milita á su favor el texto de la ley,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

conveniente alguno, atendiéndose á que el plazo de un día por cada cuatro leguas es en extremo largo.

78. Como el art. 7° determina los efectos que la promulgación sucesiva surte en cada uno de los departamentos, puede haber casos en que se dude si rige la ley antigua ó la nueva.

Opinamos que tratándose de tales efectos, no debe distinguirse sino entre las leyes concernientes á la sucesión por causa de muerte y las demás leyes. En cuanto á las primeras, sea cual fuere el lugar donde el individuo fallece, la sucesión se abre al momento de su muerte en el último domicilio; (3) y por eso la ley que en él rige es la aplicable á todo lo relativo á la sucesión.

Cuando la nueva ley modifica la capacidad del individuo, cupiera suponerse que á los actos de éste es aplicable la ley vigente en su domicilio. Pero si atendemos al muy claro sentido del art. 7°, el cual declara obligatoria la ley en las diversas secciones territoriales tan luego como transcurren los respectivos plazos; evidentísimo que se aplicaría la ley vigente en el cantón donde se ejecuta el acto ó celebra el contrato.

El art. 15 del Código civil no es aplicable á este caso ni por analogía; pues se limita á extender fuera del territorio chileno el imperio de las leyes.

79. Otro caso sí presenta gravísimas dificultades. Según el propio art. 15, las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas obligan á los chilenos aunque residan en nación extranjera; el art. 1028 autoriza para otorgar en ella testamento, observándose la forma prescrita por las leyes chilenas ó por las del lugar donde el testamento se otorga; y, en fin, el reglamento consular concede á los cónsules atribuciones de notarios para extender en el respectivo territorio toda clase de instrumentos públicos.

Pues bien, supóngase que la ley chilena según la cual son capaces todos los individuos que hubieren cumplido

---

que aumenta el plazo sólo tantos días cuantas veces haya diez miriámetros." (Baudry-Lacantinerie. I. 100.)

(3) Art. 956.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

veinticinco años, se modifica por otra que extienda la incapacidad hasta los veintiséis; que cuando la nueva ley principia á regir en toda la República, un chileno residente en Berlín tiene veinticuatro años once meses veintiocho días, y que tan luego como cumple veinticinco años enajena inmuebles situados en Chile.

Si la ley antigua es la que rige, el contrato es válido; si la nueva, adolece él de nulidad.

¿Cabe ni suponerse que á los cinco días de regir en Chile la mencionada ley, sea conocida de los dos contratantes que compraban y vendían en Berlín?

Las mismas dudas pueden originar, ya los testamentos otorgados en nación extranjera conforme al citado art. 1028, ya las escrituras públicas autorizadas por un cónsul. Si se modifican en Chile las leyes concernientes á los testamentos, ¿cuándo principian á regir en nación extranjera?

Si la ley no es obligatoria á los chilenos residentes en otro Estado tan luego como la promulgación se supone conocida en Chile, ¿qué regla hay para ese caso? En cuanto á los chilenos que residan á dos ó tres mil leguas de su domicilio, ¿aplicaremos las reglas del art. 7°? Esto, sobre absurdo, pugna abiertamente con el clarísimo sentido de la ley; la cual se refiere sólo al territorio de la República de Chile.

Evidente, pues, que el art. 7°. no ha previsto tales casos, y que, á controvertirse ellos, los jueces deberían resolverlos aplicando los principios de justicia universal. Si hay motivo razonable para presumir que la promulgación pudo ser conocida en el lugar donde se ejecutó el acto ó celebró el contrato, deberá regir la ley nueva; de lo contrario, la antigua. (1)

---

(1) " El saber en qué casos puede un francés alegar que no conocia, en nación extranjera, la ley nueva publicada en Francia, constituye, en nuestro concepto, un punto de hecho, de circunstancias y de buena fe. Comprendo que esta solución exige mucha cautela y discernimiento; pero parece que hay falta de lógica y mucha dureza en imponer á los jueces la inexorable obligación de aplicar siempre una ley á franceses que, á causa de las circunstancias en que se hallan, no hubieran podido conocerla." (Demolombe. I. 29.)

" Pero nuestra presunción se extiende aún fuera de los límites

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

80. El inciso segundo del art. 7° es muy útil, porque obvia todas las dificultades provenientes del plazo corto y sucesivo determinado en el inciso primero.

Cuando los efectos de la ley son trascendentales, conviene emplear precauciones para que, conocida de todos la promulgación, la ley principie á regir en toda la República á un mismo tiempo.

A promulgarse un código complicado y difícil, una burla fuera el suponerlo conocido tan luego como transcurran los brevísimos plazos determinados en general para que la ley sea obligatoria. Nada más prudente entonces que fijar un término de tres, cuatro ó seis meses, en que lo

---

del territorio francés. Veamos en qué consiste la duda: la publicación no puede efectuarse sino en ese territorio, el único sometido á la soberanía francesa; y parece que sus efectos deben restringirse á lo interior de nuestras fronteras. Así, algunos autores juzgan que la presunción no es aplicable á los que, extranjeros ó franceses, no residen en Francia cuando la publicación. ¿Qué medios tienen, se dice, de conocer la ley? ¿Y cómo podría obligarlos si no la conocen? Por otra parte, según el tenor literal del art. 1° del Código civil y del decreto de 5 de noviembre de 1870, (a) sólo se aplica á la ejecución de la ley en el territorio francés. No queda, pues, sino que conformarse á este principio de razón que la ley no debe ser obligatoria sino fijándose como punto de partida el instante en que la ley puede conocerse. Y, á falta de presunción legal aplicable para determinar ese instante, correspondería al juez, en los casos que se le sometan, decidir según las circunstancias de la litis. Atenderá sobre todo á la llegada del *Diario Oficial* al lugar donde se ha ejecutado el acto litigioso. Esta doctrina es la que recientemente ha sido aceptada por los tribunales." (Baudry-Lacantinerie. I. 115).

(a) Décret sur la promulgation des lois et décrets de la délégation du Gouvernement.

ART. 1. Tant que les communications avec la ville de Paris et le Gouvernement de la défense nationale ne seront pas rétablies, le JOURNAL OFFICIEL de la République française ne pouvant pas venir régulièrement dans les départements, la promulgation des lois et des décrets rendus par la délégation du Gouvernement aura lieu dans le MONITEUR UNIVERSEL, qui remplacera, pour leur publication et leur promulgation, le JOURNAL OFFICIEL de la République française.

2. Tout décret du Gouvernement de la Défense nationale, inséré au JOURNAL OFFICIEL de la République française, qui parviendra à Tours, sera immédiatement publié dans le MONITEUR UNIVERSEL. Cette publication, pour tous les arrondissements de France où le JOURNAL OFFICIEL de la République française ne serait pas parvenu, vaudra la promulgation par ce journal.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

estudien así los ciudadanos particulares como los jueces que han de aplicarlo.

Art. 8°. No podrá alegarse ignorancia de la lei por ninguna persona, después del plazo común ó especial, sino cuando por algún incidente hayan estado interrumpidas durante dicho plazo las comunicaciones ordinarias entre los dos referidos departamentos.
En este caso dejará de correr el plazo por todo el tiempo que durare la incomunicación. (*)

REFERENCIAS.

No podrá alegarse ignorancia de la ley. 7.
Por ninguna persona. 14.
Plazo común. 7, inc. 1°.
Plazo especial. 7, inc. 2°.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 7. No podrá alegarse ignorancia de la lei por ninguna persona, después del plazo común ó especial, sino en cuanto por algún accidente (que, no siendo notorio, deberá probarse), hayan estado interrumpidas durante dicho plazo las comunicaciones ordinarias entre los dos referidos lugares.

C. E. 13..... y su ignorancia (la de la ley) no excusa á persona alguna.

C. Arg. 20. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley.

P. de G. 2. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa.

C. C. 9. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa.

C. M. 22. La ignorancia de las leyes debidamente promulgadas no sirve de excusa, y á nadie aprovecha.

(*) Savigny. III. § CXV. App. VIII. n. XXX-XXXIII.—Laurent. I. 24. 25.—Demolombe. I. 30.—Zachariae. A. R. I. § 28.—Baudry-Lacantinerie. 111. 112.—Escriche. Ignorancia.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. de la L. 7. Después de la promulgación, nadie podrá pretender que ignora la ley.

C. Esp. 2. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

C. A. 2. Nadie puede alegar ignorancia de la ley.

N. R. III. II. 2..... Establecemos que ninguno piense de mal hacer, porque diga que no sabe las leyes ni el Derecho; ca si hiciere contra ley, que no se pueda excusar de culpa por no la saber.

P. I. I. 20. Escusar non se puede ninguno de las penas de las leyes, por decir que las non sabe.....

D. XXII. VI. 9. Regula est iuris quidem ignorantia cuique nocere.....

9. Es regla que á cualquiera perjudica la ignorancia del derecho.

COMENTARIO.

81. De la disposición según la cual la ley es obligatoria tan luego como transcurren los respectivos plazos contados desde la fecha de la promulgación, se deduce lógicamente que la ignorancia de la ley no excusa á nadie; pues la ley sería del todo nugatoria, si cualquiera pudiese eludirla so pretexto de que no la conoce.

Ya hemos observado (74) que fuera absolutamente imposible la existencia misma de la nación, si la ley no surtiese todos los efectos que el legislador se propone, la conozcan ó no la conozcan los habitantes.

82. E insistimos en que son dos ideas distintas: la ignorancia de la ley á nadie excusa; todos conocen la ley. La primera se refiere á los efectos de la ley, que rige sin atenderse á otro requisito que al de la promulgación; la segunda, á los individuos mismos; y el legislador incurre en el más incalificable absurdo cuando procede sobre el supuesto, desmentido por la razón y la experiencia, de que todos cuantos habitan el territorio tienen pleno conocimiento de las leyes.

83. Hemos visto (en las *concordancias*) que las leyes españolas y las romanas ordenaban, como regla general, que la *ignorancia de derecho* no excusase á nadie; pero establecían excepciones: los menores, los soldados,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

los rústicos, y las mujeres podían alegar ignorancia de derecho. (1)

Volveremos á esta importante materia al comentar los artículos 694 y 1452.

84. Cuando las comunicaciones entre la capital de la República y los departamentos han estado interrumpidas, no surte efecto la notificación hecha por el poder ejecutivo; é injusto fuera que la ley obligase á las personas que no han podido conocerla.

La interrupción de las comunicaciones y el tiempo que ella ha durado, son puntos de hecho susceptibles de prueba.

Removido el obstáculo que impedió las comunicaciones, la promulgación surte el efecto determinado en el art. 7°.

§ III

Efectos de la ley.

35. Este parágrafo encierra las reglas que en derecho civil pudieran denominarse fundamentales; pues determinan los efectos de la ley en el *espacio* y en el *tiempo*.

Cuando se suscita una controversia judicial, debe investigarse qué ley es la applicable; y para ello se atiende á dos especies de leyes :

1ª. La ley del respectivo Estado; y

2ª. La ley que rige en cuanto al tiempo.

Como el derecho positivo varía según las naciones, ello nos compele á fijar los límites del imperio de la ley; lo cual conduce á resolver los conflictos que de esos límites provienen.

---

(1) P. I. I. 21.
C. R. I. XVIII.
" En el curso de esta investigación hemos visto muchos casos en que ciertas clases de personas son tratadas más favorablemente que otras relativamente al error; y son los menores, las mujeres, los faltos de educación (*rusticitas*) y los soldados. " (Savigny. III. App. VIII. n. XXX.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Determinada la ley nacional, debe examinarse, en ciertos casos, si es aplicable la ley vigente cuando se decide la controversia, ó la que regía cuando se ejecutó el acto ó celebró el contrato.

Tenemos, pues, dos clases de conflictos entre los límites de la ley, á saber, los conflictos entre los *límites locales* y los conflictos entre los *límites temporales*.

" Considerándose el asunto en el primer aspecto ", dice Savigny, (1) " las reglas de derecho se nos presentan como simultáneas, fijas é inmóviles. En el segundo, son sucesivas y varían por su continuo desarrollo. Para abreviar, designaremos este doble aspecto de la materia con las siguientes expresiones :

" *Límites locales del imperio de las reglas de derecho;*

" *Límites temporales de ese imperio.* "

Cuando hay conflicto entre los límites locales, se dirime, ya por el derecho positivo de cada nación, ya por el *derecho internacional privado*.

El conflicto entre los *límites temporales* se dirime por las reglas sobre el efecto *retroactivo de la ley*.

Lo lógico sería tratar del derecho internacional privado antes que del efecto retroactivo; pero debemos sujetarnos al orden que sigue el Código civil.

Art. 9°. La lei puede sólo disponer para lo futuro, i no tendrá jamás efecto retroactivo.

Sin embargo, las leyes que se limiten á declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 9. a. La lei sólo puede disponer para lo futuro, i no tendrá jamás efecto retroactivo.

---

(1) VIII. § CCCXLIV.

(*) Savigny. VIII. § 344. 383-388. 397-400.—Locré. I. 380. art. 2.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 9. Aunque las leyes sean puramente explicativas ó se limiten á declarar el derecho vijente, no afectarán de modo alguno las decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, ni se aplicarán á causas pendientes.

C. E. 7. La ley no dispone sino para lo venidero : no tiene efecto retroactivo.....

Regla 25ª. Las leyes que se limiten á declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no alterarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

C. de N. 2. La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.	2. La ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo.

C. Arg. 3. Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos.

4. Las leyes que tengan por objeto aclarar ó interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto á los casos ya juzgados.

P. de G. 3. Las leyes no tienen efecto retroactivo.

C. C. 13. La ley no tiene efecto retroactivo. No hay otra excepción á esta regla que la que admite el artículo 24 de la Constitución nacional, para el caso de que la ley posterior, en materia criminal, imponga menor pena.

14. Las leyes que se limitan á declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

C. P. T. P. II. La ley no dispone sino para lo venidero : no tiene efecto retroactivo.

—391. 16.—432. 10.—476. 24.—506. 6.—525. 14.—554. 16-18. 563. 7. 8.—577. 8. 9.—612. 7.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. I. III.—Dalloz. Lois. 182-205.—Toullier. I. 81 (y nota).—Laurent. I. 141-168. 192-200. 286.—Demolombe. I. 37-40 66.—Zachariae. M. V. I. § 28.—Zachariae. A. R. I. § 30.—Massé. I. 76-81.—Baudry-Lacantinerie. I. 126-130.—Chabot. Droits acquis.—Kent. I. XX. 3.—Stephen's (Blackstone's). I. p. 25.—Freitas. art. 1º.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. M. 5. Ninguna ley ni disposición gubernativa tendrá efecto retroactivo.

C. de la L. 8. La ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo, ni puede alterar las obligaciones provenientes de los contratos.

C. Esp. 3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario.

C. A. 2. Ellas (las leyes) no tienen efecto retroactivo.

P. III. XIV. 15. Otrozí dezimos, que si sobre pleyto, o postura, o donacion, o yerro que fuesse fecho en algund temporal que se judgauan por el fuero viejo, fuere fecha demanda en juyzio en tiempo de otro fuero nueuo que es contrario del primero; que sobre tal razon como esta deue ser prouado e librado el pleyto por el fuero viejo, e non por el nueuo. E esto es, porque el tiempo en que son començadas, e fechas las cosas, deue siempre ser catado; maguer se faga demanda en juyzio en otro tiempo sobrellas.

C. R. I. XIV. 7. Leges et Constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari : nisi nominatim, et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis, cautum sit.

7. Las leyes y las constituciones deben dar forma cierta á los asuntos futuros; no revocar los hechos pretéritos; á no ser que expresamente se comprendan así los asuntos pretéritos como los que en la actualidad pendan.

COMENTARIO.

86. La ley no tiene efecto retroactivo. Hé aquí un principio á primera vista muy obvio; pero su aplicación á infinidad de casos que en la vida diaria ocurren á cada instante, presenta muy graves obstáculos; y esta materia es una de las más complicadas y difíciles de las comprendidas en el vastísimo dominio de la jurisprudencia. (1)

(1) " Diciéndose que la ley no tiene efecto retroactivo, se expresa una idea que parece obvia y de fácil aplicación; parece que todo se reduce al principio, claro y preciso, de que debe reglarse cada acto por la legislación vigente cuando se ejecutó.

" Pero la reflexión manifiesta, y la experiencia demuestra, que hay graves y numerosas dificultades.

" Los actos y los sucesos de la vida civil son fecundos en con-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Aunque el Código romano determinó con admirable claridad (en la ley copiada en las *concordancias*) el principio de la no retrotracción, los comentadores antiguos no dejaron trabajo alguno que fijase exacta y científicamente el verdadero sistema de los efectos que la ley surte, considerados sólo con relación al tiempo.

También la ley de Partida formuló el principio con perspicuidad y precisión. Pero los más notables jurisconsultos españoles, como Molina, Covarrubias, Castillo, Gregorio López, tampoco dilucidaron esta importantísima materia.

De los escritores modernos, Savigny es quien ha fundado sobre solidísimas bases el sistema de los efectos que surte la ley, atendiéndose á la época en que es obligatoria. (2) Por lo cual hemos seguido su sistema al estudiar

---

secuencias: unas se presentan inmediatamente; otras no nacen sino en un porvenir á menudo remoto. Si en el intervalo la legislación cambia, ¿debe aplicarse la ley antigua, aunque haya sido modificada antes que los efectos que se trata de reglar se hayan manifestado? ¿Débese, al contrario, someter, sin excepción, á la influencia de la ley nueva todo cuanto ha sobrevenido después de publicada? Si no hubiese que elegir sino entre estas dos soluciones, la discusión tendría necesariamente un resultado muy determinado. Pero los jurisconsultos y los jueces saben que ninguna de estas soluciones es en lo absoluto verdadera, y reconocen que unas veces la ley coetánea á un suceso lo rige hasta en sus consecuencias más remotas; que otras la ley nueva ejerce su imperio inmediatamente, y aún sobre cosas cuyo germen antes existía. Hay más: deciden algunas veces que los efectos y las consecuencias anteriores á los cambios en la legislación son afectados por esos cambios. Si hay tantas dudas, ¿cuál es la regla cierta, cuál el verdadero espíritu del principio que las leyes no tienen efecto retroactivo? " (Duvergier. Anotaciones á Toullier. I. p. 51).

(2) " En los últimos tiempos, Merlin, Chabot, Meyer y varios jurisconsultos alemanes han combatido el principio de la retroactividad de las leyes como incompatible con muchas de las relaciones de derecho. La fuerza de las consideraciones legales de estos jurisconsultos ha hecho decir á Freitas, en la nota que pone al primer artículo de su Proyecto de Código civil para el Brasil, que el estado de la ciencia sobre este punto era bien poco satisfactorio. Pero Savigny antes de ahora, se hizo cargo de contestar las equivocadas teorías de los jurisconsultos citados, y consagró á este objeto doscientas páginas del tomo 8°. de su grande obra sobre el Derecho Romano. Explica perfectamente bien la mate-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

los conflictos entre los límites temporales de la ley.

87. Tratándose de estos límites, se supone que en un mismo lugar, y en épocas distintas, rigen dos leyes diferentes conexionadas con una controversia judicial; y que, por tanto, puede dudarse cuál de las dos leyes es la aplicable. El conflicto entre dos leyes manifiesta que hubo alteración; mas para que ella se comprenda en esta materia, es menester que se alteren las leyes mismas (*el derecho objetivo*), no un mero cambio de los hechos origen de la controversia judicial (*derecho subjetivo*). En otros términos, hay hechos que no varían, y dos reglas que, pertenecientes á épocas diversas, se disputan la decisión de la controversia.

88. En esta materia se establece casi siempre un principio, que puede reducirse á las dos siguientes fórmulas:

Las leyes posteriores no tienen efecto retroactivo;

Las leyes posteriores no pueden alterar los derechos adquiridos.

Si bien es innegable la verdad y la importancia de este principio, es inexacta la aserción de que su imperio sea absoluto; pues, aunque verdadero tratándose de cierta especie de leyes, no lo es en cuanto á otras.

89. De todo punto necesario distinguir dos especies de leyes:

1ª. Las concernientes á la existencia de los derechos, ó, en otros términos, las leyes sobre las instituciones mismas, prescindiéndose de las personas á quienes se refieren; y

2ª. Las leyes concernientes á la adquisición de los

---

ria; destruye todos los argumentos que se oponen al principio recibido, y demuestra, sin dejar la menor duda, que en todas las relaciones de derecho: derecho de las personas, derecho de la familia, derecho de las cosas, derecho de las obligaciones, derecho de sucesión, etc., las leyes no pueden tener efecto retroactivo ni alterar los derechos adquiridos; y que esta doctrina, bien entendida, está en plena conformidad con toda la legislación civil y criminal, mientras que el principio contrario dejaría insubsistentes y al arbitrio del legislador, todas las relaciones de derecho sobre que reposa la sociedad." (Vélez-Sarsfield. Nota al art. 3º del Código argentino).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

derechos, esto es, el vínculo que refiere á un individuo una institución de derecho, ó la transformación de una institución de derecho (abstracta) en un hecho jurídico (personal).

Esta distinción que, hecha por Savigny, no vemos ni mencionada por ninguno de los escritores que después han tratado del asunto, es de lo más fundamental; y sin ella casi imposible explicar los efectos de las dos especies de leyes.

90. Las leyes concernientes á la existencia de los derechos ó á las instituciones mismas, establecen casi siempre un sistema, refiérense á la abolición de ciertos privilegios, tratan de los intereses generales de la nación; y en virtud de la naturaleza misma de las cosas tienen efecto retroactivo.

Veamos algunas leyes referentes á la existencia de los derechos.

Las leyes sobre abolición de la esclavitud y de los mayorazgos, surtieron efecto desde su publicación, aunque los dueños de los esclavos perdieron el dominio que tenían en ellos, y aunque los bienes vinculados se convirtieron inmediatamente en bienes de libre enajenación. He aquí el contraste entre los dos sistemas : la primera ley significaba : no hay esclavos en la República; proclamábase el principio de justicia universal de que todos los hombres son libres. Una larga experiencia había demostrado que las vinculaciones, estancando la propiedad territoriál, obstaban á la riqueza del Estado; el legislador de la antigua Colombia proclamó el principio de la libre enajenación de los bienes raíces, y la ley hubiera sido del todo nugatoria, á respetarse los derechos adquiridos.

Las leyes concernientes á los intereses generales de la nación nos manifiestan casi siempre el contraste entre los dos sistemas. Así, en el Ecuador estaba arraigado el odiosísimo privilegio de que los militares que habían servido algunos años pudieran exigir una patente de ociosidad, llamada letras de cuartel y de retiro, en virtud de las cuales gozaban de renta mientras viviesen.

Cuando la Asamblea Nacional de 1884 se propuso abo-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

lir las letras de cuartel y de retiro, los adversarios de la nueva institución objetaron que se daría á la ley efecto retroactivo, porque los militares habían adquirido el derecho de gozar de esa renta. Pero se manifestó que según la ciencia y la naturaleza misma de las instituciones, que tienden siempre al progreso y la perfección, el legislador debe abolir odiosos privilegios, sin atender á que eso surta efecto retroactivo; pues si bien los derechos que de ellos nacen constituyen para lo pasado un derecho adquirido, en lo sucesivo dependen siempre de la voluntad del legislador.

Pueden citarse otros muchos casos de leyes que, concernientes á la existencia misma de los derechos, se expiden sin atenderse al efecto retroactivo. Si, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial declara que los jueces son vitalicios, se les elige con tal carácter; y si después conceptúa el legislador que la buena administración de justicia demanda que los jueces alternen cada diez años, procede á reformar la ley en ese sentido, sin importarle el conflicto entre los límites temporales de las dos leyes.

91. Examinemos un caso puntualizado en el Código civil. Sabido es que según las leyes antiguas, las mujeres casadas, los pupilos, el fisco, tenían privilegios exorbitantes sobre los bienes de los maridos, guardadores, administradores; que esos privilegios constituían un derecho real en tales bienes, y daban prelación sobre los créditos hipotecarios. En Chile y en el Ecuador se promulgó el Código civil, que establece como base del sistema hipotecario la especialidad y publicidad de las hipotecas; y á consecuencia de ese sistema, en que se funda el crédito territorial, se declaró que los créditos hipotecarios preferirían á los créditos de los pupilos, mujeres casadas, fisco, etc., etc.

Ahora bien, establecido el contraste entre los dos sistemas, indudable es que caducó el antiguo, y que, vigente el Código civil, las hipotecas se anteponen á los créditos de cuarta clase. De otra manera, el sistema hipotecario hubiera sido ineficaz durante muchos años; pues los créditos de las mujeres casadas antes de 1857, de los pupilos cuyas guardas ya estaban constituídas en la misma época,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

hubieran tenido prelación sobre las hipotecas, y el acreedor hipotecario no hubiera estado cierto de que surtirían ellas los efectos determinados por el nuevo sistema.

En el Ecuador no se pone en duda el principio de que los créditos hipotecarios tienen prelación sobre los de cuarta clase, aun cuando se trate de privilegios constituídos antes que el Código civil principiase á regir; y eso á pesar de la regla : "Todo derecho real adquirido conforme á una ley subsiste bajo el imperio de otra nueva."

No negamos que en algunos casos es difícil conocer si las leyes se refieren á la existencia misma de los derechos ó á su adquisición; pero casi siempre es posible distinguirlas, fijándose en que las primeras tienen su fundamento en la moral ó en el derecho público, y en que las segundas ejercen su imperio principalmente en el mero derecho civil.

92. Pasemos á las leyes concernientes á la adquisición de los derechos, y en ese sentido sí es exactísimo el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo ni pueden alterar los derechos adquiridos.

Cuando se dice que las leyes no tienen efecto retroactivo, no significa que la ley prescinde de lo pretérito; pues el legislador se limita á expresar que ella no tiene influencia sobre los actos jurídicos consumados. (3)

---

(3) " La primera condición que, como lo hemos dicho, se requiere para que haya retrotracción segun el sentido del art. 2 del Código civil, consiste en que la ley afecte lo passado y lo cambie.

" ¿Qué es lo pasado, en cuanto á la ley? Lo define muy bien la ley 7, C. *de legibus*. Después de haber dicho que las leyes disponen para lo venidero, y no tienen efecto retroactivo, *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita*; añade : á menos que el legislador estatuya expresamente tanto sobre el tiempo pasado como sobre las cosas suspensas : *nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*. He aquí las cosas todavía suspensas contrapuestas á las cosas pasadas.

" Para que haya retrotracción, en el sentido del art. 2 del Código, no basta que la ley altere lo pasado; es necesario, además, que lo altere en perjuicio de las personas á quienes se refieren sus disposiciones....

" ¿Cómo podría cambiar la ley lo pasado en perjuicio de esas

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Evidentísimo que tratándose de la adquisición de los derechos, la ley no debe tener efecto retroactivo. "El objeto de las leyes", decía Portalis, (4) "es reglar lo futuro; pues lo pasado no está bajo su imperio. Donde se admitiese la retrotracción de las leyes, no habría ni sombra de seguridad. La ley natural no está limitada por el tiempo ni por el espacio, porque rige siempre en todos los pueblos; pero las leyes positivas, obra de los hombres, no existen sino cuando se promulgan, ni pueden surtir efecto sino cuando existen. Como la libertad civil es la facultad de hacer lo que la ley no veda, tiénense por lícitas las acciones que no están prohibidas. ¿Qué sería de la libertad civil si el ciudadano temiese que, ejecutadas aquellas, se investigue si son ó no legales, ó que una ley posterior le arrebate derechos adquiridos?

"No confundamos las sentencias con las leyes. En virtud de la naturaleza misma de las cosas, las sentencias se refieren á lo pasado, porque no pueden resolver sino acciones deducidas y hechos á que se aplican las leyes vigentes; pero las leyes nuevas no se extienden nunca á lo pasado, que no está bajo su imperio.

"El Poder legislativo es la omnipotencia humana. La ley crea, conserva, cambia, modifica, perfecciona, destruye. El cerebro de un legislador sabio es una especie de Olimpo, de donde se difunden las grandes ideas, las concepciones felices, que deciden la suerte de los hombres y el destino de los pueblos; pero el imperio de la ley no puede extenderse á sucesos que, ya consumados, no están á sus alcances.

"El hombre, que occupa sólo un punto así en el tiempo como en el espacio, sería muy infeliz á no estar seguro ni de lo pasado.

---

personas? No lo podría sino privándolas de derechos actualmente adquiridos. El principio de la no retrotracción de las leyes no se ha establecido, pues, sino para que los derechos actualmente adquiridos por los individuos estén al abrigo de los ataques que el capricho del legislador podría inferirles, y por lo mismo es evidente que no puede haber retrotracción cuando los derechos precedentemente adquiridos se respetan y se conservan intactos" (Merlin. Effet rétroactif. Sect. I. § I. n. II. III).

(4) Locré. I. 579. 9.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

"En cuanto á ese período de la vida, ¿no lleva ya todo el peso de su destino? Si bien lo pasado puede dejar pesares, termina absolutamente la incertidumbre; porque, según el orden natural, no es incierto sino lo futuro, y entonces la incertidumbre es mitigada por la esperanza, compañera fiel de nuestra debilidad. Empeoraríase, pues, la triste condición de la humanidad, si la legislación pretendiera alterar el sistema de la naturaleza, y si, en cuanto al tiempo transcurrido, volviesen nuestros temores sin restituírsenos la esperanza. Rechacemos la idea de esas leyes de dos rostros, que teniendo el uno vuelto á lo pasado y el otro á lo porvenir, extinguiesen la fuente de la confianza, y fuesen manantial perenne de injusticia, trastorno y desorden."

93. Muchos jurisconsultos afirman que la regla sobre la no retrotracción de la ley, es un precepto á los jueces, mas no al legislador. (5) Pero nos parece que tal opinión es en extremo absoluta, y que es necesario distinguir entre los derechos garantizados, ya por la Constitución, ya por la ley.

Si la Constitución los garantiza, y el legislador los altera dando á la ley efecto retroactivo, la ley es inconstitucional, y, por lo mismo, los jueces no pueden aplicarla. Así, por ejemplo, tanto la Constitución de Chile como la del Ecuador garantizan la propiedad, y expresan que sólo al poder judicial corresponde declararla en caso de controversia. Ahora bien, si se expidiese una ley que dispusiera que en lo sucesivo la venta de bienes raíces no transferirá la propiedad sino mediante el pago de un diez

---

(5) "La regla de no retrotracción de las leyes debe considerarse, no como restricción á las atribuciones del poder legislativo, sino como un precepto á los jueces para la aplicación de la ley; pues el legislador ejerce incontestablemente la atribución de dar efecto retroactivo aún á las leyes á que se aplicaría la regla de la no retrotracción. Pudiera, principalmente, sujetar á nuevos requisitos la conservación ó la eficacia de los derechos anteriormente adquiridos. El legislador no debe, empero, ejercer esta atribución sino por causas muy graves de interés público, y con todos los miramientos que la equidad exige." (Zachariae. (A. R.) § 30.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

por ciento del precio, y que la misma regla se aplique á todos los contratos de venta celebrados desde que el Código civil rige; esa ley, que pugnaría con el derecho de propiedad, no podiera surtir ningún efecto, y el Congreso que la expidiese sería un mero usurpador que ejerciera las atribuciones del poder constituyente. (6)

Mas, si la ley se refiere á derechos no garantizados por la Constitución, libre es el legislador para darle efecto retroactivo; y entonces el juez atiende á las reglas de interpretación para saber á punto fijo si la ley surte tal efecto. Pero si la voluntad del legislador no se hubiere manifestado claramente, el juez, aplicando el art. 9 del Código civil, no dará á la ley efecto retroactivo; porque la no retrotracción es la regla general, y el juez no debe aplicar las leyes excepcionales sino á los casos que ellas determinan taxativamente.

94. Hemos visto que el principio : la ley no tiene efecto retroactivo, significa que ella no puede alterar los derechos adquiridos. Síguese, pues, que la solución del importantísimo problema sobre el efecto retroactivo depende exclusivamente de determinar bien en qué consisten los *derechos adquiridos*.

Los más eminentes jurisconsultos no dan sobre este punto una regla que, clara y exacta, comprenda todos los casos.

"La fórmula relativa á la conservación de los derechos adquiridos," dice Savigny, (7) "debe expresarse en dos sentidos del todo diversos :

"Primeramente, cuando nuestra fórmula exige la conservación de los *derechos adquiridos*, se comprenden sólo los hechos jurídicos de una persona determinada, esto es, las partes constitutivas del dominio en que la voluntad

(6) " El poder legislativo no ejerce atribuciones tan extensas como el poder constituyente. Cuando la constitución ha declarado los derechos cuyo goce corresponde á los ciudadanos, el legislador debe respetarlos. Si esos derechos son absolutos é ilimitados, el legislador no puede limitarlos ni modificarlos. En ese sentido, la ley no puede tener efecto retroactivo. " (Laurent. I. 145.)

(7) VIII. CCCLXXXV.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

individual ejerce su independencia; mas no facultades abstractas de todos los hombres ó de una clase de la sociedad.

"En segundo lugar, no se confundan los *derechos adquiridos* con las meras expectativas que, puntualizadas por la ley antigua, la nueva ley extingue. Ese resultado en nada atañe al principio que garantiza los derechos adquiridos. Pero tampoco se confundan las meras *expectativas* con los *derechos,* que sujetos á condición ó á plazo, no pueden por lo pronto ejercerse. Tales derechos lo son en realidad. La diferencia consiste en que la *expectativa*, en cuanto á su resultado, depende sólo de la voluntad de otra persona; lo cual no es aplicable tratándose de la condición ó del plazo. "

En resumen, Savigny enseña que los *derechos adquiridos*, distintos de las *expectativas*, consisten en los hechos jurídicos de una persona determinada, que ha ejercido su voluntad en el dominio del derecho.

Tal regla, sobre muy oscura, no es exacta; porque los derechos adquiridos no sólo provienen del ejercicio de las facultades que la ley concede. Si bien ciertos derechos dependen de la voluntad individual; otros se adquieren por el ministerio de la ley, y entonces son tan inviolables como los provenientes del ejercicio de las facultades legales. Un individuo muere abintestato, y la ley declara que la herencia pertenece á ciertos parientes. ¿No habría un derecho adquirido, tan inviolable como el que naciese de un contrato?

Según Merlin (8) son *derechos adquiridos* los que han entrado á nuestro patrimonio, forman parte del mismo y no puede quitárnoslos la persona de quien proceden.

Esta explicación, la mejor, á nuestro ver, de todas las que dan los jurisconsultos que hemos consultado; si bien exactísima en lo que encierra, es sobre modo deficiente; porque hay derechos adquiridos que no constituyen parte del patrimonio, y esos derechos son acaso los más importantes, esto es, casi todos los que se refieren al derecho de familia. ¿Como decir que el estado civil de marido, de

(8) Effet rétroactif. Sect. III. § I. n. III.

BIBLIOTECA NACIONAL QUITO

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

padre legítimo, de hijo natural, forman parte de nuestro patrimonio?

Chabot expresa (9) con mucha exactitud que el problema de los *derechos adquiridos* es el del *efecto retroactivo* de la ley; y añade : "Son *derechos adquiridos* los conferidos irrevocable y definitivamente antes del hecho, el acto ó la ley que quiere oponerse para impedir el pleno é íntegro goce de tales derechos. Evidente es que un derecho revocable *ad nutum* por la persona que lo confirió, no constituye derecho adquirido, porque no pasa de esperanza, de mera expectativa. La ley nueva que lo halla en tal estado puede apoderarse de él para alterarlo á su voluntad : puede revocarlo ó modificarlo, porque es revocable por naturaleza, y el dominio de la ley se extiende á todo lo que no estaba irrevocablemente terminado antes de su promulgación. No hay efecto retroactivo sino cuando se lastiman derechos definitivamente adquiridos."

Salta á la vista que este jurisconsulto incurrió en petición de principio, pues el problema consiste en saber cuándo el derecho es irrevocable : la definición es viciosísima; derecho *definitivamente irrevocable* es sinónimo de *derecho adquirido*..

"¿Cómo se puede saber si un *derecho es adquirido*?" pregunta Laurent. (10) "Deben distinguirse (dice) los derechos que nacen de los contratos de los provenientes de la herencia abintestato ó testamentaria. Tratándose de sucesión, el derecho no es adquirido sino cuando ella se abre... Los contratos son irrevocables tan luego como se perfeccionan; los derechos que de ellos provienen son esencialmente *derechos adquiridos*."

Ciertas, certísimas estas dos reglas del eminente jurisconsulto belga; pero no bastan para resolver el problema; porque hay *derechos adquiridos* que no emanan de contrato ni de sucesión.

Baudry-Lacantinerie (11) se expresa en estos términos:

---

(9) Droits acquis.
(10) I. 195-196.
(11) I. 133.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

"Por *derechos adquiridos* deben entenderse las *facultades legales regularmente ejercidas*, y por *expectativas* las que no se habían ejercido aún cuando se alteró la legislación. Bajo la denominación de derechos, la ley nos reconoce aptitudes, nos confiere facultades cuyo uso depende de la voluntad. Mientras no hemos utilizado las aptitudes, tenemos un derecho en el sentido de que somos aptos para adquirirlo conforme á la ley; y nuestra aptitud se manifiesta por el acto necesario para utilizarla. El ejercicio de la facultad legal que, por decirlo así, se ha materializado en ese acto, traducido exteriormente por él, constituye el *derecho adquirido*."

Tenemos un buen criterio para juzgar, en ciertos casos, si el *derecho es adquirido*, á saber, si el individuo ha ejecutado los actos de que depende la adquisición de tal derecho. Pero volvemos á las anteriores observaciones: hay derechos adquiridos que no dependen de acto alguno del individuo, y para ese evento no nos da este escritor ninguna regla.

Todas las doctrinas que acabamos de exponer evidencian que no se ha resuelto el problema, porque siendo en extremo complejo, se ha examinado sólo en algunos de sus aspectos. Con suma frecuencia es aplicable la profunda observación de Bastiat: la mayor parte de los asuntos que estudiamos son á manera de polígonos de infinidad de lados; cada escritor no ve sino uno solo, y deja inadvertidos todos los demás. Conviniera, pues, enumerar los principales casos en que hay *derecho adquirido*, sin empeñarse en definiciones, que casi siempre son peligrosas en jurisprudencia. (12)

Probemos á determinar, si no todos, los principales casos en que según los principios hay *derechos adquiridos*:

1º. Los derechos provenientes de un contrato, cuasicontrato, delito ó cuasidelito;

2º. Los conferidos por una sucesión abierta, testamentaria ó abintestato;

---

(12) *Omnis definitio in iure civili periculosa est*..... (D. L. XVII. 202).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

3º. El estado civil, cuando es consecuencia de actos ejecutados, bien por las mismas personas que adquieren tal estado, bien por otras personas;

4º. Los derechos que nacen de la prescripción, si se hubieren cumplido los requisitos que la ley puntualiza.

Estos casos se comprenderán mejor cuando tratemos de aplicar las reglas sobre la adquisición de los derechos, comentando la ley que, expedida en 1861, dirime los conflictos entre los límites temporales de las leyes.

95. Pasemos ya al inciso 2º. del art. 9º. Las leyes que se limitan á declarar el sentido de otras, se entienden incorporadas en éstas; pero no alteran en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio.

Cuando se presentó el Proyecto del Código de Napoleón, el art. 2º. decía:

"La ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo."

"Sin embargo la ley interpretativa de otra anterior, surtirá efecto desde la vigencia de la ley interpretada, sin perjuicio de las sentencias expedidas en última instancia, transacciones, fallos arbitrales ú otros que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada."

Al discutirse el Proyecto, Portalis expuso (13) que el principio de la no retrotracción de las leyes no puede controvertirse.

"Todos los tribunales aceptan la primera parte del artículo; pero, en cuanto á la segunda, hacen observaciones.

"El tribunal de Agen pretende que las leyes, aun meramente interpretativas ó explicativas, no deben retrotraerse.

"La opinión de este tribunal es aislada.

"Los tribunales de Lyon y de Tolosa desearían que se determinasen los límites de la ley puramente explicativa.

"El tribunal de Douai observa que las sentencias en última instancia no son las únicas que deben respetarse en la aplicación de una ley interpretativa, y que las sentencias

(13) Locré. I. 391. 16.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

de primera instancia aceptadas expresamente, ó que no han sido apeladas en el término legal, deben comprenderse en la misma regla.

"La observación es exacta: fácilmente puede accederse á los deseos de los que la hacen, añadiendo una palabra que comprenda todas las resoluciones pasadas en autoridad de cosa juzgada.

"Pero sería difícil determinar bien lo que debe entenderse por ley *meramente interpretativa*.

"Fuera más prudente suprimir la segunda parte del artículo, *dejando las cosas sujetas al derecho común*.....

" Algunos miembros del Consejo piden que la segunda parte del artículo se suprima; la consideran inútil.

"El Consejo acepta la primera parte del artículo, y suprime la segunda."

Tal discusión no puede ser más instructiva; pues manifiesta que las leyes meramente interpretativas surten efecto desde que principió á regir la ley interpretada.

La interpretación (véase el § IV de este título) no consiste sino en investigar y conocer el pensamiento del legislador; y si éste lo ha declarado, dedúcese que el juez, sin entrar en distinciones sobre el efecto retroactivo, debe entender la ley como la entendió el legislador.

Pero en este caso no hay ni sombra de conflicto entre dos leyes; pues el admitirlo envolvería la anómala suposición de que el juez es libre para dar á la ley un sentido diverso del determinado por el legislador.

Por tanto, en virtud de la naturaleza misma de la interpretación, la ley interpretativa se incorpora á la ley interpretada, y las dos no forman sino una sola y misma ley.

Cuando se ha expedido sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada, ésta confiere un derecho irrevocable, (14) y por ende no puede alterarlo la ley interpretativa de la que se aplicó á la controversia judicial.

Estos principios fueron reconocidos por las leyes romanas. *"No es disposición nueva"*, dicen las Pandectas, (XXVIII. I. 21) *"explicar una disposición testamentaria."* Y fundándose Justiniano en el mismo principio, declaró, en la Novela XIX, que la interpretación (en la Novela XII) sobre los efectos de la legitimación, serviría de regla aún para las sucesiones ya abiertas; pero añade: *"Excep-*

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tis illis negotiis quae contigit ante leges a nobis positas, aut decreto iudicum, aut transactione determinari."

Art. 1°. Los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas, se decidirán con arreglo á las disposiciones de la presente lei.

CONCORDANCIAS.

C. E. 7..... En conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes.

COMENTARIO.

96. Parece que no se procedió acertadamente dictándose una ley que, según sus redactores, comprendiera todas las reglas conducentes á dirimir los conflictos entre los límites temporales de las leyes.

No se confundan las atribuciones del legislador con las del jurisconsulto, llamado á formar el derecho científico. Aquél declara los principios fundamentales; éste los explica deduciendo las consecuencias.

Tratándose del efecto retroactivo, imposible que la ley enumere todos los casos en que haya conflicto, real ó aparente, entre los límites temporales de dos ó más leyes.

La práctica de los legisladores, antiguos y modernos, pugna con la ley chilena.

Los códigos romanos, tan minuciosos y circunstanciados en otras materias, no fijan sino la regla general de que la ley no tiene efecto retroactivo.

Acabamos de ver (95) que al discutirse el art. 2° del Código de Napoleón, el Consejo de Estado suprimió el inciso 2° del proyecto, fundándose, entre otras razones, en que es difícil determinar á ciencia cierta en qué consisten las leyes meramente interpretativas. Con cuánta cordura se procedía en asunto tan delicado y transcendental!

Sabido es que en el proyecto redactado por un Andrés

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Bello tampoco hubo las veinticinco reglas que nos da la ley chilena.

En el proyecto de Freitas sólo se dice : (Art. 1°.) "Las leyes de este Código no se aplicarán fuera de sus límites locales, ni con efecto retroactivo."

Y en fin los mejores Códigos modernos, (14) entre ellos

---

(14) El Código español da muchas reglas conducentes á dirimir el conflicto entre los límites temporales de la ley. Las copiamos juntas porque así se comprenderá mejor su sentido.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo.

Para aplicar la legislación que corresponda, en los casos que no están expresamente determinados en el Código, se observarán las reglas siguientes :

1ª. Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo ó no los reconozca. Pero si el derecho apareciere por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique á otro derecho adquirido, de igual origen.

2ª. Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado ó escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación ó modificación de estos actos ó de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo.

3ª. Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil ó privación de derechos, actos ú omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión ó ejecutado el acto prohibido por el Código.

Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna.

4ª. Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados an-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

el argentino, que peca de muy difuso, no *reglamentan* el efecto retroactivo.

---

tes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto á su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, á lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho ó de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos ó por otros.

5ª. Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar á regir el Código; pero si continuaren viviendo en la casa y á expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad según la legislación anterior.

6ª. El padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad con arreglo á la legislación anterior.

7ª. Los padres, las madres y los abuelos que se hallen ejerciendo la curatela de sus descendientes, no podrán retirar las fianzas que tengan constituídas, ni ser obligados á constituirlas si no las hubieran prestado, ni á completarlas si resultaren insuficientes las prestadas.

8ª. Los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior y con sujeción á ella, conservarán su cargo, pero sometiéndose, en cuanto á su ejercicio, á las disposiciones del Código.

Esta regla es también aplicable á los poseedores y á los administradores interinos de bienes ajenos, en los casos en que la ley los establece.

9ª. Las tutelas y curatelas, cuya constitución definitiva esté pendiente de la resolución de los Tribunales al empezar á regir el Código, se constituirán con arreglo á la legislación anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regla que precede.

10ª. Los Jueces y los Fiscales municipales no procederán de oficio al nombramiento de los consejos de familia sino respecto á los menores cuya tutela no estuviere aún definitivamente constituída al empezar á regir el Código. Cuando el tutor ó curador hubiere comenzado ya á ejercer su cargo, no se procederá al nombramiento del consejo hasta que lo solicite

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La ley que examinamos manifiesta, forzoso es decirlo, que no fue obra de jurisconsultos distinguidos; pues comprende muchas disposiciones, ya redundantes, ya nugatorias.

Tal ley se incorporó al Código ecuatoriano por decreto que, en 1869, expidió D. Gabriel García Moreno, cuyos conocimientos jurídicos no fueron notables.

Mas, sea como fuere, debemos estudiar las cansadísimas, insoportables veinticinco reglas.

Art. 2º. Las leyes que establecieren para la adquisición de un estado civil, condiciones diferentes de las que exijia una lei posterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen á regir. (*)

REFERENCIAS.

Estado civil. 304.
La fecha en que comiencen á regir. 7.

---

alguna de las personas que deban formar parte de él, ó el mismo tutor ó curador existente; y entretanto quedará en suspenso el nombramiento del protutor.

11. Los expedientes de adopción, los de emancipación voluntaria y los de dispensa de ley pendientes ante el Gobierno ó los Tribunales, seguirán su curso con arreglo á la legislación anterior, á menos que los padres ó solicitantes de la gracia desistan de seguir este procedimiento y prefieran el establecido en el Código.

12. Los derechos á la herencia del que hubiese fallecido, con testamento ó sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea ó no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar á cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código.

13. Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento.

(*) Savigny. VIII. § 389.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § III.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 1ª. Las leyes que establecieren para la adquisición de un estado civil condiciones diferentes de las que prescribía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen á regir.

C. Arg. 4046. La capacidad civil de las personas es regida por las nuevas leyes, aunque abroguen ó modifiquen las cualidades establecidas por las leyes anteriores; pero sólo para los actos y efectos posteriores, sin que la nueva ley pueda invalidar ó alterar lo que se hubiese hecho en virtud de la capacidad que tenían las personas por las leyes anteriores, ni los efectos producidos bajo el imperio de la antigua ley.

COMENTARIO.

97. Mientras el estado civil no se obtenga, la aptitud para adquirirlo no pasa de expectativa; la cual no depende sino del legislador. Atendiendo éste al derecho público y al orden de las familias, determina los requisitos constitutivos del estado civil : la calidad de nacional ó extranjero, de cónyuge, de hijo legítimo, el reconocimiento de los hijos naturales ó de los simplemente ilegítimos, son asuntos de suma importancia, íntimamente conexionados, lo repetimos, con el derecho público y con el orden de las familias; y libre es el legislador para expedir todas las reglas á ellos concernientes.

Si no pasa de mera aptitud la de adquirir un estado civil, síguese que todo el que lo pretenda debe observar la ley entonces vigente; y que el artículo 2º, lejos de dar reglas sobre el conflicto entre dos leyes, es mera consecuencia de las que ya hemos asentado al explicar el principio : la ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo.

Debe sí distinguirse entre los requisitos constitutivos del estado civil y las pruebas concernientes á manifestar que tal estado se adquirió; pues escritores notabilísimos, como Laurent y Dalloz, confunden dos cosas tan diversas. Cuando se trata, por ejemplo, del reconocimiento de un hijo natural, ese reconocimiento, para ser válido, debe efectuarse conforme á la ley vigente; pero si

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

se justifica la calidad ya adquirida de hijo natural, la prueba debe rendirse según la ley que regía cuando el reconocimiento.

Volveremos á este punto al comentar el art. 23 de la ley en cuyo estudio nos ocupamos.

Art. 3°. El estado civil adquirido conforme á la lei vigente á la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después la fuerza; pero los derechos i obligaciones anexos á él, se subordinarán á la lei posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos ú obligaciones, sea que modifique ó derogue los antiguos.

En consecuencia, las reglas de subordinación i dependencia entre cónyujes, entre padres é hijos, entre guardadores i pupilos, establecidas por una nueva lei, serán obligatorias desde que ella empiece á rejir, sin perjuicio del pleno efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de una lei anterior. (*)

REFERENCIAS.

Estado civil. 304.
Obligaciones. 1437.
Derechos. 576.
Desde que principia á regir. 7.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 2ª. El estado civil adquirido conforme á la ley vigente en la fecha de su constitución subsistirá, aunque dicha ley deje de regir; pero las obligaciones y derechos inherentes á él se subordinarán á la ley posterior, ora constituya nuevos derechos ú obli-

---

(*) Savigny. VIII. § 389.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § II.—Puissance maritale. Sect. II. § II. Art. II. n. XIX.—Légitimité. Sect. I. § II. n. VIII.—Mariage. (Q.) § VIII.—Dalloz. Lois. 207-211.—Contrat de mariage. 3579. 3901-3908.—Chabot. Autorisation maritale. § I.—Toullier. I. p. 53-58.—Laurent. I. 169-186. 189. 191.—Demolombe. I. 41-45.—Zachariae. A. R. I. § 30. n. II.—Baudry-Lacantinerie. I. 141-149.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

gaciones, ó modifique ó derogue los antiguos. En consecuencia, la subordinación ó dependencia entre cónyuges, padres é hijos, guardadores y pupilos &., se sujetarán á la nueva ley desde que principie á regir, sin perjuicio del efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de una ley anterior.

C. Arg. 4046. (véanse las *concordancias* del artículo anterior).

4047. Las leyes nuevas sobre el poder y las facultades de los maridos se aplican aún a los casados antes de su publicación.

COMENTARIO.

98. Este artículo formula dos reglas;

1ª. El estado civil adquirido conforme á una ley subsiste aunque ésta deje de regir.

2ª. Los derechos y obligaciones anexos á tal estado se subordinan á la ley posterior.

99. I. Los redactores de la ley sobre el efecto retroactivo, siguiendo la opinión de Savigny, establecen la regla absoluta de que una vez alcanzado un estado civil, constituye éste un *derecho adquirido*, el cual no depende de la ley posterior. Pero nos parece que tal regla no es conforme á los principios fundamentales sobre el estado civil de las personas, y que conviene aceptar la doctrina de Duvergier. (15) " Los hechos que influyen en el estado de las personas ", dice " son actos voluntarios ó sucesos independientes de la voluntad humana. El establecimiento y la residencia en una nación, el matrimonio, la adopción, el divorcio, la perpetración de ciertos delitos, componen la primera clase.

" Las circunstancias que pueden comprenderse en la segunda son: el nacimiento, el sexo, la edad, el desarrollo físico é intelectual.

" Si la ley regla el estado de las personas en cuanto se constituye éste por actos emanados de su voluntad, no puede extinguir los efectos de esos actos, ni privarlas de las calidades ya conferidas. Así, el extranjero que

(15) Anotaciones á Toullier. I. p. 54-55.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ha obtenido la nacionalidad, cumpliendo las obligaciones puntualizadas por la legislación vigente, no la pierde á causa de una legislación nueva que exige otros requisitos.

"Los que se han casado válidamente en una época, no pierden el estado de cónyuges, porque se fijen después otras reglas sobre la validez de los matrimonios.

"Lo mismo es aplicable á los cónyuges divorciados. Las calidades de adoptante y adoptado tampoco dependen de los cambios que sobrevengan en la legislación.

"Al contrario, cuando el estado de las personas proviene de hechos no voluntarios, se respetan sólo los actos consumados, y se tiene por cierto que las calidades provenientes de tales hechos dejan de pertenecer á los que gozan de ellas, si la legislación nueva se las rehusa.

"Así, el menor se convertirá en mayor, ó, recíprocamente, el mayor vuelve á ser menor; el que está en interdicción ó tiene consultor judicial, será restablecido en su plena capacidad; la aptitud para el matrimonio se anticipa ó retarda como efecto de la aplicación inmediata de las innovaciones legislativas.

"Esta distinción entre los efectos que surten las leyes relativas al estado de las personas se justifica plenamente. El que por un acto de la voluntad se ha constituído en cierta manera de ser, la cual ha formado ciertas relaciones legales entre su persona y los demás miembros de la sociedad, ha procurado una posición estable y tiene derecho á que ella subsista.

" Pero cuando se trata de un estado proveniente de sucesos fortuitos, hijos del acaso, mas no de la voluntad humana; el que adquiere tal estado no tiene derecho á exigir su conservación, porque la capacidad de que goza no es el fin de sus actos ni el resultado de sus esfuerzos personales. "

Fundadísima nos parece esta teoría; pues cuando se adquiere un estado civil por el ministerio de la ley, y ésta juzga conveniente alterarlo, como si vuelve á sujetar á curaduría á las personas que han cumplido veintiún años, éstas no tienen motivo alguno de queja; pues la ley misma que las declaró capaces, después las inhabilita atendiendo al bien público y á la protección

BIBLIOTECA NACIONAL CATALOGADORA POR QUITO-ECUADOR
Biblioteca Nacional del Espejo

debida á los individuos que se hallan en determinadas circunstancias. Pero cuando el estado civil proviene del ejercicio de ciertas aptitudes, como la legitimación, el reconocimiento de hijos naturales, el legislador debe asegurar la eficacia de los actos que, garantizados por la ley, se ejecutaron.

100. Laurent enseña una doctrina diametralmente opuesta, en cuanto al estado civil de las personas. "Dos sentencias de la Corte de casación, " dice, (16) " han asentado el principio sobre las leyes concernientes al estado de las personas, en los términos que siguen : ' Las leyes que reglan el estado de las personas obligan al individuo tan luego como se promulgan, y desde entonces es capaz ó incapaz; las leyes no tienen en tal caso efecto retroactivo, porque subordinándose el estado civil de las personas al interés público, el legislador puede cambiarlo ó modificarlo según las necesidades de la sociedad '. Merlin dice que ese principio es demasiado general; nosotros juzgamos que el principio es de verdad absoluta en el sentido de que el derecho de estado personal no forma parte del patrimonio de los ciudadanos; los derechos de esa clase nunca pueden llamarse *derechos adquiridos*.

" Como el estado de las personas atañe esencialmente al interés público, está bajo el imperio del legislador; por lo mismo no es posible que forme parte del patrimonio de los individuos, ni que constituya *derecho adquirido*. Cuando hay derecho adquirido, ¿no es *propietario* el que lo ejerce? Y el primer derecho del propietario, ¿no consiste en disponer de la cosa que le pertenece, y trasmitirla por acto entre vivos ó por testamento? ¿Puede suponerse que se disponga del estado de mayor, del estado de mujer casada; que tales estados se vendan ó leguen? Hay incompatibilidad absoluta entre la noción de *derecho adquirido* y el estado de las personas. "

La doctrina de tan eminente jurisconsulto pugna con los más obvios principios de jurisprudencia. Cierto que

(16) I. 169.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

el estado civil no forma parte de nuestro patrimonio, porque á éste no se refiere sino el *derecho de los bienes;* pero el estado civil constituye, por decirlo así, el individuo mismo, colocándole en la familia y dándole cierta posición en la sociedad. El estado civil es más sagrado que todos los derechos patrimoniales. El argumento de que el estado civil no es derecho adquirido porque no es susceptible de cederse ni trasmitirse, es de aquellos que probando demasiado no prueban nada. El individuo no puede enajenar su libertad ni constituírse por ningún título en esclavitud. ¿Diremos por eso que la libertad de los ciudadanos está á merced del legislador? Porque el dominio forma parte de nuestro patrimonio, mas no el estado civil, ¿afirmaremos que el legislador no puede dictar leyes que priven á los individuos del dominio de sus inmuebles, y que si puede despojarlos á su arbitrio de la calidad de hijos legítimos concebidos en matrimonio?

Evidentísimo es que el estado civil de las personas se halla en más íntima conexión con el bien público que los derechos patrimoniales, y que por eso el legislador modifica en ciertos casos aun el estado civil adquirido en virtud de actos que los individuos hubieren ejecutado. Pero de ahí sólo se deduce que el bien público exige muchas veces que se dicten leyes sobre la *existencia misma de los derechos,* aunque ellas no respeten los derechos adquiridos.

Pero las leyes sobre el contraste entre dos instituciones no sólo se refieren al estado de las personas, sino también á los bienes; porque el legislador, obedeciendo á los principios de justicia y á las necesidades de la época, puede abolir ciertas instituciones; las cuales conferían á los individuos derechos que formaban parte de su patrimonio y que eran incompatibles con la justicia ó con el sistema de la legislación. Así, el congreso de 1852 abolió en el Ecuador la esclavitud, declarando que los dueños de esclavos no tenían derecho sino á exigir su precio al erario.

Pero en el curso natural de las cosas, las leyes concernientes á la adquisición misma de un estado civil, á la modificación de tal estado, deben comprender á las personas

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que lo hubieren adquirido por el ministerio de la ley; mas no cuando el estado proviniese del ejercicio de aptitudes conferidas por el legislador.

Nótese que por ahora hablamos sólo de los principios; pues ya hemos visto que en Chile se considera como derecho adquirido irrevocablemente cualquier estado civil, ya se obtenga por el ministerio de la ley, ya ejerciéndose las aptitudes legales.

101. También debe observarse que aun en Chile se extinguiera ó modificara el estado civil, cuando ello proviniese de leyes concernientes, no á la adquisición de los derechos, sino á la existencia de los mismos, esto es, al contraste entre dos instituciones. En el Ecuador se presenta este caso tratándose de la patria potestad de la madre. El art. 234 del Código civil, promulgado en 1861, era idéntico al art. 240 del Código chileno, según el cual la madre no ejerce sobre sus hijos legítimos los derechos de patria potestad; pero desde el año de 1869 se reformó el Código ecuatoriano, declarándose, y con mucha razón, que la madre legítima, á falta de padre, ejerce sobre sus hijos menores la patria potestad. Pues bien, tenemos un contraste entre dos instituciones: la madre no ejerce la patria potestad; la madre sí ejerce la patria potestad. El legislador ecuatoriano, lejos de expedir para este caso alguna disposición transitoria, incorporó al Código civil, como ya lo hemos visto, (96) la ley promulgada en Chile sobre el efecto retroactivo; y por lo mismo había pugna entre el art. 3°, esto es, el estado civil adquirido conforme á una ley subsiste bajo el imperio de una nueva, y la ley que llamaba á la madre á ejercer la patria potestad sobre sus hijos menores; y decimos que había pugna, porque el estado civil de hijo emancipado fue adquirido por todos los hijos legítimos cuyos padres habían muerto en el intervalo entre los años de 1861 y 1869. El hijo emancipado tenía derecho al usufructo de sus bienes, y la madre legítima no era llamada sino á la guarda del hijo. Pero como la ley que confirió á la madre la patria potestad no solo creó tal institución, sino que también abolió la tutela de la madre; juzgamos que establecido el contraste entre las dos instituciones, la madre pasó á ejercer los derechos de patria potestad sobre los hijos menores emancipados, y como con-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

secuencia de ese derecho, á gozar el usufructo de los bienes del hijo.

102. En Francia se presentó otro contraste entre las instituciones antiguas y las nuevas, tratándose de los pródigos que se hallaban en interdicción. Las leyes anteriores al Código civil seguían, en cuanto á los pródigos, las mismas reglas que las leyes romanas, las españolas y el Código chileno : los pródigos eran puestos bajo la guarda de un curador, á quien se confería la administración de los bienes de aquéllos. El Código de Napoleón abolió la guarda de los pródigos, estableciendo un consultor judicial, á quien debía pedir consejo el pródigo en los casos más graves, como la enajenación de los bienes raíces, el contrato de mutuo, conferir cartas de pago por dinero, etc., etc. Entre las disposiciones transitorias nada se dijo en cuanto á los pródigos que entonces estaban en interdicción, y por lo mismo se presentaban con frecuencia controversias sobre el efecto que había surtido la ley en cuanto á la curaduría de los pródigos.

Chabot (17) nos cita el caso de un individuo que habiendo estado en curaduría por pródigo antes que rigiese el Código civil, contrató después. La Corte de Casación declaró válido el contrato, fundándose en las siguientes razones : "Considerando que el art. 489 del Código civil no permite poner en interdicción sino á los que se hallan en estado habitual de demencia; que el art. 513 no autoriza á la familia sino para dar al pródigo consultor sin cuyo dictamen no pueda transigir, litigar, enajenar, &.,&.; que en virtud de la naturaleza misma de las cosas, y atenta la protección debida á las personas, las leyes que reglan ó modifican el estado de las personas mejorando su suerte deben aplicarse desde su promulgación; que de ahí se deduce que, promulgado el Código civil, el pródigo dejó de estar en interdicción; que según el art. 513 del Código civil, la única modificación á ese estado consiste en que al pródigo se le prohibe litigar, transigir, etc., etc., sin el dictamen del consultor dado por el tribunal, de donde se sigue que esas acciones deben ser ejercidas por él con intervención

(17) Prodigue. § I.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

del consultor; que nadie pudo ejercerlas en su ausencia y sin que él lo supiese, y que la sentencia recurrida, que ha decidido lo contrario, pugna con el sobredicho art. 513 del Código civil; anula, etc., etc."

Chabot refiere que la minoría de la Corte de Casación opinó que el interdicto por prodigalidad no había entrado en el pleno goce de sus derechos; que transitoriamente, y hasta que el pródigo hubiese exigido que se levantase la interdicción ó hasta que se le diese consultor, el curador podía gestionar á su nombre representándole en juicio, y que libertarle *ipso iure* de la curatela, era dejar un intervalo durante el cual podía consumar su ruina. "Diremos francamente" (añade) "que preferimos el parecer de la minoría de la Corte de Casación al de la mayoría que expidió la sentencia, y que este último nos parece absolutamente contrario al espíritu y á la letra de los arts. 489 y 513 del Código".

Laurent conviene en que tan luego como se publicó el Código de Napoleón cesó la interdicción de los pródigos: "No puede haber interdicción por prodigalidad", dice, (18) "según un Código que no la admite." Reconoce, pues, el *contraste entre las dos instituciones, y que en todo caso debía prevalecer la ley nueva.* Pero también censura la sobredicha sentencia de la Corte de Casación, fundándose en que inculpa al legislador imprevisión. No hay tal imprevisión, porque los parientes del pródigo pudieron solicitar inmediatamente el nombramiento de consultor.

Este caso manifiesta las graves dificultades que se presentan en cuanto al estado de las personas, y que los principios sobre el efecto retroactivo de la ley no pueden aplicarse con toda exactitud sino distinguiéndose las leyes concernientes, bien á las instituciones mismas ó al contraste entre una institución antigua y una nueva, bien á la adquisición de los derechos individuales, la cual presupone necesariamente la existencia de las leyes concernientes á las propias instituciones.

103. II. No se confunda la adquisición del estado civil con los derechos y obligaciones que de él provengan;

(18) I. 191.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

pues tales derechos y obligaciones, como íntimamente relacionados con el orden público y con la moral de las familias, dependen de la ley posterior.

Así, cuando los extranjeros adquieren la naturalización en virtud de las respectivas leyes, quedan sujetos á todas las obligaciones que por leyes posteriores se imponen á los nacionales, aunque esas obligaciones sean muy otras de las que debían cumplir cuando obtuvieron la naturalización.

Los esposos que contraen matrimonio, adquieren irrevocablemente el estado civil de cónyuges, aunque la ley posterior declare nulos los matrimonios posteriores que se celebren conforme á la ley antigua. Pero todos los derechos y obligaciones concernientes al estado civil de marido y mujer se subordinan á la ley posterior. El marido, por ejemplo, podría compeler judicialmente á su consorte á vivir con él y seguirle á donde quiera que traslade su domicilio, aunque la ley bajo cuyo imperio fue celebrado el matrimonio hubiese permitido á la mujer no trasladarse á nación extranjera. Asimismo, aunque según la ley anterior la mujer casada podía comparecer en juicio ó contratar sin autorización del marido, si la posterior fuese contraria á la otra, la posterior sería la que rigiese en cuanto á la capacidad de la mujer para comparecer en juicio ó para contratar.

La ley nueva es aplicable no sólo á la subordinación entre los cónyuges, sino también á la mutua protección que les concede. Así, aunque según la ley bajo cuyo imperio se casaron los esposos no se hubiese permitido la separación de bienes, ésta podría solicitarse conforme al Código civil, y, de la misma manera, si la ley antigua no hubiese permitido el divorcio, él sería aceptable conforme al mismo Código.

101. Si bien en lo que atañe al estado mismo de los dos cónyuges rige la ley posterior, la ley vigente cuando se contrajo el matrimonio es la aplicable así á las capitulaciones matrimoniales, estipuladas expresa ó tácitamente, como á todos sus efectos. Si, por ejemplo, cuando el matrimonio fue celebrado, la ley no establecía sociedad de bienes entre los cónyuges, los bienes continuarían sujetos á la ley antigua.

Importantísimo es distinguir las reglas, ya sobre la

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

potestad marital y los derechos que la ley concede á la mujer contra el marido, ya sobre los pactos que, acerca de los bienes, encierren las capitulaciones matrimoniales. Las primeras se determinan siempre por la ley nueva, porque atañen á la moral y al orden de las familias; al paso que las capitulaciones matrimoniales forman parte del derecho de los bienes, y se rigen por la ley entonces vigente. Por ejemplo, si según las capitulaciones matrimoniales la mujer, autorizada por el marido, puede enajenar sus bienes raíces; y según la ley posterior no puede estipularse que el marido autorice á la mujer para enajenar aquellos bienes, la ley posterior no regiría las capitulaciones matrimoniales celebradas según la ley antigua. (19)

---

(19) " Acabamos de ver que las leyes nuevas sobre la potestad marital se aplican aún á los cónyuges casados antes de su promulgación.

" Pero aquí tenemos una distinción delicada; y que á veces dificulta la aplicación de nuestro principio. En efecto, si, por una parte, las leyes nuevas sobre la potestad marital deben aplicarse aún á los matrimonios anteriormente celebrados; por otra también es cierto que los contratos en general y sobre todo las capitulaciones matrimoniales, deben regirse por las leyes vigentes cuando se celebraron. Ahora bien, precisamente las capitulaciones matrimoniales tienen de particular que afectan, en cierta manera, la capacidad personal de la mujer, y, por consecuencia, la potestad marital, que es más ó menos extensa, según que los cónyuges han adoptado tal ó cual régimen matrimonial.

" De ahí varias decisiones judiciales, que en apariencia no guardan entre sí perfecta armonía. Por ejemplo :

" 1º La Corte Suprema, por sentencia de casación, decide que la mujer casada bajo el imperio de las leyes que le permitían enajenar por sí sola y sin autorización del marido sus bienes parafernales, no puede enajenarlos hoy sin autorización :

" 2º La misma Corte decide que, si según la legislación vigente cuando el matrimonio, los cónyuges podían enajenar los bienes dotales, no han perdido ese derecho por la promulgación del Código de Napoleón aún respecto de los bienes que hubiere adquirido la mujer después de la promulgación de ese Código.

" Pero tales sentencias se concilian en virtud de la distinción que acabamos de indicar.

" Si la ley nueva es una ley que versa principalmente so-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Las reglas que modifican los derechos y obligaciones inherentes al estado civil, son aplicables á los padres é hijos legítimos, á los padres é hijos naturales, guardadores y pupilos, &., &.

Art. 4º. Los derechos de usufructo legal i de administración que el padre de familia tuviere en los bienes del hijo, i que hubiesen sido adquiridos bajo una lei anterior, se sujetarán en cuanto á su ejercicio i duración, á las reglas dictadas por una lei posterior. (*)

REFERENCIAS.

Usufructo legal. 243. 766.
Administración. 247.
Padre de familia. 240.

CONCORDANCIAS.

C. E. 7. Regla 3ª. Los derechos de usufructo legal y de administración que el padre de familia tuviere en los

---

bre la potestad marital, y que regla la capacidad general de la mujer, si, en una palabra, es una ley personal, la que, por ejemplo, no podrian modificar los que se casan bajo su imperio; juzgo que deberia aplicarse aun á los cónyuges anteriormente casados. Tal es el art. 2117 del Código de Napoleón, el cual exige que la mujer sea siempre autorizada por el marido para la enajenación de sus inmuebles, y ese es el caso de las sentencias de 1833 y 1836.

" Pero si, al contrario, la ley nueva concierne á los bienes más bien que á la potestad marital propiamente dicha, seria de otra manera. Por ejemplo, el art. 1554 del Código de Napoleón, según el cual los inmuebles dotales no pueden enajenarse por el marido ni por la mujer. Añádese que los futuros cónyuges podrian renunciar á ella según el Código de Napoleón, y que por lo mismo no habria razón alguna para aplicarla á los cónyuges que se casaron cuando regia una ley diferente; y tal es el caso de la sentencia de 1813 ". (Demolombe, I, 41.)

(*) Savigny. VIII. § 389. —Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § II. art. VIII. n. IV.—Dalloz. Lois. 233-238.—Toullier. I. p. 64. —Demolombe. I. 43.—Zachariæ. A. R. I. § 30. n. II.—Baudry-Lacantinerie. I. 148.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

bienes del hijo, y que hubieren sido adquiridos bajo una ley anterior, se sujetarán, en cuanto á su ejercicio y duración, á las disposiciones de la ley posterior.

COMENTARIO.

105. Este artículo es mera consecuencia de la regla formulada en el art. 3°, esto es, que el estado civil adquirido conforme á la ley vigente á la fecha de su constitución, subsiste aunque la ley deje de regir; pero que los derechos y obligaciones anexos á él se subordinan á la ley posterior. Adquirido el estado civil de padre legítimo, uno de los derechos inherentes á tal estado es el usufructo y administración de los bienes del hijo. Las disposiciones concernientes al usufructo del padre de familia se determinan, no por el derecho de los bienes, sino por el derecho de familia; porque la ley, que establece las relaciones entre los padres y los hijos legítimos, confiere á los primeros el usufructo y la administración de los bienes que á éstos pertenecen, y al conferírselos no se propone sino determinar las relaciones de familia.

"El usufructo legal del padre", dice Laurent, (20) "origina controversia sobre la cual hay dudas. Nuestros antiguos fueros decían: 'No hay patria potestad'; por consecuencia el padre no tenía el goce de los bienes de sus hijos menores; en beneficio de éstos se percibían los frutos. El Código ha puesto bajo la patria potestad á los hijos que, cuando su publicación, no habían cumplido veintiún años. Pero si confiere al padre la patria potestad, ¿confiérele también el usufructo? Hay sentencias en pro y en contra. Se suscitan dudas porque la ley, dando al padre el usufructo, priva al hijo de un derecho que le pertenecía como inherente al dominio. ¿No se viola el derecho adquirido? Lo dudamos. No podría el juez conceder tal derecho sino fundándose en la voluntad tácita del legislador. Luego, la controversia consiste en esto. ¿Exige el interés general que el legislador dé á la ley

(20) I. 189.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

efecto retroactivo? Creemos que en caso de duda, el juez debe presumir que el legislador concede el usufructo á todos los que ejercen la patria potestad." Aceptamos el parecer de Laurent; pero fundándonos en la razón que tantas veces hemos expuesto: el contraste entre dos instituciones: antes el padre era guardador; la ley abolió la guarda del padre, y le confirió la patria potestad; no pueden regir á un mismo tiempo el sistema antiguo y el nuevo; aceptándose el nuevo, tiene de aceptarse con todas sus consecuencias.

Art. 5°. Las personas que bajo el imperio de una lei hubiesen adquirido en conformidad á ella el estado de hijos naturales, gozarán de todas las ventajas, i estarán sujetas á todas las obligaciones que les impusiere una lei posterior. (*)

REFERENCIAS.

Hijos naturales. 36. 270.
Obligaciones. 1437.

CONCORDANCIAS.

C. E. 7. Regla 4ª. Las personas que bajo el imperio de una ley hubieren adquirido la condición de hijos naturales, conservarán esa condición, gozarán de todas las ventajas, y estarán sujetas á todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior.

COMENTARIO.

106. "Los derechos que la cohabitación fuera del matrimonio concede á la madre ó al hijo contra el padre", dice Savigny, "es una de las materias más difíciles y más controvertidas.

(*) Savigny. VIII. § 399.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § II. art. VII.—Dalloz. Lois. 230. 232.—Laurent. I. 190.—Demolombe, I. 42.

BIBLIOTECA NACIONAL CATALOGADOR QUITO
Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

"Tómase como punto de partida, ó bien un delito que el padre comete, ó bien el parentesco natural.

"En ambos casos pudiera pretenderse que el hecho de la cohabitación, aceptado como signo de la paternidad, constituye un derecho adquirido; el cual no debe alterarse por una ley posterior que extienda ó restrinja los derechos del hijo ó de la madre. Entonces la ley nueva no se aplicaría á los hijos naturales por nacer; pero en realidad las leyes de esta especie tienen una naturaleza rigurosamente obligatoria, porque se refieren á un fin moral.

"A no dudarlo nadie niega que, atentos el interés de la moral y el del Estado, es conveniente que todos los hijos sean legítimos. Ampliándose los derechos de los hijos naturales, procúrase mejorar su condición y refrenar la mala conducta de los hombres. Al contrario, la restricción ó la insubsistencia de estos derechos reprime la ligereza de las mujeres, y protege la tranquilidad de los matrimonios contra las pretensiones de mujeres extrañas.

"Sea cual fuere el medio que la nueva ley emplee, la moralidad del objeto es manifiesta, sin que ahora venga á cuento discutir cuál de estos dos sistemas sea preferible y más justificado por la experencia.

"Admitidos estos principios, la ley nueva sobre los derechos del hijo natural debe aplicarse inmediatamente, prescindiéndose de la que regía cuando la concepción ó el nacimiento.

"La ley francesa que prohibe aun investigar la paternidad, y que, en consecuencia, niega toda acción al hijo natural contra el padre, salvo el caso de reconocimiento voluntario; es conforme á nuestros principios. Con injusticia se ha censurado esta ley, aseverándose que adolece de retrotracción, y la han defendido erróneamente como relativa al mero estado de la persona.

"La verdadera justificación consiste en su naturaleza rigurosamente obligatoria".

107. Este artículo muy bien hubiera podido omitirse, porque es mera repetición de la regla general que, acerca del estado de las personas, da el artículo 3º: una vez adquirido el estado de hijo natural, subsiste bajo el impe-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo.

rio de la nueva ley, y á ella se subordinan los derechos y obligaciones á él inherentes.

Art. 6°. El hijo ilejitimo que hubiese adquirido derecho á alimentos bajo el imperio de una antigua lei, seguirá gozando de ellos bajo la que posteriormente se dictare; pero en cuanto al goce i estinción de este derecho se seguirán las reglas de esta última. (*)

REFERENCIAS.

Hijo ilegítimo. 35. 36.
Derecho á alimentos. 280. 321. n. 6°.

CONCORDANCIAS.

C. E. 7. Regla 5ª. El hijo legítimo que hubiere adquirido derecho á alimentos bajo el imperio de una ley, seguirá gozándolos bajo el de la que se dé posteriormente. Pero, en cuanto al goce y extinción de este derecho, se seguirán las reglas de la ley posterior.

COMENTARIO.

108. Esta regla es absolutamente innecesaria, pues ya se dijo, en el artículo 3°, que los derechos y obligaciones inherentes á un estado civil adquirido según la ley anterior, se rigen por la posterior; y uno de los derechos inherentes al estado de hijo ilegítimo consiste en el de alimentos.

109. En las últimas ediciones del Código ecuatoriano se ha dejado subsistente el error tipográfico de *hijo legítimo*, en vez de *hijo ilegítimo*.

Evidentísimo es él error, ya porque en el decreto de García Moreno se copió textualmente el art. 6° de la ley chilena, ya porque los alimentos de los hijos ilegítimos son los que han experimentado, según las leyes, frecuentes alteraciones.

(*) Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § II. art. VII. n. III.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 7°. Las meras espectativas no forman derecho. En consecuencia, la capacidad que una lei confiera á los hijos ilegítimos de poder ser lejitimados por el nuevo matrimonio de sus padres, no les dá derecho á la lejitimidad, siempre que el matrimonio se contrajere bajo el imperio de una lei posterior, que exija nuevos requisitos ó formalidades para la adquisición de ese derecho, á menos que al tiempo de celebrarlo se cumpla con ellos. (*)

REFERENCIAS.

Hijos ilegítimos. 35. 36.
Legitimados. 202.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 6ª. Las meras espectativas no constituyen derecho. Así, la capacidad que una ley reconoce en los hijos ilegítimos para que puedan ser legitimados por el matrimonio de sus padres, no les da derecho á la legitimidad si el matrimonio se contrajere bajo el imperio de una ley posterior, que prescriba nuevos requisitos ó formalidades para la adquisición de ese derecho, á menos que se cumpla con ellos al tiempo de celebrar el matrimonio.

COMENTARIO.

110. "La expectativa", dice Merlin, "ó proviene, bien de la voluntad ambulante del hombre, bien de la ley que el legislador puede siempre revocar.

"O proviene ora de un testamento otorgado por la persona que ya falleció, ora de un contrato.

"En el primer caso es evidente que la expectativa no constituye derecho adquirido, porque es imposible considerar como adquirido el derecho que no se funda sino en un acto revocable.

"Luego, mientras no muera el testador que ha dis-

(*) Savigny. VIII. § 385.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § I. n. IV.—Dalloz. Lois. 198-205.—Toullier. I. p. 65-67.—Demolombe. I. 40.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

puesto de sus bienes conforme á la ley vigente, la nueva ley puede invalidar sus disposiciones, y dejar fallida la esperanza de los herederos instituídos ó de los legatarios.

"Y mientras no se abra una sucesión que, según la ley actual, debe tocar á ciertas personas, una ley nueva, que establezca otro orden de suceder, puede quitar á esas personas la esperanza de adquirir los bienes.

"Pero, ¿qué debe decidirse en cuanto á la expectativa que proviene, ya de un testamento otorgado por una persona que después falleció, ya de un contrato? ¿Extinguiríase tal derecho en virtud de una ley expedida antes que llegue á ser efectivo? Examinemos primeramente la cuestión respecto á la expectativa que proviene de un testamento otorgado por la persona que después fallece.

"No puede entonces haber expectativas sino á causa de la condición impuesta por el testador á la institución de heredero ó á un legado; porque si la institución ó el legado fuese puro y simple, no habría expectativa, ni antes de la aceptación del heredero ó legatario.

"Supongamos, pues, que un testador muerto el año último me ha instituído heredero bajo la condición de que cierto suceso se verifique. Mientras la condición no se cumpla, no tengo sino la expectativa de la sucesión del testador; y esa expectativa desaparecería si antes de convertirse en derecho adquirido por el cumplimiento de la condición, muero ó me incapacito.

"Respecto de la expectativa proveniente de un contrato, no puede alterarla la ley posterior, porque todo contrato forma un vínculo legal proveniente del mismo contrato: *ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri.* Pero sólo por declararse fallida la condición se disuelve la obligación; y ello no impide que de ese vínculo resulte, en cuanto á lo presente, un derecho adquirido; pues tal vínculo no puede resolverse de otra manera. Tan cierto es ello, que la esperanza proveniente de tales expectativas se trasmite regularmente á los herederos de los que la estipularon."

111. Nos ha parecido necesario copiar esta doctrina, porque ella, á no dudarlo, indujo al legislador chileno á distinguir implícitamente entre las *expectativas* y las *meras expectativas.* La ciencia, que no acepta hoy

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tal distinción, no contrapone á las *expectativas* sino los *derechos adquiridos*. (94)

"Los *derechos adquiridos*", dice Duvergier, (21) "son los que pueden ejercerse actualmente, esto es, que en caso de agresión ó de resistencia, el poder público debe protegerlos..... Las *expectativas*, al contrario, no son sino gérmenes de derecho, gérmenes que no se desarrollan sino en virtud de acontecimientos ulteriores. De donde resulta que entre el *derecho* y la *expectativa* hay dos diferencias: el uno deduce su eficacia solamente de lo pasado, la otra debe ser fecundada por lo porvenir; el derecho puede ejercerse inmediatamente, la expectativa no es susceptible de realización actual.

"Como hablamos á jurisconsultos, acaso sea innecesario decir que cuando el ejercicio de un derecho depende de un plazo, ese derecho tiene existencia cierta y actual; que cuando un derecho se subordina á una condición, cumplida ésta se retrotrae al tiempo en que principió el germen del derecho, y que la legislación entonces vigente es la que debe consultarse."

112. Conocida la distinción entre los *derechos adquiridos* y las *expectativas*, no hay ni puede haber conflicto entre las leyes que á éstas conciernen; porque, como ya lo hemos visto muchas veces, el legislador no protege sino los derechos adquiridos; y las expectativas, más ó menos fundadas, no dependen sino de la ley vigente cuando se verifica el suceso que convierte la expectativa en derecho adquirido.

Art. 8°. El que bajo el imperio de una lei hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá bajo el de otra, aunque la última exija nuevas condiciones para adquirirlo; pero en el ejercicio i continuación de este derecho, se sujetará á las reglas establecidas por la lei posterior.

REFERENCIAS.

Administrar. 2132.
Bienes. 565.

---

(21) Anotando á Toullier. I. p. 69.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 7ª. El que según las disposiciones de una ley hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá aunque otra posterior prescriba nuevas condiciones para adquirirlo; pero la continuación y ejercicio del derecho se sujetarán á la ley nueva.

COMENTARIO.

113. También esta regla es mera consecuencia del principio declarado en el art. 3º : el estado civil adquirido conforme á una ley, subsiste bajo el imperio de otra; pero los respectivos derechos y obligaciones se subordinan á la ley posterior.

Uno de los graves defectos de la ley chilena, insistimos en ello, es distinguir casos absolutamente idénticos, y presentar como reglas separadas las consecuencias de reglas anteriores.

Art. 9º. Los guardadores válidamente constituídos bajo una lejislación anterior, seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad á la lejislación posterior, aunque según ésta hubieran sido incapaces de asumirlos; pero en cuanto á sus funciones, á su remuneración i las incapacidades ó escusas supervinientes, estarán sujetos á la lejislación posterior.

En cuanto á la pena en que, por descuidada ó torcida administratión hubiesen incurrido, se les sujetará á las reglas de aquella de las dos legislaciones que fuere menos rigurosa á este respecto: las faltas cometidas bajo la nueva lei se castigarán en conformidad á ésta. (*)

REFERENCIAS.

Guardadores, 338.
Bienes. 565.
Funciones. 390-427.

(*) Savigny, VIII. § 396.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § II. art. IX. n. III.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Remuneración. 526.
Incapacidades. 496-511.
Excusas. 496-514.
Administración. 391.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 8ª. Los guardadores y demás administradores de bienes ajenos, constituídos válidamente bajo una ley anterior, seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad á la posterior, aunque según ésta hubieren sido incapaces de obtenerlos. Pero, en cuanto á sus funciones y remuneración y á las incapacidades ó excusas supervenientes, se observará la nueva ley.

Respecto de la pena en que, por descuidada ó torcida administración, hubieren incurrido, se les sujetará á las reglas de la ley que fuere menos rigurosa; pero las faltas cometidas bajo la nueva ley, se castigarán en conformidad á ésta.

COMENTARIO.

114. En cuanto á las guardas, la ley distingue:

1º. La constitución de las mismas:

2º. Los derechos y obligaciones inherentes al cargo; y

3º. La pena en que el guardador incurre por descuidada ó torcida administración.

La constitución de la guarda se sujeta á la ley entonces vigente; pues como depende de actos conforme á ella ejecutados, eso confiere en realidad de verdad un derecho adquirido, que no puede estar sujeto á la nueva ley.

Pero el ejercicio del cargo se rige por la ley en vigor cuando se ejecutan los respectivos actos. Las aptitudes que la ley concede al guardador no forman derecho adquirido, sino á medida que van ejerciéndose.

Según el artículo, á la pena en que el guardador incurre por descuidada ó torcida administración, se aplica la ley menos rigurosa; lo cual es contrario no sólo á los principios sino á la protección que debe concederse á los pupilos.

Nótese ante todo que la pena es meramente civil; pues si la torcida ó descuidada administración envuelve un

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

delito ó crimen previsto por el Código penal, éste es el aplicable.

Ahora bien, si se trata de un acto de torcida administración, tan luego como él se ejecuta el pupilo *adquiere el derecho* de exigir la indemnización determinada por la ley entónces vigente. Así, por ejemplo, según el art. 423 del Código civil, cuando el guardador no hubiere formado inventario de los bienes del pupilo, éste tiene derecho para jurar y apreciar la cuantía del perjuicio recibido; y si una ley nueva modificase ese artículo, claro es que con menoscabo de los bienes del pupilo, ella surtiría efecto retroactivo.

Art. 10°. La existencia i los derechos de las personas jurídicas se sujetarán á las mismas reglas que respecto del estado civil de las personas naturales prescribe el art. 3°. de la presente lei.

REFERENCIAS.

Derechos 576.
Personas jurídicas: 54. 545.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 9ª. La existencia y los derechos de las personas jurídicas se sujetarán á la regla 2ª. de este artículo.

COMENTARIO.

115. Si las personas jurídicas han cumplido con todos los requisitos que la ley prescribe para que lleguen á existir, su existencia es un derecho adquirido, como lo es el estado civil de las personas naturales cuando tal estado depende de ciertos actos que, puntualizados por la ley, pueden ejecutar las mismas personas ú otras.

Los derechos y las obligaciones de las personas jurídicas dependen de la ley posterior, por razones análogas á las que expusimos en cuanto á los derechos y obligaciones inherentes al estado civil de las personas naturales.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Las personas jurídicas y las naturales no se diferencian, acerca de los derechos y obligaciones, sino en que las personas naturales gozan de derechos en virtud de su existencia misma; porque uno de los principios fundamentales, que distinguen el Derecho moderno del antiguo, consiste en que, abolida la esclavitud, se reconoce que la persona, tan luego como existe, goza de los derechos civiles y sociales; pero las personas jurídicas, mera creación de la ley, no tienen otros derechos que los determinados por la ley misma.

Todo esto se comprenderá mejor cuando estudiemos el *título de las personas jurídicas.*

Art. 11°. Las personas naturales ó jurídicas que bajo una lejislación anterior gozaban del privilejio de la restitución *in integruum* no podrán invocarlo ni trasmitirlo bajo el imperio de una lejislación posterior que lo haya abolido. (*)

REFERENCIAS.

Personas. 54.
Naturales. 55.
Jurídicas. 545.
Las leyes que lo han abolido. 1686.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 10ª. Las personas naturales ó jurídicas que gozaban del privilegio personal de restitución *in integrum* por las leyes anteriores, no podrán gozarlo ni trasmitirlo después de las leyes que lo han abolido.

COMENTARIO.

116. La restitución *in integrum* era un privilegio concedido á ciertas personas para que, en caso de lesión, se

---

(*) D. IV. I.—P. VI. XIX.—Savigny. VII. § 316. 317.—Merlin. Rescision. II.—Toullier. VII. 523.—Gómez. V. R. Lib. II. Cap. XIV.—Molina. II. Disp. DLXXV.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

invalidasen sus actos ó contratos, aunque éstos se hubiesen ejecutado ó celebrado conforme á la ley. (22)

El Código civil abolió, con razón, tal privilegio; pues, además de la inseguridad en las transacciones sociales, él perjudicaba aún á las personas á quienes se pretendía favorecer.

El privilegio de la restitución *in integrum* debía considerarse en dos aspectos :

1°. Como aptitud para ejercer el derecho conferido por la ley; y

2°. Como *derecho* proveniente de actos ó contratos ejecutados ó celebrados por las personas privilegiadas.

En el primer aspecto la regla es exacta, porque la aptitud proveniente de un estado civil se subordina á la ley posterior.

Pero, celebrado el contrato, el privilegio de la restitución *in integrum* era un *derecho adquirido*, (23) que no se podía alterar sino dándose á la ley efecto retroactivo. De manera que la regla entendida en su sentido literal retrotrae el art. 1686, que abolió la restitución *in integrum*.

Si la regla se limita á declarar que la ley nueva extinguió la aptitud concedida por la ley antigua, es un mero ripio; y sería un atentado contra la propiedad, si aboliese el privilegio proveniente de un contrato ya celebrado.

A cada paso se presentan los inconvenientes de las mi-

---

(22) D. IV. I. 1. Utilitas huius Tituli (*de in integrum restitutionibus*) non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc Titulo plurifariam Praetor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive ætate, sive absentia inciderunt in captionem.

P. VI. XIX. I. *Restitutio* en latin, tanto quiere dezir en romance, como demanda de entrega que faze el menor al Juez, que le torne algun pleyto, o alguna postura, que ha fecho con otro a daño de si, en el estado primero en que ante estaua; e que reuoque el juyzio que fuesse dado contra el, e torne el pleyto en el estado en que era ante que lo diessen. E tiene pro esta entrega a los menores, ca por ella son guardados de daño, que les podria venir por su liuiandad, o por engaño que les ouiessen fecho.

(23) Restitución de un contrato. La época decisiva es la del contrato, y no la de la demanda de restitución. (Savigny, VIII, § 392.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nuciosas cuanto redundantes reglas sobre el efecto retroactivo; las cuales, como disposiciones transitorias, hubieran podido reducirse á tres ó cuatro de las principales.

Art. 12º. Todo derecho real adquirido bajo una lei i en conformidad á ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto á sus goces i cargas, i en lo tocante á su estinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva lei, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos ó vinculaciones se hubiese ordenado ó se ordenare por leyes especiales. (*)

REFERENCIAS.

Derecho real. 577.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 11ª. Todo derecho real adquirido según una ley subsiste bajo el imperio de otra nueva; pero en cuanto al goce y cargos, y en lo tocante á la extinción, prevalecerán las disposiciones de la ley posterior.

COMENTARIO.

117. Tres reglas encierra este artículo:

1ª. Los derechos reales adquiridos según una ley subsisten bajo el imperio de una nueva:

2ª. En cuanto al goce y cargos del derecho real y en lo tocante á su extinción, prevalecen las disposiciones de la ley posterior; y

3ª. Lo expuesto es sin perjuicio de lo que respecto á los mayorazgos ó vinculaciones se hubiere ordenado ó se ordenare por leyes especiales.

118. I. La primera regla es consecuencia necesaria del principio fundamental de que la ley no tiene efecto retroactivo. Los derechos reales, una vez adquiridos por contrato, sucesión ó de cualquier otra manera, forman parte de

---

(*) Savigny. VIII. § 399. 391.—Toullier. I. p. 71. 72. 78.—Laurent. I. 217-220.—Demolombe. I. 60.—Baudry-Lacantinerie. I. 450-153.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nuestro patrimonio, y el legislador no puede extinguirlos sin dar á la ley efecto retroactivo.

Esta regla se extiende al dominio, herencia, prenda, hipoteca, &., &.

119. "Las reglas que acabamos de fijar", (dice Savigny) (24) "acerca de las nuevas leyes sobre el derecho de prenda ó de hipoteca, no son aplicables cuando ellas, lejos de referirse á casos particulares del derecho de prenda ó de los privilegios, establecen otro sistema. Lo cual se verifica cuando una ley nueva sustituye al derecho de prenda de los romanos la publicidad de las hipotecas ó recíprocamente. Como esta ley no se refiere á la adquisición de los derechos por personas determinadas, sino á la existencia misma de los derechos (á la institución de derecho), no se trata del principio que excluye la retrotracción; en su aplicación á los casos particulares los dos sistemas no pueden existir simultáneamente; la ley nueva tiene, pues, aplicación immediata y exclusiva."

Ya observamos que es importantísimo distinguir entre las leyes concernientes á la adquisición de los derechos y al contraste entre dos instituciones, (89, 90.) y que estas últimas prevalecen sobre las anteriores aunque se les dé efecto retroactivo. Pero el legislador que procede con cautela, deberá dictar disposiciones para impedir los perjuicios provenientes de la extinción de los derechos. Así, por ejemplo, las hipotecas tácitas constituídas en Francia á favor de los menores, mujeres casadas &., no estaban sujetas á inscripción; la ley hypotecaria, publicada en 1856, declaró que no valdrían sino las hipotecas inscritas, y dispuso, como disposición transitoria, que las hipotecas tácitas anteriores se inscribiesen dentro de cierto plazo.

También dijimos (91) que en Chile y en el Ecuador se extinguieron las hipotecas tácitas tan luego como se promulgó el Código civil, y que se reemplazaron por los privilegios concedidos á las mujeres casadas, menores, fisco, &., &.

120. II. La segunda regla es muy análoga á la que de-

(24) VIII. § 390

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

clara que aun cuando un estado civil subsiste conforme á la ley antigua, los derechos y obligaciones inherentes al mismo se subordinan á la nueva ley.

El derecho real es inviolable; pero las facultades que de él nacen no constituyen derecho adquirido mientras en realidad no se ejerzan.

La manera de disponer y gozar de los bienes está, por otra parte, íntimamente relacionada con el derecho público, y el legislador puede á su arbitrio dictar las reglas á ello concernientes. Así, por ejemplo, adquirido el dominio de fincas conforme á las leyes españolas, los propietarios eran libres para gravárlas con censos; pero el legislador ecuatoriano juzgó conveniente prohibirlos.

121. III. Limitámonos á mencionar las leyes concernientes á la extinción de los mayorazgos; pues ellas son ajenas del Código civil.

Art. 13°. La posesión constituída bajo una ley anterior no se retiene, pierde ó recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios ó con los requisitos señalados en ésta.

REFERENCIAS.

Posesión. 700.
Constituída. 721-724.
Retiene. 725. 728. 730. 731.
Pierde. 730. 731.
Recupera. 726. 916-923. 926. 928.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 12ª. La posesión adquirida según una ley anterior no se retiene, pierde ó recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios, ó con los requisitos prescritos en ésta.

COMENTARIO.

122. Entraríamos en cansadas y estériles repeticiones, si nos propusiésemos investigar la naturaleza de la posesión

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

y todos los casos en que ella se retiene, pierde ó recupera.

Dos especies de actos son concernientes á la posesión:

1ª. Los que se refieren al ejercicio del derecho de poseer; y

2ª. Las acciones posesorias, que conducen á conservar ó recuperar la posesión de bienes raíces ó derechos reales constituídos en ellos.

En el primer caso, los actos se rigen por la ley vigente cuando se ejecutan; porque si bien la posesión misma constituye un derecho adquirido, en cuanto á su ejercicio no confiere sino aptitud para los actos posesorios; los cuales, á medida que se realizan, se convierten en derechos adquiridos. Así, por ejemplo, la ley actual declara que el poseedor retiene la posesión de los bienes cuando los da en arrendamiento, comodato, prenda, etc., esto es, cuando ejecuta actos que se desprenden de la posesión; pero si otra ley dispusiese lo contrario, prevalecería ella sin efecto retroactivo.

En cuanto á las acciones posesorias, como ellas se deducen judicialmente, se sujetan á la regla de que las leyes concernientes á la sustanciación de los juicios se aplican tan luego como principian á regir.

Art. 14º. Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de una lei posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de ésta i por el tiempo que señalare la lei precedente, á menos que este tiempo escediese del plazo señalado por la lei posterior, contado desde la fecha en que ésta empiece á rejir; pues en tal caso si dentro de él no se cumpliere la condición, se mirará como fallida.

REFERENCIAS.

Derechos. 576.
Condición. 1473.
Fallida. 1480-1482.
Plazo. 1494.
La fecha en que ésta principia á regir. 7.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 13. Los derechos concedidos bajo una condición que, según la nueva ley, debe considerarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán por el tiempo que hubiere señalado la ley precedente, á menos que excediere del plazo fijado por la ley posterior, contado desde le fecha en que ésta principia á regir; pues, en tal caso, si dentro de él no se cumpliere la condición, se mirará como fallida.

COMENTARIO.

123. Este artículo, cuya redacción deja mucho que desear, puede reducirse á tres reglas:

1ª. Los derechos concedidos bajo condición según la ley antigua, subsisten bajo el imperio de otra ley:

2ª. Si la ley nueva señala plazo para el cumplimiento de la condición, se atenderá á ese plazo aunque el de la ley anterior hubiere sido más corto; y

3ª. Si en el plazo que señala la ley posterior, contado desde que ésta principió á regir, no se hubiere cumplido la condición, caducará el derecho.

En cuanto á los derechos reales, las tres reglas se deducen del principio asentado en el art. 12; pues, según él, aunque todo derecho real adquirido conforme á una ley subsiste bajo el imperio de otra, su ejercicio y extinción se sujetan á la ley posterior.

A tratarse de derechos personales provenientes, bien de testamento otorgado por un individuo que ya falleció, bien de convención, la ley tendría efecto retroactivo; y no alcanzamos á columbrar las razones que han motivado la excepción establecida en este caso por el legislador.

El art. 14 es otro de los que evidencian que la ley cuyo examen nos ocupa es en extremo minuciosa y redundante, y que, como ya lo hemos observado, habría podido reducirse, sin perjuicio de la claridad ni de los principios, á la cuarta ó quinta parte de sus disposiciones.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 15°. Siempre que una lei nueva prohiba la constitución de varios usufructos sucesivos, i espirado el primero antes de que ella empiece á rejir, hubiese empezado á disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva lei por todo el tiempo á que le autorizare su título; pero caducará el derecho de usufructuarios posteriores, si los hubiere.

La misma regla se aplicará á los derechos de uso ó habitación sucesivos, i á los fideicomisos; sin perjuicio de lo que se haya dispuesto ó se dispusiere por las leyes especiales relativas á mayorazgos i vinculaciones.

REFERENCIAS.

Usufructo. 764.
Sucesivos. 769.
Usufructuarios. 765.
Título. 703. 766.
Derechos de uso ó habitación. 811.
Sucesivos. 812.
Fideicomisos. 733. 745.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 14ª. Siempre que una ley nueva prohiba la constitución de varios usufructos sucesivos, y expirado el primero antes que ella empiece á regir, hubiere empezado á disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándolo bajo el imperio de la nueva ley, por todo el tiempo para el cual le autorice su título; pero caducará el derecho de los usufructuarios posteriores, si los hubiere.

La misma regla es aplicable á los derechos de uso ó habitación sucesivos, y á los fideicomisos.

COMENTARIO.

124. Esta disposición es asímismo del todo nugatoria, por cuanto se deduce necesariamente de la regla puntualizada en el art. 12, esto es, que si bien todo derecho real adquirido según una ley subsiste bajo el imperio de una nueva, ésta es la que determina el ejercicio y extinción del derecho.

Cuando la ley autoriza para la constitución sucesiva de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dos ó más usufructos, la eficacia del derecho real se determina por la propia ley; una vez adquirido el derecho, subsiste bajo el imperio de una nueva; pero como ésta prohibe constituír sucesivamente dos ó más usufructos, extínguese el derecho tan luego como termina el primer usufructo.

Las mismas razones manifiestan que tal regla es aplicable á los derechos de uso y habitación sucesivos y á los fideicomisos.

Art. 16°. Las servidumbres naturales y voluntarias constituídas válidamente bajo el imperio de una antigua lei; se sujetarán en su ejercicio i conservación á las reglas que estableciere otra nueva.

REFERENCIAS.

Servidumbres. 820.
Válidamente constituídas. 831. 839. 841. 880-884.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 15ª. Las servidumbres válidamente constituídas bajo el imperio de una ley se sujetarán á la posterior, en cuanto á la conservación y ejercicio.

COMENTARIO.

125. Tan anómalo es el artículo, cual está redactado, que acaso por error de pluma ó tipográfico se escribió *servidumbres naturales y voluntarias*, en vez de *servidumbres naturales y legales*.

Las servidumbres naturales y las legales, reconocidas ó creadas por la ley, no dependen sino de ésta en cuando á su conservación y ejercicio. (25)

---

(25) " Las servidumbres legales no dependen sino del legislador; el cual puede establecerlas, modificarlas y suprimirlas á su arbitrio, porque dependen únicamente de su voluntad. " (Chabot. Servitudes.)

" Las servidumbres puramente legales se hallan bajo el imperio del legislador; no dependen sino de su voluntad, y es

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Las leyes relativas á las servidumbres legales miran más á la constitución de los derechos que á la adquisición de los mismos, y deben cumplirse tan luego como principian á regir, sin que los particulares puedan quejarse de efecto retroactivo. (26)

126. Todo lo contrario sucede respecto á las servidumbres voluntarias, esto es, provenientes de un hecho del hombre, como los testamentos, actos de partición, convenciones. Tales servidumbres son derechos adquiridos, que no se rigen sino por la ley vigente cuando fueron constituídas. (27)

BIBLIOTECA NACIONAL
QUITO-ECUADOR

libre para establecerlas, modificarlas, ó suprimirlas. Luego, no es á la ley antigua á la que debe atenderse, sino á la vigente cuando la controversia. " (Dalloz. Lois. 313.)

(26) " A los derechos en las cosas se aplica de la manera más completa nuestro principio.

" *Dominio.*

" Si este derecho se adquiere por mero contrato según una ley que establecia esa manera de adquisición, el dominio se adquiere irrevocablemente, aun cuando una ley posterior exigiese la tradición.....

" *Servidumbres.*

" La regla que acabo de exponer en cuanto al dominio se aplica absolutamente, cuando de dos leyes consecutivas, la una exige mero contrato para el establecimiento de las servidumbres, y la otra, tradición ó cualquiera otra forma dispositiva.

" Eso no es aplicable á las servidumbres legales. Cuando ellas no se han establecido, y las crea una ley nueva, no se aplica nuestro principio; y, una vez expedida la nueva ley, las restricciones que impone al dominio surten efecto cuandoquiera que concurran los requisitos de hecho que la ley puntualiza. Hé aquí la razón : las leyes de esa especie se refieren más que á la adquisición de los derechos á su constitución, (á la manera de ser) esto es, á los requisitos y límites concernientes á su reconocimiento. Ahora bien, el principio de la no retrotracción de las leyes no se aplica á tales reglas. " (Savigny. VIII. § 390.)

(27) " Es potestativo á los propietarios establecer en sus fundos todas las servidumbres que tengan á bien, siempre que no sean contrarias al orden público : la ley no regla su uso y extinción sino á falta de título preciso, y cuando una servidumbre se halle establecida por convención, no puede alterarse ella de ninguna manera por una ley posterior. " (Chabot. Servitudes.)

" Las servidumbres puramente convencionales se reglan por la ley coetánea al contrato. " (Dalloz. Lois. 313.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si aplicásemos el artículo 16 á las servidumbres voluntarias, resultarían tan manifiestas injusticias, que no se comprende cómo ha podido subsistir él tanto tiempo.

Supóngase que antes de la promulgación del Código se hubiese estipulado: 1°. Que el dueño del predio sirviente permitía que se abriese ventana que, dando luz á una habitación del predio dominante, no distase del suelo de ésta sino metro y medio; y 2°. Que el dueño del predio dominante pagaba cuatro mil pesos por la constitución de la servidumbre.

Ahora bien, promulgada la ley sobre efecto retroactivo, ¿hubiera podido exigir el dueño del predio sirviente que la parte inferior de la ventana distase tres metros del suelo de la habitación? Levantada así la ventana, la servidumbre pudiera modificarse tanto, que la habitación quedase oscura.

Y la ley aun faculta al dueño del predio sirviente para construír en él una pared que impida la luz, ó, lo que es lo mismo, para retener los cuatro mil pesos, y burlarse del dueño del predio dominante, privándole de la servidumbre que le había comprado.

Es de observar que muchas de las servidumbres enumeradas entre las legales pueden constituírse por hechos del hombre, como los contratos y la prescripción; que entonces la servidumbre es voluntaria, (28) y que la ley no puede modificarla en manera alguna, sin alterar ó extinguir derechos adquiridos.

127. Fundándose Chabot (29) en un fallo de la Corte de Casación, asevera que ésta ha establecido los siguientes principios: 1°. Que en cuanto á las servidumbres puramente legales, debe atenderse, no á la ley antigua, sino

---

(28) La libertad ilimitada de las convenciones, en materia de servidumbres, concede á los particulares la facultad de modificar las servidumbres legales, y de derogar las leyes que las establecen. " (Toullier. III. 591.)

" Las servidumbres legales pueden, en general, determinarse de una manera más precisa, y aún modificarse, ya por contrato, y a como efecto de la prescripción. " (Zachariae. A. R. III. § 288.)

(29) Servitudes.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sólo á la que rige cuando la controversia: 2º. Que si hubiere, respecto de esa servidumbre, convención expresa ó señales que manifiesten convención tácita; la controversia deberá decidirse, no conforme á la ley nueva, sino según la convención escrita, ó según la ley vigente cuando se pusieron las señales que anuncien la convención tácita; y 3º. Que en consecuencia todas las servidumbres convencionales se sujetan á la ley bajo la cual se ajustó la convención expresa, ó se pusieron las señales que prueben la convención tácita.

128. Obsérvese, finalmente, que el art. 16 se halla en la más abierta pugna con el 884: "El título, ó la posesión de las servidumbres por el tiempo señalado en el art. 882, determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente."

129. La reforma del Código ecuatoriano no corresponde á su objeto; pues si bien parece que se conoció lo absurdo del art. 16, García Moreno no supo redactar la regla de manera que se eliminasen las *servidumbres voluntarias*. Debió decirse : Las servidumbres, *naturales ó legales*, válidamente constituídas bajo el imperio de una ley, se sujetarán á la posterior en cuanto á la conservación y ejercicio.

Los principios y la más estricta justicia exigen, pues, que en ese sentido se reformen el artículo de la ley chilena y la regla del Código ecuatoriano.

Art. 17º. Cualquiera tendrá derecho de aprovecharse de las servidumbres naturales que autorizare á imponer una nueva lei; pero para hacerlo tendrá que abonar al dueño del predio sirviente los perjuicios que la constitución de la servidumbre le irrogare, renunciando éste por su parte las utilidades que de la reciprocidad de la servidumbre pudieran resultarle; á las cuales podrá recobrar su derecho siempre que restituya la indemnización antedicha.

REFERENCIAS.

Servidumbres naturales. 831.

BIBLIOTECA NACIONAL QUITO-ECUADOR

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

130. No hallamos en este artículo ni sombra de conflicto entre dos leyes que, sobre una misma materia, se hubieren expedido en épocas diversas.

La nueva ley se limita á reconocer una servidumbre natural, y reglamenta su ejercicio.

Con razón no se copió tan nugatorio artículo entre las reglas aceptadas en el Código ecuatoriano.

Art. 18°. Las solemnidades externas de los testamentos se rejirán por la lei coetánea á su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos estarán subordinadas á la lei vijente á la época en que fallezca el testador.

En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores á su muerte las que reglan la incapacidad ó dignidad de los herederos ó asignatarios, las lejítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones. (*)

REFERENCIAS.

Solemnidades externas. 1008. 1011.
Testamentos. 999. 1000.
Muerte del testador. 953.
Incapacidad. 963-965.
Indignidad. 968-972.
Herederos. 954. 1097-1100.
Legatarios. 954. 1104.
Legítimas. 1181.
Mejoras. 1184.
Porción conyugal. 1172.
Desheredaciones. 1207. 1208.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 16ª. Las solemnidades externas de los testamentos se sujetarán á la ley que regía al

---

(*) Savigny. VIII. § 393-395.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § V.—Dalloz. Lois. 314-322.—Chabot. Testament. § I.— Toullier. V. 382.—Zachariae. A. R. I. § 30. n. II.—Laurent. I. 202. 235. 236. 243-249.—Demolombe. I. 49.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tiempo de su otorgamiento; pero las disposiciones contenidas en ellos se subordinarán á la que estuviere vigente cuando falleciere el testador.

En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores á la muerte del testador las que reglen la incapacidad ó indignidad de los herederos ó legatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones.

COMENTARIO.

131. Tratándose del testamento, hay que distinguir :

1°. La capacidad del testador :

2°. La forma del testamento, esto es, las solemnidades externas necesarias para hacer constar la voluntad del testador; y

3°. Las disposiciones testamentarias.

132. I. Según el art. 1005 del Código civil no son hábiles para testar :

1°. La persona que ha muerto civilmente;

2°. El impúber;

3°. El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia;

4°. El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad ú otra causa;

5°. Todo el que de palabra ó por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente.

El art. 1006 añade : " El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa.

Y, por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad. "

Hé aquí reglas claras y precisas, que determinan todo lo concerniente á la capacidad del testador y á la época á que ha de atenderse para determinarla.

El art. 1006 es del todo conforme á los principios; pues la validez del instrumento depende en parte de la capacidad de los otorgantes; y si el testador fue capaz de testar, la ley le concedía aptitud para expresar la úl-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tima voluntad, garantizándole la subsistencia del acto extendido con las respectivas solemnidades.

133. II. Las solemnidades externas del testamento, ó la forma misma en que debe constar la última voluntad, se determina exclusivamente, como la de todos los instrumentos, por la ley que rige cuando el otorgamiento; de suerte que una ley posterior no tiene influencia alguna en su validez, ya exija más ó menos requisitos. (30) Puede expresarse esta proposición en los siguientes términos : *tempus regit actum*, de una manera análoga á la regla sobre el derecho local : *locus regit actum;* y la primera se presenta más evidente y más necesaria, porque, fundada en el derecho consuetudinario general, se destina á favorecer la eficacia de todos los instrumentos. Efectivamente, en cuanto á las reglas del derecho local, razones de equidad facultan á las veces para que las partes elijan entre el derecho del lugar del otorgamiento ó el de aquel donde

---

(30) " La validez de un testamento, en cuanto á su forma, ¿debe reglarse por la ley vigente cuando se otorgó, ó cuando la muerte del testador?

" Esto no puede ponerse en duda; pues entonces se aplica la regla de que la forma de los instrumentos debe determinarse según la ley bajo cuyo imperio se otorgaron.

" M. Merlin dice, sin embargo, que no podria imputarse retrotracción á una ley que, prescribiendo nuevas solemnidades para los testamentos, ordenase que los otorgados por testadores que aun viven, se otorgasen de nuevo según esta ley.

" Juzgo que M. Merlin se engaña : tal ley surtiria efecto retroactivo evidentemente, porque declararia nulo un acto ya consumado y de una manera conforme á la ley anterior.

" A no dudarlo la ley seria obedecida; pero, como lo hemos observado algunas veces, uno es que la ley expresamente se retrotraiga, y otro el sujetarse á la misma suponiéndose, en cuanto á su efecto, que ella no se retrotrae, cuando en realidad se ha retrotraido.

" Esta observación no carece de importancia; porque de ella se deduce que las formas prescritas no serian aplicables á los testamentos anteriores, sino cuando el legislador hubiera declarado expresamente que deben serlo. Se ha limitado á prescribir nuevas solemnidades, sin mencionar los testamentos anteriores, éstos continuarian válidos en cuanto á la forma. " (Duvergier. Anotaciones á Toullier. I. p. 84.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ha de cumplirse el acto jurídico. El Código civil aplica este principio á los testamentos : si un chileno testa en nación extranjera, es libre para hacerlo conforme á la ley vigente en esa nación, ú observando ante el respectivo agente, diplomático ó consular, las reglas prescritas por aquel Código. Pero respecto á la regla *tempus regit actum*, es del todo imposible la alternativa entre la ley vigente y la nueva; porque el testador no puede prever modificaciones de la ley vigente, y, aunque las previese, no sabe cómo se efectuará la alteración.

Luego, no tienen influencia alguna las leyes posteriores concernientes á la forma del testamento.

134. III. El testamento, una vez otorgado, es susceptible de revocarse cuando el testador lo tenga á bien; porque es un principio fundado en la naturaleza misma del testamento, y reconocido por las legislaciones y los jurisconsultos, que siendo ambulante la voluntad del hombre, y destinándose el testamento á hacerla constar, éste es esencialmente revocable. De lo cual se deduce que el testamento no confiere á los asignatarios sino *expectativa*.

Y si los asignatarios no tienen sino expectativa, síguese que las leyes sobre las disposiciones testamentarias surten efecto sin alterar derechos adquiridos. (31) Así, por

---

(31) " La suerte de una sucesión se regla según la última voluntad del difunto (*suprema, ultima voluntas*), que debe constar bajo cierta forma. Por esa voluntad debe entenderse la existente en el momento de la muerte, porque toda voluntad anterior puede cambiar. Ahora bien, es de todo punto imposible testar en el momento preciso de la muerte; y, atenta la incertidumbre de ese momento, es conveniente y aun necesario expresar en una época anterior, algunas veces muy remota, la voluntad que debe valer como última. Por lo cual debe considerarse que todo testador procede en dos épocas distintas : el tiempo en que otorgó el testamento, y aquel en que muere sin haberlo revocado. En la primera época, puede decirse que el testador procede de *hecho*. En la segunda, que procede de *derecho*. El segundo acto es el que surte efecto; porque el primero queda en el intervalo ordinariamente desconocido, siempre ineficaz, y siempre revocable al arbitrio del testador.

" Estas consideraciones deben conducirnos á juzgar de la acti-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ejemplo, las leyes españolas facultaban al testador para disponer del tercio de los bienes en mejoras, y sólo del quinto á favor de cualesquiera extraños. El Código civil declara que la herencia se distribuye en cuartas partes; que dos cuartas forman las legítimas rigorosas; que una es para las mejoras, y que la otra es de libre disposición.

Ahora bien, desde que principió á regir el Código chileno son aplicables estas reglas á los testamentos otorgados cuando regían las leyes españolas.

Art. 19°. Si el testamento contuviere disposiciones que según la lei bajo la cual se otorgó no debían llevarse á efecto, lo tendrán sin embargo, siempre que ellos no se hallen en oposición con la lei vigente al tiempo de morir el testador.

REFERENCIAS.

Testamento. 999. 1000.
Morir. 75. 78. 953.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 17ª. Si el testamento contuviere disposiciones que no debían llevarse á ejecución, según la ley bajo la cual se otorgó, se cumplirán, sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley que estuviere vigente al tiempo de la muerte del testador.

COMENTARIO.

135. Este artículo es corolario de los principios en que se funda el artículo anterior.

La capacidad del testador y la forma del testamento se determinan por la ley vigente cuando éste se otorgó;

---

vidad de *hecho*, esto es, la forma del testamento, según la ley vigente cuando se otorgó, y la actividad de *derecho*, esto es, el contenido del testamento, según la ley vigente cuando la muerte. (Savigny. VIII. § 393.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

pero el contenido del testamento sólo depende de la ley que rige al abrirse la sucesión.

Si esta ley declara eficaz la voluntad del testador manifestada en el testamento, para ejecutarla debe atenderse al propio testamento, pues, á decir verdad, el testador legisla dentro de los límites que la ley misma le señala.

Conocidos los principios sobre el efecto retroactivo de la ley en cuanto á la sucesión testada, la exactitud del art. 19° se presenta con la claridad de los axiomas.

Art. 20°. En las sucesiones forzosas ó intestadas el derecho de representación de los llamados á ellas, se regirá por la lei bajo la cual se hubiere verificado su apertura.

Pero si la sucesión se abre bajo el imperio de una lei, i en el testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiese llamado voluntariamente á una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en el todo ó parte de la herencia, por derecho de representación, si determinará esta persona por las reglas á que estaba sujeto ese derecho en la lei bajo la cual se otorgó el testamento.

REFERENCIAS.

Sucesiones. 951.
Forzosas. 1167.
Intestadas. 980.
Derecho de representación. 984.
Muerte. 78. 95. 953.
Testamento. 999. 1000.
Asignatario. 953.
Herencia. 951.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 18ª. En las sucesiones forzosas ó intestadas, el derecho de representación de los llamados á ellas se regirá por la ley que estuviere vigente al tiempo de la muerte del intestado.

Pero si el fallecimiento sucediere bajo el imperio de una ley, y en el testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiere llamado voluntariamente á una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en el todo ó

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

parte de la herencia por derecho de representación, se determinará esta persona por las reglas á que estaba sujeto ese derecho, según la ley bajo la cual se otorgó el testamento.

COMENTARIO.

136. La primera parte de la regla se deduce lógicamente de las reglas 16ª y 17ª, y no pasa de un ripio.

La segunda no se refiere, propiamente hablando, al caso de conflicto entre dos leyes, sino á la interpretación del testamento; para la cual debe atenderse ante todo á la voluntad del testador (art. 1069).

Art. 21°. En la adjudicación i partición de una herencia ó legado se observarán las reglas que rejian al tiempo de su delación. (*)

REFERENCIAS.

Partición. 1317.
Herencia ó legado. 954.
El artículo, 955. 999.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 19ª. En la adjudicación y partición de una herencia ó legado se observarán las reglas que regían al tiempo de la muerte de la persona á quien se suceda.

COMENTARIO.

137. Este artículo se extiende á la sucesión testamentaria y á la sucesión abintestato.

Tratándose de la sucesión testamentaria, entre las leyes aplicables cuando la partición y adjudicación de las herencias ó legados se comprenden las que facultan al testador para proceder á la partición, y para distribuír sus bienes,

---

(*) Savigny. VIII. § 395.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § VI. —Dalloz. Lois. 323-334.—Chabot. Rapport à succession.—Reduction des dispositions à titre gratuit.—Laurent. I. 235-249.—Demolombe. I. 47. 48.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dentro de ciertos límites, como lo estime conveniente. De manera que en el testamento mismo, en cuanto fuere legal, se incorporan las leyes concernientes á las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones.

La sucesión abintestato no presenta, por regla general, dificultad alguna; porque la ley vigente cuando el testador fallece es la que se aplica á todo cuanto atañe á la propia sucesión.

138. Debemos sí observar que siendo clarísimo el artículo que comentamos, el juez no puede desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu, y que aplicándolo, cual está redactado, tiene efecto retroactivo respecto á las donaciones entre vivos hechas á los hijos legítimos cuando regía la legislación española.

Según las leyes de Toro (32) y las doctrinas de sus intérpretes, las donaciones á los hijos legítimos se dividían en *causales* y *voluntarias* : aquéllas se imputaban á la legítima, y, en cuanto excedían de ésta, á la mejora de tercio y quinto; pero las otras, primero á la mejora y después á la legítima.

El Código chileno altera esas leyes, disponiendo, en el art. 1198, que todas las donaciones irrevocables á un legitimario que tenía entonces la calidad de tal, se imputen á la legítima, á menos que aparezca que la donación ha sido á título de mejora.

Si en virtud de las leyes de Toro las donaciones entre vivos conferían un derecho adquirido no sólo á los bienes sino á que éstos se imputasen primeramente á las me-

---

(32) Si el padre ó la madre en testamento ó en otra cualquier última voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto, entiendase que le mejoran en el tercio y quinto de sus bienes; y que la tal donacion se cuenta en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á el ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto . . . . .(Ley XXVI).

Quando algún hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nupcias*, y las otras donaciones que oviere recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar. . . . .(Ley XXIX).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

joras; y si el Código civil establece otras reglas, retrotráese el art. 21, destinado á dirimir los conflictos entre los límites temporales de las leyes.

Art. 22°. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1° Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; i

2° Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues ésta será castigada con arreglo á la lei bajo la cual se hubiere cometido. (*)

REFERENCIAS.

Contrato. 1438.
Derechos. 576.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 20ª. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición: 1° Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y 2° Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos; pues ésta será castigada con arreglo á la ley bajo la cual se hubiere cometido.

COMENTARIO.

139. Importantísima es la regla de que en todo contrato se incorporan las *leyes sustantivas civiles* vigentes al tiempo de celebrarse.

Al tratar de los derechos adquiridos, (94) enumeramos entre ellos los provenientes de los contratos; porque la voluntad de dos ó más personas que se acuerdan sobre lo

---

(*) Savigny. VIII. § 392.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § III. IV.—Dalloz. Lois. 242-313.—Chabot. Contrats.—Laurent. I. 201-216.—Toullier, I. p. 67-81.—Demolombe, I. 54-58.—Zachariae. (A. R.) I. § 30. n. II.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

que cada una debe dar, hacer ó no hacer, es uno de los medios más naturales y eficaces de crear el ser moral llamado obligación.

Aunque las partes sean en extremo previsivas y muy importantes sus estipulaciones, al contratar no determinan sino lo esencial, lo que les ha llamado más la atención; y el legislador, por medio de leyes supletorias, interpreta su voluntad, puntualizando, ya todos los derechos y obligaciones provenientes de los contratos, ya las causas que podrían influír en la resolución de los mismos. Sígue-se, pues, que forman un conjunto absolutamente indivisible las estipulaciones expresas de las partes y las leyes que suplen todo cuanto ellas no hubieren previsto, y que es conforme á los más obvios principios de jurisprudencia la regla : en todo contrato se entienden incorporadas las *leyes sustantivas civiles* vigentes cuando su celebración.

Según el artículo 1445 del Código civil, para que una persona se obligue á otra por un acto ó declaración de voluntad es necesario; 1° Que sea legalmente capaz; 2° Que consienta en dicho acto ó declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° Que recaiga sobre un objeto lícito; 4° Que tenga una causa lícita.

La capacidad de las partes, el consentimiento, el objeto y la causa, en una palabra, todo lo relativo al contrato se determina por la ley vigente cuando fue celebrado, sin que la ley posterior pueda influír en su validez, nulidad ó resolución, ni modificar ó extinguir los derechos ni las obligaciones que de él provienen. (33)

---

(33) " Nuestro principio se aplica así al derecho de las obligaciones como el derecho de las cosas; pero á los contratos es más frecuente su aplicación.

" Así el derecho de un contrato se regla siempre según la ley vigente cuando el contrato se ajustó.

" Esta regla se aplica á la capacidad de obrar y á la forma del contrato. Aplícase igualmente á los requisitos para la validez del contrato, á su eficacia, y en fin á todas las acciones y á todas las excepciones que pueden alegarse para que se declare la resolución ó la nulidad del contrato.

" La celebración del contrato concede á las partes el derecho de exigir que se observen las reglas relativas á todos estos puntos,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

140. Al hablar Merlin del conflicto entre los límites temporales de la ley, hace las más sutiles distinciones entre los *efectos* y las *consecuencias* de los contratos; denominando efectos los resultados que las partes previeron ó pudieron prever, y consecuencias, los resultados del todo imprevistos. (34)

Establecida esta distinción, sostiene que á los efectos se aplica la ley vigente cuando se ajustó el contrato, y que la nueva ley es la que rige las consecuencias.

Los redactores de la ley chilena tuvieron la cordura de acceptar, en cuanto á la regla general que fija el art. 22, las doctrinas que, enseñadas por Savigny (35) y Du-

---

independientemente de cualquier cambio posible en la legislación. Todo esto constituye un derecho adquirido; y, según nuestro principio, ese derecho debe subsistir sean cuales fueren las leyes nuevas.

" Lo cual se aplica también á los contratos cuyo efecto esté suspenso por un plazo subordinado á una condición, y sin distinguirse entre las reglas del derecho absoluto y del derecho supletorio. Incúrrese, pues, en error al pretender que las leyes nuevas prohibitivas pueden cambiar la naturaleza de los contratos celebrados anteriormente. " (Savigny. VIII. § 392).

(34) Las *consecuencias* y los *efectos* de los contratos no son una misma cosa, y conviene no confundirlos.

" Los *efectos* de los contratos son meras interpretaciones de la voluntad de los particulares; pues determinan qué intención manifestaron las partes contratantes cuando hicieron constar el contrato ó cuando emplearon ciertas expresiones.

" Eso no es aplicable á las *consecuencias* de los contratos; las cuales, como lo dice Blondeau, se refieren, no á los contratos mismos sino á sucesos accesorios que sobrevienen en las circunstancias en que los contratos han colocado á las partes...

" Por lo cual se acepta generalmente que si los efectos propiamente dichos se rigen siempre por la ley vigente al tiempo en que las partes se obligan, las consecuencias se sujetan invariablemente á la ley vigente cuando ellas se efectúan. " (Effet rétroactif. Sect. III. art. IV).

(35) " Dos autores modernos han objetado la generalidad de nuestra regla...; y poco después Meyer la ha referido á un principio abstracto que se propone demostrar de la manera siguiente.

" Los contratos, dice, tienen dos especies de consecuencias que importa distinguir : unas necesarias é immediatas, que no participan de la retrotracción de la ley; otras accidentales ó remotas,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

vergier, (36) son, lo repetimos, en todo conformes á los más inconcusos principios de jurisprudencia.

---

que una ley nueva puede reglar aún en cuanto á los contratos anteriores.

" A la primera clase pertenecen las consecuencias que las partes han previsto ó han podido prever, y que por lo mismo han incorporado tácitamente en el contrato. A la segunda clase pertenecen las consecuencias provenientes de hechos ulteriores; tales son las acciones de nulidad fundadas en la *laesio enormis*, fraude, error, incapacidad, como también la revocación de las donaciones por causa de ingratitud ó de superveniencia de hijos.

" Todas estas distinciones son absolutamente inadmisibles; ya porque entre los casos de la primera clase ninguno hay que las partes no hubieran podido prever como consecuencias del contrato; ya porque, para agravar la confusión de las ideas, Meyer añade la distinción de la nulidad *ipso iure* y *per exceptionem;* la cual no puede ejercer en este caso ninguna influencia. " (VIII. § 392).

(36) " M. Merlin examina el efecto de las leyes nuevas :

" 1° Sobre los contratos anteriores tanto gratuitos como onerosos; 2° sobre los cuasicontratos; 3° sobre los testamentos; 4° sobre las sucesiones abintestato. Distingue después entre la validez y la eficacia intrínsecas de los contratos, su forma probante, efectos, consecuencias, las causas de rescisión, resolución, revocación ó reducción, la confirmación ó ratificación.

" Recorriendo este cuadro, el gran jurisconsulto difunde los tesoros de su erudición y despliega toda la fuerza de la dialéctica; pero la inteligencia no queda satisfecha. Aceptándose cada una de las soluciones, no se ve el vínculo que las liga. Confúndense las cosas que están colocadas en categorías diversas; las diferencias que las distinguen se determinan de una manera difícil y á veces oscura; de suerte que la más profunda atención no puede comprenderlas.

" Por ejemplo, nada menos claro que la distinción entre las consecuencias y los efectos de los contratos. Blondeau, Meyer, Merlin y Dalloz la aceptan; pero acordándose ellos en esto, no se entienden cuando es necesario determinar en qué difiere el *efecto* de la *consecuencia,* y todavía más, cuando es necesario aplicar la teoría á casos determinados ".

Y después de examinar Duvergier las doctrinas de Meyer, Merlin y Blondeau añade. " No me he propuesto sino manifestar que las teorías de los jurisconsultos á quienes nos hemos acostumbrado á mirar como nuestros maestros, no son perfectas; porque el aplicarlas presenta tantas eventualidades de error. Puede imputárseles otra falta : carecen verdaderamente de extensión y de generalidad; así, vemos que Merlin obligado á largas digresiones

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

141. De la regla que en todo contrato se consideran incorporadas las *leyes sustantivas civiles* vigentes cuando su celebración se deducen, entre otras, las siguientes:

1ª. Aun cuando el contrato dependa de una condición, y ésta se cumpla cuando rige una ley posterior, la ley vigente cuando fue celebrado es la única aplicable al contrato mismo y á todos sus resultados;

2ª. La rescisión por lesión enorme se juzga según la ley vigente cuando el contrato;

3ª. Si la ley coetánea á la celebración declara que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse lo pactado, la propia ley se aplicaría aunque la posterior aboliese esta causa de resolución;

4ª. La ley aplicable al contrato de arrendamiento, es la que determina si el comprador debe ó no respetarlo;

5ª. Si una ley posterior altera el máximum del interés que puede estipularse, ó los intereses legales de la mora, los intereses se exigen conforme á la ley vigente cuando el contrato fue celebrado.

142. El artículo que comentamos no habla sino de los contratos, y silencia las demás fuentes de las obligaciones.

Las obligaciones nacen, (art. 1437) ya del concurso real de la voluntad de dos ó más personas, como en los contratos ó convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en los cuasicontratos, ya á consecuencia de un hecho que infiere injuria ó daño á otra persona, como en los delitos y cuasidelitos, ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Ahora bien, ¿qué leyes serán aplicables á las obligaciones que nacen de los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos?

Iconcuso nos parece que también se incorporan *las leyes sustantivas civiles* vigentes cuando la ejecución del acto lícito de donde la obligación nace. No hay razón

---

en cada caso especial que examina, hace reflexiones tan numerosas y tan varias como los casos de que trata. Porpóngome, lo repito, presentar un sistema más completo y más propio para dar la solución clara y pronta de cada problema que en la práctica puede plantearse." (Anotaciones á Toullier. I. p. 66-69.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

alguna para distinguir, en cuanto á la ley aplicable, entre los contratos y cuasicontratos; pues aquéllos no se diferencian de éstos sino en que el consentimiento se manifiesta, ya expresa ó tácitamente, ya de una manera presunta. De los cuasicontratos nacen derechos; éstos constituyen *derechos adquiridos*, y la nueva ley no puede alterarlos.

Lo mismo opinamos en cuanto á las obligaciones provenientes de los delitos ó cuasidelitos; (37) pues si tan luego como ellos se cometen hay un derecho adquirido, la ley posterior debe respetarlo.

De manera que, como ya lo hemos insinuado, la regla hubiera sido completa y exacta diciéndose : *todo lo concerniente á las obligaciones que nacen de un hecho voluntario, licito ó ilicito, se determina por las leyes sustantivas civiles vigentes cuando la obligación se contrajo.*

143. Las obligaciones impuestas á las personas por el ministerio de la ley no dependen sino del legislador, que á su arbitrio las modifica ó extingue. Ellas están íntimamente relacionadas con el estado y la capacidad de las personas, y nos referimos al comentario del art. 3° (103) de la ley sobre el efecto retroactivo.

144. El artículo 22 declara que la regla absoluta del inciso 1°. tiene dos excepciones; pues no se consideran incorporadas en los contratos las siguientes leyes :

1°. Las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que del contrato nacen; y

2°. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos; la cual se castiga con arreglo á la ley vigente cuando se hubiere cometido.

145. La extrema latitud de la regla principal originó la primera excepción. No es cierto que en los contratos

---

(37) " Los derechos que se originan de un hecho del hombre constituyen derechos adquiridos, cuando el individuo que los confiere no puede á su arbitrio revocar ó modificar los efectos jurídicos inherentes á ese hecho; el cual constituye, en cuanto al adquirente, un título irrevocable. Tales son los derechos que nacen de los contratos y cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. " (Zachariae. A. R. I. § 30. n. II.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

se supongan incorporadas *todas las leyes* vigentes cuando su celebración; pues no se incorporan sino las *leyes sustantivas civiles*.

La manera de reclamar en juicio los derechos provenientes de los contratos, como ajena del Código civil, se determina por reglas especiales.

146. La segunda excepción se resiente de la oscuridad que reina en la mayor parte de los artículos de la ley sobre el efecto retroactivo.

Primeramente debe distinguirse entre las *penas estipuladas* y las *penas legales*.

Las leyes que determinan los efectos de las cláusulas penales estipuladas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones provenientes del contrato, no se comprenden en la excepción que examinamos; porque, á no dudarlo, el legislador no habla sino de las penas en que se incurre por el ministerio de la ley.

Las cláusulas penales forman parte de la convención, y confieren derechos adquiridos que, á modificarse por las leyes posteriores, surtirían éstas efecto retroactivo.

No comprendiéndose en la excepción sino las *penas legales*, ¿cuál es el significado y la extensión que en este artículo tiene la palabra pena?

Así en el sentido natural y obvio como en el técnico, pena es el mal que el legislador causa á los que violan la ley. Si entendemos por mal ó castigo todos los menoscabos y perjuicios que la infracción de la ley acarrea, la excepción tiene tanta latitud que acaso comprenda más que la regla general; pues sería *pena* la resolución á virtud de la condición envuelta en los contratos bilaterales, y lo serían los efectos de la mora.

No podemos, pues, aceptar tal interpretación, que pugna con la justicia, y que nos conduciría á la consecuencia de que tratándose de las convenciones, los derechos de las partes quedan siempre á merced de las leyes que sucesivamente van expidiéndose.

Luego, por pena entendemos, en este artículo, el castigo impuesto por el legislador á la parte que ha violado un contrato, ejecutando actos de fraude ó dolo.

Aun en tal caso la excepción sería injusta y peligrosa, porque los más obvios principios de jurisprudencia y

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

las decisiones de los tribunales sancionan la regla redactada por Chabot: (38) "Los contratos, puros ó condicionales, deben regirse siempre, en todos sus efectos, por la ley vigente cuando su celebración, aunque se cumplan las condiciones, los efectos se verifiquen y la ejecución se realice bajo el imperio de la ley posterior."

Todo cuanto emana de las convenciones, lo repetimos, constituye derechos adquiridos en el instante mismo en que ellas se perfeccionan; y si sus efectos, sean cuales fueren, se modifican por la ley posterior, ésta se retrotrae violándose los más inconcusos preceptos de justicia universal.

Extraño es que al formularse reglas para dirimir los conflictos entre los límites temporales de las leyes, se susciten nuevos *conflictos*, provenientes de la poca meditación con que se redactaron tales reglas.

Art. 23°. Los actos ó contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una lei podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquélla establecia para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada á la lei vijente al tiempo en que se rindiere. (*)

REFERENCIAS.

Contratos. 1438.
Válidamente celebrados. 1445. 1545.
Probarse. 1698.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 21ª. Los actos ó contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse

---

(38) Contrats.

(*) Savigny. VIII. § 382.—Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § II. Art. V. n. II. Art. VII. n. III. § III. Art. II.—Dalloz. 217.—Chabot. Prodigue. § II.—Laurent. I. 174. 190. —Toullier. I. p. 73.—Zachariae. (A. R.) I. § 30. n. II.—Demolombe. I. 50. — Beaudry-Lacantinerie. I. 174.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

bajo el imperio de otra, por los medios que aquélla establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará sujeta á la ley vigente al tiempo en que se rindiere.

COMENTARIO.

147. "Los actos ó contratos *válidamente* celebrados...", dice el art. 23. Ignoramos por qué se restringe la regla á los actos ó contratos *válidos;* pues no pueden decidirse si son válidos ó nulos, si no se *prueba* que se ejecutaron ó celebraron.

Por otra parte, aun los actos ó contratos nulos confieren el derecho de que las partes sean restituídas al mismo estado en que se hallaban antes de su ejecución ó celebración; y las restituciones mutuas, inherentes á la nulidad, no se hacen efectivas sino mediante *la prueba* de que el acto ó contrato fue ejecutado ó celebrado.

Dividiendo el legislador chileno los actos y contratos en dos especies : actos y contratos *válidos;* actos y contratos *nulos,* no da reglas sino acerca de los primeros. ¿Qué reglas se observarían respecto á los segundos? Juzgamos aplicables las mismas prescritas en el art. 23; pues, á falta de ley, se aplican las que existen sobre casos análogos; y tratándose exclusivamente de la *prueba,* entre los dos casos no sólo hay analogía sino absoluta identidad.

De lo cual se deduce que al redactarse el artículo que comentamos se procedió con ligereza y precipitación, como proceden casi siempre los congresos de Sud-América.

148. Que los actos ó contratos deben probarse conforme á la ley vigente cuando su ejecución ó celebración, es del todo conforme á los principios; (39) porque la

(39) " Los medios de probar se rigen por la ley vigente cuando se ha ejecutado el respectivo hecho jurídico, y la fuerza probatoria de un instrumento se determina por la ley vigente cuando fue extendido. En efecto, se despojaría á las partes de un derecho adquirido privándoles de un modo de prueba con que debieron contar según la ley á que se conformaron al ejecutar el acto, y

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ley garantiza los derechos adquiridos, y derecho adquirido es el de rendir, á suscitarse controversia, las pruebas puntualizadas por la ley vigente cuando la ejecución del acto ó celebración del contrato.

Las partes no podían prever que una ley posterior exigiría otras pruebas que las determinadas por la ley á que se sujetaron cuando la ejecución del acto ó celebración del contrato.

149. Como ya lo advertimos, (79) deben distinguirse los requisitos constitutivos del estado civil de las pruebas concernientes á manifestar que tal estado se adquirió; pues escritores notabilísimos (10) confunden dos cosas tan diversas. Los requisitos constitutivos se determinan por la ley vigente cuando el individuo ejerció las aptitudes de que dependía la adquisición de ese estado; las pruebas se sujetan á la misma ley, aunque leyes posteriores prescriban nuevos requisitos para la adquisición del estado civil.

---

aplicándoles una ley posterior que no han podido ni han debido prever ". (Baudry-Lacantinerie. I. 174.)

" Para asegurar la eficacia completa de la regla según la cual los derechos adquiridos no se menoscaban de ninguna manera por un cambio de legislación, se debe decidir que los modos de prueba autorizados por la ley antigua bajo cuyo imperio se contrajo la obligación, son admisibles aunque los rechace la ley nueva. ". (Zachariae. A. R. I. § 30. n. II.)

(10) " Una cuestión dudosa es la de la prueba de la paternidad, pues las pruebas han variado. ¿Debe aplicarse el Código civil á los hijos nacidos bajo el imperio del derecho antiguo? Cuando se trata de hijos legítimos, juzgamos con Merlin que la ley nueva no se retrotrae; pues no hay en ello ninguna razón de interés público. El modo de prueba se determina por la ley antigua, porque esa ley es la que las partes interesadas deben observar; y si ellas se han conformado á la ley, deben gozar de sus beneficios...

La cuestión es más difícil en cuanto á los hijos naturales. Si el hijo fue reconocido por el padre y madre, y se propone probar el reconocimiento, el derecho antiguo es el que debe aplicarse, en virtud del principio que acabamos de recordar. Si se trata de reconocimiento forzado, la ley nueva es la que debe aplicarse. En cuanto á la investigación de la paternidad, no suscita dudas; el Código la prohibe de una manera absoluta por razones de orden público que después expondremos. " (Laurent. I. 190.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Así, el matrimonio contraído en cierta época es válido ó nulo conforme á la ley entonces vigente; y aunque la ley posterior exija otros requisitos, el matrimonio se prueba por los medios que la ley antigua determina. (41)

Según la ley 1ª, tit. XIII, P. IV, ciertos hijos ilegítimos eran legitimados *ipso iure* por el matrimonio que sus padres contraían; sabido es que el Código chileno (art. 208) ordena que los padres otorguen escritura pública de reconocimiento; tal artículo no sería aplicable á los hijos legitimados por matrimonio anterior al 1º de enero de 1857.

La ley 11 de Toro declaraba hijo natural al reconocido por el padre, ó al habido por éste en mujer con quien habitaba en su casa. La ley expedida en el Ecuador el año 1837 y el art. 270 del Código chileno exigen, como requisito esencial, el reconocimiento del padre, madre ó ambos. Vigentes estas leyes, los hijos naturales, reconocidos ó nacidos, respectivamente, antes de 1837 ó 1857, pueden probar su estado conforme á la ley 11 de Toro.

150. Respecto á los contratos, la propia regla se deduce de aquella según la cual en ellos se entienden incorporadas las leyes sustantivas civiles vigentes cuando su celebración. (42) Aunque no puede confundirse en nin-

---

(41) "Del principio que el estado de cónyuge no puede depender sino de la ley vigente cuando fue celebrado el matrimonio, dedúcese necesariamente que si una ley nueva exige, para probarlo, más requisitos que los exigidos por la ley bajo cuyo imperio se casaron los cónyuges, éstos no tendrán necesidad, para probar el matrimonio, sino de las formas que prescribía esta ley." (Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § II. art. V.)

(42) "Lo expuesto en cuanto á la forma probatoria de los contratos se aplica á su validez intrínseca; la cual no depende sino de la ley vigente cuando el contrato fue celebrado.

"En efecto, la ley no puede ordenar lo imposible; y por lo mismo no puede prescribir que un acto se sujete á solemnidades que no eran conocidas cuando se ejecutó. Ahora bien, las partes no han podido prever las solemnidades que una ley nueva exigiría, ni menos conformarse á ellas de antemano; y serían perjudicadas si leyes posteriores anulasen un acto en que se hubiesen observado las solemnidades de la ley entonces vigente: las partes han manifestado la intención de obedecer los preceptos de la ley; y hubieran observado otros si los hubiesen conocido. ¿No se sor-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

gún caso el contrato mismo con los medios de justificarlo hay tan estrecha conexión entre lo uno y lo otro, que si la ley garantizase exclusivamente los derechos que provienen de un contrato, sin atender al propio tiempo á esos medios, tales derechos serían casi siempre nugatorios, porque ó bien no pudieran reclamarse en juicio, ó bien el propietario ó el acreedor no pudieran obtener que el juez pronuncie sentencia en su beneficio. De ahí proviene que casi todas las legislaciones cuentan las pruebas mismas, prescindiendo de la manera de rendirlas, entre los objetos reglados por el Código civil.

Vimos ya (133) que en cuanto á la forma de los instrumentos, ésta se determina por la ley que regía al tiempo en que se otorgaron. La propia ley determina no sólo la forma sino también su eficacia, esto es, qué fe merece en juicio el instrumento que se ha otorgado, y desde cuándo se cuenta su fecha respecto de terceros. Luego, un instrumento privado extendido antes del año 1857 tendría fecha cierta aun respecto de terceros, porque las leyes españolas no formularon regla alguna análoga á la que fija el art. 1703 del Código civil.

La prueba testimonial también sería admisible conforme á las leyes españolas, sin distinguirse la cuantía de los actos ó contratos.

En cuanto á la forma en que la prueba debe rendirse, nos referimos al art. 24.

---

prenderia su buena fe, si una ley posterior anulase sus estipulaciones? ¿No se arrogaria el legislador autoridad sobre lo que se ha ejecutado precedentemente, y antes que pudiese exigir obediencia? En fin, con qué seguridad podrían obligarse las partes, si corriesen el peligro de que dependa la validez de una obligación de requisitos desconocidos cuando ésta se ha contraido; los cuales no podian preverse y que, por consecuencia, era imposible observar?

" La estabilidad de los actos es uno de los primeros fundamentos de toda sociedad civil; y el principio de la no retrotracción de las leyes no puede ser más sólidamente establecido que en todo cuanto concierne á la forma exterior de esos actos. " Merlin. Effet rétroactif. (Sect. III. § III. art. II).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 24º. Las leyes concernientes á la sustanciacion i ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á rejir. Pero los términos que hubiesen empezado á correr i las actuaciones i diligencias que ya estuvieren iniciadas se rejirán por la lei vijente al tiempo de su iniciación. (*)

REFERENCIAS.

Términos. 48. 50.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 22ª. Las leyes concernientes á la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar á regir. Pero los términos que hubieren comenzado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente.

COMENTARIO.

151. Si el legislador dió reglas sobre la sustanciación y ritualidad de los juicios, hubo de prever los casos en que se alterasen las leyes concernientes á la *competencia*.

Cuando se trata de litigios hay que atender á tres puntos :

1º. La competencia del juez :

2º. Los trámites que en la sustanciación se observan; y

3º. Los medios conducentes á la ejecución de la sentencia.

152. I. La *competencia*, como de derecho público, no depende sino del legislador : las partes deducen las respectivas acciones ante el juez que la ley hubiere determinado, y prescinden absolutamente de la que regía cuando

(*) Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § VII.—Dalloz. Lois. 335-352.—Toullier. I. p. 85. 86.—Laurent. I. 227-231.—Demolombe. I. 59.— Zachariae. (A. R.) I. § 30. n: I.—Bonnier. II. 290-296.—Beaudry-Lacantinerie. I. 175-178.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

la ejecución del acto ó celebración del contrato origen de la controversia.

Expedida nueva ley sobre la competencia del juez, si estuvieren sustanciándose procesos, pueden ocurrir dos casos :

1º. La ley suprime la judicatura que conocía en la litis; y

2º. La ley modifica su competencia; de suerte que si bien el juez era competente cuando se dedujo la acción, deja de serlo en virtud de la ley posterior.

Si la judicatura se suprime, salta á la vista que no puede continuar conociendo en la causa. Según los principios de Savigny (90) la ley que suprime un tribunal se refiere, no á la adquisición de los derechos, sino á las instituciones mismas, y surte pleno efecto tan luego como comienza á regir. Todos los autores se acuerdan en que el proceso debe pasar al juez á quien la nueva ley atribuye el conocimiento de la causa.

Pero si la ley posterior se limita á modificar la competencia, privando al juez de la atribución de conocer en la causa, la competencia suscita dificultades; porque los jurisconsultos y los jueces, guiados por una ley romana, (43) opinan que una vez propuesta demanda ante el tribunal competente, hay *derecho adquirido* para continuar el juicio ante el mismo juez.

Si bien debe acatarse el parecer de jurisconsultos como Merlin, Duvergier, Baudry-Lacantinerie, no lo aceptamos en este punto; porque, lo repetiremos siempre, la verdad y los principios son más respetables que la opinión de los hombres, por distinguidos y eminentes que sean. (44)

---

(43) *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.* (D. V. I. 30).

(44) " Que el tribunal que conoce en un asunto debe juzgarlo en la forma que prescribe una ley nueva concerniente al procedimiento, es cierto; pero que un tribunal no pueda decidirlo porque una ley nueva expedida durante la sustanciación haya cambiado á este respecto las reglas de competencia, es lo que repugna á todos los principios, y es un sistema que pugna con la razón y con el derecho. " (Merlin. Compétence. § III).

" ¿Deducese de este principio que cuando la ley establece nue-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Cuando el actor propone demanda ante juez competente, ejerce las aptitudes conferidas por la ley; pero la aptitud, en cuanto al juicio mismo, no es un dere-

---

vas reglas de competencia, el tribunal que ya conocia en un asunto carece *ipso iure* de jurisdicción? Merlin juzga que la ley nueva puede quitársela por una disposición expresa. Eso es cierto; pero entonces el problema sobre la retrotracción está resuelto por la ley misma, y no hay que buscar su solución en los principios generales.

" Añade que si la ley no lo declara expresamente, el conocimiento de la causa corresponde al tribunal que ya interviene en ella á menos que en virtud de la nueva organización el tribunal se suprima.

" En este último caso, la aplicación retroactiva de la ley nueva se halla implícitamente ordenada. Imposible es que una institución abolida continúe funcionando en beneficio de algunos particulares. El orden público, la buena organización del poder judicial exigian que un tribunal se suprimiese y se suprimiese en el acto; es menester sujetarse á ese sistema, y debe aplicarse el principio según el cual las consideraciones de orden público prevalecen sobre la regla de la no retrotracción de las leyes.

" Pero cuando subsiste el tribunal que ya interviene, y, por consecuencia, es posible continuar ante él los trámites que estaban comenzados, es menester, en efecto, continuarlos como lo dice Merlin.

" Parece á primera vista que esa decisión pugna con la regla general que sujeta la forma de los actos á la ley bajo cuyo imperio se ejecutan; porque en verdad la regularidad extrínseca de la sustanciación y de los fallos, depende de las atribuciones y competencia de los magistrados que conocen en la causa.

" Pero esta consideración cede á una razón especial.

" Si á causa de su consentimiento los litigantes habian autorizado al juez para proceder á la sustanciación y decisión de la controversia; y si, por otra parte, esa convención no podia considerarse como contraria al orden público, constituiria un derecho adquirido recíprocamente por cada uno de los litigantes.

"Algo semejante á esta convención se verifica cuando un tribunal conoce en una causa, ya en virtud del consentimiento de las partes, ya por el ejercicio de la acción pública. " (Duvergier. Anotaciones á Toullier. I. p. 85).

" La existencia de ese derecho nos parece cierta, si es verdad, como cremos haberlo demostrado, que hay un derecho adquirido en toda aptitud legal que ya se ejerció; pues, en el caso de que se trata, el actor ha usado de la facultad que le concedia la ley de someter sus pretenciones á jueces determinados. " (Baudry-Lacantinerie. I. 176).

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cho adquirido mientras no se pronuncie sentencia; ó, más bien dicho, las diligencias que las partes practican, los decretos y autos no confieren *derechos adquiridos* sino en cuanto conducen éstos á la decisión final; tales derechos subsisten aunque el juez pierda la competencia; pero de ahí no se sigue que las partes tengan *derecho adquirido* á que el mismo juez expida el fallo definitivo.

Además, cuando la ley priva á un juez de las atribuciones en cuyo ejercicio sustanciaba la litis, en cuanto á ella deja él de serlo. Ahora bien, si los jurisconsultos citados convienen en el principio inconcuso de que, suprimida la judicatura, las partes no pueden exigir que ésta continúe administrando justicia, no se comprende cómo pretendan que el juez ejerza sólo respecto de ciertas causas las atribuciones de que el legislador le ha privado.

La jurisdicción del juez emana, no de las partes, sino de la soberanía, y éstas pueden prorrogar la jurisdicción sólo cuando la incompetencia se refiere á las personas, mas no á la materia controvertida.

Si, por ejemplo, á virtud de la *ley orgánica del poder judicial* una corte de apelaciones conoce así en causas civiles como en causas mercantiles, y una ley posterior, que crea otro tribunal para lo mercantil, declara que el primero no tiene competencia sino para las civiles, ¿cómo desconocer que, tratándose de las otras, el antiguo tribunal ya no ejerce jurisdicción?

En todos estos casos hay un contraste entre dos instituciones; ambas no pueden subsistir á un mismo tiempo, y tan luego como principia á regir la ley nueva, sólo ella debe surtir efecto.

153. II. La sustanciación de los juicios no presenta ninguna dificultad. (45) Cada uno de los actos que eje-

(45) Como la sustanciación se compone de actos sucesivos, pertenece á lo pasado y á lo porvenir; á lo pasado en cuanto á todos los actos que han precedido á la nueva ley concerniente á la sustanciación, y á lo venidero en cuanto á todos los actos sucesivos.

" Así, la ley no podría, sin efecto retroactivo, declarar nulos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cutan las partes ó el juez son, como acabamos de verlo, derechos adquiridos acerca de los trámites; pero el derecho mismo puesto en tela de juicio es mera *expectativa* mientras la sentencia no pase en autoridad de cosa juzgada.

El artículo que comentamos establece una restricción razonable á la inflexibilidad de la regla; pues según él los términos que hubieren empezado á correr y las diligencias que hubieren principiado se seguirán, no por la ley nueva, sino por la antigua.

La conveniencia exigía que hubiese unidad en la sustanciación ya comenzada; pero, lo repetimos, si aplicásemos los principios absolutos sobre los efectos de la ley, la nueva se aplicaría á todos los términos y trámites que no estuvieren concluídos.

Entre las ritualidades se cuenta precisamente la manera de rendirse las pruebas. Qué prueba es admisible en juicio, se determina (148) por la ley vigente cuando se ejecutó ó celebró el respectivo acto ó contrato; pero se rinde la prueba en la forma prescrita por la ley vigente al sustanciarse el litigio.

Si, por ejemplo, se trata de probar un acto ejecutado antes del año 1857, es admisible la prueba testimonial según las leyes españolas; se examinará á los testigos en la forma determinada por la ley posterior, y la misma ley será aplicable á las tachas. (46)

---

los actos anteriores de un juicio que ha comenzado según la ley precedente". (Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § III. n. I.)

(46) "Hay cosas que si bien á primera vista pertenecen á la forma de las acciones, y que, por consecuencia, no están sujetas sino á la ley vigente cuando la acción se deduce; en realidad pertenecen al derecho mismo, y no dependen sino de la ley vigente cuando se ejecutó el hecho en que la acción se funda.

"Porque hay dos especies de solemnidades judiciales: unas que pertenecen sólo á la sustanciación; por lo cual los jurisconsultos las llaman *ordinatoria litis;* otras que se refieren al derecho mismo, y cuya omisión neutraliza ó extingue la acción, y que los jurisconsultos denominan *decisoria litis.*

"Las primeras no dependen, como se ha dicho, sino de la ley vigente cuando la acción se deduce, á menos que la ley misma la sujete á una ley anterior.

"Pero, en cuanto á las segundas, no puede atenderse sino á la

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

154. III. Los medios de ejecución de la sentencia no dependen sino de la ley que rige cuando se sigue el respectivo juicio ejecutivo.

Si el título es ó no ejecutivo, se calificará, por tanto, según la ley vigente al deducirse la acción; lo mismo es aplicable al embargo y venta de los bienes, y á si la obligación puede exigirse por medio de la prisión del deudor. (47)

En cuanto á la prisión, hay además la circunstancia decisiva de que las leyes concernientes á establecerla ó abolirla miran á las instituciones mismas, y deberían aplicarse aunque se les diese efecto retroactivo.

---

ley vigente cuando se originó la acción, esto es, á la ley que regla el derecho.

" Supóngase que se trate de la prueba de testigos.

" La forma en que debe procederse, cuando ella es admisible, no depende sino de la ley vigente al rendirse la prueba. Pero el saberse si tal prueba es admisible, no puede decidirse sino por la ley vigente cuando se originó la acción." (Merlin. Effet rétroactif. Sect. III. § VIII.)

(47) Las leyes concernientes á la vía de apremio rigen los trámites que bajo su imperio se efectúan, aunque la obligación cuyo cumplimiento se exige se haya contraído según la legislación anterior. Este principio se aplica aún á las leyes que admiten la prisión por deudas, y aun cuando ésta no estuviese autorizada por la ley antigua.

" Recíprocamente, los trámites de ejecución establecidas por la ley antigua no pueden, aunque se trate de deudas contraídas bajo el imperio de esa ley, emplearse después de promulgada una ley nueva que los extingue. Lo cual es aplicable principalmente á la prisión por deudas. El acreedor á quien la ley antigua concedía el derecho de pedir la prisión contra el deudor, no podrá ejercerlo bajo el imperio de una ley nueva que no se lo conceda, ni por un crédito que se hubiese originado posteriormente á la publicación de esa ley. " (Zachariae. A. R. I. § 30. n. I.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 25°. La prescripción iniciada bajo el imperio de una lei, i que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser rejida por la primera ó segunda, á voluntad del prescribiente, pero elijiéndose la última, la prescripción no empezará á contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiere empezado á rejir. (*)

REFERENCIAS.

Prescripción: 2192.
Cuando regia. 7.
Promulgarse. 6.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 2ª. La prescripción principiada cuando regía una ley, y que no se hubiese completado al tiempo de promulgarse otra que modifique la anterior, podrá ser regida por la primera ó segunda, á voluntad del prescribente; pero si eligiere la última, la prescripción no empezará á contarse sino desde la fecha en que principió á regir la ley posterior.

C. de N. 2281. Les prescriptions commencées à l'époque de la publication du présent titre seront réglées conformément aux lois anciennes.

Néanmoins les prescriptions alors commencées, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les anciennes lois, plus de trente ans à compter de la même époque, seront accomplies par ce laps de trente ans.

2281. Las prescripciones ya comenzadas cuando la publicación del presente título, se reglarán conforme á las leyes antiguas.

Pero las prescripciones entonces ya comenzadas, y para las cuales fueren necesarios, según las leyes antiguas, más de treinta años contados desde la misma época, se completarán por el lapso de treinta años.

(*) Savigny. VIII. 391.—Merlin. Prescription. Sect. I. § III. n. S. 9. 10.—Dalloz. Lois. 377-384.—Prescription civile. 87.—Troplong II. 1075. 1093.—Pardessus (S.) II. 341. 342.—Zachariae. (M. V.) V. § 846.—Zachariae. (A. R.) II. § 215 bis.—Demolombe I. 61.—Baudry-Lacantinerie. I. 171.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. Arg. 4051. Las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código, están sujetas á las leyes anteriores; pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedarán sin embargo cumplidas desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día en que rija el mismo Código.

COMENTARIO.

155. Necesario es observar que la redacción de este artículo es del todo inexacta : "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de *promulgarse* otra que la modifique....." La promulgación no es lo que influye en el pensamiento del legislador; averíguase si la prescripción estuvo ó no completa cuando la nueva ley *principió á regir*, y salta á la vista que la ley es obligatoria, no al tiempo de *promulgarse*, sino después del plazo que el art. 7 determina, ó del que la nueva ley hubiere fijado. Trantándose de leyes que tienen tanta influencia en los derechos, como las concernientes á la prescripción, puede transcurrir largo tiempo entre la promulgación y la fecha en que la ley comience á regir; y como mientras la nueva ley no rige, la anterior sigue su curso, puede haberse completado la prescripción en ese lapso de tiempo.

Opinamos, pues, que el artículo se ha de entender en el sentido de que la prescripción no se había completado cuando la nueva ley principió á regir.

156. Previa esta observación, veamos las dos reglas que encierra el art. 25.

1ª. La prescripción principiada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, puede regirse, á voluntad del prescribente, por la ley antigua ó por la nueva; y

2ª. Si el prescribente eligiere la nueva ley, la prescripción no corre sino desde que ésta principie á regir.

157. La primera de estas reglas no es conforme á los principios absolutos que determinan el efecto retroactivo de la ley en materia de prescripción.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si una ley nueva modifica en cualquier sentido el derecho de la prescripción, ocurren los siguientes casos.

La ley nueva puede expedirse antes que la prescripción comience. Entonces es evidente que la ley nueva debe regir y que se prescinde de la antigua. Si la ley nueva se dicta después de completada la prescripción, evidente también que esta ley no es aplicable, y que el derecho adquirido conforme á la ley antigua debe conservarse en toda su integridad. En fin, si la ley nueva comienza á regir durante el curso de la prescripción, se presentan casos difíciles, respecto de los cuales vamos á dar reglas.

Durante el curso de la prescripción no hay *derecho adquirido*, sino actos preparatorios para una adquisición. Por lo cual la ley posterior debe regir inmediatamente el nuevo orden de cosas. (48) Sin duda había, en cuanto á la adquisición, expectativas más ó menos remotas; pero ellas no se protegen por el principio que excluye el efecto retroactivo.

Examinemos los differentes casos que entonces puede presentar la nueva ley :

---

(48) " Conforme á los principios, la prescripción comenzada no constituye un derecho adquirido. En efecto, si se considera ella como modo de adquirir, puede extinguirse de un momento a otro por la interrupción; no es sino un germen que puede destruirse, una esperanza que se desvanece. Si se considera como medio de extinguir las acciones, y como pena impuesta al acreedor que no ejerce sus derechos, es claro que el legislador puede prolongar ó abreviar los plazos dentro de los cuales está obligado á las respectivas gestiones " (Troplong. Prescription. II. 1075.)

" El que ha comenzado á prescribir bajo el imperio de una ley no tiene derecho adquirido á completar esa prescripción de la manera y en los plazos determinados por la misma ley. En qué consiste la prescripción cuando no está sino comenzada? En mera expectativa que no se funda sino en la ley, y no en estipulación tácita ó expresa; una esperanza que puede desvanecerse por la interrupción. Ahora bien, recuérdese el principio de que toda facultad, puramente legal, ó basada sólo en la voluntad revocable, del hombre ó de la ley, se comprende sin retrotracción en el imperio de la ley nueva. Lo que un particular puede hacer por actos de interrupción también puede efectuar la ley por una disposición general " (Dalloz. Lois. 377.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1°. Tal ley establece una prescripción hasta entonces desconocida. La nueva institución se aplica inmediatamente á todos los asuntos no concluídos; pero de manera que el plazo se cuente desde la vigencia de la ley. El que poseía bienes ajenos con los requisitos que ella puntualiza, comienza la prescripción como si el día inicial de ésta fuese aquel en que la ley principió á regir, y la posesión anterior no entra en cuenta. Todos los asuntos anteriores á la nueva ley se sujetan inmediatamente á la prescripción; pero como si ellos no se hubieren originado sino á la fecha de la ley, se prescinde del tiempo antes transcurrido.

2°. Si es abolida cierta manera de interrupción, ó se establece otra, ambas disposiciones se aplican inmediatamente á la prescripción ya comenzada.

3°. Cuando la ley nueva abrevia el plazo, el problema es más difícil y en la práctica más importante. Atendiéndose á los principios, el que adquiere el derecho es libre para sujetarse á la ley antigua ó á la nueva; y, en este último caso, el término comienza á correr desde la promulgación de la ley nueva, no contándose el tiempo hasta entonces transcurrido. Esa facultad de elegir se funda, en el primer caso, en que la ley nueva no ha querido colocar al prescribente en situación más favorable que la que tenía según la ley antigua; en el segundo, en que su condición no debe ser peor que la de los otros prescribentes. Hubiera, al contrario, retrotracción á permitírsele aprovechar del nuevo plazo, comprendiéndose en éste el tiempo ya transcurrido; porque el adversario no tuviera para la interrupción todo el plazo señalado, ya por la ley antigua, ya por la nueva; y aun sucedería que, con injusticia, la acción estuviera prescrita tan luego como la nueva ley principie á regir.

158. Estas son las reglas concernientes al efecto retroactivo de la ley en materia de prescripción; pero la ley chilena, lo repetimos, se separa de los principios absolutos, y, á nuestro ver, con razón; porque en ciertos casos la expectativa proveniente de la posesión es tan fundada, que la equidad exige atenderla. Si, por ejemplo, cuando se promulgó el Código civil, un individuo ya había poseído un inmueble durante veinti-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nueve años, durísimo fuera que prescindiéndose de tan larga posesión no principiara á contarse el tiempo necesario para la prescripción extraordinaria sino desde el año 1857.

159. Hemos visto, en las *concordancias*, que el artículo 2281 del Código de Napoleón encierra dos reglas:

1ª. Las prescripciones que estaban comenzadas cuando la publicación del respectivo título se rigen por la leyes antiguas; y

2ª. Las prescripciones ya comenzadas, y para las cuales se necesitaban, según las leyes antiguas, más de treinta años contados desde la misma promulgación, se completarían por el lapso de treinta años.

Si bien el artículo favorece á los que tienen adelantada la prescripción, acarrea perjuicio respecto á las prescripciones que el Código francés facilita. Podría suceder que no se extinguiese la acción, según la ley antigua, sino al cabo de treinta años, y que, cuando la promulgación del sobredicho título, la prescripción estaba apenas comenzada. Sujetar al prescribente á la ley antigua pugnaba con la justicia y con los verdaderos principios sobre el efecto retroactivo de la ley.

Y nótese que tanta inflexibilidad proviene de que los redactores del Código de Napoleón cayeron en error acerca de la naturaleza misma de los principios sobre el efecto retroactivo; (49) pues juzgaron que la prescripción co-

---

(49) " Era necesario prever, " decía Bigot-Préameneu, " que cuando este título tenga fuerza de ley, estén comenzadas varias clases de prescripciones. Sobre todo tratándose del dominio debe evitarse que las leyes tengan efecto retroactivo : el derecho eventual proveniente de una prescripción comenzada no puede depender á un mismo tiempo de dos leyes, de la ley antigua y del nuevo Código. Ahora bien, basta que un derecho eventual sea inherente á la prescripción comenzada, para que ese derecho no dependa sino de la ley antigua, y para que el Código no pueda reglar lo que le es anterior.

" Admitido este principio general, no se presentará ningún caso difícil de resolverse.

" Si la prescripción susceptible de adquirirse según el derecho nuevo, no lo es según el derecho antiguo, bien á causa del tiempo,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

menzada era un derecho adquirido, y que el legislador no podía modificarlo sin retrotraer la ley.

Parece, pues, incontrovertible que el artículo de la ley chilena es más conforme á la conveniencia y la equidad que el art. 2281 del Código de Napoleón.

Art. 26°. Lo que una lei posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado á poseerla conforme á una lei anterior que autorizaba la prescripción.

REFERENCIAS.

Absolutamente imprescriptible. 882. 2498.
Poseer. 700.
Prescripción. 2492.

---

bien de la buena fe, será necesario conformarse á la antigua ley como si la nueva no existiese.

" Se ha juzgado necesaria una sola excepción para fijar un término que, transcurrido, la ley nueva sea obligatoria á toda la nación. El más largo tiempo que se exige para la prescripción es el de treinta años. Si sólo se tratase ahora de prescripciones que, en ciertas provincias, exigen cuarenta ó más años, no podría imputarse efecto retroactivo, á ordenarse que los treinta años que la nueva ley señala, agregados al tiempo ya transcurrido antes de la ley, bastasen para completar la prescripción. El derecho de los propietarios que habitan las provincias donde ha comenzado la prescripción que no debía completarse sino en cuarenta años, no es de mejor condición que el derecho de los propietarios de esa misma provincia, contra quienes no hay prescripción comenzada, pero contra quienes, en virtud de la ley nueva, la prescripción más larga va á completarse en treinta años.

Estas razones han inducido á expedir la disposición final de este título, la cual declara que las prescripciones comenzadas cuando su publicación, se completarán conforme á las antiguas leyes, y que sin embargo las prescripciones ya comenzadas, para las cuales sería necesario, según las mismas leyes antiguas, más de treinta años, contados desde la misma época, se completarán en el lapso de treinta años. " (Locré. XVI. 587. 46.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 7. Regla 24. Lo que una ley posterior declara absolutamente inprescriptible no podría ganarse por tiempo, bajo el imperio de la nueva ley, aunque el prescribente hubiese principiado á poseer conforme á la ley anterior que autorizaba la prescripción.

COMENTARIO.

160. Esta regla se deduce de los principios sobre el efecto retroactivo. La prescripción, mientras no se complete, no es sino *expectativa* más ó menos fundada; (157) y si la nueva ley declara que ciertos bienes ó derechos no pueden adquirirse por prescripción, extingue todas las expectativas de los que hubieren principiado á poseer conforme á las leyes que garantizaban la adquisición por medio de cierto lapso de tiempo.

Así, por ejemplo, según las leyes españolas podían adquirirse por prescripción inmemorial las servidumbres discontinuas, y el art. 883 del Código civil declara que ninguna prescripción puede servir de título adquisitivo de tales servidumbres. Evidente, pues, que promulgado el Código civil no podía completarse el tiempo de la posesión inmemorial para adquirirlas.

161. Pero no se confunda la adquisición por medio del tiempo con la sentencia que declara adquirido el derecho por medio de la prescripción. Tan luego como se cumplen los requisitos que la ley exige para la prescripción adquisitiva, el domino ú otros derechos reales forman parte de nuestro patrimonio, y la ley nueva no influye en los derechos adquiridos. La sentencia, lo repetimos, se limita á declarar el derecho como estaba cuando se trabó la litis, mas no es el título de la adquisición. De lo cual se deduce que todavía pudieran los tribunales decidir que antes de la vigencia del Código civil se adquirió por prescripción una servidumbre discontinua.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 10°. Los actos que prohibe la lei son nulos i de ningún valor; salvo en cuanto se designe espresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención. (*)

REFERENCIAS.

Actos que prohibe la ley. 1445. 1466.
Nulos y de ningún valor. 1681. 1682.

CONCORDANCIAS.

C. E. 9.

C. Arg. 18. Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.

P. de G. 4. La renuncia de las leyes en general no surtirá efecto.

Tampoco lo surtirá la renuncia de las leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario.

C. C. 6. En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan á la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.

C. M. 7. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, serían nulos si las mismas leyes no dispusieren otra cosa.

C. de la L. 12. Las leyes prohibitivas llevan como sanción la pena de nulidad, aunque tal pena no se hubiere declarado expresamente.

C. R. I. XIV. 5. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.....: ut legislatori

Queremos que todo pacto, toda convención, todo contrato entre aquellos á quienes la ley prohibe celebrarlos se miren como no ajustados.....; de manera que le baste al legisla-

(*) Savigny. IV. § 163.203.—Merlin. Nullité. § 1. n. 3-5. (Q) § I. n. 2-7.—Toullier. 88-92.—Laurent. I. 58-66.—Massé. I. 68. 69.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat : caeteraque, quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere : hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit *inutile esse debere*, *quod factum est* : Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. Secundum itaque praedictam regulam, qua ubicunque (non) servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem huiusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti.

dor haber prohibido lo que no quiere que se haga, y todo lo demás se sigue de la intención de la ley como si expresamente estuviese ordenado; esto es, todo lo que se ejecuta contra la prohibición de la ley, sea no solo inútil sino también considerado como no hecho, aunque el legislador se haya limitado á prohibirlo, sin declarar especialmente que lo prohibe so pena de nulidad. Y si se ejecuta aquello ó si algo se efectúa, bien como consecuencia, bien á causa de lo que se ha hecho contraviniéndose á la prohibición de la ley, queremos que igualmente se mire como nulo y de ningún valor. Según esta regla, por la cual anulamos todo lo que es contrario á las leyes prohibitivas, es cierto que no se debe admitir una estipulación de esta naturaleza, ni cumplir un mandato de tal especie, ni entrar en cuenta el juramento conducente á sanear la nulidad de uno ú otro.

COMENTARIO.

162. Desde que en el Código romano se expidió la disposición copiada en las *concordancias*, los jurisconsultos antiguos, y muchos de los modernos más notables han dado grande importancia á las leyes prohibitivas.

Pero ya observamos (3) que la forma en que la ley se redacte no es criterio seguro de su importancia ni de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sus efectos, y que debe atenderse exclusivamente al objeto que el legislador se propuso.

Si se trata del derecho público chileno, de las solemnidades esenciales de los actos ó convenciones, de objetos, en fin, que no dependen de la voluntad individual; nada significa, en cuanto á la esencia misma de las cosas, que la ley sea *imperativa* ó *prohibitiva;* pues, á contravenirse á ella, el acto ó contrato adolece de nulidad absoluta.

Así, el art. 1701 declara que los actos ó contratos para cuya constancia exige la ley instrumento público, se tienen por no ejecutados ó celebrados mientras el instrumento no se extienda. ¿Qué diferencia hay, en cuanto á sus efectos, entre este artículo y el que *prohibe* enajenar los bienes que no están en el comercio? Ninguna á no dudarlo; porque tales artículos son leyes *absolutas* siempre obligatorias, y el ciudadano tiene de cumplirlas so pena de que la contravención acarree la nulidad.

163. Entre los comentadores de las leyes francesas, Merlin y Laurent han sostenido con el mayor entusiasmo las doctrinas de los romanos acerca de las leyes *prohibitivas.* "Cuando el legislador prohibe un acto", dice el segundo, (1) es menester que tenga graves razones para hacerlo; porque, en general, respeta la libertad de los ciudadanos. Las disposiciones prohibitivas limitan esa libertad, ó por mejor decir se la quitan en cuanto á los actos cuya ejecución les prohibe. Si á pesar de esa prohibición los particulares hacen lo que no podían hacer, sus actos carecen absolutamente de valor. Entonces se debe decir, con los jurisconsultos romanos, que los individuos no pueden ser superiores á la voluntad del legislador, y que si impunemente lo pudiesen, ¿en qué consistiría la autoridad de la ley? El Estado, como soberano, declara por medio del poder legislativo que prohibe á los ciudadanos celebrar ciertos contratos; hay ciudadanos que, despreciando la prohibición, pretenden que su voluntad es superior á la voluntad gene-

(1) I. 60.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ral, y violan audazmente la ley, haciendo lo que ella les prohibe. ¿Sancionaría el legislador esos mismos actos que han insultado á la autoridad? No anularlos equivale á declarar que subsisten y á concederles el apoyo del poder público. Más conveniente sería que el legislador no diese leyes prohibitivas, si juzgase que era permitido violarlas. No debe favorecerse la violación de la ley, porque el respeto á las leyes es la base del orden social."

Si bien todos estos argumentos demuestran que los actos prohibidos por la ley adolecen de nulidad, de ahí no se deduce que las leyes *prohibitivas* tengan mayor importancia que las *imperativas*, ni que sea necesaria la regla que, copiada del Código romano, establece el art. 10 del Código chileno. Atendiéndose siempre, no á las palabras, sino á la esencia misma de las cosas, debemos dividir las leyes, lo repetimos, en *absolutas* y *supletorias* : las leyes absolutas, como concernientes al derecho público, ó al sistema general de la legislación, son obligatorias so pena de nulidad, sin que nadie pueda estipular en contrario. Las leyes supletorias no se aplican sino cuando las partes no han previsto los resultados del acto ó contrato. Las leyes *prohibitivas* se cuentan entre las *absolutas*, y por lo mismo no tienen más importancia ni más eficacia que las leyes *imperativas absolutas*. No hallamos, pues, diferencia, en cuanto á sus efectos, entre el artículo según el cual la venta de bienes raíces *no se perfecciona* mientras no se otorgue escritura pública, y el artículo del Código ecuatoriano : *prohibese* gravar los fundos con censos.

164. Si se consulta el sistema del Código civil, échase de ver que según él se atiende sólo al objeto que el legislador se ha propuesto, sin entrar en la distinción nugatoria entre las leyes *prohibitivas* y las *imperativas*. Volvamos al caso ya mencionado. Según el art. 1701 la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y *se miran como no ejecutados ó celebrados*, aun cuando en ellos se prometa reducirlos á instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal : esta cláusula no surte efecto alguno.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

¿Cómo se daría más eficacia al sistema de que ciertos actos ó contratos solemnes no se entienden ejecutados ó celebrados mientras no consten de instrumento público? Y si á esto agregamos que el art. 1682 divide la nulidad en *absoluta* y *relativa*, atendiendo á la esencia misma de los actos ó contratos; tenemos de convenir en que el art. 10, rezago de las sutilezas romanas, en el Código chileno es un mero ripio.

El mismo Laurent censura muchas veces el Código de Napoleón, porque ha aceptado tales sutilezas, y dejándose llevar ahora por la propia corriente, acepta como esencial la distinción entre las leyes prohibitivas y las imperativas.

165. Con el mayor esmero debe evitarse el confundir las leyes que *prohiben* ciertos actos ó contratos con las que, en apariencia prohibitivas, no se refieren sino á la *capacidad de las partes*. El art. 1445 determina los requisitos esenciales de las declaraciones de voluntad; uno de ellos consiste en la *capacidad* de las partes, y cuando ella falta, el contrato es *nulo*, no como *prohibido* por la ley, sino porque carece de uno de tales requisitos. El art. 1447 enumera las mujeres casadas entre las personas incapaces; el art. 141 expresa que la mujer casada no puede contratar sin autorización del marido; tenemos dos disposiciones idénticas, la una en forma imperativa y la otra en forma prohibitiva; y por eso algunos jurisconsultos opinan que el contrato celebrado por la mujer casada sin la respectiva autorización, es nulo como *prohibido* por la ley. Pero analizando los elementos esenciales de tal contrato, vemos que él es muy diverso de aquellos que nadie puede celebrar, como la venta de la sucesión de una persona viva. El contrato de la mujer casada no es *prohibido*; celébralo un *incapaz*, pues la capacidad consiste (art. 1445) en que una persona se obligue legalmente sin el ministerio ó autorización de otra.

Volveremos á esta importantísima materia al comentar los arts. 1466 y 1682.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 11. Cuando la lei declara nulo algún acto, con el fin espreso ó tácito de precaver un fraude, ó de proveer á algún objeto de conveniencia pública ó privada, no se dejará de aplicar la lei, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento ó contrario al fin de la lei.

REFERENCIAS.

Nulo. 1681.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 20. Cuando la lei declara nulo algún acto, con el fin espresso ó tácito de precaver algún fraude, ó de proveer á algún objeto de conveniencia pública ó privada, no se dejará de aplicar la lei, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento ó contrario al fin de la lei.

C. E. 10. En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo.

C. Arg. 1038. La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, ó le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.

COMENTARIO.

166. Este artículo es traducción del 8º que, comprendido en el proyecto del Código de Napoleón, (*título preliminar*), se dejó para el Código de comercio. (1)

---

(1) "Art. 8. Cuando la ley, para precaver fraudes, hubiese declarado nulos ciertos actos, sus disposiciones no podrán eludirse alegándose que tales actos no son fraudulentos. "

En virtud de las modificaciones que se hicieron al proyecto, el artículo 8 pasó á ser el 5.

" Discútese " (en el Tribunado) el art. 5.

" La comisión vota que se suprima.

" Este artículo no presenta un principio general y de aplicación cierta.

" Redactado así, podría ser de peligrosa aplicación, cuando la quiebra se juzgase en los tribunales criminales, pues parece que prohibe probar causas de justificación de un delito.

" En fin, parece que una disposición al respecto sería más pro-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Como principio el artículo es incontestable; pero en la práctica no tiene aplicación, porque bastan las disposiciones sobre la nulidad de los actos ó contratos.

El legislador declara la nulidad, y, por lo tanto, el juez, al aplicar la ley, no atiende el ánimo de las partes ni admite la prueba de que ellas no se propusieron violarla.

Si bien el art. 10 del Código ecuatoriano encierra una regla más general, tampoco es útil ni práctico; porque de la naturaleza misma de las funciones judiciales se deduce que el juez, llamado á la aplicación de la ley, no puede infringirla declarando válido un acto ó contrato nulo.

Art. 12. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que solo miren al interés individual del renunciante, i que no esté prohibida su renuncia. (*)

REFERENCIAS.

Derechos 576.
Esté prohibida su renuncia. 153.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 15. Los individuos no pueden estipular cosas contrarias á las buenas costumbres ni á las leyes que reglan la organización política i judicial de Chile, ni á las prohibiciones de las leyes.

Pero podrán renunciar cualquier derecho que les con-

---

pia del Código judicial, en el título de las pruebas, ó del Código de comercio, en el título que trata de los actos ejecutados en los diez días anteriores á la quiebra. " (Locré. I. 654. 11.)

(*) Locré. Esprit du Code Civil. I. p. 165-169.—Locré, I. 381. art. 9.—434. 15.— 482. 29. 30.—505. 5.—526. 15.—586. 18. 19. —616. 12.—Merlin. Loi. § VIII. Derogation. II. Nulité. § III. Renonciation. § III. n. I.—Toullier. I. 101-111.—Dalloz. Lois. 521 524.—Laurent. I. 41. 46-49. 54.—Demolombe. I. 162.—Zachariae. (M. V.) I. § 34.—Zachariae. (A. R.) I. § 36.—Baudry-Lacantinerie. I. 265--285.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

fieran las leyes, siempre que mire á su interés ó conveniencia individual i que no esté prohibida su renuncia.

No puede renunciarse ningún derecho establecido en favor de las buenas costumbres ó del orden público.

C. E. 11.

C. de N. 6. On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

6. No se puede estipular nada contrario á las leyes que miran al orden público y á las buenas costumbres.

C. Arg. 19. La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia.

21. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

872. Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar á todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales ó condicionales; pero no á los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia.

P. de G. 11. No podrán derogarse por convenciones particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

C. P. T. P. VII. Ningún pacto exime de la observancia de la ley; sin embargo es permitido renunciar los derechos que ella concede, siempre que sean meramente privados, y que no interesen el orden público y á las buenas costumbres.

C. M. 6. No tiene eficacia alguna la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las leyes prohibitivas ó de interés público.

C. de la L. 11. (Art. 6 del Código de Napoleón).

C. Esp. 4. Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez.

Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, á no ser esta renuncia contra el interés ó el orden público, ó en perjuicio de tercero.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

P. V. XI. 28. Otrosí dezimos, que todo pleyto que es fecho contra nuestra Ley, ó contra las buenas costumbres, que non deue sur guardado; maguer pena, ó juramento fuesse puesto en el.

D. II. XIV. 27. § 4. Pacta, quæ turpem causam continent, non sunt observanda.....	§ 4. Los pactos que contienen causa torpe no se deben cumplir.....
38. Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.	38. El derecho público no puede mudarse por los pactos de personas particulares.

COMENTARIO.

167. La redacción de este artículo es oscurísima. De los tres incisos que formaban el art. 15 del *proyecto* de D. Andrés Bello, el primero, que constituía la regla general, es del todo conforme á la ley romana y al artículo del Código de Napoleón copiados en las *concordancias*.

Los revisores del *proyecto* suprimieron los incisos primero y tercero, y el segundo constituyó la declaración de un principio.

168. El artículo, cual se halla redactado, encierra tres reglas :

1ª. Pueden *renunciarse* los derechos que, conferidos por las leyes, se refieren sólo al interés individual del renunciante :

2ª. Prohíbese la renuncia de los derechos que no miren al interés individual; y

3ª. Tampoco pueden renunciarse los derechos determinados en la regla primera, cuando la ley prohibe su renuncia.

169. ¿Qué dice la ley cuando declara que son *renunciables* todos los derechos que no atañen al interés individual del renunciante? ¿Por qué habla sólo de *renuncias*? Un enigma sería tal ley, si no tuviéramos la romana y el art. 6 del Código de Napoleón. El sentido del art. 12 consiste, pues, en que los particulares no pueden alterar,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

por convenciones, las leyes que no se refieren al interés individual.

Luego, la dificultad, hasta aquí insuperable, está en distinguir las leyes que miran al interés de la comunidad de las que sólo conciernen al del individuo.

El art. 1462 cuenta entre los casos de objeto ilícito aquellos en que se contraviene al *derecho público* chileno. ¿Qué se entiende por derecho público? "Es indiferente", decía Portalis, (1) "saber si según las leyes romanas las palabras *ius publicum* significan algunas veces las leyes escritas y solemnemente publicadas, contraponiéndolas á los simples usos que no se establecían con la misma solemnidad. Pero se trata de saber si las palabras *ius publicum*, que se emplean más ordinariamente para expresar lo que nosotros llamamos *derecho público*, tienen esta acepción en los textos según los cuales no se puede derogar el derecho público por convenciones particulares. Hé aquí cómo se redactó el sumario de la ley 31 (*Digesto de pactis*) : *Contra tenorem legis privatam utilitatem continentis pacisci licet.* Es permitido estipular contra el tenor de una ley que no se refiere sino á la utilidad privada de los hombres. Así, el *derecho público* es el que interesa más directamente á la sociedad que á los particulares, y el *derecho privado*, el que interesa más á los particulares que á la sociedad. Anúlanse las convenciones contrarias al derecho público; mas no las contrarias á las leyes que no atañen sino al derecho privado ó á los intereses particulares. Esta es la máxima de todos los tiempos, y de ella se deriva la distinción, tan conocida, entre las nulidades absolutas, que no pueden sanearse, y las nulidades relativas, susceptibles de excepciones. Lo que decimos de los pactos contrarios al *derecho público* se aplica á los contrarios á las buenas costumbres."

Aunque el jurisconsulto francés nos dió idea exacta de lo que en el Código civil se llama *derecho público*, las dificultades subsisten; pues á cada paso hay que inves-

(1) Locré. I. 482. 29.

BIBLIOTECA NACIONAL

Biblioteca Nacional Eugenio Pereira Salas

tigar si las leyes se refieran al interés de la sociedad ó al del individuo.

170. ¿Cuales son las leyes civiles que no pueden ser alteradas por convenciones de los particulares? Las concernientes :

A la jurisdicción y á las pruebas admisibles en juicio;

A la organización de la familia, al estado y capacidad de las personas;

A la distinción de los bienes y á la constitución de los derechos reales;

A las solemnidades esenciales de los actos y contratos;

A la prescripción, mientras los derechos no se adquieran ó extingan.

Miran al interés individual las *leyes supletorias*, esto es, las que no se aplican sino cuando el individuo no ha expresado su voluntad.

Síguese, pues, insistimos en ello, que según el art. 12, el individuo no puede renunciar los derechos provenientes de las leyes que determinan, ya la jurisdicción de los jueces y la organización de los tribunales, ya las relaciones de familia, como los derechos del marido sobre la persona de la mujer ó los del padre sobre los hijos legítimos no emancipados; que si bien las partes son libres para ejecutar un acto ó celebrar un contrato, los efectos del acto ó contrato dependen, no de la voluntad individual, sino de la ley. Así, celébrase el contrato de venta. Los requisitos esenciales son el consentimiento, cosa y precio; y las partes no pudieran estipular que la venta se perfeccione sin cosa determinada ó sin bases para fijar el precio. Al *derecho supletorio* sobre el contrato de venta pertenecen las reglas concernientes al lugar donde ha de entregarse la cosa, al plazo para el pago del precio, á la calidad del objeto vendido. Solo á falta de estipulaciones expresas se aplican estas leyes supletorias; y, sean cuales fueren las estipulaciones de las partes, el juez tiene de respetarlas.

171. Ni por un instante pretendemos haber resuelto un problema tan difícil; pues aun los escritores más eminentes apenas si apuntan sus dificultades. Comen-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tando Dalloz (2) y Demolombe (3) el art. 6 del Código de Napoleón, afirman que su estudio, á ser completo, comprendería el de todo el Código civil; Merlin (4) repite las

---

(2) " De estas observaciones deducimos que sería muy difícil dar reglas generales, en jurisprudencia, para distinguir las leyes que atañen al orden público y á las buenas costumbres. Las cuestiones especiales que esta distinción origina se refieren á tantas ramas diversas del derecho, que ahora no podríamos ocuparnos en ellas sin separar la jurisprudencia de los principios, y sin separar el conjunto de las otras materias á que se refiere especialmente " (Lois. 524.)

(3) " Este punto comprende toda la ciencia del Derecho, y no puede estudiarse sino sucesivamente.

" Como principio general de aplicación, sólo diré que cuando se trate de saber si tal ó cual disposición es de derecho público ó privado, es preciso recordar los consideraciones en que se funda en general el derecho público, y ver si la disposición de que se trata se refiere á ellas.

" Añadiré, además, que cuando haya duda sobre una disposición que parezca pertenecer al derecho privado, pero que también puede interesar al orden general, debe temerse que la posibilidad de renunciarla acarree su abolición, y prive á la sociedad de los bienes que de ella podían esperarse. La experiencia manifiesta que principalmente en los contratos onerosos, el estipulante ó acreedor exige del promitente ó deudor, á quien da la ley, renuncie las leyes que le son favorables; lo cual vendría á ser así de estilo y de fórmula vulgar en todos los contratos. En esta consideración se fundan á mi ver los arts. 1226 y 2220. " (I. 20.)

(4) " ¿Qué leyes se refieren al orden público? Los legisladores romanos habían declarado, como el Código civil, el principio de que no puede alterarse el derecho público por convenciones privadas: *ius publicum*, dijeron, *privatorum pactis mutari non potest;* pero, como el Código civil, no determinaron este principio: no definieron lo que debía entenderse precisamente, en esta materia, por las palabras *ius publicum;* aun comprendieron las leyes concernientes á la forma de los testamentos entre los objetos reglados por el derecho público.

" Aumentaron la confusión declarando nulos indistintamente todos los pactos que contravenían á las leyes: PACTA QUAE CONTRA LEGES CONSTITUTIONESVE..... FIUNT, NULLAM VIM HABERE INDUBITATI JURIS EST, decía la ley 7. C. de PACTIS; y solo en virtud de una interpretación fundada en la facultad concedida á todos de renunciar por convenciones al beneficio establecido por la ley á su favor, se deducía que esa nulidad debía restrin-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

doctrinas de los romanos sobre la distinción entre el dere-

---

girse á los pactos en que se contravenía á las leyes concernientes al interés general.

" Como quiera que sea, vamos á examinar qué sentido da el Código civil á las palabras leyes concernientes al orden público; y este problema no es tan sencillo como parece á primera vista.

" No suscitaria sin duda ninguna dificultad, si por orden público no debiera entenderse sino el producto de las leyes expedidas para constituir el cuerpo social, para determinar la competencia, las atribuciones ó deberes de cada autoridad ó funcionario, las obligaciones de los ciudadanos hacia el Estado.....

" Y aun en este caso deberíamos reconocer que el art. 6 no debe entenderse literalmente y en toda su latitud; porque si bien la competencia del poder judicial es de derecho público, los particulares pueden estipular que á suscitarse controversias, el juicio se sometería á un tribunal á quien no están sujetos; lo cual se ve escrito largamente en el art. 111 del Código civil.

" La dificultad no consiste en hallar el motivo en que se funde esa excepción á la regla general del art. 6 : conócese que si en el caso de que se trata la convención privada de las partes prevalece sobre el orden público de competencia establecido por la ley, proviene ello únicamente de que la ley, al obligar al demandante á que siga el fuero del reo, no se propone sino la utilidad personal de éste, y que todos son libres, como acabamos de verlo, para renunciar las leyes que no conciernen sino á su interés privado.

" Pero no es fácil precisar hasta dónde se extiende la acepción de las palabras orden público, tomadas en un sentido más lato que el que ya indicamos; porque es indudable que ella no debe extenderse á más, y para manifestarlo basta observar que hay infinidad de materias que se consideran pertenecientes al orden público, y por consecuencia del todo independientes de los pactos particulares, aunque restringidos por su objeto á los intereses de meros particulares parece que dependen únicamente del derecho privado.....

" ¿ Cuál es el sentido del art. 6, en lo que concierne á las buenas costumbres?

" Los legisladores romanos declaraban nulas las convenciones que ofendían las buenas costumbres : PACTA QUAE CONTRA BONOS MORES FIUNT NULLAM VIM HABERE INDUBITATI IURIS EST, eran los términos del la ley 7 de C. de PACTIS.

El art. 6 del Código civil no tiene un objeto tan extenso; pues no proscribe sino las convenciones en que los particulares se proponen contravenir á las leyes que interesan á las buenas costumbres, y es evidente que las leyes que intere-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cho público y el derecho privado; Toullier (5) termina por dudar si el art. 6 sea ineficaz y peligroso; Zachariae, á

---

san las buenas costumbres no han reprimido todos los actos inmorales. Todo lo que no se halla expresamente prohibido por las leyes no puede impedirse; pero no todo lo no prohibido es conforme á la moral; *non omne quod licet honestum est*, dice la ley 144 D. *de Regulis iuris*. Luego, no se puede aplicar entonces el art. 6 sino á las convenciones que contravengan directamente á las leyes que reprimen ciertas acciones inmorales.

" Así, se aplicaría sin dificultad á la convención por la cual el padre, madre ó tutor de una persona menor de veintiún años, ó cualquiera otro encargado de su custodia, se hubiere obligado, mediante promesa de dinero, á prostituirla á la persona que le hubiese hecho la promesa; y sería cierto que tal convención fuera nula por estar en abierta pugna con el art. 334 del Código penal, que impone penas correccionales á esta especie de atentados contra las buenas costumbres.

" Pero el art. 6 no podría aplicarse á la convención por la cual una persona mayor se hubiese prostituido mediante promesa de dinero. ¿Por qué? Porque entonces la ley penal nada dispone. ¿Síguese de ahí que tal convención fuera válida, y que los jueces estarían obligados á ordenar la ejecución, so pretexto de que si bien ella es contraria á las buenas costumbres no lo es á ninguna ley, y que fuera necesario aplicar el art. 1134, según el cual las convenciones legalmente celebradas son leyes para los contratantes?

" No; pues á falta del art. 6 los jueces, para anular esa convención, hallarían un medio en los arts. 1331 y 1333, según los cuales la obligación sin causa ó cuya causa es falsa ó ilícita, no puede surtir ningún efecto; y la causa es ilícita cuando es prohibida por la ley ó cuando es contraria á las buenas costumbres ó al orden público. La legislación del Código civil se halla, pues, en último análisis, perfectamente de acuerdo sobre este punto con el derecho romano. " (Loi. § VIII.)

(5) " El objeto más común de las leyes es reglar los respectivos derechos de los ciudadanos; y como todos son libres para renunciar sus derechos, síguese que en general los ciudadanos pueden renunciar las leyes en su favor y que sólo á ellos interesan.

" Est regula iuris antiqui, omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renunciare.

" Pero no se pueden renunciar, por contratos particulares, las leyes que atañen al orden público y á las buenas costumbres.

" Es lo que dispone el art. 6 del Código, que es copia del derecho romano.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

quien cita Velez-Sarsfield, (6) no pasa de decirnos que los particulares son libres para modificar las leyes, (7) siempre que éstas concedan un beneficio individual; Laurent principia afirmando que el jurisconsulto debe dar reglas para resolver todas las dificultades, y enseña lo mismo que Portalis y Merlin. (8) Subsiste, pues, la dificultad

---

" Este principio que parece evidente, no carece de excepciones.....

" El principio de que se pueden renunciar las leyes que no son sino en beneficio de los particulares tiene, pues, excepciones :

" 1ª. Cuando la ley misma ha prohibido renunciarlas :

" 2ª. Cuando de sus disposiciones ó de sus motivos puede deducirse que la ley es absolutamente prohibitiva :

" 3ª. Cuando las disposiciones de la ley se fundan en la cosa pública, en la política, en el interés de un tercero.

" Esta discusión manifiesta que es esencial no habituarse á meras palabras, y no dejar pasar ninguna sin penetrar su sentido. En fin, muestra el escollo donde han fracasado el talento de los autores más sabios, y manifiesta cuán difícil es dar reglas generales en jurisprudencia : OMNIS DEFINITIO IN IURE CIVILI PERICULOSA EST : PARUM EST ENIM UT NON SUBVERTI POSSET. " (I. 101. 103. 108. 111.)

(6) En la nota 109 del Código argentino.

(7) " La libertad jurídica de los individuos es tan extensa, que pueden renunciar las leyes en sus convenciones particulares. Pero esa libertad no es ilimitada; pues debe restringirse á los casos en que se trata de disposiciones á favor del que quiere renunciar ó modificar la ley : QUILIBET IURI IN FAVOREM SUUM INTRODUCTO RENUNCIARE POTEST. Lo cual no es aplicable cuando se trate del interés público : no se puede, por convenciones particulares, renunciar las leyes que interesan al orden público ó las buenas costumbres. " (M. V. I. § 31.)

(8) " El art. 6 del Código dice que no se puede renunciar, por convenciones particulares, las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres. ¿Qué debe entenderse por leyes que interesen el orden público y las buenas costumbres? El legislador no responde á esta pregunta. Leemos, no sin sorpresa, en un buen escritor, que si la ley se abstiene de dar reglas á este respecto, proviene de que esas cosas se sienten , mas no se definen. Esta aserción no debía figurar en un libro destinado á los estudiantes ni en un libro de derecho. Nada hay y nada debe haber indeterminado en jurisprudencia. La precisión en las ideas y la claridad en el lenguaje, hé aquí el derecho. Nuestra ciencia es una serie de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

¿qué leyes forman el *derecho público* y cuáles son las *supletorias?* (9)

172. Clarísima es la regla tercera : no pueden renunciarse ni los derechos que miran al interés individual, cuando la ley prohibe la renuncia.

---

principios lógicos fundados en la razón, y no debe referirse al sentimiento.....

" El proyecto decia : ' leyes que interesan al público '. Boulay propuso la redacción actual, *orden público*, y fue aceptada sin discusión. Los jurisconsultos romanos, de quienes se ha tomado el principio, dicen que los particulares no pueden contravenir al derecho público. En este mismo sentido explica Portalis el art. 6. El tribunado habia dicho que las palabras JUS PUBLICUM no significan lo que nosotros llamamos derecho público, sino leyes escritas y solemnemente publicadas, contraponiéndolas á los simples usos y á las costumbres que no se establecen con la misma solemnidad. Portalis confiesa que las leyes romanas tienen algunas veces ese sentido. Pero cuando se trata de saber si los particulares pueden modificar las leyes, los jurisconsultos distinguen : se lee en el Digesto que es permitido estipular contra el tenor de una ley concerniente sólo á la utilidad privada de los hombres; pero oponiendo ellos á estas leyes el derecho público, enseñan que los particulares no pueden contravenir á él en sus convenciones; y entienden por derecho público lo que interesa más directamente á la sociedad que á los ciudadanos. Añade Portalis que la máxima es de todos los tiempos. El Código civil entiende, pues, por orden público lo que los jurisconsultos romanos calificaban de derecho público, y comprendian en éste el interés público en su más lata acepción. En la última exposición de los motivos, Portalis se expresa en estos terminos : ' Solo para conservar el orden público hay gobiernos y leyes '. Lo cual significa que las convenciones de los particulares se subordinan al interés social. " (I. 46. 49.)

(9) " En una sociedad, como la nuestra, que da tanta importancia al desarrollo del espiritu de iniciativa, que tiene fe en su fecundidad y confianza en si misma para el arreglo de los intereses entre los hombres, la ley no limita la libertad individual sino lo menos posible, esto es, en cuanto ella sea incompatible con la libertad de otro ó inconciliable con las ideas esenciales en que se funda la constitución social. Nuestra ley respeta, pues, la voluntad de los particulares : ese principio se subentiende en el art. 6, y se declara expresamente en materia de convenciones por los arts. 1134 y 1387 del Código civil. ' La convención, ' dice el primero, ' es ley

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Nótese que aun cuando la ley prohiba la renuncia, de ello no se sigue que el derecho mire sólo al interés individual del renunciante. Así, el art. 2494 prohibe renunciar la prescripción. ¿Cómo podría ni suponerse que la prescripción no es de derecho público? Acaso se redactó esa regla para contraponer la prescripción principiada, que todavía no es un derecho adquirido, á la prescripción que, ya completa, confiere el dominio de los bienes; el cual sí puede renunciarse.

Art. 13. Las disposiciones de una ley, relativa á cosas ó negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones jenerales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición.

REFERENCIAS.

El artículo. 4.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 22. Las leyes especiales relativas á una cosa ó negocio particular prevalecen sobre las leyes jenerales que parecen extenderse á la misma cosa ó negocio.

---

para los contratantes '. Éstos, considerados como los mejores jueces de su interés, no están obligados, por regla general, á conformarse á las leyes : el derecho de los contratos no es sino supletorio ó declarativo, y no es aplicable sino cuando la voluntad, expresa ó tácita, de los contratantes no sustituye á ese derecho general un derecho especial que ella elige.

" Pero hay un conjunto de ideas, ideas sociales, políticas, morales, económicas, á veces religiosas, de cuya subsistencia juzga la sociedad que depende su vida. Como existe, en su concepto, observando esos principios, no puede permitir que se contravenga á ellos. La voluntad de los particulares se estrella en vano y la ley es obligatoria á todos cuando es de orden público.

" Tal es el sentido del art. 6 : No es permitido renunciar, por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres. " (Baudry-Lacantinerie. I. 266.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 12. Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales, que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales.

D. L. XVII. 80. In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

80. En todo derecho el género se deroga por la especie, y se tiene por más poderoso lo que se dirige á la especie.

COMENTARIO.

173. Así como el artículo 9 determina los principios que han de guiar al juez para dirimir el conflicto, real ó aparente, entre dos leyes expedidas en distintas épocas; el artículo 13 dirime los conflictos que se suscitan cuando pugnan las leyes generales con las especiales. Por ejemplo, el art. 57 del Código civil declara que la ley no distingue los chilenos de los extranjeros en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla el mismo Código; mas el art. 611 prohibe que en los mares territoriales pesquen los extranjeros no domiciliados. Hé aquí dos leyes que mutuamente se contradicen; y el art. 13 declara que la segunda prevalece.

La razón se presenta á primera vista. Cuando el legislador dicta leyes generales, atiende á una materia; mientras que al expedir leyes especiales se fija, por decirlo así, en individuos determinados, á quienes exceptiona de la regla á virtud de circunstancias peculiarísimas.

Volvamos al ejemplo anteriormente propuesto. Cuando la ley declara que así los ciudadanos como los extranjeros gozan en Chile de unos mismos derechos civiles, fúndase en el principio de que la comunidad universal, establecida por la civilización moderna, exige que á todos cuantos residan en el territorio de la República, aunque sea transitoriamente, se les conceda la más amplia protección no sólo en lo relativo á la seguridad de la persona sino también á la adquisición de los objetos necesarios ó útiles. Pero se ha juzgado que esta regla general no debía extenderse á la pesca, porque efectuán-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dose ella en los mares territoriales, cuyo acceso es tan fácil aún á los extranjeros que no habitan el territorio, la competencia podría impedir absolutamente que los chilenos ejerzan tal derecho.

El principio que examinamos, si bien en extremo sencillo, es fecundísimo en consecuencias saludables; porque compele al juez á fijarse con suma frecuencia en las leyes peculiares á cada objeto determinado, y á no aplicar las leyes generales sino cuando aquéllas faltan.

Análoga es la disposición del art. 13 á la del art. 4°; porque exceptuándose el Código civil, todas los demás son leyes especiales.

Nótese que la redacción del art. 12 del Código ecuatoriano es más correcta y perspicua que la del art. 13.

Art. 14. La lei es obligatoria para todos los habitantes de la República, inclusos los estranjeros.

REFERENCIAS.

Ley. 1.
Extranjero. 55, 56.

CONCORDANCIAS.

C. E. Art. 13. La ley obliga á todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros.....

C. de N. 3. Les lois de police et de sureté obligent tous ceux qui habitent le territoire.....

3. Las leyes de policía y de seguridad obligan á todos los que habitan el territorio.....

C. Arg. 1°. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos ó extranjeros, domiciliados ó transeuntes.

P. de G. 6. Las leyes penales y de policía obligan á todos los que habitan en el territorio del Estado.

C. C. 18. La ley es obligatoria tanto á los nacionales como á los extranjeros residentes en Colombia.

C. P. T. P. IV. Las leyes de policía y de seguridad obligan á todos los habitantes del Perú.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. de la L. 9. La ley obliga á todos los habitantes del territorio. El extranjero está sujeto á ellas en cuanto á los bienes que posee y aún respecto de su persona durante su residencia.

C. Esp. 8. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan á todos los que habitan en territorio español.

P. I. I. 15. Todos aquellos que son del Señorío del facedor de las leyes, sobre que las el pone, son tenudos de las obedescer é guardar, é juzgarse por ellas, é no por otro escrito de otra ley fecha en ninguna manera: é el que la ley face, es tenudo de la facer complir. E eso mesmo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleyto, ó postura, ó yerro en la tierra do se juzgase por la leyes: ca maguer sean de otro lugar no pueden ser escusados de estar á mandamiento de ellas, pues que el yerro ficiessen, onde ellas han poder.....

III. XIV. 15. E si por auentura alegasse ley, ó fuero de otra tierra que fuesse de fuera de nuestro Señorío, mandamos que en nuestra tierra non aya fuerça de prueua; fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto, ó postura que ouiessen fecho en ella, ó en razón de alguna cosa mueble, ó rayz de aquel logar. Ca estonce, maguer estos estraños contendiessen sobre aquellas cosas antel Juez de nuestro Señorío, bien pueden recebir la prueua, ó la ley, ó el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, é deuese por ella aueriguar, é delibrar el pleyto.

COMENTARIO.

174. Si bien el artículo parece absoluto, deben distinguirse tres casos:

1°. La regla general de que la ley obliga á todos los habitantes de la República, comprendiéndose aún á los extranjeros:

2°. Las excepciones que tiene esta regla según el derecho internacional; y

3°. Las reglas concernientes á los límites locales de las leyes.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

§ 1.

La ley es obligatoria á todos los habitantes de la República. (*)

175. De la soberanía nacional se deriva el derecho de legislación, (1) que consiste en la potestad de dictar leyes sobre todo cuanto concierne al régimen de cada pueblo: la forma de gobierno, los impuestos, los derechos políticos, sociales y civiles.....; todo esto sólo depende, ya del poder constituyente del Estado, ya del poder legislativo; y los otros Estados no pueden exigir que aquél modifique sus instituciones, sino cuando ellas obsten á los derechos esenciales de los demás. (2)

(*) Savigny. VIII. § 344-346.—(H). I. § 30. 31.—Locré. I. 380. art. 3°.—398. art. 3°.—399. 10.—408. art. 3°.—414. art. 3°.—416. 3.—432. 11.—477. 25.—526. 15.—563. 9.—579. 10.—600. 9.—620. XXIV—II. 225. 17.—250. 12.—286. 8.—Merlin. Lois. § VI. n. I. VIII.—Dalloz. Lois. 448-457.—Toullier. I. 112. 113.—Laurent. I. 73-79. 105-107.—(D. C. I.). I. 381-385.—Demolombe. I. 68-74.—Zachariae. (M. V.). I. § 29.—Zachariae. (A. R.) I. § 31. n. 1.—Marcadé. I. 66-67.—Baudry-Lacantinerie. I. 72-85.—Massé. I. 521.—Wheaton. II. II. § 1.—Story. § 17-19.—Bluntschli. 9. 64-68.—Heffter. § 29. 31.—Foelix. I. 9. 10.—Mailher de Chassat. 50.—Calvo. II. § 513-514.—Phillimore. I. CCCXIX. CCCXXIV. CCCXXXIII-CCCXXXV.—Weiss. III. chap. I. t. 1. s. I. p. 7-15.—t. IV. s. IV. p. 136-139.

(1) " La soberanía de un Estado consiste :

" *a*). En la independencia de tal Estado en cuanto á los otros Estados:

" *b*). En la libertad de determinar y expresar por actos su voluntad, sin que otro Estado tenga derecho á oponerse á ellos. " (Bluntschli. 61.)

(2) " Los derechos que dependen, por regla general, de la soberanía de un Estado son estos :

" *a*). El derecho de expedir su constitución;

" *b*). El derecho de tener para sí una legislación independiente;

" *c*). El derecho de gobernarse y de administrar sus bienes;

" *d*). El libre nombramiento de los funcionarios;

" *e*). El derecho de designar y acreditar agentes diplomáticos ante los otros Estados.

" Las demás potencias no pueden inmiscuirse en el ejercicio

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

176. Que la ley es obligatoria á todos los nacionales, nadie puede desconocerlo.

177. Respecto á los extranjeros, el legislador no pudo convertirlos en sus súbditos de una manera tan absoluta; porque si bien el derecho internacional antiguo no sólo declaraba que las leyes eran obligatorias á todos cuantos habitaban el territorio, sino que el extranjero podía ser reducido á esclavitud y sus bienes confiscados, (3) el derecho internacional moderno se funda en la comunidad de los pueblos que, miembros de la sociedad universal, procuran estrechar sus amistosas relaciones. De ahí proviene que el derecho internacional privado hace grandes progresos, y que aun cuando Voet, Hubero, Boullenois, Foelix, Wheaton, sostienen como verdad inconcusa que las leyes de un Estado obligan en otro por mera *cortesía*; hoy se admite generalmente el principio de Savigny, Bluntschli, Fiore, Laurent, Weiss; (*) los cuales enseñan que las leyes deben surtir efecto extraterritorial en cuanto no se opongan al derecho público de los demás Estados.

178. Los principios de la ciencia moderna exigen que se dividan las leyes en dos grandes grupos:

1°. Leyes obligatorias á todos los habitantes de la República, sean nacionales ó extranjeros:

2°. Leyes que no obligan sino á los nacionales y á los extranjeros domiciliados.

El primer grupo se subdivide en otros dos:

a). Leyes que los redactores del Código de Napoleón llamaban de policía y de seguridad:

b). Leyes que Savigny, denomina absolutamente obliga-

---

de los referidos derechos; á menos que á causa de su ejercicio se viole el derecho internacional." (Bluntschli. 68.)

(3) "In pace quoque postliminium datum est; nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab iis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat; hoc quoque igitur casu post liminium datum est." (D. XLIX. XV. 5. § 2.)

(*) Véase el § III de este artículo.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

torias, porque atañen á la esencia de las instituciones de cada pueblo. (4)

179. Si las leyes penales y de policía no obligasen tanto á los nacionales como á los extranjeros, sería absolutamente imposible la existencia misma del Estado.

De todo punto necesario que también obliguen aún á los extranjeros las leyes que prohiben la esclavitud, la poligamia.....

La práctica de todas las naciones y la doctrina unánime de los publicistas se acuerdan en que, salvo las personas excepcionadas por el derecho internacional, los nacionales y los extranjeros están sujetos á las leyes que componen el primer grupo.

El segundo grupo consta de todas las demás leyes; las cuales no debían ser obligatorias sino á los ciudadanos y á los extranjeros domiciliados.

Cuando se presentó el *proyecto* del título preliminar del Código de Napoleón, el art. 3º decía : "La ley obliga indistintamente á los que habitan el territorio. — El extranjero, durante su residencia, está sujeto á la ley en cuanto á los bienes que posee, y personalmente en todo lo que atañe á la policía."

Al discutirse el artículo en el Consejo de Estado, observó Tronchet que la redacción era demasiado lata, y que el extranjero no está sujeto á las leyes concernientes al estado de las personas. (5)

---

(4) "Si el Estado debe permitir en general en su territorio la aplicación de las leyes extranjeras..... tiene, y eso nadie le disputa, el derecho de existir y defenderse, y por consecuencia de rachazar las leyes que pugnen con las bases fundamentales de su organización, y que son la más sólida garantía de los derechos individuales cuya protección se le ha confiado. Como pugnan entre sí dos intereses, por una parte el interés de la sociedad, esto es, el interés de todos, y por otra el interés de un individuo extraño, el interés de uno solo, este último es el que debe ceder. Si es indispensable á los hombres vivir en sociedad, natural es que los intereses de esa sociedad se conserven aunque fuese en detrimento de aquéllos." (Weiss. III. chap. III. s. II. p. 83.)

(5) " Discútese el art. 3.

" M. Tronchet. La redacción es demasiado lata; pues pugna con el artículo del proyecto sobre los derechos civiles, el cual no

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Y el artículo se redactó definitivamente, cual está ahora, en virtud de las observaciones del Tribunado.

180. Sorprende, pues, que el Código civil, tan liberal para con los extranjeros, por cuanto les concede los mismos derechos civiles que á los nacionales, incurra en la clamorosa injusticia de sujetar al extranjero de una manera absoluta á todas las leyes chilenas. (6) El art. 14 obedece á los principios egoistas aceptados en Inglaterra y los Estados Unidos. "Mientras el derecho inglés subsista como es ahora y como ha sido siempre", dice Westlake, "es necesario admitir como principio que si se trata de hechos jurídicos que tienen su asiento en Inglaterra, debe prescindirse de toda ley extranjera, no sólo en cuanto concierne á la edad de la persona, sino generalmente para la determinación del estado ó de la capacidad, declarados por ley ó por sentencia: así el pródigo no será privado del ejercicio de los derechos civiles en virtud de sentencia extranjera que hubiere declarado su interdicción."

Si bien Story profesa la misma doctrina, (7) Phillimore

---

sujeta al extranjero sino á las leyes de policía y de seguridad. Pudiera redactarse en esta forma :

" Le ley rige los inmuebles situados en el territorio de Francia, los bienes muebles y la persona de los franceses.

" M. Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) El artículo no comprende sino las leyes civiles, en cuanto ellas se refieren á los derechos personales y á la propiedad de los extranjeros.

" M. Tronchet. El extranjero no está sujeto á las leyes civiles que reglan el estado de las personas. " (Locré. I. 399. 10.)

(6) " Los legistas anglo-americanos parten del principio de que el Estado es exclusivo soberano en su territorio. Eso es indudable; pero hay que averigüar qué se entiende por soberanía. Story sin discutir teóricamente la controversia, responde que las leyes de cada Estado rigen directamente cualesquiera bienes que estén en el territorio, y á cualesquiera personas que en él residan, indígenas ó extranjeros, así como todos los contratos y actos que en él se efectúen. Tal es el principio de la edad media : todos los fueros son reales, esto es, soberanos. Los legistas anglo-americanos no investigan si la soberanía es esencialmente ilimitada, ni cuáles son los deberes del poder soberano. La tradición les suministra una regla que aceptan, como si todo lo tradicional fuese la expresión de la verdad. " (Laurent. D. C. I. I. 381.)

(7) " La primera y más general máxima ó proposición consiste

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

censura la práctica de Inglaterra y de los Estados Unidos. (8)

181. Pero aun cuando el artículo 14 sea ajeno de la civilización moderna, y contravenga á los principios del derecho internacional privado, los jueces chilenos tienen de aplicarlo; porque tratándose de los actos ejecutados en el territorio de la República y de las convenciones que en él se hubieren ajustado, la disposición es clarísima, y los jueces no pueden desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu.

En cuanto á tales actos y contratos, la ley chilena es aplicable á sus solemnidades y á la capacidad de las personas. El extranjero que según las leyes de su patria es mayor á los veintiún años, hasta los veinticinco es en Chile incapaz; de lo cual se deduce que un mismo contrato puede ser nulo en Chile y válido en el Ecuador ó en Francia.

Resalta todavía más lo anómalo de la regla, observándose que conforme al propio Código los chilenos están sujetos á las leyes de su patria aún en nación extranjera, en todo lo concerniente al estado de las personas y á la capacidad para ejecutar ciertos actos.

Los inconvenientes y dificultades son mayores respecto

---

en que cada Estado ejerce soberanía y jurisdicción exclusivas en su propio territorio; y dedúcese de ahí que las leyes de cada Estado rigen directamente todos los bienes, muebles ó raíces, que se hallan en el territorio, y á todas las personas que en él residen naturales ó extranjeros, y todos los actos y contratos que en él se efectúen. " (§ 18.)

(8) " El estado de la jurisprudencia según la práctica de los tribunales ingleses y americanos, en cuanto á los estatutos personales de los extranjeros, es muy poco satisfactorio, bien se considere con relación á la cortesía (*comity*), pues no se armoniza con las leyes de las demás naciones cristianas, bien con referencia á su misma legislación, pues se notan graves inconsecuencias.

" Nadie puede estudiar el capítulo IV de Story sobre la capacidad de las personas, el cual comprende cerca de ciento treinta páginas, sin notar la confusión en que se hallan las relaciones jurídicas del género humano á causa de las peculiaridades de lo que se denomina (*common law*) *derecho consuetudinario.* " (IV. CCCLXXXII.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

al matrimonio; el cual considerado como contrato y como origen de los principales derechos de familia, es la institución más importante. Llega á Chile un francés que ha cumplido veinticinco años, cásase inmediatamente sin consultar á nadie, vuelve á Francia, sus padres piden la nulidad del matrimonio, y los tribunales la declaran. ¿No es una burla que la ley chilena establezca el principio de que el matrimonio es válido, si él no surte ningún efecto en la nación donde vivirán los sedicientes cónyuges?

182. Obsérvese, por último, que son habitantes de la República no soló los individuos que se hallan en tierras chilenas ó en aguas territoriales, sino tambien los que naveguen en buques mercantes bajo bandera chilena, cuando éstos se hallen en alta mar; y en navíos de guerra chilenos, aunque estén surtos en aguas pertenecientes á otro Estado.

Tales principios son aceptados por el derecho internacional consuetudinario; y volveremos á tratar de ellos en el parágrafo segundo.

§ II.

De las excepciones establecidas por el Derecho Internacional.

Según el derecho internacional, no están sujetos á las leyes chilenas: (9)

1°. Los soberanos extranjeros que entren á la República:

---

(9) " Entre las observaciones que el Tribuno Andrieux hizo al proyecto del Código de Napoleón se contaba la siguiente: ' No es cierto que la ley obligue sin excepción á todos los que habiten el territorio; pues los extranjeros revestidos de carácter diplomático, los que componen su familia y su comitiva, no se hallan sujetos á las leyes civiles de Francia aunque habiten el territorio. Luego, aun en esto la redacción del artículo es inexacta, y debe expresarse ó á lo menos indicarse las excepciones.'

" Y Portalis replicó: ' Se inculpa que no hemos hablado de los embajadores, su familia y comitiva. Lo concerniente á los emba-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

2º. Los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de Chile :

3º. Los navíos de guerra extranjeros surtos en aguas chilenas :

4º. Los ejércitos extranjeros que pasen por el territorio de la República.

I

De los soberanos. (*)

183. Como el soberano representa á la nación que gobierna, el derecho internacional consuetudinario ha establecido desde muy antiguo que cuando un soberano se halle en otro Estado, goce en éste de todos los privilegios anexos á la *inviolabilidad y exterritorialidad.* (10)

---

jadores incumbe al derecho de gentes ; y nosotros no debemos tratar sino de las leyes que miren al régimen interior.

" El principio que hemos aceptado, se dice, tiene excepciones. Está bien. ¿Pero hemos de enumerar esas excepciones, que se comprenderán oportunamente en las materias especiales á que se refieren?

" Cada vez que se enuncia un principio, ¿debe escribirse un tratado? " (Locré. I. 432. II.-477. 25.)

(*) Vattel. I. IV. § 38-50. — Heffter. § 48-50. 54. 55. 102. — Bluntschli. 115-158. — Calvo. III. § 1451-1479. — Phillimore. II. C-CXIII. — Foelix. II. 209. — Laurent. (D. C. I.) III. 26-37.

(10) " El soberano de un Estado es la persona física ó moral que ejerce las atribuciones del poder supremo, y que por consiguiente forma parte integrante del Estado. Tales atribuciones tienen doble carácter, tanto interno como externo, según su acción se manifieste en lo interior ó lo exterior del territorio. " (Heffter. § 48.)

" Al derecho constitucional de un Estado, mas no al derecho internacional, corresponde decidir si la soberanía se personifica en el Jefe del Estado.

" Si bien el presidente de una república no es soberano, cuando procede como representante del Estado goza de todos los derechos que corresponden á los soberanos representantes de los Estados.

" La independencia de un Estado es resguardada por el hecho de que el soberano no depende de ninguna potencia extranjera. Por regla general los soberanos no se hallan sujetos á las leyes del

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

184. No sólo es de práctica estricta la *inviolabilidad* del soberano extranjero, sino también que los funcionarios públicos y los particulares le den el mismo título y le traten con los mismos honores que si estuviera en la nación donde gobierna. (11)

Si el soberano es insultado por un particular, los tribunales de la nación están obligados á seguir el respectivo juicio criminal para el castigo del delincuente. (12)

Estado, aunque estén en territorio extranjero. " (Bluntschli. 126. 128. 129.)

" El soberano representa el poder colectivo del Estado; y, como tal representante, goza por costumbre, que se pierde en los tiempos primitivos de la ley positiva, de ciertos derechos internacionales. " (Phillimore. II. CI.)

(11) " El que es soberano de hecho puede exigir para sí la precedencia, honores y respetos debidos al Estado en virtud del derecho internacional, y á usar del título correspondiente. " (Bluntschli. 124.)

" Antes de tratar de las prerrogativas personales correspondientes al soberano de nación extranjera, recordemos que al honor é independencia de las naciones atañen el tratamiento al soberano.

" El soberano puede reclamar los derechos internacionales pertenecientes á su carácter público, así cuando reside en la nación como cuando está en territorio extranjero.

" En la nación tiene derecho á exigir :

" 1°. Que los otros Estados se dirijan á él empleando su propio y acostumbrado título :

" 2°. Que á no haber en contrario costumbre establecida ó estipulación expresa de un tratado, en las comunicaciones se proceda sobre la base de perfecta igualdad con los gobernantes de los otros Estados.

" En nación extranjera el soberano de facto tiene derecho á ser tratado con respeto por todos los funcionarios de esa nación, en sus comunicaciones oficiales, y á gozar de los títulos más propios que le corresponden. " (Phillimore. II. CIII.)

(12) " Si contra el soberano se publica un libelo infamatorio, tiene derecho á que los tribunales de justicia de la nación del libelista castiguen á éste. Si se le denegare justicia, tendrá justo motivo de queja, á menos se le hubiere dado satisfacción extrajudicial.

" Pero no puede quejarse si, observados los trámites prescritos por las leyes del Estado, le fuere adversa la sentencia. " (Phillimore. II. CIII.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

185. Para que el soberano goce de los privilegios inherentes á su carácter, es necesario que concurran estas circunstancias :

1ª. Que no haya entrado al territorio clandestinamente :.

2ª. Que la calidad de soberano se le hubiere reconocido :

3ª. Que no se hubiere sometido á las leyes, aceptando un cargo en la nación. (13)

186. Cuando en casos muy graves un soberano extranjero comete crímenes en la nación, las autoridades de ésta pueden á lo más disponer que se le conduzca hasta la frontera; y nunca sería juzgado por los tribunales. No fuera lícito emplear la fuerza contra el soberano, sino cuando ella fuese absolutamente necesaria para la defensa del Estado. " Muy obvio es, " dice Phillimore, (14) " que son rarísimos los casos de esta naturaleza, y que los ejemplos citados por algunos escritores son tan excepcionales que el derecho internacional apenas si puede referirse á ellos. El derecho internacional, como la ley civil, prescinden de las anomalías originadas de muy raras emergencias, sin dar de antemano reglas para tan contingentes sucesos. " (15)

---

(13) " Pero el soberano no puede oxonerarse de respetar las leyes del Estado extranjero en cuyo territorio está, sino en los siguientes casos :

" *a*). Si se le ha reconocido como á soberano :

" *b*). A no prohibírsele la entrada al territorio, ó no habérsele requerido para que salga :

" *c*). Si los dos Estados se hallan entre sí en paz.

" Cuando un soberano acepta empleo en Estado extranjero, y él cargo impone ciertos deberes en cuanto al Estado, tiene de cumplirlos mientras ejerza el cargo, y en ese sentido obedecer al Estado extranjero.

" En cualquier tiempo puede el soberano renunciar el destino que en otro Estado se le hubiere conferido, y reclamar su calidad de soberano. El Estado extranjero puede también privarle de aquel cargo. " (Bluntschli. 130-132.)

(14) I. CVII.

(15) " Non adeo frequentes sunt ipsorum, qui imperant, Principum alienis Imperiis peregrinationes, minus frecuentia crimina vel debita, quae huic disputationi causam praebere possint, *et quicquid sit, ob personae sanctitatem, eo semper temperamento utimur, ne ob minima quaeque magnum exemplum statuamus.* " (Bynkershoek. c. III.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

A la inviolabilidad y exterritorialidad de los soberanos son aplicables todas las reglas concernientes á las de los agentes diplomáticos.

187. El derecho internacional privado presenta un problema sobre cuya solución, aunque están de acuerdo los tribunales, hay absoluta divergencia entre los más notables escritores. Controviértese si una nación, como *persona jurídica*, puede ser compelida á comparecer en juicio ante los tribunales de otra nación, y ser condenada por éstos al cumplimiento de las obligaciones que hubiere contraído.

Nadie desconoce que un Estado se considera en dos aspectos:

1°. Como miembro de la sociedad universal de las naciones; y

2°. Como *persona jurídica* capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles.

Tampoco desconoce nadie que, en el primer aspecto, cada Estado es independiente y soberano; que los demás no pueden resolver nada sobre los actos de otro Estado; que si alguno pretende que tales actos son contrarios al derecho internacional, la controversia se decide por la vía diplomática; cuando ésta es ineficaz, acúdese al arbitraje ó á la mediación de una potencia amiga, y, si todo esto no bastare, á la guerra. Los tribunales de un Estado no resuelven, pues, si los actos que otro Estado ejecuta como soberano son ó no conformes al derecho internacional.

Mas, á tratarse de las obligaciones civiles contraídas por un Estado como *persona jurídica*, se ha pretendido que cualquiera puede demandarle ante los jueces de otro Estado, y que éstos tienen jurisdicción para conocer en la causa y condenarle al cumplimiento de tales obligaciones.

Fœlix, (16) Demolombe, (17) Aubry et Rau, (ano-

---

(16) "Ninguna providencia puede dictarse contra los bienes de un Estado extranjero. Se ha resuelto que un particular no puede pedir en Francia el embargo de fondos pertenecientes á un gobierno extranjero (Haiti, España, Egipto), y que los tribunales son incompetentes para resolver sobre la validez de este embargo." (I. 212.)

(17) "Es un punto muy difícil el saber si el art. 14 se aplica

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tadores de Zachariae), (18) Dalloz, (19) Philli-

á los gobiernos extranjeros, ó, en otros términos, si un gobierno extranjero puede ser citado ante los tribunales de Francia para el cumplimiento de una obligación contraída para con un francés.

" La afirmativa, que contaba con muchos partidarios en el derecho antiguo, también se ha sostenido bajo el imperio del derecho moderno.

" La jurisprudencia más reciente acepta, empero, la doctrina contraria; y juzgamos, en verdad, que hay fundamentos para decir con la corte de Casación, qui si un francés contrata con un gobierno extranjero, se sujeta á las leyes de hacienda y á la jurisdicción, administrativa ó judicial de ese gobierno. " (I. 251 bis.)

(18) La disposición del art. 14 (*a*) puede alegarse así contra las personas civiles como contra las personas físicas, especialmente contra las sociedades ó compañías, y aunque no hubieren sido reconocidas en Francia.

" Pero el artículo no se aplica á los gobiernos extranjeros, que no pueden ser citados ante los tribunales franceses, exigiéndoles el cumplimiento de las obligaciones que hubieren contraído para con un francés. " (VIII. § 748 bis n. I°.)

(19) " Los autores que han escrito sobre el derecho internacional moderno, investigan si el privilegio concedido á los súbditos de una nación, de citar á los extranjeros ante los jueces de la misma, es aplicable cuando la obligación materia de la controversia se ha contraído por un príncipe extranjero. A este respecto preséntase á primera vista una distinción: ó la obligación se ha contraído por el príncipe como individuo, y en ese caso la competencia de los tribunales del Estado es evidente, porque cuandoquiera que el príncipe obra por su interés privado, como mero particular, ha contratado en los límites trazados á todos los ciudadanos; y debe, en consecuencia, como cualquier otro, sujetarse á la jurisdicción de nación extranjera. De lo cual se deduce que puede pronunciarse sentencia contra sus bienes, y embargarlos de la misma manera que los de un mero particular..... Pero si el príncipe ha tratado como jefe de su gobierno y por la cosa pública, parécenos difícil aceptar la misma solución, porque el interés privado cede al interés público, y hubiera muchos peligros en sujetar á meros jueces la solución de controversias políticas de que nacerían debates de esa especie. Al gobierno de su nación es á quien debe dirigirse el ciudadano que quiera obtener el cumplimiento de obligaciones contraídas por el jefe de gobierno extranjero. El asunto debe gestionarse por la vía diplomática; la cual es, á no dudarlo,

(a) Art. 14. L'étranger, même non résident en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

more, (20) Calvo, (21) opinan que el Estado no se halla sujeto á ninguna jurisdicción extranjera.

Otros escritores y publicistas no menos notables, como Demangeat, (22) Baudry-Lacantinerie, (23) Lau-

---

la mejor para obtener un resultado. Eso es incontestable en un siglo como el nuestro, en que la razón y la justicia son las primeras reglas que rigen á los gobiernos en sus relaciones recíprocas." (Droit civil. 295.)

(20) "Bynkershoek, y Martens, que adoptá su parecer, no distinguen entre los muebles y los inmuebles que pertenecen como propiedad privada de un soberano extranjero; y conforme á la razón y á las sentencias de los tribunales holandeses, su parecer parece fundado.

"Debe admitirse, empero, que la cortesía (*comitas*) de las naciones ha adoptado esta distinción, la cual puede contarse, con apoyo de eminentes jurisconsultos, entre las reglas del derecho positivo.

"No muchos años antes que Bynkershoek escribiese su tratado de FORO LEGATORUM, el rey de Prusia fue citado ante la Corte de Holanda como reo en cuanto á la sucesión del Príncipe de Orange.

"Compareció en juicio, y apeló á la Corte Suprema del Senado, ante la cual, según parece, no prosiguió ni abandonó la apelación, y sin embargo alcanzó buen éxito, pues se revocó la sentencia. Probablemente en este caso los bienes eran muebles é inmuebles.

"La práctica de los tribunales ingleses, fundada en la equidad ó en el derecho consuetudinario (*common law*) se manifiesta á favor de la exención privilegiada de los soberanos en cuanto atañe á los contratos privados." (II. CIX.)

(21) "Un uso no menos general é invariable extiende á las materias civiles la exterritorialidad de los soberanos, salvo en los asuntos y los contratos que no afectan en nada su capacidad pública ó política y en los cuales obran personalmente como personas privadas." (III. § 1461.)

(22) "La doctrina formulada aquí por M. Foelix se declaró solemnemente el 22 de enero de 1849. La Corte de Casación anuló un fallo en que la Corte de Pau había declarado válido un embargo efectuado á solicitud de un francés acreedor del Gobierno español. La Corte de Casación expuso que la Corte de Pau había violado el principio de derecho de gentes que reconoce la independencia de los Estados, incurrido en arrogación de atribuciones, y aplicado erróneamente y por consecuencia violado el art. 14 del Código de Napoleón. Desgraciadamente son meras afirmaciones que de ninguna manera se demuestran; porque, lo decimos con lisura, de los diversos fundamentos de la Corte Suprema, ninguno puede resistir al examen atento del jurisconsulto cuya inteligencia no se halle preocupada por no sé qué perturbaciones políticas." (Anotaciones á Foelix. I. 212.)

(23) "Se comprendería que para resguardar en cuanto sea po-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

rent, (24) Massé, (25) aseveran que si el Estado ha contraído

---

sible la soberanía de un Estado, no pueda citársele nunca ante una jurisdicción extranjera. Pero nótese que ese principio no es admitido por nadie de una manera tan absoluta: admítese, al contrario, que las controversias relativas á los inmuebles que en Francia posee un Estado extranjero son de la competencia de nuestros tribunales. Esta decisión suscita ya dudas sobre el principio mismo. Efectivamente, ¿cómo se menoscabaría la soberanía de un Estado si el cumplimiento de las obligaciones que ha contraído pudiera exigirse ante otros jueces que los que él mismo ha establecido? ¿Y por qué podrían esos jueces juzgar de los actos que ha ejecutado como propietario, y no de las obligaciones como deudor? No comprendemos la razón de tal diferencia. Como deudor y como propietario, un Estado puede ser, á este respecto, de la misma condición que un particular: su soberanía, esto es, su poder político, no es lo que se controvierte. Ella podría, sin duda, tener interés en que se contrajese la deuda para las necesidades del servicio público; no lo tiene cuando se trata del pago y de todo cuanto á este se relacione. Asimismo es indudable que las rentas del Estado se resentirían de las consecuencias de la condena pronunciada contra él por jueces extranjeros; pero lo propio sucedería si la condena se pronunciara por los jueces nacionales; y en todo caso ella no es sino la consecuencia natural de obligaciones talvez muy onerosas; pero que no han dejado de contraerse. Los jueces llamados á conocer en la demanda deberán, es verdad, aplicar las leyes fiscales de tal Estado, y decidir si los funcionarios que se obligaron procedieron dentro de los límites de sus atribuciones. ¿Y por qué no cumplirían ese deber? ¿No es cierto que se limitaran, como en otros casos, á la aplicación de las leyes extranjeras?" (I. 657.)

(24) "El Estado es una persona civil, esto es, puede ejercer los derechos privados que pertenecen á los particulares. Así, es propietario, adquiere y posee bienes; frecuentemente tiene necesidad de contratar, y, por consecuencia, se convierte en acreedor ó deudor. Los actos que el Estado ejecuta como persona civil no difieren, en su esencia, de los que ejecutan los particulares: una venta no cambia de naturaleza porque el Estado figure en ella como comprador ó vendedor, y las obligaciones son unas mismas cuando el Estado las contrae. Luego las relaciones son relaciones de derecho y de interés privado; y toda idea de poder ó de soberanía es ajena á los actos que el Estado ejecuta como persona privada. Cuando el Estado interviene en un litigio como acreedor ó deudor, la soberanía no se controvierte, y el Estado ejerce los derechos de un particular; por lo mismo es un particular cuyos derechos determinan los tribunales, y á él es á quien condenan á pagar; no es á un soberano ni á un poder de la soberanía.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

obligaciones en calidad de *persona jurídica*, los tribunales extranjeros son competentes para condenarle.

De ahí que los tribunales del Estado son competentes para intervenir en el litigio; á tratarse de un acto de soberanía fueran incompetentes, porque el Estado es soberano en su esfera, como poder ejecutivo, y el poder judicial no puede fiscalizar los actos del poder ejecutivo; como poder, el gobierno no responde de sus actos sino cuando está comprometida la responsabilidad ministerial.

" Si los tribunales del Estado son competentes para conocer en un contrato celebrado por el Estado, ¿por qué no serían competentes los tribunales extranjeros? Ellos citan, no á un Estado extranjero, soberano, independiente; juzgan los derechos de una persona civil, cuyos derechos privados se exigen por el Estado ó contra él como mero particular. Los tribunales franceses deciden todos los días los litigios en que interviene un extranjero; el litigio es idéntico cuando un Estado extranjero intervienne en él como persona jurídica; un particular es actor ó reo, bien la persona sea natural ó jurídica. Nunca se le disputa á un Estado extranjero el derecho de comparecer en juicio como actor; si puede perseguir á su deudor ante los tribunales franceses, sin que su soberanía se altere ni comprometa, ¿porqué no pudiera ser citado como deudor? Sujétase á la decisión del juez así en calidad de actor, como de reo; ¿por qué singular metamorfosis conservaría su soberanía si fuese actor, al paso que se violaría ella si fuese reo? Como actor, puede perder el litigio y ser condenado en costas; hay más, está sujeto á demandas reconvencionales, á excepciones; puede ser condenado; todo lo cual se verifica sin perjuicio de su soberanía; y esas mismas condenas pronunciadas contra un Estado extranjero como reo, serían un atentado contra su poder soberano!.. El Estado triunfa en primera instancia, el reo apela. Hé aquí el Estado convertido en reo. ¿Inhibiráse el tribunal de apelaciones? En un mismo asunto, ¿será la justicia incompetente y competente? Hé aquí una serie de contradicciones y de imposibilidades jurídicas. Deduzco, pues, que los tribunales son competentes cuando el Estado procede como persona jurídica, ya sea actor, ya reo. " (D. C. I. III. 48.)

(25) Si el agente diplomático no puede ser citado ante los tribunales franceses, como mero particular, ¿ puede serlo como representante de un soberano extranjero, para contestar las demandas que se deduzcan contra ese soberano, y contra su gobierno? Esta cuestión se refiere á otra más general, á saber, si los gobiernos extranjeros pueden ser citados ante los tribunales franceses á causa de las obligaciones que han contraído hacia un francés.

" Los tribunales han decidido casi siempre negativamente; y los autores están discordes.....

" La dificultad del problema consiste en si un gobierno extran-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Según estos escritores cuando los jueces de un Estado conocen en los litigios en que otro Estado es reo; se trata,

---

jero puede ser citado ante los tribunales franceses á causa de las obligaciones que ha contraído para con un francés, contratando con él como un francés hubiera contratado con un particular extranjero; bien por empresas de trabajo ó de provisiones, bien por préstamos.

" La única sentencia pronunciada al respecto, por la Corte de Casación, es de 22 de enero de 1849. Se demandó el pago á causa de una venta de calzado hecha por negociantes de Bayona al gobierno español. La Corte de Pau había reconocido la competencia de los tribunales franceses : ' Considerando que la soberanía y la independencia respectiva de los gobiernos entre sí es ajena en todo á la litis '.... Pero la sentencia fue anulada, ' considerando que la independencia recíproca de los Estados es uno de los principios más universalmente reconocidos por el derecho de gentes; que de ese principio se deduce que un gobierno no puede estar sujeto, en cuanto á las obligaciones que ha contraído, á la jurisdicción de un Estado extranjero; que en efecto la jurisdicción que pertenece á cada gobierno para juzgar las controversias provenientes de los actos que él ejecuta es un derecho inherente á su autoridad soberana, el cual no podría ejercer otro gobierno sin exponerse á alterar sus respectivas relaciones'. En estos mismos fundamentos se apoyan las sentencias de las Cortes de apelación que han resuelto la controversia en el propio sentido.

" Pero, ¿en qué atañe á la independencia de un Estado que contrata como particular, que debe como un particular debería, que un juez extranjero decida si debe ó no debe? El contrato que ha celebrado con un extranjero á quien compra ó de quien recibe á mutuo, no es un acto de soberanía, porque él no podía compeler á la otra parte á venderle ó prestarle; el tribunal, sea cual fuere, que le condene á pagar, no compromete, pues, una soberanía que no se disputa : condena á un deudor. La soberanía del Estado ó del Gobierno á quien se condena no tiene que ver en la controversia sino cuando se trata de poner en ejecución el fallo en su propio territorio; y entonces al gobierno ó á sus tribunales corresponde conceder ó denegar la ejecución. Pero si se trata sólo de ejecutar la sentencia en el territorio del juez que la ha expedido, por ejemplo por medio del embargo de los bienes que el gobierno deudor posee en él, no se ve cómo pudiera lastimarse la soberanía de ese gobierno. M. Ch. Vergé en una consulta sobre este problema dice : Cuandoquiera que uno de nuestros nacionales exige de un gobierno extranjero ejecute un acto que no es de soberanía sino un contrato, la calidad de soberano no absorbe la de contratante, y no le liberta al coobligado de la jurisdicción de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

no de los actos que el Estado ejecuta en ejercicio de la soberanía, sino meramente de las obligaciones que ha contraído como *persona jurídica;* y en tal caso no se menoscaban su dignidad é independencia, si los tribunales de otro le condenan á cumplirlas.

El argumento presentado en tal aspecto, y sostenido por la vehemente elocuencia de Laurent, fascina mientras no se observa la esencia misma de las cosas. Los publicistas aceptan el principio inconcuso de que las relaciones entre los Estados se fundan exclusivamente en la ley natural, porque si prescindimos de los tratados y de las reglas reconocidas por el derecho internacional consuetudinario, los Estados se hallan unos respecto de otros como los individuos á quienes no liga ningún vínculo de subordinación. Ahora bien, si los Estados, como del todo independientes, no reconocen superior que dirima sus diferencias, ¿cómo puede un Estado declarar que otro ha contraído obligaciones, y expedir un fallo que en cuanto al reo pase en autoridad de cosa juzgada? En el acto mismo de citar una nación á otra para que comparezca en juicio, ¿no declara que la segunda le está subordinada?

Alégase que la práctica de todas las naciones ha establecido la regla absoluta de que sus tribunales tienen jurisdicción para conocer en los litigios que contra el Estado se susciten; que entonces en nada se menoscaba la dignidad del Estado, y que por consecuencia tampoco se menoscabaría ella si un tribunal extranjero conociese en los litigios contra la persona jurídica llamada Estado. Increíble es que jurisconsultos tan perspicaces como Demangeat, Massé y Laurent no hubiesen conocido á primera vista la enorme, inconmensurable diferencia entre los dos casos.

---

los tribunales, que es la única garantía de toda obligación reconocida por la ley. Los gobiernos, cuando tratan, como persona jurídica, con individuos particulares, tienen jueces aún en su nación, y por tanto, según el art. 14 del Código civil pueden ser citados por los tribunales franceses si han contraído obligaciones para con un francés.

"Esta opinión, que en nuestro concepto debe seguirse, es la única que se halla de acuerdo con el orden actual de las relaciones exteriores." (I. 685 quater.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Cuando el Estado, en virtud de sus instituciones, se considera á sí mismo, ya como soberano, ya como *persona jurídica* que puede celebrar contratos con los particulares, y atribuye al poder judicial el conocer en los litigios que se susciten contra tal *persona jurídica;* limítase éste á ejercer las atribuciones que el poder constituyente ó el poder legislativo le han conferido. En una palabra la jurisdicción que el poder judicial de cada pueblo ejerce sobre la *persona jurídica* llamada *Estado,* no depende sino de las *instituciones del mismo Estado.*

Pero las cosas cambian del todo cuando al Estado se cita como á reo ante los tribunales extranjeros; entonces la nación á que pertenecen esos tribunales se juzga autorizada para investigar cómo ha procedido otro Estado independiente y soberano, y se constituye en superior cuando le condena á cumplir obligaciones.

Además, es otro principio de derecho internacional que los Estados, en sus relaciones recíprocas, no se consideran sino como *personas internacionales,* sin distinguirse los actos del poder legislativo, ejecutivo ó judicial, ni los que el Estado ejecute como soberano ó como persona jurídica.

Si el Estado es independiente, sin reconocer ningún superior, en cuanto á sus actos de gobernación ó de policía, ¿por qué no lo será cuando se trata de su proceder como *persona jurídica?*

Cada Estado tiene abiertos á los extranjeros todos sus tribunales, aun para las reclamaciones provenientes de los contratos que él hubiere celebrado; y si hay denegación de justicia ó un fallo notoriamente injusto, entonces, en virtud de la protección que cada Estado debe á los nacionales, se emplean reclamaciones diplomáticas, y á no tener éstas buen éxito, apélase á los demás medios que el derecho internacional determina.

La Corte de Casación de Francia, inspirada siempre por la justicia y los principios, ha declarado (como lo hemos visto en las notas) que los tribunales carecen de jurisdicción para intervenir en los litigios suscitados contra un Estado extranjero.

188. Acaso sea oportuno observar que cuando los tribunales de una nación conocen en los litigios que contra el

Biblioteca Nacional Eugenio Garzón

fisco de la misma se susciten, la competencia se limita á declarar la obligación, y que no pueden dictarse providencias conducentes á compeler al Estado al cumplimiento de las obligaciones por la vía de apremio. Atendiéndose á la existencia misma del Estado, las leyes de cada uno determinan cómo procede el poder ejecutivo á la distribución de los bienes y de las rentas nacionales; esas leyes son esencialmente de derecho público, y por lo tanto no pueden alterarse en beneficio de los particulares. (26)

---

(26) Si bien Laurent sostiene, como ya lo hemos visto, que los tribunales de cada nación son competentes par conocer en los litigios contra un Estado extranjero; en cuanto al derecho de embargar y vender sus bienes se expresa en los siguientes términos: "Al comenzar esta discusión he manifestado que según práctica uniforme é incontestable, las sentencias expedidas contra el Estado, las municipalidades ó establecimientos públicos, no pueden ejecutarse en los bienes del Estado y de las personas jurídicas por medio del embargo, y que por consecuencia no eran embargables los créditos que les pertenecian. Como lo dice muy bien la Corte de Casación, la liquidación, comprobación y pago de los créditos contra el Estado, se efectúan según las leyes fiscales y por la vía administrativa. Los juicios ejecutivos son incompatibles con la gestión del patrimonio que pertenece á las personas jurídicas de derecho público, y principalmente al Estado. Entonces el derecho público prevalece necesariamente sobre el derecho civil; pues se trata de la independencia de los poderes soberanos. Las decisiones de los tribunales no pueden alterar el régimen fiscal del Estado, embargando bienes ó sumas de dinero que forman parte de su capital ó de sus rentas. Si esto es aplicable á las relaciones de régimen interior entre el Estado y sus acreedores, también lo es entre el Estado y sus acreedores extranjeros; los cuales, al contratar con un Estado, saben que no puede ejercer sus derechos por la vía de apremio; se someten á la lentitud administrativa, y, en su caso, á las dificultades rentísticas del Estado con quien contratan. Si el Estado deudor no paga, los acreedores no tienen otro medio que el de acudir á la intervención de su gobierno, cuya protección nunca falta á los nacionales." (D. C. I. III. 51.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

II

De los Agentes Diplomáticos. (*)

189. Si bien el derecho internacional moderno es el que ha fijado las reglas concernientes á los agentes diplomáticos, la práctica de enviarlos se conoció en Grecia y Roma.

En la edad media fue cuando la diplomacia comenzó, en Italia, á ser practicada como arte y enseñada como ciencia por diplomáticos propiamente dichos. (27) La diplomacia, que hasta entonces había participado de la sencillez de los tiempos, se convirtió en arte de sutileza é intrigas y en instrumento de una política egoísta.

En el siglo XV la caída del Imperio bizantino, la invención de la imprenta y de la pólvora, el descubrimiento de América, las guerras religiosas, compelieron á los gobier-

---

(*) Grocio. II. XVIII.—Vattel. IV. V-IX. §§ 55-127.—Bynkershoek. De Foro Legatorum.—Wicquefort.—L'Ambassadeur.—Merlin. Ministre public.—Dalloz. Agent diplomatique.—Foelix. I. 209-221.—Heffter. §§ 198-240.—Wheaton. III. I.—(H). p. 49. 52. 62.—Martens. II. §§ 185-248.—Klüber. §§ 166-230.—Massé. 685 ter.—Kent. I. II. 7.—IX. 2.—Stephen's (Blackstone's). II. p. 476. n. I.—Bluntschli. 135-153. 159-240.—Phillimore. II. CXIV-CCXLII.—Fiore. II. I. Cap. I-IX. p. 539-607.—Calvo. III. 1310-1367. 1451-1453. 1480-1549.—Laurent. (D. C. I.) III. 1-25. 59-88.—Pradier-Foderé. III. 1225-1591.

(27) " Puede afirmarse que en Italia fue donde primeramente se enseñaron la diplomacia y el arte de las negociaciones. El sutil ingenio de la nación italiana se desarrolló en las luchas y en las intrigas políticas de los Estados de la Península. Florencia, Venecia y Roma produjeron, en los siglos XIV, XV y XVI, infinidad de diplomáticos consumados. La república de Florencia empleó en legaciones á los mas ilustres y á los más instruídos de sus ciudadanos. Puede mencionarse cinco de los literatos más afamados de Toscana : Dante, Petrarca, Bocacio, Guicciardine y Maquiavelo (el más notable de todos como estadista), á quienes encomendó esta república las más importantes y difíciles legaciones. " (Wheaton. H. I. p. 62.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nos á continuas negociaciones, y dieron nueva impulsión á la diplomacia.

Los Reyes de Francia crearon, en el siglo XVI, el cargo de ministro de relaciones exteriores.

Unos opinan que el Cardenal de Richelieu (28) fue quien estableció el sistema de las legaciones permanentes, y otros lo atribuyen á Fernando el Católico. (29)

190. Entre los atributos esenciales de la soberanía se cuenta el derecho de legación; esto es, la facultad de enviar agentes diplomáticos que representen al Estado, y cultiven las relaciones de armonía y amistad entre los pueblos. (30)

---

(28) " Créese que el Cardenal de Richelieu inauguró el sistema de las legaciones permanentes. En esta misma época Europa envió legaciones á comarcas que hasta entonces no se habian contado entre las naciones civilizadas : Rusia, Persia, Siam y otros paises del extremo oriente. " (Calvo. III. § 1311.)

(29) " La importancia de los asuntos interiores no obstaba á que Fernando é Isabel vigilasen atentamente los exteriores. Los conflictos provenientes del régimen feudal ocupaban tanto á la mayor parte de los príncipes hasta fines del siglo XV, que les impedian aún mirar á los otros Estados. Entonces se mitigó en breve este sistema. Pero Luis XI fue acaso el primer monarca que manifestó interés por la política de Europa. Informábase de ésta por medio de agentes secretos, á quienes rentaba. Fernando obtuvo un resultado análogo por el medio más honorable y expedito de las legaciones permanentes; práctica que, según se dice, fue él quien estableció, y que ha facilitado en extremo las relaciones comerciales, y ha perpetuado la buena armonía entre las naciones, acostumbrándolas á dirimir sus diferencias por las negociaciones diplomáticas más bien que por la espada. " (Prescott. Ferdinand and Isabella. I. p. 146-147.)

(30) " Todo Estado soberano tiene derecho á enviar y recibir ministros públicos; pues son los agentes necesarios para los asuntos que entre si tienen los soberanos y para la comunicación que deben conservar. " (Vattel. IV. I. § 57.)

" Todo soberano tiene el derecho indisputable de enviar ministros públicos á las otras potencias para la gestión de los asuntos de Estado. Sólo él puede conferirles el carácter oficial. Ningún ciudadano, por importantes ó considerables que sean por otra parte su importancia y sus prerrogativas, goza de ese derecho. " (Heffter. § 200.)

" Todo Estado independiente tiene derecho á enviar mi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Hay perfecto derecho para enviar agentes diplomáticos, y ninguna nación está obligada á ello. Pero la cortesía internacional ha establecido, á este respecto, una especie de obligación recíproca entre los Estados; y así como las relaciones diplomáticas cultivadas por medio de los ministros públicos (31) es seguro indicio de paz y amistad, de la misma manera puede mirarse como signo de hostilidad ó desacuerdo la falta absoluta de tales relaciones.

Como el derecho de legación es inherente á la soberanía, síguese que no puede ejercerse por un Estado que depende de otro. Así, por ejemplo, la constitución de los Estados Unidos de América prohibe que cada Estado envíe legaciones sin el consentimiento del Congreso federal. (32)

El derecho de legación pertenece en cada Estado á la autoridad que al efecto la ley fundamental designa. En Chile y en el Ecuador se atribuye (33) al Presidente de la República el enviar agentes diplomáticos y dirigir los tratados ú otras negociaciones.

---

nistros públicos y á recibir los que le envíen los otros Estados. " (Wheaton. III. I. § 2.)

" Cada Estado, como soberano, puede enviar ministros públicos que son los agentes para las mutuas relaciones entre los Estados. " (Bluntschli. 159.)

(31) " Ningún Estado, estrictamente hablando, tiene según el derecho positivo internacional, el deber de enviar ó recibir ministros públicos, aunque el uso y la cortesía de las naciones parece que ha establecido un deber recíproco á este respecto. Pero es evidente que esta no es sino una obligación imperfecta, y que puede modificarse entre diferentes Estados por tratados internacionales. " (Wheaton. III. I. § 2).

(32) Los Estados Unidos de Norte-América, en su constitución federal, confieren el derecho de embajada á cada Estado con el consentimiento del Congreso. " (Phillimore. II. CXIX.)

(33) "Son atribuciones especiales del Presidente. . . . .

" 6ª Nombrar y remover á su voluntad, ... á los Ministros diplomáticos, á los Cónsules y demás agentes exteriores. . . . .

" El nombramiento de los Ministros diplomáticos deberá someterse á la aprobación del Senado, ó, en su receso, al de la Comisión conservadora. " . . . (Constitución de Chile. art. 73.)

" Son atribuciones y deberes del Poder Ejecutivo. . . . .

" 5º Nombrar y remover á los agentes diplomáticos, de acuerdo con el Consejo de Estado. " . . . (Constitución del Ecuador. art. 94.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

191. En cuanto á lo de recibir agentes diplomáticos, se distinguen tres casos :

1°. Si en general un Estado debe recibir legaciones :

2°. Si debe recibir un agente diplomático determinado :

3°. Si debe recibir legaciones permanentes.

El derecho internacional ha resuelto el primer punto afirmativamente. Los Estados deben recibir agentes diplomáticos; pero, en casos muy excepcionales, pudiera el soberano darles audiencia en los límites del territorio. (34)

No está obligada la nación á recibir como agente diplomático un individuo determinado; pero la práctica de los Estados exige que la negativa se funde en razones de mucho peso. (35) Para evitar dificultades, en punto tan de-

---

(34) " Como las naciones están obligadas á comunicarse entre sí, á escuchar las proposiciones que se les hagan y á conservar un medio libre y seguro de entenderse y de conciliarse en sus diferencias; un soberano no puede, sin razones muy especiales, denegarse á admitir y escuchar al ministro de una potencia amiga con quien está en paz. Pero si hay razones para no recibirle en lo interior del Estado, se destinará un lugar en la frontera, donde se escucharán sus proposiciones; y el ministro extranjero debe detenerse ahí : basta que se le escuche; es todo lo que puede pretender. " (Vattel. IV. V. § 65.)

" La opinión más razonable consiste en que el Estado debe dar audiencia al embajador, y, excepto las más extraordinarias circunstancias, á recibirle con tal objeto en su territorio y corte.

" Pero si existen tales circunstancias, debe determinarse un lugar (Vattel indica la frontera) donde debe recibirse el mensaje del embajador.

" Un Estado puede sospechar que se le envíe un embajador con siniestros propósitos, ó de acuerdo con una tercera nación con un objeto no conveniente, como, por ejemplo, la reconciliación con otro Estado. En estos casos, EX EO ON QUOD MITTITUR, puede rehusar el embajador. " (Phillimore. II. CXXXIII.)

" A causa de los vínculos de solidaridad entre los Estados, cada uno debe recibir los agentes diplomáticos que los otros le envían. No podrá contravenirse á esta regla sino por razones excepcionalmente graves. " (Bluntschli. 163.)

(35) « De la discreción del Estado depende denegarse á recibir agentes diplomáticos; pero no se trata de una discreción absolutamente arbitraria. En alguna razón debe fun-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

licado, el soberano determina casi siempre de antemano la persona á quien va á enviar como agente diplomático.

Si bien según el derecho estricto no es obligatorio recibir legaciones permanentes, su uso se halla tan generalmente aceptado, que si una nación se denegase á ello, incurriría en la censura y acaso en la enemistad de las otras naciones. (36)

---

darse la negativa. ' NON ENIM ', dice Grocio, ' OMNES ADMITTI PRAECIPIT GENTIUM IUS, SED VETAT SINE CAUSA REJICI '. " (Phillimore. II. CXXXIV.)

" Cada Estado puede rehusar recibir los enviados ó agentes cuya personalidad no le convenga.

" Un Estado puede también denegarse á recibir un agente contra quien no tenga ninguna objeción personal que formular, cuando ese agente esté encargado de una misión que atente á los derechos ó á la honra del Estado que le recibiría. " (Bluntschli. 164. 165.)

" Todo Estado puede rehusar recibir agentes diplomáticos, fundándose en el carácter personal del agente que se le envía, en la naturaleza y extensión de las atribuciones que ejerciera. Lo cual se ha verificado muchas veces, principalmente en cuanto ó los legados pontificios, á quienes la corte de Roma confería atribuciones incompatibles con la constitución y las leyes civiles de los Estados donde debían residir. " (Calvo. III. § 1324.)

(36) " La obligación no se extiende á permitir en cualquier tiempo ministros permanentes que se propongan residir en el Estado, aunque no tengan nada que negociar. Es natural, á la verdad, y muy conforme á las relaciones mutuas entre los Estados, recibir amigablemente ministros permanentes cuando su residencia no inspire temor. Pero si alguna razón fundada se opone á ello, el bien del Estado prevalece sin dificultad, y el soberano extranjero no debe ofenderse si se le insinúa que retire á su ministro, cuando han terminado los asuntos que le habían traído, ó cuando no hay ningún otro de que tratar. La costumbre de que residan en los otros Estados ministros permanentes se halla hoy tan establecida, que es preciso alegar razones fundadas para denegarse á observarla sin ofender á nadie. " (Vattel. IV. V. § 66.)

" La residencia permanente de una legación, estrictamente hablando, es materia de cortesía (comitas) y no de *derecho estricto*.

" Pero una costumbre inveterada y universal ha incorporado en la práctica de las naciones el permiso de la residencia continua, y de ahí que la grave descortesía de rehusarla requiere razones

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

192. Algunas rehusan recibir á sus súbditos como agentes diplomáticos, y entre ellas se cuentan los Estados Unidos de la América del Norte.

Recibido como agente diplomático un ciudadano del Estado, goza de todas las inmunidades y privilegios que el derecho internacional concede á los ministros públicos.

193. Si una nación estuviere en guerra civil, el derecho internacional prescribe que las otras observen, en cuanto á las legaciones, las siguientes reglas :

1ª. Prescindir absolutamente de la revolución de los súbditos de un Estado contra el Gobierno :

2ª. Cuando hay propiamente guerra civil y dos partidos que mutuamente se disputan el imperio de la nación, los otros Estados ó bien continúan las relaciones diplomáticas con el gobierno constituído, ó bien conservan relaciones oficiales con ambos partidos, ó bien prescinden, en cuanto sea posible, de las relaciones con tal Estado :

3ª. Cuando se envía agentes diplomáticos al gobierno de hecho, se le reconoce implícitamente; lo cual puede acarrear graves conflictos con el gobierno constituído si éste llegare á vencer en la guerra civil.

Se ve, pues, que las relaciones diplomáticas con un Estado que se halle en guerra civil dependen de la prudencia y circunspección de los otros Estados, y que reconocer al gobierno rebelde puede originar conflictos. (37)

---

incontestables para su justificación, y colocaría la negativa en tal actitud hacia el otro Estado, que se aproximaría á una declaración de hostilidades.

"Grocio, á la verdad, dice : '*Optimo autem iure reiici possunt quae nunc in usu sunt legationes assiduae, quibus quam non sit opus, docet nos antiquitas cui illae ignoratae.*' Pero recuérdese que desde tal opinión el uso de dos centurias ha dado un carácter, que se aproxima á las leyes positivas, á la institución de las legaciones permanentes. " (Phillimore. II. CXXXIX.)

(37) " In bellis vero civilibus necessitas interdum locum huic iuri facit, extra regulam, puta cum ita divisus est populus in partes quasi aequales, ut dubium sit ab utra parte stet ius imperii; aut cum iure admodum controverso de regni successione duo decertant, nam hoc eventu gens una pro tempore quasi duae gentes habetur. " (Grocio. II. XVIII. § II.)

" En caso de revolución, guerra civil ú otras contiendas por la

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

194. Cuando entre dos naciones independientes hubiere guerra, uno de los efectos de ésta consiste en que cesen entre ellas las relaciones diplomáticas. Pero aun entonces el derecho internacional obliga á recibir agentes diplomáticos

---

soberanía, aunque, estrictamente hablando, la nación tiene el exclusivo derecho de determinar en quién reside la legítima autoridad, los Estados extranjeros deben necesariamente juzgar por sí mismos si reconocen el gobierno DE FACTO, enviándole y recibiendo embajadores; ó si continuarán las acostumbradas relaciones diplomáticas con el príncipe á quien pueden mirar como legítimo soberano, ó suspender las relaciones con aquella nación. Asimismo cuando un imperio se halla en guerra civil por la rebelión de una provincia ó colonia que declara su independencia, los otros Estados juzgan, atentas las circunstancias, si principiarán las relaciones diplomáticas con el nuevo Estado ó aguardarán para su reconocimiento el de la metrópoli. " (Wheaton. III. I. § IV.)

" El derecho internacional, estrictamente hablando, no se relaciona con los casos de rebelión. No hay duda que los súbditos rebeldes carecen de título al JUS LEGATIONIS en su comunicación con el soberano; pues falta el fundamento de ese derecho. Sin embargo, cuando la rebelión ha tomado cuerpo, ó por el número de los que en ella han tomado parte, su duración, la intensidad de la lucha, y otras causas; en tan espantosa magnitud de la guerra civil, los emisarios de ambas partes gozan de los privilegios de los embajadores en lo tocante á su seguridad personal. " IN HOC EVENTU ", dice Grocio, " GENS UNA PRO TEMPORE QUASI DUAE GENTES HABETUR ". La paz y el orden no pueden restaurarse, en tales circunstancias, el derramamiento de sangre no puede evitarse sino por medio de las negociaciones; las negociaciones deben efectuarse por negociadores, y éstos no pueden proceder sino garantizándose su seguridad personal. En cuanto al Estado mismo donde se ha originado la rebelión, debe ser cuestión de circunstancias, que no pueden definirse de antemano, si á los ciudadanos se les conceden los derechos de beligerantes ó se les castiga como á rebeldes. " (Phillimore. II. CXXX.)

" Puede preguntarse qué conducta deben observar los Estados extranjeros cuando surge una revolución ó guerra civil en un Estado donde los representan una legación permanente. ¿Pueden continuar sus relaciones con el antiguo gobierno, ó pueden principiarlas inmediatamente con el gobierno revolucionario? ¿Están, al contrario, obligados á seguirlas con ambos? Atendiéndose á los principios, como las relaciones políticas entre los Estados nacen del reconocimiento internacional de un gobierno, se puede decir que los Estados extranjeros deben prescindir de los hechos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

del otro beligerante, no para que residan en la nación, sino con el exclusivo objeto de oirlos. (38)

---

de insurrección, y de los gobiernos desprovistos de la sanción de la mayoría de los pueblos á quienes pretenden regir y de una constitución libremente aceptada, libremente discutida y promulgada. Cuando sobrevienen luchas intestinas que pueden poner en peligro los poderes públicos de un Estado, el primer deber de los gobiernos consiste en observar absoluta neutralidad, y en abstenerse completamente de todas las relaciones diplomáticas. Según el uso invariablemente seguido á este respecto, los agentes extranjeros continúan hasta nueva orden las relaciones con el gobierno ante quien se les acredita, ó no abren sino relaciones puramente oficiales con las autoridades, cualesquiera que sean, que los reemplacen de hecho. Las conveniencias internacionales exigen todavía mayor circunspección cuando se trata de guerras civiles que, en las confederaciones, desconozcan la soberanía misma del Estado. En tal caso, efectivamente, el enviar y admitir agentes diplomáticos envuelve el reconocimiento del gobierno rebelde, así como de su soberanía é independencia nacionales. " (Calvo. III. § 1323.)

(38) " Como la guerra es uno de los azotes más terribles, las naciones están obligadas á emplear los medios conducentes á terminarla. Necesario, pues, enviar unas á otras ministros públicos aun durante las hostilidades, para que propongan la paz ó los medios conducentes á moderar el furor de las armas. Es verdad que el ministro de un enemigo no puede venir sin permiso, y que debe pedirse para él un pasaporte ó salvoconducto, sea por un amigo común, sea por uno de los mensajeros privilegiados por las leyes de la guerra, esto es, por un corneta ó tambor. Cierto también que se pueda rehusar el salvoconducto y no admitir al ministro. Pero este derecho fundado en que cada nación debe proveer á su propia seguridad, no impide que se asiente como máxima general, que no debe rehusarse admitir y oir al ministro del otro beligerante; es decir, que la guerra por sí misma no es razón decisiva para denegarse á escuchar toda proposición del enemigo; y que para ello es menester alguna razón especial y muy fundada; como, por ejemplo, el temor razonable y justificado por la conducta de un enemigo artificioso, que no se propone enviar su ministro por hacer proposiciones, sino con el objeto de desavenir á los aliados, ó de engañarlos con apariencia de paz y aguardar la oportunidad de una sorpresa. " (Vattel. IV. V. § 67.)

" El hallarse dos naciones en guerra no las exonera del deber de recibir los embajadores de la otra, no para que residan, sino para oirlos. Puede ser necesario pedir pasaporte ó salvoconducto, por medio de un tercer Estado ó de un heraldo, y si es necesario pedirlo puede rehusarse; pero la negativa no ha de fundarse mera-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El Estado á quien se envía entonces el agente diplomático puede emplear todas las precauciones conducentes á que su venida no le ocasione perjuicios ni peligros.

El beligerante que se propone enviar agente diplomático, solicita salvoconducto por medio de heraldos ó de un ministro público de una nación neutral.

El salvoconducto determina la ruta que debe seguir el agente diplomático, y solo cuando éste observa las prescripciones en él puntualizadas, goza de los respectivos privilegios é inmunidades.

195. Los inconvenientes que la diversidad de idiomas acarrea, han manifestado la necesidad de adoptar, para las relaciones diplomáticas, una lengua en cierta manera neutral é inteligible á todos los pueblos. En la edad media se empleaba generalmente el latín para la redacción de las comunicaciones diplomáticas y de los tratados, y no son raros los casos recientes en que se ha empleado el mismo idioma: en latín se escribieron los tratados de Nimega, Utrecht, Viena y la cuadruple-alianza que se firmó en Londres en 1718.

En el siglo XV principió á usarse la lengua de cada nación para las relaciones diplomáticas. (39) Pero en el mismo

---

mento en el estado de guerra, porque mientras mayor es el mal, más exigente la obligacion que tienen las naciones de emplear los medios más propios para terminar la contienda, y especialmente aquellos más adecuados para detener ó suspender el derramamiento de sangre." (Phillimore. II. CXXXVIII.)

(39) "La lengua nacional reemplazó al latín en las negociaciones diplomáticas durante la segunda mitad del siglo XV. Entonces fue cuando se comenzó á escribir las credenciales, instrucciones y oficios en lengua toscana. Las comisiones ó credenciales eran cortas, y á menudo encerraban plenos poderes para negociar. Puede citarse, en cuanto á la fórmula observada en estas ocasiones, la comisión que se dió á Maquiavelo, en 1499, para su embajada á Forlí. A su Excelencia Señora Catalina Sforza Visconti y Monseñor Octaviano Riario, señores de Forlí y de Imola. Caros y grandes amigos, os enviamos, á Nicolás Maquiavelo, ciudadano de nuestra República y secretario de nuestro Consejo, el cual os dirá de nuestra parte muchas cosas, y os suplicamos que le deis pleno y entero crédito como si nosotros mismos hablásemos. Vale. Dada en nuestro palacio el 12 de julio de 1499." (Wheaton. (H) I. Pag. 66.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

siglo prevaleció el castellano á virtud de la preponderancia de España.

Desde los tiempos de Louis XIV se ha empleado el francés como el idioma de la diplomacia. Pero no se puede decir que este idioma sea oficial entre las naciones á causa de convenio expreso; antes al contrario cuando los tratados se han escrito en francés, las partes han hecho casi siempre las respectivas aclaraciones, como se ve en el art. 20 del acta del Congreso de Viena extendida en junio de 1815. (40)

A pesar de la preponderancia del francés, se acepta en nuestros días la regla de que cada nación emplee su idioma para tratar con las otras, y que traduzca lo escrito al idioma de aquella con quien se comunica.

196. El antiguo derecho internacional no estableció otra diferencia entre los ministros públicos que la proveniente de la naturaleza de sus funciones. Pero á medida que el número de éstos iba aumentándose, los cargos diplomáticos tenían más ó menos importancia, bien por el carácter del agente, bien por la clase de encargo que se le confería. De ahí las rivalidades personales que, á falta de una regla determinada, eran un manantial de desavenencias entre los soberanos.

Para evitarlas, el Congreso de Viena formó, en 19 de marzo de 1815 el *reglamento general* que divide los agentes diplomáticos en *tres clases:*

1ª *Embajadores, legados ó nuncios:*

2ª *Enviados, ministros ú otros agentes acreditados ante los soberanos:*

3ª *Encargados de negocios acreditados ante los ministros de relaciones exteriores.* (41)

---

(40) " Como se ha empleado sólo el francés en todas las actas del presente tratado, las potencias que en él han intervenido declaran que el empleo de este idioma no servirá de regla para lo venidero; de suerte que cada potencia podrá emplear, en las negociaciones ó convenciones futuras, el idioma que ha empleado hasta aquí en sus relaciones diplomáticas, sin que el actual tratado pueda citarse como ejemplo contrario á los usos establecidos. "

(41) " Para prevenir las dificultades que se han presentado y que podrían presentarse á causa de las pretensiones de precedencia entre los diversos agentes diplomáticos, los plenipoten-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El Congreso reunido en Aquisgran en 1818 completó la clasificación, formando de los ministros residentes una clase intermedia entre los agentes de la segunda clase y los encargados de negocios. (42)

---

ciarios de las potencias signatarias del tratado de Paris han convenido en los artículos que siguen, y juzgan que deben invitar á los representantes de las otras testas coronadas á que adopten el reglamento.

" ARTÍCULO PRIMERO. Los agentes diplomáticos se dividen en tres clases :

" La de los embajadores, legados ó nuncios :

" La de los enviados, ministros ú otros agentes acreditados ante los soberanos :

" La de los encargados de negocios acreditados ante el ministro de relaciones exteriores.

" ARTÍCULO SEGUNDO. Los embajadores legados ó nuncios son los únicos que tienen carácter representativo.

" ARTÍCULO TERCERO. Los agentes diplomáticos enviados en misión extraordinaria no tienen á ese título ninguna preeminencia.

" ARTÍCULO CUARTO. Los agentes diplomáticos de cada clase ocuparán entre sí el lugar que les corresponda según la fecha de la notificación oficial de su llegada. El presente reglamento nada altera en cuanto á los representantes del Papa.

" ARTÍCULO QUINTO. En cada Estado se determinará de una manera uniforme la recepción de los agentes diplomáticos de cada clase.

" ARTÍCULO SEXTO. Los vínculos de parentesco ó afinidad de familia entre las cortes no dan ninguna preeminencia á los agentes diplomáticos.

" Lo mismo se aplica á las alianzas políticas.

" ARTÍCULO SÉTIMO. En las actas ó tratados entre varias potencias que admiten la alternativa, la suerte decidirá entre los ministros el orden que debe seguirse en las firmas.

" El presente reglamento se insertará en el protocolo de los plenipotenciarios de las otras potencias signatarias del tratado de Paris en la sesión de 19 de marzo de 1815. "

(42) " Para evitar las desagradables discusiones que puede haber en lo sucesivo en cuanto á la etiqueta diplomática, no previstas en el anexo de la sesión de Viena según el cual se han arreglado las cuestiones de precedencia; se ha convenido entre las cinco cortes que los *ministros residentes* acreditados ante ellas formarán, respecto á la precedencia, una clase intermedia entre los ministros de segundo orden y los encargados de negocios. "

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los agentes diplomáticos se dividen desde entonces en *cuatro grupos ó categorías:*

1°. *Embajadores y legados ó nuncios del Papa:*

2°. *Enviados, ministros plenipotenciarios, ú otros agentes acreditados ante los soberanos:*

3°. *Ministros residentes, también acreditados ante los soberanos:*

4°. *Encargados de negocios acreditados ante los ministros de relaciones exteriores.*

197. Según el reglamento de 19 de marzo de 1815, los *embajadores*, *legados* y *nuncios* son los únicos ministros públicos que tienen verdadero carácter representativo, esto es, que representan la persona misma del soberano, su dignidad y grandeza. Conforme á este principio, los embajadores tuvieran derecho á las prerrogativas que se concederían al respectivo soberano; pero sobre este punto no hay regla fija establecida por el derecho internacional, y cada gobierno tiene su ceremonial y sus usos.

Entre los *legados* y los *nuncios* del Papa hay la diferencia de que los primeros son embajadores extraordinarios, encargados de misiones especiales más bien eclesiásticas que políticas, y representan al Papa como á cabeza de la Iglesia Católica Romana; al paso que los segundos son embajadores ordinarios ó residentes, que envía el Vaticano para que, representándole, den evasión á cualesquiera asuntos. (43)

Los *legados* son siempre cardenales; no se les envía sino á las naciones católicas que reconocen la supremacía espiritual del Papa, y se les llama *a latere*, porque el Padre Santo los separa de su lado para enviarlos. También hay legados llamados *missi* y otros *nati*. Los primeros

---

(43) " Los legados *a latere* son distintos de otra clase de agentes del Papa, llamados nuncios.

" Los legados *a latere* son enviados por el Papa á las naciones católicas romanas para ejercer, á su nombre, las funciones espirituales inherentes á su carácter de Jefe de la Iglesia.

" Los nuncios son embajadores enviados á las cortes para representar al Papa en la gestión de sus asuntos de cualquier clase que sean. " (Phillimore. II. CCXVI.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

desempeñan legación sin ser cardenales; los segundos son arzobispos á cuya sede es inherente la calidad de legado.

Los nuncios nunca son cardenales ni ejercen empleo permanente.

Son agentes diplomáticos de *segunda clase* los *enviados extraordinarios* y los *internuncios* del Papa.

La diferencia entre los agentes de segunda clase y los de la primera es muy difícil de precisar. La única diferencia razonable que puede establecerse entre las dos clases debe fundarse en las funciones. Las sutilezas imaginadas por algunos autores, que atribuyen á los agentes de primera clase una representación permanente y general del soberano, al paso que los de la segunda no tienen ese carácter sino transitoriamente y para algún objeto particular, es contraria á la realidad de las cosas. Parece, pues, que las dos primeras clases son exactamente iguales tanto en el carácter como en las atribuciones, y que no se distinguen entre sí sino por la gerarquía y por el título que se les confiere. (41)

En la *tercera clase* de los agentes diplomáticos se comprende á los *ministros*, los *ministros residentes* y los *ministros encargados de negocios*. Tiempo há se emplea la denominación de *residente* para designar á los embajadores que están en servicio permanente. Para prevenir susceptibilidades entre los agentes diplomáticos de las tres primeras categorías, y facilitar la solución de ciertos problemas internacionales, se inventó el título de ministros encargados de negocios.

---

(41) " Es de observar que las varias clases de ministros sólo pueden distinguirse por los honores que se les conceden; y, en realidad, esas divisiones según las cuales la diferencia de las órdenes depende del ceremonial son, estrictamente hablando, faltas de lógica.

" Porque si atento tal criterio de distinción se preguntase por qué el embajador goza de honores preeminentes á los del enviado, responderíase que aquél pertenece á la primera clase y éste á la segunda; y si volviera á preguntarse por qué el uno pertenece á la primera clase y el otro á la segunda, se respondería, porque el uno es embajador y el otro enviado. " (Phillimore. II. CCXXI.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La *cuarta clase* de los agentes diplomáticos no consta sino de los *encargados de negocios*, acreditados ante los ministros de relaciones exteriores.

198. Se llama cuerpo diplomático el conjunto de los agentes diplomáticos acreditados ante un mismo gobierno. El cuerpo diplomático no forma persona política ni se reune sino en ciertas ceremonias ó cuando se trata de formular principios de derecho internacional. (45)

El cuerpo diplomático es presidido por un decano, que es el ministro de clase superior, y cuando hay dos ó más de una misma clase, se atiende á la fecha en que la llegada del ministro se notificó oficialmente. En los pueblos católicos los nuncios del Papa presiden siempre al cuerpo diplomático.

El presidente no tiene otra prerrogativa que la de llevar la palabra á nombre de sus colegas.

199. Para proceder al desempeño de su cargo, los agentes diplomáticos deben llevar necesariamente *credenciales*, esto es, el instrumento en que se determina la categoría del agente diplomático, y se expresa que éste merece entero crédito en todo cuanto á nombre de su soberano exponga. De esta última circunstancia proviene que ese documento se llame credencial. (46)

---

(45) "El sistema moderno de legaciones permanentes se ha desarrollado en las diversas cortes de Europa desde el siglo XV, al mismo tiempo que esa política secreta ya bosquejada en la introducción, y que el sistema de los ejércitos permanentes. Conduce á la mutua vigilancia entre los Estados, á conservar su buena armonía y á la expedita gestión de los asuntos internacionales. Así es como se ha formado el *cuerpo diplomático* residente en las cortes y repúblicas. Esa expresión, según parece, fue inventada en 1714 por una dama de la corte de Viena." (Heffter. § 199.)

"El conjunto de los ministros públicos de toda clase acreditados ante un mismo gobierno, se designa con el nombre de *cuerpo diplomático*. Este cuerpo no es persona jurídica ni persona política; es el conjunto de personas completamente independientes unas de otras; pero es la imagen de la solidaridad de los Estados, y tiene derecho á formular las opiniones y los principios generales." (Bluntschli. 182.)

(46) "Entre las diversas clases establecidas por el uso, el soberano puede elegir la que confiere á su ministro, y declara su ca-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

200. Con frecuencia se le dan, además, al agente diplomático *instrucciones* escritas; las cuales si bien no sirven por lo regular sino como norma de su proceder, á las veces se destinan á ser comunicadas al gobierno ante quien es acreditado. (47)

---

ráeter en las *credenciales* que le entrega para el soberano ante quien es enviado. Las credenciales son el instrumento que autoriza y constituye al ministro en su carácter ante el príncipe á quien se dirigen. Si el príncipe recibe al ministro, no puede recibirle sino según la calidad que le confieran las credenciales. Son ellas á manera de procuración general, *mandato abierto*, MANDATUM MANIFESTUM. " (Vattel. IV. VI. § 76.)

" Todo ministro lleva regularmente (y sólo cuando se trata de una misión general y permanente) credenciales. El soberano que le envía comunica en ellas el objeto general de la misión al soberano ante quien es acreditado el ministro, suplicándole que dé entero crédito á todo cuanto diga el ministro de parte de su gobierno. Los agentes diplomáticos de tercera clase no reciben credenciales; van acreditados directamente por el ministro de relaciones exteriores á su colega extranjero. " (Heffter. § 210.)

" Cada agente diplomático, para ser recibido en tal carácter y gozar de los privilegios y honores inherentes á su clase, debe llevar *credenciales*. Si se trata de un embajador, enviado, ministro ú otro agente de las tres primeras clases, las credenciales se dirigen por el soberano del Estado al soberano de aquel á donde se envía al ministro. Mais si se trata de un encargado de negocios, las credenciales se dirigen por el ministro de relaciones exteriores al ministro de igual clase del otro gobierno." (Wheaton. III. I. § 7.)

(47) " Las *instrucciones* al ministro contienen el mandato secreto del soberano, las órdenes que el ministro debe obedecer y que limitan sus atribuciones. Serían aplicables ahora todas las reglas sobre la procuración ó mandato, público ó secreto. Pero podemos prescindir de pormenores, ya porque esto concierne en especial á los tratados, ya porque conforme á la práctica prudentemente establecida, las obligaciones que el ministro contrae no tienen fuerza si no se ratifican por el soberano. " (Vattel. IV. VI. § 77.)

" Desde el día de su nombramiento el ministro tiene el carácter público en cuanto al Estado á quien representa. *Las instrucciones* que recibe de su gobierno determinan la conducta que debe observar durante la misión, así respecto á la corte donde va á residir y los miembros del cuerpo diplomático, como al objeto mismo de su misión. " (Heffter. § 210.)

" Las *instrucciones* del ministro son únicamente para su proceder, y no para que se manifiesten al gobierno ante quien se le

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

201. También se confieren al agente diplomático *plenos poderes;* esto es, el instrumento en que consta el mandato que va á desempeñar. Hoy día no tienen tanta importancia como antes los plenos poderes; pues casi todas las constituciones prescriben que los actos del agente diplomático no sean obligatorios para la nación sino cuando ésta los hubiere ratificado. (48)

202. El gobierno que acredita al agente diplomático le confiere, por último, *pasaporte.* Si entre las dos naciones hay paz, el pasaporte es suficiente para que el agente diplomático, como tal, transite por el territorio del soberano ante quien se halla acreditado. Pero, como ya lo hemos

---

acredita: á menos que el gobierno le hubiese ordenado que las comunicara *in extenso* ó en la parte que juzgue conveniente manifestar. " (Wheaton. III. I. § 9.)

(48) " Sed et per hominem alterum obligamur, si constet de voluntate nostra qua illum elegerimus, ut instrumentum nostrum ad hoc speciatim, aut sub generali notione. Et in generali praepositione accidere potest, ut nos obliget qui praepositus est agendo contra voluntatem nostram sibi soli significatam: quia hi distincti sunt actus volendi unus quo nos obligamus ratum habituros quicquid ille in tali negotiorum genere fecerit; alter, quo illum nobis obligamus, ut non agat nisi ex Praescripto, sibi non aliis cognito. Quod notandum est ad ea, quae Legati promittunt pro regibus ex vi instrumenti procuratorii excedendo arcana mandata. " (Grocio. II. XI. § 12.)

" Todo ministro encargado de ciertos asuntos ó negociaciones debe llevar plenos poderes por escrito, que determinen el fin y los límites del mandato. Los plenos poderes constituyen la única base de la validez de los actos que el ministro ejecuta, mas no las instrucciones, destinadas sólo al ministro mismo, á menos que ellas expliquen el poder, y que deban presentarse. " (Heffter. § 210.)

" Algunas veces las credenciales confieren la facultad de principiar negociaciones; pero los plenos poderes para concluir y firmar tratados se confieren por documentos especiales designados con el nombre de *letras patentes.* Por lo regular los ministros enviados á un congreso de naciones no llevan sino estas últimas letras cuyas copias se cangean recíprocamente ó depositan en manos de una potencia mediadora, cuando no se entregan al ministro encargado de presidirlo. La fuerza de las obligaciones contraídas á virtud de los *plenos poderes* no es absoluta; pues, antes al contrario, se subordina al derecho de ratificación de los gobiernos. " (Calvo. III. § 1344.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

visto, en tiempo de guerra no puede transitar el agente diplomático sino con salvo-conducto concedido por el gobierno de la nación donde va á ejercer el cargo. (49)

203. Si el agente diplomático pertenece á una de las tres primeras clases, notifica oficialmente su llegada por medio del secretario al ministro de relaciones exteriores, enviándole copia auténtica de las credenciales, y solicita audiencia del soberano para entregárselas. Mas si el agente diplomático fuere mero encargado de negocios, él mismo notifica su llegada al ministro de relaciones exteriores, y pide que éste le conceda audiencia.

El ministro público es reconocido como tal desde el día en que notifica su llegada. —

En muchas naciones, y especialmente en las de Sud-América, subsiste la enojosa costumbre de entregar las credenciales en audiencia solemne. —

No es uniforme el ceremonial que se observa en la recepción de los agentes diplomáticos. A lo que exclusivamente debe atenderse es á prestarles las consideraciones y miramientos debidos á su elevado carácter. (50)

---

(49) " El ministro público que va á su destino en tiempo de paz, no necesita otra protección que un *pasaporte* de su gobierno. En tiempo de guerra debe llevar un salvoconducto ó pasaporte que, expedido por el Estado beligerante, le habilita para transitar con seguridad por el territorio. " (Wheaton. III. I. § 10.)

" En tiempo de paz le basta al agente diplomático llevar el pasaporte de su gobierno. En tiempo de guerra debe llevar un pasaporte ó salvoconducto (*sauf conduit, salvi conductis litteræ*) que le asegura la protección mientras viaja en el territorio del enemigo de su Estado. " (Phillimore. II. CCXXXI.)

" Aunque los ministros públicos no entren en el pleno goce de sus derechos y de sus inmunidades, sino cuando su recepción se verifica, se hallan sin embargo, á causa de su carácter, bajo la protección de las reglas generales del derecho internacional desde el instante mismo de su nombramiento. El pasaporte que se les confiere basta para que lleguen con seguridad al territorio de la nación á donde se les ha enviado. Sólo en tiempo de guerra deben llevar, además, un salvoconducto para transitar por el territorio enemigo sin temor de ser detenidos. " (Calvo. III. § 1316.)

(50) " No vamos á puntualizar los honores que se deban á los agentes diplomáticos; pues son cosas de pura costumbre. Sólo diremos en general que se les prestan las distinciones que el uso

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

204. Pasemos ya á tratar de las inmunidades y privilegios de los agentes diplomáticos.

Los publicistas más notables distinguen la *inviolabilidad* de la *exterritorialidad*. (51)

---

y las costumbres destinan á manifestar los miramientos debidos al representante de un soberano. Y debemos observar, en cuanto á las ceremonias usuales, que cuando una costumbre se halla tan establecida que da valor real á cosas indiferentes por su naturaleza y una significación determinada según la costumbre y los usos; el derecho de gentes natural y necesario obliga á observar esa costumbre, y proceder, respecto á ella, como si efectivamente tuviese la importancia que los hombres le dan. " (Vattel. IV. VI. § 79.)

" Exacto es, como lo observa Merlin, que no hay sino una sola regla general sobre la materia, á saber, que los ministros públicos deben ser tratados con las distinciones que la etiqueta y las costumbres de cada nación han determinado como muestra de la estimación que merecen.

" Debe recordarse que la costumbre puede dar importancia á una ceremonia que, si bien en sí misma indiferente, se ha convertido en significativa de la estimación que manifiesta el objeto de la ceremonia. Hemos visto un ejemplo de esto en los honores del saludo á los pabellones de los Estados. Cuando el uso ha dado importancia real á puntos de etiqueta, la omisión de éstos no es justificable por ningún principio del derecho internacional. "(Phillimore. II. CCXXXI.)

" El ceremonial usado cuando la entrega y la recepción de las credenciales varía según las clases de ministros; pero esas diferencias nada significan en cuanto á las relaciones políticas de los Estados.

" El ceremonial se regla por el uso de las diversas naciones ó cortes. Pero el Estado que recibe á un ministro extranjero tiene el deber de no ordenar en la ceremonia nada que pueda lastimar la honra ó la susceptibilidad del Estado extranjero. El ministro tiene derecho á exigir todos los honores debidos á la clase á que pertenece, y á denegarse á cualquier acto indigno. " (Bluntschli. 188. 189.)

(51) Este *status* se compone de derechos *stricti iuris*, que se fundan en el derecho natural, y por consecuencia son inalterables, y de privilegios originalmente no inalterables, pero en si tan razonables, tan autorizados por el uso, y tan universalmente presuntos, que han llegado á ser materia de derecho estricto si su abrogación no se ha promulgado expresamente (caso á la verdad inconcebible), antes de la llegada del embajador. Los primeros se comprenden en la denominación de *inviolabilidad;* los segundos, en la de *exterritorialidad.* " (Phillimore. II. CXL.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Según Calvo la *inviolabilidad* es el carácter que precave de ofensas y persecuciones.

Le *exterritorialidad* es una ficción según la cual se supone que el agente diplomático continúa en la nación cuyo soberano le ha enviado. (52)

205. Pero es de observar que los escritores de derecho internacional no han trazado con toda exactitud el límite entre la *inviolabilidad* y la *exterritorialidad*, y que para ello carecen de datos seguros; pues si, como se dice, la primera proviene del derecho natural, y la segunda de los usos aceptados por las naciones, salta á la vista que tal límite no puede conocerse bien. (53) Tan cierto es eso, que algunos escri-

---

(52) "Todos los privilegios excepcionales que la nación concede á la persona, familia y comitiva de los agentes diplomáticos se derivan de dos derechos fundamentales: la *inviolabilidad* personal y la *exterritorialidad* ó exención de la jurisdicción local." (Calvo. III. 1480.)

"Los derechos fundamentales provenientes del carácter público de los ministros extranjeros, son la *inviolabilidad* personal y la *exterritorialidad* ó la exención de la jurisdicción civil del Estado donde residen, por lo menos en cuanto ésta puede perturbarlos en el ejercicio de sus funciones." (Heffter. § 203.)

"Los agentes diplomáticos son *inviolables*.

"El Estado ante quien los agentes diplomáticos se hallan acreditados, no sólo debe abstenerse de todo acto de violencia á su respecto, sino también protegerlos contra las violencias que podrían inferirles los habitantes de la nación." (Bluntschli. 191. 196.)

"Por una especie de ficción legal, exigida en cierto modo por la situación elevada que ocupan, se procede como si las personas que representan á un Estado en lo exterior no hubiesen salido del territorio de su nación; por lo mismo no están sujetas á la jurisdicción del Estado donde residen y quedan exclusivamente sujetas á las leyes de su propio Estado. Esta inmunidad, reconocida, por el derecho internacional, con todas las consecuencias jurídicas y las prerrogativas que de la misma se derivan, constituye la *exterritorialidad*." (Calvo. III. § 1451.)

"A fin de resguardar la independencia de los soberanos extranjeros, y en general de las personas que representan á un Estado en nación extranjera, se admite la ficción de que están fuera del territorio extranjero, y como si llevasen consigo su patria." (Bluntschli. 135.)

(53) "No es necesario trazar la línea que sirva de límite en la práctica entre los derechos de inviolabilidad, fundados en la ley natural (*ius gentium primævum*) y los privilegios de exterritoria-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tores, como Heffter y Phillimore, no cuentan entre los privilegios relativos á la inviolabilidad sino los concernientes á la persona misma del ministro público, esto es, que no puede ser reducido á prisión, insultado ni sujeto á la jurisdicción criminal; y otros la extienden aún á la exención de la jurisdicción civil.

206. La *inviolabilidad* de los agentes diplomáticos se ha reconocido siempre en todas las naciones, porque sin ella sería imposible el ejercicio de cargo tan importante como peligroso. (54)

---

lidad, fundados en el uso y en el consentimiento presunto (*ius gentium secundarium*). Y en la mayor parte de las obras son tratados conjuntamente y sin hacer gran distinción. " (Phillimore. II, CLII.)

(54) " Las leyes políticas exigen que todo hombre esté sujeto á los tribunales criminales y civiles de la nación á que pertenece, y á la animadversión del soberano.

" El derecho de gentes ha querido que los príncipes se envíen unos á otros embajadores; y la razón, deducida de la naturaleza de las cosas, no permite que estos embajadores dependan del soberano ante quien son enviados ni de sus tribunales. Son la palabra del príncipe que los envía, y esa palabra debe ser libre. Ningún obstáculo debe impedirles obrar. Pueden ellos desplacer, porque hablan á nombre de un soberano independiente. Podría imputárseles crímenes, si pudiesen ser castigados por crímenes; podría suponérseles deudas, si pudiesen ser presos por deudas. Un príncipe que naturalmente es orgulloso hablaría por boca de un hombre que todo pudiera temerlo. Absolutamente necesario, pues, seguir, respecto de los embajadores, las razones deducidas del derecho de gentes, y no las que se derivan del derecho político. Si abusan de su carácter representativo, cese éste, enviándoseles á su nación; aun puede acusárseles ante su soberano, que sería entonces su juez ó su cómplice. " (Montesquieu. XXVI. XXI.)

Censurando Laurent este capítulo de Montesquieu, dice : " La magnificencia del lenguaje sirve á veces para ocultar la falta de razones. ¿Será cierto que las cosas relativas al derecho de gentes no deben decidirse por la justicia? Tomada esta máxima en su más lata acepción, es la de Maquiavelo, y el maquiavelismo ha perdido todo su crédito. " (D. C. I. III. 17.)

Con perdón del jurisconsulto belga, en nuestro humilde concepto, las pocas líneas escritas por el eminentísimo autor del *Espíritu de las leyes* valen mucho más que todo cuanto expone Laurent contra el privilegio de los agentes diplomáticos.

" La necesidad y el derecho de las legaciones una vez establecidos, la perfecta seguridad, la inviolabilidad de los embajadores

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Algunos escritores, entre ellos Calvo, suponen que el

---

y de los otros ministros públicos es una consecuencia evidente. Porque si su persona no está libre de toda violencia, el derecho de las embajadas es precario y su buen éxito muy incierto. El derecho á un fin es inseparable del derecho á los medios necesarios. Como las legaciones son de tanta importancia en la sociedad universal de los pueblos, tan necesarias á su salud común; la persona de los ministros encargada de estas legaciones debe ser sagrada é inviolable en todos los pueblos. " (Vattel. IV. VII. § 81.)

" La inviolabilidad de los ministros públicos es un principio tan necesario para las relaciones de los Estados, que se ha reconocido por todos los pueblos, aun por los antiguos. Impone al gobierno, cuando ha reconocido á un ministro público en calidad de mandatario de su soberano, el deber no sólo de abstenerse de cualquier acto que sea contrario á la inviolabilidad de la personna del ministro, sino también de reprimir severamente todo atentado material ó moral que se le infiriese en su territorio. La ofensa cometida contra un ministro extranjero constituye una ofensa contra su gobierno. En ese sentido las leyes interiores de los Estados castigan como crimen de Estado todo delito cometido contra un agente diplomático. Aun las represalias no podrian servir de pretexto á semejantes actos de violencia, á menos que el gobierno del ministro hubiere incurrido en tal violación del derecho internacional. " (Heffter. § 204.)

" Habiéndose establecido el derecho de las legaciones, la inviolabilidad personal (*inviolabilitas, inviolabilité, unverletzbarkeit*) del embajador, se deduce como consecuencia necesaria.

" Todo extranjero, á la verdad, está bajo la protección del Estado donde mora, y por lo mismo es inviolable.

" Pero este atributo es en especial propio de los representantes de un Estado extranjero, en quienes la imagen de su soberano y la majestad de su nación se hallan, por decirlo así, presentes; por consecuencia la expresión de santidad (*sanctitas, personne sacrée, heiligkeit*), se emplea á menudo por los jurisconsultos, filósofos é historiadores de todos los tiempos y naciones, como aplicable á los que desempeñan una legacion. " (Phillimore. II. CXLI.)

" El derecho de los ministros públicos á gozar del privilegio de la inviolabilidad se halla fuera de toda duda; pues no sólo es conveniente sino necesario. Sin la inviolabilidad absoluta, ilimitada, los agentes diplomáticos estarian á merced de la nación donde residen, y se alteraria su carácter al extremo de comprometerse el ejercicio mismo de sus funciones. Compréndese que un ministro extranjero hallaria mil obstáculos para desempeñar su misión con dignidad, libertad y seguridad, si dependiese de algún modo del soberano en cuyo Estado reside. " (Calvo. III. 1481.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Digesto sancionó la inviolabilidad de los agentes diplomáticos, y citan la ley 17. Tit. VII. Lib. L. (55) Pero no han echado de ver que esa ley trataba de los legados que las numerosas provincias del imperio romano enviaban á la capital.

En la Novela 123, Cap. XXV, (56) hallamos sancionado el privilegio de los *aprocrisarios*, esto es, agentes que el Sumo Pontífice acreditaba ante el Emperador de Constantinopla.

El derecho internacional moderno reconoce de la manera más absoluta la inviolabilidad de los agentes diplomáticos.

Aceptado el derecho de enviar legaciones, se deduce como consecuencia necesaria la inviolabilidad de los agentes diplomáticos.

La ofensa cometida contra ellos no es mera injuria al soberano que los envía y al Estado á quien representan, sino violación de la seguridad común á todas las naciones. (57)

---

(55) Si quis legatum hostium pulsasset contra ius gentium in commissum esse existimatur, quia sancti habentur legati; et ideo, si quum legati apud nos essent gentis alicuius, bellum cum indictum sit, responsum est, liberos eos manere; id enim iuri gentium convenit esse.....

(56) Reverendissimi vero Aprocrysiarii cuiuscunque sanctissimae Ecclesiae qui in regia Civitate degunt, aut ad Beatissimos Patriarchas, aut ad Metropolitas a suis Episcopis ordinati et destinati, neque pro suis Episcopis, neque pro causa Ecclesiae, aut pro debito publico, aut privato aliquam conventionem sustineant, nisi mandatum habuerint a suis Episcopis, aut Oeconomis, ut aliquos conveniant. Tunc enim solis illis, qui ab eis conveniuntur, damus licentiam, si quam obligationem habent contra Ecclesiam, aut contra Episcopos eorum, proponere. Si vero et in quibusdam causis vel actionibus semetipsos obligatos fecerint, in tempore, in quo responsa faciunt, pro his conventiones suscipiant.

(57) " Todos cuantos ejecutan actos de violencia contra un embajador ó cualquiera otro ministro público, no sólo injurian al soberano á quien ese ministro representa, atentan á la seguridad común y á la salud de las naciones, y cometen un crimen atroz contra todos los pueblos. " (Vattel. IV. VII. § 81.)

Y el mismo publicista, hablando de los ministros que, enviados por Francisco I, fueron muertos por orden del gobernador de Mi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Síguese, pues, que los atentados á la inviolabilidad de los agentes diplomáticos atañen inmediata y directamente á todas las naciones, y las facultan á todas para exigir la reparación de la ofensa y el castigo del ofensor.

La inviolabilidad se extiende á todos los ministros públicos, (58) á las personas de su familia y su comitiva á todo cuanto se halle en la casa del ministro.

También se extiende á todo lo necesario para el desempeño de las funciones del agente diplomático, como sus papeles y correspondencia. (59)

---

lán, se expresa en estos términos: " El emperador Carlos V no procuró investigar quiénes eran los autores del homicidio, dando así margen á suponer que él lo había ordenado ó que lo aprobaba secretamente; y como no dió plena satisfacción, Francisco I tuvo justo motivo para declararle la guerra, y aún para exigir el auxilio de todas las naciones. Porque un asunto de esta naturaleza no es una contienda particular, una cuestión litigiosa en que cada parte alega su derecho; es una querella de todas las naciones, interesadas en que se conserven incólumes el derecho y los medios de comunicarse entre sí y de tratar de sus asuntos. " (§ 84.)

" Cualquier ofensa cometida contra el embajador es ó debe ser considerada por el Estado como ofensa contra el Estado mismo (crime d'Etat).

" La injuria á un embajador no sólo es injuria al soberano y á la nación á quien representa, sino la violación de la seguridad común de todas las naciones.

" Luego, es una peculiaridad de este derecho que el infringirlo, en vez de lastimar los intereses particulares de una nación, se convierte inmediata y directamente en materia que concierne á todas las naciones, y las autoriza á todas para exigir inmediatamente satisfacción de la ofensa y castigo del ofensor. " (Phillimore. II. CXLII.)

" Cualquier atentado contra la persona del ministro público es un atentado contra la nación á quien éste representa. Ese acto, en casos graves, puede considerarse como una ofensa á todos los Estados y al derecho internacional. " (Bluntschli. 193.)

(58) " El derecho de inviolabilidad se extiende á todas las clases de ministros públicos que debidamente representan á su soberano ó á su nación. Esto puede considerarse como un axioma del derecho internacional. " (Phillimore. II. CLIII.)

(59) " Bona quoque legati mobilia, et quae proinde habentur, personae accessio, pignoris causa, aut ad solutionem debiti, capi non posse, nec per iudiciorum ordinem, nec, quod quidam volunt, manu regia, verius est. Nam omnis coactio abesse a legato debet,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La inviolabilidad comienza tan luego como el agente diplomático entra en la nación á donde es enviado, si da á conocer su carácter manifestando el pasaporte ó las credenciales. (60)

---

tam quae res ei necessarias quam quae personam tangit, quo plena ei sit securitas. " (Grocio. II. XVIII. § 9.)

" La inviolabilidad se extiende no sólo á todo agente diplomático regularmente acreditado, sino también á todos los que pertenecen á la legación, como su esposa é hijos, y á las personas que componen la comitiva. Aplícase, además, á las cosas que se refieren directamente á su persona y á su dignidad, principalmente á su casa, mientras la ocupa con su familia, á los muebles, coches y equipaje, etc.; cosas que no pueden ser embargadas por el gobierno ó los particulares. " (Calvo. III. § 1484.)

" El abrir las cartas en tiempo de paz, de cualquier manera que ello se efectúe, es una violación del derecho de gentes; pero la más odiosa y la más ofensiva contravención á la fe pública consiste en que un gobierno permita tal abuso en sus estafetas, que han recibido las cartas bajo el sello del secreto. " (De Garden. II. pág. 86.)

" Los derechos especiales y las inmunidades de los agentes diplomáticos se aplican especialmente á sus papeles, escritos y correspondencia.

" No se puede, pues, por causas políticas y de policía quitar los despachos á los correos portadores de la correspondencia oficial de los agentes diplomáticos.

" La violación del secreto de la correspondencia official de los agentes diplomáticos constituye un atentado grave al derecho internacional. " (Bluntschli. 198. 199.)

(60) " Aunque el carácter del ministro público no se manifiesta en toda su extensión, y no le confiere el goce de todos sus derechos, sino cuando le reconoce y admite el soberano á quien entrega las credenciales; desde que entra en la nación á donde es enviado, y se presenta como tal, queda bajo la protección del derecho de gentes; pues, de otra manera, no vendría con seguridad. Hasta su llegada á la corte debe considerársele como ministro fiándose en su palabra; y, por otra parte, además de los avisos que se reciben ordinariamente por cartas, en caso de duda el ministro lleva pasaporte que da á conocer su carácter. " (Vattel. IV. VII. § 83.)

" Si bien el carácter público del agente diplomático enviado á una corte extranjera, no se manifiesta en toda su extensión y no le asegura el goce de todos sus derechos, sino cuando el gobierno ante quien va á residir se ha informado de la misión oficialmente; no es necesario que esté ya recibido de una manera más ó menos solemne. Generalmente se juzga, al contrario, que una vez prevenido de su misión el soberano, el ministro público debe gozar de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Goza de ese privilegio desde que llega á la nación hasta que sale de ella, y no cesa la inviolabilidad aunque se declare la guerra entre los dos Estados. (61)

207. Mucho se ha escrito sobre el problema de la absoluta inviolabilidad de los agentes diplomáticos, cuando cometen crímenes en la nación donde ejercen sus funciones.

Distínguense los crímenes contra las personas ó las propiedades de aquellos que comprometen la seguridad ó la soberanía del Estado.

En cuanto á los primeros, uniformóse fácilmente la práctica de las naciones y la doctrina de los publicistas: los tribunales no pueden someter á juicio al agente diplomático extranjero, aunque sea reo de crímenes atroces. El soberano puede manifestarle indignación, y aún pedir que se le envíen letras de retiro. (62)

---

la inviolabilidad más absoluta desde el instante en que llega al territorio del Estado donde va á residir hasta que sale de él; ó, en caso de guerra, hasta la expiración del plazo que para ello se le concede. El conferir y entregar pasaportes no es sino la manera de hacer constar el carácter oficial del ministro en cuanto á las autoridades locales del territorio por donde pasa." (Heffter. §210.)

"El agente diplomático goza de los derechos á él inherentes desde que llega á la nación á donde se le envía, si ha dado aviso previo de su misión, ó, en cualquier caso, tan luego como se ha manifestado su carácter público presentando el pasaporte ó las credenciales." (Phillimore. II. CLIII.)

(61) "El derecho no se menoscaba por la declaratoria de guerra entre su nación y aquella á donde se le ha enviado." (Phillimore II. CLIII.)

(62) "Si el agente diplomático maltrata á los súbditos del Estado, si comete injusticias ó actos de violencia; los súbditos ofendidos no pueden acudir á los magistrados ordinarios de cuya jurisdicción no depende el embajador; y por la misma razón estos magistrados no pueden proceder directamente contra él. En tales circunstancias es menester dirigirse al soberano del embajador y, en caso de negativa, puede ordenar el primero que un ministro insolente salga de sus Estados." (Vattel. IV. VII. § 94.)

"Los derechos, atribuciones, deberes y privilegios de los embajadores se determinan por el derecho internacional, y no por las leyes de cada pueblo; porque como ellos representan las personas de sus respectivos soberanos, que no están sujetos sino á su nación, sus actos no caen bajo el imperio de las leyes del Estado donde residen. El que se halla sujeto á las leyes depende necesa-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si bien no faltan ejemplos de que se hubiese enjuiciado y aun condenado al último suplicio á los agentes diplomáticos reos de crímenes contra la seguridad ó soberanía de la nación; en los tiempos modernos ha prevalecido la doctrina de que los tribunales no son competentes para juzgarlos ni menos para imponerles castigos.. (63)

---

riamente del poder que las ha expedido; pero un embajador debe ser independiente de todo poder, excepto de aquel que le ha enviado; y, por consecuencia, no está sujeto á las leyes de la nación donde va á ejercer sus funciones. Si comete ofensas, ó abusa de su carácter, se le puede despedir y acusarle ante su soberano; el cual debe proceder en justicia, ó confesar que es cómplice de sus crímenes. Pero los escritores de derecho internacional discuerdan sobre si esta exención de los embajadores se extiende á todos los crímenes, tanto contra la ley natural como contra la ley positiva, ó si se extiende sólo á los que son *mala prohibita*, como la falsedad, y no á los que son *mala in se*, como el asesinato. Parece que antiguamente nuestras leyes le exentaban sólo en sentido estricto. Porque tanto los abogados como los civilistas aseguraban que, si bien el embajador goza de privilegios según el derecho internacional, debe perderlos si comete crímenes contra las leyes de la razón y de la naturaleza; y que, por ende, si un embajador conspira la muerte del soberano en cuyo territorio está, puede ser condenado y ejecutado por traición; pero se procede de otra manera cuando comete cualquiera otra clase de atentados, y debe enviársele á su nación. Tales asertos se fundan en razones especiosas; pues si todas las leyes nacionales se subordinan á la ley primaria de la naturaleza y las que castigan los crímenes contra la ley natural son declaratorias ó auxiliares de aquella ley, síguese que á esta regla universal de justicia así los embajadores como los otros hombres están sujetos en todas las naciones, y que sea quien fuere el que las infringe, debe ser castigado. Pero si bien estos principios han sido antes aceptados en la práctica general de esta nación como en todas las demás de Europa; ahora prevalece el parecer del sabio Grocio que la seguridad de los embajadores es más importante que el castigo de un crimen especial. Por consecuencia, desde mediados del siglo XVIII ha habido pocos (si algunos) ejemplos de que á un embajador se hubiere impuesto penas, por atroces que fueson los crímenes que ha cometido." (Stephen's on Blackston's. II. 477-479.)

(63) "Si el ministro extranjero ofende aún al príncipe, ó le falta al respeto, si alborota al Estado y la corte por sus intrigas, el príncipe ofendido, que procura guardar miramientos especiales al otro soberano, se limita á veces á pedir que se llame al ministro; ó si la falta es más considerable, le prohibe se presente en la

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Pero si el agente diplomático emplea la fuerza contra el gobierno, éste puede oponer la fuerza á la fuerza, y, en caso de maquinaciones, asegurar su persona y expelerla del Estado. (64)

---

corte hasta esperar respuesta del soberano. En casos graves, aun puede hacerle salir del territorio. " (Vattel. IV. VII. § 95.)

(64) " Respecto á los crímenes contra la majestad del Estado, como la conspiración contra el gobierno ó el soberano, la práctica de hoy consiste en que no puede seguirse causa criminal contra el agente diplomático.

" Tal es la opinión más general y recibida. No faltan, empero, escritores que distinguen entre los crímenes *mala prohibita* y *mala in se* y entre *privata* y *publica delicta*. Pero las razones de exención se aplican en ambos casos; ya porque la naturaleza de las funciones del embajador exige la más absoluta libertad en cualquier caso que puede suceder, *securitas legatorum utilitate quæ ex pœna est præponderat;* ya porque el embajador representa á otra persona, y se le reconoce en tal carácter por el tácito consentimiento de la nación. Noblemente se ha dicho : ' Es la palabra del príncipe que le envía, y esa palabra debe ser libre '. " (Phillimore. II. CLVII. CLVIII.)

" En cuanto á los crímenes de Estado, pueden dictarse las providencias más severas contra un agente diplomático, ya proceda según las instrucciones de su corte, ya espontáneamente. A la verdad, no es permitido, ni entonces, imponerle pena corporal; pero el derecho de aprehenderle y trasladarle con escolta fuera de la frontera, es práctica reclamada sin oposición por todas las potencias. " (De Garden. II. p. 159).

" En casos de ofensas cometidas por los ministros públicos contra la existencia y la seguridad del Estado en que residen, si el peligro es inminente pueden aprehenderse su persona y papeles, y él puede ser expelido de la nación. En todos los demás casos el uso de las naciones establece se solicite que su soberano le retire. Si éste lo rehusa sin razón plausible, el Estado ofendido tiene, á no dudarlo, el derecho de expeler del territorio al ofensor. " (Wheaton. III. I. § 15.)

" La inviolabilidad no lleva consigo impunidad. Luego, cuando un ministro público olvida su dignidad, ejecuta actos arbitrarios, turba el orden público, comete faltas contra el soberano, los habitantes ó los funcionarios de la nación donde reside, conspira, se vuelve odioso, sospechoso ó delincuente, su conducta cae bajo la sanción de las leyes penales. Pero la reprensión no incumbe sino al gobierno que le ha enviado. En cuanto al soberano en cuyo territorio reside el agente diplomático, sólo puede dictar, á su respecto, las providencias acon-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

208. La inviolabilidad de la comitiva de los agentes diplomáticos, fue puesta en duda hasta mediados del siglo XVII; pero hoy la acepta el derecho internacional.

En 1653 ocurrió el célebre caso de D. Pantaleón Sa, que era hermano del embajador de Portugal en Londres, y que formaba parte de la comitiva. Acusado Sa del crímen de asesinato, se le condenó á muerte, previo dictamen de dos notables publicistas. (65)

---

sejadas por la seguridad pública; interrumpir con él las relaciones, expelerle del territorio, y en caso de resistencia, emplear para ello la fuerza; pues entonces el agente diplomático es el autor de la violencia que se le ha inferido. " (Calvo. III. § 1493.)

(65) " Las discusiones relativas al ceremonial que debería observarse por los diferentes Estados de Europa entre sí, estaban estrechamente conexionadas con los derechos y privilegios de las legaciones, los cuales, después de infinidad de disputas, fueron definidos con claridad durante la época en que nos ocupamos. El primer escritor de mérito sobre esta materia fue Alberico Gentili, que al año de la publicación de su tratado *De Legationibus,* fue consultado, al mismo tiempo que Holtoman, por la corte de Inglaterra sobre el caso de Mendoza, embajador de España, acusado de conspiración contra la reina Isabel. Estos dos legistas se acordaron, en sus conclusiones, en el principio de que á un embajador, aunque tomado en delito *in fraganti* de conspiración contra el gobierno de un Estado donde reside, no puede imponérsele la pena de muerte; pero que debe enviársele á su soberano para que le castigue á su discreción. Como consecuencias de esta consulta, Mendoza recibió la orden de salir del reino, y se envió un agente á España para que se querellase contra él.

" Tal fue también el parecer de Grocio, que, escribiendo á principios del siglo siguiente, sostenía que el consentimiento tácito de las naciones exentaba á los embajadores y su comitiva de las jurisdicciones criminal y civil del Estado que le había recibido bajo esta condición tácita en todos los casos; salvo aquellos en que la justa necesidad de una defensa legítima forma excepción á todas las leyes humanas.

" Hay sin embargo un ejemplo notable, que acaeció poco tiempo después de la publicación de su obra, y que pugna con el carácter sagrado é inviolable atribuido á estas personas. Fue el del hermano del embajador portugués en Inglaterra, D. Pantaleón Sa; quien fue juzgado (en 1653), sentenciado y ejecutado por un atroz asesinato.

" Según el informe que dió sobre esta materia Zouch, discípulo y sucesor de Holtoman en la cátedra de derecho en Oxford, y

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

209. También se controvirtió durante largo tiempo si era inviolable el agente diplomático que pasaba por el territorio de una tercera potencia.

El Derecho internacional acepta hoy la práctica determinada por Phillimore en las dos siguientes reglas:

1ª. En tiempo de paz el agente diplomático es inviolable en el territorio de una tercera potencia; mas no goza del privilegio de exterritorialidad:

2ª. Si la tercera potencia se halla en guerra con otra nación, el agente diplomático de ésta no es inviolable en aquélla; pero en ningún caso sería lícito quitarle la vida. (66)

---

que fue uno de los jueces comisarios en el juzgamiento; el tribunal rechazó la excepción de que el acusado pertenecia á la comitiva del embajador. Si hubiese sido el embajador mismo, es indudable que, según la opinión de Grocio y otros publicistas, se le hubiera enviado á los tribunales de su nación para el juzgamiento. Pero la autoridad de estos escritores, en cuanto extienden los privilegios de exterritorialidad á las personas de la comitiva del embajador, fue rechazada por el tribunal, y Zouch mismo se adhirió á la sentencia.

" La conducta de Cromwell, en este caso singular, es severamente condenada por Leibniz como una violación del derecho de gentes; y Bynkershoek cuya obra de Forum Legatorum se publicó en 1721, declara que hechas muy diligentes investigaciones, no llegó á conocer sino cuatro casos en que el embajador ó los individuos de su comitiva habian sido juzgados y castigados en el territorio del Estado donde residia la legación. Añade que en todos estos casos habia circunstancias peculiares, ó que habian sido censurados por los publicistas; y que aun cuando no los habian desaprobado, los ejemplos de aplicación de la regla general tienen mucho más peso que las excepciones, como prueba del uso y de la opinión general de los hombres civilizados." (Wheaton. II. I. p. 286.)

(66) " Los pasaportes le son algunas veces necesarios en las naciones extranjeras por donde pasa para ir al lugar de su misión. Si hay necesidad, los muestra para que se le presten las consideraciones que le son debidas. A la verdad, sólo el príncipe á quien se envía el Ministro, tiene el deber de concederle todos los privilegios inherentes á su carácter; pero los otros, por cuyo territorio pasa, no pueden rehusarle los miramientos que merece el ministro de un soberano, y que las naciones se deben recíprocamente. Débenle sobre todo plena seguridad : insultarle seria injuriar á su soberano y á toda la nación. Aprehen-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

De la primera regla se deduce que los atentados contra el agente diplomático que pasa por el territorio de una

---

derle ó inferirle violencias, sería vulnerar el derecho de embajadas que pertenece á todos los soberanos." (Vattel. IV. VII. § 84.)

"La opinión de los publicistas es algo varia en cuanto al respeto y protección á que tiene derecho un ministro público que pasa por el territorio de un Estado distinto de aquel ante quien se halla acreditado. La inviolabilidad del embajador, según el derecho internacional, es sostenida, entre otros por Grocio y Bynkershoek, como obligatoria solo al soberano ante quien se ha enviado y por quien es recibido. En especial Wicquefort, que ha sido el más valiente campeón de los derechos de los embajadores, asevera que el asesinato de los ministros del rey Francisco I, en el territorio del emperador Carlos V, aunque crimen atroz, no contravino al derecho internacional ni á los privilegios de los embajadores. Puede considerarse como una violación del derecho de paso inocente, agravada por la circunstancia del alto carácter de las personas contra quienes se cometió el crimen, y como justa causa de guerra contra el Emperador, sin comprometer en el problema la protección al carácter de agente diplomático; el cual proviene exclusivamente de una presunción legal que no puede haber sino entre el soberano que envía y aquel á quien se envía al agente diplomático.

"Por otra parte, Vattel asienta que los pasaportes son necesarios á los embajadores que pasan por el territorio hasta llegar á su destino, para que se le reconozca en su carácter público; es verdad que el soberano á quien se envía al agente diplomático se halla más especialmente obligado á respetar los derechos á éste inherentes; pero él mismo tiene derecho á ser tratado, en el territorio de una tercera potencia, con el respeto debido al enviado de un soberano amigo. Sobre todo tiene derecho á gozar de completa seguridad personal: injuriarle ó insultarle, sería injuriar é insultar al soberano y á toda la nación; aprehenderle, ó cometer contra él cualesquiera otras violencias, infringiría los derechos de legación que pertenecen á todos los soberanos. Francisco I, tuvo por consiguiente plena razón para quejarse del asesinato de sus embajadores, y como Carlos V rehusó satisfacción, para declararle la guerra." (Wheaton. III. I. § 20.)

"Los ministros públicos no tienen derecho á los privilegios é inmunidades inherentes á su empleo fuera de la nación á donde se les acredita; pero el uso ha establecido que cuando atraviesan territorio de los Estados amigos, especialmente para ir á su destino, las autoridades de esos Estados les guarden todos los miramientos debidos á su carácter oficial. Débese sobre todo plena seguridad al ministro que viaja para las gestiones nacionales. Insultarle es injuriar á su gobierno y á toda la nación; inferirle

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tercera potencia, son atentados contra la nación que le envía, y se consideran como justo motivo de guerra.

210. Pasemos á la *exterritorialidad*. Como ya los hemos observado, (205) no es claro el límite entre la *inviolabilidad* y la *exterritorialidad;* pues la primera consiste en que el ministro público está exento de toda coacción, insulto, atentado; y la segunda supone que el ministro se halla en la nación á cuyo soberano representa.

Según lo observa Heffter, no puede aceptarse en toda su extensión la exterritorialidad; pues, aceptada, conduciría al sistema absurdo de suponerse que la casa del ministro público está en la nación á que el ministro pertenece, y que las infracciones cometidas en tal casa serían siempre castigadas por los tribunales de aquel Estado.

La exterritorialidad surte los siguientes efectos:

1°. El ministro conserva su domicilio primitivo, y por tanto son nacionales de origen los hijos que le nazcan en el Estado donde desempeña el cargo. (67)

2°. El ministro no se halla sujeto á la jurisdicción civil de la nación en que reside. (68)

---

violencia, es violar el derecho de legación que pertenece á todos los soberanos. " (Calvo. III. 1532.)

(67) " Las personas exentas conservan en general su domicilio de origen, y por consecuencia todas sus relaciones civiles continúan regidas por las leyes del domicilio. " (Heffter. § 42.)

" Continúa sujeto á las leyes de su nación, las cuales rigen su estado personal y derechos de propiedad derivados de contrato, herencia ó testamento. Aunque nacidos en otro territorio, sus hijos son en realidad nativos del Estado. " (Wheaton. III. I. § 14.)

(68) " Algunos autores pretenden someter al embajador, en cuanto á los asuntos civiles, á la jurisdicción del Estado donde residen, á lo menos respecto á los que se han originado durante la legación. Alegan, para fundar su parecer, que esta sujeción no menoscaba su carácter : por sagrada, dicen, que una persona sea, no se atenta á su inviolabilidad citándola en juicio civil. Pero la exención de los embajadores se funda, no en que su persona sea sagrada, sino en que no dependen de la jurisdicción del Estado, donde residen..... Añadimos que es conveniente, y aún necesario, que un embajador no pueda ser citado, ni por causas civiles, para que no se le perturbe en el ejercicio de sus funciones. " (Vattel. IV. VIII. § 110.)

" De la inviolabilidad de que gozan los agentes diplomáticos, se

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

3°. Tampoco lo están la familia ni la comitiva del ministro. (69)

4°. Están exentos de la jurisdicción del Estado los bienes muebles que el ministro posee como tal. (70)

---

deduce necesariamente que están exentos de la jurisdicción civil del Estado donde residen.

" Ya hemos determinado los efectos y la extensión de esta inmunidad : el ministro público no puede ser condenado á prisión, ni secuestrarse sus bienes por deudas contraídas antes, ó durante su cargo. " (Calvo. III. § 1506.)

" Los tribunales no intervienen por regla general en ninguna acción civil, y especialmente en ningún litigio por deudas contra las personas que gozan de la *exterritorialidad*. No pueden ordenar contra ella prisión ni embargo. " (Bluntschli. 139.)

(69) " La esposa del embajador le está íntimamente unida, y le pertenece más especialmente que cualquier otra persona de su familia. Participa, pues, ella de la independencia é inviolabilidad. Concédesele los mismos honores que á él, y no podria rehusárselos sin afrentar al embajador. El ceremonial se regla en algunas cortes. La consideración que se debe al embajador se refleja también á sus hijos, que participan de sus inmunidades. " (Vattel. IV. IX.§ 121.)

" La esposa y familia, criados y comitiva del ministro, participan de la inviolabilidad inherente á su carácter público. " (Wheaton. III. I. § 16.)

" La familia, empleados, comitiva y domésticos de la persona que tiene derecho á la exterritorialidad, gozan de la misma inmunidad que él. Su comitiva no tiene derecho á la exterritorialidad sino indirectamente, y á causa de aquel de quien depende.

" La persona que goza de la exterritorialidad no debe abusar de su posición privilegiada para sustraer de las autoridades de la nación donde reside, admitiéndolas en su comitiva, á personas perseguidas por la justicia ó la policía de esa nación. " (Bluntschli. 145.)

(70) " Como lo hemos demostrado, el ministro extranjero no está sujeto á la jurisdiccion nacional; y su independencia, en lo civil, le seria nugatoria, si no se extendiese á todo cuanto le es necesario para vivir con dignidad y para desempeñar sus funciones tranquilamente. Por otra parte, todo lo que ha traido ó adquirido para su uso, como ministro, es tan inherente á su persona, que debe seguir su suerte. Como el ministro vino independiente, no ha querido sujetar á la jurisdiccion del Estado su menaje y las demás cosas que sirven para su uso personal. Todas las cosas, pues, que pertenecen directamente á la persona del ministro, en calidad de ministro público, todo cuanto es de su uso personal, todo lo que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

5°. Goza de absoluta inmunidad la casa que el agente diplomático habita. (71)

6°. El coche en que el ministro se pasea ó viaja no puede ser detenido ni registrado por la policía. (72)

---

sirve para su subsistencia y la de su familia, todo esto, decimos, participa de la independencia del ministro, y se halla absolutamente exento de la jurisdicción nacional. Procédese como si estas cosas estuviesen fuera del territorio con la persona á quien pertenecen. " (Vattel VI. VIII. § 113.)

" Como consecuencia de la exterritorialidad, se exentan de secuestro todos los muebles pertenecientes á un embajador." (Phillimore. II. CLXXX.)

" La inmunidad del ministro no se limita á su persona : extiéndese á todo cuanto le es necesario para desempeñar sus funciones; ninguna ley local puede disponer el embargo de los muebles ú otros objetos destinados á su uso, á su subsistencia y la de su familia. Pero como esta exención no se concede sino á fin de proteger la independencia y la dignidad nacional del ministro, se refiere sólo á las cosas conexionadas realmente con su carácter. " (Calvo. III. § 1509.)

(71) " La independencia del embajador sería muy imperfecta, y su seguridad muy precaria, si la casa donde habita no gozase de entera inmunidad, y no fuese inaccesible á los ministros de justicia. El embajador podría ser perturbado con mil pretextos, se descubrirían sus secretos registrándose sus papeles, y su persona estaría expuesta á vejámenes. Todas las razones que manifiestan su independencia y su inviolabilidad son aplicables á la inmunidad de su casa. Ese derecho se halla generalmente reconocido en todas las naciones cultas. A lo menos en todos los casos ordinarios de la vida, júzgase que la casa de un embajador está fuera del territorio así como lo está su persona. " (Vattel. IV IX. § 117.)

" Los privilegios de la persona que goza de exterritorialidad se extienden también á su habitación, pero no á los predios que cultiva como mero ciudadano. " (Bluntschli. 150.)

(72) Los coches y equipajes del embajador gozan de los mismos privilegios que su habitación, y por las mismas razones; insultarlos, es vejar al embajador mismo y al soberano á quien representa. Son independientes de toda autoridad subalterna, de guardias, de agentes de policía, de magistrados, etc., y no pueden ser detenidos ni visitados sin orden superior. " (Vattel. IV. IX. § 119.)

" La casa donde la persona que goza de exterritorialidad se aloja al viajar, el coche en que camina, no pueden ser visitados por la policía ó por las autoridades del Estado extranjero. " (Bluntschli. 152.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

7°. El agente diplomático no paga por lo regular ninguna contribución. (73)

211. La inmunidad de la casa que el agente diplomático habita, originó el asilo. Los más célebres publicistas afir-

---

(73) Además de las inmunidades que hemos mencionado, se han establecido algunas otras á favor del ministro público, ya como consecuencia del principio de la exterritorialidad, ya por consideraciones de hospitalidad. Trátase principalmente de la franquicia de las contribuciones directas é indirectas, la cual no se funda en ninguna necesidad interna ni en el carácter público del agente diplomático. La exención de todo impuesto personal, tanto á su persona como á su comitiva, proviene á no dudarlo del carácter de extranjero. Pero la exención no se limita á eso: se ha exigido y acordado la franquicia de las contribuciones indirectas: concédese en especial al ministro la de los derechos de importación en cuanto á los objetos que trae de lo exterior. Pero los abusos á que ha dado margen esta exención han compelido á la mayor parte de los gobiernos á limitar y modificar considerablemente un privilegio, que ningún motivo los obliga á conceder á los representantes de las potencias extranjeras.

" Estos últimos deben, pues, tolerar la visita de los objetos que traen de nación extranjera, pero con la condición de que los empleados de aduana no penetren en su casa ni registren sus equipajes. Casi siempre se les acepta la afirmación de que no traen ningún objeto prohibido ó de contrabando.

" La franquicia de las contribuciones, directas ó indirectas, concedida al ministro, no comprende en ningún caso:

" 1°. Las cargas reales que gravan los inmuebles que él posee en el territorio donde reside, tales como el impuesto á la propiedad territorial:

" 2°. Los impuestos personales que gravan el ejercicio de ciertas industrias, ajenas á las funciones del ministro, como los derechos de patente:

" 3°. Los derechos de peaje y otros que pagan los viajeros para la conservación de los caminos, puentes y calzadas ó canales. Algunas veces se exonera de ellos al ministro por pura cortesía ó por conveniencia. Lo mismo se aplica á las contribuciones municipales, derechos de puertas y ventanas.

" Sería difícil, empero, establecer, en cuanto á esta franquicia internacional, reglas uniformes y de general aplicación." (Heffter. § 217.)

" La persona que goza de exterritorialidad no paga ninguna contribución. En cuanto á los derechos por ciertos servicios públicos, no se exonera ella del pago de las contribuciones cuando exige tales servicios." (Bluntschli. 138.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

man unánimes que el derecho internacional no lo concede; que el asilo obsta absolutamente á la libre y expedita administración de justicia, y que es de todo punto necesario extinguir ese abuso; el cual ha ocasionado siempre dificultades y desavenencias entre las naciones. (74)

---

(74) " Ipse autem legatus an jurisdictionem habeat in familiam suam, et an ius asyli in domo suá pro quibusvis eo confugientibus, ex concessione pendet eius apud quem agit. Istud enim iuris gentium non est. " (Grocio. II. XVIII. § 8.)

" Omnia legatorum privilegia, quibus utuntur ex tacito gentium consensu, non alio fine comparata sunt, quam ut tuto, sine remora, sine impedimento cuiusquam, officio suo fungantur. Possunt autem tuto fungi, etiamsi facinorosos non recipiant, nec occultent, nec Principi, apud quem sunt, intervertant iurisdictionem, non in sui vel suorum, at tertii, ad se non pertinentis, gratiam. Sed eiusmodi haec sunt ut vix seriam disputationem desiderent. " (Bynkershoek. c. XXI.)

" Pero la inmunidad de la casa no se establece sino á favor del ministro y de su comitiva, como lo manifiestan evidentemente las razones mismas en que se funda. ¿Podria prevalerse de ella para convertir su casa en asilo donde acoja á los enemigos del príncipe y del Estado, y malhechores de toda especie, para sustraerlos á las penas en que hubieren incurrido? Tal proceder seria contrario á todos los deberes de un embajador, al espíritu que debe animarle, al objeto que se tuvo al admitirle. Nadie se atreve á negarlo; pero asentamos, como un principio, que el soberano no está obligado á permitir una práctica tan perniciosa al Estado, tan perjudicial á la sociedad! " (Vatel IV. XI. § 118).

" La inmunidad de la casa de un ministro público se halla establecida por el parecer unánime y el consentimiento general de las naciones. Pero, ¿á quién favorece ella?

" Las razones mismas en que se funda prueban que no favorece sino al ministro y su comitiva.

" No puede, pues, prevalerse él de esta inmunidad para convertir su casa en asilo, donde reciba los malhechores, y los exonere de las penas que se les han impuesto.....

¿Cuál es el medio de terminar todas las controversias sobre el derecho de asilo? Consiste en volver al principio general que hemos asentado ; declarar positivamente que ese pretenso derecho no es sino un abuso, una ofensa á la autoridad soberana, y que por ninguna razón ha de tolerarse." (Merlin. Ministre public. Sect. V. § V.)

" Se ha limitado prudentemente en nuestros dias el derecho de asilo de que en otro tiempo tanto se abusó. En ninguna

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Efectivamente, si enjuiciado un individuo se dicta contra él mandamiento de prisión, y después se asila en la casa de un ministro público; la conveniencia y la justicia exigen imperiosamente que cumpliéndose la orden judicial, el

---

razón puede fundarse un ministro para convertir su casa ó su coche en asilo, y sustraer á la jurisdicción competente del Estado á los individuos acusados de infracciones, ó para favorecer su evasión. El respeto debido á él y al soberano á quien representa, sólo exige que en tal caso la extradición del criminal se efectúe con muchos miramientos y de la manera menos vejatoria á su persona. Así, cuando consta que un individuo á quien se imputa un crimen se ha refugiado en la casa de un ministro, las autoridades del Estado no sólo tienen el derecho de rodear de guardias la casa, y de tomar por fuera las precauciones para evitar la evasión del culpado; pues si el ministro, requerido debidamente por la autoridad, rehusa la extradición, pueden tomar á mano armada al sindicado. Al proceder á registrar la casa, deben evitar todo cuanto lastime los derechos del ministro, y se oponga á los miramientos debidos á su persona y á su comitiva. " (Heffter. § 212.)

" La casa del embajador, por costumbre universal, es inviolable, e inaccesible á los agentes de justicia ó fiscales.

" La misma observación se aplica á su coche. De esta importante y necesaria inmunidad se originó el monstruoso é innecesario abuso llamado *derecho de asilo;* en otros términos, tal casa era un lugar de refugio para los delincuentes del Estado donde se hallaba situada. Bynkershoek dice que atendiéndose al sentido común, la razón del derecho, el fin y objeto de las legaciones, no hay ni sombra de fundamento para tan absurda costumbre. La historia manifiesta con ejemplos las funestas consecuencias del asilo; el cual se extendió de la casa del ministro á barrios de la ciudad, como en Roma y en Madrid.

" Es verdad que si los Estados han abolido este abuso, deben noticiarlo antes de recibir al embajador. Pero también es cierto que ningún derecho prescribe que continúe ese obstáculo al orden, paz y justicia, y que no atañe á la conservación ni á la dignidad y seguridad de las legaciones. En todos los gobiernos debe prevalecer la opinión del sabio Merlin : tal abuso debe abolirse universalmente. " (Phillimore. II. CCIV.)

" La habitación de la persona que goza de exterritorialidad, no debe servir de asilo á los individuos perseguidos por las autoridades judiciales. Esa persona debe prohibir que tales fugitivos entren á su morada, y si penetran en ella entregarlos á las autoridades competentes. "(Bluntschli. 51.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

presunto reo sea entregado á las autoridades, y que se le aprehenda aún empleándose la fuerza.

Pero cuando no hay juicio criminal contra un individuo, que es víctima de persecuciones políticas originadas por el despotismo, como sucede con suma frecuencia en Sud América; entonces el derecho de asilo, lejos de perjudicial y atentatorio, surte los efectos más saludables. Si Phillimore, por ejemplo, se indigna contra el absurdo privilegio de asilo, proviene de que tiene á la visita la nación inglesa donde son efectivos todos los derechos y todas las garantías. Pero el argentino don Carlos Calvo, que ha presenciado en su patria los desmanes de la tiranía, y que conoce bien nuestras depravadas costumbres políticas, declara que en ciertas épocas anormales, el derecho de asilo no sólo es útil sino acaso necesario. (75)

De manera que convendría establecer como regla, especialmente en el derecho internacional de Sud-América, que los agentes diplomáticos no gozan del derecho de asilo en cuanto él obste al libre y expedito ejercicio de la administración de justicia. Pero que mientras la autoridad ju-

---

(75) " La morada de un ministro público es inviolable cuando se trata de las necesidades inherentes al servicio oficial y al desempeño libre y regular de sus funciones; pero si la conducta ó la actitud imprudente del ministro pone en peligro la paz del Estado, viola ó pretende eludir las leyes de una nación, convirtiendo, por ejemplo, la legación en refugio para los criminales ó en foco de conspiración contra un gobierno establecido, el privilegio de la inviolabilidad del domicilio desaparece, y el Estado ofendido tiene perfecto derecho para rehusar en adelante á la morada del agente el privilegio de una inmunidad que la sana razón y la justicia ya no legitiman.

" Sería de desear, á no dudarlo, que cada gobierno determinase con exactitud la extensión en que reconoce el ejercicio de lo que se llama derecho de asilo; pero mientras no haya una regla fija sobre este punto, es necesario atender en tal materia sólo á consideraciones generales de humanidad, y á los miramientos que las naciones se deben unas á otras. Admitimos, pues, que cuando sobrevienen perturbaciones civiles en un Estado, la casa de una legación puede y aún debe ofrecer seguro abrigo á los hombres que, á causa de la política, estén obligados á refugiarse para evitar un peligro momentáneo." (Calvo. III. § 1521.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dicial no haya expedido orden de prisión contra un individuo, el agente diplomático puede y debe amparar á los perseguidos políticos que se refugian en su domicilio.

212. Cesa la exterritorialidad en los siguientes casos:

1°. Respecto de los bienes raíces (exceptuándose la habitación) que por cualquier título el agente diplomático administra. (76)

---

(76) " La propiedad territorial está sujeta á la jurisdicción del Estado, sea quien fuere el dueño. ¿Exceptúase de esa regla la que pertenezca á un agente diplomático extranjero? No habria razón para sostenerlo. El embajador, como tal, no posee bienes raíces, ni le son necesarios á su persona, de modo que puedan reputarse situados fuera del territorio. Si el príncipe extranjero teme las consecuencias de la sujeción en que se halla el ministro en cuanto á sus bienes, puede elegir otro. Decimos, pues, que los bienes inmuebles que un ministro extranjero posee, no cambian de condición por la calidad del propietario, y que se hallan sujetos á la jurisdicción del Estado á que pertenecen. Toda dificultad, todo litigio concerniente á ellos debe dirimirse por los jueces del Estado, los cuales pueden ordenar su embargo legitimamente. " (Vattel. IV. VIII. § 115.)

" In rem actione legatos convenire posse, ubi degunt, ubique receptum esse, et neminem, qui vel prolixe legatos defendit, contradicere.... Idque ideo, quia res ipsa convenitur, neque aliter legatus quam possessor rei, cuius possessio cum probanda sit vix aliter probari poterit, quam ubi res est. Et hoc quidem in fundo, qui vindicatur, dubium non est, contra quam in re, legationis causa huc transducta, vel empta, equo forte. "... (Bynkershock. c. XVI.)

" Si el agente diplomático posee bienes raíces en el Estado, está sujeto á los tribunales en todos los litigios concernientes á esos bienes, y según la competencia que el derecho civil establece. " (De Garden. II. p. 144.)

" La exterritorialidad no se ha extendido, y probablemente no se extenderá nunca, á la propiedad territorial, si un embajador la posee en el Estado donde desempeña el cargo. La posesión territorial no depende de ninguna manera del carácter del embajador. La ficción de la exterritorialidad no puede aplicarse á los bienes raíces, y es indudable que ellos, con sus accesorios, quedan sujetos á la jurisdicción (*forum reale*) del Estado donde están situados. " (Phillimore. II. CLXXX.)

" Los inmuebles que un ministro público posee en Estado extranjero no se refieren en ninguna manera á su carácter oficial, y se rigen siempre por la ley de la nación donde están situados.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

2º. Cuando ejerce el comercio.

Los bienes raíces que el agente diplomático administra son del todo ajenos al desempeño de su cargo; y, por otra parte, están siempre sujetos á las leyes de la nación.

Si el ministro ejerciere el comercio, son susceptibles de embargo y venta los bienes que como á comerciante le correspondan.

Cuando se trate de bienes muebles que pueden pertenecer al comercio del agente diplomático ó destinarse á su uso personal, como dinero, ciertos artículos, &. &., y hubiere duda sobre si son ó no embargables, se decide ésta á favor del agente diplomático, porque ello redunda en pro de su seguridad é independencia. (77)

Téngase presente que si en los casos excepcionales se procede contra el agente diplomático, han de emplearse todos los miramientos debidos á su elevadísimo carácter, y supónese que los litigios se siguen contra una persona ausente.

213. Los secretarios de legación no forman parte de la comitiva del agente diplomático. Son funcionarios independientes, reconocidos por el Estado donde la legación reside, y que gozan de todas las inmunidades y privilegios de los ministros públicos. (78)

Quedan absolutamente ajenos así á la ficción de la exterritorialidad como al principio de la inmunidad personal.

" Estos bienes, en los respectivos casos, pueden ser vendidos por los jueces, y conforme á las reglas ordinarias del enjuiciamiento; mas, para que la independencia tan necesaria á los agentes diplomáticos no se menoscabe ni en lo más mínimo, los juicios, en el caso de que acabamos de hablar, se sustancian como si se procediera en rebeldía. " (Calvo. III. § 1528.)

(77) " Fortasse aequius melius erit, quia in causa dubia, ut haec est, pro legato solemus respondere, omnem pecuniam arresto eximere, et hanc referre inter res ad obeundam legationem cum maxime necessarias. " (Bynkershoek. c. XVI.)

" A veces puede ser difícil decidir si la propiedad pertenece al embajador como tal ó como comerciante, y cuandoquiera que haya razones para dudar, concédense al embajador sus privilegios. " (Phillimore. II. CLXXXI).

(78) " El secretario del embajador se cuenta en el número de sus dependientes; pero el secretario de legación, que recibe su cargo del soberano mismo, es una especie de mi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

214. Los publicistas más notables, como Bynkershoek, (79) Vattel, (80) Phillimore, (81) opinan que los ministros públicos no pueden renunciar sus inmunidades y privilegios sin autorización expresa del soberano; porque tales privilegios é inmunidades son inherentes, no á la persona del ministro, sino al cargo que desempeña. Sorprende, pues, que D. Carlos Calvo (82) opine que el agente diplomático ejerce la facultad de renunciar sus inmunidades y privilegios.

---

nistro público, que goza por sí mismo de la protección del derecho de gentes y de las inmunidades que á su cargo conciernen. Es independiente del embajador á cuyas órdenes no está sujeto sino en ciertos casos, y según lo hubiere reglado el soberano." (Vattel. IV. IX. § 122.)

"El secretario de legación, nombrado como tal, por su derecho propio es acreedor á estos privilegios, y su cargo debe notificarse al ministro de relaciones exteriores. Aunque á veces se designa desfavorablemente al secretario de legación, es un agente oficial, y distinto de la comitiva." (Phillimore. II. CLXXXVIII.)

(79) Bynkershoek pregunta: "Legatus an jurisdictionem prorogare et fori privilegio renunciare possit"; y da el siguiente parecer: "Ego vero, quicquid earum rerum sit, non ausim dicere, legatum inconsulto principe, iuri suo renunciare posse; ad quid enim legatorum privilegia, quam ut ipsi principibus suis magis utiles sint, et eorum legatio nulla re impediatur? Magis igitur haec privilegia pertinent ad causam Principis, quam ipsius legati: sibi renunciatione sua legatus nocere potest, Principi non potest." (c. XXIII.)

(80) "Pero si el embajador quiere renunciar en parte á su independencia, y sujetarse á la jurisdicción del Estado en cuanto á los asuntos civiles, lo puede en verdad, siempre que lo haga con el consentimiento del soberano. Sin ese consentimiento, el embajador no tiene derecho á renunciar los privilegios que atañen á la dignidad y al servicio del soberano, y que se fundan en los derechos del mismo, concedidos en su beneficio, y no en el del ministro." (IV. VIII. 111.)

(81) "El soberano del Estado puede renunciar los derechos que se conceden á los embajadores; pero los embajadores mismos no ejercen esa facultad, porque tales derechos son relativos, no á su conveniencia privada, sino al honor del soberano, al bien del Estado y á la felicidad de todas las naciones." (II. CXLIV.)

(82) "El agente diplomático puede renunciar expresa ó tácitamente la inmunidad, y sujetarse á la jurisdicción territorial en materia civil." (III. § 1309.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

215. El cargo del agente diplomático termina :

1°. Por haber expirado el tiempo fijo de la legación, ó cuando el ministro es *ad interim*, si el propietario se hace cargo de su destino. En estos dos casos no son necesarias letras de retiro :

2°. Cuando se ha cumplido el objeto de la legación :

3°. Por la presentación de las letras de retiro :

4°. Cuando expira el cargo del soberano que envió al agente diplomático :

5°. Cuando el ministro, á causa de incidentes sobrevenidos durante su cargo, lo declara terminado :

6°. Cuando el gobierno ante quien está acreditado declara terminada la legación :

7°. Si el agente diplomático cambia de carácter, porque pasa á una categoría inferior ó superior.

Ya hemos visto (206) que sea cual fuere el motivo porque termine la legación, el agente diplomático goza de todas las inmunidades y privilegios hasta salir del territorio, y que sólo en casos muy excepcionales puede ser conducido por la fuerza hasta la frontera. En el estado actual de las relaciones entre los pueblos esos casos son tan raros que apenas si ocurre alguno en medio siglo.

III

De los navíos de guerra (*)

216. Prescindiéndose del contraste entre el aparato de fuerza y medios de defensa que los navíos de guerra presentan y el carácter pacífico é inofensivo de los buques mercantes; hay entre unos y otros notable diferencia; la cual origina la desigualdad de sus derechos é inmunidades en las relaciones internacionales.

Los buques mercantes, equipados por meros ciudadanos

(*) Ortolan. (T.). I. cap. X. (a) — Phillimore. I. CCCXLI-CCCL. —Calvo. III. § 1550-1259.

(a) Hemos traducido á tan notable escritor.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

para fines puramente comerciales y por el interés personal no pueden considerarse sino como la habitación movible de sociedades privadas. Hállanse, pues, bajo el imperio de la nación á que pertenecen, la cual debe protegerlos; pero ni su capitán ni sus oficiales ni otra persona de la tripulación representa al gobierno; y á pesar de la autoridad de policía y de disciplina que las leyes conceden al capitán y á los oficiales, ninguno de ellos, propiamente hablando, es funcionario público.

Los navíos de guerra, al contrario, armados por el Estado mismo y para su defensa, le representan en nación extranjera; sus comandantes y oficiales son como delegados del poder ejecutivo, y, en ciertos casos, del poder judicial. De ahí que tales navíos participan de la independencia y soberanía del poder que los arma, y tienen derecho al respeto y honores debidos á dicha soberanía: esto es lo que reconocen y exigen las leyes internacionales. (83)

217. Lo primero que se deduce de la diferencia esencial entre los buques mercantes y los de guerra consiste en los requisitos de su existencia y los medios de prueba de la nacionalidad. Compréndese que todo cuanto hemos dicho á este respecto acerca de los primeros, no es aplicable á los segundos.

Las pruebas de la nacionalidad y del carácter de un navío de guerra son el pabellón y la llama colocada en lo alto de los mástiles; la declaración del comandante, prestada, si fuere necesario, por su palabra de honor; la comisión conferida al comandante, y las órdenes que éste ha recibido del soberano.

Si bien el pabellón y la llama son signos visibles, no merecen fe sino cuando están apoyados en un cañonazo. Puede exigirse la declaración del comandante; pero las

(83) "Siendo armados los navíos de guerra por el gobierno de un Estado independiente, sus comandantes, oficiales y tripulación son verdaderos funcionarios del Estado, delegados ó agentes de la fuerza pública extranjera; de lo cual se sigue naturalmente que los navíos de guerra, como propiedad del gobierno, tienen derecho á la independencia y al respeto debidos al poder soberano de quien son representantes armados." (Calvo. III. § 1550.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

otras pruebas se presumen, y, ora en alta mar, ora en otra parte, ninguna potencia extranjera tiene el derecho de exigir que se exhiban. Además, los navíos de guerra llevan tantos signos indubitables de que pertenecen al Estado cuyo pabellón enarbolan, que acerca de éstos es difícil engañarse ni poner en duda su carácter.

En algunas naciones el pabellón de los buques mercantes es diverso del de los navíos de guerra; el cual se denomina pabellón militar.

218. En 1782 hubo controversia entre España y Dinamarca en cuanto á la corbeta *San Juan* llevada á Cádiz como sospechosa de haber abusado del pabellón militar; y tal controversia originó notas diplomáticas entre varias potencias. El gobierno danés pretendía que el único signo indispensable en los navíos de guerra es el pabellón militar; España vacilaba en admitir tal principio, que suponía nuevo, y consultó tanto á los Estados Generales de Holanda como á Rusia, prometiendo aceptar la decisión.

Los Estados Generales, dando el parecer de que se devolviese la corbeta danesa, declararon que preferían no determinar si en vista del pabellón solo podía distinguirse precisamente un navío de guerra de uno mercante.

Rusia fue más explícita, pues opinó :

1°. Que conforme á los principios del derecho internacional, un navío que según los usos de la nación á que pertenece está autorizado para enarbolar el pabellón militar, debe considerarse como navío armado en guerra; y

2°. Que ni la forma del navío, ni su destino anterior, ni el número de individuos que componen su tripulación, puede alterar esa calidad esencial, siempre que el comandante sea de la marina militar.

No hay, á lo que sepamos, ningún tratado ni otro documento público en que el principio expuesto por Rusia se hubiese después reconocido; pero lo es incontestablemente por la costumbre general.

219. En cuanto á nosotros, juzgamos que tal principio es razonable, y le damos aún mayor extensión, porque también comprendemos entre los navíos de guerra los armados comercialmente por el Estado, esto es, los navíos destinados en especial á transportar tropas, víveres ú otros objetos pertenecientes al gobierno, y que comandados por capita-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nes para largos viajes ó por alféreces auxiliares, ó por oficiales de marina retirados, tengan llama aunque poca tripulación y pocos cañones ó ninguno. Para evitar disputas sobre palabras, de grado concedemos que tales navíos no son de guerra, por cuanto no se destinan á combatir ni resisten al enemigo; pero no dejan de ser navíos de la marina militar, ó, por mejor decir, navíos del Estado. En ese carácter tienen derecho á todas las prerrogativas é inmunidades de los otros navíos de guerra, (84) aunque la naturaleza del servicio á que se destinen y la calidad de los oficiales que los comandan deben disminuír necesariamente, en muchos respectos, las atribuciones de los oficiales y los honores que personalmente se les rinden.

220. Si los navíos de guerra difieren de los mercantes en los requisitos que constituyen su nacionalidad y en los signos conducentes á reconocerla, difieren más aún en los derechos esenciales de que gozan.

Por el hecho mismo de que los navíos de guerra son armados por el gobierno de un Estado independiente, que pertenecen á ese gobierno, que sus comandantes y oficiales son funcionarios públicos y ejercen el poder ejecutivo, y en ciertos casos, aún el poder judicial; que, en fin, todo individuo de su tripulación, sin distinción de grado, es agente de la fuerza pública; esos navíos, personificados, forman parte del gobierno, y como él, deben ser independientes. (85)

---

(84) " La inmunidad proveniente de la exterritorialidad se extiende á las embarcaciones, canoas, chalupas y otros accesorios ó dependencias de los navíos de guerra; mas no á las mercaderías ni á los navíos capturados por la violación de la neutralidad del Estado á donde las presas se han conducido. " (Calvo. III. § 1559.)

(85) Wheaton afirma que los buques mercantes se hallan bajo el imperio del Estado en cuyas aguas están surtos, y añade: " Pero la situación de los buques de guerra es muy diferente. Ellos forman parte de la fuerza militar de la nación, proceden bajo el mando inmediato y directo del soberano, y son empleados por él en el servicio nacional. El soberano tiene muchos y poderosos motivos para impedir que esos objetos tengan mal éxito por la intervención de un Estado extranjero, y tal intervención no puede efectuarse sin ofender gravemente á su poder y dignidad. " (II. II. § 10.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Así, sea cual fuere el lugar donde estén los navíos, por extraño que sea ese lugar al gobierno á que pertenecen, nadie tiene derecho de inmiscuirse en lo que pasa á su bordo, y menos todavía de penetrar en ellos por la fuerza. (86)

221. Se expresa generalmente esta regla por una metáfora convertida en costumbre, y tan acreditada, tan tradicional que para muchas personas ella es la razón justificativa de la proposición de que no es, á la verdad, sino una expresión figurada. Dícese que todo *navío de guerra es parte del territorio* de la nación á que pertenece, (87) y de ahí que aun cuando esté surto en puerto extranjero, se supone que los oficiales, la tripulación y cualquier otra persona que

---

(86) " Del principio que en cualesquiera circunstancias exenta á los navíos de guerra nacionales así de las autoridades como de la jurisdicción civil ó criminal del Estado extranjero donde se hallan surtos, se deduce que penetrar á su bordo por la fuerza es violar el pabellón; lo cual puede producir graves consecuencias y justificar la interrupción de las relaciones entre los Estados. " (Calvo. III. § 1553.)

(87) " En cuanto á los hijos nacidos en el mar, si nacen en el mar territorial son nacidos en el Estado; si nacen en alta mar, no hay razón para diferenciarlos de los que nacen en el Estado; porque no es el lugar del nacimiento el que confiere derechos, sino la extracción. Si los hijos han nacido en un navío de guerra, repútanse nacidos en el territorio; porque es natural considerar los navíos nacionales como porciones del territorio, especialmente cuando navegan en un mar libre, pues el Estado conserva su jurisdicción en esos navíos. Y como, según el uso comunmente aceptado, continúa la jurisdicción sobre el navío, aun cuando se halla en el mar territorial de una potencia extranjera, todos los hijos nacidos en los navíos de guerra nacen en el territorio. "(Vattel. I. XIX. § 216.)

" Los navíos nacionales que navegan en alta mar se consideran como partes flotantes del Estado, ó, empleándose la expresión de los jurisconsultos franceses, como la continuación ó la prorrogación del territorio. " (Heffter. § 78.)

" Según costumbre, tan perenne como universal, los navíos de guerra forman parte del Estado á que pertenecen, y están exentos de cualquier otra jurisdicción. "(Phillimore, I. CCCXLIV.)

" Los navíos de guerra forman parte del territorio del Estado cuyo pabellón enarbolan; por consiguiente aunque estén surtos en puerto extranjero, la tripulación y en general todas las personas que se hallan á su bordo están como si continuasen en su patria. " (Calvo. III. § 1550.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

se halle á bordo, están en el territorio y que en el mismo ocurren todos los actos que en el navío se ejecutan. Lo cual es una continuación, un resumen de la misma figura, ya se llame ese privilegio el privilegio ó el derecho de *exterritorialidad*.

Lampredi, (88) Azuni, (89) Schmalz, (90) Pinheiro-Ferreira (91) y otros escritores, combaten la *exterritorialidad* de los navíos de guerra. Inexacto es, á no dudarlo, que un navío forme parte del territorio de la nación ni que las personas que están en el navío se hallen en el territorio; no hay sino una matáfora, una figura de lenguaje, y esa figura, lejos de ser razón justificativa de la regla, debe demostrarse.

Pero sí es cierto que el navío es una habitación flotante, con tripulación sujeta á las leyes del respectivo Estado, y puesta bajo la protección del mismo; que el navío de guerra es, además, una fortaleza movible, que lleva parte del poder público del Estado, oficiales y tripulación que constituyen un cuerpo organizado de funcionarios y agentes militares ó administrativos de la nación.

Esto asentado, si el buque está en alta mar, sea buque mercante ó de guerra, ningún Estado extranjero tiene el derecho de inmiscuirse en su régimen exterior ó interior, de darle órdenes ni de prohibirle actos, ni menos de someterle á una jurisdicción extranjera; se halla únicamente bajo el imperio de las leyes del Estado cuya nacionalidad le ampara; toda relación que un navío extranjero tenga con él es relación internacional, que debe ser conforme á la costumbre ó estipulada por tratados; y eso por una razón sin réplica: la alta mar no se halla bajo el dominio de ningún pueblo, y los Estados soberanos son del todo independientes unos de otros. (92)

---

(88) I. § 10. p. 140
(89) Chap. III. art. 7. § 2.
(90) Liv. VIII. chap. II. p. 284.
(91) II. art. 18. § 50. p. 197. 198.
(92) " Ninguna autoridad extraña al gobierno á que el navío pertenece tiene derecho á inmiscuirse en lo que pasa á su bordo.
" Este punto no presenta dificultad ni podría originar ninguna objeción razonable mientras el buque navegue en alta mar; porque como ella no pertenece á ningún pueblo, los buques, cuales-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Pero si el navío llega á las aguas que pertenecen á un Estado extranjero, como las radas y puertos, ó á las aguas sometidas á la jurisdicción de tal Estado como el mar territorial á los alcances de tiro de cañón; se presenta entonces un conflicto de poder y soberanía. El navío con toda su tripulación, ¿se sujeta á las leyes de policía y de seguridad y á la jurisdicción del Estado en cuyas aguas se halla, ó queda exclusivamente, en todo cuanto ocurre á su bordo, bajo el imperio de las leyes, la autoridad y la jurisdiccion del Estado á que pertenece? ¿Cuál de los dos soberanos, el de las aguas donde el navío está surto, ó el de la nación dueño del navío, es el que prevalece? Ahí está la dificultad, formulada en la más sencilla y exacta expresión.

A tratarse de navíos de guerra, la costumbre internacional es invariable: estos navíos quedan únicamente bajo el imperio de su nación; (93) las leyes, autoridades y jurisdicción del Estado en cuyas aguas están surtos no les conciernen; con ellos no tienen sino relaciones internacionales por medio de los funcionarios que en las mismas deben intervenir.

---

quiera que sean, mercantes ó de guerra, propiedad privada ó pública, se hallan forzosamente bajo el imperio de las leyes del Estado que los protege con su nacionalidad, y con los buques extranjeros que encuentran no tienen sino relaciones de carácter internacional, regidas por la costumbre ó los tratados." (Calvo. III. § 1550. 1551.)

(93). "La razonable y verdadera exposición del derecho sobre este punto consiste que todo navío de guerra perteneciente á un Estado con quien hay relaciones de amistad, se halla exento de la jurisdicción de los tribunales de la nación en cuyas aguas territoriales el navío esté surto." (Phillimore. I. CCCXLVIII. A.)

"Un ejército extranjero que pasa por el territorio, ó la armada que esté en las aguas territoriales de otro Estado, con quien hay relaciones de amistad, se hallan exentos de la jurisdicción civil y criminal del propio Estado.

"Si no hubiere prohibición expresa, los puertos de un Estado amigo se presumen accesibles á los navíos de guerra pertenecientes á otro Estado con quien el Estado se halla en paz. Tales navíos están exentos de la jurisdicción de los tribunales y autoridades, bien entren á los puertos bajo el permiso implícito á falta de prohibición, bien por permiso expreso estipulado en tratados." (Wheaton. II. II. § 9.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Ahora bien, ¿fúndase tal costumbre en razón? ¿Puede defenderse teóricamente? ¿Acaso merece censura ó por lo menos las restricciones á que se pretende sujetarla?

Como el navío de guerra lleva parte de la autoridad pública del Estado á que pertenece, un cuerpo organizado de funcionarios y de agentes administrativos y militares; á someterse el navío y el cuerpo organizado á las leyes y autoridades de la nación á cuyas aguas pasa, se sometería en realidad una de las potencias á la otra, y serían imposibles las relaciones marítimas entre los Estados por medio de los navíos de guerra. Necesario, pues, ó renunciar tales relaciones, ó aceptarlas con los requisitos indispensables para que cada Estado conserve su independencia. (94)

El Estado dueño del puerto ó rada puede, á no dudarlo, prohibir que entren los navíos de guerra que le inspiren desconfianza; vigilarlos si cree que su presencia es peligrosa, ó intimarles que salgan; así como es libre, cuando están en mar territorial, para emplear respecto de los mismos las precauciones que á causa de su proximidad conceptúe necesarias. Sin perjuicio, eso sí, de constituírse responsable de ellas hacia el Estado dueño de los navíos; precauciones que, según los motivos de donde provengan ó la manera de efectuarlas, pudieran ser actos defensivos, injurias graves, ó aún causas de guerra.

Pero si recibe los navíos debe respetar en ellos la sobe-

---

(94) ". Observaremos con M. Dana, comentador de Wheaton, que las inmunidades de que gozan los navíos de guerra dependen más bien del carácter público que del militar; las cuales se conceden, no al navío de guerra, sino al navío nacional, que como tal participa de la soberanía.

" En este aspecto puede asimilarse en cierta manera el comandante de un navío de guerra á un agente diplomático acreditado ante un Estado extranjero, el Estado mayor y la tripulación que están á sus órdenes, al personal oficial y no oficial de una legación, en fin el navío mismo á la casa de una embajada.

" De esta asimilación, que de hecho ha establecido un uso universal, se deduce, como primera consecuencia, que todo navío de la marina militar y el conjunto del personal que encierra, gozan de la ficción de la exterritorialidad con todas las prerrogativas y las inmunidades que á ella se refieren. " (Calvo. III. § 1550.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

rania extranjera, y, por consecuencia, no puede pretender regir á las personas que estén á su bordo ni los actos que en él ocurren, ni ejercer en el navío autoridad ni soberanía. (95)

Así es como se ha resuelto el conflicto prudentemente, conservándose la independencia y soberanía de cada Estado.

222. La inviolabilidad debida dondequiera á los navíos de guerra como á fortaleza flotante de la nación que los ha armado, como á un cuerpo organizado por el poder público, no lleva consigo la irresponsabilidad de los oficiales que comandan los navíos; pero todos los actos que á ello se refieren, ya de parte del Estado en cuyas aguas los navíos estén surtos, ya en lo tocante á los navíos mismos, ya recíprocamente; todos esos actos, decimos, son de relaciones internacionales y las consecuencias ó reparaciones, si las hay, deben arreglarse por la vía diplomática. (96)

Además, esa inviolabilidad en nada mengua el derecho que tiene toda nación de emplear inmediatamente todos los medios de defensa, si el navío de guerra comete actos de hostilidad ó de agresión. (97)

---

(95) " Sobre la inmunidad de jurisdicción prevalecen sin embargo los derechos de propia conservación y de independencia soberana. Todo gobierno puede, pues, ya prohibir que los navíos de guerra extranjeros lleguen á sus puertos, si hay motivos graves para no seguir respecto á ellos las reglas ordinarias del derecho de gentes, ya para tomar precauciones de vigilancia y seguridad, si juzga peligrosa su presencia; y no transpasaria los límites de su derecho, si, en tal caso, intimase á los navíos que salgan del puerto ó mar territorial; salvo, naturalmente, el asumir la responsabilidad de esos actos; los cuales, según las circunstancias, pudieran dejar de ser defensivos, y convertirse en verdaderas ofensas en que se fundaría una guerra legítima. " (Calvo. III. § 1554.)

(96) " La inviolabilidad que doquiera se reconoce á los navíos de guerra y que se extiende á las personas que los mandan, no lleva consigo la irresponsabilidad de las mismas; pero las acciones contra ellas deben deducirse por la vía diplomática. " (Calvo. III. § 1557.)

(97) " Sea cual fuere la naturaleza y alcances de la exención de los buques de guerra ó mercantes de un Estado en cuanto á la jurisdicción local en las aguas territoriales de otro, es evidente que esta exención, expresa ó tácita, nunca puede justifi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

223. No impide tampoco que los navíos de guerra se hallen sujetos á las ordenanzas ó reglamentos sanitarios de la nación á donde lleguen. Las precauciones impuestas por tales ordenanzas ó reglamentos son requisitos para que los navíos sean admitidos en aguas nacionales, y no pugnan con el derecho de *exterritorialidad* de que gozan los navíos de guerra que llegan á esas aguas. (98)

224. De todo lo que precede se deduce que examinado á la luz de la razón el uso del derecho internacional positivo res-

---

car actos de hostilidad que, cometidos por el buque, sus oficiales y tripulación, violen la ley de las naciones, y atenten á la seguridad del Estado; ni privan á los tribunales y autoridades locales del derecho á emplear las precauciones de propia defensa y seguridad que el Estado puede requerir.

" Este justo y saludable principio fue aceptado en 1832 por la Corte de Casación francesa, en el caso del buque de guerra mercante, *el Carlo Alberto*, el cual, después de haber desembarcado en las costas del sur de Francia á la duquesa de Berry y algunas otras personas para excitar la guerra civil en la nación, cometió hostilidades en el puerto francés. La sentencia de la corte, oido M. Dupin aîné, revocó la decisión del tribunal que había ordenado se pusiera en libertad á los prisioneros tomados á bordo. La Corte se fundó en lo siguiente:

" 1°. Que el principio del Derecho de gentes, según el cual un navío extranjero, aliado ó neutral, forma parte del territorio de la nación á que pertenece, y por consecuencia goza de las inmunidades del territorio, deja de proteger á un navío que comete actos de hostilidad en el territorio francés, ajenos de su carácter de aliado ó neutral; como si, por ejemplo, se probase que tal navío se destinaba á servir de instrumento de conspiración contra la seguridad del Estado, y después de haber desembarcado algunas personas continuaba cerca de la costa con los demás conspiradores á bordo, á quienes por último desembarcó á pretexto de peligro....." (Wheaton. II. II. § 9.)

(98) " La única excepción, si tal puede considerarse, al principio de la inmunidad jurisdiccional es la que se refiere á la obligación de observar los reglamentos sanitarios del Estado á donde el navío de guerra va á llegar. En efecto, un Estado siempre es libre para prohibir la llegada á su territorio, ó no permitirla sino con ciertas cortapisas. Ahora bien, las precauciones sanitarias no son sino medidas higiénicas, condiciones lícitas puestas á la admisión de los navíos en las aguas de otro Estado, y no pueden considerarse como un menoscabo del derecho de exterritorialidad, que, por otra parte, no se garantiza sino á los navíos de guerra. (Calvo. III. 1558.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

pecto á los navíos de guerra; lejos de merecer censura, es necesario aceptarlo así en teoría como en práctica.

Pues bien, ¿es inexacta la expresión cuando se dice que el navío de guerra debe considerarse doquiera como una continuación del territorio nacional, ó, más propiamente, que el navío de guerra forma parte del territorio? Esta expresión no significa sino que en todas partes es necesario comportarse, en cuanto á los hechos que se ejecutan y á las personas que se hallan á bordo del navío de guerra, como si los hechos hubieren ocurrido en el territorio de la nación á que los navíos pertenecen, ó como si en el mismo estuvieren las personas; y siendo exacto que el navío de guerra, según el derecho internacional positivo, de acuerdo con la razón, es un espacio que, aun cuando movible, se halla sujeto, cual el territorio, á la soberanía de la nación, y solo á esa soberanía; ¿por qué rechazar una expresión figurada, que no enuncia sino tal semejanza? Enúnciala de la manera más viva, breve, pintoresca, y las mejores expresiones son las más breves. Enúnciala de manera que la comprenden todos, así el pueblo como los sabios, ya los marineros, ya los oficiales; é inapreciable es la ventaja de hacerse comprender de todos. En fin, refiere al navío la idea misma del suelo de la patria, confundiendo é identificando lo uno con lo otro, y arraiga en el corazón del marino el sentimiento instintivo de que el navío es la nación. Si tal expresión no se usara, si no fuese popular en todas las naciones, sería necesario inventarla!

225. Pero lo que hemos dicho en cuanto á los navíos de guerra surtos en aguas extranjeras, no es aplicable á los buques mercantes. (99) ¿Puede decirse que éstos son doquiera la continuación del territorio del Estado cuya bandera llevan? Algunos escritores lo afirman; muchos restringen la regla y sus consecuencias al único caso ya mencionado, esto es, cuando el buque mercante se halle en

(99) " Respecto á los buques mercantes ó privados, la regla general consiste en que excepto estipulaciones expresas, tales buques no se exentan de la jurisdicción territorial del puerto, ó aguas territoriales (*mer littorale*) en que están surtos. " (Phillimore. I. CCCLI.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

alta mar. Si la exactitud de la regla es, lo repetimos, un corolario evidente de la libertad de los mares, no puede dársele tanta extensión cuando el buque mercante se halla dentro de los límites marítimos de una potencia extranjera; porque entonces no goza plena é íntegra inviolabilidad. El registro de la aduana á que están sujetos, los guardas aduaneros que el navío lleva á su bordo, constituirían por sí solos violación del territorio, y el territorio es inviolable.

En efecto, como los buques mercantes no son navíos del Estado, no llevan una parte del poder público de la nación ni un cuerpo organizado de funcionarios ó agentes militares ó administrativos; cuando tales buques entran en aguas extranjeras, el conflicto de soberanía á soberanía, que hemos mencionado acerca de los navíos de guerra, no tiene razón de ser. La soberanía de la nación en cuyas aguas se halla el navío no pugna directamente con la soberanía de otro Estado. Luego, aunque los buques de propiedad particular se rijan, en lo tocante á su régimen interior, por las leyes de su nación, no están exentos de la autoridad pública del territorio donde se hallen, en cuanto al cumplimiento de las leyes de policía y de seguridad y de otras leyes generales análogas vigentes en ese territorio.

No se pueden igualar, empero, un buque mercante y su tripulación á las personas que viajan en nación extranjera ó permanecen en ella, y que, por solo ese hecho, se sujetan á las leyes y autoridades de la nación donde están.

Si bien el buque mercante no representa el poder del Estado á que pertenece, lleva una sociedad organizada y regida por las leyes del mismo Estado; su tripulación se ha enrolado sujetándose á esas leyes; el capitán está comisionado públicamente é investido de ciertas atribuciones.

Preséntase, pues, una situación intermedia que, si no es la de los navíos de guerra, no es la de los meros particulares y que permite ciertas atribuciones á dos soberanías distintas: por una parte la de las aguas territoriales donde el buque está surto; por otra la del Estado á que él pertenece. De lo cual resulta que si el buque mercante se halla sujeto á las leyes y autoridades de policía y de jurisdicción local, no lo está sino á medias, según los objetos de que se trata, con ciertas restricciones y requisitos de forma.

No se puede decir del buque mercante que todos los he-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

chos que ocurren á bordo se conceptúan sucedidos en el territorio del Estado á que él pertenece. Debe distinguirse entre esos hechos: en cuanto á unos, la regla es cierta, y no lo es en cuanto á otros; ó, por mejor decir, los buques mercantes, ya gozan del beneficio de la exterritorialidad, ya no lo gozan.

La distinción entre el círculo casi ilimitado de las franquicias de los navíos de guerra y el reducido de las de los buques mercantes, no sólo es derecho consuetudinario, sino que se halla positivamente establecida por cláusulas de muchos tratados de comercio y de navegación.

IV

Del ejército extranjero. (*)

226. Si un ejército extranjero pasa por el territorio de una nación, son applicables las siguientes reglas:

1ª. Para que tal ejército pueda pasar por el territorio de una nación, es necesario que el soberano de ésta haya concedido permiso:

2ª. Concedido el permiso, el ejército extranjero goza de *inviolabilidad* y *exterritorialidad*, sin que en ningún caso pueda estar sujeto á las autoridades de la nación por donde pasa:

3ª. Si los jefes, oficiales ó soldados cometen infracciones ó contraen deudas, hay derecho para perseguirlos ante las respectivas autoridades de la nación á que pertenecen:

4ª. No goza de ningún privilegio el ejército extranjero que entra en el territorio sin permiso del soberano; antes al contrario las autoridades de la nación tienen derecho para desarmarlo; y

5ª. Si por debilidad de la nación cuyo territorio es violado, no pudiere desarmar al ejército, ello no confiere á éste ningún derecho; y los atentados que el mismo cometa imponen la responsabilidad inherente á tal violación. (100)

(*) Wheaton. II. II. § 9.

(100) " Cuando un Estado independiente concede á un ejér-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

§ III. (*)

De las reglas sobre los límites locales de las leyes.

227. La disposición del art. 14, según la cual la ley obliga á todos los habitantes de la República con inclusión de los

---

cito extranjero permiso para pasar por su territorio ó permanecer en él, las personas que componen el ejército ó se hallan en sus filas, tienen derecho á las prerrogativas de la exterritorialidad. Tal permiso envuelve, en efecto, de parte del gobierno que lo acuerda, la renuncia tácita de sus derechos jurisdiccionales y la concesión al general y oficiales extranjeros del privilegio de conservar exclusivamente la disciplina entre sus soldados y de reprimir las infracciones que se cometan.

" Comprendense fácilmente los inconvenientes y los peligros de todo género á que estarian expuestas las tropas que pasan, si á su jefe se le privase de su dirección y policía, y se ejerciesen ellas por autoridades extranjeras. Apenas es necesario decir que para gozar de la inmunidad, el paso ó la permanencia de las tropas debe haberse solicitado y concedido en forma; y que si así no fuese, hubiera violación del territorio, un acto de hostilidad, que no pudiera conceder ningún derecho ni privilegio, sino los que confiere al enemigo una guerra declarada. Cuando el paso de la frontera es el resultado de circunstancias de fuerza mayor, y conserva un carácter inocente, el Estado ofendido continúa en el pleno ejercicio de su soberanía y jurisdicción; y no faltará á ningún deber internacional aprehendiendo y desarmando las tropas extranjeras que pisan indebidamente el territorio, y reclamando del jefe invasor legítima reparación. " (Calvo. III. § 1560.)

(*) Savigny. VIII. § 344-349. 360. 361.—Boullenois. I. p. 1-144. —D'Agueseau. V. p. 255-262.—Story. § 1-49.—Foelix. I. 9-24.—Merlin. Loi. § VI.—Dalloz. Lois. 385-388.—Zachariae. (M. V.) I. § 29.—Zachariae. (A. R.) I. § 31. n. II. III.—Demolombe. I. 68-74.—Laurent. I. 73-79. 81-98. 105-107. 122-140.—(D. C. I.) I. 1-5. 9-42. 80-91. 102-106. 120-124. 160-235. 361-415.—Baudry-Lacantinerie. I. 72-85.—Massé. I. 521. 522. 532-534.—Mailher de Chassat. 1-20. 29. 47-54. 58. 76.—Wheaton. II. II.—(H.) II. p. 371-385 —Phillimore. IV. I-XXX. CCCLII-CCCLIV.—Calvo. II. § 514-524 —Westlake. Chap. I. II.—Asser. 1-17.—Fiore. I. 1-40.—Lainé. I. II.—Weiss. III. chap. I. (p. 7-244).—Pradier-Foderé. III. 1592-1633.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

extranjeros, no es aplicable sino cuando se trata de los actos ó convenciones ejecutados ó celebrados en el territorio de Chile. El silencio del legislador en cuanto á los demás actos ó convenciones significa, no que él desconozca su eficacia ni menos que deniegue la administración de justicia á los ciudadanos ó extranjeros que reclamen ante los tribunales los derechos provenientes de tales actos ó convenciones, sino que acepta implícitamente los principios y reglas del *derecho internacional privado*.

Ninguna nación civilizada niega ahora que el derecho internacional público es obligatorio á todos los pueblos, y por eso cuando se originan controversias que conforme á él deben resolverse, los tribunales no vacilan al aplicarlo. Así, por ejemplo, á suscitarse juicio, civil ó criminal, contra un agente diplomático extranjero, los tribunales se declaran incompetentes *aplicando el derecho internacional*, aunque ninguna ley positiva hubiese reconocido expresamente la *inviolabilidad y exterritorialidad* de los ministros públicos.

Ahora bien, el derecho internacional privado es hoy día tan obligatorio como el derecho internacional público; pues la única diferencia entre uno y otro consiste en que según éste se dirimen las controversias entre las naciones como miembros de la sociedad universal, al paso que aquél no se refiere sino á los litigios entre los individuos de las mismas naciones. (101)

No se diga que el derecho internacional público dirime las controversias por medio de la guerra; ya que ésta no es el único medio de dirimirlas. Las naciones

---

(101) " Bajo la influencia del cristianismo y de la civilización que de él proviene, los Estados se hallan más y más ciertos de sus deberes internacionales y de los principios de justicia universal, y atendiendo también á sus ventajas recíprocas y mutuo interés (*mutuæ vicissitudinis obtentu ob reciprocam utilitatem*), que nacen de la imparcial administración de justicia así á los nacionales como á los extranjeros; han acordado tácitamente reconocer y adoptar algunas reglas comunes y máximas de jurisprudencia civil y criminal, respecto á los extranjeros que permanecen en el territorio, y respecto á la eficacia de las leyes de un Estado extranjero. " (Phillimore. IV. III.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

emplean el arbitraje, la mediación de otra, las represalias; y no apelan á la guerra sino cuando tales medios son ineficaces.

En cuanto al derecho internacional privado, los ciudadanos acuden siempre á los tribunales, alegando en su defensa únicamente la justicia y los principios. Pero es necesario confesar que las reglas de derecho internacional privado no son aplicables sino cuando faltan las reglas expresas que cada nación fija.

Inexacto nos parece, pues, lo expuesto acerca de esta materia por Laurent; el cual opina que las reglas del derecho internacional privado no son aplicables sino cuando los tratados aseguran su eficacia. (102) De todo punto nugatoria sería esta ciencia, si sus principios no surtiesen efectos sino cuando hay tratados. La práctica de las naciones civilizadas, lo repetimos, ha establecido lo contrario; pues aun en los pueblos menos liberales para con los extranjeros, como Inglaterra, se les concede el derecho de litigar ante los tribunales, y se aplican las leyes extranjeras que rigen el acto ó contrato, en cuanto no se opongan á las instituciones especiales del Estado. (103)

---

(102) " Sea cual fuere la influencia que se conceda á la doctrina, puede afirmarse que ésta no se considera como fuente del derecho internacional positivo. Aun cuando los jurisconsultos fuesen los intérpretes de la conciencia nacional, sería muy difícil, por no decir imposible, que el juez fundase sus decisiones en sistemas que son contradictorios. Si consulta á los autores franceses, se halla en la incertidumbre proveniente de la distinción de los estatutos reales, personales y mixtos. Si acude á los legistas anglo-americanos, no aplicará sino la ley nacional, y rehusará aplicar la ley extranjera cuando los intereses de su nación pueden perjudicarse. Los escritores italianos le dirán, al contrario, que debe atender sólo á la ley personal, á menos que se oponga á ella el orden público y las buenas costumbres. Si para libertarse de esa contradicción en las opiniones, apela á la ciencia alemana, hallará tantos sistemas como autores. Hé aquí una singularísima conciencia general!.

" Si las leyes, las costumbres y la teoría no le bastan al juez llamado á dirimir las controversias internacionales, no le quedan sino los tratados. " (D. C. I. I. 36.)

(103) " En Inglaterra, los súbditos de los otros Estados cris-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

228. Según Westlake (104) el derecho internacional privado consiste en el conjunto de reglas que sirven para determinar qué ley, entre varias de distintas naciones, es la aplicable á la respectiva controversia. Esta definición nos parece la mejor de las que se han dado sobre la materia, (105) y ella es del todo conforme á las doctrinas de Savigny (106) y Phillimore; (107) quie-

---

tianos son regidos, generalmente hablando....., por los mismos principios y leyes que los nacionales de Escocia y las colonias. El *ius gentium* es la ley de todas las naciones.

" Lo mismo puede decirse de los otros Estados, especialmente de Prusia; pero, en cuanto á Francia, son necesarias muchas restricciones.

" Nótese que esta parte de la jurisprudencia se ha desarrollado más científicamente que las otras por los jueces y los jurisconsultos y que libre ella del procústeo sistema de la legislación positiva, ha formado un hermoso sistema bajo el influjo de los principios científicos, que fundados en la conciencia, razón, y experiencia, trabajan por resolver el gran problema de la ley ó justicia civil. El juez que decide qué ley es la que dirime una controversia jurídica que se relaciona con las leyes de diversos Estados, debe aplicar las leyes positivas á que tal controversia se halla propiamente sujeta, sin distinguir si esa ley es la nacional ó la de un Estado extranjero. " (Phillimore. IV. X. XI.)

(104) Chap. I.

(105) " Se llama derecho internacional privado (*ius gentium privatum*) el conjunto de reglas según las cuales se dirimen los conflictos entre el derecho privado de las diversas naciones; en otros términos, el derecho internacional privado se compone de las reglas relativas á la aplicación de las leyes civiles ó criminales de un Estado en el territorio de un Estado extranjero. " (Fœlix. I. 1.)

" El conjunto de las reglas que dirimen los conflictos entre las leyes civiles y criminales de diferentes Estados, se llama derecho internacional privado, para distinguirlo del derecho internacional que regula las relaciones entre los Estados. " (Wheaton. II. II. § 1.)

(106) " La mayor parte de los autores que han escrito sobre esta materia, se ocupan exclusivamente en los conflictos como el único problema de resolverse; lo cual no es exacto. Hé aquí la filiación natural de las ideas. En cuanto á las reglas de derecho se pregunta, qué hechos jurídicos están sujetos á estas reglas; y en cuanto á los hechos jurídicos, á qué reglas están sujetos. El problema relativo á los límites del imperio de las reglas, y á las dificultades que la demarcación de esos límites origina, ó los conflictos, son por su naturaleza problemas subordinados y secundarios. " (Savigny. VIII. § 344.)

(107) " El derecho internacional privado se ha discutido ge-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nes afirman que el problema del *derecho internacional privado* consiste, no en dirimir el conflicto entre varias leyes, sino en determinar precisamente qué ley es la aplicable á cada controversia. No siempre hay conflicto entre las leyes de dos ó más naciones; pues en ciertos casos el derecho positivo determina qué ley es la aplicable, y, en otros, la aplicación depende de la voluntad expresa de las partes. Si, por ejemplo, dos chilenos hubiesen contratado en nación extranjera, estipulando que las diferencias provenientes del contrato se dirimirían según las leyes y por los tribunales chilenos, claro es que entonces no hubiera ni sombra de conflicto.

La parte del derecho internacional privado relativa sólo á las materias civiles, y en la que debemos ocuparnos exclusivamente, se denomina con mucha propiedad por Laurent *derecho civil internacional*.

A causa de las frecuentísimas comunicaciones entre los pueblos, diariamente se presentan dificultades al determinarse la ley aplicable á una controversia judicial. Un chileno ha contratado en otra nación con un extranjero, y le exige en Chile el cumplimiento del contrato. ¿Qué ley será entonces la aplicable? (108)

---

neralmente en obras que tienen el título de *Comentarios* sobre el *Conflicto de las leyes*, y esa manera de tratar la materia no es á la verdad filosófica. Según Savigny, el orden natural consiste en preguntar, en cuanto á las reglas de derecho que deben aplicarse, qué hechos jurídicos están sujetos á ellas; y en cuanto á los hechos jurídicos á qué reglas están sujetos. La investigación concerniente á los límites de la soberanía territorial y á las dificultades y disputas que nacen de la demarcación de esos límites ó conflictos, es por su naturaleza un problema secundario y subordinado. " (Phillimore. IV. VII.)

(108) " En un lugar determinado se suscita una controversia sobre el cumplimiento de un contrato ó sobre la propiedad de una cosa. Pero el contrato se ha celebrado ó la cosa está en un lugar distinto de aquel donde ejerce jurisdicción el tribunal; y esas dos localidades tienen un derecho territorial diferente. Además, las partes pueden estar personalmente sujetas á la jurisdicción del tribunal ó á una misma jurisdicción extranjera, ó á dos jurisdicciones extranjeras distintas. El hecho jurídico litigioso se halla, pues, en relación con todos estos derechos locales, y se averigüa según qué ley debe decidir el juez. Así

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

229. Entre los romanos apenas si se conocían las reglas concernientes al derecho internacional privado. Sabido es que las leyes dividían los habitantes del imperio en ciudadanos, latinos y peregrinos.

Tenemos datos inequívocos, suministrados especialmente por Gayo, de que los peregrinos estuvieron sujetos á la ley de la nación á que pertenecían. (109)

Esa diferencia de ciudadanos latinos y peregrinos de-

---

es como debe plantearse el problema del conflicto en su aplicación á los derechos territoriales." (Savigny. VIII. § 346.)

"El conflicto se agrava cuando las leyes difieren no sólo en cuanto á la capacidad de las personas, sino también en cuanto á los bienes materia del hecho jurídico, en cuanto á los requisitos para la validez del acto, requisitos intrínsecos y forma de los instrumentos. Tres ó cuatro leyes pueden hallarse en conflicto: la ley nacional, la *lex rei sitæ* de los inmuebles, la ley ó leyes del domicilio de las partes, la ley del lugar donde el instrumento público ó privado se ha extendido. En fin, otro elemento puede modificar todas estas reglas: á tratarse de leyes que se limitan á prever la intención de las partes contratantes, ¿debe prescindirse de las distinciones de nacionalidad, de domicilio, de situación de los bienes, para atender exclusivamente á la voluntad? Pero, ¿cuál es esa voluntad? A tratarse, al contrario, de leyes que atañen á los derechos de la sociedad, ellas prevalecen sobre todos los estatutos; pero ¿cuáles son esos derechos?" (Laurent. D. C. I. I. 10.)

(109) "Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus. Idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse." (I. 55.)

"Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatem iure contingit..... (I. 189). Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt; ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse iubet, aut filium eius puberem. (I. 193)..... aetatem pervenerit, in qua res suas tueri possit; sicuti apud peregrinas gentes custodire superius indicavimus." (I. 197.)

"Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut datorum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est." (III. 134.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sapareció cuando Caracalla declaró ciudadanos á todos los súbditos del imperio. (110)

A los extranjeros (llamados *bárbaros* por los romanos) no se les concedió ningún derecho, y por lo mismo no podía haber conflicto entre los límites locales de las leyes.

230. Cuando la caída del imperio romano, los bárbaros del norte establecieron como principio que cada individuo estaría sujeto á las leyes de su nacionalidad, y entonces tampoco era posible conflicto alguno entre las legislaciones; pues, en caso de controversia judicial, la única ley aplicable era la de la nación á que el reo pertenecía. (111)

---

(110) In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt. (D. I. V. 17.)

" Las ideas, y, á la verdad, la situación de Caracalla fueron muy distintas de las de los Antoninos. Indiferente, ó más bien adverso á la felicidad de su pueblo, vióse en la necesidad de satisfacer la avaricia que había dispertado en el ejército. De las varias contribuciones impuestas por Augusto, la vigésima parte de las herencias y legados fue la más productiva, la más general. Como su influencia no se limitó á Roma ó á Italia, el producto se aumentaba continuamente con la mayor extensión de la *ciudad romana*. Los nuevos ciudadanos, aunque igualmente gravados con nuevos impuestos, que no los gravaban como á subditos, obtenian amplia compensación con las preeminencias y privilegios que adquirian, y la hermosa perspectiva de honores y riquezas prometidos á su ambición. Pero los favores comprendidos en esta distinción se perdieron en la prodigalidad de Caracalla, y las desobedientes provincias fueron compelidas á asumir el vano título y las obligaciones reales y positivas de ciudadanos romanos. " (Gibbon, I. VI, p. 113.)

(111) " Cuando los Godos, los Borgoñones, los Francos y los Lombardos fundaron nuevos Estados, en que los romanos no conservaron dominación ni influencia, esos bárbaros podian tratar á los vencidos de distintas maneras. Podian destruir la nación exterminando ó esclavizando á todos los hombres libres. Podian también incorporársela imponiéndole las costumbres, constitución y leyes de Germania. Pero nada de esto sucedió. Porque si muchos romanos fueron muertos, expelidos ó esclavizados, esos rigores no alcanzaron sino ó los individuos, y nunca se dirigieron contra la masa de la nación según un plan uniforme. Lejos de eso, confundidas en un mismo territorio, las dos naciones conservaron costumbres y leyes distintas, que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Continuó tal estado de cosas durante cinco siglos, y confundiéndose después las razas, y establecido el feudalismo, hubo una reacción que surtió el efecto de que las leyes fuesen meramente territoriales, esto es, que cada Estado aplicaba sólo las suyas, prescindiendo absolutamente de las leyes de los otros Estados.

Esa reacción fue natural, pues la soberanía era inherente al dominio del territorio, y cada barón, que se hallaba en pugna con los demás, no juzgaba sino por las leyes ó fueros de su feudo. (112)

231. El paso de la personalidad á la territorialidad del derecho tiene grande importancia en la ciencia de los límites locales de la ley; pues, transcurrido poco tiempo, hubo de acudirse á la doctrina de los *estatutos* (113) para dirimir las controversias entre los ciudadanos de diversos pueblos.

---

engendraron esa especie de derecho civil llamado derecho personal ó leyes personales, en contraposición al derecho territorial. Es un principio de los tiempos modernos que el derecho se determina por el territorio, y que él rige las propiedades y los contratos de todos los que lo habitan. En este sentido los ciudadanos apenas se diferencian de los extranjeros, y no tiene influencia el origen nacional. Pero en la edad media era de otro modo : en un mismo Estado, en una misma ciudad, el lombardo vivia según la ley lombarda, el romano según la ley romana. El espíritu de las leyes personales reinaba igualmente entre los individuos de las diversas tribus germánicas, y los Francos, los Borgoñones, los Godos, vivían en un mismo suelo cada uno según su derecho. Así se explica el pasaje siguiente de una carta de Abogardo á Luis el Piadoso : ' A menudo se ve que conversan cinco personas, cada una de las cuales obedece á distintas leyes'. " (Savigny, H. I. § 30.)

(112) " Cuando los pueblos á quienes se aplicaban los derechos personales hubieron desaparecido, y su mezcla produjo nuevas naciones, los derechos personales de los antiguos pueblos debieron también desaparecer. Ahora bien, hé aquí como pasaron las cosas: el sistema feudal confundió las diversas tribus, y formó una nación compuesta de siervos y vasallos. El derecho feudal había tomado la mayor parte de sus disposiciones de los derechos personales que reemplazó; pero el origen perdió toda influencia, cuando cada persona se convirtió, al nacer, en vasallo de un señor y no en miembro de una nación. " (Laurent. D. C. I. I. 113.)

(113) " En su acepción primitiva, la palabra *estatuto* servía,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si bien en la mayor parte de los feudos los individuos permanecían, por decirlo así, arraigados al suelo, y no había por lo mismo conflicto entre las legislaciones, las repúblicas italianas, (114) florecientes ya en la edad media á consecuencia del comercio, se comunicaban con los demás pueblos, y de ahí los conflictos entre las respectivas leyes.

232. En esa época se difundió en Italia el estudio del derecho romano, y los *glosadores* establecieron cátedras para explicarlo. Se les llamaba *glosadores* porque en las compilaciones de leyes ponían notas ó *glosas* aclaratorias: y aunque después extendieron sobre modo los comentarios, éstos se denominaron siempre *glosas*, y sus autores, *glosadores*; (115) nombre que conservaron to-

---

en la edad media, para designar las leyes especiales, municipales ó provinciales, que regían, en Italia, tal ciudad ó tal provincia, y que se contraponían á la palabra ley, que comprendía todas las disposiciones de interés general concernientes al territorio integro, esto es, el derecho romano ó el derecho lombardo considerado como legislación del derecho común. La teoría de los estatutos tiene, pues, en su origen, por principal objeto dirimir los conflictos suscitados, en una misma soberanía política, á causa de la pugna entre las legislaciones locales.....

" Además de su significación originaria y restringida, la palabra estatuto tomó, pues, en esta materia un sentido mucho más extenso, convirtiéndose en sinónimo de ley. " (Weiss. III. chap. I. § I. p. 10. 11.)

(114) " En todas partes reinaba el régimen feudal, hasta en la patria del derecho romano; los libros de los feudos se redactaron en Italia. Pero otro elemento acabó por dominar el feudalismo; el comercio y la industria se desarrollaron á maravilla en las ciudades italianas, que en breve se convirtieron en repúblicas independientes. De ahí un movimiento intelectual desconocido en lo demás de la Europa feudal. Italia fue el teatro del primer renacimiento, el de la ciencia del derecho, á que los glosadores dieron su nombre. " (Laurent. D. C. I. I. 20.)

(115) " En su origen las glosas eran explicaciones cortas de una palabra difícil, colocadas entre las líneas del texto (glosas interlineales), ó bien explicaciones más extensas y colocadas al margen, que poco á poco formaron una especie de comentario perpetuo. De ahí también la etimología de la palabra glosa. Glosa que entre los antiguos gramáticos designaba una expresión ininteligible ú oscura, tomó después doble acepción. Prime-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dos los intérpretes del derecho romano desde el siglo XII hasta el XVI.

El más notable de los glosadores fue Bártulo, que al comentar las palabras *cunctos populos*, (116) con que comienza el Lib. I. tit. I. del Código de Justiniano, bosquejó la división de los *estatutos*, en *personales*, *reales y mixtos*. (117)

---

ramente se llamo glosa la interpretación de esa palabra ininteligible, por medio de una palabra conocida y sinónima; después se llamó glosa todo comentario, aun el que se referia, no á las palabras del texto, sino á la esencia de las cosas. Ignórase si los antiguos autores latinos daban ya á la palabra glosa el primer significado; pero Isidoro se lo da expresamente. Ese nombre convenia, pues, muy bien á las explicaciones del texto hechas por los jurisconsultos de Bolonia: por ejemplo Irnerio. Cuando estas explicaciones literales se cambiaron gradualmente en verdadero comentario, pareció natural conservarles el nombre de glosa. Este último sentido, que difiere mucho del sentido primitivo, se hallaba bien establecido en el siglo XII. No olvidemos la analogia entre el nombre de la glosa ordinaria y la glosa interlineal de la Biblia; la primera de las cuales se hallaba generalmente difundida hacia la mitad del siglo IX. Pronunciándose más suavemente, en breve de *glossa* se hizo *glosa*, forma que se conserva en la palabra francesa *glose* y en la italiana *chiosa*, *ghiosa* y *glosa*. Talvez por un error de pluma ó por errónea etimologia, de *glosula* se ha formado cláusula. " (Savigny. II. III. § 207.)

(116) "De summa Trinitate et fide Catholica, et ut nemo de ea Publice contendere audeat."

"*Cunctos populos* quos clementiae nostrae regit imperium in tali volumus religione versari quam divum Petrum Apostolum tradidisse Romanis religio usque adhuc ab ipso insinuata declarat." (Cod. Lib. I. tit. I).

(117) Como es en extremo rara la obra de Bártulo, y muy curioso el comentario, prestamos un servicio á nuestros lectores insertando el *extracto* hecho por Phillimore.

DE SUMMA TRINITATE.—*Rubric. Lex Prima*

1. Relativum, *quis*, ponitur declarative, augmentative, et restrictive.
2. Lex non debet esse de ludibrio.
3. Verbum, *volo*, quandoque inducit dispositionem.
4. Relativum, *quis*, vel *qui*, est relativum substantiae.
5. Religio, quo modo sumatur, et quid nobis afferat.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Después de los glosadores vienen los estatutarios, entre

---

6. Usurae quando possunt de mente et voluntate iuris civilis exigi et ut interesse peti. Nu. 8.
7. Minus malum permittitur, ut evitetur maius.
9. Dementia alia vera, alia ficta.
10. Argumentum de periuro ad haereticum, quando procedat.
11. Haeretici hodie sunt infames, et repelluntur a testimonio.
12. Infames de facto quando possunt testificari.
13. Haeretici qua poena puniantur.
14. Statutum loci contractus quoad solemnitatem eius attenditur.
15. Quoad ordinem (ordinationem?) litis inspicitur locus iudicii.
16. Locus contractus circa dubia, quae oriuntur tempore contractus, secundum naturam ipsius inspicitur, fallit in dote. Nu. 17.
18. Statuta quaenam circa dubia, quae oriuntur post contractum, propter negligentiam, vel moram, attendantur.
19. Statutum loci viri, quoad lucrum dotis, inspicitur.
20. Restitutio ex laesione contingente in ipso contractu, quando petitur, quod statutum attendatur. Forensis deliquens in loco secundum quae statuta puniatur.
21. Statutum, quod testamentum coram duobus testibus possit fieri, valet; et Nu. 22. Et an comprehendant forensem ibi testantem, Nu. 24.
23. Solemnitas publicandi testamentum, potest per statutum minui, et mutari.
25. Statutum circa ea, quae sunt voluntariae iurisdictionis, comprehendit forenses.
26. Statutum, quod filiusfamilias possit testari, non comprehendit filiusfamilias ibi testantem.
27. Statutum ubi res est sita, servari debet.
28. Statutum, et consuetudo laicorum, quando ligent clericos, et servari debeant in curia episcopi.
29. Statuta contra privilegia clericorum dicuntur esse contra libertatem eclesiae.
30. Consuetudo laicorum in his, que pertinent ad processum servatur in loco eclesiastico.
31. Statutum, quod testamenta insinuentur, ligat clericos.
32. Statutum quandoque porrigit effectum extra territorium
33. Statutum quod filia femina non succedat, cum sit prohibitorium, et odiosum, non trahitur ad bona alibi sita.
34. Statutum permissivum quando habeat locum extra territorium.
35. Instrumenta confecta a notario extra territorium, faciun ubique fidem.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

los cuales fueron los más notables Pablo y Juan Voet, Hu-

---

36. Testamentum conditum coram quatuor testibus, secundum dispositionem statuti loci, valet, etiam quoad bona sita extra territorium.

37. Lex potest facere, quod quis decedat pro parte testatus, et pro parte intestatus,

38. Statutum habilitans personam, quando trahatur extra territorioum; et Nu. 41.

39. Actus voluntariae iurisdictionis non possunt exerceri extra iurisdictionem concedentis, qui sit inferior a principe; Nu. 40.

41. Aditio haereditatis porrigit effectum suum extra civitatem et Nu. 43.

42. Consuetudo Angliae, quod primogenitus succedat in omnibus bonis, quando trahatur ad bona alibi sita.

44. Statutum punitivum quando porrigat effectum suum extra territorium.

45. Delinquens in loco, efficitur de iurisdictione loci.

46. Forenses duo existentes in exercitu Perusino, si in territorio Aretino delinquant, poterunt puniri per potestatem Perusii.

47. Statutum punitivum simpliciter loquens, quando comprehendat civem delinquentem extra territorium, ad hoc, ut possit contra eum procedi, et puniri secundum statuta suae civitatis, et Nu. 48.

49. Cautela in formanda inquisitione contra civem delinquentem extra territorium.

50. Poena imposita, quando extendat effectum suum extra territorium indicantis.

51. Publicatio bonorum an extendatur ad bona alibi sita. Et ad quem dominum pertineant.

La sección 14ª principia como sigue:

"Nunc veniamus ad Gloss. quae dicit *Quod si Bon.* etc. cuius occasione videnda sunt duo, et primo utrum statutum porrigat extra territorium ad non subditos—, secundo utrum effectus statuti porrigat extra territorium statuentium.

"Et primo quaero quid de contractibus. Pone contractum celebratum per aliquem forensem in hac civitate, litigium ortum est et agitatur lis in loco originis contrahentis. Cuius loci statuta debent servari vel spectari, quia illae quaestiones sunt multum revolutae omissis aliis distinctionibus plenius quae Doctores dicant hic distingue.

"Aut loquimur de statuto aut de consuetudine quae respiciunt ipsius contractus solemnitatem aut litis ordinationem, aut de his quae pertinent ad iurisdictionem ex ipso contractu evenientis executionis.

"14. Primo casu inspicitur locus contractus (ut l. si fundus de evic. et l. 2 quam ad test. ap.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

bero, Dumoulin, D'Argentré, Boullenois, Rodemburgo y Bouhier. (118)

" Secundo casu aut quæris de his quae pertinent ad litis ordinationem et inspicitur locus iudicii. . . . . .aut de his quae pertinent ad ipsius litis decisionem, et tunc, aut de his quæ oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus, aut de his quae oriuntur ex post facto propter negligentiam vel moram. Primo casu inspicitur locus contractus, et intelligo locum contractus ubi est celebratus contractus, non de loco in quem collata est solutio. Nam licet fundus debeat solvi ubi est tunc inspicitur locus celebrati contractus. Fallit in dote § ut, &c. propter rationem ibi positam in textu.

"Secundo casu aut solutio est collata in locum certum aut in pluribus locis alternative, ita quod electio sit actoris, aut in nullum locum quia promissio fuit facta simpliciter.

"Primo casu inspicitur consuetudo quae est in illo loco in quem est collata solutio.

"Secundo et tertio casu inspicitur locus ubi petitur.

"Ratio praedictorum est quia ibi est contracta negligentia seu mora."

"Ex praedictis possunt solvi multae quaestiones," y propone un ejemplo: "Statutum est Assisii, unde est mulier ubi est celebratus contractus dotis et matrimonii, quod vir lucretur etiam (tertiam) partem dotis uxore moriente sine liberis; in hac vero civitate Perugii, unde est vir, statutum est quod vir lucretur dimidium, quid spectabitur? certe statutum terrae viri."

(118) " Denomino *estatutarios* (*statutaires*) (a) á la numerosa escuela de jurisconsultos que, desde el siglo XVI, se ocuparon en el derecho civil internacional. Sea cual fuere su disentimiento, todos reconocen un punto de partida común, esto es, la división de los estatutos en *personales* y *reales:* los primeros inherentes á las personas, y que las siguen á donde quiera que ellas residen, sin atenderse á los fueros territoriales; los segundos limitados al territorio donde se originan, pero aplicables á todos los que en él se hallan, extranjeros ó indígenas. " (Laurent. D. C. I. I. 245.)

" La teoría de los estatutos no proviene del mundo romano ni del mundo bárbaro; tiene su origen en el feudalismo. For-

(a) La expresión es inadecuada, pero abrevia las explicaciones (b).

(b) La palabra *estatutario* nos parece muy preferible á *estatuario*, la cual, según el Diccionario de la Academia Española, significa así lo que se refiere á las estatuas como á los estatutos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

233. Denominaron *estatutos personales* las leyes que se refieren principalmente á las personas, aunque encierren disposiciones accesorias respecto de los bienes.

Estatutos reales, las leyes cuyo objeto principal son los bienes raíces, aunque en ellas se trate secundariamente de las personas.

Según algunos escritores son *estatutos mixtos* las leyes que se refieren, no á las personas ni á las cosas, sino á la forma de los instrumentos; y, según otros, las que se refieren á un mismo tiempo á las personas y á las cosas.

234. Para resolver el problema sobre los límites locales de la ley, se daban las siguientes reglas:

1ª. Los *estatutos personales* rigen á todas las personas domiciliadas en el territorio, aunque ellas residan en nación extranjera:

2ª. Los *estatutos reales* se aplican á todos los inmuebles situados en el territorio del legislador, sin distinción de las personas á quienes los inmuebles pertenecen:

3ª. Los *estatutos mixtos* se aplican á todos los actos ejecutados en la nación del legislador, aun cuando en otra se suscite el litigio.

235. La doctrina de los estatutos predominó durante largo tiempo, y aunque servía para dirimir los conflictos entre los límites locales de la ley, presentaba tan graves dificultades, que era un verdadero laberinto. Basta leer á Voet, Dumoulin, Boullenois....., para convencerse de que tal sistema no se fundaba en los principios de la cien-

---

mése cuando se hubo consumado la fusión de las razas, y cuando las sociedades nuevas, estrechamente unidas á su territorio, se incorporaron al suelo, estableciéndose la territorialidad del derecho. El día en que los súbditos de los pequeños Estados comenzaron á contraer entre sí relaciones jurídicas, principiaron las rivalidades entre las leyes ó fueros territoriales. ¿Era necesario que en cada lugar la ley local fuese la única aplicable por el juez, ó debía, según los casos, observar, ya la ley local, ya una ley extranjera? El principio fue en su comienzo la territorialidad estricta y absoluta de la ley. Pero en breve, bajo el imperio de la necesidad y la razón, ese principio se concilió con el espíritu de justicia. La territorialidad del derecho y la justicia son pues, las dos fuerzas cuyo choque originó la teoría de los estatutos." (Lainé. I. pág. 73.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cia. De ahí que los más eminentes jurisconsultos de todas las naciones (119) opinan que es necesario otro sistema para dirimir los conflictos que, en la época actual, se suscitan á cada paso. "Por medio del telégrafo," (120) dice Laurent, "contrata ahora un comerciante de Nueva York

---

(119) "No puede rechazarse esta teoría como absolutamente errónea; porque es susceptible de interpretaciones y aplicaciones muy diversas, entre las cuales puede haber algunas exactas. Pero como la teoría no es completa, y origina infinidad de equivocaciones, no podemos tomarla como base de la investigación de nuestros estudios." (Savigny. VIII. § 361.)

"El alemán Savigny, príncipe de los modernos jurisconsultos, decide que la división es susceptible de importantes aplicaciones y significados, y, por consecuencia, de encerrar doctrina verdadera. Pero rechaza la división en sí misma como muy poco satisfactoria, y, á causa de su ambigüedad, impropia como base del derecho internacional privado." (Phillimore. IV. CCCLXIV.)

"La anticuada distinción entre *estatutos personales, estatutos reales* y *estatutos mixtos,* del todo artificial, en vano empleada por tantos escritores para dirimir los conflictos entre las leyes privadas, no tiene la menor importancia, y sólo tiene valor histórico. Los datos que pueden servir para determinar el asiento de cada uno de los objetos á que las leyes se aplican son: el *domicilio de las personas, la situación de las cosas, el lugar de los hechos, el lugar donde el tribunal debe conocer en la controversia.* De la elección entre estas causas determinantes, depende la solución del problema. "(Freitas. Anotaciones al art. 4°.)

"La doctrina de los estatutos está abandonada hoy, á lo menos en el campo de la ciencia..... Esta teoría es contradictoria consigo misma..... Una doctrina tan incierta y contradictoria no puede ser la expresión de la verdad. Los últimos estatutarios, en vista de tantas controversias, llegaron á conocerlo, y acabaron por dudar de la realidad de su ciencia." (Laurent. D. C. I. I. 361. 364.)

"La teoría de los estatutos, cual ha llegado hasta nosotros, efectúa, eso no es disputable, un progreso respecto á la doctrina absoluta de la territorialidad de las leyes..... Pero razonablemente se le puede imputar que está en desacuerdo con las ideas aceptadas hoy sobre el fundamento y los límites de la soberanía, que atribuye al territorio exagerada importancia, que lo subordina casi siempre las personas, cuando al contrario á ellas pertenece en primer lugar el derecho, pues atendiéndose á las personas se han expedido, por regla general, todas las leyes, y sus derechos naturales é imprescriptibles limitan la soberanía." (Weiss. III. chap. I. t. I. s. VI. p. 45.)

(120) D. C. I. I. 33.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

con otro de Londres, Hamburgo, ó Berlin tan fácilmente como si ambos estuviesen en una misma población; y si se suscita controversia sobre el cumplimiento del contrato, debe acudirse á reglas claras y sencillas que la diriman respetando los derechos adquiridos."

236. Muchos escritores, como Aubry, Rau, (121) Laurent (122) opinan que habiéndose aceptado en el Código de Napoleón la doctrina de los estatutos, es aplicable ella cuandoquiera que en Francia se susciten conflictos entre los límites locales de la ley; y fúndanse, no en el tenor literal del art. 3°, que es el que ha originado las dudas, (123) sino en las opiniones de Portalis (124) y Faure, (125) ma-

---

(121) " Los trabajos preparatorios del Código de Napoleón y la redacción del último inciso del art. 3 manifiestan claramente que los autores de este Código quisieron que subsistiese la antigua distinción entre los *estatutos personales* y los *estatutos reales.* " (I. § 31. n. II. III.)

(122) " En art. 3 establece la distinción tradicional, aunque en el Código de Napoleón no está escrita la palabra estatutos. Los trabajos preparatorios no dejan duda sobre este punto..... Si el Código de Napoleón no reprodujo la palabra estatutos, provino eso de que ella recordaba los fueros locales (coutumes) como lo dice Faure; no se podia dar tal denominación á la ley general y única que iba á regir á Francia. Por lo demás, las palabras importan poco; lo que hay de esencial es que los autores del Código civil se propusieron formular principios, que siempre se habian seguido en el antiguo derecho. *Siempre*, dicen los oradores del gobierno y del Tribunado. En efecto, la tradición se originó de las doctrinas de los glosadores, y vinó á Francia con el renacimiento del derecho romano en las ciudades italianas. No se trata de dos ó tres reglas que el legislador tomó del derecho tradicional; trátase de la materia de los estatutos, esto es, de toda la teoría de los estatutarios. " (Laurent. D. C. I. II. 40.)

(123) Art. 3. Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.

(124) " A tratarse del derecho común, siempre se han distinguido las leyes relativas al *estado* y la *capacidad* de las personas, de las que reglan la disposición de los bienes. Las primeras se llaman *personales,* y las segundas *reales.* " (Locré. I. 580. 12.)

(125) El art. 3° regla varios puntos cuya importancia exigia

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nifestadas cuando la discusión del respectivo *proyecto*.

Nosotros aceptamos la doctrina de Weiss (126) según la cual el Código de Napoleón nada dispone acerca de los *estatutos;* pues sus redactores se limitaron á dar reglas concernientes á las tres especies de leyes que distingue el citado art. 3°: *leyes de policía y seguridad*, que obligan á todos los habitantes de Francia, sean ciudadanos ó extranjeros; *leyes concernientes al estado y capacidad de las personas* obligatorias á todos los franceses aunque residan ó tengan domicilio en nación extranjera, y *leyes que, relativas á los inmuebles*, se aplican á éstos sean quienes fueren los dueños.

Y efectivamente la redacción del art. 3° no manifiesta que se hubiese aceptado á ciegas la doctrina de los *estatutos*, ni

---

que se comprendiesen ellos en las disposiciones relativas á la aplicación de las leyes en general.

"Contiene las principales bases de una materia conocida, en el derecho, con la denominación de *estatutos personales* y *estatutos reales*. Determina de una manera precisa las *personas* y los *bienes* regidos por la ley francesa. " (Locré. 612. 8.)

(126) Investiguemos ahora qué reglas generales son las que se aplican según el Código civil francés al conflicto entre las leyes. De todas las teorías que hemos expuesto, ¿cuál es la que él prefiere?

El art. 3°, que es el que trata de la materia, se redactó en estos términos.....

"Según nos parece, se incurre en error cuando se inculpa al Código civil el haber aceptado la doctrina estatutaria..

"Notemos ante todo que las palabras *estatuto personal* y *estatuto real* no se hallan escritas en el art. 3°, y el que reflexione en la importancia que se da á esas palabras en la antigua distinción entre las *leyes personales* y *leyes reales*, se sorprende de que una disposición destinada á reproducirla no haya dado cabida á las denominaciones seculares que en otro tiempo las caracterizaban. Objétase talvez que los trabajos preparatorios no guardaron el mismo silencio, y que en algunos discursos pronunciados sobre el art. 3° del Código civil se emplea la palabra *estatuto*, recordándose expresamente la doctrina estatutaria. Pero si ciertos oradores, cediendo, acaso sin pensarlo, á los hábitos inveterados del lenguaje, emplearon, en cuanto al conflicto de las leyes la terminología del antiguo derecho, de ahí no se deduce la aceptación de la teoría que al redactarse definitivamente la ley no se recuerda ni sanciona. " (III. chap. I. t. IV. s. IV. p. 136.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ello era posible atenta la decisiva circunstancia de que las teorías de Dumoulin, D'Argentré, Boullenois, servían para dirimir los conflictos provenientes de que en Francia unas provincias estaban regidas por fueros especiales, y otras por el derecho romano. Mas, como el Código de Napoleón surtió el importantísimo cuanto trascendental efecto de uniformar la legislación de todo el territorio, los redactores de aquel Código no se preocuparon de los conflictos previstos por los *estatutarios*.

Que Portalis hablase de *leyes personales y de leyes reales* y que el tribuno Faure distinguiese las *dos especies de estatutos*, no demuestra el pretenso sistema del Código de Napoleón, ni menos que sus intérpretes tengan de aceptar el añejo sistema de los estatutos.

237. En el Código chileno no hay ni sombra de tal sistema. Como lo veremos al comentar los arts. 15, 16 y 17, si bien hay disposiciones concernientes al estado y capacidad de las personas, á los bienes mismos, y á la forma de los instrumentos; á eso se limita la distinción entre las *leyes personales, reales y mixtas*. En las demás materias, se prescinde absolutamente de la *personalidad* ó *realidad* de la ley, y cada título se rige por reglas peculiares, sin entrar en tan sutiles distinciones.

Síguese, pues, que el Código chileno ha dado un gran paso en el dominio de la ciencia; lo cual se debe, á no dudarlo, á las doctrinas de Savigny y al talento eminentemente ecléctico de D. Andrés Bello.

238. Como fundamento del sistema que conducía á dirimir el conflicto entre los límites locales de la ley, Hubero dió las siguientes reglas:

1ª. Cada Estado puede disponer que en el territorio se apliquen sólo sus leyes:

2ª. Ningún Estado tiene potestad para ordenar que sus leyes se apliquen en otra nación:

3ª. Los efectos que las leyes de una nación surten en otra, no dependen sino de la *cortesía* internacional (*comitas*) que ha inducido á las naciones á un acuerdo tácito sobre la aplicación de las leyes extranjeras.

Este sistema fundado, ya en la soberanía absoluta de cada nación, ya en la cortesía (*comitas*), se aceptó por los estatutarios, y aún por distinguidos escritores sobre dere-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cho internacional privado, como Story, (127) Foelix, Demangeat, (128) Wheaton. (129)

---

(127) " Antes de examinar las materias que naturalmente debe comprender un tratado sobre el conflicto de las leyes, parece necesario asentar unas pocas máximas ó axiomas sobre los cuales se funda todo el tratado.....

I. La primera y la más general máxima ó proposición consiste, en que cada Estado ejerce exclusivamente soberanía y jurisdicción en su territorio.....

II. Otra máxima ó proposición es que ningún Estado ó nación puede, en virtud de sus leyes, afectar ó regir directamente los bienes de otro territorio ó las personas que no residen en él, ya naturales, ya extranjeras.....

III. De estas dos máximas ó proposiciones se deduce la tercera, á saber, que sea cual fuere el efecto que en una nación surtan las leyes de otra, depende él solo de las leyes de la última; esto es, de su propia jurisprudencia y política, y de su consentimiento.... " (§ 17. 18. 20. 23.)

(128) " El primer principio general, en esta materia, se deduce de la independencia de las naciones.....

" Cada Estado, ejerce, pues, la atribución de determinar los requisitos según los cuales los bienes muebles ó inmuebles que estén en su territorio pueden ser poseídos, trasmitidos ó expropiados; el estado y la capacidad de las personas que en él residan; la validez de los contratos y otros actos que en él se ejecuten ó celebren; los derechos y las obligaciones que de ellos nacen, y, en fin, los trámites según los cuales las acciones pueden deducirse y sustanciarse en el territorio y cómo se administra justicia.

" El segundo principio general consiste en que ningún Estado, ninguna nación pueden dictar leyes que afecten directamente ó reglen los objetos que no estén en su territorio, ú obliguen á las personas que en él no residen, bien lo estén ó no sujetas por su nacimiento...

" Los dos principios que acabamos de enunciar engendran una consecuencia importante, que forma doctrina completa, esto es, que todos los efectos que las leyes extranjeras pueden surtir en el territorio de una nación, dependen absolutamente del consentimiento expreso ó tácito de esa nación..... "

Y Demangeat, anotador de Foelix, añade: " Un Estado soberano es libre para prescindir de las leyes extranjeras; de manera que las autoridades á quienes delega el Estado tal ó cual porción del poder público, no aplicarían nunca, en ningún caso, sino la ley nacional. Viceversa, un Estado no puede exigir, sean cuales fueren las circunstancias, que las autoridades de otra nación soberana apliquen la del primero. " (I. 9-11.)

(129). Los Estados soberanos no reconocen juez supremo que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Pero como lo han demostrado Savigny, (130)

ejerza la atribución de decidir, según los principios de un derecho abstracto y filosófico, las controversias que pueden originarse del conflicto de las leyes nacionales. No se trata de decidir si los principios asentados por los autores son verdaderos ó falsos : el problema consiste en saber si los Estados reconocen ó no reconocen la eficacia de los principios de la ciencia. Y es indudable que este problema no puede resolverse sino negativamente; porque todos los Estados son tan celosos de su autonomía, que no reconocen ningún poder superior, á quien se encomiende decidir si tal ó cual ley extranjera debe aplicarse en otro Estado. Luego, es necesario admitir que si una ley es aplicable en nación extranjera, no proviene ello de necesidad material ó de un deber propiamente dicho, sino de concesión del poder soberano del Estado donde se alega la ley extranjera. La razón de las concesiones de este género consiste generalmente en que el soberano ó sus súbditos recibieron ya ó esperan de su parte iguales concesiones del Estado favorecido : *ob reciprocam utilitatem, ex comitate.* " (Wheaton. H. II. p. 372.)

(130) " En virtud del derecho rigoroso de soberanía un Estado pudiera, á no dudarlo, disponer que sus jueces apliquen exclusivamente el derecho nacional, prescindiendo de las disposiciones contrarias del Estado favorecido : *ob reciprocam utilitatem, ex comitate.* " (Wheaton. H. II. p. 372.)

" Mientras más numerosas son las relaciones entre los diversos pueblos, más necesario renunciar á este principio de exclusión y aceptar el principio contrario. Así es como se establece la reciprocidad en la apreciación de los hechos jurídicos, ante la justicia, entre los extranjeros y los nacionales, y una igualdad que reclama el interés de los pueblos y de los individuos. Si esta igualdad se realizase completamente, en cada Estado no solo los tribunales serían accesibles así á los nacionales como á los extranjeros, sino que en caso de conflicto de las leyes, la decisión sobre el hecho jurídico sería siempre una misma, sea cual fuere el Estado donde la sentencia se expidiese.

" El punto de vista donde nos colocan estas consideraciones, es el de una comunidad de derechos entre los pueblos; y á medida que el tiempo transcurre ella es más generalmente aceptada bajo la influencia de las ideas cristianas y á causa de los beneficios reales que concede á todos los interesados.

" Lo cual nos conduce á adoptar, para el conflicto de derechos territoriales de los Estados independientes, los principios fundamentales que rigen el conflicto de los derechos especiales de cada Estado.....

" Comparada al derecho rigoroso de que acabamos de hablar,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Heffter, (131) Laurent, (132) Massé, (133) Phili-

esta asimilación puede considerarsé como un convenio amigable entre los Estados soberanos, que admiten leyes originariamente extrañas entre las fuentes á donde acuden para resolver los litigios sobre numerosos hechos jurídicos.

" Pero no se juzgue que este acuerdo es el efecto de mera benevolencia ó acto revocable de una voluntad arbitraria, sino más bien el desarrollo del derecho, que en su curso sigue la misma influencia que las reglas sobre el conflicto entre las leyes especiales de un mismo Estado. " (VIII. § 348.)

(131) " Como el principio territorial rige todos los hechos jurídicos ejecutados en el territorio, parece, á primera vista, poco favorable á la aplicación de las leyes extranjeras. La ley civil, lo mismo que la ley penal, son esencialmente territoriales, y pudiera juzgarse que su imperio no pasa de los límites mismos del territorio. Pero este razonamiento se funda en un gravísimo error. En efecto, el Estado que quisiere negar la influencia del derecho civil que no sea el que él ha creado, negaría al propio tiempo la existencia de los otros Estados y la igualdad entre el derecho de éstos y el suyo; y eso es lo que no puede, porque es un órgano especial del género humano. Todos los hombres pueden alegar, á lo menos moralmente, idéntico título para que se les conceda el goce del derecho civil, y cada Estado debe contribuir á ello. Pero como el derecho civil, desarrollándose, tiene necesidad de la sanción del poder soberano, un Estado debe admitir el imperio fraternal de otro, á quien concede esa sanción conforme á las reglas de igualdad y respeto mutuo entre las naciones. " (§ 37.)

(132) " La cortesía, tal como la entienden los legistas anglo-americanos, ¿es un principio que puede servir de base al derecho internacional privado? Atendiéndose al derecho, y á eso es á lo que debe atenderse en un estudio que al derecho se refiere, la negativa es evidente. ¿Por qué se recurre á la cortesía? Porque no hay ningún vínculo de derecho que obligue á los pueblos á permitir la aplicación de una ley extranjera. La cortesía significa, pues, la negación del derecho. Y, por otra parte, ¿no es contradictorio que, en una ciencia jurídica, haya otro principio que el derecho? Aceptarlo, equivale á confesar que nuestra ciencia es una quimera. " (D. C. I. I. 394.)

(133) " Cuando una ley regla la validez y el efecto de los actos, bien en cuanto á la capacidad de los contratantes extranjeros, bien en cuanto á su objeto, bien en cuanto á su forma, la dificultad consiste en un problema de interpretación legal; pero, cuando la ley guarda silencio ó es insuficiente, debe recurrirse á los principios. Estos principios no son arbitrarios : si no es posible ni pretender la unidad de legislación, es necesario, á no haber para ello obstáculos, reemplazarla con la unidad de justicia, y

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

more, (134) Fiore, (135) la fuerza obligatoria de la ley

---

guiarse entonces por las nociones de equidad, comunes así á todos los pueblos como á todos los hombres.

" Luego, los efectos que las leyes extranjeras surten en el territorio de una nación no dependen únicamente del consentimiento expreso ó tácito de las mismas; porque si bien una nación no puede dictar leyes que afecten, obliguen ó reglen las personas ó las cosas que no se hallan en su territorio, ó que no están bajo su imperio; no por eso ha de negarse que hay reglas de razón, las cuales, á no dudarlo, pueden ser derogadas por la voluntad soberana de un Estado ó de su legislador, pero que, á no derogarse, constituyen la ley común. Entonces tales reglas son obligatorias sin necesidad de consentimiento expreso ó tácito; mientras que para derogarlas debe manifestarse expresamente voluntad contraria. " (I. 533.)

(134) " El escritor de derecho internacional está obligado á distinguir entre la cortesía (*comitas*) y la ley. Pero habiéndolo hecho, y manifestado en qué términos la cortesía puede regir las relaciones legales de los súbditos de diferentes Estados, puede y debe insistir en que el *ius gentium*, como el *ius inter gentes*, se funda en la hipótesis de una ley común para la comunidad de los Estados. ' Sub diversitate iudicum, una iustitia '. Y así como los jurisconsultos nacionales procuran aplicar las reglas de justicia á los casos relacionados con las leyes distintas de las diversas partes independientes ó provincias de un solo Estado, así el jurisconsulto internacional debe atender á los casos que se refieren á diferentes Estados de la comunidad de los pueblos, y aplicar las mismas reglas de justicia. A ambas es igualmente aplicable la observación de Pascal : ' Graciosa justicia la que se limita por un río ó una montaña '; ó como dice admirablemente Cicerón : ' Qui autem civium rationem dicunt esse habendam, externorum negant, hi dirimunt humani generis societatem '. Es verdad que á tratarse de diferentes partes de un mismo Estado, el jurisconsulto nacional puede alegar la sanción de un poder superior; al paso que el jurisconsulto internacional no puede hacerlo, porque los Estados no reconocen superior común; pero sustitúyense en la práctica las necesidades y mutuas exigencias de los Estados. Cada invención que facilita las relaciones entre los súbditos de diferentes Estados, extiende esa necesidad, y da más eficacia á los deberes mutuos. El tratar al extranjero y al nacional como personas que tienen derecho á una misma justicia interesa á todas las naciones, é indudablemente á ello están obligadas. Los jurisconsultos cristianos no juzgan ya imposible de realizarse la visión del insigne estadista y orador; pues, comparándose á lo pasado, ven cuán maravillosamente el tiempo y el espacio se han suprimido, y cómo los más remotos ángulos de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

extranjera se funda esencialmente, no en la cortesía (*comitas*), sino en la justicia universal, que comple á cada nación á respetar los derechos que en otra se hubieren adquirido.

Comprendemos en un mismo sistema las doctrinas de todos estos eminentes escritores, porque, á nuestro ver, el desacuerdo no consiste sino en las palabras.

Aunque Laurent y Weiss censuran la doctrina de Savigny, basada en la *comunidad del derecho entre los pueblos*, aceptan el principio fundamental de que aplicándose las reglas de justicia, el derecho adquirido en una nación en todas las otras debe ser eficaz.

El príncipe de los jurisconsultos modernos (como Philli-

---

la tierra se reunen por medio de agentes desconocidos, en que la antigüedad nunca ni habia pensado. No está distante el dia en que el hombre civilizado, á dondequiera que vaya ' sese non unius circumdatum moenibus loci, sed civem totius mundi, quasi unius urbis agnoverit '. "(IV. IX.)

(135) " La *comitas* no puede ciertamente considerarse como la *ultima ratio* de la autoridad extraterritorial de la ley. Una idea tan vaga y tan injurídica no puede servir como principio para llegar ni aproximadamente á decidirse ningún caso. La *comitas* depende de la política del Estado, que es la cosa más variable y más incierta del mundo, y no puede ser la base de una doctrina científica. Si queremos considerarla como regla práctica del juez que debe aplicar la ley, nada significa. Los tribunales no pueden ejercer actos de cortesía cuando administran justicia, ni aunque en ciertos casos apliquen la ley extranjera, no lo hacen por complacencia, sino ó bien por expresa disposición de la ley del Estado, la cual determina en qué casos es aplicable la ley extranjera, ó bien por un principio de derecho aceptado por la jurisprudencia. No puede decirse con Story que la *comitas* debe ser un criterio para decidir en cuanto á la eficacia extraterritorial de la ley, y para denotar el motivo según el cual no se admite su aplicación..... Es verdad que no puede compelerse por la fuerza á un Estado á aceptar los principios de derecho y de justicia, y que todo depende de su voluntad; pero la ciencia no puede elevar el *hecho* á principio y legitimar el abuso, afirmando que todo depende del mero arbitrio ó de la comitas, cuando debe acudirse á los principios jurídicos para determinar los casos en que debe admitirse la eficacia extraterritorial de ciertas leyes. El reconocimiento de tales principios no es efecto de benevolencia arbitraria, sino más bien el reconocimiento de una regla de derecho, de un principio de justicia. "(28.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

more llama á Savigny) enseña que el imperio de la justicia y la civilización cristiana han establecido la comunidad del derecho entre los pueblos; la cual compele á respetar en una nación los derechos que en otra se hubieren adquirido.

Laurent afirma que la *nacionalidad* del individuo (136) es el fundamento del derecho internacional privado, pues á causa de la nacionalidad las leyes de un Estado deben surtir efecto en otro, á menos que á ello obste el *derecho público* del segundo.

Weiss basa su sistema en la *personalidad* del derecho; siendo éste inherente al individuo, debe ser eficaz doquiera que el propio derecho se controvierta. (137)

---

(136) "Acabamos de decir que según la doctrina aceptada por el Código de Napoleón, las leyes llamadas personales dependen de la nacionalidad. Este es un principio de grande importancia, que no sólo se aplica á las leyes que conciernen al estado y la capacidad de las personas, sino que, generalmente, toda ley es personal en el sentido de que la ley nacional de la persona rige todos los hechos jurídicos en que ella interviene, exceptuándose los que dependen de la mera voluntad de las partes interesadas, y de la realidad de las leyes de derecho público. En efecto, las razones por que las leyes de estado son nacionales, y, por ende, personales, se aplican á todas las leyes privadas.

"Si pues las leyes concernientes al *estado* son personales, proviene de que son el producto de mil circunstancias físicas, intelectuales y morales, que constituyen la nacionalidad; son personales porque son nacionales; por consecuencia deben seguir á dondequiera á la persona, la cual lleva consigo su nacionalidad; y de las leyes nacionales se puede decir todo lo que los juristas decían de los estatutos personales: están en la medula de los huesos y circulan con la sangre de nuestras venas, porque recibimos nuestra nacionalidad con la sangre que nuestros padres nos trasmiten." (D. C. I. I. 423. 428.)

(137) "El problema cuya solución procura el derecho internacional privado, se reduce á investigar cómo los derechos que pertenecen á todo hombre, aun fuera del territorio de su patria, son compatibles con los del Estado donde pretende ejercerlos, y de qué manera la soberanía personal de la ley extranjera puede conciliarse con la soberanía territorial de la ley local..... La doctrina de la personalidad del derecho es moderna y de origen italiano..... La formularemos de esta manera:

"*Cuando la ley se refiere al interés privado tiene siempre en mira la utilidad de la persona y no puede regir sino á*

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los tres escritores están, pues, de acuerdo sobre dos puntos, que son los únicos esenciales en cuanto al problema de cuya solución se trata:

1°. En virtud de *estricta justicia*, mas no por mera *cortesía ó conveniencia* los derechos adquiridos en una nación deben ser eficaces en las otras; y

2°. Esta regla no se aplica cuando ella se opone al derecho público del Estado. (138)

---

aquellos para quienes se ha expedido; pero á los mismos debe regirlos en todas partes y en todas las relaciones jurídicas; salvas las excepciones ó atenuaciones que resulten del ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL, *de la regla* LOCUS REGIT ACTUM *y de la* AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. " (III. chap. I. t. III. s. I. p. 61. 63.)

(138) " Para fallar sobre un hecho jurídico conexionado con diversos Estados independientes, el juez debe aplicar el derecho local á que pertenece el hecho jurídico litigioso, sin distinguir si este derecho es el de su nación ó el de un Estado extranjero.

" Ahora debemos restringir este principio; porque hay ciertas leyes cuya naturaleza especial no admite esa independencia de la comunidad del derecho entre los Estados. Cuando se trate de estas leyes, el juez debe aplicar exclusivamente el derecho nacional, aunque nuestro principio exija la aplicación del derecho extranjero. De ahí se deducen excepciones muy importantes, cuya determinación rigorosa es acaso la parte más difícil del problema que vamos á resolver.....

" Pueden reducirse todas las excepciones á dos clases principales:

" a). Leyes de naturaleza positiva rigorosamente obligatorias, y que por lo mismo no admiten la libertad de apreciación que prescinde de los límites entre los Estados:

" b). Instituciones de un Estado extranjero no reconocidas en el nuestro, y que por consecuencia no pueden pretender en él la protección de los tribunales.

" a). Leyes de naturaleza positiva rigorosamente obligatorias.....

" Todas las leyes de esa clase se comprenden en los casos excepcionales; de suerte que cuando se aplican, cada nación debe considerarse como aislada absolutamente. Ahí, en un Estado donde es prohibida la poligamia, los tribunales deben denegarse á reconocer un matrimonio extranjero, celebrado según las leyes de la nación que la permita.....

" b). Instituciones de un Estado extranjero, no reconocidas en el nuestro.....

" En la nación donde es desconocida la esclavitud, el negro

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

239. La determinación de los casos comprendidos en la excepción es el problema más difícil de los que tiene de resolver el derecho internacional privado.

---

esclavo que reside en ella no sería considerado propiedad del dueño y privado de la capacidad de derecho. En cuanto á este último caso los dos puntos de vista que acabamos de examinar conducen á un mismo resultado. La esclavitud como institución de derecho no es reconocida entre nosotros, y según nuestras ideas es inmoral tratar á un hombre como cosa. " (Savigny, VIII. § 349.)

" Las leyes extranjeras no serán aplicables:

" 1°. Cuando su aplicación se oponga al derecho público ó al criminal de la República, á la religión del Estado, á la tolerancia de cultos, ó á la moral y buenas costumbres;

" 2°. Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código;

" 3°. Cuando fueren de mero privilegio;

" 4°. Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables á la validez de los actos. " (Cód. Arg. art. 14.)

" No serán aplicables las leyes extranjeras:

" 1°. Cuando su aplicación se opusiere al derecho público ó criminal del imperio, á la religión del Estado, tolerancia de cultos, á la moral ó buenas costumbres:

" 2°. En los casos en que su aplicación fuere expresamente prohibida en este Código, ó incompatible con el espíritu de la legislación del mismo:

" 3°. Si fueren de mero privilegio:

" 4°. Cuando las leyes de este Código, en conflicto con las leyes extranjeras, fueren más favorables á la validez de los actos " (Freitas, art. 5°.)

" Hay algunas restricciones excepcionales que limitan, en la comunidad de los Estados, la aplicación del principio de la ley común; las cuales se deducen de la razón y de la naturaleza de las cosas. En cada Estado hay varias clases de leyes, cuya naturaleza especial no está en armonía con este principio.

" Definir los límites de estas restricciones excepcionales es uno de los trabajos más difíciles en que puede emprender el jurisconsulto.

" Estas restricciones excepcionales participan de un carácter político, moral y religioso; porque así la cortesía internacional (*international comity*) como el derecho internacional mismo, sólo pueden existir en el menor grado posible entre Estados independientes. Hay una tercera clase de restricciones excepcionales, á saber, leyes de carácter positivo, que se originan de las instituciones peculiares á cada Estado; son leyes exóticas

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Enumeremos los más importantes.

No se aplican las siguientes leyes extranjeras :

a). Las incompatibles con la seguridad y las instituciones del Estado:

---

que por su naturaleza no pueden transplantarse á suelo extraño.

" Según estas tres categorías pueden clasificarse todas las restricciones excepcionales:

" Primeramente, en cuanto á las que tienen un carácter político.

" La ley de un Estado extranjero no puede aceptarse en otro si es contraria á los usos fundamentales ó la constitución de ese Estado...

" Muchos ejemplos de aplicación práctica de estas restricciones pueden presentarse.

" Así, ninguna nación cristiana podría tolerar la poligamia ó el incesto en su territorio, porque las personas que incurren en tales faltas sean súbditos de una nación donde fuesen toleradas. Ni podría exigirse que una nación cristiana, cuyas leyes declarasen incestuosos ciertos matrimonios que en otras naciones se consideran lícitos, reconozca la validez de tales matrimonios respecto de sus propios nacionales, aunque celebrados en una nación donde sean lícitos tales matrimonios. Y se ha decidido en un tribunal inglés que cuando el tribunal de una nación conoce en un contrato celebrado en otro Estado, no es suficiente que el contrato fuese válido según la ley del último; porque si el contrato encierra estipulaciones incompatibles con la ley ó la política del primero, el contrato no será válido ni aun en cuanto á las estipulaciones lícitas y aunque se exigiese que solo éstas se cumplan.

" Ningún Estado que prohiba la esclavitud como incompatible con las leyes divinas y humanas (y así lo juzgan los Estados cristianos) podría conceder ningún título de propiedad sobre esclavos, ni aceptara ninguna consecuencia que de la esclavitud pretendiera deducirse. " (Phillimore. IV. XII. XVIII.)

" Así en las relaciones internacionales como en las nacionales, hay una esfera donde domina el derecho de la sociedad y otra donde domina el derecho del individuo: la sociedad es soberana en una esfera y el individuo en la suya. Si se trata de una ley de derecho público, que concierne á la conservación de la sociedad, todos los derechos particulares se le subordinan; el extranjero no puede oponerle su derecho nacional, porque nunca ejerce el derecho de comprometer la existencia de la sociedad cuyo apoyo reclama para la conservación de sus intereses: la pretensión sería contradictoria. La nación, cuyo miembro es, se halla al contrario interesada en la conservación de las otras naciones tanto como en la suya, porque si á nombre del derecho nacio-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

b). Las opuestas á la moral, como las que permiten la poligamia ó la esclavitud : (139)

---

nal se pudiese atentar contra una nacionalidad extranjera, á nombre del mismo derecho se podria atentar contra la suya. Cada nación tiene pues interés en que las otras se conserven y defiendan: es una garantía para todos los Estados. Pero cuando se trata de intereses privados, la soberanía no se compromete, y por consecuencia cada nación puede ó debe permitir al extranjero que alegue su derecho personal, esto es, nacional. Lejos de que la extensión de las leyes personales comprometa la soberanía nacional ella es una positiva garantía; porque, como leyes nacionales, las leyes personales son doquiera aplicables. " (Laurent. D. C. I. I. 429.)

" En todos los conflictos que pueden presentarse entre la ley personal del individuo y la legislación local, es preciso, pues, investigar ante todo si el interés general del Estado exige la aplicación de esta última. Debemos, pues, contraponer á las leyes de interés exclusivamente particular, cuya protección puede alegar el extranjero lejos de su patria, las leyes de interés general que se observan siempre en el territorio donde se han expedido. Comprendemos estas últimas con la denominación de leyes de orden público internacional. " (Weiss. III. chap. III. t. III. s. II. p. 84.)

(139) Las controversias sobre jurisdicción suscitadas entre el gobierno inglés y el americano, en 1841, en cuanto al asunto de *la Criolla*, han originado discusiones de derecho público entre los dos gabinetes y en el parlamento inglés.

" Este navío partió del puerto de Richemond, Estado de Virginia, y se dirigía á Nueva Orleans. Tenía á bordo, como pasajero, un plantador americano, que iba á establecerse en el Estado de la Luisiana, acompañado de sus esclavos, que eran ciento treinta y seis. En el estrecho que separa la península de la Florida de las islas Bahamas, los esclavos se rebelaron, asesinaron al dueño, pusieron grillos al capitán, é hirieron á algunos oficiales de la tripulación. Apoderáronse del navío, que llevaron al puerto de Nasseau. El gobernador inglés hizo arrestar á diez y nueve de los esclavos que le fueron designados como cómplices en la rebelión y en el crimen de asesinato. Los otros esclavos, esto es, ciento diez y siete, fueron puestos en libertad. Respecto á los esclavos presos, el gobernador pidió instrucciones al gobierno de Inglaterra.

" En la discusión que, sobre el informe á la Corona, hubo en la Cámara de los Lores el 4 de febrero de 1842, Lord Brougham llamó la atención de la Cámara á este asunto, que, á su ver, podía turbar las relaciones de paz, amistad y vecindad entre los dos Estados. Tratábase, decía, de un navío americano que navegaba

Biblioteca Nacional'Eugenio Espejo

c). Las relativas á instituciones que, peculiares á un Estado, en otro fueren desconocidas, como la muerte civil proveniente de la profesión religiosa.

240. Síguese, pues, que es necesario distinguir el *derecho público interno* del *derecho público internacional*, y que el dominio del primero es más extenso que el del segundo, por cuanto no se oponen al *derecho público internacional* sino las leyes inmorales y las que pugnán con las instituciones del Estado ó con su soberanía. (140)

---

de un puerto americano á otro con un objeto del todo inocente y conforme á las leyes de la nación á que pertenecía; el buque llevaba un *cargamento* de esclavos, (para emplearse el lenguaje técnico de la nación). Durante el viaje los esclavos se rebelaron; á lo cual, según la opinión del noble Lord, habían tenido perfecto derecho, porque cada individuo de la especie humana puede rebelarse contra el que pretende reducirle á esclavitud, violando el derecho natural y la voluntad del Ser Supremo. A consecuencia de la rebelión, los esclavos se apoderaron del buque y lo condujeron á un puerto inglés. Llegado á él, continúa Lord Brougham, la mayor parte de los esclavos fueron puestos en libertad, y los otros, (diez y nueve), continúan presos como acusados de los crímenes de homicidio y piratería.

" El noble Lord planteó después dos problemas de derecho público, que debían ser resueltos en el caso sometido á la Cámara:

" 1°. Según las leyes de Inglaterra, la extradición de esclavos fugitivos, en general, ¿podía concederse á petición del gobierno americano?:

" 2°. ¿Debía accederse á esa demanda, en cuanto á los esclavos que habían tomado parte en la rebelión y el homicidio?

" Lord-Brougham opinó negativamente respecto á los dos problemas. En cuanto al primero, dijo que si un esclavo llega á una parte del Imperio británico donde la esclavitud no es reconocida por la ley, al Reino Unido de la Gran Bretaña y de Irlanda, ó desde el 1° de agosto de 1834, á las posesiones inglesas en las Antillas, ya llegue al suelo británico mediante el consentimiento de su dueño, ya contra la voluntad del mismo, recobra su libertad, y no puede en adelante perderla. El gobierno inglés no tiene pues derecho á disponer de uno solo de los individuos como esclavos, ni á perturbarlos de ninguna manera en el goce de sus derechos personales "..... (Wheaton. H. II. § 343. 344.)

(140) " La noción del *orden público* es tan oscura, tan incierta, que debemos explicarla en nuestra materia por un epiteto. Podría juzgarse, efectivamente, que el orden público que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

241. Hay otro caso en que no son aplicables las leyes extranjeras, esto es, cuando la ley nacional hubiere resuelto el conflicto. (141) Si bien es innegable en teoría que el

---

se opone á la aplicación de una ley extranjera en cierto territorio, el de Francia por ejemplo, no es otro que aquel de que se trata con frecuencia en nuestras leyes civiles, esto es, el que las convenciones entre particulares no pueden modificar. Y sin embargo si hay analogía en su origen, no hay identidad en los efectos. En realidad hay *dos órdenes públicos* entre sí absolutamente distintos.

" El orden público á que los nacionales no pueden contravenir, el orden público interno en una palabra, ejerce su influencia en un sólo y mismo Estado, tratándose de una sola y misma ley, en las relaciones de un soberano y los súbditos que su nacionalidad sujeta á su imperio. El orden público internacional, al contrario, se manifiesta en las relaciones de un individuo con el Estado á que no pertenece. El extranjero emigrado no es súbdito del soberano en cuyo territorio está, y si debe obedecer á ciertas leyes, ello proviene únicamente de que la hospitalidad que se le concede no debe ser, para el Estado que le recibe, causa de desorganización ó de escándalo.

" El orden público internacional se deriva del mismo origen que el orden público interno; como el orden público interno, procede del interés general, pero el interés general tiene en un caso menos exigencias que en el otro, y bastará un ejemplo para que se comprenda.

" Acéptase hoy generalmente que las leyes relativas al estado y á la capacidad de las personas las siguen á todas partes. Un súbdito holandés no es mayor, ni, por consecuencia, capaz de ejercer los actos de la vida civil en nuestro territorio, sino á los veintitrés años, edad determinada por su legislación nacional; y sean cuales fueren los casos y con quienquiera que contrate, nadie pretende que le es aplicable la disposición del art. 488 del Código civil francés, según el cual son mayores los franceses que hubieren cumplido veintiún años. Luego, esta disposición no es una disposición de orden público internacional. Y sin embargo es de orden público interno, por cuanto no sería permitido á los franceses contravenir á ella en sus convenciones, modificar la edad en que el individuo es mayor, declararse capaces de contratar, por ejemplo, á los veinte años; y tal declaración no tuviera ningún valor. "(Weiss. III. chap. I. t. III. s. II. p. 85-87.)

(141) " Para saber si una ley comprende los casos excepcionales, ante todo es necesario investigar la intención del legislador. Si la ha expresado claramente, esa declaración basta;

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

jurisconsulto debe procurar que prevalezcan los principios de la ciencia; en la práctica el juez tiene de aplicar las leyes positivas del Estado, y, por lo mismo, es evidente que si ellas han dirimido el conflicto entre las leyes nacionales y las extranjeras, las nacionales son las que el juez debe aplicar.

El Código chileno encierra muchas disposiciones concernientes al conflicto entre las leyes chilenas y las extranjeras. Así, cuando el mismo art. 14 declara de un modo absoluto quo la ley obliga tanto á los nacionales como á los extranjeros, *dirime los conflictos* que, en cuanto á la aplicación de las leyes chilenas ó las extranjeras, se suscitarían á controvertirse sobre los actos ó contratos ejecutados ó celebrados en la República; el art. 16 declara que los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros; el art. 18, que si la ley chilena exige instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en Chile, no valen los instrumentos privados, sea cual fuere la eficacia de éstos en la nación donde se hubieren extendido; el art. 120, que el matrimonio disuelto en Estado extranjero en conformidad á las leyes del mismo, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita á ninguno de los dos cónyuges para casarse en Chile, mientras el otro viviere...

242. Como ya lo apuntamos, (45) la aplicación de la ley extranjera presenta graves dificultades. Según algunos Códigos (142) y la opinión de varios jurisconsultos, (143) la

---

porque es en realidad una ley sobre conflictos; la cual siempre debe ser obedecida." (Savigny. VIII. § 349.)

(142) " El litigante que fundare su derecho en una ley extranjera deberá presentarla autenticada. " (Art. 1011 del Código de enjuiciamientos ecuatoriano.)

" La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino á solicitud de parte interesada, á cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, ó en virtud de ley especial. " (Art. 14 del Código argentino.)

" La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba. " (Anotación de Vélez Sarsfield.)

(143) " Parécenos necesario responder á una objeción que con

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

aplicación de la ley extranjera es un *mero hecho* que debe probarse por el que lo alega en su defensa. Pero, á no dudarlo, es más conforme á los principios y á las atribuciones del juez, que éste aplique de oficio la ley extranjera

---

frecuencia se propone, esto es, que el sistema sobre la aplicación de las leyes extranjeras obligaria á los jueces de cada Estado á estudiar las leyes de todas las naciones del globo. Fuera, á no dudarlo, una pretensión inadmisible la de compelerle á un estudio tan extenso. El art. 1º del Código civil francés sólo les obliga á conocer las leyes francesas. Limitámonos á declarar que hay casos en que están obligados á decidir según las leyes extranjeras, y decimos que esto es tanto menos extraño cuanto que en tales casos los jueces deciden más bien un punto de hecho que de derecho. En efecto, las leyes extranjeras son *hechos* en cuanto á los jueces franceses, y á la parte que los alega le incumbe justificarlos. " (Foelix. I. 18.)

" La aplicación de las leyes extranjeras, ¿es puramente facultativa para nuestros tribunales, de suerte que la Corte de Casación deba limitarse á rechazar los recursos fundamentales en la violación del estatuto personal de un extranjero? Si bien M. Foelix opina afirmativamente, nosotros juzgamos que incurre en confusión de ideas; pues confiere al juez una atribución que no ejerce sino el legislador. Dar en Francia efecto á las leyes extranjeras es, á no dudarlo, en cuanto á nuestro legislador, acto de pura cortesía; absolutamente libre es para ordenar que los jueces no apliquen nunca otra ley que la francesa. Pero, una vez reconocido que nuestro legislador quiere usar de esa cortesía respecto á los Estados extranjeros, ¿cómo se aceptara que nuestros tribunales puedan á su arbitrio desconocer la voluntad del legislador? Seguramente un tribunal francés no aplicaría de oficio una ley extranjera, como aplicaria de oficio un artículo de nuestros códigos que las partes interesadas no hubieren alegado. En efecto, no puede exigirse que el juez conozca las leyes de todas las naciones del mundo. Mas, si la controversia en que el tribunal conoce es de las que dependen del estatuto personal, y la parte presenta la ley vigente en el Estado donde tiene su domicilio, la sentencia en que se contraviniese á tal ley fuera nula, como contraria á la voluntad del legislador francés, manifestada principalmente en el art. 3º del Código de Napoleón y en las discusiones que á él precedieron. Es preciso decidirlo así por analogía á lo que se decide cuando un tribunal, al interpretar un contrato, desconoce la verdadera intención de las partes contratantes. Ahora bien, la Corte de Casación muchas veces ha anulado sentencias que han interpretado ilegalmente las estipulaciones que constan de instrumentos presentados ante los jueces. " (Demangeat. Anotaciones á Foelix. I. 93.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cuando ella sea la que debe resolver la controversia. (144)

---

(144) " Por lo regular las partes alegarán la ley extranjera según la cual el litigio debe decidirse. Pero aun cuando las partes se descuidasen de presentar las leyes que deciden la controversia el juez debe aplicarlas de oficio; lo cual se deduce de los principios que rigen el derecho internacional privado. La comunidad de derecho entre las naciones manifiesta que las leyes extranjeras son obligatorias al juez así como las leyes nacionales. La naturaleza del hecho jurídico determina la ley que debe aplicarse, y el juez debe aplicarla, porque sus atribuciones consisten en administrar justicia, y no la administraría si decidiese una controversia según las leyes de la nación cuando debe decidir según la ley extranjera. ¿Cabe admitirse que un juez belga declare que un holandés es mayor y capaz á los veintiún años, aunque el Código de los Países Bajos retarde la edad mayor hasta los veintitrés años? Eso violaría el estatuto personal del holandés, cuando el tribunal debe aplicarlo. Tal es, empero, la incertidumbre de todas las reglas de nuestra ciencia, que hay controversias y dudas sobre si el juez debe aplicar de oficio las leyes extranjeras. " (Laurent. D. C. I. II. 263.)

" Con frecuencia los jueces tendrán dificultades cuando se trate de aplicar las leyes extranjeras que le sean desconocidas.

" ¿Diráse que esas leyes, como no promulgadas en Francia, no tienen para ellos sino el valor de un mero *hecho;* que deben esperar, para aplicarlas, que los litigantes les suministren datos sobre su existencia y significación? Se ha pretendido sostener esa teoría. Al demandante, se dice, incumbe la prueba del derecho que exige: *actori incumbit onus probandi.* Ahora bien esta prueba no se rindiera; el actor no cumpliría su obligación, si no manifestase, por medio de instrumentos ó testigos, que su pretensión es conforme á la ley extranjera que la rige; si no se presentasen, á falta de la ley misma en que se funda, atestaciones autorizadas sobre su sentido y su extensión.

" Incúrrese en un error manifiesto. Si la ley extranjera es aplicable al litigio, en virtud de los principios expresados por la *lex fori,* el juez está obligado á conformar á ella su sentencia. Esa ley no es un puro hecho, así como no lo es la ley nacional misma. Declarando la ley nacional que la ley extranjera es obligatoria á los tribunales instituídos por ella, se ha apropiado de sus disposiciones; tal ley constituye una regla de derecho, y los que la alegan no estarían obligados á probar su tenor y sentido, así como no lo están cuando alegan la *lex fori.* Luego, el juez debe aplicar la ley extranjera, si la conoce personalmente, ó si sus disposiciones son notorias, sin aguardar que haya sido probada directamente por las partes.

" Apresurémonos á añadir que siempre el interesado evitará la

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

En la mayor parte de los casos el interesado dará á conocer la ley extranjera; pero si ello no se efectúa, el juez, para conocerla, debe emplear todos cuantos medios estén á sus alcances, y decidir conforme á ella el respectivo litigio. Si así no fuese, expediría sentencia injusta, aplicando una ley distinta de aquella á que los litigantes se sujetaron expresa ó tácitamente.

Cuando al juez le sea imposible conocer á ciencia cierta la ley extranjera aplicable al asunto controvertido, debe resolver la controversia según la ley de su nación.

En Inglaterra se oye el dictamen de peritos sobre la aplicación de la ley extranjera, y si él no fuere suficiente para que el juez conozca la ley aplicable, se presume que la ley extranjera es conforme á la ley del Estado. (145)

---

vacilación del juez y procurará economizarle trabajo, presentando, ya la ley auténtica, ya el *parere* de un magistrado ó certificado oficial de costumbre, conferido por la autoridad pública extranjera, ya la consulta de jurisconsultos extranjeros, ya en fin decisiones de la justicia extranjera. Pero sea cual fuere la eficacia que, en cuanto á la interpretación de la ley extranjera, tengan los documentos oficiales, como circulares, notas diplomáticas, dictámenes ó decisiones del Consejo de Estado, sentencias; el tribunal francés no está obligado á conformarse á esos documentos, que para él no pasan de una opinión doctrinal, y que no le obligarían. Como quiera que sea, el juez, lejos de observar una actitud expectante, debe procurarse los datos que no se le han suministrado, y según los cuales forme su convicción.

" Y cuando los elementos para conocer la ley extranjera le falten absolutamente, presumirá por último, salvo prueba contraria, que las disposiciones de esa ley son idénticas á las de la ley nacional (á la *lex fori*); la cual, por vía de interpretación, será la que se aplique al litigio. " (Weiss. III. chap. I. t. IV. p. 165. 169.)

(145) " Presúmese que la ley extranjera es idéntica á la ley inglesa, excluyendo por supuesto aquellas disposiciones de la última expedidas como instituciones especiales con objeto especialísimo, como tratándose de la quiebra. La existencia y efectos de tales leyes en Estado extranjero, la diferencia entre la ley extranjera y la inglesa, deben demostrarse y probarse por la parte que las alegue.

" La ley extranjera, ó la diferencia entre ésta y la ley inglesa, es un hecho en la causa, y el jurado, si le hubiere, debe decidir

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

243. Lo concerniente al conocimiento y prueba de las leyes extranjeras llamó la atención del Instituto de Derecho Internacional.

Desde el año 1883 propuso éste la solución del siguiente problema : *qué medios emplearían los gobiernos para favorecer el conocimiento de las leyes extranjeras*, y en especial *para asegurar ante los tribunales la prueba de estas leyes.*

En cuanto al primer punto, el Instituto lo discutió en la sesión de Bruselas (1885) y en la de Heidelberg (1887), y manifestó el siguiente parecer :

1°. Que los gobiernos se obliguen á comunicarse recíprocamente las leyes vigentes y las que se promulguen después en sus respectivos Estados :

2°. Que entre las leyes que se comuniquen se comprendan :

a). Los códigos y leyes concernientes al derecho civil comercial y penal, al enjuiciamiento civil y criminal,

---

si tal hecho consta: el juez no tiene que instruírlo sino de la ley nacional.

" De la circunstancia de que la ley extranjera, ó la diferencia entre ella y la inglesa, es un hecho controvertido, síguese que debe probarse por la parte que la alega, aunque esa ley puede ser conocida en otros litigios por la misma corte.

" Y en realidad sería peligroso proceder sobre el supuesto de que la ley extranjera no se ha modificado ó derogado por otra ley durante el litigio.

" La ley extranjera debe probarse siempre por medio de peritos: aun cuando un código ó ley decide el asunto, no basta presentar ese código ó ley, ni es necesario presentarlo cuando un perito se refiere á él. Las opiniones de personas científicas deben aceptarse como hechos de su ciencia. Esa regla se aplica al dictamen de los jurisconsultos, y juzgo que no se limita á la costumbre, sino que se extiende á las leyes que aquéllos deben saber. Propiamente hablando, la naturaleza de tal prueba no consiste en manifestar el contenido de la ley escrita, sino los efectos é interpretación de tal ley. El mero contenido puede engañar á personas no familiarizadas con el especial sistema de la ley: el perito es llamado á determinar qué disposiciones se deducen del contexto de la ley. Juzgamos que las obras ó tratados no son aplicables: ninguna persona es tan versada en la materia, que baste su opinión para que decida científicamente. " (Westlake. § 353-356.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

comprendiéndose las que atañen á la quiebra, al concurso de acreedores y á la organización judicial :

b). Las leyes y reglamentos que se refieren al derecho administrativo y público interior, cuando interesen éstos á los Estados ó á los ciudadanos de las diversas naciones :

c). Los tratados, convenciones y acuerdos internacionales, ó las disposiciones que, contenidas en ellos, conciernan al derecho civil ó á las leyes económicas :

d). Las leyes y reglamentos dictados á consecuencia de dichos acuerdos internacionales.

3°. Que en cada Estado se archiven estos documentos en una oficina central accesible al público.

En cuanto á la prueba de las leyes extranjeras ante los tribunales, en la sesión de Hamburgo (1891) el Instituto aceptó estas conclusiones presentadas por M. Pierantoni :

I. El Instituto declara :

1°. Que en el estado actual de la ciencia del derecho y de las relaciones internacionales, y atenta la infinidad de leyes expedidas en los pueblos civilizados, la prueba de las leyes extranjeras no puede ser un punto de hecho que se deje á la iniciativa de las partes :

2°. Que es necesario fijar reglas generales y uniformes para sustituírlas á los usos vigentes.

II. El Instituto desea que los Estados se obliguen por acuerdos internacionales á la aplicación de las siguientes reglas :

a). Cuando en litigio civil es necesario aplicar una ley extranjera sobre cuya existencia y tenor no estén de acuerdo las partes, el juez ó el tribunal, á petición de las mismas ó de oficio, declarará, por resolución interlocutoria, cuáles son las leyes ó los puntos de derecho necesarios para resolver la controversia :

b). El juez ó el presidente, en el plazo más corto posible, dirigirá exhortos, que el ministerio de justicia ó el de relaciones exteriores remita al ministerio de justicia del Estado cuyas leyes se quieran conocer :

c). El ministerio de justicia de este último Estado contestará las preguntas, absteniéndose de todo consejo ó parecer sobre los puntos de hecho, y limitándose á manifestar la existencia y el tenor de las leyes :

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

d). Tan luego como los textos de las leyes y los certificados se hubieren remitido al tribunal, se archivarán en secretaría, y, á petición de la parte más diligente, continuará el curso de la litis.

244. Hagamos ya un resumen de los principios y reglas sobre el conflicto entre los límites locales de la ley.

Ante todo insistimos en que el derecho internacional privado no se propone sino resolver un solo problema: *qué ley es aplicable á cada controversia judicial.*

La controversia se refiere necesariamente á *personas* determinadas, y á éstas, los *derechos adquiridos*, que pueden reducirse á dos clases:

El *derecho de la familia;* y

El *derecho de los bienes.*

El *derecho de la familia* se considera en tres aspectos:

El matrimonio;

La patria potestad;

La tutela.

El *derecho de los bienes* comprende los derechos á cosas determinadas (*derechos reales*), y los derechos á ciertos actos de personas determinadas (*derecho de las obligaciones*).

Los derechos que en conjunto forman el derecho de los bienes presentan, como consecuencia artificial, el *derecho de herencia*, esto es, la universalidad de los bienes bajo la forma abstracta de un contenido determinado.

Cuando se procura conocer la ley aplicable á una de estas materias, atiéndese á las siguientes circunstancias.

I. El domicilio ó la nacionalidad de las personas.

II. La voluntad expresa ó tácita de las personas que se sujetan á un derecho local determinado.

La aplicación de la ley, como consecuencia de la sujeción voluntaria, expresa ó tácita, presenta siempre dos dificultades:

a). En qué circunstancias se presume la sujeción tácita:

b). Cuándo la prohiben las leyes absolutas:

III. El lugar donde está situada la cosa materia del litigio:

IV. El lugar donde debe cumplirse la obligación:

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

V. El lugar donde ejerce jurisdicción el juez ó tribunal llamado á decidir la controversia.

Tales son, en resumen, los datos que, según Savigny, (146) conducen á la solución de tan complicado problema.

Hemos adoptado esta doctrina después del más detenido estudio de los autores que, como Laurent y Weiss, tratan de resolver el mismo problema.

Estos autores se proponen refutar la doctrina de Savigny; pero sus razones no nos han convencido.

El eminente jurisconsulto alemán distingue dos puntos del todo diversos :

1º. Las bases fundamentales del derecho internacional privado; y

2º. Las reglas que, aceptadas aquéllas, debe observar el juez al decidir cada litigio.

Laurent y Weiss no nos hablan sino de la *nacionalidad* de los individuos ó de la *personalidad* del derecho, como base de la aplicación de las leyes extranjeras.

Ahora bien, cuando se trata de asuntos complicadísimos, como de una convención que, celebrada por dos partes de distinta nacionalidad, se controvierte en otro Estado; ¿qué reglas servirían para decidir la controversia?

En virtud de las doctrinas de Laurent y Weiss, sábese que el derecho adquirido en una nación es eficaz en las otras. Pero ¿qué ley aplicaría el juez para *declarar la eficacia del derecho?*

Puede objetarse que los dos escritores dan reglas sobre cada materia especial. Confiésase entonces que no basta el fundamento de la *nacionalidad* ó el de la *personalidad,* y que es necesario atender á otras circunstancias.

El mérito indisputable del sistema de Savigny consiste en que se dan reglas generales, aplicables á todas las materias, y reglas especiales á cada uno de los casos.

A controvertirse la capacidad de las personas, el derecho internacional privado prescribe, como lo veremos, que la capacidad se rige por la ley del Estado á que la persona pertenece; si se discute la validez de un instrumento público, es aplicable la regla *locus regit actum;* si el litigio versa

(146) VIII. § 361.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sobre la interpretación de un contrato, examínase dónde fue celebrado y dónde debe cumplirse la obligación; y casos hay en que la teoría de la nacionalidad ó de la personalidad es del todo nugatoria, porque el punto controvertido consiste en saber *qué ley nacional* ó *qué ley personal debe aplicarse.*

Todas estas materias de suyo tan complejas, ¿cómo comprenderlas en una fórmula sencilla á manera de las que emplea la química para indicar la composición de las sustancias?

Citamos estos casos como ejemplos; pues por ahora nos limitamos á los principios fundamentales sobre el derecho internacional privado; al tratar de las diversas materias determinaremos la ley á cada una de ellas aplicable.

Los estudios de Laurent y Weiss tienen, á no dudarlo, la mayor importancia, y tan insignes escritores son beneméritos del derecho internacional privado. Pero juzgamos que Savigny es en realidad de verdad quien levantó sobre bases de granito el magnífico edificio de la ciencia que da reglas para la solución del problema: *qué ley es la aplicable á la respectiva controversia judicial.*

Art. 15. A las leyes patrias que reglan las obligaciones i derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia ó domicilio en país extranjero.

1°. En lo relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile;

2°. En las obligaciones i derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solo respecto de sus cónyujes i parientes chilenos.

REFERENCIAS.

Obligaciones. 1437.
Derechos. 576-578.
Domicilio. 59. 62.
Estado de las personas. 304.
Capacidad. 1445, inc. 2°. 1446.
Cónyuge. 131-134. 136-142.
Parientes. 28-33.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 11. Los chilenos permanecen sujetos á las leyes patrias que reglan las obligaciones i derechos civiles, no obstante su residencia, domicilio ó naturalización en país extranjero:

1°. En lo relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile;

2°. En las obligaciones i derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solo respecto de sus cónyujes i parientes chilenos.

C. E. 14. Los ecuatorianos, aunque residan ó se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos á las leyes de su patria:

1°. En todo lo relativo al estado de las personas y á la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador; y

2°. En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos.

C. de N. 3..... Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.	3..... Las leyes concernientes al estado y á la capacidad de las personas rigen á los franceses, aunque residan en nación extranjera.

C. Arg. 6. La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales ó extranjeras, serán juzgadas por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en país extranjero.

7. La incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en la República.

9. Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza como la esclavitud, ó las que revisten el carácter de penales, son meramente territoriales.

948. La validez ó nulidad de los actos jurídicos entre vivos ó de las disposiciones de última voluntad, respecto á

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

la capacidad ó incapacidad de los agentes, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio.

P. de G. 7. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan á los españoles, aunque residan en país extranjero.

C. C. 19. Los colombianos residentes ó domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos á las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1°. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el Gobierno general, ó en asuntos de la competencia de la Unión;

2°. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior.

C. M. 12. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del Distrito Federal y Territorio de la baja California, aun cuando residan en el extranjero, respecto de los actos que deban ejecutarse en todo ó en parte en las mencionadas demarcaciones.

C. Esp. 9. Las leyes relativas á los derechos y deberes de familia, ó al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan á los españoles, aunque residan en país extranjero.

C. A. 4. Ellas (las leyes) obligan en nación extranjera á los ciudadanos en cuanto á su capacidad, y rigen sus actos cuando éstos se cumplen en lo interior.

34. La capacidad personal de los extranjeros, en las acciones judiciales, debe en general juzgarse según las leyes locales á que el extranjero está sujeto en razón de su domicilio; salvo disposiciones contrarias para casos especiales.

COMENTARIO.

245. En dos aspectos debemos examinar las reglas que el art. 15 encierra:

1°. La aplicación de estas reglas á los chilenos, aunque residan ó estén domiciliados en nación extranjera; y

2°. El efecto que conforme al derecho internacional privado surten en Chile las leyes extranjeras concernientes al estado y á la capacidad de las personas.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

BIBLIOTECA NACIONAL QUITO

§ I.

Del estado y capacidad de los chilenos. (*)

246. El art. 11 del *proyecto* de D. Andrés Bello y el art. 15 del Código dejan mucho que desear, así en cuanto á los principios como á su redacción.

"Los chilenos permanecen sujetos á las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, no obstante su residencia, domicilio ó *naturalización* en país extranjero....." (1) Prohibíase, pues, implícitamente la naturalización en otro Estado; prohibición del todo incompatible con los principios del derecho internacional, aceptados por el mismo D. Andrés Bello, y con la Constitución chilena; la cual no veda ni podía vedar que los chilenos se naturalicen en nación extranjera.

Revisado el *proyecto*, suprimiéronse del inc. 1° las palabras *ó naturalización*; y las reglas no se refieren ya sino á los chilenos que, conservando su nacionalidad, residen ó tienen domicilio en otro Estado.

Pero el art. 15 deja todavía que desear en cuanto á la

(*) Savigny. VIII. § 345. 359-365.—Locré. I. 380. art. 4°.—563. 9.—580. 12. 13.—600. 9.—II. 250. 12.—Merlin. Léi. § 6. n. I. IV. V. Puissance Paternelle. Sect. VII. Majorité. § V. Legitimation. (Q.)—Dalloz. Lois, 385-408.—Minorité. 32.—Toullier. I. 114. 115. 117. 169-185.—Laurent. I. 73-76. 87-98. (D. C. I.) I. 220-225. 258. 376. 389-391.—II. 39-44. 53-63. 74-110.— Zachariae. (M. V.) I. § 29.—Zachariae. (A. R.) § 31. n. II. III.—Delvincourt. I. p. 186. (4.)—Demolombe. I. 75-78. 97. 103. 104.—Marcadé. I. 65-70. 73-76.—Arntz. I. 46. 61-65.—Chabot. Autorisation maritale. § I.—Pardessus. V. 1482-1484.—Massé. I. 510-519.— D'Aguesseau. V. p. 281-284.— Rodemburgo. t. I. c. III.—Boullenois. I. 122-140. 205-222.—Foelix. I. 19-33. 87-89. 158. II. 365.—Story. chap. IV.—Hefftter. § 38.—Wheaton. II. II. § 6.—Kluber. § 55.—Phillimore. IV. XXVII. CCCLXV-CCCLXXXIV. —Westlake. chap. III.—Asser. 18-25.—Mailher de Chassat. 1-3. 20. 29. 47-54. 58.—Calvo. II. 514-524.—Fiore. I. 41-63.—Weiss. III. chap. I. t. IV. s. IV. (p. 136-179.)

(1) Art. 11 del *proyecto*.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

redacción, pues el inc. 1° expresa la idea absoluta de que los chilenos, aunque residan ó tengan domicilio en nación extranjera, están sujetos á las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles; y no enuncia el pensamiento dominante sino en los números 1° y 2°.

En el Ecuador se reformó el artículo enunciándose la idea con toda claridad: " Los ecuatorianos aunque residen ó se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos á las leyes de su patria..... "

247. Según el n° 1° del art. 15 los chilenos se hallan sujetos á las leyes de su patria en lo relativo al *estado* de las personas y á su *capacidad* para ejecutar *ciertos actos*, que hayan de tener efecto en Chile.

Juzgamos que también hay impropiedad en la expresión *ejecutar ciertos actos*, porque la capacidad de que habla el legislador se refiere, á no dudarlo, á *todos los actos* que surten efecto en Chile. Si la incapacidad es general, como la del menor, de la mujer casada &., &., y se ejecutan actos ó celebran contratos que en Chile surten efecto, ¿qué distinción cabe entre los actos ó contratos? ¿Cuáles serán válidos y cuáles nulos?

Prescindimos por ahora, ya de la diferencia entre la nulidad absoluta y la relativa, ya de la ratificación y la prescripción. Si por ejemplo, un menor celebra contratos en otro Estado, y pide en Chile su nulidad, ¿cómo pudiera distinguirse entre las diversas convenciones? Parécenos que no se distinguiría, y que, por lo mismo, debió decirse: nEl relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar actos ó celebrar contratos, cuando unos y otros surtan efecto en Chile.

El n° 2° encierra una restricción egoísta, incompatible con los principios de justicia que deben guiar al legislador cuando determina las obligaciones y derechos provenientes de las relaciones de familia. ¿Por qué se limitan los derechos y obligaciones sólo á la familia chilena? Si la familia es extranjera, ¿por qué no tendría los mismos derechos que la chilena? Singularísimo es que las obligaciones en cuanto á la familia dependan de *la nacionalidad*. Con razón se burlaba Pascal de la justicia que varía con los límites entre los Estados.

248. Volvamos á las reglas que encierra el art. 15. Sur-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ten efecto extraterritorial las leyes chilenas concernientes:

1°. Al estado de las personas:

2°. A la capacidad, cuando los actos ó contratos hayan de cumplirse en Chile:

3°. A las obligaciones y derechos provenientes de las relaciones de familia; pero sólo respecto del cónyuge y parientes chilenos.

249. Según el art. 304 el estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos ó contraer ciertas obligaciones civiles. Impropia nos parece tal definición; pues cuando se determina el estado civil, no se atiende á los derechos ni á las obligaciones que las personas puedan ejercer ó contraer, sino á la condición en que viven ó están. (2)

Sabido es que entre los romanos la palabra *persona* tenía como acepción primitiva la de máscara de teatro, y que de ahí la tomaron los jurisconsultos para significar los papeles que el hombre representa considerado civilmente. Cuando se habla del estado civil, investígase si un individuo es nacional ó extranjero, soltero, ó casado, mayor ó menor, hijo legítimo ó natural.....; y prescíndese absolutamente de que su condición le habilite para ejercer derechos ó contraer obligaciones. (3)

---

(2) " In persona cuiusque id nostrum est quod tribuitur personae, id est, quod cuique ita tribuitur ut is id habeat in sese, etiamsi desint res caeterae externae. Haec a natura cuique tributa sunt quatuor: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. " (Donello. II. VII. 2. 3.)

(3) " El estado de la persona es su posición en la sociedad, en la familia, es el conjunto de las calidades jurídicas que constituyen su personalidad civil: la edad, sexo, el estar presente ó ausente, ser casado ó soltero, padre, tutor, hijo, pupilo, &.

" La capacidad es la facultad, proveniente del estado, de ejecutar por sí misma, ó por sus representantes legales, todos los actos en general ó un acto determinado.

" En otros términos, el estado de la persona consiste en lo que *ella es;* su capacidad, general ó especial, en lo que *ella puede* en cuanto al derecho; el uno es causa, la otra, efecto. " (Weiss. II. chap. I. t. IV. s. IV. p. 141.)

" Compréndense entre las leyes sobre el estado y la capacidad las que conciernen á la calidad de hijo legítimo ó ilegítimo, de mayor ó menor, el estado de matrimonio ó de célibe, el divorcio,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La aptitud para ejercer derechos ó contraer obligaciones es lo que se denomina *capacidad;* y enorme es la diferencia entre el *estado* y la *capacidad* de la persona.

Si bien el art. 304 encierra el grave error de confundir el estado con la capacidad, el art. 15 los distingue; pues sólo las leyes relativas á la aptitud para ejercer derechos ó contraer obligaciones, son las que no se aplican cuando los actos ó contratos que se hubieren ejecutado ó celebrado en otra nación no hayan de surtir efecto en Chile; y, en cuanto al estado, rigen las leyes chilenas mientras el individuo no pierda la nacionalidad.

Según el art. 1445 la capacidad consiste en poder obligarse una persona sin el ministerio de otra. Tal definición se refiere sólo á las obligaciones; la capacidad en general es la aptitud para ejecutar actos ó celebrar contratos cuya validez no dependa de ninguna autorización.

El Código chileno no acepta la distinción, necesaria en algunas otras naciones, entra la capacidad de derecho y la capacidad de obrar. Savigny denomina *capacidad de derecho* la aptitud para la adquisición de los derechos civiles; y capacidad de obrar la aptitud para *ejercer derechos ó contraer obligaciones.* (4) En las re-

---

filiación, patria potestad, adopción, emancipación, tutela, potestad marital, derechos de la mujer casada; en una palabra, todas las leyes que determinan las relaciones jurídicas de una persona con su familia, así como las que determinan si es capaz de actos jurídicos y cuáles son los que puede ejecutar. " (Asser. 18.)

" El estado de la persona es el conjunto de las calidades jurídicas que la ley atribuye á un individuo considerado en sí mismo, y en relación con la familia y con el Estado.

" Las leyes determinan la condición jurídica de la persona y las circunstancias conducentes á constituir lo que se denomina el estado personal. Así, á cada uno califica la ley de ciudadano ó extranjero; casado ó célibe; padre, hijo legítimo ó natural; mayor ó menor; en interdicción, emancipado.

" El derecho de cada persona á ejercer la actividad propia según la norma establecida por la ley á que está sujeta, constituye la capacidad jurídica de la persona. Esta capacidad tiene siempre conexión con el estado personal, y por eso el estado es ahora el hecho jurídico primordial á que atiende el legislador para atribuir al individuo cierta capacidad y determinar sus derechos. " (Fiore. I. 41.)

(4) " Trátase de determinar primeramente el estado de la per-

Biblioteca Nacional-Eugenio Espejo

públicas sud-americanas todos los individuos, sean ciudadanos ó extranjeros, tienen *capacidad de derecho*, (5) ya porque se halla absolutamente abolida la odiosísima cuanto absurda institución de la esclavitud, ya porque la ley no reconoce diferencia entre el nacional y el extranjero en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles.

Volveremos á este punto al comentar el art. 57.

250. Conforme á los más inconcusos principios, aceptados por los legisladores y los jurisconsultos, (6) es la

---

sona. Al efecto deben establecerse dos especies de condiciones: las condiciones en que una persona puede adquirir un derecho (capacidad de derecho); y las condiciones según las cuales puede, en virtud de su libertad, ejercer su capacidad de derecho (capacidad de obrar). " (Savigny. VIII. § 361.)

(5) Según el art. 21 del proyecto de Freitas, "la capacidad civil es de *derecho* ó de *hecho*. Consiste la *capacidad de derecho* en la aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos ó ejecutar por sí mismas ó representadas por otros, actos que no les estén prohibidos. "

Y el redactor añade: " *Capacidad de derecho:* no se entienda esta expresión en el mismo sentido en que la emplea Savigny. Para este escritor, que generalizó el derecho romano, la capacidad de derecho es, y no podia dejar de ser, el carácter distintivo de los seres humanos que aquel derecho reputaba personas, contraponiéndolos á los que privaba de personalidad. Para nosotros, para la civilización actual, todo hombre es *persona;* pues que no hay hombre que no tenga capacidad de aquirir derechos, aptitud que no llamo *capacidad de derecho* tratándose de las personas, porque eso no seria sino con relación á entes que no son *personas*. El que para distinguir una *persona* de la que no es *persona*, emplease la expresión capacidad de derecho, capacidad jurídica, como lo hacen los escritores de derecho natural, incurriera en error, é induciria en él á los otros; y, ó bien viniera á la teoria del *status* y *capitis diminutio* del derecho romano, ó careciera de terminología propia para expresar la capacidad de derecho de las legislaciones modernas ".

(6) " Las leyes personales ", decia Portalis, " siguen á la persona á todas partes. La ley francesa, con ojos de madre, sigue pues á los franceses hasta las regiones más remotas; los sigue hasta las extremidades del globo.

" Así la calidad de francés como la de extranjero proviene de la naturaleza ó de la ley. Un individuo es francés por naturaleza cuando lo es por nacimiento ó por origen. Lo es en virtud de la ley, cuando adquiere esa calidad cumpliendo todos los requisitos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

regla de que las leyes concernientes al estado civil obligan á los nacionales aunque residan ó tengan domicilio en otro territorio.

Nada más indivisible que el estado civil. Como lo observa Rodemburgo, (7) no puede ni concebirse que un individuo sea á un mismo tiempo mayor y menor, casado y soltero, cuerdo y loco; y así como conserva su personalidad, conserva también su estado civil, que con la misma se confunde.

---

que la ley prescribe para subsanar los vicios del nacimiento ó del origen.

" Pero basta ser francés para que la ley francesa le rija en todo cuanto concierne al estado de la persona.

" Un francés no puede defraudar las leyes de su patria para contraer matrimonio en nación extranjera, sin el consentimiento de su padre ó madre, antes de cumplir veinticinco años. Ponemos este ejemplo, entre mil semejantes, para dar idea de la extensión y la eficacia de las leyes personales.

" Desde los progresos del comercio y la civilización, los pueblos tienen entre sí relaciones que antes no tenían; la historia del comercio es la historia de la comunicación de los hombres. Muy importante, pues, ahora más que nunca, establecer la máxima de que en todo cuanto concierne al estado y la capacidad de las personas, el francés, dondequiera que esté, continúa sujeto á la ley francesa. " (Locré. I. 580. 13.)

Y Faure añadía : " Basta ser francés para que el estado y la capacidad se rijan por la ley francesa. Bien el individuo resida en Francia, ó en nación extranjera, si es francés, la regla es una misma : su calidad de francés le sigue á todas partes, y las leyes que se derivan de esa calidad deben seguirle igualmente. " (613. 13.)

" El principio no es francés, alemán ni inglés; es universal por su naturaleza. Conforme á él es la doctrina de los autores, y la legislación está de acuerdo con la doctrina. "(Laurent. D. C. I. II. 44.)

" La regla de que las leyes personales siguen á la persona, y que extienden sus efectos fuera del territorio del domicilio del individuo, se funda en el acuerdo casi unánime de los autores y en la práctica de los tribunales de los Estados. " (Foelix. I. 30.)

(7) " Cum enim ab uno certoque loco statum hominis legem accipere necesse esset, quod absurdum, earumque rerum naturaliter inter se pugna foret, ut in quot loca quis iter faciens, aut navigans delatus fuerit, totidem ille statum mutaret aut conditionem; ut uno eodemque tempore hic sui iuris, illic alieni futuris sit; uxor simul in potestate viri, et extra eandem sit;

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

En cuanto á la capacidad, las leyes chilenas no obligan al nacional residente en Estado extranjero sino cuando sus actos ó contratos surten efecto en Chile. Si lo surten en otra nación, aplícanse los principios de derecho internacional privado que en ésta se acepten.

251. Según el tenor del art. 15, inc. 1°, el Código chileno determina la ley aplicable al estado y capacidad de las personas, atendiendo, no al *domicilio*, sino á la *nacionalidad*; y de ahí se deduce que mientras el individuo no la pierda, está sujeto á las leyes de su patria en todo cuanto concierne, bien á su estado civil, bien á su capacidad si los actos que ejecute ó los contratos que celebre surten efecto en Chile.

Mucho han controvertido los jurisconsultos sobre si el estado y la capacidad de las personas se determinan por la ley de su domicilio ó la de su nacionalidad. Vélez-Sarsfield, (8)

---

alio loco habeatur quis prodigus, alio frugi. " (t. I. c. III. § 4.)

(8) " Freitas, sobre los arts. 6, 7 y 8 [a], que son de su proyecto de Código para el Brasil, dice : ' El domicilio y no la nacionalidad determina el asiento jurídico de las personas para saber qué leyes civiles rigen su capacidad de derecho. Este es, en verdad, el pensamiento del Código Civil francés y de los escritores franceses, cuando dicen que el estado y capacidad de las personas se reglan por las leyes de su nacionalidad, pues confunden la nacionalidad con el domicilio, identificando ideas esencialmente diversas. Esta confusión aparece en el derecho internacional privado de Foelix quien, tratando del estatuto personal, emplea como sinónimos las palabras *nacionalidad* y *domicilio*. En la página 39 dice que : ' Las expresiones *lugar del domicilio del individuo* y *territorio de la nación ó patria* pueden ser empleadas indiferentemente'; y en efecto, él lo hace así confundiéndolo todo. Mucho contribuye á esta confusión el art. 9 del Cód. francés, declarando no ser nacional el que hubiese nacido en Francia de un extranjero; y el art. 10, declarando ser nacional el hijo de francés nacido en país extranjero. De esta manera, como el lugar del domicilio de origen no es el del nacimiento sino el del domicilio del padre, resulta que la nacionalidad del Cód. francés es lo mismo que el domicilio de origen. El error de tal suposición es evidente; porque el domicilio no es inmutable; su variación no exige una mutación de la nacionalidad; y, por lo tanto, el lugar del domicilio de

[a] Están equivocadas las citas, son los arts. 26, 27 y 28.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Story, (9) Freitas, (10) Savigny, (11)..... opinan que la ley del domicilio es la que prevalece.

---

origen no nos ofrece fundamento para decidir una cuestión de nacionalidad. Esta objeción no tendrá peso alguno para aquellos que, como Demolombe (tom. I. pág. 448), sostuvieron, contra una realidad innegable, que, en la teoría del Código francés, no se puede tener domicilio en país extranjero. Demangeat, en sus notas críticas á Foelix, pág. 57, dice. 'Según Foelix, no puede tenerse domicilio sino en el territorio de la nación de la cual el individuo es miembro.'—Suscítase, entre tanto, la cuestión de saber cuál será la ley personal del extranjero domiciliado en Francia, de que habla el art. 13 del Código, que no ha dejado de pertenecer á su nación. Nosotros creemos que el domicilio prevalece sobre la nacionalidad.'

" Story, en su obra *Conflict of laws*, consagra todo el largo capítulo IV á discutir la cuestión de cuáles sean las leyes que deban regir la capacidad de las personas. Pone los textos de varios jurisconsultos que han tratado la materia, y apoyado en los poderosos fundamentos que espone, en las decisiones de los tribunales de los Estados Unidos, y en la opinión de los jurisconsultos franceses Pothier y Merlín (este último cambió más tarde de opinión), concluye que la ley local del domicilio de la persona es la que rige su capacidad legal. Savigny, que se ocupó extensamente de la cuestión y le consagró el más profundo estudio, demuestra de la manera más incontestable que el domicilio determina el derecho territorial especial, al cual cada uno está sujeto, como á su derecho personal. " (Anotaciones á los arts. 6, 7 y 8 del Código argentino.)

(9) " Todas las leyes que tienen por principal objeto reglar la capacidad, estado y condición de las personas, se denominan por los jurisconsultos extranjeros *leyes personales*. Divídenlas en dos clases : leyes generales y leyes especiales. Las primeras reglan la capacidad general, estado y condición de las personas, como si son menores, mayores, emancipados, si pueden administrar sus bienes. Las segundas establecen una capacidad para ejecutar ciertos actos, dejando á las personas en otros aspectos con su capacidad ó incapacidad general. Pero bien las leyes puramente personales pertenezcan á una ú otra clase, según los jurisconsultos extranjeros casi todas ellas siguen á las personas á dondequiera que vayan. " (Story. § 51.)

(10) " La capacidad ó incapacidad, en cuanto á las personas domiciliadas en cualquier sección del territorio del Brasil ó en naciones extranjeras, se determinarán según las leyes de este Código, aun que se trate de actos ejecutados en nación extranjera, ó de bienes situados en Estado extranjero.

" La capacidad ó incapacidad, en cuanto á las personas de-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Decídense por la nacionalidad Massé, (12) Fio-

---

miciliadas fuera del Brasil, sean extranjeras ó nacionales, se determinarán según las leyes de su respectivo domicilio, aunque se trate de actos ejecutados en el Imperio ó de bienes en él existentes." (Arts. 26 y 27 del Proyecto de Freitas.)

(11) "Si se pregunta cuál es el derecho aplicable á los diferentes estados de la persona, que determinan la capacidad de derecho y la capacidad de obrar, se responde: lisa y llanamente es el derecho local á que esa persona se halla sujeta en virtud de su domicilio.

" Es verdad que este principio tiene algunos contradictores; pero sus partidarios son tan numerosos, que en realidad se halla sancionado por la opinión general, y pertenece al derecho consuetudinario de Alemania. Tal es también la significación propia de los estatutos personales, que en otro tiempo tuvieron tanta importancia." (VIII. § 362.)

(12) " La ley rige al hombre desde que nace: imprimiéndole la calidad de ciudadano, le confiere estado y capacidad civil y política, que subsisten unos mismos sea cual fuere el lugar donde el hombre esté; pues así como no puede tener dos nacionalidades, tampoco puede tener, en cuanto á un mismo hecho jurídico, dos capacidades distintas.....

" Deducese de ahí que las leyes concernientes al estado, la condición y la capacidad de las personas siguen á los franceses á nación extranjera, y que, recíprocamente, las leyes que rigen el estado y la capacidad de los extranjeros las siguen á Francia; de manera que según estas leyes los tribunales deben juzgar si tienen cierto estado si son capaces ó incapaces.

" Estas reglas, admitidas más ó menos expresamente por casi todas las legislaciones extranjeras, no sólo se fundan en el consentimiento general de las naciones, sino en la naturaleza de las cosas, á que las naciones se han conformado. Porque es evidente que la capacidad civil de un individuo, la que proviene de su posición de hombre social no puede determinarse sino según las leyes de la sociedad á que pertenece ó del Estado cuyo nacional es, ya por nacimiento, ya por adopción.

" Por lo cual, cuando la nacionalidad de un individuo cambia, cambia también el estatuto personal: el francés, que, sea cual fuere la causa, deja de ser francés, no es regido, en cuanto á su estado y capacidad, por la ley francesa, sino por la del Estado extranjero, que él acepta como patria adoptiva. Y sucede lo mismo con el extranjero que llega á ser francés.

" No basta pues un mero cambio de domicilio para operar el cambio de estatuto. Es necesario el cambio de nacionalidad. Según el antiguo derecho, cuando fueros (coutumes) numerosos y varios regían las diferentes provincias de que se

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

re, (13) Cogordan (14).... ....

componia el territorio, el estatuto personal podia depender del domicilio, y no de la nacionalidad; de manera que cambiándose de domicilio, esto es, pasando de una provincia á otra, se podia cambiar de estatuto. Pero hoy, bajo el imperio de una ley uniforme, el cambio de estatuto no se efectúa sino con el cambio de nacionalidad. " (I. 510.)

(13) " Aunque hay tanta diversidad entre las disposiciones del derecho positivo, es un hecho digno de notarse que en adelante puede considerarse como regla de derecho común en todos los Estados de Europa, que las leyes relativas al estado y á la capacidad juridica siguen á donde quiera al ciudadano. De esta regla se deduce, como consecuencia legal, otra reciproca, á saber, que el estado y la capacidad juridica del extranjero deben ser reglados por la ley del Estado cuyo nacional es. Tal regla nos parece conforme á los principios, y expondremos los argumentos principales para sostener nuestra opinión.

" Es evidente que todo individuo al nacer tiene patria, y que la nacionalidad establece una relación permanente entre la ley y el individuo. Este adquiere su personalidad civil conforme á las leyes de su patria, las cuales determinan, cuando existe la persona civil, si cada uno es hijo legítimo ó ilegítimo; qué derechos y obligaciones pertenecen al individuo en sus relaciones con la familia, con el patrimonio, con el Estado.

" Y siendo la nacionalidad una relación libre, voluntaria y permanente mientras el individuo no adquiera una diversa; parece más conforme al respeto debido á la personalidad humana, que ésta sea regida en todas partes por la ley del Estado con quien, en virtud de la nacionalidad, se halla en tal relación. No puede suponerse que de hecho ese vínculo se rompa cuando el individuo permanece en territorio extranjero ni por haber establecido en él su domicilio. El extranjero domiciliado continúa nacional de su patria; y como no pierde su carácter nacional, y con el domicilio no rompe los vínculos que le ligaban á la soberanía del Estado, puede exigir no solo la protección de su soberano sino que su condición juridica, su capacidad y sus derechos, como determinados en la ley de su patria, sean reconocidos y respetados, no en virtud de tratados, sino de los principios de justicia que deben reglar las relaciones entre las naciones y el libre desarrollo de la personalidad humana. " (I. 53.)

(14) " Los jurisconsultos se dividen en dos grupos en cuanto al problema sobre si el estatuto personal sigue al individuo á nación extranjera. Los ingleses y los americanos, atendiendo sin duda á la dificultad de que dependa el estatuto personal de la ley nacional en los Estados donde las leyes son distintas y

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Caído el imperio Romano, los Estados se dividieron y subdividieron, y cuando el sistema feudal, el domicilio era, por decirlo así, lo que imprimía carácter á la persona.

Aun en las naciones gobernadas por un solo monarca, como Francia, las provincias se regían, ya por sus fueros propios, ya por el derecho romano; y para determinar la ley aplicable al estado y capacidad de las personas, debía atenderse, no á la *nacionalidad*, sino al *domicilio*.

Pero restablecida en este siglo la unidad de legislación en grandes Estados, como Francia, Italia y Alemania,

---

varias, dan la preferencia á la *lex domicilii*. Los publicistas del continente europeo, y sobre todo los de la nueva escuela italiana, son al contrario los defensores de la nacionalidad, esto es, admiten conforme al art. 3° del Código de Napoleón que las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas rigen á los franceses aunque residan en nación extranjera. Nos adherimos, sin vacilar, á la doctrina francesa é italiana, juzgando que es anómalo que un hombre sea capaz en un Estado é incapaz en otro á un mismo tiempo; que en un lugar esté casado legitimamente mas no en otro. Pero debe reconocerse que en la práctica la determinación del domicilio de un individuo es en general más fácil y menos sujeta á controversias que la de la nacionalidad. Todos, en efecto, tienen domicilio, tomándose esta palabra en sentido lato, porque, si no tienen verdadero domicilio, tienen á lo menos residencia que, en un momento dado, los refiere á cierta nación; al paso que muchos hombres en el estado actual de cosas, no están ligados á ninguna patria por el vínculo de la nacionalidad. En 1880 el problema se sometió al Congreso reunido en Oxford por el Instituto de derecho internacional. La mayoría se decidió por la nacionalidad en la forma siguiente:

" El estado y la capacidad de la persona se rigen por las leyes del Estado á que ella pertenece por su nacionalidad. Cuando el individuo no tiene nacionalidad conocida, su estado y su capacidad se rigen por las leyes del domicilio. Nada más exacto, á nuestro ver, que esta resolución, debida acaso á la no concurrencia de los delegados americanos; pero se adhirió á ella un illustre jurisconsulto inglés, M. Westlake, á lo menos doctrinalmente. En otros términos, según el Congreso de Oxford, el estatuto personal de un individuo se determina por la ley de su domicilio, cuando es desconocida su patria ó cuando no la tiene. " (Chap. VIII. § II. p. 426.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

muy natural que prevalezca la *nacionalidad*; la cual, á no dudarlo, ejerce en el hombre mucha mayor influencia que el domicilio. Profundísima es la expresión del Conde de Maistre : " No he visto hasta ahora hombres, sino franceses, ingleses, rusos. " Evidentemente la nacionalidad es lo que forma el carácter del individuo, y, en especial, al determinar lo que concierne al estado y la capacidad de la persona, debe atenderse á las mil y mil circunstancias que, como el clima, las costumbres, la educación, las leyes, forman la idiosincracia física, moral é intelectual de los grandes grupos que constituyen la nacionalidad de los pueblos civilizados. Aun en los pueblos de un mismo origen, y que ayer no más se separaron de la metrópoli, como Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, República Argentina, &., &., son muy notables las diferencias provenientes de la *nacionalidad*, y subsisten ellas sea cual fuere el domicilio. Este depende de circunstancias accidentales, que pueden variar muchas veces durante la vida del individuo, como la industria, la profesión, las persecuciones políticas; y mientras no adquiera él otra nacionalidad por la naturalización, se le presume el ánimo de regresar á su patria.

Bien sabemos que nuestra opinión no significa nada tratándose de asuntos controvertidos entre los más notables escritores; pero ahora no discutimos una mera teoría; atenémonos á la ley positiva. Mientras el art. 15 se halle vigente, y subsista la nacionalidad del individuo chileno, ha de aplicársele el propio artículo á su estado y capacidad. Así, por ejemplo, si un chileno gira en Francia una letra pagadera en Chile, y se prueba que el librador tenía veinticuatro años, nada significa que en Francia sean mayores los individuos que han cumplido veintiuno. Demandado el pago en Chile, el librador mismo, ó su representante legal, puede solicitar que se declare nulo el contrato de cambio, y los tribunales declararán la nulidad sin atender á otra circunstancia que á la edad del librador de la letra.

252. Los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, determinados en el número 2° del art. 15, se refieren especialmente:

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1°. Al matrimonio:
2°. A la patria potestad:
3°. A la tutela:
4°. A los alimentos:
5°. A la sucesión por causa de muerte.

Así, como los cónyuges están obligados á guardarse fe, si la mujer comete adulterio en nación extranjera, le acarreará él la misma responsabilidad civil que si lo hubiese cometido en territorio chileno.

Lo expuesto acerca de los derechos y obligaciones entre los cónyuges es aplicable, respectivamente, á los derechos y deberes mutuos entre padres é hijos legítimos, padres é hijos naturales, subordinación del pupilo al guardador, &., &.

Por regla general, tratándose de los casos previstos en el número 2° del art. 15, se procede, en cuanto á las obligaciones mismas cuyo cumplimiento se exige, como si la persona obligada residiese en Chile.

Salta á la vista que la sentencia contra el chileno residente en otro Estado, no surtiría efecto en Chile sino cuando el reo tuviese bienes en esta República; y que, á no tenerlos, tal sentencia debe ejecutarse aplicándose las reglas que ya hemos visto (42-51) al tratar del cumplimiento de las sentencias dictadas en nación extranjera.

§ II.

Estado y capacidad de los extranjeros. (*)

253. Al principiar el comentario de este artículo, (245) observamos que debe examinarse á qué ley estaría sujeto el extranjero en cuanto á su estado y capacidad, si en Chile se litigase sobre un acto ó contrato ejecutado ó celebrado en otra nación.

(*) Locré. I. 399. 10.—Merlin. Loi VI. n. VI.—Dalloz. Lois 385.—Laurent. I. 83-86. (D. C. I.) I. 45. 52. 63.—Demolombe. I. 98-102.—Massé. I. 540.—Weiss. III. chap. I. t. IV. s. IV.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Cuando el acto ó contrato se ejecuta ó celebra en Chile, no se distingue, conforme al art. 14, entre el estado y la capacidad del ciudadano y los del extranjero. El francés, que es mayor en su patria al cumplir veintiún años, pasa á ser menor en Chile, y puede alegar la nulidad del acto ó contrato que sería válido en Francia. De la misma manera, la capacidad de la mujer casada en Inglaterra se determina en Chile, no por la ley inglesa, sino por la ley chilena.

Si bien este sistema es absurdo, incompatible con la esencia misma del estado civil y de la capacidad de las personas, y contrario á la práctica de casi todas las naciones, los jueces chilenos deben aplicarlo prescindiendo de sus inconvenientes y de su injusticia.

254. El art. 3º del Código de Napoleón, al tratar del estado y la capacidad de las personas, guarda silencio respecto á los del extranjero que contrata en Francia. Pero los tribunales y los jurisconsultos (15) están de acuerdo en que la ley nacional del extranjero es la que se aplica al determinarse su estado y capacidad.

---

(15) "Del principio que las leyes francesas concernientes al estado y la capacidad de las personas, rigen á los franceses aunque residan en nación extranjera, dedúcese naturalmente que por reciprocidad las leyes que rigen el estado y la capacidad de los extranjeros, los siguen á Francia; y que según ellas deben juzgar los tribunales franceses si aquéllos tienen ó no tienen estado, si son capaces ó incapaces." (Merlin. Loi. § VI. n. VI.)

"Como el estatuto personal regla el estado y la capacidad de las personas, síguese que las reglas sobre la edad, mayor ó menor, la interdicción, el matrimonio, las incapacidades particulares de ciertos individuos, y los requisitos necesarios para que cese su incapacidad ó para que puedan ejecutar ciertos actos, dependen del estatuto personal; de manera que en todos los aspectos que acaban de indicarse ú otros análogos, un francés que está en nación extranjera no tiene otra capacidad que la reconocida por la ley francesa, y que, por lo mismo, el extranjero que está en Francia conserva su capacidad según la ley nacional, salvo el caso en que la ley local restringiese esa capacidad en razón misma del estado de extranjero." (Massé. I. 544.)

"El Código declara el estatuto personal de los franceses en términos expresos, y admite implícitamente el estatuto personal de los extranjeros." (Laurent. D. C. I. II. 47.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

255. El art. 14 del Código chileno es aplicable sólo á los actos ó contratos ejecutados ó celebrados en Chile, (227) mas no cuando ante los tribunales de esta nación se exige el cumplimiento de obligaciones que en otra se hubieren contraído. Para convencerse de ello basta leer los arts. 15 y 16; los cuales excepcionalmente dan efecto extraterritorial á las leyes relativas así al estado y capacidad de las personas como á los bienes situados en la nación.

Y si las demás leyes no son aplicables á las obligaciones contraídas en otro Estado, es necesario aceptar una de las dos siguientes hipótesis:

O bien no puede exigirse en Chile el cumplimiento de tales obligaciones;

O bien los tribunales tienen de aplicar al litigio las reglas puntualizadas por el derecho internacional privado.

No admitimos ni por un instante la primera hipótesis; pues de toda imposibilidad imposible que la nación cuyo Código civil establece el libérrimo principio de que los ciudadanos y los extranjeros gozan de unos mismos derechos civiles, hubiese cerrado á los segundos las puertas de los tribunales. Tal sistema, sobre absurdo, sería perjudicial no sólo á los extranjeros sino aún á los chilenos, que no podrían demandar á un extranjero el cumplimiento de un contrato celebrado fuera de la República.

Y si es evidentísimo, como lo es, que puede litigarse en Chile sobre actos ó contratos originados en nación extranjera, síguese que á estos litigios se aplicarían, en cuanto á la capacidad de los extranjeros, las leyes nacionales de los mismos, aunque se aplicasen otras á los demás puntos controvertidos.

256. Pero los tribunales chilenos no deben aplicar las leyes concernientes al estado y capacidad de los extranjeros, en los siguientes casos: (16)

---

(16) " Hasta aquí hemos establecido que el derecho local del domicilio es el que determina en general la capacidad de obrar, y aun en tal caso muchos autores sostienen una opinión contraria. Trátase ahora de fijar los límites de este principio, esto es, de indicar los casos en que deja de ser aplicable.....

" Cuando una ley concerniente al estado de las personas (capacidad de derecho ó capacidad de obrar), es una de las leyes

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1°. Cuando esas leyes contravienen al derecho público chileno:

---

absolutas que, atenta su naturaleza anómala, no se comprenden en la comunidad de derecho entre los Estados independientes, no es el derecho local de la persona el que debe aplicarse, sino el derecho nacional." (Savigny. VIII. § 365.)

"Este principio no puede aplicarse sino al estado general, como el de mayor ó menor, de mujer sujeta á la potestad marital ó libre de tal potestad. Todas las naciones civilizadas están de acuerdo en no conceder capacidad sino á los que han cumplido cierta edad, en que la mujer se halle bajo la potestad del marido. Cualquiera que trate con una persona puede, pues, exigirle prueba que es mayor; y si es menor, investigar los requisitos según los cuales puede obligarse válidamente: cualquiera que contrate con una mujer, puede cerciorarse de si es ó no casada. En ambos casos puede prevenir el peligro de nulidades exigiendo garantías ó certificado, lo cual no es difícil como no lo es el certificado de identidad exigido en muchas circunstancias.

"Al contrario, las prohibiciones provenientes de ciertas calidades son más arbitrarias; se fundan en una utilidad menos general, y juzgamos que no pueden ser alegadas..... A lo menos esa excepción no sería susceptible de admitirse sino entre los súbditos de un mismo Estado, ó cuando la incapacidad fuere conocida del que ha tratado con el incapaz, y solo cuando la ley determina esa incapacidad, declara la nulidad de la obligación." (Pardessus. V. 1483.)

"El estatuto personal ó la incapacidad que de él resulta, no sigue á la persona á nación extranjera sino cuando se trata de una prohibición que se aplica á su estado general, como la que es relativa al menor ó á la mujer casada. Pero es otra cosa en cuanto á las prohibiciones particulares que se fundan en un hecho arbitrario, que nadie está obligado á investigar. Tales son las que, en ciertos Estados, afectan á las personas nobles ó constituidas en dignidad civil ó eclesiástica, en cuanto á suscribir letras de cambio ú otras obligaciones que acarrean prisión. Estas prohibiciones no constituyen sino un impedimento puramente local que, fuera de donde se establecen, no pueden oponerse á los que han tratado con los incapaces.

"Es de notar también que el estatuto personal no sigue á los extranjeros en Francia, y no rige su capacidad sino cuando no es contrario á una ley de orden público. Hé aquí un doble ejemplo en apoyo de esta proposición que, aun cuando no se refiera al comercio, habilita para hacer comprender su extensión.

"Así, se ha juzgado, por una parte, que el extranjero cuyo matrimonio ha sido legalmente disuelto en su nación, aun por

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

2°. Cuando pugnan con la moral:

3°. Cuando establecen incapacidades particulares desconocidas en Chile.

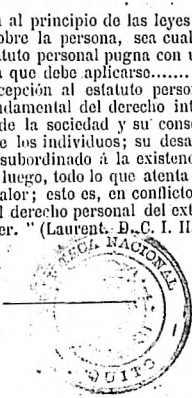
---

una manera de disolverse contraria á la ley francesa, puede volver á casarse en Francia; porque si el art. 147 del Código civil prohibe contraer segundo matrimonio antes de la disolución del anterior, al extranjero que se proponga casarse en Francia le basta probar que su primer matrimonio se ha disuelto legalmente en la forma y según las leyes del Estado cuyo nacional es.

" Y, por otra parte, se ha juzgado por la Corte de Paris que la mujer extranjera cuyo matrimonio se ha disuelto en su nación, no puede contraer nuevo matrimonio en Francia antes de diez meses de la disolución del primer matrimonio, aunque según su estatuto personal puede contraer nuevo matrimonio sin que ese plazo hubiere expirado; porque el art. 228 del Código civil que prohibe á la mujer pasar á segundas nupcias sino transcurridos diez meses desde la disolución del matrimonio precedente, encierra prohibición de orden público, sancionada por el art. 194 del Código penal, que castiga al funcionario del estado civil, si antes del tiempo prescrito por el art. 228 ha presenciado el matrimonio de una mujer que fue casada. " (Massé. I. 549-549 bis.)

" Hay una excepción al principio de las leyes personales y al imperio que ejercen sobre la persona, sea cual fuere su residencia: cuando el estatuto personal pugna con una ley de interés general, ésta es la que debe aplicarse.....

" Lo que llamo excepción al estatuto personal es, á decir verdad, una regla fundamental del derecho internacional privado. La existencia de la sociedad y su conservación son la condición de la vida de los individuos; su desarrollo físico, intelectual y moral está subordinado á la existencia de los hombres en sociedad civil; luego, todo lo que atenta á la sociedad no puede tener ningún valor; esto es, en conflicto entre el derecho de la sociedad y el derecho personal del extranjero, el estatuto personal debe ceder. " (Laurent. D. C. I. II. 52.)



Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 16. Los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean estranjeros i no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país estraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país estraño para cumplirse en Chile, se arreglarán á las leyes chilenas. (*)

REFERENCIAS.

Bienes. 565.
Extranjeros. 56.
Contratos. 1438.
El inciso 3°. 2411.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 10. Las leyes relativas á bienes raíces situados en Chile, obligan aún á los estranjeros no residentes en el país.

14. Los efectos legales de los contratos otorgados en territorio estranjero para efectuarse en Chile, se arreglarán á las leyes chilenas.

C. E. 15. Los bienes situados en el Ecuador están sujetos á las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.

(*) Savigny. VIII. § 344. 345. 360. 366-368 374-376.—Locré. I. 300. 77.—380. art. 3.—563. 9.—580. 12—581. 14. 15.— 600. 9. —II. 225. 17.—250. 12.—286. 8.—Merlin. Biens. § II. n. III.— Loi. § VI. n. 1-III.—Testament. Sect. I. § V. art. I. n. I. II.—Dalloz. Lois. 385. 409-414.—Toullier. I. 114. 116-118.—Zachariae. (M. V.) I. § 29.—Zachariae. (A. R.) I. § 31. II. III.—Demolombe. I. 68. 69. 76. 77. 89-96.—Marcadé. I. 65. 72. 75-77.—Baudry-Lacantineric. I. 211-214.—Laurent. I. 109-125.—(D. C. I.) VII. 111-126. —Arntz. I. 66. 67.—Chabot. Autorisation maritale. § I.— D'Aguesseau. V. p. 281-284.—Rodemburgo. t. II. c. II.—Pothier. Coutume d'Orléans. 22-24.—Boullenois. I. p. 25-28. 230. 231. 338-347.—Foelix. I. 9. 56-66. 76. 93.—Story. chap. IX. X.— Vattel. II. II. § 103.—Montesquieu. XX. XXIII.—Heffter. § 38. 61. 67.—Wheaton. II. II. § 3.—Bluntschli. 377.—Massé. I. 550-553. 555.—Mailher de Chassat. 56. 61-65.—Fiore. I. 72-93.—Westlake. chap. VII. VIII.—Asser. 29. 41-46.—Philimore. IV. chap. XXVI. XXVIII.—Calvo. II. § 707-716.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes par celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera.

Pero los efectos de estos contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán á las leyes ecuatorianas.

C. de N. 3..... Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.	3..... Los inmuebles, aun los poseídos por extranjeros, se rigen por la ley francesa.

C. Arg. 8. Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado : pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, sino son conformes á las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas.

10. Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto á su calidad de tales, á los derechos de las partes, á la capacidad de adquirirlos, á los modos de transferirlos, y á las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título por lo tanto á una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido ó perdido de conformidad con las leyes de la República.

11. Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que estén situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, ó que son de su uso personal, esté ó no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos ó transportados á otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño.

1211. Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre los bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

P. de G. 8. Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes españolas.

9. Los derechos y obligaciones relativas á bienes muebles, se rigen por las leyes del país en que su dueño esté domiciliado.

C. C. 20. Los bienes situados en los territorios y aquellos que se encuentran en los Estados, en cuya propiedad tenga interés ó derecho la Nación, están sujetos á las disposiciones de este Código aún cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extranjero.

Pero los efectos de dichos contratos para cumplirse en algún territorio, ó en los casos que afecten á los derechos ó intereses de la Nación, se reglarán á este Código, y demás leyes civiles de la Unión.

C. P. T. P. V. Están sujetos á las leyes de la República los bienes inmuebles, cualesquiera que sean la naturaleza y la condición del poseedor.

C. M. 13. Respeto de los bienes inmuebles sitos en el Distrito Federal y en la Baja California, regirán las leyes mexicanas aunque sean poseídos por extranjeros.

C. Esp. 10. Los bienes muebles están sujetos á la ley de la nación del propietario: los bienes inmuebles á las del país en que están sitos.....

COMENTARIO.

257. Como lo hemos visto en las *concordancias*, D. Andrés Bello se limitó, en el art. 10 de su *proyecto*, á traducir el art. 3°, inciso 2°, del Código de Napoleón, aceptando la añeja cuanto inconsulta doctrina de que sólo los inmuebles están sujetos á la ley de la nación donde se hallen situados.

Importantísima es la reforma hecha en el artículo que comentamos; el cual encierra tres reglas que deben examinarse con suma atención:

1ª. Los bienes situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile:

2ª. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en otro Estado:

3ª. Los efectos de los contratos ajustados en nación extraña, para cumplirse en Chile, se arreglarán á las leyes chilenas.

258. De todo punto es necesario que todos los bienes situados en la nación estén sujetos á sus leyes.

De varias maneras explican este principio los jurisconsultos.

Portalis fundaba el art. 3º, inc. 2º, del Código de Napoleón, en el dominio eminente del soberano. (1)

---

(1) "Las leyes que reglan la disposición de los bienes se llaman reales: estas leyes rigen los inmuebles, aunque poseídos por extranjeros.

"Este principio se deriva de lo que los publicistas llaman dominio eminente del soberano.

"No hay que engañarse en cuanto á las palabras dominio eminente; pues sería un error deducir de ellas que cada Estado tiene derecho universal de propiedad sobre todos los bienes territoriales de su Estado.

"Las palabras dominio eminente no expresan sino el derecho que tiene el poder soberano de reglar la disposición de los bienes por leyes civiles, de gravar esos bienes con contribuciones proporcionadas á las necesidades públicas, y de disponer de esos mismos bienes para algún objeto de utilidad pública, indemnizando á los particulares que los poseen.

"Al ciudadano pertenece la propiedad, y al soberano el imperio. Tal es la máxima de todas las naciones y de todos los tiempos; pero las propiedades particulares de los ciudadanos, reunidas y contiguas, forman el territorio nacional del Estado, y, en cuanto á las naciones extranjeras, ese territorio forma un solo todo que se halla bajo el imperio del soberano ó del Estado. La soberanía es un derecho á un mismo tiempo real y personal; por consecuencia, ninguna parte del territorio puede sustraerse á la administración del soberano, así como ninguna persona que habite el territorio puede sustraerse á su vigilancia ni á su autoridad.

"La soberanía es indivisible, y dejaría de serlo, si las porciones de un mismo territorio pudieran ser regidas por leyes que no emanasen de un mismo soberano.

"Luego, en virtud de la naturaleza misma de las cosas, los inmuebles, cuyo conjunto forma el territorio nacional de un pueblo, se rigen exclusivamente por las leyes de ese pueblo, aunque parte de ellas sea poseída por extranjeros." (Locré. I. 580. 14. 15.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Savigny (2) opina que si el individuo adquiere bienes en una nación, se sujeta voluntariamente á las leyes de la misma, y ese parecer es aceptado por Vélez-Sarsfield. (3)

Es indudable que aun aplicándose los principios más liberales, el soberano puede determinar todas las reglas concernientes así al estado y capacidad de los ciudadanos como á los bienes situados en el territorio, sea quien fuere el dueño ó poseedor. Las leyes concernientes á los bienes mismos son de derecho público; pues el interés general exige que se dicten reglas uniformes sobre la constitución de los derechos reales y sobre la manera de transferirlos. La mayor confusión reinaría en el derecho de los bienes, si él se rigiese por tantas leyes cuantos son los dueños ó poseedores. La necesidad de reglas uniformes sobre materia tan trascendental es efectivamente un axioma.

259. El Código chileno, aceptando las doctrinas de Savigny, (4) extiende el imperio de las leyes nacionales no

---

(2) " Vamos á ocuparnos en los derechos á cosas especiales, esto es, en los derechos reales, para determinar el imperio del derecho á que pertenecen, y si el objeto mismo nos conduce á tal determinación. En efecto, como ellos están á nuestra vista, y ocupan un lugar en el espacio, el lugar donde se hallan es al mismo tiempo el asiento del hecho jurídico de que se trata. El que quiere adquirir ó ejercer un derecho sobre una cosa, se transporta con la intención al lugar que ella ocupa, y, en cuanto á ese derecho especial, se somete voluntariamente al derecho de la localidad. Así, pues, cuando se dice que los derechos reales se juzgan según el fuero del lugar en donde la cosa está situada (*lex rei sitae*), se parte del mismo principio que cuando se aplica al estado de la persona la *lex domicilii*. Ese principio es la sujeción voluntaria. " (Savigny. VIII. § 366.)

(3) Al anotar el art. 10 del Código argentino.

(4) A la verdad el *forum rei sitae* fue del todo desconocido en el derecho romano primitivo; pero estableciósе en breve en cuanto á la acción de dominio, y más tarde á otros derechos *in rem*. El actor, empero, es libre para eligir entre la jurisdicción especial (*forum rei sitae*) y la jurisdicción general (*forum domicilii*); sin embargo la determinación del derecho local exige una regla fija, y no podría subordinarse á la voluntad arbitraria de una sola de las partes. Debemos pues adoptar exclusivamente uno ú otro de esos derechos, y será el derecho del lugar donde la cosa está situada (*lex rei sitae*), fundándonos en la voluntad manifestada especialmente en cuanto al hecho jurídico jurisdiccio-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sólo á los bienes raíces sino á los muebles *situados* en la nación.

---

nal. El derecho á una cosa puede ser común á varias personas que tengan un domicilio distinto. Si los derechos reales se juzgasen, pues, según el derecho del domicilio, en tal caso quedaría por averiguarse cuál es el domicilio cuyo derecho debe seguirse. Ahora bien, esta incertidumbre desaparece cuando se adopta la *lex rei sitae*, que por su naturaleza es simple y exclusiva.

" Por lo cual el principio que acabo de establecer ha sido en todo tiempo generalmente admitido, y á él es al que se refiere la distinción de los estatutos reales; de donde resulta que las leyes que tienen directa y principalmente por objeto el derecho á las cosas, rigen todas las cosas situadas en el imperio del legislador, sin distinguir si los dueños de esos derechos son nacionales ó extranjeros. Mas la aceptación de tan sana doctrina ha sido mucho tiempo oscurecida por la de una ley arbitraria, que la priva de su eficacia y sus efectos. Así, no se aplicaba el principio sino á los inmuebles, y, en cuanto á los muebles, se pretendia que debia seguirse, no la *lex rei sitae*, sino la *lex domicilii*, y eso en virtud de una ficción según la cual se consideraban los muebles, sea cual fuere el lugar donde estén, como existentes en el domicilio de la persona.....

Los partidarios de la doctrina que combato, y que sujetan las cosas muebles no á la *lex rei sitae* sino á la *lex domicilii* olvidan ó pretenden olvidar la parte débil de su doctrina. Así, se dice que el derecho local aplicable se determina por el domicilio de la persona; pero ¿cuál es esa persona? Sin duda la que tiene derecho á la cosa materia del hecho jurídico. Pero eso es muy vago, y, aun cuando se admitiese el principio, bastaría para que su aplicación fuese muy incierta. Puede aplicarse tal denominación al dueño, pero cuando se trata de la trasmisión de la propiedad, no se sabe si designa al antiguo ó al nuevo dueño, y cuando la propiedad es lo controvertido, á cuál de las partes debe atribuirse. Pudiérase, es verdad, prescindir absolutamente del propietario y sustituirle el poseedor, lo cual simplificaria y facilitaria mucho la aplicación. En fin, independientemente de la propiedad hay ciertos derechos reales que, cuando se confieren ó se pretenden, constituyen para otras personas un derecho á la cosa. Luego, aun cuando fuese cierto que el derecho local se determina por el domicilio de la persona, ese principio seria muy equivoco, porque las diversas personas de que acabamos de hablar pueden tener domicilios distintos, y esa pretensa regla no podria conducirnos á la solución práctica del problema.

" Queda siempre el problema principal, el de saber si hay en la

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Este importantísimo principio se declaró por primera vez en el Código chileno como regla obligatoria, y hoy es

---

naturaleza de las cosas un fundamento para establecer una distinción entre el derecho local á cosas inmuebles y á cosas muebles, y para sujetarlas á un derecho local diferente. La negativa no es dudosa. Si los escritores no se han puesto de acuerdo sobre este problema, tal vez provenga ello de que siempre se ha planteado de una manera abstracta. Vamos á manifestar que en la vida real las cosas pasan de otra manera. Estas consideraciones explicarán al mismo tiempo el origen de la opinión que combato como errónea, y harán resaltar el elemento de verdad que ella contiene.

" Cuando se examina el lugar que ocupan en el espacio las cosas muebles, se ven dos casos extremos, diametralmente opuestos, entre los cuales hay infinidad de casos intermedios.

" Primeramente el lugar que las cosas muebles ocupan en el espacio puede ser tan indeterminado y tan variable, que no podría haber ninguna idea precisa del territorio donde se hallan; lo cual excluye absolutamente la sujeción voluntaria al derecho local de ese territorio. Sírvannos de ejemplos los casos siguientes: el viajero á quien transporta una diligencia ó un ferrocarril, en un solo día puede atravesar varias naciones, aun sin pensar dónde está momentáneamente. Sucede lo mismo cuando un comerciante despacha mercaderías á nación distante, y mientras las mercaderías están en camino, sobre todo cuando se despachan por mar y á distintos puertos, y aun á distintas partes del mundo, para buscar un mercado más lucrativo. En tales casos evidentemente no pudiera aplicarse la *lex rei sitae*, y con el pensamiento deberíamos investigar un lugar donde la cosa esté destinada á permanecer un tiempo largo ó indeterminado. A veces ese lugar se indica de una manera cierta por la voluntad del propietario; otras coincide con el domicilio del mismo. Pondré como ejemplo el equipaje que un viajero lleva consigo, ó las mercaderías que un negociante despacha y las devuelve, si no puede venderlas en el lugar de su domicilio, y espera tiempo más propicio. Sin duda porhaberse atendido exclusivamente á casos de esta especie, se pretendió aplicar en general á los bienes muebles el derecho del domicilio.

" El segundo caso, absolutamente inverso, es aquel en que las cosas muebles están destinadas á permanecer constantemente en un mismo lugar, como los muebles de una casa, una biblioteca, una colección de objetos artísticos, los utensilios para el cultivo de un predio rústico. A la verdad el destino de estas cosas no es invariable, y pueden transportarse á otro lugar ó á otra nación; pero tales cambios son accidentales, y extraños á la intención actual y á la previsión del poseedor. El domicilio de la persona nos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

aceptado por casi todas las naciones de sud-América.

El distinguir los bienes muebles *situados* en el territorio de aquellos que se *refieren* en realidad al domicilio del dueño, obvia en la práctica todas las dificultades. Nunca deben confundirse los bienes que, como los muebles de una casa, una biblioteca, se destinan á permanecer en un mismo lugar, con el dinero, joyas, &., &., que se transportan á dondequiera que va el propietario.

La distinción entre las leyes concernientes á los bienes raíces y á los muebles proviene, ya de las preocupaciones contra los extranjeros, á quienes se prohibía generalmente adquirir la propiedad territorial, ya de las ideas inexactas que aun los hombres más eminentes tenían acerca del comercio. (5)

---

presenta una relación absolutamente análoga, porque se considera siempre como permanente, aunque pueda alterarse en cualquier instante del tiempo futuro. No hay ni apariencia de razón para que estas cosas se distingan de los inmuebles, y deben sujetarse evidentemente al derecho local que determina su situación presente, y no por el domicilio del propietario ó poseedor. Admiten esto varios autores; los cuales sostienen, por otra parte, la distinción entre los muebles y los inmuebles; y en cuanto á estos bienes forman una excepción á la regla y establecen una doctrina intermédia.

" Entre las dos clases de bienes muebles de que acabo de hablar hay otras muchas que se refieren á grados distintos. Propondré como ejemplo las mercaderías que un negociante tiene depositadas en otro lugar que su domicilio durante un tiempo indeterminado, el equipaje de un viajero que permanece en nación extranjera, &c. En cuanto á estas cosas las circunstancias especiales determinan si pertenecen á una de las clases. No debe atenderse sólo al tiempo más ó menos largo durante el cuál la cosa ha estado en un lugar, sino también á la naturaleza de la regla de derecho de cuya aplicación se trata. Si, por ejemplo, el litigio versa sobre la forma de la enajenación (la tradición ó el mero contrato), para aplicar el derecho local del lugar donde la cosa está situada, podía exigirse menos tiempo que si se tratase de un litigio sobre prescripción. Pero en general debemos asentar como regla de aplicación de la *lex rei sitæ*, y mirar como excepción, relativamente rara, la que se ha establecido en cuanto á los casos de la primera especie: " (VIII. § 366.)

(5) " Las riquezas consisten en predios ó en bienes muebles: los predios de cada nación son poseídos ordinariamente por sus habitantes. Muchos Estados tienen leyes que dificultan á los

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los partidarios mismos del sistema según el cual todos los muebles se hallan sujetos á las leyes del domicilio del propietario, hallan gravísimas dificultades cuando se trata de constituír en éstos derechos reales, y se ven compelidos á reconocer que entonces es aplicable la ley del territorio donde los bienes están situados.

Así, por ejemplo, Massé es uno de los escritores franceses que defienden con más tesón el sistema de que los muebles se rigen por la ley del domicilio del propietario; pero al hablar de la constitución de los derechos reales, acepta el principio de que en tal evento es aplicable á esos bienes la *lex rei sitae;* porque se trata, según dice, no de la relación entre el propietario y los bienes, sino de los *bienes mismos*, prescindiéndose del dueño ó poseedor. (6)

---

extranjeros la adquisición de la propiedad territorial; sólo la presencia del dueño la vuelve productiva : este género de riquezas pertenece, pues, á cada Estado en particular. Pero las cosas muebles, como el dinero, los pagarés, las letras de cambio, las acciones sobre las compañías, las naves, todas las mercaderías, pertenecen al mundo entero, que, en este aspecto, no forma sino un solo Estado, cuyos miembros son todas las sociedades : el pueblo que posee más bienes muebles es el más rico. Algunos Estados tienen inmensa cantidad de esos bienes : cada uno los adquiere por sus mercaderías, por el trabajo de sus obreros, por su industria, descubrimientos, aun por mera casualidad. La avaricia de las naciones se disputa los muebles de todo el universo. Puede haber una nación tan desgraciada, que carezca de los bienes muebles de las otras naciones, aun casi de todos los suyos : los propietarios de predios no serían ahí sino colonos de los extranjeros. Tal Estado carecería de todo, y nada pudiera adquirir; valdría más que no comerciase con ninguna nación del mundo : el comercio, en esas circunstancias, es el que le conduce á la pobreza." (Montesquieu. XX. XXIII.)

(6) "Pero el principio que sujeta los muebles á la ley del domicilio del propietario, no es aplicable cuando los muebles se consideran, no en sus relaciones con el propietario, sino como tales muebles y relativamente á los derechos que terceros pueden adquirir en ellos. En este caso se rigen por el *estatuto real* de su situación efectiva así como los inmuebles.

"De la misma manera que las solemnidades hipotecarias, la inscripción de los privilegios ó hipotecas, y los derechos que de ello resultan, se rigen por la *lex rei sitae;* de la misma manera también la dación de un mueble en prenda y las consecuencias de ese contrato, se rigen por la ley del lugar donde está el mueble

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Y nótese que los casos en que se trata de la constitución de los derechos reales son los más importantes, porque entonces se suscita el conflicto entre la ley vigente en el domicilio del propietario y la del lugar donde los bienes muebles están situados.

La doctrina de Massé manifiesta que el sistema de los *estatutos personales* y *estatutos reales* ejerce todavía perniciosísima influencia y ha extraviado el criterio de los más notables jurisconsultos franceses; pues casi siempre se proponen distinguir si el estatuto es personal ó real, y amoldan á las teorías de los estatutarios los efectos que surte cada una de las leyes. Conforme al art. 3º, inc. 2º, del Código de Napoleón, los inmuebles situados en Francia están sujetos á las leyes francesas, y de ahí deducen los intérpretes, aplicando el sistema de los estatutos, que la capacidad para disponer de los bienes raíces debe determinarse, no por la ley nacional ó la del domicilio de la persona, sino por la ley del lugar donde los inmuebles están situados. Pero, ¿cómo se deduce tal consecuencia del clarísimo tenor de aquel inciso? El art. 3º distingue las leyes concernientes á los bienes mismos de las leyes que determinan el estado y capacidad de las personas, y las demás materias están sujetas á reglas peculiares, sin que entonces venga á cuento investigar si el *estatuto* es *real* ó *personal*.

Aunque Aubry y Rau opinan que el Código de Napoleón ha seguido el sistema de los *estatutos*, reconocen que hay muchas materias ajenas á tal sistema. (7)

---

en el momento en que es dado en prenda y entregado al acreedor; porque entonces ese mueble se considera, no en sus relaciones directas con el dueño, sino al contrario en su relación directa con el lugar donde está, y que se determina por el contrato, de manera que entonces no se atiende á una ficción reemplazada por la realidad.

"Si se trata igualmente de reivindicar un mueble que su posición ó estado actual, en un lugar más bien que en otro, sujeta á la acción reivindicatoria, ó de ejercer un privilegio subordinado á los mismos requisitos; la ley de la situación real del mueble es la que debe aplicarse, y no las del domicilio de la persona á quien pertenece." (I. 555.)

(7) "La distinción entre el estatuto personal y el estatuto real es ajena á las leyes que no determinan el estado y la capacidad de

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

260. En cuanto al Código chileno (237) clarísimo es que el art. 14, inc. 1°, no se refiere sino á los bienes, raíces ó muebles, *situados* en el territorio de la República, y que en nada atañe á las otras materias.

Veamos, pues, las principales leyes que reglan los bienes mismos, prescindiéndose del dueño ó poseedor:

Las que determinan cómo se constituyen, transfieren y extinguen los derechos reales: dominio, usufructo, uso, habitación, prenda, hipoteca;

Las que dividen los bienes en raíces y muebles;

Las que enumeran los muebles que, como accesorios de los predios, se reputan inmuebles;

Las que puntualizan los efectos de la posesión;

Las concernientes al ejercicio de las acciones reales ó de las posesorias;

Las que atañen á la expropiación;

Las que imponen contribuciones sobre los bienes.

El art. 16, inc. 1°, insistimos en ello porque es importantísimo, no se aplica sino á los bienes, prescindiéndose siempre del estado ó la capacidad de la persona, y de todo cuanto no se refiere en absoluto á los bienes mismos.

261. La regla de que los bienes situados en la República están sujetos á las leyes chilenas, no obsta á que pueda disponerse de ellos por contratos válidamente celebrados en nación extranjera. De lo cual se deduce que aun cuando tales leyes se aplican á los bienes, la validez del contrato se determina por otras leyes, esto es, ya las chilenas, si se califica la capacidad de los nacionales, ya las demás que según el derecho internacional privado rigen la materia de las obligaciones.

A investigarse el efecto que surten los contratos relativos á los bienes situados en Chile, preciso es distinguir los predios de los muebles.

---

las personas, ni reglan la condición jurídica de los bienes. Esta observación se aplica principalmente:

"Al art. 384, que concede á los padres el usufructo de los bienes de sus hijos como consecuencia y atributo de la patria potestad:

"Al art. 2121, que confiere hipoteca legal á cierta clase de personas, naturales ó jurídicas, en ese sentido privilegiadas;

"En fin al art. 1554 que declara inalienables los inmuebles de la mujer casada según el régimen dotal." (I. § 31. n. II. III.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Respecto de los bienes raíces, salta á los ojos que el contrato no puede cumplirse sino en Chile; y como el art. 16 inc. 3°, es clarísimo, no puede desconocerse que todos los efectos del contrato se sujetan á las leyes chilenas. No sólo regirán las leyes chilenas concernientes á la adquisición del dominio ó de los otros derechos reales, sino también las que determinan las obligaciones que del contrato nacen.

Volveremos á esta importantísima materia al comentar el título de las obligaciones.

262. En cuanto á los bienes muebles, se distingue si el contrato debe cumplirse en Chile ó en otra nación. Si en Chile, todos los efectos del contrato se determinan por las leyes chilenas. De manera que á venderse bienes muebles para entregarlos en Chile, el comprador no adquiere el dominio sino en virtud de la tradición; si se celebran dos contratos de venta relativos á unos mismos bienes, el uno en Francia y el otro en Chile, á la adquisición del dominio se aplicarán, no las leyes francesas, sino las leyes chilenas, según las cuales la entrega de la cosa mueble es la que transfiere el dominio.

Si el contrato relativo á bienes muebles se hubiere celebrado para cumplirse en otra nación, la ley chilena deja expedito el derecho de trasladarlos á cualquiera otra parte, y cumplir el contrato válidamente celebrado.

Pero aun cuando el contrato se hubiere celebrado en otra nación y para cumplirse en ella, pueden suscitarse conflictos entre la ley extranjera y la ley nacional; los cuales se dirimen atendiéndose sólo á la ley chilena concerniente á los bienes. Así, en el caso ya supuesto de dos contratos de venta relativos á una misma cosa, celebrados el uno en Francia y el otro en Chile, el comprador chileno puede oponerse á que se trasladen los bienes, si prueba que su contrato es anterior al celebrado en Francia; en caso contrario, no surtirá efecto la oposición á que se trasporten los bienes para que en Francia se cumpla el contrato.



Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 17. La forma de los instrumentos públicos se determina por la lei 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 esternas, i la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados i autorizados por las personas i de la manera que en los tales instrumentos se esprese. (*)

REFERENCIAS.

Instrumentos públicos. 1699.
Probará. 1698.
El artículo. 18.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 12.
C. E. 16.
C. Arg. 12. Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado.
973. La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son : la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público ó por un oficial público, ó con el concurso del juez del lugar.
P. de G. 10. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán por las leyes del país en que se hubieren otorgado.
C. C. 21.
C. M. 14. Respecto de la forma ó solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del país en que se hubieren otorgado.

(*) Savigny. VIII. § 381. 382.—Locré. I. 380. art. 5.—400. 11. —433. 12.—478. 26.—526. 15.—Boullenois. I. p. 422-446. —Rodemburgo. t. II. c. III.—Merlin. Loi, § VI. n. VII.—Dalloz. Lois. 427-440.—Acte de l'état civil. 344. 348. 349.— Foelix. I. 73-85. 224-231.—Massé. I. 565-576.—Toullier. I. 120. VIII. 58. 59.— Laurent. I. 80. 99-104. (D. C. I.) II. 233-261.—Demolombe. I. 105-108.—Zachariae. (A. R.) I. § 31. n. V.—Chabot. Testament. § I. n. III.—Pardessus. V. 1486.—Wheaton. II. II. § 5.—Klüber. § 55.—Westlake. § 207-209.—Phillimore. IV. DCXXII-DCXLVIII. —Fiore I. 210-244.—Asser. 26-31.—Calvo. II. 718-726.—Weiss. III. chap. I. t. II. s. III. (p. 96-112.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Sin embargo, los mexicanos ó extranjeros residentes fuera del Distrito ó de la California, quedan en libertad para sujetarse á las formas y solemnidades prescritas por la ley mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en aquellas demarcaciones.

C. de la L. 10. La forma y el efecto de los instrumentos públicos y privados se reglan por las leyes y usos del lugar donde los instrumentos se hubieren otorgado.

Pero el efecto de los instrumentos extendidos en una nación para ejecutarse en otra, se reglan por las leyes de aquella donde se ejecutan.

La excepción establecida en el inciso segundo de este artículo no se aplica si un ciudadano de otro Estado de la Unión ó un ciudadano de un Estado extranjero dispone, por testamento otorgado en ese Estado, de sus bienes muebles situados en tal Estado, y si, cuando el testamento ó cuando su muerte, está domiciliado con su familia fuera de la jurisdicción del mismo Estado.

C. Esp. 11. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos, y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorguen.

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos ó consulares de España en el extranjero se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes á las personas, sus actos ó sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por las leyes ó sentencias dictadas, ni por disposiciones ó convenciones acordadas en país extranjero.

COMENTARIO.

263. Este artículo encierra las siguientes reglas:

1ª. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar donde hayan sido otorgados.

2ª. La forma se refiere á las solemnidades externas:

3ª. La autenticidad se prueba conforme al Código de enjuiciamientos:

4ª. La autenticidad se refiere al hecho de que los instrumentos han sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los propios instrumentos se expresa.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

264. Cuando se ejecuta un acto ó celebra un contrato, y, para hacerlo constar, se extiende instrumento público, se distinguen dos cosas del todo diversas : (1)

---

(1) " ¿Cuál es la extensión de las leyes que reglan la forma de los instrumentos?

" Debe distinguirse á este respecto entre las solemnidades *habilitantes*, *intrínsecas*, *extrínsecas ó probantes y de ejecución*.

" Las *solemnidades habilitantes* son las que confieren capacidad para ciertos actos á las personas que de ellos son incapaces por su estado. Tales son la autorización marital para que la mujer casada pueda contratar ó comparecer en juicio; la autorización del consejo de familia, ya para que el tutor pueda enajenar los bienes del pupilo ó transigir á su nombre, ya para que, si es emancipado, pueda enajenar ó tomar dinero á mutuo; la autorización del gobierno para que un establecimiento público pueda aceptar donación ó legado, &.

" Innecesario es decir que estas solemnidades no dependen sino de la ley del domicilio de la parte á quien son necesarias para que pueda ejecutar tal ó cual acto; es evidente que no son sino modificaciones de la incapacidad; y que, por consecuencia, no pueden ser regidas sino por la ley de la incapacidad misma, esto es, por la ley del domicilio. Así, en vano contrataría en nación extranjera la mujer de un francés sin autorización de su marido; pues la falta de autorización anularía su obligación así en nación extranjera como en Francia.

" Las solemnidades *intrínsecas ó viscerales* son las que constituyen la esencia del acto, las que le dan el ser, y sin las cuales el acto no puede ejecutarse. Tales son, en todos los contratos, el consentimiento de las partes; en la venta, la cosa y el precio; en el mutuo, la tradición de las cosas fungibles.

" Estas solemnidades no dependen regularmente, en los contratos, sino de la ley del lugar donde se celebran; y según ese principio dispone el art. 1159 del Código civil que lo dudoso, en una convención, se interprete por la costumbre del Estado donde fue celebrada.

Las solemnidades *extrínsecas ó probantes* son aquellas cuyo objeto es justificar, bien el cumplimiento de las solemnidades habilitantes y de las solemnidades *extrínsecas*, bien lo que se ha hecho por la concurrencia de unas y otras. Tales son, en los contratos y en los testamentos, las firmas de las partes, testigos y escribanos. Tales son también en unos y otros, las calidades que deben tener los notarios y testigos.

" A estas solemnidades se aplica la máxima : *locus regit actum*. " (Merlin. Loi. § VI. n. VII.)

" Todo acto jurídico, considerado como tal, se descompone en

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1°. El acto ó contrato mismo : si es venta, mútuo, arrendamiento, son necesarios los requisitos concernientes á la cosa materia del contrato, á la capacidad de los contratantes, &., &.; y

2°. La manera de extender el instrumento público : si interviene el respectivo funcionario, lo presencian testigos, lo suscriben las partes ú otras personas á su ruego.....

Lo segundo se llama *forma* del instrumento; denominación exactísima, porque, prescindiéndose de los actos ó contratos solemnes, el instrumento público no es sino *título* ó *prueba*, mas no el contrato mismo, que es del todo independiente de la manera de hacerlo constar.

265. La forma de los instrumentos públicos se determina, lo repetimos, por la ley del lugar donde hubieren sido otorgados; regla que el derecho internacional privado expresa con una fórmula aceptada por todos los jurisconsultos : *locus regit actum*.

266. Si bien escritores notables, como D. Carlos Calvo, aplican la regla *locus regit actum* no sólo á la forma de los instrumentos, sino también al acto ó contrato mismo, (2) el derecho internacional privado la limita á las meras solemnidades de los instrumentos; (3) pues el

---

dos elementos muy diversos : el uno intrinseco, que comprende los requisitos necesarios para que ese acto sea válido, prescindiéndose de la prueba de su celebración. A este elemento pertenecen, en un contrato, la capacidad de las partes, su consentimiento, el objeto y la causa de las obligaciones. El elemento *extrinseco;* esto es, el que, independientemente del hecho jurídico mismo, no conduce sino á manifestar su existencia, á facilitar la prueba en caso en que esa existencia se pusiera en duda. Consiste unas veces en la redacción de un instrumento, otras en la sentencia de un funcionario público, otras en los medios de publicidad. " (Weiss. III. chap. I. t. I. s. II. p. 97.)

(2) " En derecho estricto los contratos deben regirse en cuanto al valor legal de su forma y á los efectos de las estipulaciones, por la ley del lugar donde se han celebrado. Esta regla deducida del axioma *lex loci contractus* (ley del lugar de la obligación) se funda no solo en la conveniencia mutua de las partes, sino también en la necesidad moral de los Estados de conservar mutuas relaciones. " (II. § 718.)

(3) " A las formas *extrinsecas* se aplica la regla *locus regit*

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

contrato se sujeta á reglas complejas, que se determinan, ya por la ley de la nación de cada uno de los contratantes, como la capacidad de las personas, ya por la ley del lugar donde el contrato se ejecuta, &., &.

267. Generalmente se creía que la regla *locus regit actum* fue sancionada por el derecho romano; pero Savigny, (4) Foelix, (5) Phillimore, (6) refutan tal error. La regla se originó de la distinción entre los estatutos personales, reales y mixtos, y fue aceptada por el derecho consuetudinario universal, como absolutamente necesaria.

En efecto, á causa de las frecuentes relaciones entre los pueblos, en cada nación se ejecutan ó celebran diariamente actos ó contratos que en otra van á surtir efecto. Si las partes juzgan necesario hacerlos constar de instrumentos públicos, en la nación donde estos se otorgan son desconocidas las solemnidades prescritas por la ley de aquella donde el contrato va á cumplirse, y aunque los abogados y los notarios las conociesen, las solemnidades de la *lex loci* son de derecho público y

---

actum. La opinión es casi unánime sobre este punto. " (Asser. 27.)

" Casi todos están de acuerdo en limitar al elemento extrínseco, á las solemnidades externas, la aplicación de la regla *locus regit actum*. " (Weiss. chap. I. t. III. s. III. p. 98.)

(4) " Hace mucho tiempo que algunos autores pretenden que esta regla se deriva del derecho común escrito; pero otros han observado con razón que esas tentativas eran infructuosas. El examen de los textos de donde se pretende deducir la regla confirma nuestro parecer, sin que se menoscabe ni en lo más mínimo la verdad ni la exactitud de la regla. " (VIII. § 382.)

(5) " El derecho romano no encierra ninguna disposición concerniente al principio *locus regit actum*. Las. LL. 34, D. De reg. Iuris 6. D. De evict., et l pr. D. usur. et fruct. no hablan de la forma, sino del contenido de los intrumentos. " (I. 74.)

(6) " Debemos examinar si la regla *locus regit actum* se origina del derecho romano, y cuáles son los pasages que se relacionan con este problema de jurisprudencia.

" Un examen de estos pasages manifiesta que la regla, aunque exacta y expedita, no se funda realmente en el derecho romano. ' Es incomprensible ' dice Wachter, ' cómo ha podido pretenderse deducir tal proposición del derecho romano. ' Del mismo parecer son Savigny y Foelix. " (IV. DCXXXI.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

los funcionarios están obligados á observarlas. De manera que si el instrumento auténtico extendido en una nación no tuviese validez en las otras, serían imposibles los testamentos ó contratos solemnes que hayan de surtir efecto extraterritorial.

La ley de cada pueblo establece las solemnidades de los instrumentos públicos para precaver del fraude ó la violencia á las partes contratantes, y esa protección debe extenderse á los extranjeros.

Con suma frecuencia ocurre, además, que cada una de las partes contratantes es de distinta nacionalidad, y que el contrato va á cumplirse en una tercera nación. Si no se observase la forma prescrita por la ley del lugar donde el instrumento se otorga, ¿qué otra ley se observaría? (7)

---

(7) " Sucede con frecuencia que la base de un acto jurídico existe en un lugar distinto, á veces muy remoto, y esta circunstancia puede acarrear las más graves dificultades.

" En el lugar donde se ejecuta el acto jurídico es á veces muy difícil conocer con seguridad las solemnidades legales del otro lugar, único regulador, y aun cuando se conozcan, ponerlas en efecto; y á menudo es imposible como lo manifiesta el ejemplo siguiente. Cuando un prusiano cae enfermo en Francia, y quiere otorgar testamento según la regla provisional asentada anteriormente, deberia acudir á un tribunal; porque el derecho prusiano no reconoce otros testamentos que los otorgados ante la justicia. Pero en Francia ningún tribunal ejerce la atribución de intervenir en el otorgamiento de un testamento, la cual es exclusiva de los notarios. En consecuencia deberia renunciar á la facultad de otorgar testamento, talvez con grave perjuicio de su familia.

" En atención á esta excesiva severidad, que á veces imposibilita los actos jurídicos ó los expone á nulidades provenientes de formas defectuosas, y todo esto á consecuencia de solemnidades legales que no se han establecido á la verdad para dificultar las transacciones civiles; de estas consideraciones, decimos, se deduce un derecho consuetudinario más y más establecido desde el siglo XVI, derecho que reemplaza la regla provisional y evita las dificultades de que acabamos de hablar. Esta nueva regla se expresa así : *locus regit actum*, y significa que la forma de un instrumento es suficiente, cuando es conforme á la ley del lugar donde se ejecuta el acto jurídico, aun cuando en el lugar donde el hecho jurídico tiene su asiento otras formas se establecen por

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

267. Los redactores del Código de Napoleón omitieron la regla *locus regit actum*, no por haber desconocido su exactitud y necesidad, sino porque prefirieron atenerse á los principios del derecho internacional consuetudinario. (8)

---

la ley. Esta regla es reconocida por los autores de diferentes épocas y de diferentes naciones. " (Savigny. VIII. § 381.)

" La regla *locus regit actum* se funda, á nuestro ver, en dos razones, la una teórica, y la otra de utilidad práctica.

" Ante todo *a priori* parece natural declarar válido todo instrumento en que se han observado los requisitos de forma puntualizados por la ley local. Las formas exteriores empleadas en un acto jurídico tienen por objeto proteger á los que en él intervienen contra todo fraude y contra toda presión. Y esas formas varían necesariamente con la situación moral del Estado y con el carácter de sus habitantes. Ciertos medios de precaución ó desconfianza absolutamente indispensables en un lugar serían del todo superfluos en otro. Sólo á la ley territorial pertenece, pues, apreciar qué garantías, qué precauciones han de emplearse en un instrumento para que éste se repute cierto. Cuando las solemnidades que ella exige se han observado, es probable la exactitud del acto, y se comprende que el instrumento puede presentarse en todas partes.

" Además, la regla *locus regit actum* es de utilidad y aún podemos decir de necesidad práctica incontestable. Al otorgar un instrumento en cierto territorio muchas veces es imposible observar los requisitos de forma exigidos por la ley nacional de las partes. Otras veces las autoridades locales rehusan cumplir los requisitos que ésta última exige; y aun á veces en el lugar donde el instrumento se otorga no habrá ningún funcionario que ejerza atribuciones análogas á las del funcionario instituido por la legislación del Estado extranjero. Y tanto en uno como en otro caso, la obligación de observar, sea cual fuere el lugar de la residencia de las personas, los requisitos de forma establecidos en una nación para los actos jurídicos, equivaldría á una prohibición absoluta. El interés general de los Estados, basado en el comercio nacional, protesta, así como el de los particulares, contra un régimen tan despótico. " (Weiss. III. chap. I. t. III. s. III. p. 103.)

(8) " Según el art. 5°, Título preliminar del proyecto : la forma de los instrumentos se regla por las leyes del Estado en que se han extendido.

M. Roederer. " Si este artículo se refiere á los instrumentos otorgados en Francia, la forma será una misma en todas las provincias; si la disposición se aplica á los instrumentos extendidos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

268. Discordes están los jurisconsultos sobre si la regla *locus regit actum* es obligatoria ó facultativa; ó, en otros términos, si los otorgantes deben sujetarse nece-

---

en nacion extranjera, el legislador traspasa los límites de su jurisdicción; porque no puede extenderla fuera del territorio francés. Convendria por lo mismo, limitarse á decir que los instrumentos otorgados por franceses en nación extranjera son válidos, cuando se hallan en la forma prescrita por las leyes del Estado donde se han extendido.

M. Regnier. " Tales instrumentos son válidos en Francia aunque se hubieren otorgado por extranjeros; añade que el legislador francés no decide sobre la validez de esos instrumentos, sino cuando se presentan en Francia y cuando los tribunales franceses deben juzgar acerca de ellos. " (Locré. I. 411. 11.)

El orador del Tribunado, Andrieux, se expresó, en cuanto al artículo, en los siguientes términos : " La forma de los instrumentos se regla por las leyes del Estado donde se han extendido.

" Máxima de derecho que nunca se ha puesto en duda.

" Mas, parece que la redacción pudiera ser mejor. ¿ Qué dice el artículo tal como está redactado? No dice sino que en cada Estado se observan sus leyes en cuanto á la forma de los instrumentos.

" Por otra parte, este artículo atañe al proyecto de ley sobre los extranjeros. " (I. 433. 12.)

" Este artículo ", añadió el Tribuno Chazal, " exige se adivine : ¿De qué nación se quiere hablar? ¿Acaso del territorio francés? La forma que se observa en el territorio en cuanto á los instrumentos que en él se extienden, será uniforme como lo es él. Si no se trata, como se dice y como hubiera debido expresarse con más claridad, sino de los instrumentos otorgados en nación extranjera, entonces el artículo es mera declaración, un reconocimiento expreso del derecho de gentes erigido en regla general. Pero esa regla general, como todas las otras, tiene excepciones, y debian expresarse, y no han podido omitirlas sin peligro. Por ejemplo, si los instrumentos extendidos en nación extranjera no se sujetan sino á las solemnidades prescritas por la ley de esa nación, ¿sería válido el matrimonio que un menor contrajera, sin el consentimiento de su padre, en las naciones de Italia regidas por el Concilio de Trento, que no exige ese consentimiento, y excomulga á cualquiera que se atreva á exigirlo? "

Y replicó Portalis : " La forma de los instrumentos se regla por las leyes del Estado donde se han extendido.

" Pregúntasenos de qué Estado queremos hablar. Del Estado extranjero, pues las formas son en todas partes unas mismas en Francia.

" Se replica, diciéndosenos que un francés irá á casarse en Ita-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sariamente á la *lex loci*, ó si pueden observar las solemnidades prescritas por la ley de la nación donde el instrumento va á surtir efecto. Merlin (9) y Laurent (10) sostienen la primera opinión; la segunda, Savigny, (11) Foelix (12) y Weiss. (13)

---

lia, donde no se exige el consentimiento de los padres para el matrimonio de los menores, y que según nuestra máxima podrán casarse sin tal consentimiento. Antes de razonar es preciso comprender. La máxima se limita á las *solemnidades* de los instrumentos; y el consentimiento de los padres para el matrimonio de los hijos menores no es una solemnidad, sino un requisito." (I. 476. 26.)

(9) "No es un motivo de mera conveniencia el que ha inducido, en cuanto á la forma probante de los instrumentos, á preferir la ley del lugar donde se han otorgado; pues los verdaderos principios han inducido á esa elección. En efecto, los instrumentos reciben el ser en el lugar donde se han otorgado; la ley de ese lugar es la que les da vida; y ella por consecuencia es la que debe afectarlos, modificarlos y reglar su forma." (Preuve. sect. II. § VIII. art. I. n. III.)

(10) "La ley no subordina las solemnidades de los instrumentos á las convenciones ó á la voluntad de las partes; las reglan según consideraciones de interés general y ellas excluyen la autonomía de los particulares. Eso es cierto tratándose de los extranjeros y de los nacionales; no pueden, en esta materia, alegar el estatuto personal; porque el estatuto personal ó nacional en nada atañe á la forma de los instrumentos." (Laurent. D. C. I. II. 245.)

(11) "La observancia de la forma establecida en el lugar donde se ejecuta el acto jurídico, ¿es de todo punto necesaria ó meramente facultativa, de manera que las partes pueden elegir entre esa forma y la del lugar á donde pertenece en realidad el acto jurídico? Si se considera que esta regla especial se ha fijado para favorecer á las partes y facilitar las transacciones civiles, síguese que es puramente facultativa, y que se puede elegir entre las dos formas. Por lo cual esta doctrina se halla aceptada generalmente." (VIII. § 381.)

(12) La regla *locus regit actum*, ¿es imperativa ó facultativa? Opinamos que es válido el instrumento extendido en nación extranjera según la forma prescrita en la patria.

"Conforme al principio de la soberanía, la sujeción de los individuos á las leyes de su patria constituye siempre la regla; el observar las solemnidades empleadas en nación extranjera, donde residen momentáneamente, no constituye sino una excepción." (I. 83.)

(13) Fundada en la necesidad de favorecer el comercio, la regla

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si bien la controversia es importante en teoría, en la práctica no presenta dificultades. Si el instrumento va á servir de título ó prueba en la nación á que pertenecen los otorgantes, éstos ejercen casi siempre la facultad de extender tal instrumento ante el cónsul de la propia nación; pues los respectivos reglamentos atribuyen á los cónsules el extender y autorizar instrumentos públicos. (14)

Pero si en el lugar donde el instrumento se otorga no hubiere cónsul de la nación á donde tal instrumento se destina, ó si los otorgantes son nacionales de Estados diversos, la forma *locus regit actum* es absolutamente obligatoria.

---

locus regit actum no puede surtir el efecto de dificultarlo; y por lo mismo debe restringirse á sus límites, y no puede aplicarse á otros casos. Natural es reconocer al extranjero el derecho de optar, en cuanto á la forma exterior de sus actos jurídicos, entre la ley local y la de su patria, y decidir que la regla *locus regit actum* es meramente facultativa. " (III. chap. I. t. III. p. 107.)

(14) El *Reglamento consular* de Chile encierra, entre otras, las siguientes disposiciones :

Art. 50. El cónsul inviste el carácter de autoridad pública en los actos entre chilenos en que intervenga, y que deban surtir sus efectos en Chile, y en los demás que debiendo surtir sus efectos en el extranjero, sean aceptados como de autoridad pública por tratados, convenciones, prácticas internacionales, leyes ó prácticas del país.

Art. 51. En virtud de esa autoridad pueden extenderse ante el cónsul protestos, prestarse declaraciones, otorgarse instrumentos públicos, por comerciantes, capitanes de buque, ó cualesquiera otros chilenos, así como extranjeros, en negocios en que se comprometan intereses chilenos. Estos documentos surtirán ante las autoridades de la República los efectos de documentos otorgados ante un ministro de fe.

Art. 52. Con el mismo carácter podrán los cónsules autorizar los contratos celebrados ante ellos, dar certificados y autorizar los documentos ó firmas de las autoridades del país en que funcionan, cuando tales contratos, certificados ó documentos hayan de surtir su efecto en Chile. Los pasaportes que expidieren para chilenos y la autorización que pusieren en los que visaren, surtirán los mismos efectos que los expedidos y visados por la autoridad respectiva de la república.

Idénticas á estas disposiciones son las de los artículos 49, 50 y 51 del *Reglamento consular* ecuatoriano.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

269. De la regla *locus regit actum* se deduce que debe atenderse á la ley de la nación donde el instrumento se ha otorgado, para determinar si es ó no auténtico. (15)

270. Muchos jurisconsultos aplican la regla *locus regit actum* á los instrumentos privados. (16) Pero el Código chileno la limita, á nuestro ver con razón, á los instrumentos públicos. (17)

---

(15) " Hemos visto que la ley del lugar donde un instrumento se radacta rige su forma exterior, y que el instrumento extendido conforme á esa ley es válido en todas partes en cuanto concierne á la forma. El saber si el instrumento es ó no auténtico, esto es, si constituye ó no prueba plena de los actos ó convenciones que está destinado á justificar, atañe igualmente á la forma del instrumento, porque de la observancia de ciertas formas prescritas por los legisladores de todas las naciones depende la fe que hace tal instrumento. Por lo cual se admite generalmente entre las naciones que el instrumento que es auténtico según las leyes del lugar donde se redactó, lo es en todas las otras naciones, esto es, que en todas constituye prueba plena." (Foelix. I. 226.)

" Para saber si un instrumento extendido en nación extranjera es ó no auténtico, y para determinar su fuerza probante, no se atiende sino á la ley de la nación donde el instrumento se ha extendido." (Zachariae. A. R. I. § 31. n. V.)

(16) " Pregúntase si á los instrumentos privados se aplica la máxima *locus regit actum*. Ante todo es necesario precisar la dificultad. Un extranjero otorga en Francia un instrumento privado según la forma prescrita en los arts. 1325 y 1326. ¿Es válido este escrito, suponiéndose que el estatuto personal del extranjero prescriba otras solemnidades? Opinamos que debe aplicarse la máxima, que es general por su naturaleza, y debe aplicarse por consiguiente á todos los instrumentos." (Laurent. D. C. I. II. 238.)

(17) " Pero se alega que las razones en que se funda la regla *locus regit actum* no militan cuando se trata de un instrumento privado. ¿No parece que entónces hay motivo para exonerar al extranjero de la observancia de la forma prescrita por su ley de origen, á la cual nada le impide sujetarse? La objeción es grave, y ha convencido á varios autores; pero nosotros no la juzgamos irrefutable. Una persona que mucho tiempo há se ausentó de su patria, pagaría muy caro su ignorancia, absolutamente excusable, en cuanto á las solemnidades á que su ley nacional subordina la validez de los instrumentos, si adoleciese de nulidad el instrumento privado que no llevase *visto bueno*, el testamento que no estuviese escrito íntegramente por el testador, aun cuando la ley del lugar donde se ha otorgado admitiese su regularidad." (Weiss. chap. I. t. III. s. III. p. 104.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Las leyes chilenas no establecen requisito alguno para la validez del instrumento privado, cuya esencia consiste exclusivamente en un acto escrito firmado por la parte ó partes que se obliguen. Si en eso consiste el instrumento privado según la legislación chilena, síguese que tal instrumento no constituye prueba sino cuando se ha reconocido expresa ó tácitamente por los otorgantes, y que es de todo punto innecesario referirse á la forma de los instrumentos privados extentidos en otra nación. No hay fundamento alguno razonable para distinguir entre el instrumento otorgado, ya en ésta, ya en Chile si ambos van á surtir efecto en el territorio nacional. Así, por ejemplo, la ley francesa prescribe que si el instrumento privado se extiende para constancia del contrato de mutuo, no lo justifica sino cuando el deudor ha expresado en letras y bajo su firma que aprueba el contenido de tal instrumento y que debe las cosas en él determinadas. (18) En Chile basta la firma del deudor, sean cuales fueren las cosas fungibles á que se refiera el contrato de mutuo; y si dos chilenos han celebrado en Francia esa convención para cumplirla en Chile, ¿á qué condujera el distinguir entre los dos instrumentos?

271. El derecho internacional privado reconoce asímismo la regla de que es necesaria la *legalización* de los instrumentos públicos extentidos en nación extranjera. La legalización conduce á manifestar la *autenticidad* del instrumento, esto es, que realmente fue otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tal instrumento se exprese.

El Código chileno confunde entre la *legalización* y la *autenticidad*, y convendría siempre distinguirlas. Según el art. 1698 instrumento *auténtico* es el otorgado por

(18) " Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. " (Art. 1326 del Código de Napoleón.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

funcionario competente con las solemnidades legales; la autenticidad consiste, pues, en la *observancia de las solemnidades* prescriptas por la ley y en la *autorización del funcionario público llamado á dar fe* de los actos ó contratos ejecutados ó celebrados por las partes. La *legalización*, lo repetimos, no se refiere sino á la *prueba* de que es *auténtico* el instrumento otorgado en otra nación. (19)

Según el derecho internacional público las naciones no son representadas sino por el respectivo soberano, cuyo agente es el ministro de relaciones exteriores. De ahí las fórmulas empleadas por lo regular para la *legalización*. El ministro de relaciones exteriores certifica que el funcionario que autorizó el instrumento lo es en realidad y se halla en ejercicio de su cargo, y un agente, diplomático ó consular, de la nación donde el instrumento va á surtir efecto, certifica la firma del ministro de relaciones exteriores.

---

(19) " Ante todo es menester cerciorarse de que el instrumento se ha otorgado en el lugar regido por las leyes á que quieren sujetarlo. Sobre este punto no hay duda cuando se trata de un instrumento auténtico; pues es imposible que las enunciaciones que encierra ó el lugar de la residencia del funcionario por quien fue autorizado no disipen todas las dudas. Por otra parte, el que pretende que un instrumento es auténtico, debe probar que el funcionario que lo autorizó ejercía tal atribución. Fácilmente se puede investigar si se observaron las solemnidades exigidas por las leyes del lugar y del tiempo en que el instrumento fue otorgado. " (Pardessus. V. 1486.)

" Examínase siempre el instrumento en cuanto á su forma exterior y á las solemnidades intrínsecas.

" Antes de proceder á ese examen respecto de cualquier instrumento se presenta una cuestión previa, la del origen de tal instrumento : el que lo presenta debe justificar que en efecto se ha otorgado en la nación extranjera á cuyas leyes es conforme.

" Esta prueba, cuando se trata de instrumento autorizado por funcionario público, se suministra por medio de la *legalización*. La firma, la calidad y el lugar donde reside el funcionario que autorizó el instrumento ó que ha certificado la copia, se atestiguan sucesivamente por la declaración de los funcionarios del mismo Estado, y últimamente por la de un funcionario á quien el Estado dé entero crédito, como un embajador, ministro ó encargado de negocios, acreditado ante S. M. el Rey de los Franceses. " (Foelix. I. 224. 225.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Legalizado el instrumento, merece la misma fe que si se hubiere otorgado en la nación donde se presenta como título ó prueba.

Art. 18. En los casos en que las leyes chilenas exijieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse i producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas (*).

REFERENCIAS.

Instrumentos públicos. 1699.
Pruebas. 1698.
Escrituras privadas. 1702.
El artículo. 1443. 1444. 1681. 1682. 1701.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 13.
C. E. 17. En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas.
C. C. 22.

COMENTARIO.

272. Importantísimo es el principio de que si la ley chilena exige instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en Chile, no valen las escrituras privadas extendidas en nación extranjera, sea cual fuere el efecto que ellas surtan donde se hubieren otorgado.

D. Andrés Bello incurrió en el error de no hablar sino de la *prueba*, mas no del *título* mismo, que es lo principal.

(*) Zachariae. (A. R.) I. § 31. n. V.—Laurent. I. 99. (D. C. I.) II. 240-244.—Asser. 31.—Weiss. III. chap. I. t. III. s. III. (p. 99. 100.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El jurisconsulto no puede confundir el título con la prueba. El *título* es el origen del derecho; la *prueba*, la manera de manifestarlo. Cuando las partes celebran un contrato de venta, éste es el *título* de los derechos que el contrato bilateral les confiere; y la *prueba* no es necesaria sino á controvertirse sobre los derechos provenientes del *título*.

Según el sistema aceptado por el Código chileno en cuanto á los instrumentos públicos, éstos son muchas veces, y en especial cuando los actos ó contratos se refieren á bienes raíces, solemnidades esenciales.

Los actos ó contratos en que se requiere como solemnidad el instrumento público, no se tienen por ejecutados ó celebrados en Chile mientras no se presente tal instrumento, bien como título, bien como prueba. Las capitulaciones matrimoniales, la donación ó la venta de bienes raíces, la hipoteca, no surten ningún efecto mientras no se otorgue *instrumento público*, ya en Chile, ya en nación extranjera.

Tal sistema se deduce claramente de muchas de las disposiciones del Código civil, y en especial de los arts. 1443 y 1701. (1)

No han de confundirse estas disposiciones con la del art. 15, según el cual los bienes raíces situados en Chile están sujetos á las leyes chilenas. Los requisitos concernientes á la venta de bienes raíces, no están comprendidos en el art. 16; pero sí lo están, como ya lo hemos visto, la inscripción del título en el registro del anotador para que pueda adquirirse, respectivamente, el

(1) "El contrato es *real* cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa á que se refiere; es *solemne*, cuando está sujeto á la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil, i es *consensual*, cuando se perfecciona por el solo consentimiento." (Art. 1443.)

"La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la lei requiere esa solemnidad; i se mirarán como no ejecutados ó celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos á instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno....." (Inc. 1º del art. 1701.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dominio de los bienes raíces ó el derecho real de hipoteca.

Si bien la disposición que comentamos pugna con el parecer de jurisconsultos eminentes, (2) nos parece acertadísima; pues son de derecho público las disposiciones que determinan las solemnidades de los contratos y que los tienen por no celebrados mientras éstas no se hubie-

---

(2) " Las donaciones efectuadas por instrumento privado en la nación donde la ley no exige otro, son válidas aún en cuanto á los inmuebles situados en Francia, y poco importa que el donante sea extranjero ó francés y el donatario francés ó extranjero. No es necesario que en estos instrumentos se exprese la aceptación, si esa solemnidad no se requiere según la ley del lugar donde fue redactado. " (Zachariae. A. R. I. § 31. n. V.)

" Punto muy difícil es el de resolver si la regla *locus regit actum* es aplicable á las solemnidades á que la ley nacional de la persona sujeta á ciertos actos jurídicos *ad solemnitatem*, esto es, bajo la sanción de nulidad. Pongamos un ejemplo. En Francia la donación es un contrato solemne; pues, so pena de nulidad, debe constar de instrumento público. Un francés hace en nación extranjera una donación por instrumento privado, y la ley local no exige la intervención de notario. ¿Deberían los tribunales franceses aceptar esa donación como válida aplicando la regla *locus regit actum?* Algunos autores opinan negativamente, y alegan, en apoyo de su opinión, que la solemnidad es un elemento intrínseco del acto, una protección concedida contra los peligros de un instrumento privado, y que por lo mismo no puede concederse este beneficio á una regla únicamente relativa á las formas exteriores, y que no tiene otro objeto que garantir la libre expresión de la voluntad de las partes, y de facilitar la manifestación de esta voluntad. Pero nos basta observar, y la objeción es decisiva, que los que pretenden sustraer á la regla *locus regit actum* los actos solemnes, llegan de hecho á rehusar á los extranjeros la facultad de ejecutar ciertos actos cuando están ausentes de su patria. En efecto, talvez en el territorio donde quiere el francés efectuar la donación no haya ningún funcionario competente para darle autenticidad, y aun admitiéndose que fuese de otra manera, no sería difícil que dicho funcionario se denegase al donante francés por ser éste extranjero. La solución del problema se refiere, pues, á otro, á saber cuál es el fundamento racional de la regla *locus regit actum;* y como se ha demostrado que esta regla se funda principalmente en la necesidad internacional de permitir á una persona que ejecute en cualquier lugar los actos de la vida jurídica, su aplicación, aun á los contratos solemnes, no suscita dudas. " (Weiss. III. c. I. t. II. s. II. p. 99. 100.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ren observado. Si, por ejemplo, en virtud del sistema mismo de la legislación se declara que la venta de bienes raíces no surte ningún efecto mientras no conste de escritura pública, ¿por qué se modificaría tal regla cuando el contrato se hubiere celebrado en nación extranjera? Ya hemos visto (239) que las leyes extranjeras no se aplican en la nación cuando se oponen á sus instituciones peculiares.

Asser juzga que el art. 18 del Código chileno contradice á la regla *locus regit actum*. (3) Opinamos que atento el sistema de aquel Código, tan notable jurisconsulto ha incurrido en error. La regla *locus regit actum* no se refiere sino á las solemnidades externas de los instrumentos; y nuestro art. 18 conduce principalmente á la eficacia de las disposiciones según las cuales los actos ó contratos que deben constar de instrumento público, en Chile no surten ningún efecto mientras tal instrumento no se hubiere extendido. En otros términos, no dice el artículo que el instrumento privado extendido en nación extranjera es nulo, sino que no puede considerarse en Chile como instrumento público.

§ IV

Interpretación de la ley. (*)

273. "Para que las reglas de derecho pasen á la vida real," dice Savigny, "es necesario que nos las asimile-

(3) "El art. 18 del Título Preliminar del Código chileno (de 1° de enero de 1857) encierra una excepción esencial. Cuando las leyes de Chile requieren instrumento auténtico para un acto ejecutado en esa nación, él mismo, donde quiera que se ejecute, debe constar de instrumento auténtico. Así, el art. 1801 exige instrumento auténtico en Chile para la venta de inmuebles, servidumbres, censos y derecho de herencia; esos actos, sea cual fuere el lugar donde se han ejecutado, no surtirán efecto en Chile sino cuando consten de instrumento autentico." (31.)

(*) Savigny. I. I. § 5. 12. 32-51.—Locré. I. 264. 17.—Merlin. Loi. § X.—Interprétation. n° III.—Dalloz. Lois. 472-520.—Demolombe. I. 111-123.—Laurent. I. 253-257. 268-285.—Chabot.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

mos de una manera determinada; asimilación que puede efectuarse en muchas circunstancias. El jurisconsulto la emplea para perfeccionar la ciencia; el juez, para expedir los fallos; el ciudadano, como regla de sus relaciones civiles. Todas estas aplicaciones tienen por base un elemento común : la asimilación misma de las leyes, y ese elemento es el que vamos á estudiar.

"Debemos proceder á un acto intelectual, que si bien á menudo muy sencillo, es un trabajo científico, principio y fundamento de la ciencia del Derecho. La ciencia es un elemento que coopera á la formación del Derecho; mas ahora examinamos la ciencia que percibe el Derecho que no ha formado, y que lo trasmite al entendimiento del hombre con caracteres precisos.

"Tal percepción es posible y necesaria, sea cual fuere, por otra parte, la naturaleza de las leyes; y el trabajo es casi siempre muy complicado.

"Este trabajo intelectual tiene por objeto reconocer la ley en su *verdad*, ó, en otros términos, la ley, sometida al criterio de nuestra inteligencia, debe manifestársenos *verdadera*; trabajo indispensable para aplicar la ley á la vida real, y en su necesidad constante es en lo que se funda su legitimidad. La interpretación no se limita, como algunos lo juzgan, al caso accidental de oscuridad de la ley; pero entonces tiene más importancia y consecuencias más trascendentales. La oscuridad es un defecto de la ley, y, para corregirlo, debemos estudiarla en su estado normal.

"Sea cual fuere la oscuridad de la ley, es de todo punto necesario dicho trabajo intelectual. Así, asentamos como principio absoluto que el juez, en virtud de la naturaleza misma de sus funciones, debe dar algún sentido á la ley más oscura, y conformar á él la sentencia. De la misma manera, los derechos controvertidos pueden ser del todo inciertos; pero ello no exonera al juez del deber de sentenciar. Entre los dos elemen-

---

Code civil.—Massé. I. 84.—Zachariae. (A. R.) I. §§ 38-40.—Baudry-Lacantinerie. I. 251-264.—Kent. I. XX. 5.—Stephen's. (Blackstone' s.) I. p. 71-78.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tos de una sentencia, el derecho y el hecho, no hay en esta parte diferencia esencial. La disposición que prohibe al juez denegar la administración de justicia á pretexto de silencio ú oscuridad de la ley, se funda, lo repetimos, en la naturaleza misma de las funciones judiciales.

274. "Hay un caso, empero, en que no puede ejercerse la facultad de interpretar, esto es, cuando el sentido de la ley fue materia de una ley posterior. Los autores modernos denominan *interpretación auténtica* la que se funda en la ley, y la oponen á la interpretación doctrinal, que es la ya descrita como un acto científico de la inteligencia.

275. "La distinción que estas palabras técnicas expresan es exacta, si se considera su común objeto : *conocer el pensamiento de la ley.* En ese sentido todo medio de conseguir tal objeto se llama *interpretación*, y la distinción que hacen los autores corresponde á la diversidad de los medios. Pero si se atiende á la esencia de la interpretación, envuelve ella la idea de un acto libre del entendimiento. Efectivamente, toda ley, para aplicarse á la vida real, debe ser comprendida por la inteligencia; pues no sería posible que cada ley llevase consigo otra que la explicase; por lo cual es necesario acudir siempre á la acción libre de la inteligencia. Admitida esta definición, lo que se llama interpretación *legal* no es en realidad interpretación, sino más bien lo contrario; porque se prohibe la interpretación ó el acto libre de la inteligencia. La definición que damos es exacta, y emplearemos en adelante el término genérico *interpretación* para designar la *interpretación doctrinal.*

"La interpretación es un arte que se aprende estudiando los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos nos ofrecen. En cuanto á la teoría de ese arte, somos mucho menos ricos; lo cual proviene de circunstancias accidentales. Pero no nos alucinemos acerca del valor de la teoría más perfecta. El arte de la interpretación, como todas las artes, no se enseña con simples reglas. Pero, contemplando los obras de maestros insignes, comprendemos el secreto de su indisputable superioridad, ejercitamos las facultades que la ciencia requiere, y

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

aprendemos á dirigir bien nuestros esfuerzos. A dar esos preceptos y señalar los caminos errados, es á lo que se reduce la teoría de la interpretación como la de todas las artes.

"Estando destinada toda ley á determinar una regla de derecho, toda ley expresa un pensamiento, simple ó complejo, que exima á tal regla del error ó la arbitrariedad. Para que la ley cumpla ese objeto es menester que su pensamiento se comprenda completa y exactamente por todas las personas á quienes atañe la regla de derecho. Entonces deben colocarse aquéllas en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones, y con el pensamiento recomponer la ley. Tal es el proceder de la interpretación, que puede definirse la *reconstrucción del pensamiento que la ley encierra*. Sólo por medio de ella se obtiene una intuición cierta y completa del contenido de la ley, y sólo por ese medio se obtiene el objeto de la ley.

276. "Hasta aquí la interpretación de la ley no difiere de la de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje; aquella, por ejemplo, en que se ocupa la filología. Pero su carácter especial se manifiesta cuando se descomponen sus partes constitutivas. Así, se distinguen en la interpretación cuatro elementos: *gramatical, lógico, histórico y sistemático.*

"El *elemento gramatical* de la interpretación comprende las palabras empleadas por el legislador para enunciar el pensamiento, esto es, el lenguaje de las leyes.

"El *elemento lógico* conduce á la descomposición del pensamiento, ó las relaciones lógicas que ligan sus diferentes partes.

"El *elemento histórico* se refiere al estado del derecho relativo á la materia cuando la ley fue expedida. Tal estado determina los efectos de la ley: esos efectos y el cambio motivado por la ley es lo que el elemento histórico debe declarar.

"En fin, el *elemento sistemático* se refiere al vínculo íntimo que liga las instituciones y las reglas de derecho en una vasta unidad. El legislador conocía este conjunto, así como los hechos históricos, y para comprender bien su pensamiento debemos explicarnos claramente la influen-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cia de la ley en el sistema general del Derecho y el lugar que en él le corresponde.

"El estudio de estos cuatro elementos comprende todo el contenido de la ley. No son cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda elegirse, sino cuatro operaciones distintas, indispensables para interpretar la ley. Sin duda uno ó más de estos elementos pueden prevalecer; y basta que ninguno se omita. [illegible]

277. "El buen éxito de la interpretación depende de dos requisitos esenciales que resumen los caracteres de los diversos elementos: 1°. Reproducir mentalmente la operación origen del pensamiento de la ley; y 2°. Referirlo á los hechos históricos y al sistema del derecho que atañen á la ley de cuya interpretación se trata.

"Como la interpretación consiste en obtenerse de cada ley la mayor instrucción posible, debe ser á un mismo tiempo individual y fecunda en consecuencias. Susceptible de muchos grados es el buen éxito de la interpretación; el cual depende así de la pericia del intérprete como del talento del legislador, que, dueño del asunto, haya concentrado en el texto ideas positivas. La legislación y la interpretación ejercen, pues, influencia recíproca, prosperan juntas, y la perfección de la una es para la otra prenda de superioridad.

278. "Si la interpretación se propone darnos á conocer la ley, todo lo que no pertenece al contenido de ésta, sea cual fuere, por otra parte, su afinidad con ese contenido, se considera, rigurosamente hablando, extraño al objeto de la interpretación. Entonces se presenta en primer lugar el motivo de la ley (*ratio legis*). Esta palabra tiene dos sentidos distintos, según que se aplique á lo pasado ó á lo futuro; y así designa: 1°. La regla superior de derecho de donde se desprende la ley como deducción y consecuencia; y 2°. El efecto que la ley debe surtir, esto es, el fin, la intención de la ley. Engañaríase el que hallara entre estas dos cosas una oposición absoluta; y debe juzgarse, al contrario, que el legislador las reunió constantemente en su pensamiento. Hay, sin embargo, la diferencia relativa de que una ú otra predomina en ciertas leyes. Téngase presente la distinción entre el derecho normal y el derecho anormal. En el derecho normal (*ius commune*) predomi-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

na la influencia de las reglas anteriores, cuyo desarrollo completa la ley; su objeto es traducir el derecho en caracteres visibles y asegurar su ejecución. En el derecho anormal (*ius singulare*) el efecto de la ley sobre lo venidero es lo que predomina. Una ley sobre la usura, por ejemplo, expedida para socorrer á los deudores pobres, sería dominada únicamente por la máxima general de que el legislador debe protección tutelar, si una clase de la sociedad ve comprometida su suerte en el imperio del derecho.

"El motivo de la ley puede ser más ó menos cierto. Nunca lo es más que cuando la ley lo expresa; pero aun entonces es distinto de su contenido, y no forma parte integrante de la misma. Al contrario, cuando ignoramos el motivo de la ley, no pierde ésta su autoridad. La incertidumbre sobre el motivo de la ley puede provenir de algunas causas. Varias veces columbramos ciertos motivos, sin saber coordinarlos; otras, un motivo evidente, expresado en el texto mismo, parece extraño á la ley, á causa de la supresión de ideas intermedias, que disiparían la apariencia de contradicción.

"Hay muchos grados de conexión entre el contenido y el motivo de la ley: ya presentan ellos una relación puramente lógica del principio á la consecuencia, y entonces son idénticos; ya, al contrario, están muy remotos uno de otro. Los motivos, según los casos, son *especiales* ó *generales*.

"El motivo de la ley puede alegarse útilmente y con seguridad, cuando se trata de saber cuál es la naturaleza de la regla que la ley encierra; si pertenece ella al derecho absoluto ó al derecho supletorio, al *ius commune* ó al *ius singulare*. Pero debe emplearse el motivo con mucha precaución y reserva para la interpretación de la ley. Su empleo varía según el grado de certidumbre y de su afinidad con el contenido de la ley.

"Entre los motivos de la ley hemos determinado muchas diferencias provenientes de la naturaleza de sus relaciones y de su afinidad con el contenido de la ley, de la certeza de los mismos y de su aplicación. A pesar de tales diferencias, los motivos tienen un carácter común, deducido de la esencia misma de la ley; en otros términos, con relación al pensamiento del legislador, tienen una natu-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

raleza objetiva, la cual habilita para conocerlos; y si en ciertos casos se nos ocultan, éstos son muy excepcionales. Por eso los motivos se distinguen claramente de los hechos; los cuales tienen con el pensamiento del legislador una relación puramente subjetiva; hechos cuyo conocimiento es para nosotros tan raro y tan accidental como la ignorancia de los motivos de la ley. Deben comprenderse en esta clase de sucesos los que si bien originan la ley, hubieran podido ser causas de providencias muy distintas; y las consideraciones de personas y de circunstancias, que inducen al legislador á dar una regla general y permanente. Los hechos subjetivos no pueden tener ninguna influencia en la interpretación de la ley, ni aún la influencia limitada que se concede á los motivos. Pero puede hacerse de aquellos hechos un uso negativo, para probar la falta de motivos ciertos, y rechazar los imaginarios que se hubieran buscado.

279. "Los principios fundamentales que acabamos de exponer bastan para la interpretación de las leyes en su estado normal; esto es, aquellas cuya expresión encierra un pensamiento completo; el cual podemos considerar como el contenido verdadero de la ley. Pasemos ahora á las leyes defectuosas, y á examinar así las dificultades que presentan cómo los medios de superarlas. Los defectos de la ley pueden comprenderse en dos categorías:

"I. *Expresión indeterminada*, que no encierra un pensamiento completo:

"II. *Expresión impropia*, cuyo sentido directo está en contradicción con el pensamiento verdadero de la ley.

"Estas dos clases de defectos no exigen corrección de una manera igualmente imperiosa. La primera debe corregirse en todos los casos, ya que no presenta ningún peligro. La segunda es más delicada, y requiere muchas precauciones.

"Pero antes de entrar en pormenores sobre esta materia, conviene puntualizar los medios que tenemos á nuestra disposición.

"El primero consiste en examinar el conjunto de la legislación; el segundo, en referir la ley á su motivo; el tercero, en apreciar el resultado obtenido por la interpretación.

280. a). *"Examen de la legislación en su conjunto.*

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Este medio puede aplicarse de dos modos á la interpretación de una ley defectuosa. Puede interpretarse la parte defectuosa por medio de otras partes de la misma ley, y es la vía más segura; puede interpretarse la ley por medio de otras leyes.

"La interpretación obtenida por este último medio será tanto más cierta cuanto las leyes sean entre sí más análogas; y si emanan de un mismo legislador, la interpretación alcanzará el más alto grado de certeza. Se puede, sin embargo, acudir también á las leyes anteriores, suponiéndose razonablemente que el legislador ha tenido á la vista esas leyes, y que, por ende, ellas completan su pensamiento. Puédese, en fin, acudir á las leyes posteriores; pero este último caso no entra sino rara vez en el dominio de la mera interpretación. En efecto, esas leyes modifican á menudo la ley defectuosa, ó dan una interpretación auténtica, que no es la interpretación propiamente dicha. Cuando se emplean las leyes posteriores como medio de mera interpretación, supónese que el espíritu de la antigua legislación se ha conservado en la nueva.

281. b). "*Una ley defectuosa se interpreta por sus motivos.* Pero este medio de interpretación tiene más restricciones que el precedente; pues su empleo se subordina á la certeza de los motivos y á su afinidad con el contenido de la ley. Faltando alguno de estos requisitos, los motivos pueden servir siempre para la corrección de la primera especie de defecto (la expresión indeterminada); rara vez para la segunda especie (la expresión impropia).

282. c). "*Apreciar el resultado obtenido.* De todos los medios de interpretación este es el más aventurado, porque el intérprete se expone á excederse de sus atribuciones, usurpando las del legislador. Debe, pues, acudirse á él para precisar el sentido de una expresión indeterminada, y nunca para referir el texto al pensamiento de la ley.

" Los medios de interpretación nos presentan los mismos grados que los defectos de la ley: el primero es de aplicación general; el segundo exige mucha cautela; el tercero debe circunscribirse á los límites más restringidos.

283. " La indeterminación que oscurece el pensamiento puede provenir de una expresión incompleta ó de una ambigua.

Biblioteca Nacionál Eugenio Espejo

" La expresión incompleta de la ley es á manera de un discurso que se interrumpe, y cuyo sentido queda suspenso. Tal sería una ley que exigiese testigos, sin determinar cuántos.

"La ambigüedad, que se presenta frecuentemente y con muy graves consecuencias, puede hallarse: 1°. En una expresión; y 2°. En una construcción anfibológica.

" Unas veces la expresión empleada para designar un individuo se aplica á otros individuos de la misma especie; lo cual pasa con menos frecuencia en la ley que en los actos y contratos; otras, la expresión empleada para enunciar una idea abstracta tiene dos significados distintos, ó sólo dos acepciones, la una lata y la otra restringida.

"Una construcción anfibológica puede también originar ambigüedad, y aunque ésta ocurre con más frecuencia en los contratos, de ella no están exentas las leyes. Todas estas especies de ambigüedad nos impiden conocer con certeza el pensamiento de la ley. La ambigüedad proviene del legislador: la oscuridad de sus ideas, su impericia en el uso del idioma ó ambas cosas. Pero cualquiera que sea el origen de tal defecto, el intérprete debe necesariamente corregirlo, porque no se podrían deducir reglas de una ley tan impropia. El reconocimiento de esa necesidad es igualmente cierto, y puede probarse por una argumentación lógica. Pero la argumentación se reduce á verificar la naturaleza de la duda, y no da la solución. Es menester buscarla en los tres medios de interpretación que hemos enumerado: todos son aplicables, y el problema se limita á determinar el orden en que deben emplearse. Así, primeramente se acudirá al examen de la legislación en su conjunto, y si eso basta para determinar el sentido de la ley, debe prescindirse de los otros medios de interpretación como menos seguros.

"En segundo lugar, debe consultarse el motivo de la ley y si es posible, el motivo especial que tenga relación directa con su contenido; á falta de ese motivo, el general como medio supletorio. Si, por ejemplo, una ley se funda en la *aequitas*, que es el carácter distintivo del derecho normal de los tiempos modernos, y esa ley es susceptible de dos interpretaciones, se prefiere la que á la *aequitas* sea conforme.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

284. "En tercer lugar, puede determinarse el sentido de la ley por la apreciación de los resultados que dan las varias interpretaciones. Por lo cual debe preferirse el que es más razonable, el que corresponda mejor á las necesidades de la práctica, y en fin, el más humano y moderado.

"El segundo defecto proviene de la impropiedad de los términos; la cual consiste en que el sentido de la ley es distinto de su pensamiento. Cuando haya esa contradicción entre los elementos constitutivos de la ley, se pregunta cuál debe prevalecer. Si el sentido es perfectamente claro, debe atenderse á éste antes que al pretenso pensamiento; pues, de otra manera, el intérprete ejerce las funciones del legislador." [a] (5)

---

[a] Véase el comentario del art. 19.

(5) El libro preliminar, t. V. del primitivo proyecto (Código de Napoleón) decia:

DE LA APLICACIÓN Y DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY

Art. I°. El ministerio del juez es aplicar las leyes con discernimiento y fidelidad.

II. Con frecuencia es necesario interpretar las leyes.

Hay dos especies de interpretación; la *doctrinal* y la *auténtica*. La interpretación doctrinal consiste en comprender el verdadero sentido de una ley, en su aplicación á un caso particular. La interpretación auténtica consiste en resolver las dudas en forma de disposición general y de precepto.

III. La atribución de decidir en forma de disposición general es prohibida á los jueces.

IV. La aplicación de cada ley debe limitarse al orden de cosas á que se destina. Los objetos que son de un orden distinto no pueden decidirse por unas mismas leyes.

V. Cuando una ley es clara, no debe desatenderse su tenor literal (letra) á pretexto de penetrar su espíritu; y en la aplicación de una ley oscura debe preferirse el sentido más natural y el menos defectuoso en su ejecución.

VI. Para determinar el sentido de una parte de la ley es preciso combinar y reunir todas sus disposiciones.

VII. La presunción del juez no debe prevalecer sobre la presunción de la ley; no es lícito distinguir cuando la ley no distingue; y no deben suplirse las excepciones no comprendidas en la ley.

VIII. No debe razonarse de un caso á otro cuando no haya la misma razón para decidirlo.

IX. Cuando por temor de algún fraude, la ley declara nulos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 19. Cuando el sentido de la lei es claro, no se desatenderá su tenor literal, á pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la lei, recurrir á su intencion ó espíritu, claramente manifestados en ella misma, ó en la historia fidedigna de su establecimiento. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 19.
C. C. 27.
C. E. 18. Regla 1ª.
C. de la L. 13. Cuando una ley es clara y no ambigua, no debe eludirse el tenor literal, á pretexto de penetrar su espíritu.

COMENTARIO.

285. Sencillísima y en extremo útil es la regla comprendida en el inc. 1º del art. 19. Como la interpretación consiste en emplear los médios conducentes á conocer á ciencia cierta el pensamiento del legislador, y como, según el supuesto de la regla, las palabras de la ley manifiestan evidentemente tal pensamiento; el juez no puede desatender el tenor literal de la ley á pretexto de investigar los móviles que indujeron al legislador.

Las palabras son los signos que éste emplea para expre-

---

ciertos actos, sus disposiciones no pueden eludirse apoyándose en que se ha probado que esos actos no son fraudulentos.

X. La distinción entre las leyes odiosas y las leyes favorables, hecha á fin de extender ó restringir sus disposiciones, es abusiva.

XI. En materia civil, el juez, á falta de ley precisa, es un funcionario de equidad. La equidad consiste en volver á la ley natural ó acudir á las costumbres que suplen el silencio de la ley positiva.

XII. El juez que rehuse ó que difiera juzgar á pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, incurre en abuso de atribuciones ó denegación de justicia.

XIII. En materia criminal el juez no puede en ningún caso suplir la ley.

(*) Dalloz. Lois. 506.—Laurent. I. 273.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sar su pensamiento, y cuando ellas lo determinan con toda claridad, innecesario acudir á otros medios, que bien pudieran no ser ciertos.

La utilidad práctica que resulta de esta regla, tan propia del talento ecléctico de D. Andrés Bello, consiste principalmente en oponer muy sólido dique al despotismo judicial, el más peligroso y el más insoportable de todos los despotismos. Cuando se concede al juez la atribución de prescindir del sentido claro de la ley para atender á los móviles que hubieren inducido á expedirla, también se le concede la de sustituír su voluntad á la del legislador. (1)

---

(1) Supónese que el sentido de una ley es claro, y que no queda ninguna duda sobre la significación literal del texto. ¿Es permitido en este caso separarse de él? La cuestión es de lo más trascendental. Hallamos la respuesta en el Libro Preliminar del Código: ' Cuando una ley es clara, no puede eludirse la letra á pretexto de penetrar su espíritu'. Desearíamos que esta máxima estuviese inscrita en todas las obras de derecho, y grabada en todas las cátedras donde se enseña jurisprudencia. Ninguna es más evidente y más importante, y ninguna que los intérpretes olviden con más frecuencia. Cuántas veces se acude al espíritu de la ley contra su sentido expreso y claro! Cuántas veces se violenta la letra de la ley para hacer decir al legislador lo contrario de lo que ha dicho, so pretexto de que no ha querido decir lo que ha dicho realmente! Se contraría, en una palabra, la voluntad del legislador, aparentado respetarla, y se viola la ley so color de interpretación. Es preciso aceptar la regla establecida por los autores mismos del Código; pues resulta ella de la naturaleza de la ley. ¿Cuál es el deber del intérprete? Savigny nos lo dice: Reconstruir el pensamiento del legislador. ¿Dónde debe investigarse ese pensamiento? ¿Es algún misterio que se trata de columbrar? De ninguna manera. El legislador ha tenido cuidado de decir lo que se propone, ha formulado su pensamiento en la ley. ¿Qué es, pues, la letra de la ley? Es la expresión del pensamiento del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos ese pensamiento netamente declarado, de sus labios tenemos la intención del legislador, tenemos el espíritu de la ley expresado de una manera auténtica. ¿Por qué investigar en otra parte ese espíritu? Y con qué objeto se investigaría? ¿Para hallar un pensamiento diverso del que el texto enuncia? Pero ese pensamiento es siempre problemático, más ó menos dudoso. En las cuestiones controvertidas, ¿hay acaso una opinión que no se apoye en la discusión, en la tradición? Manifestamos, pues, un ánimo suspicaz, y sin embargo ese ánimo prevalece sobre la voluntad

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

286. Debe sí tenerse presente que muchas veces un artículo, considerado aisladamente, es de todo punto claro; que á compararlo con otros de la misma ley, pugnan entre sí los artículos; que es necesario poner en armonía todas las disposiciones concernientes á unas mismas materias comprendidas en el Código civil ó en cualquier otra ley, y que entonces deben aplicarse otras reglas de interpretación.

Dedúcese, pues, que el inc. 1° del art. 19 no es aplicable sino cuando concurren dos circunstancias:

1ª. Que el sentido de una disposición sea tan claro, que no origine ni la más leve duda; y

2ª. Que la disposición no pugne con ninguna otra de la misma materia ni con el sistema dominante en la ley de cuya interpretación se trata.

---

cierta, expresada en un texto evidente. ¿No conduce esto á eludir la letra de la ley para penetrar su espíritu? Y cuando el intérprete elude un texto claro, ¿no procura que prevalezca su pensamiento sobre el del legislador? El forma en realidad la ley, cuando su deber se limita á interpretarla.

" Se dirá que el texto de la ley puede no expresar el verdadero pensamiento de los legisladores; que si atendemos al tenor literal, venimos á lo que se llama vulgarmente la interpretación judaica, esto es, que á fuerza de respetar el tenor de la ley, se viola el pensamiento del legislador; ¿y no es el pensamiento lo que constituye la voluntad y por consiguiente el espíritu de la ley? Nada más cierto, cuando la ley presenta la menor duda; entonces todos dirán con los jurisconsultos romanos que no es conocer la ley saber los términos en que está redactada, que es preciso no quedarse en la superficie para conocer la verdadera voluntad del legislador. Pero suponemos, como lo suponen los autores del Código en el Libro preliminar, que la ley es clara, esto es, que no deja ninguna duda sobre su sentido literal. ¿Puede admitirse, en ese caso, que el tenor no corresponde al pensamiento del legislador? ¿Qué es el tenor sino la fórmula de ese pensamiento? Decir que el pensamiento no es el que se ha escrito en un texto claro y expreso, es acusar al legislador de una ligereza que no hay derecho para imputársela; es afirmar, en verdad, que ha empleado expresiones que no corresponden al pensamiento. ¿Puede decirse eso en una materia tan grave como la formación de las leyes? ¿No debe juzgarse más bien que el legislador ha pesado sus palabras, y que si habla claramente, su pensamiento también es claro? Y cuando ese pensamiento es claro, ¿puede el intérprete dejar de aceptarlo? " (Laurent. I. 273.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

287. Expresa el art. 19, inc. 1°, que si el sentido de la ley es claro, no puede el juez desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu; y el inc. 2° añade: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión *oscura* de la ley, recurrir á su intención ó espíritu claramente manifestados en ella misma ó en la historia fidedigna de su establecimiento".

Algún tanto impropia es la redacción del inc. 2°; pues si la ley encierra una ó más expresiones *oscuras* su sentido no puede ser perfectamente *claro*. Entre la absoluta *claridad* del sentido y la expresión *oscura* hay la más abierta pugna. El inc. 2° no puede considerarse como modificación del primero, y hubiera convenido, por lo mismo, que el inc. 2° fuese artículo separado.

288. Ya observamos (276) que el elemento histórico es uno de los medios más poderosos para interpretar la ley, reconstruyendo el pensamiento del legislador. (2)

La historia fidedigna del Código chileno se halla en el *proyecto* de D. Andrés Bello. (a)

Art. 20. Las palabras de la lei se entenderán en su sentido natural i obvio, según el uso jeneral de las mismas palabras; pero cuando el lejislador las haya definido espresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 18.

C. E. 18. Regla 2ª.

C. C. 28.

C. de la L. 14. Las palabras de la ley deben entenderse en su significado más conocido y más usual, sin atender á las sutilezas de las reglas gramaticales ni á su acepción general y vulgar.

---

(2) " La historia fidedigna del establecimiento de una lei sería, por ejemplo, la relación de los debates ocurridos en el Cuerpo Lejislativo al tiempo de discutirse el Proyecto. " (Nota de Bello.)

(a) Véase el prólogo de este tomo.

(*) Laurent. I. 273.—Kent. XX. 5.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

D. I. III. 19. In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.

19. La voz ambigua de la ley se ha de entender en aquel sentido, que no incluya vicio alguno; en especial cuando también se colige de la mente de la ley.

COMENTARIO.

289. Dos reglas encierra este artículo:

1ª. Las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; y

2ª. Cuando el legislador las ha definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

290. Presúmese efectivamente que el legislador, al emplear en la ley el lenguaje usual, ha dado á las palabras su genuina acepción.

La dificultad no consiste sino en saber cómo se conoce á ciencia cierta la acepción de las palabras; esto es, en determinar el *elemento gramatical*. (276)

Acudimos con frecuencia al Diccionario de la Academia Española, (2) la más autorizada de las corporaciones que en la Península se ocupan en los estudios filológicos. Pero forzoso es decirlo, en muchos casos aquel Diccionario no define las palabras con exactitud, y en otros es del todo deficiente. Entonces apelamos á los buenos diccionarios latinos y á los escritores más acreditados.

Cuando la dificultad consiste, no en la acepción de las palabras, sino en las contrucciones, en el régimen, &., acudimos á la admirable *Gramática* de Bello, á la de Salvá, al

(1) " Las palabras de la ley, si son usuales, deben tomarse en su acepción natural, obvia y ordinaria. " (Kent. I. XX, 5.)

(2) " No diremos como se efectúa la interpretación gramatical. Todos los que estudian el derecho saben que las palabras que el legislador emplea pueden tener dos significaciones, el sentido vulgar y el sentido técnico. El primero se determina por el uso. En cuanto á la lengua francesa, el Diccionario de la Academia goza de grande autoridad. " (Laurent, I. 273.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Diccionario de Régimen y Construcción por D. Rufino Cuervo; obra que, á terminarse, será las más importante de todas las que en castellano se han publicado sobre los estudios filológicos.

Importantísima es la regla que examinamos; porque hay tan estrecha conexión entre la filología y la jurisprudencia, que cuando quiera que procedemos á interpretar la ley, los contratos, los testamentos, debemos determinar ante todo la acepción de las palabras, la redacción de las cláusulas, el contexto mismo de la ley, contrato ó testamento. (3)

291. La regla segunda, si bien absolutamente necesaria, no origina ninguna dificultad. Cuando el legislador define ciertas palabras, propónese que el juez tenga una regla fija sobre la acepción de las mismas, para evitar los inconvenientes del uso vario de los importantes vocablos que á cada paso se emplean en las leyes.

Por otra parte, la definición de las palabras completa el sistema de la legislación. Así, por ejemplo, tómense en el sentido vulgar las voces *hijo natural*, *asignación*, *delación* y otras empleadas con tanta propiedad y exactitud por D. Andrés Bello, y desaparece el sistema del Código civil.

---

(3) " Siendo la lengua el medio de que se valen los hombres para comunicarse unos á otros cuanto saben, piensan y sienten, no puede menos de ser grande la utilidad de la Gramática, ya para hablar de manera que se comprenda bien lo que decimos (sea de viva voz ó por escrito), ya para fijar con exactitud el sentido de lo que otros han dicho; lo cual abraza nada menos que la acertada enunciación y la genuina interpretación de las leyes, de los contratos, de los testamentos, de los libros, de la correspondencia escrita; objetos en que se interesa cuanto hay de más precioso y más importante en la vida social." (Bello. Gramática. 4).



Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 21. Las palabras técnicas de toda ciencia ó arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia ó arte; á menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 18. a.
C. E. 18. Regla 3ª.
C. C. 29.
C. de la L. 15. Los términos de las artes ó las expresiones y frases técnicas, deben interpretarse conforme al significado y acepción que les den las personas versadas en tales artes, oficios ó profesiones.

COMENTARIO.

292. También este artículo encierra dos reglas:

1ª. Las palabras técnicas de toda ciencia ó arte se emplearán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia ó arte; y

2ª. No se aplica esta regla cuando aparece claramente que tales palabras se han tomado en sentido diverso.

Se llaman términos técnicos los que pertenecen exclusivamente á las artes y ciencias. Cuando el legislador se refiere á ellas, es natural que emplee el lenguaje técnico, porque entonces sólo éste puede expresar su pensamiento con exactitud.

El Código civil mismo emplea infinidad de palabras técnicas, ya definidas por el legislador, ya empleadas únicamente por los jurisconsultos; y debe darse á estas últimas la acepción en que las usan los profesores de la ciencia. (1)

Si bien esta regla es sencilla, y se desprende del objeto mismo de la interpretación; era conveniente, y acaso nece-

---

(*) Laurent. I. 272.—Kent. I. XX. 5.

(1) "Si se emplean términos técnicos, deben tomarse en sentido técnico, á menos que el contexto, ú otra parte de la ley, manifieste claramente que tales términos se han tomado en su acepción usual ó jurídica." (Kent. I. XX. 5.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sario, que el legislador recordase al juez que no puede dar á las palabras técnicas la acepción vulgar, porque ello desnaturalizaría el sentido de la ley.

Pero casos hay en que el legislador, por incuria ó ignorancia, emplea las voces técnicas en su acepción vulgar; y si, tomadas en ésta, el sentido de la ley es claro, el juez debe aplicar el art. 19. (2)

BIBLIOTECA NACIONAL
QUITO-ECUADOR

Art. 22. El contexto de la lei servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia i armonía.

Los pasajes oscuros de una lei pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. (')

CONCORDANCIAS.

P. de B. 19. El contexto de la lei servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia i armonía.

Los pasajes oscuros de una lei pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, ó de costumbres que tengan fuerza de lei; particularmente si versan sobre el mismo asunto.

C. E. 18. Regla 4ª.

C. C. 30.

C. de la L. 16. Cuando las expresiones de una ley son dudosas, puede investigarse su significación, comparando las frases y los términos ambigüos con las otras partes de la ley, para determinar su verdadero sentido.

17. Las leyes *in pari materia* ó sobre un mismo objeto deben interpretarse según la relación que tengan entre sí; lo que es claro en una ley puede servir de base para explicar lo que en otra es dudoso.

---

(2) " He introducido limitaciones que me parecen necesarias. Una palabra, sea técnica ó no, puede emplearse impropiamente en una lei, sobre todo por falta de conocimientos especiales en sus autores. ¿Sería nunca racional tomar esa palabra en diferente sentido que el lejislador? " (Nota de Bello.)

(') Laurent. I. 276-279.—Kent. I. XX. 5

BIBLIOTECA NACIONAL QUITO

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

D. I. III. 12. Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet.

13. Nam, ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe iurisdictione suppleri.

17. Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

24. Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita indicare, vel respondere.

26. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur.

27. Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

12. No se pueden comprender en las leyes ni en las constituciones del Senado todos los casos sin que quede alguno; y así cuando en alguno está manifiesta la mente de ella, el juez debe proceder del mismo modo en la determinación de los casos semejantes.

13. Porque, como dice Pedio, siempre que esté introducida por la ley alguna cosa, es buena ocasión para que por la interpretación ó ciertamente por el juez, se suplan ó amplíen aquellos casos semejantes, en los que se verifica la misma razón de utilidad.

17. Saber las leyes no es entender sus palabras, sino penetrar el sentido y la mente de ellas,

24. Es contra derecho el juzgar ó responder en vista de alguna parte de la ley, sin tenerla toda muy presente.

26. No es nuevo que las leyes anteriores se interpreten por leyes posteriores.

27. Y por tanto, porque es usado interpretar las leyes anteriores por las posteriores, conviene creer que casi siempre está en ellas contenido tácitamente, que en los casos semejantes, se extiendan también á las mismas cosas y personas.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

293. Importantes son las dos reglas que este artículo encierra:

1ª. Para interpretar la ley debe atenderse á su contexto; y

2ª. Otras leyes pueden servir para interpretar una ley oscura.

294. La primera es, á no dudarlo, la principal de las reglas de interpretación.

Entendemos por contexto de la ley el sentido de ella en su conjunto. Todas las partes de la ley han de consultarse para deducir su sentido, porque todas ellas conspiran á un mismo fin, así como todos los miembros de un animal le dan vida, movimiento y actividad. (1)

Ya observamos (286) que si bien un artículo aislado puede ser tan claro que no presente dificultad alguna; comparado con otro ú otros, hay entre ellos á las veces discordancia y aún pugna.

Así, por ejemplo, el art. 1700, inciso 1º, dice: "El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto á la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes. . . . . ." El artículo es clarísimo si atendemos á su tenor literal; pero, comparándolo con el sistema de la posesión y de la prescripción ordinaria, vemos que pugna con

(1) " El verdadero sentido de una ley debe en general investigarse en todo el contexto de la ley misma. Pero tal es la imperfección del lenguaje humano y la falta de habilidad técnica de los legisladores, que las leyes suscitan á menudo las más graves dudas y discusiones, provenientes de la oscuridad de que adolecen. Requiérese mucha experiencia y mucha práctica de redacción perspicua, para expedir la ley en términos tan claros y precisos que puedan precaverla de expresiones oscuras y de toda duda y crítica respecto de su significado.

" En la interpretación de las leyes es regla establecida que la intención del legislador se deduce de todas y cada una de las disposiciones de la ley, tomadas y comparadas conjuntamente. " (Kent. I. XX. 5.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tales sistemas; pues nunca pudiera presentarse un *justo título* que surtiese efecto *contra terceros*, y, por ende, no sería posible adquirir el dominio de los bienes raíces por prescripción ordinaria.

Hemos de entender, pues, el art. 1700 en el sentido de que el instrumento público prueba, aún respecto de terceros que se ejecutó el acto ó celebró el contrato que de él consta; y como respecto de las partes no prueba otra cosa, la fe del instrumento público es una misma, ya se trate de los otorgantes, ya de terceros.

Nos limitamos, por ahora, á proponer este caso como ejemplo; al comentar el art. 1700 nos ocuparemos en ese punto de tanta trascendencia.

295. La segunda regla da todavía más extensión al principio de que el contexto de la ley sirva para ilustrar el sentido de cada una de sus partes; por cuanto el juez debe proceder sobre el supuesto cierto de que el legislador quiere la armonía no sólo entre las disposiciones de una misma ley, sino también entre las que componen la legislación en general. Si un artículo es oscuro ó deficiente, si el sentido de cada uno de los que forman la ley no manifiesta el contexto de la misma, acuda el juez á otras leyes, particularmente si versan sobre la propia materia; y si ni éstas bastan, busque leyes análogas, compárelas con aquella de cuya interpretación trata, y la comparación le suministrará datos para hallar el verdadero pensamiento del legislador.

Art. 23. Lo favorable ú odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar ó restrinjir su interpretación. La estensión que deba darse á toda la lei, se determinará por su jenuino sentido i según las reglas de interpretación precedentes.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 21. La distinción que se hace de las leyes en favorables i odiosas no se tomará en cuenta para

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ampliar ó restringir su interpretación. La extensión que deba darse á toda lei, se determinará por su jenuino sentido i según las reglas de interpretación precedentes.

C. E. 18. Regla 5ª.

C. C. 31.

C. de la L. Art. 20. La distinción de las leyes en leyes odiosas y leyes favorables, para restringir ó extender sus disposiciones, no puede efectuarse por aquellos á quienes corresponda interpretarlas.

D. I. III. 29. Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit.

29. Obra contra la ley el que hace lo que prohibe, y defrauda la ley el que sin ir contra sus palabras obra contra la mente de ella.

COMENTARIO.

296. Veamos las reglas que este artículo encierra:

1ª. Lo favorable ú odioso de una ley no entrará en cuenta para ampliar ó restringir su sentido;

2ª. La extensión que debe darse á la ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

297. La primera regla es consecuencia lógica de la establecida en el art. 19. El juez ha de proponerse exclusivamente conocer el sentido de la ley, y, cuando lo conoce, no puede, como ya lo expresamos (285) desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu.

Cuando el sentido de la ley es claro, poco importa que ella sea favorable ú odiosa; si la historia fidedigna manifiesta cuál es el pensamiento del legislador, si el mismo pensamiento se descubre aplicándose los artículos 20, 21 y 22; el juez no procedería como tal si por pretensa lenidad alterase la ley interpretándola benignamente. (1)

(1) "Cuando el legislador ha querido que la ley se entienda y aplique según sus términos, debe restringirse á los casos previstos: *dura lex, sed scripta*..... La consideración de los abusos ó peligros que resulten de tal ley, no puede inducir á

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

298. Pero téngase cuidado de no caer en el extremo opuesto, suponiéndose que en todo caso se debe prescindir de lo favorable ú odioso de la ley. El art. 23 no se aplica sino cuando, en virtud de las reglas precedentes, el juez llega á conocer á ciencia cierta el pensamiento de la ley; entonces no puede desnaturalizarlo so pretexto de que ella es favorable ú odiosa. Pero si aplicándose tales reglas no se conoce bien el pensamiento, aplícanse, según el art. 24, los principios de *justicia universal* ó la *equidad natural*; y así aquéllos como ésta exigen que se atienda precisamente á lo favorable ú odioso de la ley para ampliar ó restringir su extensión.

Art. 24. En los casos á que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasages oscuros ó contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu jeneral de la legislación i á la equidad natural. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 23.
C. E. 18. Regla 6ª.
C. C. 32.
C. M. 20. Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural ó espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso.
21. En caso de conflicto de derechos y á falta de ley expresa para el caso especial, la controversia se decidirá á favor del que trate de evitarse perjuicios y no á favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere

---

los jueces á oponerse á su ejecución, si ella esta redactada en términos claros. La reforma ó modificación no pertenece sino al legislador. " (Dalloz. Lois. 513.)

(*) Locré. I. 257. 9-17.—381. art. 7º.—401. 15-18.—403. 20-22.—417. 5.—480. 28.—524. 13.—556. 20.—564. 12.—583. 16.—601. 10.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

entre derechos iguales ó de la misma especie, se decidirá observándose la mayor igualdad posible entre los interesados.

C. de la L. 21. En las materias civiles, el juez, á falta de la ley expresa, está obligado á proceder conforme á la equidad; para decidir según la equidad debe ocurrir á la ley natural y á la razón, ó á los usos recibidos, si la ley positiva guarda silencio.

D. I. III. 18. Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.

25. Nulla iuris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

18. Se han de interpretar las leyes en el sentido más benigno, para que se conserve la mente de ellas.

25. Ninguna razón de derecho ó benignidad de la justicia permite que las cosas introducidas saludablemente para la utilidad de los hombres las convirtamos en severidad, interpretándolas con más rigor contra sus mismas comodidades.

COMENTARIO.

299. Cuando sean insuficientes todas las reglas que hemos examinado, el juez, para interpretar la ley, acude á otros dos medios :

1°. El espíritu general de la legislación; y

2°. La equidad natural.

300. El espíritu general de la legislación es un auxiliar poderosísimo, porque es necesario atender al sistema dominante en cada Código y en el conjunto de las leyes que rigen á un Estado.

Según el artículo 22 el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que debe haber entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Si esa regla surte efecto, está conocido el pensamiento del legislador, y el juez procede á la aplicación de la ley. Pero si el contexto de la ley no le basta para conocer el pensamiento del legislador, atiende al espíritu de toda la legislación; el cual puede guiarle seguramente.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Este medio es eficacísimo en especial cuando falta una disposición expresa aplicable á ciertas materias.

Hé aquí un ejemplo. El Código civil no da regla alguna que fije cuántos años puede durar, á lo más, el arrendamiento de inmuebles.

Salta á la vista que ninguna de las precedentes reglas de interpretación nos sirve para determinar á punto fijo el máximum del tiempo que el arrendamiento puede durar. Pero si conforme á la regla que ahora comentamos se acude al espíritu general del Código civil, conoceráse que todas las limitaciones del dominio, y en general todo cuanto obste á la plena libertad en la enajenación de los inmuebles, no puede pasar de *treinta años*. Transcurridos, el poseedor se convierte por el ministerio de la ley en propietario, expiran los derechos de usufructo y habitación que no dependan de la vida de una persona.....

Síguese, pues, que según el *espíritu general de la legislación*, el arrendamiento no puede durar más de treinta años.

Pero en muchos casos ni acudiendo el juez al espíritu general de la legislación puede conocer el pensamiento de la ley; y como en todos los pueblos civilizados se establece el principio de que el juez debe decidir todos los litigios civiles, aunque haya oscuridad ó falta de ley, es necesario que el legislador mismo le dé reglas para que entonces los resuelva.

301. El Código chileno le prescribe que en este caso atienda á la equidad natural.

"La justicia", dice Portalis, "es la primera deuda de la soberanía, y para satisfacer esta deuda sagrada se han establecido los tribunales.

"Pero los tribunales no corresponderían á su institución, si á pretexto de insuficiencia, oscuridad ó falta de ley, se denegasen á fallar. Hubo jueces antes que hubiese leyes, y las leyes no pueden prever todos los casos que pueden presentarse á los jueces. La administración de justicia se interrumpiría perpetuamente, si un juez se abstuviese de fallar cuandoquiera que la controversia en que conoce no se ha previsto por la ley.

"El objeto de las leyes es reglar los casos que suce-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

den más frecuentemente. Los casos excepcionales, los fortuitos, los extraordinarios, no pueden ser materia de la ley.

"En los asuntos mismos que merecen llamar la atención del legislador, es imposible que todo se determine por reglas precisas. La ilustrada previsión consiste en pensar que es imposible preverlo todo.

"Además, puede preverse que es necesario expedir una ley, pero no precipitarla; pues las leyes deben elaborarse con prudente lentitud.

"Los estados no mueren, y no conviene expedir todos los días leyes nuevas. Necesariamente ocurren, pues, infinidad de casos en que los jueces no hallan ley aplicable, y entonces ha de concederse al juez la facultad de suplir la ley por las luces naturales de la rectitud y del buen sentido. Nada sería más pueril que la pretensión de emplear precauciones conducentes á que el juez tenga siempre una ley aplicable. Por prevenir las sentencias arbitrarias, se expondría á la sociedad á mil sentencias inicuas; lo que es aún peor, se la expondría á que no se le administre justicia; y con la torpe pretensión de reglar todos los casos, se formaría de la legislación un inmenso laberinto donde se perdiesen la memoria y la inteligencia.

"Cuando calla la ley, habla la razón natural: si la previsión de los legisladores es limitada, la naturaleza es infinita; aplícase ella á todo cuanto puede interesar á los hombres; ¿y por qué se procura desconocer los auxilios que nos ofrece?

"Razonamos como si los legisladores fuesen dioses, y como si los jueces no fuesen ni hombres.

"En todos los tiempos se ha dicho que la *equidad* es el suplemento de las leyes. Pues bien, ¿qué querían decir los jurisconsultos romanos cuando hablaban de la *equidad?* La palabra equidad tiene diversas acepciones. A las veces no designa sino la voluntad constante de proceder en justicia, y en tal caso no expresa sino una virtud. En otras ocasiones, la palabra equidad significa cierta aptitud ó disposición del alma, que distingue al juez ilustrado del que no lo es, y entonces la equidad no es, en el magistrado, sino el efecto de la razón ejercitada por la observación y dirigida por la experiencia. Pero todo esto

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

se refiere sólo á la equidad moral, mas no á la *equidad judicial* de que tratan los jurisconsultos romanos, y que consiste en acudir á la ley natural cuando las leyes positivas sean oscuras ó insuficientes.

"Esta equidad es el verdadero suplemento de la legislación, y sin ella el ministerio del juez, en la mayor parte de los casos, sería imposible.

"Muy rara vez se controvierte sobre la aplicación de una ley clara y precisa. Porque la ley es oscura é insuficiente, es por lo que se suscitan infinidad de litigios. La atribución de juzgar no siempre es dirigida en su ejercicio por preceptos precisos: lo es por la doctrina, por los usos, por los ejemplos. Así, el virtuoso canciller D'Aguesseau decía muy bien que el templo de la justicia estaba consagrado tanto á la ciencia como á las leyes, y que la verdadera doctrina, que consiste en conocer el espíritu de las leyes, es superior al conocimiento de las leyes mismas.

"Para que los litigios terminen, es necesario que el juez interprete las leyes, y las supla á no haberlas. No hay excepciones á esta regla sino en materia criminal, y aun entonces el juez elige la parte más benigna, si la ley es oscura ó insuficiente; y absuelve al acusado, si la ley no ha previsto la infracción." (1)

§ V.

Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes.

302. Nótese que hay impropiedad en el epígrafe, pues son pocas las *definiciones* que el parágrafo encierra. El legislador se propone principalmente dar reglas sobre el uso de ciertas palabras que en la ley ocurren con frecuencia, y en tal sentido debió redactarse el epígrafe.

Prescindiéndose de este leve defecto, el parágrafo es obra propia del eclecticismo de D. Andrés Bello. Las voces

(1) Locré. I. 582. 16.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cuya significación y uso se puntualizan con tanta exactitud, son importantísimas; y, como se refieren á muchas materias; correspondían en realidad al *título preliminar*. Corrigióse, pues, la falta de que adolecen otros muchos códigos, como el de Napoleón, el de la Luisiana; los cuales ó bien no definen aquellas voces, ó bien las refieren á una materia determinada. Así, por ejemplo, el Código de Napoleón no habla del parentesco sino al tratar de la sucesión *abintestato*; y es indudable que el parentesco se refiere principalmente al derecho de la familia.

Art. 25. Las palabras hombre, persona, niño, adulto i otras semejantes que en su sentido jeneral se aplican á individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, á menos que por la naturaleza de la disposición ó el contexto se limiten manifiestamente á uno solo.

Por el contrario, las palabras mujer, niña, viuda, i otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo, á menos que espresamente las estienda la lei á él. (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 24.

C. E. Las palabras *hombre*, *persona*, *niño*, *adulto* y otras semejantes, que en su sentido general se aplican á individuos de la especie humana, sin distinción de sexo, se entenderán comprender ambos sexos en las disposiciones de las leyes, á menos que por la naturaleza de la disposición ó el contexto se limiten manifiestamente á uno solo.

Por el contrario las palabras *mujer*, *niña*, *viuda* y otras semejantes, que designan el sexo femenino, no se aplicarán al otro sexo á menos que la ley las extienda á él expresamente.

C. C. 33.

P. VII. XXXIII. 6. Usamos a poner en las leyes deste nuestro libro, diziendo: Tal ome, que tal cosa fiziere, aya tal pena. Entendemos por aquella palabra, que el defen-

(*) Berriat-Saint-Prix.—I. 1372. 1373.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dimiento pertenesce tambien a la muger como al varon, maguer que non fagamos y emiente dello. Fueras ende en aquellas cosas señaladas, que les otorgan las leyes deste nuestro libro.....

, D. L. XVI. I. Verbum hoc: si quis, tam masculos, quam feminas complectitur.

152. Hominis appellatione tam feminam, quam masculum contineri non| dubitatur.

195. Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.

1. La palabra, si alguno, comprende tanto á los hombres como á las mujeres.

152. No se duda que bajo la palabra hombre se comprende tanto el hombre como la mujer.

195. La palabra expresada en el género masculino, las más veces comprende ambos sexos.

COMENTARIO.

303. De los artículos que forman el parágrafo 5°, el 25 es uno de los pocos nugatorios, y acaso no lo escribió D. Andrés Bello sino por seguir la práctica del Digesto y de las Partidas.

Ya se dijo, en el art. 20, que las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; y las voces *hombre, persona, niño, adulto* y otras semejantes, empleadas en su *sentido natural* y *obvio,* se aplican á individuos de ambos sexos.

Por el contrario, las palabras *mujer, niña, viuda* y otras semejantes, empleadas también en su *sentido natural* y *obvio,* sólo se aplican á individuos del sexo femenino.

Art. 26. Llámase infante ó niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varon que no ha cumplido catorce años i la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, ó simplemente mayor, el que ha cumplido veinticinco años; i menor de edad, ó simplemente menor, el que no ha llegado á cumplirlos.

Las espresiones mayor de edad, ó mayor, empleadas en

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

las leyes, comprenden á los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan esceptuado espresamente á éstos. (*)

REFERENCIAS.

El artículo. 240. 266. 341. 342. 1446. 1447.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 21.

C. E. 21. Llámase *infante* ó *niño* el que no ha cumplido siete años; *impúber*, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; *adulto*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad*, ó simplemente *mayor*, el que ha cumplido veintiún años; y *menor de edad*, ó simplemente *menor*, el que no ha llegado á cumplirlos.

C. de N. 388. Le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt-un an accomplis.

488. La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis...

388. Es menor el individuo de uno y otro sexo, que no hubiere cumplido veintiún años.

488. La mayor edad principia á los veintiún años cumplidos.....

C. Arg. 126. Son menores los individuos de uno y otro sexo, que no tuviesen la edad de veintidós años cumplidos.

127. Son menores impúberes los que aún no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fuesen de esta edad hasta los veintidós años cumplidos.

128. Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintidós años, y por su emancipación antes que fuesen mayores.

(*) Savigny. III. § 106. 107. 109.—VIII. 362.—Locré. I. 297. 71.—VII. 147. 3.—232. 2.—248. 2.—272. 4.—320. art. 1°.—362. 1.—381. 2.—Dalloz. Minorité. 2. 3. 10. 22-25. 32.—Toullier. II. 1080-1083.—Laurent. IV. 361. 362.—Demolombe. VII. 16-23.—Zachariae. (M. V.) I. § 45.—Zachariae. (A. R.) I. § 86.—Ortolan G.). 86-92.—(I). I. 238. 250. 265.—Accarias. I. 153. 168.—Maynz. I. § 12.—Mackensie. p. 151.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

P. de G. 142. Las personas de ambos sexos, que no han cumplido veinte años, son menores de edad.

276: La mayor edad empieza á los veinte años cumplidos.

C. C. 34.

C. P. 12. Son mayores las personas que han cumplido la edad de veintiún años, y menores los que no la han cumplido.

C. M. 362. Las personas de ambos sexos que no hayan cumplido veintiún años, son menores de edad.

C. de la L. 40. Los varones que no han cumplido catorce años y las mujeres que no han cumplido doce, son impúberes; á los varones que han llegado á los catorce años, y á las mujéres que han llegado á los doce, se les denomina adultos.

Son menores las personas de cualquiera de los dos sexos que no han cumplido veintiún años; hasta que lleguen á esa edad, se sujetan á la dirección de tutor y curador, y cuando la han cumplido, se hallan en plena edad ó son mayores.

C. Esp. 320. La mayor edad empieza á los veintitrés años cumplidos.....

C. A. 24. Es menor la persona que no ha cumplido veinticuatro años.

P. VI. XIX. 2. Menor es llamado aquel que non ha aun veynte e cinco años cumplidos, quanto tiempo quier que le méngue ende.

I. I. XXII . . . . . pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus; antiquitatis normam in feminis personis bene positam, suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viri potentes esse credantur.

XXII . . . . . hemos establecido que la pubertad comience en los varones á los catorce años cumplidos, y dejamos subsistente la regla de que las mujeres lleguen á la edad núbil cuando cumplan los doce años.

COMENTARIO.

304. Atendiéndose exclusivamente á la edad, las personas se dividen en dos clases:

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1ª. *Mayores*, los individuos que han cumplido veinticinco años; y

2ª. *Menores*, los que no han llegado á cumplirlos.

Los menores se subdividen en otras dos clases:

a). *Adultos*, los varones que han cumplido catorce años, y las mujeres que han cumplido doce;

b). *Impúberes*, esto es, las personas de cualquiera de los dos sexos, que respectivamente no han llegado á esa edad.

Los impúberes vuelven á subdividirse:

a). En *meramente impúberes*; é

b). *Infantes*, los que no han cumplido siete años.

305. De todas estas divisiones y subdivisiones, meras reminiscencias de las leyes romanas, (1) no presta utilidad

---

(1) *Masculi autem cum* puberes esse coeperint, tutela liberantur : *puberem autem* Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est, eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cujus aetatis puberes fiunt; sed diversae *scholae* auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant qui XIV annos explevit. " (Gayo. I. 196.)

" El derecho romano, siguiendo paso á paso el curso de la naturaleza, dividia la edad y variaba de capacidad, asi como los medios de protección, de grado en grado. Pero en su rudeza y materialismo primitivos atendia, para la apreciación del desarrollo del hombre, á dos fenómenos de la naturaleza física : la palabra y la pubertad. La palabra, porque los actos del derecho quiritario se efectuaban por medio de ciertas fórmulas, de términos sacramentales, que las partes debian pronunciar por si mismas; el que no habla es materialmente incapaz de tales actos, y nadie puede ejecutarlos representándole. La pubertad, porque es la condición esencial y meramente física del matrimonio..... Asi es como se produjeron y distinguieron los diversos periodos que siguen :

" Primeramente la *infancia* periodo indeterminado, pero muy corto, cuyo límite depende de un hecho material, la palabra; el cual no comprende sino los dos primeros años, aquellos en que el hombre todavia no habla. El hombre en ese periodo es *infans*, que no habla, *qui fari non potest*, dice el jurisconsulto : hé aqui las circunstancias en que se fija el derecho primitivo, porque el *infans* no puede proferir las palabras sacramentales, las fórmulas establecidas para los actos del derecho civil; ningún otro ciudadano puede hacer sus veces pronuncián-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

práctica sino la distinción entre mayores y menores, adultos é impúberes.

---

dolas : hay imposibilidad de que él ejecute esos actos : es preciso aguardar, ó proveer á ellos de otra manera. Después la jurisprudencia se fija en una consideración, no material, sino intelectual : considérase que el niño no tiene ninguna noción de las cosas serias (*nullum intellectum*).

" En segundo lugar, la edad posterior á la infancia : desde el instante en que principia la facultad de hablar hasta la pubertad. Entonces el hombre puede proferir las fórmulas jurídicas.....

" La jurisprudencia filosófica, que añadía á esta consideración material la del desarrollo intelectual, subdivide este período en dos partes : La edad más próxima á la infancia que á la pubertad, y entonces el hombre es *infanti proximum;* ó, al contrario, más próximo á la pubertad que á la infancia : *pubertati proximus*. División intermedia, cuyo punto de intersección es indeterminado como el de los dos términos que sirven de medio. La tendencia de los jurisconsultos, empero, es la de fijarlo en los siete años. La jurisprudencia, analizando actualmente la situación, asimila, en este sentido, el *infanti proximus* al *infans;* al paso que nos dice del *pubertati proximus*, esto es, del que ha llegado á la edad próxima á los siete años, que algo comprende ya de los asuntos de derechos (*aliquem intellectum habent*), pero no el juicio (*animi judicium*); de donde deduce para esta edad ciertas capacidades menos materiales que la pronunciación de las fórmulas.

" En fin, en tiempo del Bajo Imperio, una constitución de Teodosio, concerniente á la aceptación de las herencias maternas, perfeccionó la asimilación del menor de siete años al *infans*, sin examinar si el don de la palabra es más ó menos precoz ó tardío (*sive maturius, sive tardius, filius fandi sumant auspicia*); y á consecuencia de esta constitución los intérpretes del derecho romano llaman *infans*, no al que todavía no habla, sino al menor de siete años.

" En tercer lugar *la pubertad*, período cuyo principio es igualmente indeterminado, según el desarrollo corporal de cada persona, y que depende del hecho material de la pubertad. Fundándose en razones de decencia, los jurisconsultos fijan la primera época para las mujeres á la edad precisa de doce años. Su tendencia es también la de fijarla en cuanto á los hombres en los catorce años, término que Justiniano adopta y establece legislativamente. Dícese que antes de esa época el hombre es *impubes* y *pubes* desde que la ha alcanzado. La pubertad llevaba consigo la libertad de contraer justas nupcias, y ponía fin á la tutela en cuanto á los hombres; porque había la persona del

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El Código chileno acepta la ley romana, declarando mayores á las personas que han cumplido veinticinco años. Según otros códigos modernos, como el de Napoleón y el ecuatoriano, son mayores los que han cumplido veintiún años.

Esta última disposición es más conforme á la naturaleza; pues á los veintiún años ha terminado ya el desarrollo físico, y están en su plenitud las facultades intelectuales.

Como lo observaron los redactores del Código de Napoleón, (2) no hay motivo alguno para que el individuo de

---

ciudadano romano puber, exigida para los actos del derecho civil : habia, según el Derecho, inteligencia y discernimiento.

" En cuarto lugar la edad mayor de los *veinticinco años*, periodo introducido por una ley del VI siglo de Roma, *lex plaetoria*, pero sancionada especialmente por el derecho pretorio, y que se funda en la consideración del pleno desarrollo moral. " (Ortolan. G. 86-90.)

(2) " El ciudadano ", decía el Tribuno Tarrible, " nace en el Estado con la investidura de los derechos; pero al nacer no puede ejercerlos.

" Como sus facultades físicas no se desarrollan sino por grados, por grados se le forma el discernimiento, conoce los hombres y las cosas, aprende el arte de dirigir sus negocios, y el arte más difícil todavía de gobernarse á sí mismo.

" La razón tiene su infancia como la constitución del cuerpo, y durante ese tiempo de debilidad, el menor, que está bajo la patria potestad ó bajo tutela, sólo por medio de ellas puede defender y ejercer sus derechos.

" Pero hay un término en que ese apoyo debe quitársele, y en que el menor debe sostenerse por sus fuerzas propias.

" ¿Cómo fijaremos tal término? ¿Por la madurez á que el menor ha llegado? Quedaríamos en funesta incertidumbre : variara según la inteligencia, el carácter, la educación del menor, y con más frecuencia todavía según las opiniones, los intereses ó las pasiones de los que deben resolver ese importante problema.

" La edad, en todas las naciones, es la medida según la cual se determina la época de la edad mayor.

" Esa medida es sencilla, uniforme, común á todos; indica al menor y á los que tienen intereses con él relacionados, el momento preciso en que entra en la plenitud del ejercicio de sus derechos.

" De la solución de esta primera dificultad nace otra que divide los pareceres.

" Unos desean que la mayor edad llegue á los veinticinco años.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

veintiún años permanezca bajo patria potestad ó curaduría el tiempo en que, administrando sus bienes, adquiriera versación en todo lo concerniente á la vida social.

" Otros juzgan que debe fijarse en los veintiuno.

" Los primeros fundan su opinión en el ejemplo de los romanos, en el antiguo uso de casi todas la naciones de Europa, y en especial de gran parte de la nación francesa.

" Creen que la razón humana no llega á su plenitud sino á esa edad.

" Observan que á la edad de veintiún años las pasiones están en su mayor efervecencia; que es prudente moderarlas bajo la vigilancia de la patria potestad ó de la tutela, hasta que la violencia de su fuego se mitigue.

" Los segundos, con los autores del proyecto del Código civil, dicen que en nuestro siglo mil cosas concurren al precoz desarrollo de la juventud; que el espíritu de asociación y de industria, difundido más generalmente, da ó los hombres un estímulo que suple á las lecciones de la experiencia, y que prepara á cada individuo á llevar más pronto el peso de su destino.

" Adhiérese el Tribunado á esta última opinión. La naturaleza, siempre sencilla y concordante en sus designios, ha señalado en el hombre el momento del desarrollo de sus facultades intelectuales por el de sus facultades físicas.

" En el círculo tan corto de la vida, una exagerada prudencia no debe extender la edad menor á expensas de la virilidad. No dejemos que el hombre se enerve en la prisión de una larga dependencia. Cuando se le hayan manifestado sus relaciones con los objetos que le rodean, ó inspirádole dignidad, se podrá, sin gran peligro, dejarle que ensaye sus propias fuerzas.

" En ninguna edad tendrá más entusiasmo ni más actividad para todo trabajo que le prometa beneficios.

" Talvez le sea más difícil conservar; pero emancipando al mayor, la ley no procura sustraerle al respeto y á la deferencia á su padre, ó al hombre generoso que cumple para con él tan sagrados deberes. Así, aun cuando su autoridad hubiere cesado, no le faltarían prudentes consejos, para que evite los escollos, tema los peligros y no caiga en los lazos.

" No hay por qué temer á las pasiones : ellas son el móvil que da á nuestro sér vida y actividad : la ciencia del legislador consiste, no en esclavizarlas, sino en dirigirlas bien.

" Si ellas inducen á la juventud en extravíos, del mal mismo nacerá el remedio más saludable.

" El error es sin duda inherente á la humanidad; pero sus lecciones son provechosas; pues se graban más que las del frío ejemplo ó de la austera doctrina.

" Y en un siglo que ha difundido las luces por toda la superficie

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

306. No presenta dificultad alguna la regla de que las palabras *mayor de edad*, empleadas en las leyes, comprenden á los menores que han obtenido habilitación de edad, y que para exceptuarlos hay necesidad de disposición expresa.

Art. 27. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de jeneraciones. Así el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, i dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.

Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; i cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, i una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral ó trasversal. (*)

REFERENCIAS.

Consanguinidad. 28-30.

CONCORDANCIAS.

P. de B. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de jeneraciones intermedias. Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en *línea recta*; i cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, i una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en *línea colateral* ó *trasversal*.

C. E. 22.

---

de nuestro territorio, que, generalizando la instrucción, también ha generalizado las ideas, dándoles más profundidad y exactitud; en un siglo en que una educación precoz y mejor dirigida ha asociado, por decirlo así, la infancia á las combinaciones y cálculos de la edad madura; no temamos que la edad de veintiún años sea casi siempre la de la inexperiencia y del error. " (Locré. VII. 381. 2.)

(*) Savigny. I. § 54.—Locré. X. 286. 17.—Dalloz. Mariage. 219-221.—Laurent. II. 347. 348. 350. IX. 34. 35.—Demolombe. III. 99-101.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. de N. 735. La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations; chaque génération s'appelle un *degré*.

736. La suite des degrés forme la *ligne* : on appelle *ligne directe* la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre; *ligne collatérale*, la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun.

On distingue la ligne directe, en ligne directe descendante et ligne directe ascendante.

La première est celle qui lie le chef avec ceux qui descendent de lui: la deuxième est celle qui lie une personne avec ceux dont elle descend.

737. En ligne directe, on compte autant de degrés qu'il y a de générations entre les personnes : ainsi le fils est, à l'égard du père, au premier degré; le petit-fils, au second et réciproquement du père et de l'aïeul à l'égard des fils et petits-fils.

738. En ligne collatérale les degrés se comptent par les générations, depuis l'un des parents jusques et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent.

Ainsi, deux frères sont au deuxième degré; l'oncle et le

735. La proximidad de parentesco se determina por el número de generaciones; cada generación es un *grado*.

736. La serie de grados forma la *línea*. Se llama *línea recta* la serie de grados entre personas que descienden una de otra; *línea colateral*, la serie de grados entre personas que si bien no descienden unas de otras, descienden de un tronco común.

Se distingue la línea recta, en línea recta descendente y línea recta ascendente.

La primera es el vínculo entre el tronco y los que de él descienden; la segunda es el vínculo entre una persona y aquellas de quienes desciende.

737. En línea recta hay tantos grados cuantas generaciones entre las personas: así el hijo está, respecto del padre, en primer grado; el nieto, en segundo; y recíprocamente el padre y el abuelo respecto de los hijos y los nietos.

738. En línea colateral, los grados se cuentan por las generaciones, desde uno de los parientes hasta el tronco exclusive, y desde éste hasta el otro pariente.

Así, dos hermanos están en segundo grado; el tío y el

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

neveu sont au troisième degré; les cousins germains au quatrième; ainsi de suite.

sobrino en tercero; los primos hermanos en cuarto, y así sucesivamente.

C. Arg. 345. El parentesco es vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco.

346. La proximidad de parentesco se establece por líneas y grados.

347. Se llama grado, el vínculo entre dos individuos, formado por la generación; se llama línea la serie no interrumpida de grados.

348. Se llama tronco el grado de donde parten dos ó más líneas, las cuales por relación á su origen se llaman ramas

349. Hay tres líneas : la línea descendente, la línea ascendente y la línea colateral.

350. Se llama línea descendente la serie de grados ó generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes.

351. Se llama línea ascendente la serie de grados ó generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes.

352. En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones. Así, en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, el bisnieto en el tercero, así los demás. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etc.

353. En la línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en el segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero, los primos hermanos en el cuarto, los hijos de primos hermanos en el sexto, y los nietos de primos hermanos en el octavo y así en adelante.

354. La primera línea colateral parte de los ascendientes en el primer grado, es decir, del padre y madre de la persona de que se trate, y comprende á sus hermanos y hermanas y á su posteridad.

355. La segunda, parte de los ascendientes en segundo grado, es decir, de los abuelos y abuelas de la persona de que se trate y comprende al tío, al primo hermano, y así los demás.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

356. La tercer línea colateral parte de los ascendientes en tercer grado, es decir, los bisabuelos, y bisabuelas, y comprende sus descendientes. De la misma manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes más remotos.

P. de G. 747. La línea es recta ú oblícua.

Se llama recta la serie de personas que descienden unas de otras.

Oblicua, la de las personas que sin descender unas de otras vienen de un mismo tronco.

748. La distancia de los parientes entre sí se mide por grados.

749. En todas las líneas hay tantos grados, cuantas son las personas, descontada la del tronco.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco; así el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo, tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común, y después se baja hasta la persona con quien se quiere hacer la computación.

El hermano dista dos grados del hermano; tres del tío, hermano de su padre ó madre; cuatro del primo hermano, y así en adelante.

C. C. 35.

C. M. 181.-La ley no reconoce más parentescos que los de consanguinidad y afinidad.

182. Consanguinidad es el parentesco entre personas que descienden de una misma raíz ó tronco.

184. Cada generación forma un grado, y la serie de los grados constituye lo que se llama línea de parentesco.

185. La línea es recta ó trasversal : la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras: la trasversal se compone de la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, bien que procedan de un progenitor ó tronco común.

186.-La línea recta es descendente ó ascendente: ascendente es la que liga á cualquiera á su progenitor ó tronco de que procede: descendente es la que liga al progenitor á los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente ó descendente, según el punto de partida y la relación á que se atiende.

187. En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, ó por el de las personas excluyendo al progenitor.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

188. En la línea trasversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, ó por el número de personas que hay de uno á otro de los extremos que se consideran, exceptuando la del progenitor ó tronco común.

C. de la L. 885-888 (los artículos 735-738 del Código de Napoleón).

C. Esp. 915. La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado.

916. La serie de grados forma la línea, que puede ser directa ó colateral.

Se llama directa la constituída por la serie de grados entre personas que descienden una de otra.

Y colateral la constituída por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común.

917. Se distingue la línea recta en descendente y ascendente.

La primera une al cabeza de familia con los que descienden de él.

La segunda liga á una persona con aquellos de quienes desciende.

918. En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones ó como personas, descontando la del progenitor.

En la recta se sube únicamente hasta el tronco. Así el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre ó madre, cuatro del primo hermano y así en adelante.

P. IV. VI. 1. *Consanguinitas* en latin, tanto quiere dezir en romance, como parentesco; que es atenencia, o aligamiento de personas departidas, que descienden de una rayz. . . . . .

2. Linea de parentesco, es ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen vnas de otras, como cadena, descendiendo de vna rayz; e fazen entre si grados departidos . . . . . E como quier que en el començamiento desta ley diximos, que cosa es linea; queremos que sepan los omes, que tres maneras son della. La primera es, vna linea que sube arriba; assi como padre, abuelo o visabuelo,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

o trasabuelo, e dende arriba. La otra, que desciende; assi como fijo, o nieto, o visnieto, o trasuisnieto, e dende ayuso. La otra es, que viene de trauiesso. E esta comiença en los hermanos, e de si desciende, por grado, en los fijos, e en los nietos dellos, e en los otros que vienen de aquel linaje. E por esso es llamada esta linea de trauiesso; porque los que son en los grados della, non nascen vno de otro.

3. Grados de parentesco se cuentan en dos maneras. La una es, segund Fuero de los legos. La otra, segund los establecimientos de Santa Eglesia. E aquella que es segund Fuero seglar, se dize assi. Grado es manera de personas departidas, que se ayuntan por parentesco: por la qual manera de departimiento se demuestra, en quanto grado sea llegada la vna persona de la otra; asmando todavia la rayz, onde ouieron comiençó. E segund el Fuero de los legos, los fijos de este atal, que es llamado rayz, fazen el segundo grado, quier sean dos, o mas: e los nietos del fazen el quarto grado: e los visnietos fazen el sexto. E segund esto pueden contar delante.....

VI. XIII. 2. Tres grados, e liñas son de parentesco. E la vna es de los descendientes, assi como de los fijos, e de los nietos, e de los que descienden por la liña derecha. La otra es de los ascendientes, assi como el padre, ó el auuelo, e los otros que suben por ella. La tercera es de los de trauiesso, assi como los hermanos, e los tios, e los que nascen dellos.....

D. XXXVIII. XI. 10. Iurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet, quia legibus hereditates et tutelae ad proximum quemque agnatum redire consuerunt; sed et Edicto Praetor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem; praeterea lege iudiciorum publicorum contra affines et agnatos testimonium inviti dicere non cogimur.

§ 1. Nomen cognationis

10. El jurisconsulto debe conocer los grados de parentesco de consanguinidad y afinidad; porque las leyes acostumbraron á dar al agnado más próximo las herencias y tutelas; y también el Pretor por su Edicto dió al pariente más próximo la posesión de los bienes. Por ley tampoco se nos precisa á que declaremos contra nuestra voluntad en los juicios públicos contra nuestros afines y agnados.

§ 1. El nombre de cogna-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

a graeca voce dictum videtur *syntecnoi*; enim illi vocant, quos nos cognatos appellamus.

§ 9. Nam quoties quaeritur, quanto gradu quaeque persona sit, ab eo incipiendum est, cuius de cognatione quaerimus. Et si ex inferioribus est, recta linea sursum versum, vel deorsum tendentium facile invenimus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus; nam qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi; similiter enim accedentibus singulis crescit numerus. Idem faciendum in transversis gradibus; sic frater secundo gradu est, quoniam patris vel matris persona, per quos coniungitur, prior numeratur.

§ 10. Gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus.

ción parece derivado de la voz griega *syntecnoi*; porque ellos llaman parientes á los que nosotros cognados.

9. Porque siempre que se pregunta en qué grado está cada persona, se ha de empezar por aquel de cuyo parentesco se trata, y si hay línea recta, de ascendientes ó descendientes, mirando arriba ó abajo por línea recta, encontraremos fácilmente el grado, si por cada grado contamos el más próximo; porque el que está conmigo en el primer grado es el más inmediato; el siguiente está en segundo grado; y del mismo modo crece el número en cada uno de los ascendientes. Lo mismo se ha de practicar en los grados transversales; y así el hermano está en segundo grado; porque el padre y madre por quienes se une, se cuentan en el primero.

10. Se llaman grados á semejanza de las escaleras y lugares pendientes, por los cuales vamos pasando del próximo al inmediato, esto es, del uno al otro de quien aquél desciende.

COMENTARIO.

307. Tan claro es el artículo del Código chileno, que apenas si necesita explicación.

Sorprenden su sencillez y concisión, y más aún si se comparan con las respectivas disposiciones de los códigos que tuvo á la vista D. Andrés Bello.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

La *consanguinidad* consiste en el vínculo entre las personas que descienden de un mismo tronco.

En la consanguinidad se distinguen las *líneas* y los *grados*.

Línea es la serie de personas que descienden de un mismo tronco.

La *línea recta* se compone de todas las personas que descienden unas de otras.

La *línea colateral ó transversal*, de las personas que si bien provienen de un tronco común, no descienden unas de otras.

Los *grados* consisten en la distancia entre dos ó más personas determinadas.

En la línea recta los grados se cuentan por el número de las generaciones.

En la colateral ó transversal, es necesario contar el número de las generaciones de cada línea recta.

Son reglas tan elementales, que basta la ley misma para hacerlas comprender bien, y se pierde el tiempo entrando en pormenores.

Art. 28. Parentesco lejítimo de consanguinidad es aquel en que todas las jeneraciones de que resulta han sido autorizadas por la lei; como el que existe entre dos primos hermanos, hijos lejítimos de dos hermanos, que han sido también hijos lejítimos del abuelo común. (*)

REFERENCIAS.

Hijos legítimos. 35. 179.
Hermanos. 41.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 27.
C. E. 23.
C. Arg. 358. La calificación de legítimos en las relaciones de parentesco, es correlativamente aplicable á todos

---

(*) Demolombe. III. 97. 98.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

los individuos de la línea recta ó colateral, que tuviesen entre sí parentesco legítimo, esto es, derivado de casamiento válido ó putativo, según las disposiciones de este Código.

C. C. 38.

Art. 29. Consanguinidad ilejitima es aquella en que una ó mas de las jeneraciones de que resulta, no han sido autorizadas por la lei; como entre dos primos hermanos, hijos lejítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilejítimo del abuelo común.

REFERENCIAS.

Hijo ilegítimo. 36.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 28.
C. E. 24.
C. C. 39.

COMENTARIO.

307. Estos artículos son clarísimos.

Entre dos personas no hay parentesco de *consanguinidad legítima*, sino cuando todas las generaciones de que él procede han sido autorizadas por la ley.

Definido el parentesco de consanguinidad legítima, viene de suyo que el parentesco de *consanguinidad ilegítima* consiste en que una ó más de las generaciones de que resulta no hubieren sido autorizadas por la ley. Así, dos consanguíneos, ambos hijos legítimos, son entre sí parientes ilegítimos, si el padre de uno de ellos fue hijo ilegítimo. (1)

---

(1) " Los romanos distinguían el parentesco civil, *agnatio*, y el parentesco natural, *cognatio*.

" La *agnación* es el parentesco fundado en la familia romana, cuya base y carácter distintivo es la patria potestad. Hay agnación entre dos personas cuando una de ellas está bajo la potestad de la otra, ó cuando ambas están bajo una misma potestad ó lo estuvieran ó podían estarlo, siempre que, en estos dos últimos casos, la causa de que proviene que no estén bajo una misma po-

Biblioteca Nacional-Eugenio Espejo

Art. 30. La lejitimidad conferida á los hijos por matrimonio posterior de los padres produce los mismos efectos civiles que la lejitimidad nativa. Así dos primos hermanos, hijos lejítimos de dos hermanos que fueron lejitimados por el matrimonio de sus padres, se hallan entre sí en el cuarto grado de consanguinidad trasversal lejítima.

REFERENCIAS.

Matrimonio. 102.

La legitimidad conferida á los hijos por matrimonio posterior de los padres. 202.

Los mismos efectos civiles que la legitimidad nativa. 36. 214. 13.

Cuarto grado. 27.

Consanguinidad transversal legítima. 28.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 29.

C. E. 25.

C. C. 40.

COMENTARIO.

308. No hay diferencia alguna entre los hijos legítimos concebidos en matrimonio y los legitimados por el posterior á la concepción. El matrimonio, y, en su caso, la respectiva escritura pública, surten los efectos de conferir á los hijos todos los derechos de familia; de manera que la ley arranca de raíz las odiosas indagaciones sobre si los hijos legítimos fueron ó no concebidos en matrimonio.

---

testad es un acontecimiento natural, esto es, la muerte del padre de familia. Así, son agnados el padre y el hijo que está bajo su potestad; dos hermanos ó hermanas cuyo padre ha muerto; dos hermanos ó hermanas, uno de los cuales ha nacido después de la muerte del padre.....

" La cognación ó el parentesco natural es el vínculo que se establece por la generación entre dos personas, una de las cuales es ascendiente de la otra, ó tienen un ascendiente común. Importa poco que la generación se verifique en matrimonio o fuera de matrimonio; pero como el derecho romano no reconoce padre al hijo nacido fuera de matrimonio, ese hijo no es cognado sino de la madre ó de los parientes de la misma. " (Maynz. I. § 15.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Débese sí tenerse presente la disposición *especialísima* del art. 214, según la cual la legitimación se retrotrae sólo á la fecha del matrimonio que la efectúa. Síguese, pues, que el derecho de primogenitura puede corresponder al hijo que, concebido en matrimonio, sea menor que el hijo legitimado.

Ya dijimos (173) que cuando una ley encierra disposiciones generales y especiales, que entre sí pugnen, prevalecen las segundas. Luego, es evidente que el art. 214, como especialísimo, restringe la extensión que el art. 30 da á la legitimidad conferida á los hijos por el matrimonio posterior de sus padres.

Art. 31. Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está ó ha estado casada i los consanguíneos lejítimos de su marido ó mujer.

La línea i grado de afinidad lejítima de una persona con un consanguíneo de su marido ó mujer, se califican por la línea i grado de consanguinidad lejítima del dichomarido ó mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en el primer grado de afinidad lejítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; i en segundo grado de afinidad lejítima, en la línea transversal, con los hermanos lejítimos de su mujer. (*)

REFERENCIAS.

Consanguíneos legítimos. 28.
Línea y grado. 27.
Matrimonio. 102.
Hermanos legítimos. 28. 41.



CONCORDANCIAS.

P. de B. 30.
C. E. 26. *Afinidad legítima* es la que existe entre una

(*) Pothier. Mariage. 150-152.—Laurent. II. 349.—Demolombe. III. 110-114.—Zachariae. (A. R.) I. § 67.—Berriat-Saint-Prix. I. 792.—Ortolan. (G.) 67.—(I.) 111.—Maynz. I. § 17.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

persona que está ó ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido ó mujer.

La línea y grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido ó mujer se determinan por la línea y grado de consanguinidad legítima de dicho marido ó mujer con dicho consanguíneo. Así, un varón está en el primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.

C. Arg. 363. La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente ó ascendente, el yerno ó nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo ó hija respecto del padre ó madre, y así en adelante. En la línea colateral los cuñados ó cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos y hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padrastro ó madrastra, en relación á los entenados ó entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro ó suegra en relación al yerno ó nuera.

364. El parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación á los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

C. C. 47.

C. P. 140. El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro; y cada cónyuge se halla, por afinidad, en igual grado de parentesco con ellos, que lo está el otro por consanguinidad.

Los deudos de un cónyuge no adquieren con los del otro ninguna relación de parentesco.

C. M. 183. Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado ó por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

P. IV. VI. 5. Affinitas en latin tanto quiere dezir en romance como cuñadez. E cuñadez es allegança de personas, que viene del ayuntamiento del varon, e de la muger. E non nasce della otro parentesco ninguno. E esta

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cuñadez nasce del ayuntamiento del varón, e de la muger tan solamente, quier sean casados, o non : ca maguer algunos fuessen desposados, o casados, non nasceria cuñadez dellos, a menos de se ayuntar carnalmente. E antiguamente fueron tres maneras de cuñadez, e guardaronlas en algund tiempo. Mas agora non manda Santa Eglesia guardar mas de la primera· E esta es, como quando alguno se ayunta carnalmente con alguna muger, quier sea casado con ella, o non. Ca por tal allegança como esta todos los parientes della se fazen cuñados del varon, e otrozi los parientes del fazen cuñados de la muger; cada vnos dellos en aquel grado en que son parientes.....

D. XXXVIII. XI. 4. § 3. ..... Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit; namque coniungendae affinitatis causa fit ex nuptiis.

§ 4. Nomina vero eorum haec sunt: socer, socrus, gener, nurus, noverca, vitricus, privignus, privigna.

§ 5. Gradus autem affinitati nulli sunt.

§ 3..... Afines se llaman los parientes del marido y de la mujer: se llaman así porque dos cognaciones que entre sí son diversas, se unen por el matrimonio, y la una se une á la otra, y la causa de esta unión procede del matrimonio.

§ 4. Los nombres de ellos se ponen aquí: suegro, suegra, yerno, nuera, madrastra, padrastro, entenado, entenada.

§ 5. La afinidad no tiene ningún grado.

Art. 32. Es afinidad ilejítima la que existe entre una de dos personas que no han contraido matrimonio i se han conocido carnalmente, i los consanguíneos lejítimos ó illejítimos de la otra, ó entre una de dos personas que están ó han estado casadas i los consanguíneos ilejítimos de la otra. (*)

(*) Pothier. Mariage. 162.—Dalloz. Mariage. 129.—Laurent. II. 351.—Demolombe. III. 112. 113.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

Matrimonio. 102,
Consanguineos legítimos. 28.
Ilegítimos. 29.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 31.
C. E. 27.
C. C. 48.

Art. 33. En la afinidad ilejítima se califican las líneas i grados de la misma manera que en la afinidad lejítima.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 32.
C. E. 28. En la afinidad ilegítima se determinan las líneas y grados de la misma manera que en la afinidad legítima.
C. C. 49.

COMENTARIO.

309. Conocido en qué consiste la consanguinidad, legítima ó ilegítima, nada más fácil que comprender las reglas relativas á la afinidad, legítima ó ilegítima, cómo se determinan las líneas y cómo se cuentan los grados. (1)

Parece una sutileza inmoral reglamentar la *afinidad ilegítima* proveniente de las relaciones entre personas que, no siendo casadas, se han conocido carnalmente.

Deben restringirse en cuanto sea posible esas indagaciones que ofenden á la moral y lastiman la honra de las familias.

---

(1) Nótese que la palabra *determina*, empleada en el Código ecuatoriano, es mucho más propia que la voz *califican*, de que se usa en el *proyecto* de Bello y en el Código chileno; pues el legislador se propone ahora *determinar* las líneas y grados, mas no *calificarlos*.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 34. La computación de los grados de parentesco según los artículos precedentes no se aplica á los impedimentos canónicos para el matrimonio. (*)

REFERENCIAS.

Grado de parentesco. 27. 31. 32.
Impedimentos canónicos. 103.
Matrimonio. 102.

CONCORDANCIAS.

C. E. 29.

C. Arg. 362. Los grados de parentesco, según la computación establecida en este título, rigen para todos los efectos declarados en las leyes de este Código, con excepción del caso en que se trate de impedimento para el matrimonio, para lo cual se seguirá la computación canónica.

P. de G. 750. La computación de que trata el artículo anterior rige en todas las materias, escepto las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio.

P. IV. VI. 3..... E la otra manera, que es segund los establecimientos de Santa Eglesia, se dize assi. Grado es conueniente manera, e guisada, de personas ayuntadas por parentesco que decienden egualmente de vna rayz, por departidas lineas. E segund los establecimientos de Santa Eglesia, los fijos deste tal, que es dicho rayz, fazen el primero grado; como quier que sean en las lineas departidas: e los nietos del fazen el segundo grado: e los visnietos el tercero: e los trasuisnietos el cuarto: e assi delante. E la razon por que cuenta el Fuero seglar los grados del parentesco de vna guisa, e de otro la Eglesia, es esta: porque el Fuero seglar cuenta tan solamente, en que manera deuen heredar los vnos a los otros, quando mueren, e non fazen testamento. E la Eglesia cato, en que manera deuen casar. Pero estos dos departimientos, que son entre los grados de estos Fueros, han lugar en las personas que descienden por las liñas de trauieso, e non en las que suben, o decienden derechamente. Ca en estas amos los Fueros acuerdan.

(*) Pothier. Mariage. 126-129.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

310. Esta regla, concerniente sólo á la computación de los grados de parentesco para el matrimonio, es del todo nugatoria; por cuanto el art. 103 declara que toca á la autoridad eclesiástica decidir sobre la existencia de los impedimentos y conceder dispensa de ellos. Incorpóranse, pues, en el Código civil las disposiciones de la ley canónica concernientes á las solemnidades del matrimonio, á sus requisitos y á su validez; y en ningún caso pudiera suscitarse duda sobre si los grados de parentesco, tratándose del matrimonio, se han de computar según la ley civil ó la canónica.

Bello no escribió en su *proyecto* esta disposición, y no alcanzamos el motivo que, para agregarla, tuvo la Comisión revisora.

Art. 35. Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, i los legitimados por el matrimonio de los mismos posterior á la concepción. Todos los demás son ilejitimos. (*)

REFERENCIAS.

Los concebidos durante el matrimonio. 76. 179.
Verdadero. 162.
Putativo. 122.
Los legitimados por el matrimonio de los mismos posterior á la concepción. 202-208.
Ilegítimos. 36.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 33. Se llaman *hijos legítimos* los concebidos durante el matrimonio de sus padres, ó legitimados por el posterior matrimonio de los mismos.

(*) Dalloz. Paternité et Filiation. 2.—Laurent. III. 359.—Demolombe. V. 8.—Zachariae. (M. V.) I. § 116.—Zachariae. (A. R.) VI. § 543.—Beriat-Saint-Prix. I. 1100-1106.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 30. Se llaman *hijos legítimos* los concebidos durante el matrimonio verdadero ó putativo de sus padres, que surta efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior á la concepción. Todos los demás son ilegítimos.

C. Arg. 359. Son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio válido ó putativo de su padre ó madre, y también los legitimados por subsiguiente matrimonio del padre y madre posterior á la concepción.

C. C. 51.

C. de la L. 27. Los hijos son legítimos ó bastardos.

Son hijos legítimos los nacidos de matrimonio legítimamente contraído.

Y bastardos los nacidos de unión ilícita.

197. Los hijos son legítimos ó ilegítimos.

198. Son hijos legítimos los nacidos en matrimonio.

Hijos ilegítimos, los nacidos fuera de matrimonio.

P. IV. XIII. 1. Legítimo fijo tanto quier dezir, como el que es fecho segund ley: e aquellos deuen ser llamados legítimos, que nascen de padre, e de madre, que son casados verdaderamente, segun manda Santa Eglesia. E aun si acaesciesse, que entre algunos de los que se casan manifiestamente en faz de la Eglesia, ouiesse tal embargo por que el casamiento se deue partir, los fijos que fiziesen, ante que sopiessen que auia entre ellos tal embargo, serian legítimos. E esto seria tambien, si ambos non sopiessen que y auia tal embargo, como si non lo sopiesse mas del vno dellos. Ca el non saber deste solo faze los fijos legítimos. Mas si despues que sopiessen ciertamente que auia entre ellos tal embargo, fiziessen fijos, todos quantos fijos despues ouiessen, non serian legítimos.

COMENTARIO.

311. Todos los hijos son *legítimos ó ilegítimos.*

En cuanto á la definición de hijos legítimos, nada podemos añadir á la del art. 35; pues en ella resplandecen la claridad y la exactitud. (1)

---

(1) Se llaman hijos legítimos los provenientes de un matrimonio civil romano (*iustae nuptiae, iustum matrimonium*), esto es, de un matrimonio en virtud del *connubium*, y que surte los efectos determinados por el *ius civile*, principalmente la patria potestad

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Los hijos no comprendidos en tal definición se denominan *ilegítimos*.

No olvidemos que ahora se trata sólo de la significación de las voces *hijo legítimo* é *hijo ilegítimo*, y que otros títulos de este Código dan las reglas concernientes á la constitución del estado civil de hijo legítimo é ilegítimo, y á sus derechos ú obligaciones.

Art. 36. Los hijos ilejítimos son ó naturales, ó de dañado ayuntamiento, ó simplemente ilejítimos.

Se llaman naturales en este Código los que han obtenido el reconocimiento de su padre ó madre, ó ambos, otorgado por instrumento público.

Se llaman de dañado ayuntamiento los adulterinos, incestuosos y sacrílegos. (*)

REFERENCIAS.

Hijos ilegítimos. 35.
Los que han obtenido el reconocimiento de su padre, ó madre, ó ambos. 270. 271.
Otorgado por instrumento público. 272. 1699. 1701.
Adulterinos. 37.
Incestuosos. 38.
Sacrílegos. 39.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 34. Los hijos que no son legítimos, se llaman *naturales reconocidos* ó simplemente *naturales*, si han obtenido reconocimiento de su padre ó madre ó de ambos con los requisitos legales. Los otros se llaman propiamente *ilejítimos*.

35. Entre los hijos ilejítimos que no han sido reconoci-

---

y el derecho de agnación que es consecuencia de la misma. Todos los otros hijos son ilegítimos. " (Maynz. I. § 14.)

(*) Locré. VI. 317. 37.—Dalloz. Paternité et Filiation. 391-396. 452-455.—Laurent. IV. 4.—Demolombe. V. 337-339.—Zachariae. (M. V.) I. § 164.—Zachariae. (A. R.) IV. § 348.—Ortolan. (I.) I. 117.—Maynz. I. § 14.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

dos, se llaman de *dañado ayuntamiento* los adulterinos, los incestuosos y los sacrílegos.

C. E. 31. Los hijos *ilegítimos* son, ó naturales, ó de dañado ayuntamiento, ó simplemente ilegítimos.

Se llaman *naturales* los que han obtenido el reconocimiento de su padre ó madre, ó de ambos, con arreglo al título XII de este libro.

Se llaman de *dañado ayuntamiento* los adulterinos, incestuosos y sacrílegos.

Los que no son reconocidos como naturales, ni provienen de dañado ayuntamiento, se llaman simplemente *ilegítimos*.

C. C. 52.

C. de la L. 200. Hay dos especies de hijos ilegítimos.

Los habidos por dos personas que, cuando la concepción de tales hijos, hubieran podido casarse válidamente; y los habidos por dos personas que no podían casarse porque en la misma época había algún impedimento legal.

C. Esp. 119 . . . . . .

Son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa ó con ella.

N. R. X. V. 1. Porque no se pueda dudar quales son hijos naturales, ordenamos y mandamos, que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nascieren o fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensación, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola; ca concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural. (Ley 11 de Toro.)

P. IV. XV. 1. Naturales, e non legitimos, llamaron los sabios antiguos a los fijos que non nascen de casamiento segund ley; assi como los que fazen en las barraganas. E los fornezinos, que nacen de adulterio, o son fechos en parienta o en mugeres de Orden. E estos non son llamados naturales: porque son fechos contra ley, e contra razon natural. Otrosi fijos y a, que son llamados en latin manzeres, e tomaron este nome de dos partes de latin; manua, scelus, que quier tanto dezir, como pecado infernal. Ca los que son llamados manzeres, nascen de las mujeres que estan en la puteria, e danse a todos quantos a ellas vienen. E porende non pueden saber, cuyos fijos son los que nascen dellas. E omes y a, que dizen, que manzer tanto quiere dezir, como

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

manzillado; porque fue malamente engendrado, e nascen de vil hogar. E otra manera ha de fijos, que son llamados en latin spurii; que quier tanto dezir, como de los que nacen de las mugeres, que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas, e son ellas atales que se dan a otros omes, sin aquellos que las tienen por amigas; porende non saben quien es su padre del que nasce de tal muger. E otra manera ha de fijos, que son llamados notos, porque semeja, que son fijos conoscidos del marido que la tiene en su casa, e non lo son.

D. I. V. 23. Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet; qui et spurii appellantur *a satione*.

23. Los que no pueden demostrar padre cierto, ó los que lo pueden, pero le tienen tal que no le permiten las leyes tenerle, se llaman espurios.

COMENTARIO.

312. El art. 36 divide los hijos ilegítimos en tres clases: (1)

1ª. Hijos *naturales;*

2ª. Hijos de *dañado ayuntamiento;* ó

3ª. Hijos *simplemente ilegítimos.*

313. Según el sistema del Código chileno, no hay más *hijos naturales* que los *reconocidos.* (2) Esta disposición es en extremo importante, y muy fecunda en benéficos resultados.

---

(1) "Los hijos nacidos fuera de matrimonio pueden ser: 1º. Naturales, nacidos de concubina: el concubinato era institución legal entre los romanos: 2º. Adulterinos, nacidos de comercio adulterino: 3º. Incestuosos, nacidos de comercio incestuoso, esto es, de personas parientas entre sí en un grado que obsta al matrimonio: 4º. *spurii,* ó *vulgo quaesiti, vulgo concepti,* todos los otros hijos ilegítimos. Es de notar que todos los hijos ilegítimos son siempre *sui juris,* porque no hay relación alguna entre ellos y el padre. La ley los reconoce como parientes de la madre y de los parientes de ésta; pero no admite ningún parentesco entre ellos y el padre." (Maynz. I. § 14.)

(2) "Esta acepción de hijo natural es fundamental en el presente *proyecto.*" (Nota de Bello.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Como el reconocimiento es lo que constituye el estado civil de hijo natural, la definición que da el art. 36 es impropia; pues comprendiéndose en ella el requisito del instrumento público, se confunde el reconocimiento mismo con los medios de efectuarlo.

Tal definición adolece de otro error. Según el art. 272, "El reconocimiento deberá hacerse por instrumento público entre vivos ó por *acto testamentario;*" y como no todo acto testamentario es *instrumento público*, síguese que la definición debió decir: Son hijos naturales los reconocidos legalmente por sus padres ó por uno de ellos; ó, como lo expresa el Código ecuatoriano, "Los que han obtenido el reconocimiento de su padre ó madre ó de ambos, con arreglo al título XII de este Libro".

314. Nótese la circunstancia importantísima de que conforme á los arts. 34 y 35 del *proyecto* de D. Andrés Bello, los hijos *no legítimos* se dividen en dos clases:

1ª. Los *naturales reconocidos*, ó simplemente *naturales*, si han obtenido el reconocimiento de su padre ó madre, ó de ambos, con los requisitos legales; y

2ª. Los demás hijos ilegítimos, esto es, los *no reconocidos*.

Los *no reconocidos* se denominan de *dañado ayuntamiento*, cuando son *adulterinos, incestuosos ó sacrílegos*.

D. Andrés Bello se propuso, pues, un sistema muy diverso del viciosísimo establecido en el Código chileno: dividió los hijos ilegítimos, lo repetimos, sólo en hijos *reconocidos* (ó *naturales*), y en hijos *no reconocidos*.

No era necesario ni conveniente formar una clase distinta de los hijos *simplemente ilegítimos*, porque ello á nada conduce.

315. Esta diferencia entre el *proyecto* de Bello y el Código chileno explica por qué no se definió en el artículo que comentamos la expresión *hijos simplemente ilegítimos*.

El inc. 1º. del art. 36 divide los hijos en tres clases; el inc. 2º. define los hijos naturales; el inc. 3º. clasifica los hijos de dañado ayuntamiento; y nada se dice del último miembro de la división, esto es, de los hijos *simplemente ilegítimos*.

El Código ecuatoriano completó la definición, expresando que son hijos *simplemente ilegítimos* los que no han sido

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

reconocidos como naturales ni provienen de dañado ayuntamiento.

Pero, insistimos en ello, nos parece más acertado el sistema del *proyecto*, esto es, no dividir los *hijos ilegítimos* sino en los dos sobredichos grupos.

Cuando se habla en general de *hijos ilegítimos no reconocidos*, á nada conduce distinguir si son ó no de dañado ayuntamiento.

Sólo en dos casos muy excepcionales se investiga si los hijos son de dañado ayuntamiento: cuando se trata del reconocimiento, ó de la legitimación.

316. Los hijos de dañado ayuntamiento se subdividen en tres clases: (3)

---

(3) " Aparte de la expresión absoluta y general, que es la de *ilegítimos*, vulgar y técnica al mismo tiempo, tan exacta como comprensible, encontramos en nuestro derecho, y debemos apuntar, las siguientes: 1ª. Hijos naturales.—2ª. Hijos bastardos.—3ª. Hijos notos, ó más bien nothos.—4ª. Hijos espúreos.—5ª. Hijos manzeres.—6ª. Hijos incestuosos ó nefarios.—7ª. Hijos sacrílegos.—8ª. Hijos adulterinos.—9ª. Hijos de dañado y punible ayuntamiento.

" La primera clase ó nombre de los hijos ilegítimos, aquella que formó siempre un grupo por sí sola, que alcanzó más consideración de la sociedad y de las leyes, que separándose menos de los nacidos en una unión justa, casi constituyó una especie de término medio entre los frutos de ésta, es decir, del matrimonio, y los de otras más reprobadas, es la que se denomina desde el derecho romano con la apelación de hijos *naturales*. Su tipo y carácter primordial consistió en que tales hijos fuesen procreados por personas libres, conocidas, que viviesen juntas, uno solo con una sola, y que si bien no estuvieran casadas por las fórmulas solemnes de la ley, se condujesen como si lo estuvieran, además de no tener impedimento alguno que hiciese imposible sus legítimas nupcias. *Natus et procreatus* (como decía una Auténtica) *ex unica concubina, retenta in domo, et utroque soluto, ex quibus indubitanter videatur procreatus*.....

" No había pues, hasta las leyes de Toro, otra definición de los hijos *naturales* que la que hemos dado en los números anteriores. Sólo, según las de Partida, los hijos de las barraganas, entendidas éstas como aquel código las autoriza, mujeres libres, compañeras únicas de hombres libres, viviendo maritalmente con ellos. Sólo, según la doctrina de las escuelas, los que designaba la Auténtica de Constantinopla: *natus et procreatus ex unica*

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Adulterinos;

---

concubina, retenta in domo, et utroque soluto, ex quibus indubitanter videatur procreatus. No habia más definiciones, no habia más texto, no habia más autoridad.....

" Alteró, pues, indudablemente esta ley el antiguo derecho en la definición de los hijos naturales : modificó las condiciones de su índole; dilató el círculo de su denominación; favoreció á algunos que hasta allí no lo fueran, incluyéndoles en su clase, y concediéndoles sus derechos.....

" Habia visto de seguro el legislador lo que un momento hace deciamos nosotros; que lo principal, lo esencial para que los hijos ilegítimos correspondiesen á este primer orden, consistia en que sus padres, al tenerlos, fuesen personas libres, capaces de contraer matrimonio. A esto, pues, fue á lo que hizo base fundamental de su definición. Descartó de ella el concubinato en una misma casa; descartó también el que las relaciones fuesen únicas, y para sustituir ó reemplazar á lo uno y á lo otro, acudió á un medio que la razón indicaba, y que el buen sentido daba por bastante : tal es el reconocimiento del padre mismo. Cuando este reconocimiento existe, y existe también la libertad de los procreadores—(condición forzosa como antes queda expuesto, principio de que no se puede dispensar en ningún caso),—las condiciones estan llenas, y la naturalidad de la filiación es un punto sobre el que no cabe disputa.

" Mas entiéndase que esta modificación de la ley de Toro fue extensiva y no fue restrictiva; y no se vaya á pensar que porque sean hijos naturales los que ella dice, han dejado de serlo los que lo eran anteriormente con arreglo á las leyes de Partida. No; no es que se quiso por aquélla anular y estrechar lo que éstas habian declarado : es que se amplió la declaración, y que se facilitó á mayor número una condición favorable. El concubinato verdadero, público, cata; las costumbres hacian difíciles esos hijos de barragana, nacidos y criados en las casas de los padres propios. O era menester dar amplitud á las condiciones que los hacian naturales, ó la clase entera de los procreados por personas libres se iba á convertir en bastardos ó en espúreos. Hizo bien la ley en que el concubinato pudiese ser reemplazado por el reconocimiento. Mas si por suerte y en alguna ocasión seguia existiendo el propio concubinato, si en el dia existiese, si un hombre y una mujer habitasen juntos, si ella fuese sola, si procreasen hijos que indubitadamente estimara el mundo por de los dos, hijos naturales de ellos serán, aunque no exista ese especial reconocimiento de que habla la ley de Toro, dado que se suponga que debe ser explícito, escriturado, solemne. Los hijos que antes de esta ley gozaban de esa calidad, no la perdieron de seguro por ella : muchos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Incestuosos, y

---

que no la tenían son los que por ella la han adquirido, los que por ella tienen y la gozan.

" Explicado como se acaba de ver lo que son los hijos naturales, con los que, volvemos á decir, forma el derecho un grupo, el primer grupo, entre los ilegítimos, vamos también á explicar lo que son las otras especies á que más arriba hicimos relación, y que constituyen otros dos grupos entre todas. Fácilmente se comprenderá que constituyen uno de éstos los que son hijos de vicio, ó cuando más de delito poco grave, y otro los que han sido procreados por una acción reconocida y declaradamente criminosa.

" Tenemos aquí en primer lugar los *bastardos*. Esta voz, más que técnica, es del lenguaje común : no procede de la doctrina romana, no está en las Partidas, y quizá se halla únicamente en la ley novena de Toro, y puede ser que en algunos de los fueros. En el idioma común de la media edad se dicen bastardos los hijos de barragana que no son naturales; pero se les da por lo común ese nombre con relación al padre mismo, y á la familia del padre, y no con relación á la madre, á la mujer de quien aquel los hubo... *Bastardo* viene de *basto*, tosco, irregular, ilegítimo; pero indica siempre certidumbre en el padre. Cuando no es conocido éste, no cabe en el hijo semejante denominación.

" *Espúreo*, hijo *espúreo ó espurio* del latín *spurius*, es otra cosa, ó por mejor decir , indica una relación distinta. *Spurius* viene de S. P. (*sine patre*), con cuyas letras se marcaban en Roma á los que no le tenían conocido. En nuestra práctica, ese nombre se refiere á la madre, sea que el padre se conozca ó que no se conozca. Cuando ésta es una mujer libre, que ha padecido debilidad, pero que no se ha entregado á todos los hombres; cuando ha tenido flaquezas, pasiones, caprichos, pero no ha sido enteramente una mujer pública; los frutos de su caída toman en el mundo respecto á ella la calificación que vamos explicando. Nunca se dice que alguno es hijo espúreo de tal padre sino de tal madre.

" Por donde se ve que á un mismo hijo se le puede llamar espúreo y bastardo, cuando el padre y la madre son conocidos,—(bastardo respecto á aquél, espúreo respecto á ésta) ;—aunque también sea posible que sólo le corresponda uno de tales nombres, porque sean ignorados, ya el padre, ya la madre de quienes proceden.

" La expresión de *nothos* es de más dudoso sentido, y á la par muchos menos interesante. Las leyes de Partida la hacen igual á los hijos de adulterio, mientras que otros escritores la execuan á hijos casi naturales, por lo menos espúreos ó bastardos. Mas de cualquier modo que haya sido en su origen, su uso y su empleo han sido casi nulos, y no es ninguna su necesidad. Hemos debido notarla aquí por completo de nuestra obra; pero ni pensamos

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Sacrílegos.

servirnos de ella, ni se sirven en ningún caso las leyes que es propósito nuestro el exponer.

" Hijos manzeres, esto es, mancillados, son los que nacen de una completa prostitución. *Vulgo quaesiti* les llamaban las leyes romanas, porque su padre era el vulgo, era la muchedumbre. Claro está, sin que lo digamos nosotros, que no hay que pensar en paternidad; cuando de tales desdichados se trata.

" Hasta aquí, como se indicó más arriba, la nomenclatura de los hijos de debilidad, de vicio, de corrupción : quédanos por decir la correspondiente á los que son más que eso, á los que son hijos de crimen. Y en esta tecnología contamos en primer lugar á los *incestuosos;* producidos por hermanos, por tíos y sobrinos, por todos los parientes colaterales, en fin, que no pueden de ningún modo casarse, ó que no pueden hacerlo sin dispensa, y no la han logrado. En segundo, los *nefarios*, grado supremo de esa misma desgraciada cualidad, efecto horrible de uno de los extravíos que lo son mayores en la humana naturaleza, pròle de otras personas que ya tenian entre sí ese carácter mismo de ascendientes y descendientes. En tercero, los hijos *sacrílegos*, aquellos que deben el ser á sacerdotes, á diáconos, á religiosas, á personas ligadas con votos solemnes y públicos de castidad. Y en cuarto y último, los hijos *adulterinos;* los que nacen de mujer casada, que infiel á las más santas promesas, y hollando las mayores obligaciones, se entrega á otro hombre que aquel con quien contrajo matrimonio, y desgarra los lazos de la familia, fundamento de todas las sociedades. Como fácilmente se ve, las consideraciones que se han hollado, los deberes que se han infringido, el desorden moral que se ha llevado á efecto al concebir los hijos ilegítimos de esta tercera especie ó postrer grupo, son muy superiores á los que se quebrantaran en los otros dos : razón teníamos para decir que se trataba en él de algo más que de fragilidades, de algo más que de tristes pero perdonables pasiones.

" Hay todavía otra expresión, otro nombre, que también citamos arriba, y que pide algunos momentos de análisis : tal es el de los hijos de *dañado y punible ayuntamiento*. Esta frase se había empleado ya en las leyes de Partida; y se vuelve á emplear y se define también en las de Toro. Hijos de dañado y punible ayuntamiento, en la legislación romana, de donde se tomó semejante fórmula, tanto quiso decir como hijos de delito, hijos de crímen, hijos de padres que merecían castigo por su procreación. Pero era notoriamente un poco vaga, y más propia de la doctrina que de la tecnología de las mismas leyes. Las de partida quisieron ser más precisas, más exactas; y conservando la denominación, la restringieron en su uso á los solos casos de sacrilegio y de incesto. Por último, esta novena de Toro, que quiso disipar

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 37. Es adulterino el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales una á lo menos, al tiempo de la concepción, estaba casada con otra; salvo que dichas dos personas hayan contraido matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles. (*)

REFERENCIAS.

Adulterino. 36.
Matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles. 122. 205.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 36. Es *adulterino* el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales una á lo menos, al tiempo de la concepción, estaba casada con otra; á menos que dichas dos personas hayan contraido matrimonio putativo, estando ambas ó una de ellas de buena fe, al tiempo de la concepción.

C. E. 32. Es *adulterino* el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de las cuales una á lo menos, al tiempo de la concepción, estaba casada con otra; salvo que dichas dos personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellos surta efectos civiles.

C. Arg. 338. El hijo adulterino es el que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque una de ellas, ó ambas estaban casadas. La buena fe del padre ó de la madre que vivían en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que hubiera podido ser víctima la madre, no mudan la calidad de la filiación, y en uno y otro caso el hijo queda adulterino.

C. C. 52.

C. de la L. 201. Son bastardos adulterinos los nacidos

---

todo género de dificultades, que se propuso resolver toda especie de dudas, escribió textualmente las palabras que vamos á copiar: ' Y queremos y mandamos que entonces se entienda y diga damnado y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural. " (Pacheco. I. p. 136-141.)

(*) Locré. VI. 126. 14.—Dalloz. Paternité et Filiation. 452-455.—705-710.—Laurent. IV. 136.—Demolombe. V. 346-348. 351. 558-560.—Zachariae. (M. V.) I. § 172.—Pacheco. I. p. 142.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

de unión ilícita entre dos personas, que al tiempo de la concepción se hallaban, una de ellas ó ambas, impedidas por el vínculo de matrimonio con otra persona.

COMENTARIO.

317. Para los efectos que surten este artículo y el 205, denomínase *adulterio* el acto de conocer una persona casada á otra que no es su consorte.

No obsta al adulterio la ignorancia de una de ellas en cuanto al matrimonio de la otra, ni la certeza que ambas tenían de que eran solteras, ni la violencia de que hubiere sido víctima la mujer. Si al tiempo de la concepción uno de los padres estaba casado con otra persona, el hijo es *adulterino*.

La única excepción á esta regla es el matrimonio putativo. Si los padres se casan, con las solemnidades legales, y uno de ellos ó ambos proceden de buena fe, el hijo no es adulterino sino legítimo, como comprendido en la definición legal del art. 35.

Volvemos á la advertencia de que por ahora no se trata sino de clasificar y definir las palabras.

Art. 38. Es incestuoso, para los efectos civiles:

1°. El concebido entre padres que estaban uno con otro en la línea recta de consanguinidad ó afinidad;

2°. El concebido entre padres de los cuales el uno se hallaba con el otro en el segundo grado trasversal de consanguinidad ó afinidad;

3°. El concebido entre padres de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro.

La consanguinidad y afinidad de que se trata en este artículo comprenden la lejítima y la ilejítima. (*)

REFERENCIAS.

Incestuoso. 36.
Para los efectos civiles. 34. 103. 104.

(*) Dalloz. Paternité et Filiation. 705-708.—Laurent. IV. 137. —Zachariae. (M. V.) I. § 172.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El segundo grado transversal de consanguinidad ó afinidad.
27-33.
Hermano. 41.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 37. Es *incestuoso:* 1°. El concebido entre padres que estaban entre sí en la línea recta de consanguinidad ó afinidad: 2°. El concebido entre padres de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro, ó el uno se hallaba con el otro en el segundo grado transversal de consanguinidad ó afinidad. La consanguinidad y afinidad de que se trata en este artículo, comprende la lejítima y la ilejítima.
C. E. 33.
C. Arg. 339. Hijo incestuoso es el que ha nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio, por parentesco que no era dispensable según los Cánones de la Iglesia Católica.

COMENTARIO.

318. Se ha denominado siempre hijo incestuoso al concebido entre padres que no podían casarse sin dispensa. Pero D. Andrés Bello (1) restringió la calidad de hijo incestuoso á los casos puntualizados en el artículo que comentamos.

Como según el Código chileno hay afinidad ilegítima proveniente de las relaciones carnales fuera de matrimonio, el inciso último da margen á indagaciones ofensivas á la moral y á la honra de las familias, y extiende la acepción de la voz incesto á casos no comprendidos en el derecho moderno.

---

(1) "Para los objetos de la ley civil no ha parecido necesario extender más allá la calificación de hijo incestuoso. Subsiste, sin embargo, este adjetivo en toda la latitud de su significado canónico, para los impedimentos matrimoniales.
Se ha limitado la calificación de incestuoso, porque las privaciones civiles que acarrea son una pena grave, que, si está en proporción con el delito en la línea recta y en los grados trasversales cercanos, no así en los remotos. ¿Qué comparación cabe entre el incesto en la línea recta ó entre hermanos, i el que se comete entre dos personas que están entre sí en el cuarto grado trasversal canónico? (Nota al art. 37 del *proyecto.*)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 39. Es sacrílego el concebido entre padres de los cuales alguno era clérigo de órdenes mayores, ó persona ligada por voto solemne de castidad en orden relijiosa, reconocida por la Iglesia Católica. (*)

REFERENCIAS.

Concebido. 76.
Sacrílego. 36.
Persona ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa reconocida por la Iglesia Católica. 95.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 38.
C. E. 34.
C. Arg. 340. Hijo sacrílego es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores, ó de personas, padre ó madre, ligadas por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica.

COMENTARIO.

319. Como la religión católica, apostólica, romana es la dominante en el Estado, debió admitirse la doctrina canónica según la cual los eclesiásticos de órdenes mayores y los religiosos profesos hacen voto solemne de castidad. A quebrantarlo, cometen (conforme á los cánones) gravísima falta; los hijos provenientes de ella tienen denominación especial, y carecen de aptitud para ser reconocidos como naturales.

Art. 40. Las denominaciones de lejítimos, ilejítimos, naturales, i las demás que según las definiciones precedentes se dan á los hijos, se aplican correlativamente á sus padres. (**)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 39.



(*) Pacheco. I. p. 142.
(**) Berriat-Saint-Prix. 1.142.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. E. 35.
C. C. 53.

COMENTARIO.

320. Las palabras padre é hijo enuncian ideas esencialmente correlativas, (1) porque significan un mismo hecho, el de la generación, considerado en diversos aspectos. Nada más natural, pues, que extender á los padres las denominaciones que, según los artículos precedentes, se dan á los hijos.

Aun cuando eso viene de suyo, convenía que en materia tan importante y trascendental no hubiese ni sombra de dudas.

Art. 41. Los hermanos pueden serlo por parte de padre i de madre, i se llaman entonces hermanos carnales; ó sólo por parte de padre, i se llaman entonces hermanos paternos; ó solo por parte de madre, i se llaman entonces hermanos maternos ó uterinos.

Son entre sí hermanos naturales los hijos naturales reconocidos por un mismo padre ó madre, i tendrán igual relación los hijos lejítimos con los naturales del mismo padre ó madre.

REFERENCIAS.

Hijos naturales. 36. 270.
Reconocidos por un mismo padre ó madre. 272-274.
Hijos legítimos. 35. 179. 202.

---

(1) " La palabra paternidad designa el hecho de haber engendrado; la palabra filiación el hecho de haber sido engendrado. Estas dos palabras se emplean para expresar, ya la calidad, ya el estado, la posición de padre ó de hijo. Determinan la relación única entre dos personas; la cual se denomina *paternidad* cuando se considera activamente, en cuanto al padre; y *filiación* cuando pasivamente, en cuanto al hijo. Por lo cual las ideas enunciadas por estas dos palabras son esencialmente correlativas, y no puede comprenderse la una sin la otra. " (Berriat-Saint-Prix. I. 1100.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 40.....

Son entre sí *hermanos naturales* los hijos naturales de un mismo padre ó madre.

C. E. 36.

C. Arg. 360. Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre y de la misma madre. Son hermanos unilaterales los que proceden del mismo padre, pero de madres diversas, ó de la misma madre, pero de padres diversos.

361. Cuando los hermanos unilaterales proceden de un mismo padre, tienen el nombre de hermanos paternos; cuando proceden de la misma madre, se llaman hermanos maternos.

C. C. 54.

COMENTARIO.

321. El inciso 1° es tan claro, que perderíamos en vano el tiempo si hiciésemos acerca de él observaciones.

En cuanto al inciso 2°, debe notarse que dos individuos no son entre sí hermanos naturales, sino cuando se hallan en alguno de los dos siguientes casos:

1°. Que hayan sido reconocidos, como hijos naturales, por un mismo padre, una misma madre, ó ambos;

2°. Que uno de ellos sea hijo legítimo, y el otro hijo natural reconocido por el mismo padre ó por la misma madre.

Cuando uno de los hermanos es hijo legitimado, el otro no puede ser su hermano natural sino cuando ha obtenido el reconocimiento sólo del mismo padre ó de la misma madre; pues á ser reconocido por ambos padres, *ipso iure* adquiriría la calidad de hijo legítimo, y los dos fueran entre sí hermanos legítimos.

Nótese por último que los hijos legítimos son *hermanos naturales* de los hijos naturales del mismo padre ó de la misma madre; porque las relaciones provenientes del parentesco son recíprocas, y porque del art. 28 se deduce que los hijos naturales no pueden tener consanguíneos legítimos en la línea colateral.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 42. En los casos en que la lei dispone que se oiga á los parientes de una persona, se entenderán comprendidos en esa denominación el cónyuge de ésta, sus consanguíneos lejítimos de uno i otro sexo mayores de edad, i si fuere hijo natural, su padre i madre que le hayan reconocido, i sus hermanos naturales mayores de edad. A falta de consanguíneos en suficiente número serán oidos los afines lejítimos.

Serán preferidos los descendientes i ascendientes á los colaterales, i entre éstos los de más cercano parentesco.

Los parientes serán citados i comparecerán á ser oidos verbalmente, en la forma prescrita por el Código de Enjuiciamiento.

REFERENCIAS.

Consanguíneos legítimos hasta el cuarto grado. 27. 28.
Mayores de edad. 26.
Hijo natural. 36. 270.
Padre y madre que le hayan reconocido. 272-274.
Hermanos naturales. 41.
Afines legítimos. 31.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 41.....
El Código de Procedimientos determinará la forma en que deban ser citados i oídos los parientes.
C. E. 27.
C. C. 61. En los casos en que la ley dispone que se oiga á los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse á las personas que van á expresarse y en el orden que sigue:
1°. Los descendientes legítimos;
2°. Los ascendientes legítimos, á falta de descendientes legítimos;
3°. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, ó éste á falta de descendientes ó ascendientes legítimos;
4°. El padre y la madre adoptantes, ó el hijo adoptivo, á falta de parientes de los números 1°, 2° y 3°;
5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, á falta de parientes de los números 1°, 2°, 3° y 4°;
6°. Los hermanos naturales, á falta de los parientes expresados en los números anteriores;

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

7°. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, á falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

Si la persona fuere casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo, á su cónyuge; y si alguno ó algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad ó estuvieren sujetos á potestad ajena, se oirá en su representación á los respectivos guardadores, ó á las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituídos.

COMENTARIO.

322. Sorprende que ni el artículo del proyecto de D. Andrés Bello tenga suficiente claridad; pues la expresión *si fuere hijo natural* puede referirse así á la persona de cuyos parientes se trata como al cónyuge, que es la palabra más próxima.

Acaso conviniera formar dos incisos del primero; que en el uno se hablara sólo del hijo legítimo, y en el otro, del hijo natural.

La última parte del artículo es inaplicable así en Chile como en el Ecuador.

Más de cuarenta años há que en Chile rige el Código civil, y hasta ahora no se promulga Código de enjuiciamientos; y en la infinidad de ediciones del Código de enjuiciamientos hechas en el Ecuador, no se ha determinado cómo debe citarse á los parientes ni cómo han de comparecer. (1)

(1) "Sería de desear que, en vez de citacion i audiencia de los parientes, adoptásemos la institucion de los consejos de familia de la lejislacion francesa: pero no creo que en el estado actual de de nuestra sociedad fuese posible ni conveniente. La audiencia de los parientes, segun se propone este artículo, es una medida preparatoria, que podrá perfeccionarse más tarde. Entretanto es solamente un medio de proporcionar al juzgado, á poca costa, los conocimientos de que necesite para ciertos actos, que jeneralmente no son de jurisdiccion contenciosa." (Nota de Bello.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 43. Son representantes legales de una persona el padre ó marido bajo cuya potestad vive, su tutor ó curador, i lo son de las personas jurídicas los designados en el art. 551.

REFERENCIAS.

Padre. 240.
Marido. 132.
Tutor. 341.
Curador. 342.
Personas jurídicas. 54. 545.

CONCORDANCIAS.

C. E. 38.

C. Arg. 57. Son representantes de los incapaces:

1°. De las personas por nacer: sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre:

2°. De los menores impúberes ó adultos: sus tutores:

3°. De los dementes, sordo-mudos ó ausentes: sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre.

4°. De las mujeres casadas: sus maridos.

C. C. 62.

P. de G. 62. El marido es el representante legítimo de su mujer. . . . . .

146. El padre dirige la educación de sus hijos, y es su representante legítimo en juicio.

C. Esp. 60. El marido es el representante de su mujer. . . .

P. V. XI. 8. Personero del Rey, o del comun de alguna Ciudad, o Villa, o de alguna tierra, e otrosi el guardador de algun huerfano, o el que fuesse dado por guardador de algund loco o desmemoriado; cada uno destos puede rescebir promission, en nome de aquel cuyo personero es, o cuyo guardador. . . . . .

COMENTARIO.

323. Este artículo, que no figura en el *proyecto* de Bello es una de las buenas adiciones que se hicieron al revisarlo.

En la redacción se nota alguna impropiedad. Como la ley distingue entre los representantes legales de las personas naturales y de las personas jurídicas, debió decirse:

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Son representantes legales de una persona natural. . . . . ; y lo son de las personas jurídicas. . . . . .El artículo, cual está redactado, envuelve la idea de que las personas jurídicas no son personas.

Si bien todas las personas son hábiles para adquirir derechos, (249) hay muchas incapaces de ejercerlos. Por lo cual otras deben suplir la falta de capacidad, representando ó autorizando á los incapaces.

Las personas llamadas por la ley á suplir la incapacidad de las personas que no pueden ejercer los derechos civiles, se llaman *representantes legales;* porque la *ley misma* les atribuye el ejercer los derechos de otras personas á quienes, según los casos, representan ó autorizan.

De todo punto necesario, pues, para evitar dificultades en materia tan trascendental, determinar los *representantes legales.*

324. La enumeración, en cuanto á las personas naturales es completa; porque todos los incapaces viven, ya bajo potestad, patria ó marital, ya bajo tutela ó curaduría.

325. Mas, en cuanto á las personas jurídicas, hay muchas cuyos representantes legales no están comprendidos en el art. 551.

Hay personas jurídicas de *derecho privado*, y personas jurídicas de *derecho público.*

De *derecho privado:* la sociedad conyugal, las sociedades civiles ó comerciales, la herencia yacente, los concursos de acreedores, las quiebras, las fundaciones ó corporaciones que se costean con fondos de particulares.

De *derecho público* : el Estado, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos de educación ó de caridad que se costean con fondos del erario.

Salta á la vista que el art. 551 (1) no comprende sino los representantes legales de las *corporaciones.*

Si bien es cierto que el título de las personas jurídicas no es aplicable á las enumeradas en el art. 547, (2) de ahí no

(1) Las corporaciones son representadas por las personas á quienes la lei ó las ordenanzas respectivas, ó en falta de una i otras, un acuerdo de la corporación ha conferido este carácter.

(2) Las sociedades industriales no están comprendidas en las

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

se sigue que estas personas jurídicas carezcan de *representantes legales*, ni menos que el art. 43 del Código civil pueda prescindir de las leyes que los determinan.

Volveremos á esta importante materia al comentar los arts. 545 y 547.

Art. 44. La lei distingue tres especies de culpa ó descuido.

Culpa grave, neglijencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas neglijentes i de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido lijero, es la falta de aquella dilijencia i cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa ó descuido, sin otra calificación, significa culpa ó descuido leve. Esta especie de culpa se opone á la dilijencia ó cuidado ordinario ó mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa ó descuido levísimo es la falta de aquella esmerada dilijencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone á la suma dilijencia ó cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria á la persona ó propiedad de otro.

REFERENCIAS.

La ley distingue tres especies de culpa ó descuido. 1547.
Dolo. 1151. 1458. 1459. 1558.

---

disposiciones de este título : sus derechos i obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código i por el Código de Comercio.

Tampoco se entienden las disposiciones de este título á las corporaciones de derecho público, como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, i los establecimientos que se costean con fondos del erario: estas corporaciones i fundaciones se rijen por leyes i reglamentos especiales.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

CONCORDANCIAS.

P. de B. 42.

. . . . . *Culpa grave, negligencia grave, culpa lata*, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas neglijentes i de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa se opone á la buena fe, i en materias civiles equivale al dolo. . . . . .

C. E. 39.....

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injurias á la persona ó propiedad de otro.

C. Arg. 512. La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

931. Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso ó disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia ó maquinación que se emplee con ese fin.

C. C. 63.

C. Esp. 1104. La culpa ó negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería á un buen padre de familia.

P. VII. XXXIII. 11..... E lata culpa tanto quiere dezir como grande, e manifiesta culpa, assi como si algun ome non entendiesse lo que los otros omes entendiessen, o la mayor partida dellos. E tal culpa como esta es como necedad, que es semejança de engaño. E esto seria, como si algund ome tuuiesse en guarda alguna cosa de otro, e la dexase en la carrera, de noche, o a la puerta de su casa, non cuydando que la tomaria otro ome. Ca, si se perdiese, seria porende en grand culpa, de que non se podria escusar. Esso mesmo seria, quando alguno cuydasse fazer contra el mandamiento del señor sin pena, o si fiziesse otros yerros semejantes de alguno destos. Otrosi dezimos, que y ha otra culpa, a que dizen Leuis, que es como pereza, o como negligencia. E otro y ha, a que dizen Leuissima, que tanto quiere dezir, como non auer ome aquella femencia

QUITO

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

en aliñar, e guardar la cosa que otro ome de buen seso auria, si la tuuiesse.....

XVI. 1. Dolus en latin, tanto quiere dezir en romance, como engaño: e engaño es, cuartamiento que fazen algunos omes los vnos a los otros, por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas, que dizen con intencion de los engañar, e de los decebir. E a este engaño dizen en latin dolus malus; que quiere tanto dezir, como mal engaño. E como quier que los engaños se fagan en muchas maneras, las principales dellas son dos. La primera es, quando lo fazen por palabras mentirosas, o arteras. La segunda es, quando preguntan algun ome sobre alguna cosa, e el callasse engañosamente non queriendo responder; o si responde, dize palabras encubiertas, de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño.

D. L. XVI. 213. § 2. Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.

223. Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt.

226. Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est.

IV. III. 1. § 2. Dolum malum Servius quidem ita definiit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur, et aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant, et tuentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.

2. Culpa lata es la demasiada ignorancia, esto es, no entender lo que todos entienden.

233. Culpa lata es no entender lo que todos entienden.

226. La negligencia grave es culpa, y la culpa grave dolo.

§ 2. Servio define así el dolo malo: *es cierta maquinación con el fin de engañar á otro cuando se finge una cosa, y se hace otra.* Labeón dice que también puede engañar uno á otro sin simulación; y que se puede sin dolo malo hacer una cosa y fingir otra, como hacen los que usan de alguna ficción que defiende sus cosas ó las ajenas; por lo cual, el mismo lo define así: el dolo malo es toda astucia, engaño ó maquinación, que se hace para perjudicar, engañar ó alucinar á otro. La definición de Labeón es verdadera.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

326. Tratándose de la responsabilidad en que una persona incurre á causa de sus acciones ú omisiones, que á otra persona acarrean perjuicios, la ley debía distinguir, efectivamente, entre la *culpa* y el *dolo*.

La culpa consiste en la falta de diligencia que á otra persona perjudica, si no hubo intención de dañar.

El dolo, en perjudicar á otro de ánimo deliberado. (1)

Como en el *título preliminar* se definen el dolo y la culpa, y estas definiciones se aplican á todos los casos que pueden ocurrir, debió hablarse no solamente de la culpa y el dolo relativos á la administración de los negocios ajenos, sino también de la culpa y el dolo como origen de los *cuasidelitos* y *delitos civiles*, que imponen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que de ellos provengan; culpa y dolo de que se trata tan extensamente en la *Ley Aquilia*. (2)

Previas estas brevísimas observaciones relativas á la idea general de la *culpa* y el *dolo*, pasemos ó tratar, por separado, de cada una de estas importantes materias.

§ I.

De la culpa. (*)

327. Según lo expresa D. Andrés Bello, en la nota al

(1) "El no cumplimiento de una obligación puede provenir, ya del hecho y de la voluntad del deudor, ya de una causa que le es extraña, ya en fin de un hecho del deudor, ejecutado sin intención de que surtiese tal efecto. En el primero caso, se dice que hay *dolo* de su parte, *dolus*; en el segundo, hay caso *fortuito*, *casus*; en el tercero hay culpa de parte del deudor, *culpa*." (Maynz. § 172.)

"Respecto al acto ilícito, la conducta del agente puede cambiar de carácter al efecto de originar, según sus varias manifestaciones, diversas instituciones jurídicas. O se ha dado vida al hecho con la directa intención de dañar, ó bien esta intención no existe; en la primera hipótesis, se tiene lo que se llama *dolo;* en la segunda, se tendrá la *culpa*." (Chironi. 1.)

(2) D. IX. II.

(*) Locré. XII. 326, 32.—431, 32.—Pothier. Obligations. App. —Le Brun. (Essai sur la prestation des fautes.)—Merlin. Faute.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

art. 42 de su *proyecto*, la *disertación* que escribió Pothier como apéndice del *Tratado de las obligaciones*, es la base de la teoría del Código chileno en lo concerniente á la culpa.

Debemos, pues, traducir, en resumen, aquella *disertación;* la cual constituye la historia fidedigna de la ley.

"Hemos seguido" (dice) "la doctrina común de los intérpretes sobre la prestación de la culpa en cada contrato, distinguiéndola en tres especies: *culpa grave*, *culpa leve* y *culpa levísima*.

" Según esta doctrina la *culpa grave*, *lata culpa*, consiste en no manejar los negocios de otro con el cuidado que las personas más ineptas emplean en los suyos. Esta culpa se opone á la *buena fe*.

"*Levis culpa*, *culpa leve*, es la que consiste en no manejar los negocios de otro con el cuidado que la mayor parte de los hombres emplean ordinariamente en los propios. Opónese ella á la *diligencia ordinaria*.

"En fin, *levísima culpa*, es la que consiste en no emplear la diligencia que las personas más cuidadosas tienen en sus negocios. Esta culpa se opone á la *diligencia muy esmerada, exactissima diligentia*.

"Los jurisconsultos romanos dividen algunas veces las prestaciones sólo en dos partes: la del *dolo* y la de la *culpa*.

"La *prestación* del *dolo* tiene lugar en los contratos que no exigen sino buena fe, y comprende en la expresión *dolus* no solamente la malicia y el ánimo de perjudicar, mas también la *culpa grave*, *culpa lata*, como contraria á la buena fe que se requiere en el contrato. En este sentido dicen las leyes que *culpa lata comparatur dolo*, *lata culpa dolus est*.

"El segundo miembro de la división, que es la prestación de la culpa, comprende las otras dos especies de

---

I. VIII.—Dalloz, Obligations. 680-686.—Toullier. IV. 230.—Troplong. Vente. I. 361-371. 388-392. 394. 395. 397.—Duvergier. Vente. I. 279.—Laurent. XVI. 213-222.—Zachariae. (M. V.) III. § 548.—Zachariae. (A. R.) IV. § 308. n. 2º.—Demolombe. XXIV. 404-411.—Colmet de Santerre. VII. 54. Duranton. X. 398-415.—Marcadé. IV. 505-507 ter.—Chironi. I-38.—Du Caurroy. II. 1071-1078.—Accarias. II. 662.—Maynz. II. § 172-174.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

culpa, la *leve* y la *levísima*, *levis et levissima*, en la expresión genérica culpa, en cuanto ésta se opone al dolo.

"Tal es la división que se halla en la famosa ley *Contractus*. (3)

"Pero en esta división de las prestaciones, el segundo miembro, que es la prestación de la culpa, se subdivide en la prestación de la culpa *leve* y la de la culpa *levísima*; de manera que se comprenden los tres grados de culpa; y la Ley 5ª § 2º, De *Commod.* (4), que establece tres especies de prestación, se concilia con la Ley *Contractus*, que no la divide sino en dos."

328. La base del sistema sobre la culpa consiste, pues, en distinguir:

1º. Falta absoluta de diligencia en los asuntos ajenos:

2º. Falta de la diligencia y cuidado que los hombres prudentes y juiciosos emplean en sus negocios propios:

3º. Falta de la esmeradísima diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

329. A primera vista se comprende que tal sistema es muy vicioso, ya como contrario á la justicia, que no permite en ningún caso se exonere á nadie de la responsabilidad proveniente de no emplear en los asuntos ajenos el esmero del *buen padre de familia*; (5) ya porque también

---

(3) D. L. XVII. 23. Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum, et culpam.....

(4) D. XIII. VI. Nunc videndum est quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolus solum, interdum et culpam praestamus..... Commodatum continet eius, cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii sentencia existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam.

(5)..... homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse.....

" El buen padre de familia es económo y frugal sin avaricia, honorable sin prodigalidad, aseado y decente en su persona y en su ajuar, pero sin lujo, en una palabra, usa de sus bienes sin abusar de ellos, siempre pronto á repararlos, y aun á mejorarlos, para trasmitirlos á los herederos que la naturaleza ó la ley le designan." (Toullier. VI. 230.)

" Como la expresión buen padre de familia se ha empleado

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

es injusto exigir mayor cuidado que el del buen padre de familia; ya, en fin, porque en la práctica es de todo punto imposible determinar con exactitud esas tres especies de diligencia para contraponerlas al correspondiente descuido. (6)

---

siempre, en el lenguaje jurídico, para designar lo que la L. 25. D. de prob. et praes. llama *homo diligens et studiosus pater familias*, debe juzgarse que los redactores del Código, al emplear esta expresión, le dieron el mismo significado. " (Zachariae. A.R. IV. § 308. n. 29.)

(6) " La teoría de las tres culpas, expuesta por Pothier, y que los antiguos autores ya habían combatido, presentaba apariencias seductoras; pero debía ser rechazada por jurisconsultos prácticos. En efecto, cuando dividían las culpas en graves, leves y levísimas, para graduar la responsabilidad del deudor según que no tenía interés en el contrato ó que era interesado, sea junto con el acreedor, sea exclusivamente, parecía que se había hallado una medida infalible de la responsabilidad, y evitádose en las controversias sobre la culpa la arbitrariedad del juez. Pero esto no pasaba de apariencia. El punto de comparación dependía siempre de la apreciación arbitraria del juez, que podía formarse una idea más ó menos severa de la diligencia de un buen padre de familia, para el caso de culpa leve, ó de la esmerada diligencia, para el caso de la responsabilidad de la culpa levísima. Supóngase que el vendedor de un animal lo hubiese puesto á pacer en terreno con malas cercas, y que lo hubiesen robado. El hecho del vendedor, ¿habríase ó no ejecutado por un buen padre de familia? Dos jueces pueden dar resolución diversa, sin que ninguno de ellos hubiese desconocido la regla. La pretensa regla no era, pues, sino meramente nominal, y compréndese que el Código civil ha procurado simplificar la teoría eliminando la clasificación. " (Colmet de Santerre. V. 51 bis. I.)

" La teoría de la prestación de las culpas es una de las más oscuras del derecho. En el antiguo derecho francés los autores que seguían á este respecto las extravagancias del derecho romano distinguían tres especies de culpa : la culpa grave, *lata*, la culpa leve, *levis*, y la culpa levísima, *levissima*; la primera de las culpas correspondía á las omisiones en que las personas más negligentes no incurren en sus propios negocios; la segunda, á las omisiones en que no incurren los hombres en general ó el buen padre de familia; la tercera, á las omisiones que evita el padre de familia muy cuidadoso y muy diligente. Otros no admitían, al contrario, sino dos especies de culpa, que se determinaban según la diligencia que un hombre atento á sus negocios tiene costumbre de emplear, *qualem diligens pater familias adhibere*

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Pothier siguió á ciegas el sistema de los glosadores, tan aficionados á las divisiones, subdivisiones y sutilezas;

---

solet; y la otra, en la diligencia que el deudor de quien se exige tiene costumbre de emplear en sus propios negocios: *rebus suis consuetam diligentiam.* En el primer caso, había culpa leve; en el segundo, culpa grave. Pero estas clasificaciones, que habían sido muy criticadas, ya como incompletas, ya como inexactas, ya como de difícil aplicación práctica, no han sido admitidas por el Código, y las rechaza el art. 1137, dando á las culpas un regulador común, que es la diligencia del buen padre de familia, y reservándose el exigir más ó menos, relativamente á ciertos contratos en que podía bastar una diligencia menos esmerada ú otra en que fuese necesario mayor esmero. Por lo cual hoy no se permite ya hablar de culpas graves, de culpas leves y de culpas levísimas. Hay á no dudarlo culpas que en razón de las circunstancias, de la posición de las partes, de las obligaciones especiales que se les imponen, son más graves ó más leves que otras. Pero no hay culpa que, como tal, prescindiéndose de las circunstancias de lugar, de tiempo, de personas, pueda, en el sistema actual del Código, y según datos abstractos, con una medida invariable y absoluta, clasificarse como culpa grave, leve ó levísima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, se halla siempre en relación con su imputabilidad, esto es, con las circunstancias en que hubiere tal culpa. Cuando no hay hecho imputable, legalmente no hay culpa. Clasifíquense en buena hora las culpas, en abstracto, atendiendo á modelos imaginarios é igualmente abstractos, y será siempre necesario, en la práctica, considerarlas *in concreto,* atenerse al hecho y seguir los datos reales del asunto para determinar la existencia y la importancia de la culpa, y entonces las divisiones teóricas son más bien una dificultad que un auxilio: la única ley es la conciencia del juez. Si por reminiscencia de las antiguas denominaciones, el art. 1137 toma el esmero de un buen padre de familia como término de comparación del que debe emplear la persona obligada á la conservación de la cosa, no ha querido que subsista una clasificación que en su redacción se excluye; pues no hay ningún modelo según el cual se refiera y se mida la diligencia de un buen padre de familia, tomando un ser de razón como modelo fijo é inalterable, ni se promulga una regla sin sanción y sobre todo sin aplicación posible. El art. 1137 se reduce á un consejo á los jueces, que no deben ser muy severos ni muy indulgentes, y á no exigir al deudor sino la diligencia razonable debida á las cosas de cuya conservación se ha encargado, ya atenta su naturaleza, ya en razón de circunstancias variables á lo infinito, que modifican su obligación para ampliarla ó restringirla." (Zachariae. M. V. III. § 548. n. 5.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

pues las leyes romanas no establecian la distinción de la culpa en *grave, leve y levísima.*

Mucho se ha controvertido sobre si en realidad la ley romana distinguía las tres especies de culpa.

Uno de los primeros que combatieron esa opinión fue Tomasio. (7) Le Brun escribió después una disertación para manifestar que Pothier había incurrido en error al distinguir las tres especies de culpa. (8)

Los jurisconsultos modernos más notables se acuerdan al afirmar que según el Derecho romano no se distinguían sino dos especies de culpa. (9)

---

(7) Dissertatio de usu practico doctrinae de culparum praestatione in contractibus. II. Dissertationum, pag. 1006.

(8) La disertación de Le Brun está publicada al fin del Tratado de las obligaciones de Pothier, y originó la disertación ya traducida. No copiamos la de Le Brun porque es muy extensa, y porque, como lo observa Maynz, adolece de graves errores.

(9) Una doctrina que ha prevalecido largo tiempo reconoce entre el caso fortuito y la culpa, apreciada en abstracto, otra culpa que se llama levísima; y por una distribución demasiado simétrica talvez para ser perfectamente verdadera, los partidarios de ese sistema oponen las personas que se obligan gratuitamente, como el depositario, á las personas que obtienen del contrato exclusiva utilidad, especialmente al comodatario. Limitan la responsabilidad de las primeras al dolo y á la culpa grave; pero extienden la responsabilidad de la segunda hasta la culpa levísima, mientras que entre esos dos extremos la culpa leve forma un término medio para la venta, la prenda, la sociedad, y los otros contratos de que obtienen las partes beneficios recíprocos.

" Para poner de acuerdo este sistema con los textos, se acude á los superlativos de Gayo, *diligentissimus paterfamilias*, ó *exactissima diligentia*, y cuando ven que se aplican al comodatario, deducen una conclusión victoriosa; pero en breve los mismos superlativos se hallan en materia de arrendamiento, y el positivo *exacta diligentia* coloca en una misma categoría el comodato y la prenda; entonces, en honor del sistema, se declara que el superlativo se ha empleado erróneamente por el positivo y viceversa. Este arbitrio, aunque muy cómodo, no explica las disposiciones expresas que, por una parte, asimilan el comodato á la prenda, y por otra establecen tanta diferencia entre la responsabilidad del depositario y la responsabilidad no menos gratuita del *negotiorum gestor*. Luego, es necesario admitir excepciones, y son tan numerosas que la regla desaparece. " (Du-Caurroy. II. 1075.)

" Se distinguían casi siempre tres grados de culpa, culpa

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Si bien el art. 1137 del Código de Napoleón no ha-

lata, levis, levissima, y se determinaba de la manera siguiente la prestación de la culpa: el deudor que no obtiene beneficio de la relación obligatoria no responde sino de la culpa *lata;* si ambas partes tienen en ella interés, responden sólo de la culpa *levis,* esto es, de la diligencia de un buen padre de familia; y si sólo una de las partes obtiene beneficio, responde de la culpa levísima, esto es, de diligencia más esmerada que la de un buen padre de familia. A primera vista esto puede seducir á causa de la gradación de las antítesis que encierra; mas un somero examen en breve demuestra que es incompatible con los textos romanos, y, además, inpracticable y contraria á la equidad. En efecto, el término mismo *culpa levissima,* no se halla en las fuentes sino una sola vez en un fragmento de Ulpiano, y en este pasaje no tiene significación técnica; especialmente no se opone á *culpa lata* ó á *culpa levis.* Por otra parte, el texto no habla de los perjuicios provenientes de no haberse cumplido la obligación, sino de los causados por un hecho sin que haya obligación preexistente. Ahora bien, en este caso es inútil establecer grados de culpa; pues la culpa más leve basta para constituirnos responsables del daño que ha sobrevenido. Si *culpa levis* es la falta de la diligencia de un buen padre de familia, esto es, de un hombre esencialmente atento y cuidadoso, *culpa levissima* debería ser la falta de mayor esmero; y ninguna ley exige mayor esmero que el de un hombre esencialmente cuidadoso y atento. Nuestras fuentes no mencionan nunca sino *culpa levis* cuando se trata de indicar un grado intermedio entre *casus* y *culpa lata;* y por lo mismo no puede asignarse ningún lugar á la *culpa levissima;* y erróneamente se argumenta *a contrario,* diciéndose que los términos *exacta* y *exactissima diligentia* exigen, como antítesis, *levis* y *levissima culpa.* Porque en los pasajes donde se hallan estos términos, el superlativo *exactissima diligentia* no tiene valor técnico; lo cual prueba que las leyes le oponen expresamente la *culpa levis.* En fin la división tripartita de la prestación de la culpa carece de razón de ser. Los romanos distinguen dos hipótesis: cuando no obtenemos ningún beneficio de la obligación, y cuando lo obtenemos. En la primera, no respondemos sino del dolo y de la culpa grave; al paso que en la segunda respondemos de la diligencia de un buen padre de familia. Esto es, á no dudarlo, lógico y equitativo; pero no lo es imponernos mayor responsabilidad cuando la otra parte no obtenga beneficios de la relación obligatoria que ha contraído. En efecto, el motivo que determina nuestra responsabilidad debe ser una causa personal, y no meramente externa. Compréndese muy bien que debemos emplear mayor diligencia si tenemos interés en una obligación que si procedemos por pura liberalidad; pero el que la parte adversa

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

bla sino de la diligencia que debe emplear el buen padre de familia, (10) los expositores del propio Código controvierten sobre si éste distingue las tres especies de culpa de que habla Pothier. (11)

No comprendemos cómo D. Andrés Bello, que debió tener á la vista la disertación de Le Brun y las doctrinas de los redactores del Código de Napoleón acerca de la culpa,

---

gane en ello no debe ejercer influencia en nuestra responsabilidad. Por último, ¿sería equitativo exigir en ningún caso mayor esmero que el de un hombre esencialmente cuidadoso y atento? El legislador que lo exigiese traspasaría los límites fijados por la naturaleza misma, y crearía un sistema imposible de realizarse en la práctica.." (Maynz. II. § 174.)

(10) " L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

"Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent." (C. N. art. 1137.)

(11) " La división tripartita de las culpas, que era esencialmente adoptada por los antiguos intérpretes del derecho romano (*culpa est vel lata, vel levis, vel levissima*), ¿subsiste según el Código? Los autores discuerdan sobre este punto. Proudhon enseña que, salvo algunas modificaciones, la doctrina de las tres especies de culpa se ha establecido en la nueva legislación. Duranton pretende que no hay inconveniente en seguir esa doctrina, cuando el Código no se ha explicado expresamente sobre la culpa de que el deudor es responsable. Toullier juzga, al contrario, que la teoría de los intérpretes ha sido expresamente rechazada, y el deudor es responsable de la culpa levísima. M. d'Hauthuille, aplicando al derecho francés la teoría presentada por M. Hasse sobre la prestación de la culpa en derecho romano, no admite sino dos especies de culpa : la culpa grave, que corresponde á la diligencia *in concreto*, y la culpa leve, que corresponde á la diligencia *in abstracto*. Lo mismo opina M. Larombière. Como debemos manifestar nuestro dictamen en cuanto á estas opiniones, confesamos que ninguna nos satisface. En efecto, parece evidente que según el art. 1137, inc. 1º. la exposición de los motivos presentada por Bigot-Préameneu, y la relación ante el Tribunado por Favard, los redactores del Código se propusieron abolir, á lo menos por regla general, la doctrina de los intérpretes, y sin embargo es menester confesar que en el Código han quedado huellas de esa doctrina." (Zachariae. A. R. IV. § 308. nº. 2º.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

hubiese aceptado á ciegas las añejas distinciones de los glosadores. (12)

330. Ya observamos (326) que las definiciones de la culpa dadas en el art. 44 del Código chileno son del todo deficientes; pues no comprenden sino la culpa que se refiere á los contratos ó cuasicontratos, mas no á los delitos y cuasidelitos, otra fuente de las obligaciones según el art. 1437.

Nos limitamos ahora á las divisiones de la culpa; al comentar los arts. 1547 y 2314 trataremos así de los casos en que el *deudor* es responsable de la culpa grave, leve y levísima, como de aquellos en que se presta la *culpa aquiliana*.

---

(12) " Los romanos " (decia Bigot-Preameneu) " juzgaban que podian distinguir los diferentes grados de culpa en que se incurre cuando la ejecución de las convenciones. La culpa más grave se denomina *lata culpa et dolo proxima*. Distinguian las otras culpas con la denominación de *culpa levis, culpa levissima*. En los contratos que no concernian sino á la utilidad del acreedor, como el depósito, el depositario sólo respondia de la *lata culpa*. Si el contrato, como la venta, se habia celebrado en utilidad de ambas partes, el vendedor respondia de la *levis culpa;* si, como en el comodato, el beneficio del deudor era el dominante, respondia éste de la *culpa levissima*.

" Esta división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica : en cada culpa es necesario examinar si la obligación del deudor es más ó menos estricta, cuál es el interés de las partes, cómo han querido obligarse, cuáles son las circunstancias. Cuando se ha ilustrado la conciencia del juez, no hay necesidad de reglas generales para decidir según la equidad. La teoria según la cual se dividen las culpas en varias clases, sin poder determinarlas, no puede darnos sino luz engañosa, y originar muchas controversias. La equidad repugna á ideas sutiles; no se reconoce ella sino en la simplicidad que toca la inteligencia y el corazón.

" Asi es como se ha decidido que si alguno está obligado á velar en la conservación de una cosa, debe emplear toda la diligencia de un buen padre de familia, ya la convención sea útil á una sola de las partes, ya sea útil á ambas; pero que esa obligación es más ó menos extensa respecto á ciertos contratos, cuyos efectos se explican en los respectivos titulos. " (Locré. XII. 326. 32.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

§ II.

Del dolo. (*)

331. La definición que da el artículo que comentamos se limita á una de las acepciones jurídicas de la palabra *dolo*, esto es, los actos que de ánimo deliberado ejecuta el deudor para eludir el cumplimiento de sus obligaciones. (13) La deficiencia proviene de que Bello, al definir el dolo, no se fijó sino en la doctrina expuesta por Pothier en la disertación concerniente á la culpa (327).

Definiéndose el dolo en general, era necesario determinar todas sus acepciones técnicas, ó por lo menos decir que el *dolo, contrapuesto á la culpa*, consiste en la intención positiva de irrogar injuria á la persona ó propiedad de otro.

" La expresión *dolus* ", dice Savigny, (14) " designa, en general, la violación de la buena fe, tan necesaria en todas las transacciones sociales. La idea de dolo es susceptible de varias modificaciones. Hé aquí las más exactas y las más fecundas en consecuencias : "

(*) Savigny. III. § 115.—VII. § 332.—Locré. XII. 390. 13.—Pothier. Obligations. 28.—Merlin. Dol. n. 1.—Dalloz. Obligations. 198-203.—Toullier. VI. 86-89. 95.—Laurent. XV. 522.—XVI. 441. 442.—Zachariae. (M. V.) III. § 614.—Zachariae. (A. R.) I. § 37.—IV. 343 bis. n. 3°.—Demolombe. XXIV. 165-174.—Duranton. X. 165-167.—Massé. III. 1509.—Bédarride. I. 1-6. 12-30. 42-49. 89. 90. 94. 95.—Chironi. 1.—Ortolan. (G.) 165.—Maynz. II. § 172.

(13) " Para que el daño proveniente de la no ejecución de la obligación pueda imponer responsabilidad al deudor, es necesario que la no ejecución sea consecuencia necesaria del hecho del deudor; y es necesario además que pueda imputársele como hecho dañoso, esto es, que de su parte ha habido intención de cometerlo y de causar daño. Síguese, pues, que no habría *dolo* cuando se trata de una persona á quien no se puede, en general, imputar una acción. El dolo supone siempre necesariamente una intención positiva, la de dañar; pero esta intención puede manifestarse de una manera positiva ó negativa, por hechos ó por omisión. " (Maynz. II. § 172. 1.)

(14) III. § 115.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

1ª. Actos ejecutados deliberadamente por el deudor con el objeto de eludir sus obligaciones. Es el *dolus* en materia de obligaciones, y se opone á la *culpa* y al *casus :*

2ª. Error causado deliberadamente y que determina una declaración de la voluntad. En esta acepción especial, *dolus* significa falsificación de la verdad, y á las veces es sinónimo de fraude. A esto debe añadirse la intención maliciosa, es decir, cualquier acto ejecutado con el objeto de perjudicar, independientemente del provecho que de ello pueda obtenerse. "

332. En el segundo sentido, los jurisconsultos modernos han aceptado la definición de Labeón, copiada en las *concordancias*. (15)

Aunque en la mayor parte de los casos el dolo consiste en palabras ó en hechos, también lo hay en el silencio, cuando la buena fe exige que uno de los contratantes dé explicaciones. De ahí proviene que los jurisconsultos han distinguido el dolo en *positivo* y *negativo :* positivo, las palabras y los actos que, opuestos á la buena fe, inducen á engaño; negativo, cuando la reticencia y el silencio son la

(15) " La ley romana define el dolo : *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad fallendum alterum aut decipiendum adhibita*. Según los intérpretes, *calliditas* significa la disimulación artificiosa; *fallacia*, el lenguaje embustero; *machinatio*, la intriga urdida para conseguir el objeto. Esta definición abraza efectivamente todos los medios que se pueden emplear para engañar..... " (Vélez-Sarsfield. Anotaciones al art. 931 del Código argentino.)

" Era menester para el dolo una designación que no se aplicase sino á él y que le caracterizase de una manera precisa é inequívoca. En consecuencia, Labeón lo definía : *Omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita.*

" Esta definición fue admitida por los jurisconsultos romanos; pues correspondía perfectamente á la idea que puede formarse del dolo y de los caracteres que lo constituyen. En efecto, la concurrencia de maniobras ilícitas y de un perjuicio para la parte contratante, determinan claramente la naturaleza del dolo y su objeto, indican el doble fundamento de la acción concedida al que ha sido víctima del dolo, acción que Ulpiano explica en estos términos : *Ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa.* " (Bédarride. II. 15.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

causa del error en que la otra parte incurre. En el Digesto (XVIII. I. 43) hallamos un caso notable del dolo negativo: *Dolum malum a se abesse praestare venditor debet: qui non tantum in eo qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose, obscure dissimulat.* (16)

333. Si bien el *dolo*, como falsificación de la verdad, se asemeja al *fraude*, y en algunos casos las dos palabras son sinónimas, no siempre se emplean indistintamente; (17) pues el *dolo* consiste en los ardides, maquinaciones y aun reticencia conducentes á inducir en error; y el *fraude*, en ocasionar perjuicios de mala fe, bien á la misma persona con quien se contrata, bien á terceros. Así, decimos que el dolo (no *el fraude*) es uno de los vicios del consentimiento, cuando las maniobras empleadas por una de las partes han inducido á la otra en error; y que el deudor enajena sus bienes en fraude (no *dolo*) de los acreedores,

---

(16) El vendedor debe asegurar que no procede con dolo malo; el cual no sólo se verifica en aquel que no habla con claridad por engañar, sino también en el que disimula con arte la falta de claridad.

(17) " Las palabras *dolo* y *fraude* se reunen y confunden casi siempre en las obras de nuestros jurisconsultos. Esta confusión, que no había en el derecho romano, es inadmisible. A no dudarlo el dolo y el fraude tienen carácteres comunes, experimentan en su investigación el imperio de principios análogos, y surten idénticos efectos. Pero entre los dos hay diferencias notables en su naturaleza, en su origen y á veces en sus resultados.

" Así, no puede haber dolo sin el empleo de maniobras, imputables á una de las partes, ó ejecutadas en su interés por un tercero.

" El fraude, al contrario, no se realiza con frecuencia sino al celebrarse una convención lícita y justa. No exige ninguna maniobra y en ciertos casos se concierta por ambas partes contratantes.

" El dolo vicia esencialmente el contrato.

" El fraude, aun convenido, no tiene influencia en la validez, y por ende, en la ejecución, en el cumplimiento de la convención.

" Así, según lo veremos, la acción de fraude no siempre es permitida, al paso que la de dolo no podría nunca rehusarse á la parte perjudicada. " (Bédarride. I. 12.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

cuando, desprendiéndose de aquéllos, impide que éstos sean pagados.

334. En resolución, del sistema mismo del Código civil, mas no del art. 44, se deduce:

1°. Que dolo significa:

a) Actos ejecutados deliberadamente por el deudor para eludir el cumplimiento de sus obligaciones:

b) Artificios de mala fe para inducir á otro en error:

2°. Que en esta última acepción el *dolo* se denomina à las veces *fraude;* pero las dos palabras, *dolo* y *fraude*, no se usan indistintamente.

Art. 45. Se llama fuerza mayor ó caso fortuito el imprevisto á que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público. (*)

REFERENCIAS.

El artículo. 1547.

CONCORDANCIAS.

C. E. 40.

C. Arg. 514. Caso fortuito es el que no ha podido preverse, ó que, previsto, no ha podido evitarse.

C. C. 64.

P. VII. XXXIII. 11..... Otrosi dezimos, que *Casus fortuitus* tanto quiere dezir en romance, como ocasion que acaesce por ventura, de que non se puede ante ver. E son estos: derribamiento de casas, fuego que se enciende a so ora, e quebrantamiento de nauio, fuerça de ladrones, o de enemigos.....

(*) Locré. XII. 142. 40.—434. 38.—Pothier. Obligations. 149—Dalloz. Obligations. 744-750.—Toullier. IV. 227-229.—Troplong. Louage. I. 204-211.—Vente. I. 360.—Laurent. XVI. 257-269.—Demolombe. XXIV. 553. 555. 558.—Zachariae. (M. V.) III. § 549.—Zachariae. (A. R.) IV. § 308. n. 3°.—Colmet de Santerre. V. 63. 64.—Duranton. XII. 492. 493.—Maynz. II. § 172. 173.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

D. XIII. VI. 5. § 4. Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, quum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit.

§ 4. El que recibe en comodato no se ha de decir que se hace responsable á lo que perece por vejez, enfermedad, hurto, ú otra cosa semejante : á no ser que de su parte haya intervenido alguna culpa : por tanto si acaeciese algún incendio, ruina ú otra fatalidad, no será responsable, á no ser que pudiendo salvar las cosas que tenía en comodato, prefirió salvar las suyas.

L. VIII. 2. § 7..... Fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest.....

§ 7..... Ninguno puede prever los casos fortuitos.....

L. XVII. 23..... Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

23..... La muerte de los animales sucedida por caso fortuito sin que hubiese culpa, la fuga de los siervos que no se acostumbraba tener en custodia, la rapiña, el tumulto, los incendios, las avenidas de agua y las violencias de los ladrones, á nadie acarrean responsabilidad.

COMENTARIO.

335. D. Andrés Bello no definió en su *proyecto* el caso fortuito, y al revisarlo se reparó la omisión.

Algunos jurisconsultos distinguen entre el *caso fortuito* y la *fuerza mayor*. Llaman *casos fortuitos* los acontecimientos extraordinarios de la naturaleza, casi siempre imprevistos, de los cuales es imposible ó muy difícil precaverse; y *fuerza mayor*, los hechos del hombre, previstos ó imprevistos, á que no podemos resistir. (1) Pero de ordi-

(1) " Los casos fortuitos ó de fuerza mayor son producidos por dos grandes causas : por la naturaleza ó por el hecho del hombre. Los casos fortuitos naturales son, por ejemplo, la

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

nario se emplean indistintamente, como del todo sinónimas, las expresiones *caso fortuito* y *fuerza mayor*; y la

---

impetuosidad de un rio que sale de su lecho; los terremotos o temblores de la tierra, las tempestades; el incendio; las pestes, &. Mas los accidentes de la naturaleza no constituyen casos fortuitos, dice Troplong, mientras por su intensidad no salgan del orden común. No se debe por lo tanto calificar como caso fortuito ó de fuerza mayor, los acontecimientos que son resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza, como la lluvia, el viento, la creciente ordinaria de los rios, etc.; pues las estaciones tienen su orden y su desarreglo, que producen accidentes y perturbaciones que también traen daños imprevistos.

" Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre, como la guerra, el hecho del soberano, ó fuerza de principe, como dicen los libros de Europa. Se entienden por hechos de soberano, los actos emanados de su autoridad tendiendo á disminuir los derechos de los ciudadanos. Las violencias y las vías de hecho de los particulares, no se cuentan en el número de los casos de fuerza mayor, porque son delitos, y como tales están sujetos á otros principios que obligan á la reparación del mal que causen.

" El artículo habla de casos fortuitos previstos, pero no debe entenderse de una previsión precisa, conociendo el lugar, dia y la hora en que el hecho sucederá; sino de la eventualidad de tal hecho que puede, por ejemplo, destruir los frutos de la tierra sin que sea posible saber dónde y cuándo sucederá. Por esto, el art. 1737 del Código Francés dice : ' La estipulación que pone los casos fortuitos á cargo del tomador de una hacienda de labranza, no se entiende sino de los casos fortuitos ordinarios, tales como el granizo, el hielo, la seca y no de los casos fortuitos extraordinarios, como la guerra, los terremotos, etc. ' (Vélez-Sarsfield. Anotaciones al art. 514 del Código argentino.)

" Los casos fortuitos, llamados también fuerza mayor, en razón de la acción invencible que ejercen sobre la debilidad humana, provienen de dos grandes causas : 1ª. De la naturaleza; y 2ª. De los hechos del hombre.

" Los casos fortuitos naturales son la impetuosidad de un rio que sale de madre; los terremotos; el calor excesivo, las nubes de pájaros ó de insectos que devoran las cosechas; las excesivas nevadas, el granizo, las tempestades, el rayo, el incendio, la enfermedad, la muerte.

" Pero se engañaria quien comprendiese entre los casos de fuerza mayor los acontecimientos no calamitosos por sí mismos, que son el resultado del curso ordinario y regular de la natu-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

segunda es mucho menos usada en el lenguaje forense.

336. La definición que da el Código chileno es conforme á las doctrinas de los jurisconsultos antiguos. Pero los modernos no atienden sino á una circunstancia, esencial y decisiva, para determinar la naturaleza del *caso fortuito*, á saber, la *imputabilidad*. (2) Si el suceso no puede in-

---

raleza. Así, las lluvias, el viento, la nieve, el frío, el calor, las crecientes de los ríos no son casos fortuitos; son consecuencias necesarias del orden de las estaciones, alternativas inevitables de una temperatura normal. Y podría decirse con Cicerón: 'Atque ut intelligamus nihil horum esse fortuitum, et *haec omnia esse opera providae solertisque naturae*'. No se convierten en casos fortuitos, sino cuando por su intensidad y su fuerza excesiva salen del curso acostumbrado de la naturaleza. Así, las nevadas no serían caso fortuito sino cuando fueren en extremo rigorosas; la lluvia no sería hecho de fuerza mayor sino á ser excesiva. El color, esa necesidad de todos nuestros estíos, no se comprenderá entre los casos fortuitos, sino cuando excede de los límites ordinarios.....

" Los casos fortuitos provenientes de los hechos del hombre son la guerra, la invasión de piratas, el asalto de ladrones, los actos de autoridad, la violencia ejercida por un individuo más poderoso. " (Troplong. Louage. I. 205-208.)

(2) " El art. 1148 del Código de Napoleón dice: ' No hay lugar á daños y perjuicios cuando, por resultados de fuerza mayor ó caso fortuito, el deudor no ha podido dar ó hacer aquello á que estaba obligado ó ha hecho lo que se le prohibía ".

" M. Bigot-Préameneu observa que la excusa se reduce al caso en que la causa extraña al deudor no pueda serle imputada: sería injusto constituirle responsable de la imposibilidad absoluta.

" M. Treilhard. Si alguno ha vendido un caballo que después fue robado, sin que pueda imputársele negligencia, no debe daños y perjuicios.

" M. Réal pregunta si será lo mismo cuando un comerciante hubiere vendido vino que estuviese en imposibilidad de entregar.

" M. Regnaud (de Saint-Jean-D'Angely) pregunta si en el mismo caso el comerciante que está obligado á entregar vino en un plazo cierto, su tardanza sería excusable porque el bajar ó crecer los ríos ha impedido que el vino llegue.

" M. Treilhard. En general los daños y perjuicios no se deben sino cuando el deudor incurre en culpa; así, en el caso propuesto, está obligado, si ha vendido vino que no tenía; y no lo está si, teniendo á su disposición la cosa vendida, sobrevie-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

culparse en manera alguna al deudor, éste queda exonerado en virtud del *caso fortuito*, y de ahí proviene que se contraponen entre sí el *dolo*, la *culpa* y el *caso fortuito*. (326)

Esta sencillísima teoría, tan conforme á los principios de la ciencia, hace innecesarias las distinciones entre los casos fortuitos provenientes de acontecimientos extraordinarios de la naturaleza, como los terremotos, inundaciones, y los originados de hechos del hombre, como la guerra, los robos á mano armada, &., &.

Cuando el deudor responde del caso fortuito, ello proviene, ya de circunstancias del todo excepcionales, ya de que en realidad la obligación nace de la *culpa;* la cual consiste en haberse expuesto al caso fortuito. Así, por ejemplo, si el deudor transita de noche por lugares infestados de ladrones, y éstos le roban objetos que al acreedor pertenecen, el primero responde, no del robo mismo, sino de la *imprudencia*.

---

nen obstáculos que no podía hacer cesar y le han impedido entregar en el plazo estipulado. " (Locré. XII. 142. 40.)

" Deben considerarse como casos fortuitos ó de fuerza mayor todos los hechos ó sucesos provenientes de una causa extraña y no imputable al deudor, que han impedido el cumplimiento completo y regular de la obligación.

" Así, cuando el cumplimiento no se ha efectuado á consecuencia, bien de sucesos de la naturaleza, bien de una persona ó de una cosa de que el deudor no es responsable y que no ha podido impedir, se halla exonerado de toda responsabilidad, porque tal suceso ó hecho no ha sido precedido ó acompañado de culpa que le sea imputable, y sin la cual hubiera podido cumplir regularmente la obligación. " (Zachariae. A. R. IV. § 308. n. 3°.)

" Hay caso fortuito, fuerza mayor, *casus, vis major, vis divina, fatum, fatalitas*, cuando el daño es causado por un suceso en que el deudor no ha intervenido de ninguna manera y que de ninguna manera puede imputársele. " (Maynz. II. § 172.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 46. Caucion significa jeneralmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia ó ajena. Son especies de caucion la fianza, la hipoteca i la prenda.

REFERENCIAS.

Obligación. 1437.
Para la seguridad de otra obligación. 1442.
Fianza. 2335-2337.
Hipoteca. 2407.
Prenda. 2384.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 44. *Caución* significa jeneralmente cualquiera obligación accesoria que se contrae para la seguridad de otra obligación propia ó ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca i la prenda.

C. E. 41.

C. C. 65.

P. VII. XXXIII. 10..... Otrosi dezimos, que *Cautio* en latin, tanto quiere dezir como seguramiento que el debdor ha de fazer al señor del debdo, dandole fiadores valiosos, o peños.

COMENTARIO.

337. *Caución* (1) es vocablo bien formado para designar los *contratos* accesorios, esta es, los que aseguran el cumplimiento de una obligación. (2)

Al revisarse el *proyecto* de Bello se suprimió la palabra *accesoria*, que no pasaba de un ripio; pues toda obligación que se contrae con el exclusivo objeto de asegurar el cumplimiento de otra es necesariamente accesoria. (3)

---

(1) Del latín *cautio*, seguridad.

(2) Bello cita á Escriche, según el cual *caución* significa la seguridad que da una persona á otra de que cumplirá lo pactado, prometido ó demandado. Esta seguridad se da prestando fiadores, obligando bienes, ó prestando juramento.

(3) Atendiéndose á la nimia propiedad en los términos que debe ser uno de los distintivos de la ley, nótanse en la redacción del artículo dos defectos :

1º. Confúndese el *contrato* con la *obligación*. La hipoteca y

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 47. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes ó circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes ó circunstancias que dan motivo á la presunción son determinados por la lei, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes ó circunstancias de que lo infiere la lei, á menos que la lei misma rechace espresamente esta prueba, supuestos los antecedentes ó circunstancias.

Si una cosa, según la espresión de la lei, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes ó circunstancias. (*)

REFERENCIAS.

Determinados por la ley. 64. 80. 81. 147. 150. 180. 183. 223. 232. 306. 440. 486. 540. 666. 700. 702. 719. 853. 968. n. 5°. 1072. 1110. 1149. 1361. 1563. 1570. 1595. 1654. 1671. 1739. 1745. 1790. 1942. 1947. 1971. 1997. 2048. 2209. 2220. 2221. 2224. 2298. 2456. 2474. 2510.

Probar. 1698.

La ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes ó circunstancias. 706.

BIBLIOTECA NACIONAL
QUITO-ECUADOR

---

la prenda, propiamente hablando, son contratos mas no obligaciones; pues no imponen por si solas al dueño de la cosa el deber de dar ó hacer nada :

2°. Las palabras : son *especies de caución* envuelven anfibología, porque inducen á juzgar que esta enumeración no es limitativa, y que la fianza, la hipoteca y la prenda son meros ejemplos de cauciones.

Debió pues decirse : " Por consiguiente, son cauciones.....

Volveremos á este punto al comentar el art. 1442. Por ahora nos limitamos á examinar la definición de la palabra.

(*) Locré. I. 478. 17.—XII. 286. 76.—287. 77.—409. 213.—410. 215.—530. 30-32.—Pothier. Obligations. 839-847.—Merlin. Présomptions. § 1-3.—Dalloz. Obligations. 4976-4994.—Toullier. X. 31-61.—Laurent. XIX. 605-614.— Zachariae. (M.V.) III. 600. 603.—Zachariae. (A. R.) VIII. § 750.—Bonnier. I. 29. 30. § II. 807-813.—Demolombe. XXX. 232-237. 249-278.— Colmet de Santerre. V. 326-327.—Duranton. XIII. 404-417.—Montesquieu. XXIX. XVI.—Ortolan. (G.) 176-179.— Maynz. I. § 68. n. IV.— Menochio. Lib. 1°, quaest. 3ª.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Se presume de derecho. 76. 1805. 2510.
El artículo. 1712.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 45.

C. E. 42. Se llama *presunción* la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes ó circunstancias conocidas....

C. de N. 1349. Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

1350. La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains fait : tels sont:

1°. Les actes que la loi déclare nuls comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité;

2°. Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées;

3°. L'autorité que la loi attribue à la chose jugée;

4°. La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.

1352. La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.

Telle preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annulle certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire,

1349. Las presunciones son consecuencias según las cuales la ley ó el juez deduce de un hecho conocido un hecho desconocido.

1350. La presunción legal es la que según una ley especial se desprende de ciertos actos ó ciertos hechos : Tales son :

1°. Los actos que la ley declara nulos, presumiendo, por la mera calidad de ellos, que se han ejecutado en fraude de sus disposiciones;

2°. Los casos en que la ley declara que la propiedad ó la liberación resulta de circunstancias determinadas;

3°. La autoridad de la cosa juzgada;

4°. La fe que merece la confesión de parte ó su juramento.

1352. La presunción legal exonera de prueba á la persona á cuyo favor existe.

No se admite prueba alguna contra la presunción, cuando, fundándose en ella, la ley anula ciertos actos ó deniega acción en juicio, á menos que reserve la prueba contraria, y salvo lo dispuesto acerca del juramen-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

to y la confesión judiciales.

P. de G. 1225. Las presunciones son las inducciones que la ley ó el juez sacan de un hecho conocido para juzgar otro desconocido. Las presunciones de la última clase ó judiciales, no están sujetas á otras reglas que las del criterio humano, y no son admisibles, sino en los casos en que tiene lugar la prueba testimonial.

1226. La presunción legal es la inherente á actos ó hechos determinados por una disposición especial de la ley. Tales son :

1°. Los actos que la ley declara nulos, sin atender más que á su calidad, por presumirlos hechos en fraude de sus disposiciones :

2°. Los casos en que la ley declara la propiedad ó el descargo de una obligacion, por el concurso de ciertas circunstancias determinadas :

3°. La fuerza que la ley attribuye á la confesión de la parte :

4°. La autoridad de la cosa juzgada, cuando en esta concurra la unidad de personas, cosa y acción.

1227. El que tiene á su favor la presunción legal, está dispensado de la prueba.

Contra la presunción de la ley no se admite prueba, si la ley misma no ha reservado expresamente el derecho de probar lo contrario.

Esta disposición se entiende, sin perjuicio de lo que se establece respecto de la confesión de la parte.

C. C. 66.

C. de la L. 2264. 2265. 2267. (Los arts. 1349. 1350 y 1352 del Código de Napoleón.)

P. III. XIV. 8..... E aun ay otra natura de prouar, a que llaman presumpcion; que quiere tanto dezir, como grand sospecha, que vale tanto en algunas cosas como aueriguamiento de prueba.....

COMENTARIO.

338. *Presunción* (1) es la consecuencia que deduce la

(1) En latin *praesumptio :* de *prae* y *sumere,* tomar de antemano.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

ley ó el juez, aceptando como premisa hechos conocidos.

Según el art. 42, inciso 1°, del Código ecuatoriano, " se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes ó circunstancias conocidas "; definición mucho más clara que la redactada por D. Andrés Bello.

Como se define en general la *presunción*, sorprende que no se hubiese distinguido entre las *presunciones legales* y las *judiciales*. (2)

Nótase también que el legislador debió limitarse, en este artículo, á *definir* las presunciones; pues la *determinación de sus efectos* corresponde al tratado de las *pruebas*.

Las presunciones legales se dividen en tres clases:

1ª. Presunción legal que *admite prueba en contrario;*

2ª. Presunción legal que no admite *prueba en contrario;*

3ª. Presunción *de derecho;* la cual tampoco admite prueba en contrario.

Se ha complicado la clasificación en vano; pues, aceptada la distinción entre presunciones *legales* y presunciones de *derecho*, estas últimas debieron comprender todos los casos en que, supuestos los antecedentes ó circunstancias, no se admite prueba en contrario.

339. No anduvo acertado Bello en aceptar la terminología concerniente á las presunciones; pues en la acepción empleada en el art. 47 no hay diferencia entre ley y derecho. Así, por ejemplo, según el art. 2° del Código civil, *la costumbre* no *constituye derecho;* lo cual equivale á declarar que *la costumbre no tiene fuerza de ley.*

Zachariae llama con propiedad presunciones *absolutas* las que Bello denomina presunciones de derecho.

---

(2) " En cuanto á la presunción, la de la ley vale más que la del hombre. La ley francesa declara fraudulentos todos los actos ejecutados por un comerciante en los diez días que han precedido á la quiebra: es una presunción de la ley. La ley romana imponía penas al marido que vivía con su mujer después del adulterio, á menos que procediese por temor de un litigio ó por ser negligente en su propia vergüenza: esta es una presunción de hombre. Era necesario que el juez presumiese los motivos de la conducta del marido, y que se determinase según una manera de pensar muy oscura. Cuando el juez presume, las sentencias son arbitrarias; cuando presume la ley, ésta da al juez una regla fija. " (Montesquieu. XXIX.XVI.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Las presunciones de derecho, ó que no admiten prueba en contrario, no son en realidad de verdad presunciones; pues la esencia de la presunción consiste en deducirse *prueba* de los antecedentes ó circunstancias previstos por el legislador ó determinados por el juez; al paso que las presunciones de derecho constituyen *reglas siempre obligatorias*. Así cuando el art. 76 del Código civil dice: "Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales ni más de trescientos", el legislador declara, como regla invariable, que la gestación no puede durar en ningún caso más de trescientos días. (3)

El artículo del Código chileno es traducido del Código de Napoleón, y las doctrinas de éste, meras reminiscencias de los intérpretes del Derecho romano. (4)

Los redactores del Código de Napoleón y otros juriscon-

---

(3) " En ciertos casos quiere la ley que una presunción sea regla de verdad, de manera que es inadmisible la prueba contraria. Tal es, por ejemplo, la regla de que el hijo nacido diez meses después de la disolución del matrimonio no es hijo del marido. Esta regla se funda únicamente en la presunción de que un hijo no puede nacer más de diez meses después de su concepción. Pero tal presunción es tan fundada, que en ningún caso puede impugnarse. Es evidente que procediéndose así, el legislador quita á las conjeturas de este género el carácter de presunción, y las eleva á reglas positivas de derecho. " (Maynz. I. § 68. IV.)

(4) " Entre los medios que podemos emplear para descubrir la verdad (decia Bigot-Préameneu) se cuentan las presunciones, esto es, las consecuencias que la ley misma ó el juez deducen de un hecho conocido para manifestar uno desconocido.

" En la legislación romana se habian distinguido tres clases de presunciones:

" La presunción llamada *iuris et de iure*, porque la establecia el derecho, y porque siendo inadmisible la prueba contraria, constituia derecho.

" La presunción de derecho, establecida también por la ley y que exonera de la prueba sin excluir la prueba contraria;

" Y en fin la presunción que, sin establecerse por la ley, se presenta á la conciencia de los jueces, y á la cual deben atender.

" Esta distinción, fundada en un análisis exacto de las presunciones, subsiste según el Código. " (Locré. XII. 408. 213.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

sultos modernos denominan *presunciones iuris tantum* las que D. Andrés Bello llama presunciones legales, y presunciones *iuris et de iure*, las de derecho; afirmando erróneamente que esos términos bárbaros se usaron en el Derecho romano. (5)

Art. 48. Todos los plazos de días, meses ó años de que se haga mención en las leyes ó en los decretos del Presidente de la República, de los tribunales ó juzgados, se entenderá que han de ser completos; i correrán además hasta la media noche del último día del plazo.

El primero i el último día de un plazo de meses ó años deberá tener un mismo número en los respectivos meses El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 dias, i el plazo de un año de 365 ó 366 días, según los casos.

Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses ó años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, i si el plazo corriere desde alguno de los días en que el primero de dichos meses escede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

Se aplicarán estas reglas á las prescripciones, á las calificaciones de edad, i en jeneral á cualesquiera plazos ó términos prescritos en las leyes ó en los actos de las autoridades chilenas; salvo que en las mismas leyes ó actos se disponga espresamente otra cosa. (*)

---

(5) " En ciertos casos el derecho hace esta inducción imperiosa ó irrevocablemente, sin permitir que se combata por los pormenores especiales de cada hecho..... Esa presunción es la qué los comentadores han llamado en un latín bárbaro, que no ha pertenecido nunca al derecho romano : *praesumptio iuris et de iure*.

" En otros casos, el derecho forma la inducción, pero admitiendo, con más ó menos latitud, prueba en contrario. Esta presunción es la que los comentadores han denominado, siempre arbitrariamente, *praesumptio iuris tantum*. " (Ortolan. I. 177.)

" Los comentadores les dan la denominación bárbara de *praesumptiones iuris et de iure*, contraponiéndolas á las *praesumptiones iuris tantum*, respecto de las cuales no se admite prueba en contrario. " (Maynz. I. § 68. IV.)

(*) Savigny. IV. § 177-194. App. XI. p. 600.—Locré. XVI. 572.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

Plazos. 1494.
Prescripciones. 2492.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 46. Todos los plazos de años, meses ó días de que se haga mención en las leyes ó en los decretos del Supremo Gobierno, ó de los tribunales ó juzgados, se entenderán *completos*, i principiarán i terminarán á la media noche, á menos de espresarse otra cosa.

Todo plazo de días correrá de media noche á media noche; es decir, desde la media noche en que termina el día que se fijare como principio hasta la media noche en que termine el último dia del plazo.

Una semana constará de siete días completos, cómputados de la misma manera.

Un plazo de meses correrá desde la media noche en que termine el día que se fijare como principio, hasta la media noche en que termine el día que tenga el mismo número en el último mes á que se extienda el plazo. Cada mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 días, según los casos (1).

De la misma manera los años correrán desde la media noche en que termine el día que se fijare como principio, hasta la media noche en que termine el día que tenga el mismo número en el mismo mes del último año á que se extienda el plazo. Por consiguiente, cada año podrá ser de 365 ó 366 días, según los casos.

29.—Merlin. Jour.—Toullier. XIII. 51-57.—Troplong. Prescription. II. 809-815.—Laurent. XXXII. 350-355.—Zachariae. (M. V.) V. § 846.—Zachariae. (A. R.) II. § 212.—Duranton. XXI. 336-339.—Marcadé. XII. 223-231.—Colmet de Santerre. VIII. 367-368.—Ortolan. (H.) 41-43.—(G.) 169.170.—Maynz. I. § 38.—Niebuhr. I. p. 385-399.

(1) "Tres dias contados, por ejemplo, desde el 4 de abril, principian en la media noche del 4 al 5 de abril, i terminan en la media noche del 7 al 8 de abril; i dos meses contados desde el 8 de enero principian en la media noche del 8 al 9 de enero, i terminan en la media noche del 8 al 9 de marzo siguiente; i seis años contados desde el 10 de mayo de 1850 principian en la media noche del 10 al 11 de mayo del mismo año, i terminan en la media noche del 10 al 11 de mayo de 1856; sin tomarse en cuenta si un mes

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

El plazo de meses ó años que tiene por principio la media noche en que termina el último día de un mes, se entenderá cumplido en la media noche en que termine el último día del último mes comprendido en el plazo. (2)

Se aplicarán estas reglas á las prescripciones, á las calificaciones de edad, i en jeneral, á cualesquiera plazos ó términos prescritos en las leyes ó en los actos de las autoridades chilenas; salvo que en las mismas leyes ó actos se ordene espresamente otra cosa. (3)

C. E. 43. . . . . El primero y el último día de un plazo de meses ó años deberán tener una misma fecha en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 días, y el plazo de un año de 365 ó 366 días, según los casos. . . . . .

C. de N..2260. La prescription se compte par jours, et non par heures.

2261. Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.

2260. La prescripción se cuenta por días, y no por horas.

2261. Adquiérese ella cuando ha expirado el último día del plazo.

---

tiene 28, 29, 30 ó 31 días, ó si un año es de 365 ó 366 días." (Nota de Bello.)

(2) "Así el plazo de un mes, que principie en la media noche del 31 de enero al 1° de febrero, se entenderá cumplido en la media noche del 28 ó 29 de febrero al 1° de marzo. I el plazo de tres años que principie en la media noche del 29 de febrero al 1° de marzo de 1852, termina en la media noche del 28 de febrero al 1° de marzo de 1855." (Idem.)

(3) "Talvez se mirarán como demasiado minuciosas estas reglas; pero el tiempo hace nacer i espirar una multitud de derechos, i es un elemento jurídico de grande importancia. En este Proyecto se adopta una medida uniforme para todos los casos; i adoptada, no habrá cuestión sobre si los dias ó años ó meses deben contarse de momento á momento, ó sobre si el mes es de treinta dias siempre ó de más ó menos dias según el caso, ó sobre si basta que haya principiado el dia final para contarlo, ó sobre si entre los dias fatales en que prescribe una acción debe incluirse el de la demanda, etc. Savigny ha dedicado á esta materia gran número de pájinas en su Tratado de Derecho Romano, que pueden consultar los curiosos desde el § 177 hasta el 195. Allí se verán justificados los principios en que se fundan las reglas precedentes. (Véanse en particular los § 181, 182.)". (Nota de Bello.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

C. Arg. 23. Los días, meses y años se contarán, para todos los efectos legales, por el Calendario Gregoriano.

24. El día es el intervalo entero que corre de media noche á media noche; y los plazos de días no se contarán de momento á momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha.

25. Los plazos de mes ó meses, de año ó años, terminarán el día en que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses ó el año.

26. Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses ó años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriese desde algunos días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.

27. Todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último día. . . . . .

P. de G. 15. Las fechas y plazos que señalan las leyes se computarán con arreglo al calendario que se publique por orden ó con autorización del Gobierno.

Cuando en las leyes se haga mención de meses, días, ó noches, se entenderá, que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas, y la noche desde que se pone hasta que sale el sol.

Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que se les dé en el calendario:

Las reglas de los párrafos precedentes son aplicables á la computación de las fechas y plazos que se señalen en las obligaciones y demás actos, cuando por las personas que en ellos intervengan no se pacte ó declare lo contrario.

C. C. 67.

C. M. 1125. El tiempo para la prescripción se cuenta por años y no de momento á momento, excepto en los casos en que así lo determine la ley expresamente.

1126. Los meses se regularán con el número de días que les correspondan:

1127. Cuando la prescripción se cuente por días, se entenderán éstos de veinticuatro horas naturales, contadas de doce á doce de la noche.

C. de la L. 3430. (El 2260 del C. de N.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

3431. En las prescripciones que se adquieren por meses, los meses se determinan según el orden en que ocurren conforme al calendario; y desde el día en que la posesión comienza, sea cual fuere el número de días que tenga cada mes.

3432. En las prescripciones que se adquieren en uno ó más años, el tiempo se cuenta según los años del calendario que hayan transcurrido durante el tiempo de posesión requerido por la ley.

C. Esp. 7. Si en las leyes se habla de meses, días ó noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas, y las noches desde que se pone hasta que sale el sol.

Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan.

1130. Si el plazo de la obligación está señalado por días á contar desde uno determinado, quedará éste excluído del cómputo, que deberá empezar en el día siguiente.

D. II. XII. 8. More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur; itaque quidquid in his viginti quatuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media, actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset.

8. Según la costumbre de los Romanos el día comienza desde la media noche, y finaliza en la media siguiente; y así todo cuanto se hizo en el término de estas veinte y cuatro horas, esto es, en las dos medias noches y el día de intermedio, es lo mismo que si se hubiera hecho en cualquiera hora del día.

XL. VII. 4. § 5. Stichus, si heredi meo anno servierit, liber esto; quaerendum est, annus quomodo accipi debeat, an qui ex continuis diebus trecentis sexaginta quinque constet, an quibuslibet. Sed superius magis intelligendum Pomponius scribit..... .

§ 5. Si dijo el testador: Sea libre Estico si sirviere un año á mi heredero; se pregunta de qué manera se ha de entender el año, si de trescientos sesenta y cinco días continuos, ó de otra manera. Pomponio escribe, que más bien se ha de entender como primero se ha dicho.....

XLI. III. 6. In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum pos-

6. En las prescripciones no se cuenta de momento á momento, sino hasta que

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tremum diem computamus.

7. Ideoque qui hora sexta diei kalendarum Ianuariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie kalendas Ianuarias implet usucapionem.

L. XVII. 101. Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus; ita enim et Imperator Antoninus cum Dive patre suo rescripsit.

termine el último día.

7. Por lo cual el que empezó á poseer á las seis del día de las kalendas de enero, completa la prescripción á las seis de la noche antes del día de las kalendas de enero.

101. Cuando la ley hace mención de dos meses, ha de ser oído el que se presenta á los sesenta y un días, como respondieron el Emperador Antonino y su padre.

COMENTARIO

340. Según lo observamos en el *prólogo*, las reglas concernientes á los plazos son mero extracto de las doctrinas de Savigny. El mejor *comentario* consiste, pues, en traducir lo esencial de su admirable monografía.

En muchas instituciones hallamos una relación de tiempo como parte integrante de los hechos que sirven de base á una regla general. El tiempo se nos presenta entonces como un requisito de que depende la adquisición ó la pérdida de los derechos. Sea cual fuere la diversidad de esas instituciones, y la influencia que en ellas ejerce el tiempo, éste tiene en todas una misma significación, y se sujeta á una aplicación uniforme.

341. Medimos el tiempo según el sistema cronológico que regla todas las relaciones de la vida; sistema fundado en las leyes astronómicas cuya exposición se llama *calendario*. Cuando se trata de un hecho jurídico subordinado á la expiración de un plazo, tomamos como término de comparación las divisiones del tiempo establecidas de una manera invariable por el calendario. Pero como los límites de los plazos que se comprenden en los hechos jurídicos se determinan, ya por actos libres, ya por acontecimientos naturales; raro es que estos límites coincidan con las divisiones del tiempo establecidas por el calendario de una manera fija. Era preciso,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

pues, en cada caso particular, una reducción artificial, á fin de referir á las divisiones del calendario el plazo cuyo punto de partida es variable. Para esa reducción el derecho positivo tiene reglas generales y excepciones relativas á los casos especiales. Las divisiones del tiempo denotadas por el calendario se denominan *tiempo del calendario* (año del calendario, día del calendario), y los espacios de tiempo determinados para los diversos actos jurídicos, *tiempo movible* (año movible, día movible).

342. Debemos tomar como punto de partida la historia del calendario romano, pues nuestro calendario actual es en realidad el romano, salvo una modificación que, aplicada á las relaciones de la vida, no tiene ninguna importancia.

Según el más antiguo calendario romano, el año constaba de diez meses ó de trescientos cuatro días, y ese año es el llamado año de Rómulo.

El año cuyo origen se atribuye al rey Numa, y que rigió hasta el tiempo de César, se componía de doce meses equivalentes á trecientos cincuenta días. Cada dos años se intercalaba un mes íntegro llamado *Mercedonius*, que tenía, ya veintidós, ya veintitrés días. La intercalación se efectuaba después del día que nosotros designamos 23 de febrero, día de la fiesta de los *Terminalia*, y precedía así al 24 de febrero, en que se celebraba la fiesta del *Regifugium*. Suprimíanse, pues, cinco días del mes de febrero; el cual, en el año de la intercalación, quedaba reducido á veintitrés. Los cinco días se consideraban como la continuación del *Mercedonius*, que desde entonces tenía unas veces veintisiete y otras veintiocho días. Esta distribución daba al año una duración media de trescientos sesenta y seis días y un cuarto; y como excedía ella al año astronómico, después de un intervalo de veinticuatro años se suprimían de una sola vez veinticuatro días del año corriente; lo cual reducía el año á una duración media de trescientos sesenta y cinco días y un cuarto. El año así determinado era de uso incómodo, y, además, sujeto á frecuentes perturbaciones, bien á causa de la incuria de los pontífices encargados de supervigilar el calendario, bien por espíritu de partido; porque siendo anuales las magistraturas, prolongándose el año se podía prolongar

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

la autoridad de los cónsules á quienes se quería favorecer. El desarreglo llegó á tanto, que las estaciones caían en otros meses que los á ellas correspondientes.

343. Lo cual indujo á César á reformar el calendario radicalmente, reforma que hoy sirve de base á todos los calendarios de los pueblos cristianos. La reforma se hizo el año 708 de Roma, en que se corrigieron las aberraciones sucesivamente acumuladas, y que duró cuatrocientos cuarenta y cinco dias, divididos en quince meses. La introducción del nuevo calendario comenzó en 709, año que precedió á la muerte de César.

El reformador del calendario había supuesto que el año astronómico se componía de trescientos sesenta y cinco días y seis horas. Por consecuencia, César decretó que el año del calendario tuviese trescientos sesenta y cinco días, y que en cada período de cuatro años hubiese un día intercalar que absorbiera las seis horas de que ya hemos hablado. La intercalación debió efectuarse, como en otro tiempo la de un mes íntegro, entre los *Terminalia* y el *Regifugium*. Determinado así el año, se dividió en doce meses de desigual duración.

Pero este cálculo encerraba un error esencial relativo al exceso de duración del año astronómico; pues el excedente, que se suponía de seis horas, no es en realidad sino de cinco horas cuarenta y ocho minutos cuarenta y ocho segundos; ese error anual de once minutos doce segundos era la causa de que el día intercalar viniese con más frecuencia; y en el siglo XVI la acumulación de tales errores formaba ya diez días completos.

344. La determinación de la fiesta de la pascua suministró al papa Gregorio XIII la ocasión de verificar y rectificar el calendario Juliano. Computóse el año en trescientos sesenta y cinco días cinco horas cuarenta y nueve minutos doce segundos; los diez días acumulados desde César se suprimieron del calendario, y para prevenir la repetición del error, se declaró que cada cuatrocientos años se suprimirían tres intercalaciones. Esta reforma del calendario, hecha en 1581, y practicada en Roma y en Francia en 1582, se aceptó, en el curso de los diez años siguientes por el Emperador y los Estados católicos de Alemania, Suiza y los Países Bajos; así como en Italia,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

España y Hungría. Las naciones que profesan la religión protestante ó la griega rehusaron durante mucho tiempo sujetarse á una reforma proveniente del papa; pero al fin fue reconocida en 1701 por los Estados protestantes de Alemania, de Suiza y de los Países Bajos; por Dinamarca é Inglaterra en 1752, y por Suecia en 1753. Los rusos y los otros pueblos que profesan la religión griega conservan, sin modificaciones, el calendario Juliano. Hé aquí lo que constituye la diferencia entre el antiguo y el nuevo estilo, ó el calendario Juliano y el Gregoriano; y se ve, por esta exposición, que la diferencia debe aumentarse casi en cada siglo. Importa, sin embargo, precisar bien en qué consiste, pues proviene únicamente de que las intercalaciones se hagan con más ó menos frecuencia. Por lo demás nada ha cambiado, y el antiguo calendario subsiste, aun en sus reglas del todo arbitrarias.

345. Pasemos al examen de las partes esenciales de nuestro calendario : el *día*, el *año*, el *mes* y la *semana*.

346. El *día* es el espacio de tiempo que emplea la tierra en girar completamente sobre su eje. El principio del día es en sí arbitrario, y por eso difiere en algunos pueblos. Los romanos lo habían fijado en la media noche, y nosotros conservamos esa determinación, que es la más incómoda de todas; porque no concuerda con ninguna observación directa del cielo. El día tiene dos divisiones naturales; cuya duración es más ó menos desigual, y que varía constantemente : el *día*, esto es, el tiempo en que el sol está en el horizonte (*lux*, *dies naturalis*), y la *noche* (*nox*). El intervalo íntegro de media noche á media noche se llama *día civil* (*dies civiles*).

347. El *año* se compone exactamente de trescientos sesenta y cinco días, pues se prescinde del exceso de algunas horas, y se forma de éste un día intercalar. El año, como el día, es una división del tiempo fundada en un cálculo astronómico; la cual ejerce la mayor influencia en las relaciones de la vida.

Como el principio del año es en sí indiferente, se podría, siguiéndose un mismo calendario, colocarlo en épocas muy diversas. Así, desde la edad media algunos pueblos lo habían fijado en el primero de enero, el veinticinco de marzo, el día de pascua, el veinticinco de diciembre. Hace

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

algunos siglos que se ha adoptado el primero de enero, y este acuerdo tiene importancia, porque evita confusión en la cronología.

348. El *mes* es la división intermedia entre el día y el año. Fúndase en la división del año en doce partes, aunque desiguales. Siete meses tienen á treinta y un días, cuatro, á treinta, y uno ordinariamente veintiocho y en los años bisiestos, veintinueve. Esa división en doce partes no es arbitraria, pues corresponde á las faces de la luna; pero aquí se establece una concordancia muy general y de ninguna manera rigorosa. La duración de los meses no se determina según un principio absoluto: César quiso, á no dudarlo, respetar en cuanto fuese posible el uso que, establecido por el antiguo calendario, provenía en parte de la religión; por lo cual no se modificaron los meses sino en cuanto era preciso para obtener la reforma. En los tiempos modernos no se ha juzgado necesaria una alteración en esta materia, si se exceptúa el ensayo transitorio, hecho por la República francesa, de un calendario nuevo en que, modificándose los meses, se dió á todos una duración igual de treinta días con cinco días complementarios.

349. Si bien no debemos omitir la fecha, ó designación individual de cada día con relación al mes á que pertenece, tal designación es del todo extraña al calendario propiamente dicho, así como á las reformas de César y de Gregorio XIII. Los cambios reales que ha experimentado la fecha se han operado insensiblemente por el ministerio del uso. Los romanos dividían el mes en tres partes desiguales, llamadas *Kalendas*, *Nonas* é *Idus*. Cada una de éstas determinaba une serie de días que se contaban retrocediendo. La designación exacta de un día hubiera sido, por ejemplo: *die X ante Kalendas Ianuarias* (el 23 de diciembre). Pero acostumbrábase alterar el lugar de la preposición, y se decía precisamente en el mismo sentido: *ante diem X Kal. Ian.* El que no atendiese á este capricho de la lengua latina pudiera juzgar, tomando la preposición en su sentido literal, que la fórmula *ante diem X Kal.* expresa una fecha anterior al *dies Kal.*; cuando no designa nunca sino ese mismo día.

350. En fin la *semana* es del todo ajena al calendario:

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

no es parte integrante del mes ni del año; porque se compone de un número determinado de días, cuya serie continúa sin interrupción de un mes y de un año á otros. Los romanos tenían series de ocho días que acababan el día de los *nundinae*; otros pueblos, y principalmente los judíos, tenían una semana de siete días; la cual, conocida en Roma desde antiguo, fue muy pronto generalmente adoptada por los cristianos; y la celebración del domingo, día en que comienza la semana, da á esta división mucha importancia en todos los pueblos cristianos. La semana de siete ó de ocho días tiene por base una observación de la naturaleza, accesible á todos en la vida ordinaria. En efecto, las diferentes faces de la luna nos conducen á dividir en cuatro partes iguales el espacio de tiempo que separa dos plenilunios. Ahora bien, la cuarta parte de ese mes lunar termina entre el sétimo y el octavo día; y á fundarse en esa observación una división del tiempo en días completos, debería dividirse en siete ó en ocho días. Así, el mes lunar, como mes de calendario, se funda en una observación de la naturaleza. Pero en su aplicación no puede conformarse estrictamente á ella, porque para los usos de la vida real era necesario una serie de días completos.

Los días de la semana no se designan, como los del mes, por una fecha; todos tienen nombre especial, y se repiten sucesivamente según un orden invariable.

351. En cuanto á las divisiones del día, las hacemos en veinticuatro partes iguales, que llamamos *horas;* determinación puramente arbitraria, que no se relaciona con ninguna observación de la naturaleza. Los romanos dividían el día, esto es, el tiempo en que el sol está en el horizonte, en doce partes iguales, que contaban desde una hasta doce, y la noche en otras tantas partes iguales, que contaban de la misma manera. Así, pues, exceptuándose la época del equinoxio, las horas del día no tenían la misma duración que las de la noche, y la duración de cada una aumentaba ó disminuía diariamente.

352. Cuando una alteración en el derecho se subordina á la expiración de un plazo, se toma por medida de ese plazo el tiempo del calendario, esto es, cierto número de días, meses ó años, cuyo principio y fin se fijan en el ca-

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

lendario. Pero como el principio de un plazo no concuerda con las divisiones del calendario sino en casos en extremo raros, la aplicación no puede efectuarse sino por medio de una reducción, cuyas reglas vamos á exponer. En cuanto á las reglas mismas no hay controversia sino sobre el mes; las otras divisiones del tiempo se determinan por reglas muy simples y que no originan ninguna duda; pero su aplicación presenta, en general, graves dificultades. Trátase, pues, de determinar primeramente lo que debe entenderse por *día, año, semana y mes movibles*.

El *día movible* es un espacio de tiempo cuya duración es igual á la de un día del calendario, esto es, que tomando por punto de partida un instante determinado, aquel, por ejemplo, en que el hecho jurídico origina una acción, se mide un espacio de tiempo igual al que transcurre desde la media noche hasta la media noche del día siguiente. Supónese, pues, que todos los días del calendario tienen duración igual.

El *año movible* es la suma exacta de trescientos sesenta y cinco días movibles, contados sin interrupción. Se prescinde razonablemente de algunas horas de exceso que presenta el año solar, porque tal exceso, como hemos dicho, es absorbido por el día intercalar.

La *semana movible* es la serie de siete días movibles, la cual es fácil de calcularse, porque teniendo cada día de la semana un nombre especial, la repetición de un mismo nombre indica una nueva semana.

Lo que origina dudas sobre el mes movible es la desigual duración de los meses del calendario. Cuando se trata, pues, de determinar el número normal de días que debe tener el mes para aplicarlo á las reglas de derecho que cuentan por meses, debía elegirse entre los números treinta ó treinta y uno. Por la aplicación de este último número podía alegarse que la mayor parte de los meses tienen en realidad treinta y un días; pero, en cuanto al número treinta, hay razones más convincentes. De todos los números enteros es el que más se aproxima así á la duodécima parte del año ($30\,^{5}/_{12}$) como al mes astronómico (*);

(*) El mes lunar astronómico se compone de veintinueve dias doce horas catorce minutos tres segundos.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

es un número redondo susceptible de dividirse en muchas partes; préstase fácilmente á las aplicaciones de la vida real, y se graba con facilidad en la memoria.

353. Acostumbramos designar cada día del mes por su fecha, y el procedimiento más cómodo consiste en que un plazo mensual expire en la misma fecha del mes siguiente. Si el plazo comienza el diez y siete de enero, termina el diez y siete de febrero; si comienza el siete de febrero, termina el siete de marzo; prescindiéndose de la corta diferencia entre los dos plazos, pues el primero es en realidad de treinta y un días, y el segundo de veintiocho. Esa desigualdad, poco notable, tiene menos inconvenientes que una determinación rigorosa en treinta días; la cual indujera fácilmente en error. Aplicada á los plazos de procedimiento, esa manera de computar se funda, desde el siglo XVI, en los más notables escritores.

Y no presenta ella dificultades sino en un solo caso, cuando el término comienza en los últimos días de un mes largo, y el mes siguiente es corto. La manera más simple de superar la dificultad es fijar el fin del plazo en el último día del mes. Si una letra de cambio se gira el 31 de diciembre á dos meses fecha, vence el 28 de febrero, lo mismo que si fuese girada el 28, el 29 ó el 30 de diciembre.

354. Resumiéndose las reglas hasta aquí expuestas, se ve que el día es la división más importante del tiempo, porque á ella es á la que se refieren todas las otras. En efecto, cuando una alteración en el derecho se subordina á la expiración de cierto número de años, meses ó semanas; es menester que el plazo se reduzca á días, para fijar el día en que expira el término verdadero del tiempo movible. Una vez determinado ese día, el término verdadero expira en el instante preciso en que se ha efectuado el suceso, que se toma como punto de partida del plazo.

355. Se llama *plazo matemático* el *plazo verdadero*, y *plazo jurídico* aquel en que se efectúa la alteración en el derecho; y debiera haber entre los dos plazos la más perfecta armonía.

Pero la aplicación de esta regla presentara obstáculos que, sin exagerar, pueden llamarse insuperables.

En los asuntos urgentes y de suma importancia, ¿cómo determinar de una manera rigorosa las horas, minutos,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

etc.? De ahí proviene que aun en los instrumentos públicos extendidos con más esmero, si bien se menciona la fecha, nunca la hora en que se han extendido. Siendo imposible en la práctica la armonía entre el plazo matemático y el plazo jurídico, debemos buscar una exactitud aproximada. Pero hay graves inconvenientes en atenerse á ese resultado meramente negativo. En primer lugar, la concesión de inexactitud pudiera exagerarse y originar abusos; en segundo, las tentativas renovadas en cada caso para vencer la dificultad ocasionaría un trabajo desproporcionado á la importancia del objeto. Para obviar tales inconvenientes, debe prescindirse de la armonía entre el plazo matemático y el plazo jurídico; pero restringiendo la diferencia á límites, en cuanto sea posible, ciertos y muy circunscritos.

El problema propuesto puede plantearse en estos términos: hallar para el tiempo movible un plazo jurídico fácil de reconocer y de aplicar en todas las circunstancias, alejándose lo menos posible del plazo matemático. Ese problema es susceptible de dos soluciones distintas, que se fundan en un mismo principio. En efecto, se puede colocar el plazo jurídico en la media noche que precede ó que sigue al plazo matemático, y el objeto se consigue igualmente; porque concordando el día movible con el día del calendario, no es necesaria una reducción artificial, y se prescinde de las divisiones secundarias del tiempo; las cuales originan toda la dificultad. Distinguir los días del calendario es muy fácil aun para el hombre más rústico, porque están separados por un intervalo muy considerable, la noche, tiempo destinado al descanso. Esa manera de contar puede también explicarse de la manera siguiente. Se toma el día del calendario, no por lo que es en realidad, un intervalo de duración cierta, sino por un todo indivisible, por un elemento del tiempo.

Resuelto de esa manera el problema, las consecuencias de la expiración del plazo comienzan antes ó después de lo que deberían, si fuese posible observar la regla rigorosa. El plazo se abrevia ó se dilata; pero la diferencia nunca puede ser de veinticuatro horas; y una de las bases de la solución del problema consistía en que la desviación se circunscribiese á límites ciertos y restringidos. Si se toma

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

por término de comparación el cumplimiento rigoroso de la regla, sin duda una de las partes gana el tiempo que la otra pierde; pero la pérdida y la ganancia no se refieren al objeto que nos proponemos : es mal inevitable que se acepta para evitar uno mayor.

Hemos dicho que estas dos soluciones del problema eran en general las únicas posibles; y, en efecto, ¿qué otra solución cabría? Se pudiera adelantar ó retroceder veinticuatro horas el plazo jurídico, fijándolo en la media noche que precede ó sigue al término matemático. La dificultad estaría también superada; pero se traspasarían los límites sin motivo fundado; y alejándose de la verdad, ¿por qué más bien un día que dos, tres ó más? En fin, se pudiera también adelantar ó retardar el plazo matemático un día movible íntegro. Si, por ejemplo, expira el 2 de enero á medio día, colocar el plazo jurídico el 1°. ó el 3 de enero á medio día. Pero ese sistema debe ser, á no dudarlo, rechazado, porque no atenúa en manera alguna los inconvenientes, y nos separa de la verdad sin ninguna razón plausible.

Por cuanto hallamos dos soluciones del problema igualmente satisfactorias, no nos queda otro medio que el de adoptar exclusivamente una ú otra, ó aplicar ambas á un tiempo según las circunstancias.

356. El art. 48 del Código chileno no acepta sino el primero de los medios que Savigny propone para la computación del *término jurídico*, esto es, que el plazo *expire á la media noche del último día del término matemático*.

357. No pudo aprovechar mejor D. Andrés Bello de los trabajos del insigne jurisconsulto alemán, resumiéndolos en las reglas que este artículo encierra; las cuales, si bien no pueden formularse con mucha claridad, porque la materia no lo permite, una vez comprendidas no ofrecen dudas ni dificultades.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 49. Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en ó dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último dia del plazo; i cuando se exije que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan ó espiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen ó espiran sino después de la media noche en que termine el último dia de dicho espacio de tiempo. (*)

REFERENCIAS.

Plazo. 1494.
Derechos. 576.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 47. Cuando se dice que un acto debe ejecutarse *en* ó *dentro* de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el plazo (salvas las limitaciones que en el artículo siguiente se espresan), i cuando se exije que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan ó espiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen ó espiran sino después de la media noche del día en que termina dicho espacio de tiempo.

C. E. 44.

C. Arg. 27. . . . . los actos que deben ejecutarse en ó dentro de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la media noche, en que termina el último día del plazo.

C. C. 68.

D. XLIV. VII. 6. In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem.	6. En todas las acciones temporales, mientras no transcurra el último día íntegro, no se extingue la obligación.

COMENTARIO.

358. El artículo encierra dos reglas:

1ª. Cuando se fija plazo para la ejecución de un acto, és-

(*) Savigny. IV. § 182-187.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

te es válido si se ejecuta antes de la media noche del último día del plazo; y

2ª. Cuando se exige que transcurra cierto lapso de tiempo para que nazcan ó expiren derechos, tales derechos no nacen ó expiran sino después de la media noche en que termine el último día de aquel lapso de tiempo.

359. Si se trata de actos que pueden ejecutarse en un período dilatado, como, por ejemplo, los que interrumpen la prescripción, la regla primera no sólo es conveniente sino necesaria; pues por el ministerio de la ley se efectúa la adquisición ó la pérdida del derecho. En todos los días intermedios desde el primero hasta el último día de un plazo de tres, diez ó treinta años, puede interrumpirse la prescripción; y tan luego como expira el plazo, los actos de interrupción no surten ningún efecto.

Pero si el plazo se estipula en beneficio de ambas partes contratantes, el último día del plazo es el único en que se debe ejecutar el acto, so pena de constituírse el deudor en mora, y de experimentar los gravísimos perjuicios que ella acarrea.

Supóngase que en un contrato de venta se hubiese estipulado que el precio se pagaría en un año, y que mientras tanto ganaba el interés legal. Si es evidente, como lo es, que tal plazo consulta la utilidad recíproca de las partes, síguese que el deudor no puede renunciarlo, y que tiene de efectuar el pago el último día del plazo. Llegada la media noche, la ley le constituye en mora, y al día siguiente el vendedor tiene derecho para solicitar la resolución del contrato.

Saltan á la vista las dificultades que al deudor se le presentarían para ofrecer el pago en el *día único*, y para justificar los hechos concernientes á la oferta.

Acaso provengan estos inconvenientes, no de la regla misma que examinamos, sino de aquella según la cual el deudor *se constituye en mora por el ministerio de la ley*. Más equitativo y más práctico es el sistema, como el del Código de Napoleón, de requerir al deudor para constituírle en mora.

360. Si la expiración de un plazo es lo que origina la adquisición ó la pérdida de un derecho, el día siguiente al último es aquel en que los derechos nacen ó expiran. Así

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

tratándose de la adquisición del dominio por prescripción, el poseedor se convierte en propietario en el instante que sigue á la media noche del último día del plazo; y tratándose de la extinción de las acciones, el deudor se liberta de la obligación en el propio instante que sigue á la media noche del último día del plazo.

Es de observar que siendo ideas correlativas la adquisición de los derechos por una parte, y por otra la pérdida, un mismo hecho ejecutado ú omitido surte efectos contrarios. En el caso propuesto de la prescripción adquisitiva, el propietario debe deducir la acción, respectivamente, dentro de diez, veinte ó treinta años; los actos de interrupción deben ejecutarse antes de la media noche del último día, y, á omitirlos, al día siguiente pasan los derechos al poseedor por el ministerio de la ley. Luego, la omisión del acto que, según la regla primera, vale cuando se ejecuta antes de la media noche del último día del plazo, es la que confiere, al día siguiente, los derechos que perdió el propietario.

Art. 50. En los plazos que se señalaren en las leyes, ó en los decretos del Presidente de la República ó de los tribunales ó juzgados, se comprenderán aún los días feriados; á menos que el plazo sañalado sea de días útiles, espresándose así; pues en tal caso no se contarán los feriados.

REFERENCIAS.

Plazo. 1491.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 48.

C. E. 45.

C. Arg. 28. En los plazos que señalasen las leyes ó los tribunales ó los decretos del Gobierno, se comprenderán los días feriados, á menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así.

C. C. 70.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

COMENTARIO.

361. Los días se dividen en *útiles* y *feriados*. (1) *Útiles*, aquellos en que abiertos los tribunales, pueden ejecutarse actos concernientes á la administración de justicia; *feriados*, los que se destinan á la celebración de fiestas cívicas ó religiosas, y en que por eso no se administra justicia.

La regla que fija el art. 50 es obvia, clarísima: en todos los plazos se cuentan aun los días feriados á menos que la ley ó el decreto de las autoridades exprese que en el plazo no se comprenden aquellos días.

Cuando el último día del plazo es feriado, y en ese día es necesario ejecutar actos para interrumpir la prescripción ó con cualquier otro objeto necesario, los días feriados presentan graves dificultades; y sería de desear que entonces se considere como último día el que preceda ó siga al día feriado. Eso se dispone en algunas naciones en cuanto al protesto de la letra de cambio.

---

(1) " Cuando el pretor, al suplir los vacíos de la legislación, creaba acciones de derecho nuevo, para deducirlas concedía ordinariamente plazos muy cortos; pero tenía la costumbre de no comprender en esos plazos sino los días en que las partes podían ejecutar los actos necesarios para usar del derecho que se les concedía. Estos días se llamaban *útiles*; y, por ende, el plazo *tempus utile*, contraponiéndolo á los plazos en que, sin distinguir, se contaban todos los días, *tempus continuum*. Las causas que en un caso dado obstan á que ejecutemos los actos necesarios para usar de un beneficio que el magistrado ó la ley nos conceden, son muchas, pero pueden reducirse á las cuatro siguientes: 1ª. El tribunal del magistrado no todos los días es accesible; 2ª. Puede suceder que la otra parte, cuya presencia es necesaria, esté ausente; 3ª. Podemos estar impedidos por causas legítimas; 4ª. Nuestra inacción puede provenir de la ignorancia en que nos hallemos en cuanto al derecho que se nos ha concedido. En todos esos casos pueden descontarse los días inútiles." (Maynz. I. § 39.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 51. Las medidas de estensión, peso, duración i cualesquiera otras de que se haga mención en las leyes, ó en los decretos del Presidente de la República, ó de los tribunales ó juzgados, se entenderán siempre según las definiciones legales; i á falta de éstas, en el sentido jeneral y popular, á menos de espresarse otra cosa.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 49.
C. E. 46.
C. C. 69.

COMENTARIO.

362. Tanto en Chile como en el Ecuador acepta la ley el sistema decimal en las medidas de extensión, peso, capacidad, &.; y sería conveniente emplear medios coercitivos para que siquiera en los contratos que consten por escrito y en los actos de procedimiento, no se use sino aquel sistema tan claro y tan sencillo.

Como los hábitos tienen grande influencia en el pueblo, y es muy difícil desarráigarlos, todavía se vale éste de caballerías, cuadras, solares; fanegas, medias; galones, botellas, &., &.

Cuando se trata de medidas no determinadas por la ley, la controversia consiste en *hechos*, y el juez debe decidirla según las pruebas que se hubieren rendido.

---

§ VI.

Derogación de las leyes.

Art. 52. La derogación de las leyes podrá ser espresa ó tácita.

Es espresa cuando la nueva lei dice espresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva lei contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la lei anterior.

La derogación de una lei puede ser total ó parcial (*).

(*) Merlin. Loi. § XI. n. I.—Dalloz. Lois. 538-558.—Toullier.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

REFERENCIAS.

El inciso segundo. Artículo final.

CONCORDANCIAS.

P. de B. 50.

C. E. 47.

C. de la L. 22. Las leyes pueden ser derogadas, total ó parcialmente, por otras leyes.

23. La derogación es expresa ó tácita. Es expresa, cuando ella se declara explícitamente por la ley nueva.

Es tácita, si la nueva ley encierra disposiciones contrarias á las de las leyes anteriores, ó que con ellas no pueden conciliarse.

La derogación de una ley que derogaba otra, no deja subsistente la primera.

I. I. II. 11. Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes paraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper *firma atque inmutabilia permanent*. Ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacitu consensu populi, vel alia postea lege lata.

D. I. III. 28. Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.....

L. XVI. 102. Derogatur legi, aut abrogatur; derogatur legi, quum pars detrahitur, abrogatur legi, quum porsus tollitur.

II. Las leyes naturales, observadas en casi todas las naciones y establecidas por la Divina Providencia, *permanecen siempre fijas é inmutables;* pero las leyes que cada ciudad expide, se *mudan* con frecuencia, ó por el tácito consentimiento del pueblo, ó por otras leyes posteriores.

28. Las leyes posteriores se refieren á las anteriores, si no les son contrarias.....

102. La ley se deroga ó se abroga; abrógase cuando en parte se altera; derógase cuando del todo ya no subsiste.

I. 151-154. Demolombe. I. 121-126.—Zachariae. (M. V.) I. § 27. — Zachariae. (A. R.) I. § 29.—Marcadé. I. 35.—Duranton. I. 103-108.—Demante. I. 20.—Baudry-Lacantinerie. I. 117-124.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Art. 53. La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva lei (*)

CONCORDANCIAS.

P. de B. 51. La derogación tácita es parcial por su naturaleza, i deja vijente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva lei.

C. E. 48.

COMENTARIO.

363. Los romanos distinguían entre la abrogación y la derogación de la ley. La primera consistía en dejar toda la ley insubsistente; la segunda, en suprimir ó modificar alguna de sus partes.

Las legislaciones modernas no distinguen entre la abrogación y la derogación; y ésta es más usada para expresar el acto de abolir ó de modificar las leyes.

364. Nada más evidente que incumbe al poder legislativo derogar las leyes por medio de otras; y que puede derogarlas, ya expresando que una ley determinada ya no subsiste, ya dictando leyes del todo incompatibles con las leyes anteriores.

De las definiciones de la derogación expresa y tácita, y de la regla que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite á ella, se deduce jurídica y lógicamente que las leyes no se derogan por la costumbre ó el desuso. (1)

(*) Merlin. Loi. § XI. 2.—Dalloz. Lois. 559-562.—Toullier. I. 155-157.—Massé. I. 75.—Zachariae. (A. R.) I. § 29.—Demolombe. 1. 127-129.

(1) " La ley no es susceptible de ser derogada sino por una ley nueva.

" Antiguamente se aceptaba que la ley podía derogarse por un uso contrario y que por, otra parte, podía caer en desuso por no haberse aplicado. Esta teoría, que se comprende en una monarquía absoluta, donde la ley no es sino la expresión de la voluntad del jefe del Estado, así como en un gobierno democrático, donde es

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo
QUITO

365. La derogación expresa no origina ninguna dificultad; porque habiendo dispuesto el legislador que la ley antigua no subsista, claro es que en lo sucesivo debe prescindirse de ella cuando se controvierta sobre actos ejecutados después de la derogación.

El caso más notable de derogación expresa es el artículo final del Código civil: "Desde el 1º de enero de 1857 quedan derogadas, aun en la parte que no fueren contrarias á él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan." De manera que por voluntad inequívoca del legislador hubo un cambio absoluto en la legislación sustantiva civil, y fueron sepultados los Códigos españoles.

366. La derogación tácita, aunque obvia á primera vista, presenta en verdad gravísimas dificultades; y el juez debe proceder con suma cautela al decidir si la antigua ley deroga la nueva. La discordancia, la contradicción aparente, los motivos que indujeron á expedir la nueva ley, no bastan para declarar derogadas todas las disposiciones de la ley antigua; pues no quedan insubsistentes sinó las disposiciones que sean absolutamente incompatibles con las de la nueva ley. Compárese con la ley posterior la ley que se supone derogada, y sólo á ser evidentísimo que las dos leyes no pueden aplicarse á un mismo tiempo, hay derogación tácita; de lo contrario, ambas disposiciones subsisten. (2)

---

votada por la generalidad de los ciudadanos, es incompatible con las constituciones que establecen la división de los poderes, y que, distribuyendo en diferentes ramas el ejercicio del poder legislativo, someten á condiciones y á formas especiales la proposición y votación de la ley. No puede, pues, ser admitida hoy.

"Por otra parte, la ley no pierde su fuerza obligatoria por haber cesado las circunstancias en que fue expedida." (Zachariae. A. R. I. § 29.)

(2) "La derogación de una ley por otra ley se funda en la máxima: *posteriora prioribus derogant*, que no debe entenderse en un sentido muy absoluto ni demasiado general. Así, es un principio que la derogación tácita de la ley no se supone: al que alega la derogación incumbe probar la incompatibilidad entre la ley antigua y la nueva. Se ha juzgado, en ese sentido,

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

Muchas veces la absoluta incompatibilidad entre dos leyes resulta del sistema de ellas; y entonces la anterior se deroga tácitamente en su totalidad. (3)

367. Como en el Código se dan reglas generales sobre la derogación de la ley, debió expresarse el principio, aceptado por los jurisconsultos (4), que la *ley especial* no se deroga tácitamente por la *ley general*.

Debemos recordar que según el art. 4º, los códigos especiales se aplican á la materia peculiar de que tratan, y que sólo cuando faltan en ellos las respectivas disposiciones se acude al Código civil.

Ahora bien, si reformándose éste se redactara un artículo que, por ejemplo, pugne con una de las disposiciones del Código de comercio, podría dudarse sobre si hay

---

que es preciso haya manifiesta pugna entre dos leyes para que la nueva derogue tácitamente la antigua; y que haya tal incompatibilidad, que sea imposible ejecutar la segunda sin abolir la primera. " (Dalloz. Lois. 539.)

" La derogación es tácita cuando las disposiciones de la ley nueva son incompatibles con las disposiciones de la anterior:

" Pero si la derogación no proviene sino de la pugna entre dos leyes, no debe aceptarse sino respecto de las disposiciones de la ley antigua que son inconciliables con las nuevas disposiciones. La derogación tácita presenta dificultades; y principalmente en ciertas materias especiales, regidas por leyes sucesivamente promulgadas en épocas distintas, ha habido á veces muchas incertidumbres y complicaciones. " (Demolombe. I. 126.)

(3) " Cuando la incompatibilidad se refiere al principio mismo que servía de base á la ley antigua, la derogación se extiende á todas sus disposiciones indistintamente. " (Zachariae, A. R. I. § 29.)

(4) Según los principios, la ley general no deroga la ley especial, y la derogación tácita no se efectúa en este caso, á menos que la intención contraria del legislador se deduzca claramente de la ley misma. " (Demolombe. I. 127.)

" Como la derogación tácita supone incompatibilidad manifiesta, no podría, en cuanto á las leyes que reglan materias especiales, deducirse de la promulgación de una ley posterior, á menos que la intención contraria del legislador se deduzca claramente del objeto ó del espíritu de la nueva ley : *legi speciali per generalem non derogatur*. Las leyes especiales no pueden, pues, en general, ser tácitamente derogadas sino por leyes especiales nuevas. " (Zachariae. A. R. I. § 29.)

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

derogación tácita de este último Código. Opinamos que no la habría, porque el Código de comercio, como especial, en nada atañe al Código civil.

Mas, para completar las reglas sobre la derogación, y para alejar todo motivo de duda, conviniera que se agregue al Código civil de Chile el art. 49 del Código ecuatoriano : *la ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa.*

FIN DEL PRIMER TOMO.

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

INDICE

TÍTULO PRELIMINAR.

§ 1.

De la ley.

PÁGINAS.

Art. 1° 1
1. Definiciones de la ley. 2
2. Observaciones sobre la definición que da el art. 1°. 3
3. Leyes imperativas, prohibitivas y permisivas; absolutas y supletorias. 4
4. Leyes inconstitucionales. 5
Art. 2°. 7
5. La costumbre no tiene fuerza de ley. 9
6. No es exacto que en ciertos casos la costumbre tenga fuerza de ley. 11
7. La costumbre según el Código de Napoleón. 11
8. Requisitos y prueba de la costumbre. 11
Art. 3°. 12
9. Sólo el legislador puede interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. 13
10. Las sentencias no surten efecto sino acerca de las partes. 13

§ I.

De la cosa juzgada.

11. El Código civil no da reglas sobre la cosa juzgada. 14
12. Institución de la cosa juzgada. 15
13. Necesidad de esa institución. 15

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

14. Esencia de la cosa juzgada 16
15. Requisitos de la cosa juzgada. 16
16. Juicios de jurisdicción voluntaria y de jurisdicción contenciosa. 17
17. Las resoluciones expedidas en los juicios de jurisdicción voluntaria no pasan en autoridad de cosa juzgada. 17
18. Requisitos concernientes á la forma de las sentencias 18
19. Las leyes ecuatorianas distinguen entre la ejecutoria y la cosa juzgada. 20
20. Varias especies de sentencias. 20
21. Distinción entre las acciones personales y las reales. 21
22. Efectos de la sentencia absolutoria. 22
23. Los fundamentos de la sentencia pasan en autoridad de cosa juzgada. 23
24. Demostración de este principio. 25
25. Fundamentos objetivos y fundamentos subjetivos. 27
26. Efectos de la cosa juzgada 28
27. Ejecución de la sentencia. 28
28. Cuándo puede corregirse la sentencia definitiva. . 28
29. Excepción de cosa juzgada. 29
30. Casos en que se admite tal excepción. 29
31. Observaciones sobre los trámites de los juicios. . . . 31
32. Identidad entre los dos litigios. 32
33. Texto de Ulpiano 37
34. Identidad subjetiva. 39
35. La cosa juzgada es título de propiedad. 39
36. Efectos de la sentencia en cuanto á los sucesores de las partes. 40
37. Crítica de la opinión según la cual el deudor representa á sus acreedores. 41
38. Referencia. 41

§ II.

De las sentencias extranjeras.

39. Sistemas sobre los efectos que ellas surten 42
40. Trabajos de los publicistas para uniformar sobre este punto la legislación de los Estados. 43

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

41. De dónde nace la fuerza obligatoria de la sentencia extranjera 44
42. La sentencia extranjera debe considerarse como instrumento público, excepción de cosa juzgada, y título ejecutivo 46
43. La sentencia como instrumento público es prueba plena 46
44. Eficacia de la sentencia 47
45. Aplicación de las leyes extranjeras 48
46. Requisitos intrínsecos de la sentencia 50
47. Sentencias contrarias al Derecho Internacional 51
48. Competencia del juez 51
49. Citación 52
50. La sentencia extranjera como excepción de cosa juzgada 53
51. Como título ejecutivo 54
52. Ejecución de la sentencia en Chile 55
52 *bis*. En el Ecuador 56
53. Obligación líquida 56
54. Prescripción 57
55. Auto de pago 57
55 *bis*. Alegadas excepciones, el juez examina si son posteriores á la sentencia 57
56. Si deben ejecutarse en Chile los exhortos concernientes á la vía de apremio 58
57. Cómo se ejecutan en Francia las sentencias extranjeras 59
58. En Alemania 61
59. En Inglaterra 62
60. En los Estados Unidos 63
61. En Bélgica 63
62. En España 64
63. En México 66
64. En la República Argentina 67
65. En Colombia y el Perú 68
Art. 4º 69
66. Este artículo encierra dos reglas 69
67. Leyes especiales á ciertas materias 69
68. El Código civil suple las omisiones de las leyes sustantivas especiales 70
69. También el Código de enjuiciamientos es ley supletoria 70
Art. 5º 71
70. Este artículo es meramente reglamentario 71

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

Art. 6º. 72
71. Promulgación—Publicación. 74
72. La ley no obliga sino en virtud de su publicación. 75
73. La publicación debe hacerse en el Periódico Oficial.—Su fecha es la de tal periódico. 75
Art. 7º. 77
74. La ley promulgada es obligatoria 79
75. Es absurda la presunción de que la ley promulgada es conocida de todos. 79
76. La ley es obligatoria á medida que transcurren los plazos. 80
77. Investígase si entran en cuenta las fracciones de veinte kilómetros 81
78. Casos en que puede haber duda sobre si rige la ley antigua ó la nueva. 82
79. Efectos extraterritoriales de la promulgación. 82
80. Casos en que la ley determina un plazo único para que la ley principie á regir. 84
Art. 8º. 85
81. La ignorancia de la ley no excusa á nadie. 86
82. Son dos ideas distintas: la ignorancia de la ley á nadie excusa; todos conocen la ley. 86
83. Excepciones que en cuanto á la ignorancia de la ley establecían las leyes romanas y las españolas. 86
84. Si se interrumpen las comunicaciones entre los departamentos, no corre el plazo legal. 87

§ III.

Efectos de la ley.

85. Efectos en el espacio y en el tiempo 87
Art. 9º 88
86-87. Límites temporales de la ley 90
88. No es absoluto el principio: la ley no tiene efecto retroactivo 92
89. Leyes concernientes á la existencia y á la adquisición de los derechos. 92
90. En qué consisten las leyes concernientes á la existencia de los derechos 93
91. Casos importantes en que se aplican las leyes sobre la existencia de los derechos. 94

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

92. Leyes sobre la adquisición de los derechos.—No tienen efecto retroactivo. 95
93. Cuándo no puede el legislador dar á la ley efecto retroactivo. 97
94. En qué consisten los derechos adquiridos. 98
95. Las leyes que declaran el sentido de otras se entienden incorporadas en éstas. 102
Art. 1°. de la ley sobre efecto retroactivo (expedida en 1861). 104
96. Crítica de esta ley. 104
Art. 2°. (de la misma ley). 107
97. Libre es el legislador para determinar los requisitos concernientes á la adquisición del estado civil. . . 108
Art. 3°. (ley de 1861). 109
98. Este artículo encierra dos reglas. 110
99. Distinción del estado civil adquirido, ya en virtud de actos voluntarios, ya de sucesos independientes de la voluntad humana. 110
100. Doctrina de Laurent. 112
101. Contraste entre las leyes concernientes á la adquisición de los derechos y á la existencia de los mismos. . 114
102. Conflicto suscitado en Francia á causa de la interdicción de los pródigos. 115
103. Derechos y obligaciones inherentes al estado civil. . . 116
104. Reglas especiales á los cónyuges. 117
Art. 4°. (ley de 1861). 119
105. Adquirido el estado civil de padre legítimo, uno de los derechos inherentes á tal estado es el usufructo y administración de los bienes del hijo. . . 120
Art. 5°. (ley de 1861). 121
106. Leyes sobre el estado civil de hijo natural. 121
107. El art. 5° es innecesario 122
Art. 6°. (ley de 1861). 123
108. Hijo ilegítimo. 123
109. Error tipográfico del Código ecuatoriano. 123
Art. 7°. (ley de 1861). 124
110. Expectativas. 124
111. No debe distinguirse sino entre las expectativas y los derechos adquiridos. 125
112. El art. 7° no dirime ningún conflicto. 126
Art. 8°. (ley de 1861). 126
113. Este artículo es nugatorio. 127
Art. 9°. (ley de 1861). 127
114. Reglas concernientes á las guardas. 128

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.
Art. 10. (ley de 1861). 129
115. Leyes sobre las personas jurídicas. 129
Art. 11. (ley de 1861). 130
116. Restitución *in integrum*. 131
Art. 12. (ley de 1861). 132
117. Este artículo encierra tres reglas. 132
118. El legislador no puede extinguir los derechos reales sin dar á la ley efecto retroactivo. 132
119. Esa regla no es aplicable cuando las nuevas leyes se refieren á la existencia de los derechos. . . . 133
120. El ejercicio de los derechos reales depende de la ley entonces vigente. 133
121. Las leyes sobre mayorazgos son ajenas del Código civil. 134
Art. 13. (ley de 1861). 134
122. Leyes sobre la posesión. 134
Art. 14. (ley de 1861). 135
123. Este artículo encierra tres reglas. 136
Art. 15. (ley de 1861). 137
124. Este artículo es consecuencia de la regla que todo derecho real subsiste bajo el imperio de las nuevas leyes. 137
Art. 16. (ley de 1861). 138
125. Crítica del artículo. 138
126. Las servidumbres voluntarias son derechos adquiridos. 139
127. Doctrina de Chabot sobre las servidumbres voluntarias. 140
128. El art. 16 pugna con el art. 884 del Código civil. . 141
129. Crítica de la reforma del Código ecuatoriano. 141
Art. 17. (ley de 1861). 141
130. Este artículo no da reglas sobre el conflicto entre dos leyes. 142
Art. 18. (ley de 1861). 142
131. Qué debe distinguirse tratándose del testamento. . . 143
132. Incapaces de testar. 143
133. Solemnidades externas del testamento. 144
134. El testamento no confiere á los asignatarios sino expectativas. 145
Art. 19. (ley de 1861). 146
135. Este artículo es consecuencia del anterior. 146
Art. 20 (ley de 1861). 147
136. Examen del artículo. 148
Art. 21. (ley de 1861). 148

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

137. La sucesión testamentaria y la intestada se rigen por la ley vigente cuando fallece la persona de cuya sucesión se trata. 148
138. A este artículo se da efecto retroactivo en cuanto á las donaciones hechas conforme á las leyes españolas. 149
Art. 22. (ley de 1861). 150
139. En todo contrato se incorporan las leyes vigentes cuando su celebración. 150
140. Doctrina de Merlin sobre los efectos y las consecuencias de los contratos. 152
141. Corolarios de la regla según la cual en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes cuando su celebración. 154
142. La misma regla se aplica á todos los hechos voluntarios, lícitos ó ilícitos. 154
143. Obligaciones impuestas por la ley. 155
144. Excepciones al art. 22. 155
145. No se incorporan en el contrato sino las leyes sustantivas. 155
146. Reglas concernientes á las penas. 156
Art. 23. (ley de 1861). 157
147. Inexactitud de la distinción entre los actos y contratos válidos y los nulos. 158
148. Los actos ó contratos deben probarse conforme á la ley vijente cuando su ejecución ó celebración. . . 158
149. Distinción entre los requisitos constitutivos del estado civil y las pruebas concernientes á que tal estado se confirió. 159
150. En cuanto á los contratos, la regla es consecuencia del art. 22. 160
Art. 24. (ley de 1861). 162
151. El legislador no ha previsto todos los casos. 162
152. La competencia del juez no depende sino de la ley vijente cuando el litigio se sustancia. 162
153. Reglas sobre la sustanciación de los juicios. 165
154. Los medios de ejecución de la sentencia no dependen sino de la ley vigente cuando se sigue el juicio ejecutivo. 167
Art. 25. (ley de 1861). 168
155. Crítica sobre la redacción del artículo. 169
156. Reglas que este artículo encierra 169
157. Estas reglas no son conformes á los principios absolutos sobre el efecto retroactivo. 169

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

158. Pero el mitigar el principio es conforme á la equidad. 171
159. Examínase el art. 2281 del Código de Napoleón. . . . 172
Art. 26. (ley de 1861). 173
160. La regla que establece este artículo es consecuencia de los principios sobre la no retrotracción de la ley. 174
161. No se confunda la adquisición por medio del tiempo con la sentencia que declara la prescripción. . . . 174
Art. 10. 175
162. No es razonable dar mayor importancia á las leyes prohibitivas que á las demás leyes absolutas. . . 176
163. Doctrina de Laurent. 177
164. El art. 10 no es conforme al sistema del Código chileno. 179
165. No se confundan las leyes prohibitivas con las que sólo se refieren á la capacidad de las partes. . 179
Art. 11. 180
166. Este artículo no es aplicable en la práctica. 180
Art. 12. 181
167. Crítica de la redacción. 183
168. Este artículo encierra tres reglas. 183
169. ¿Qué dice la ley cuando declara que son renunciables todos los derechos que no miran al interés individual del renunciante?. 183
170. ¿Cuáles son las leyes que no pueden ser alteradas por convenciones de los particulares?. 186
171. Examen de las doctrinas sobre esta materia. . . . 186
172. No pueden renunciarse ni los derechos que miran al interés individual, cuando la ley prohibe la renuncia. 190
Art. 13. 191
173. Este artículo dirime los conflictos entre las leyes generales y las especiales. 192
Art. 14. 193
174. Si bien el artículo parece absoluto, deben distinguirse tres casos. 194

§ I.

La ley es obligatoria á todos los habitantes de la República.

175. De la soberanía nacional se deriva el derecho de legislación. 195

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.
176. La ley es obligatoria á todos los nacionales. 196
177. En cuanto á los extranjeros, el legislador no pudo convertirlos en sus súbditos de una manera tan absoluta 196
178. Los principios de la ciencia moderna exigen que se dividan las leyes en dos grandes grupos 196
179. Las leyes penales y las de policía obligan tanto á los nacionales como á los extranjeros 197
180. Crítica del art. 14 198
181. Pero los jueces deben aplicarlo 199
182. Quiénes son habitantes de la República. 200

§ II.

De las excepciones establecidas por el Derecho Internacional.

I.

DE LOS SOBERANOS.

183. El soberano extranjero goza de inviolabilidad y exterritorialidad. 201
184. Honores al soberano extranjero 202
185. Requisitos para que el soberano goce de los privilegios 203
186. Cómo se procede cuando el soberano comete crímenes. 203
187. Examínase si una nación, como persona jurídica, puede ser compelida á comparecer en juicio ante los jueces de otra nación 204
188. Reglas que deben observarse cuando los tribunales de una nación conocen en los litigios que contra el fisco de la misma nación se suscitan 211

II.

DE LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS.

189. Brevísimos apuntamientos históricos 213
190. Derecho de legación 214
191. Si es obligatorio recibir agentes diplomáticos 216
192. Si el nacional puede ser agente diplomático de otro Estado. 218

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

193. Reglas concernientes á la guerra civil 218
194. Reglas sobre la guerra entre dos naciones 219
195. Idioma de la diplomacia. 221
196. Clasificación de los agentes diplomáticos 222
197. En qué se distingue cada clase 224
198. Cuerpo diplomático 226
199. Credenciales 226
200. Instrucciones 227
201. Plenos poderes 228
202. Pasaportes 228
203. Inmunidades y privilegios de los agentes diplomáticos. 229
205. No hay reglas ciertas para trazar el límite entre la inviolabilidad y la exterritorialidad. 231
206. Inviolabilidad 232
207. Si es absoluta la inviolabilidad 237
208. Inviolabilidad de la comitiva de los agentes diplomaticos 240
209. Si es inviolable el agente diplomático que pasa por el territorio de una tercera potencia. 241
210. Exterritorialidad 243
211. Asilo. 246
212. Casos en que cesa la exterritorialidad. 250
213. Secretarios de legación 251
214. El agente diplomático no puede renunciar sus privilegios 252
215. Casos en que termina el cargo de agente diplomático. 253

III.

DE LOS NAVÍOS DE GUERRA.

216. Diferencia entre estos navíos y los mercantes. 253
217. Requisitos de la existencia de los navíos de guerra y medios de prueba de la nacionalidad 254
218. Controversia entre España y Dinamarca en cuanto á la Corbeta San Juan 255
219. La regla declarada por Rusia es exacta 255
220. Los navíos de guerra se distinguen de los mercantes en los derechos especiales de que gozan. 256
221. Exterritorialidad de los navíos de guerra. 257
222. La inviolabilidad de los navíos de guerra no lleva consigo irresponsabilidad 261

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

223. Tampoco impide que á los navíos de guerra obliguen las ordenanzas ó reglamentos sanitarios 262
224. ¿Es exacta la expresión : los navíos de guerra forman parte del territorio nacional?. 262
225. Buques mercantes. 263

IV.

DEL EJÉRCITO EXTRANJERO.

226. Reglas relativas al ejército extranjero que pasa por territorio nacional 265

§ III.

De las reglas sobre los límites locales de las leyes.

227. La disposición según la cual la ley obliga aún á los extranjeros, no es aplicable sino cuando se trata de actos ó convenciones ejecutados ó celebradas en Chile 266
228. Definición del derecho Internacional privado 269
229. Entre los romanos apenas si se conocían las reglas concernientes al Derecho Internacional privado. . . . 271
230. Los bárbaros del norte establecieron como principio que cada individuo estaría sujeto á las leyes de su nacionalidad. 272
231. Estatutos. 273
232. Los glosadores. 274
233. Tres especies de estatutos 279
234. Reglas de los estatutarios para resolver los problemas sobre los límites locales de la ley 279
235. Crítica de la doctrina de los estatutos 279
236. Examínase si el Código de Napoleón acepta la doctrina de los estatutos. 281
237. En el Código chileno no hay ni sombra de la doctrina sobre los estatutos 283
238. Reglas para dirimir los conflictos entre los límites locales de la ley. 283
239. Cuándo no se aplican en un Estado las leyes de otro. . 291
240. Es necesario distinguir el derecho público interno del derecho público internacional. 294

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

241. No son aplicables las leyes extranjeras cuando las leyes nacionales hubieren resuelto el conflicto. 295
242. Aplicación de las leyes extranjeras. 297
243. Parecer del Instituto de Derecho Internacional sobre conocimiento y prueba de las leyes extranjeras . . . 300
244. Resumen de los principios y reglas sobre el conflicto entre los límites locales de la ley. 302
Art. 15. 304
245. En dos aspectos deben examinarse las reglas que el art. 15 encierra. 306

§ I.

Estado y capacidad de los chilenos.

246. Crítica. 307
247. Es impropia la expresión ejecutar ciertos actos. . . . 308
248. Qué leyes personales surten efecto extraterritorial . . 309
249. Estado civil 309
250. Las leyes concernientes al estado civil surten efecto extraterritorial 311
251. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas se determinan por la nacionalidad 313
252. A qué se refieren los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia. 318

§ II.

Estado y capacidad de los extranjeros.

253. Respecto de los actos y contratos ejecutados en Chile, el estado y la capacidad del extranjero se determinan por la ley chilena. 319
254. Doctrina de los escritores franceses 320
255. El art. 14 del Código chileno no es aplicable cuando se exige en Chile el cumplimiento de actos ó contratos ejecutados ó celebrados en otra nación 321
256. Casos en que los tribunales chilenos no deben aplicar las leyes extranjeras. 321
Art. 16. 324
257. Este artículo encierra tres reglas. 326
258. Necesario es que todos los bienes situados en una nación estén sujetos á sus leyes. 327

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.

259. El Código chileno extiende el imperio de las leyes nacionales á los muebles situados en la nación. . . . 328
260. Enuméranse las leyes reales. 334
261. Los bienes situados en la República pueden disponerse por contratos válidos celebrados en otra nación. 331
262. En cuanto á los bienes muebles, se distingue si el contrato debe cumplirse en Chile ó en otra nación. . 335
Art. 17. 336
263. Este artículo encierra cuatro reglas. 337
264. Forma de los actos ó contratos. 338
265. Significado de la regla *locus regit actum*. 339
266. Esa regla sólo se refiere á la forma de los instrumentos. 339
267. Provino ella de la doctrina de los estatutos, y fue aceptada por el derecho consuetudinario universal. 342
267. Los redactores del Código de Napoleón conocieron la necesidad y exactitud de esta regla. 342
268. Examínase si la regla *locus regit actum* es obligatoria ó facultativa.. 343
269. Para determinar si el instrumento es ó no auténtico, debe atenderse á la ley de la nación donde fue otorgado. 346
270. El Código chileno aplica la regla *locus regit actum* sólo á los instrumentos públicos. 346
271. Legalización 347
Art. 18. 349
272. Cuando la ley exige instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse en Chile, no valen las escrituras privadas extendidas en otra nación. 349

§ IV.

Interpretación de la ley.

273. Necesidad de la interpretación. 352
274. Interpretación auténtica, é interpretación doctrinal. . 354
275. En qué consiste la interpretación doctrinal. 354
276. En la interpretación se distinguen cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y sistemático. 355
277. Cómo se procede á la interpretación. 356
278. Motivo de la ley. 356

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.
279. Interpretación de las leyes defectuosas. 358
280. Examen de la legislación en su conjunto. 358
281. Una ley defectuosa se interpreta por sus motivos. . . 359
282. El intérprete debe apreciar el resultado obtenido. . . 359
283. La oscuridad puede provenir de una expresión incompleta ó de una ambigua. 359
284. Art. 19. 362
285. Cuando el sentido de la ley es claro á él debe atenerse el juez. 362
286. Cuando hay pugna entre dos leyes claras, son aplicables otras reglas. 364
287. Crítica del inciso segundo. 365
288. El elemento histórico es un medio muy poderoso para interpretar la ley. 365
Art. 20. 365
289. Este artículo encierra dos reglas. 366
290. Presúmese que el legislador emplea las palabras usuales en su genuino sentido. 366
291. Cuando el legislador define ciertas palabras de la ley, propónese que el juez tenga una regla fija. . . . 367
Art. 21. 368
292. Reglas sobre las palabras técnicas de la ley. 368
Art. 22. 369
293. Este artículo encierra dos reglas. 371
294. Que para interpretar la ley debe atenderse á su contexto, es la principal de las reglas de interpretación. 371
295. El juez debe proceder sobre el supuesto cierto de que el legislador busca la armonía entre las disposiciones de la legislación. 372
Art. 23. 372
296. Reglas que da este artículo. 373
297. Cuando el sentido de la ley es claro, poco importa que ella sea favorable ú odiosa. 373
Art. 24. 374
298. Pero esta regla no es aplicable sino cuando el sentido de la ley es absolutamente claro. 374
299. Cuando son insuficientes las reglas de interpretación, acude el juez al espíritu general de la legislación y á la equidad natural. 375
300. Es necesario atender al sistema dominante en cada Código y en el conjunto de las leyes que rigen al Estado. 375
301. Equidad natural. 376

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

§ V.

Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes.

PÁGINAS.

302. Este parágrafo es importantísimo. 378
Art. 25. 379
303. El art. 25 es nugatorio. 380
Art. 26. 380
304. División de las personas atendiéndose exclusivamente á la edad. 382
305. La mayor edad debe principiar á los veintiún años. . 383
306. Las palabras mayor de edad, empleadas en las leyes, comprenden á los menores que han obtenido la respectiva habilitación. 387
Art. 27. 387
307. Grados y líneas. 393
Art. 28. 394
Art. 29. 395
Art. 30. 396
308. No hay diferencia entre los hijos legítimos concebidos en matrimonio y los legitimados por el matrimonio posterior á la concepción. 396
Art. 31. 397
Art. 32. 399
Art. 33. 400
309. Afinidad legítima y afinidad ilegítima. 400
Art. 34. 401
310. Este artículo es nugatorio. 402
Art. 35. 402
311. Todos los hijos son legítimos ó ilegítimos. 403
Art. 36. 404
312. División de los hijos ilegítimos. 406
313. No hay más hijos naturales que los reconocidos. . . . 406
314. Don Andrés Bello dividió los hijos no legítimos sólo en dos clases. 407
315. Eso expliqua por qué no se definió en el Código chileno la expresión hijos simplemente ilegítimos. . . 407
316. Los hijos de dañado ayuntamiento se subdividen en tres clases. 408
Art. 37. 412

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo

PÁGINAS.
317. Hijo adulterino. 413
Art. 38. 413
318. Hijo incestuoso. 414
Art. 39. 415
319. Hijo sacrílego. 415
Art. 40. 415
320. Las denominaciones que se dan á los hijos se aplican correlativamente á los padres. 416
Art. 41. 416
321. Hermanos naturales. 417
Art. 42. 418
322. Audiencia á los parientes. 419
Art. 43. 420
323. Representantes legales. 420
324. La enumeración es completa en cuanto á las personas naturales. 421
325. Mas no lo es en cuanto á las personas jurídicas. . . 421
Art. 44. 422
326. Culpa.—Dolo. 425

§ I.

De la culpa.

327. Disertación de Pothier. 425
328. Tres especies de culpa. 427
329. Crítica del sistema sobre la culpa. 427
330. Las definiciónes de la culpa son deficientes. 433

§ II.

Del dolo.

331. En qué consiste el dolo. 431
332. Los jurisconsultos modernos han aceptado la definición de Labeón. 435
333. Diferencia entre el dolo y el fraude. 436
334. Resumen del sistema sobre el dolo. 437
Art. 45. 437
335. Algunos jurisconsultos distinguen entre el caso fortuito y la fuerza mayor. 438

Biblioteca Nacional Eugenio Espejo