

LECCIONES
DE
Derecho Práctico
Civil y Penal

POR
VICTOR M. PEÑAHERRERA

TOMO PRIMERO

LECCIONES
DE
DERECHO PRACTICO
CIVIL Y PENAL

LECCIONES

DE

Derecho Práctico

CIVIL Y PENAL

POR

VICTOR M. PEÑAHERRERA

Profesor de dicha Asignatura, por oposición,
en la Universidad Central del Ecuador.

Presidente del Colegio y la Academia de Abogados en la Central
de la República.

TOMO PRIMERO

QUITO—ECUADOR

Talleres Gráficos de Educación.

1943

La presente edición de
**LECCIONES DE DERECHO
PRACTICO CIVIL Y PENAL,**
obra del Ilustre Jurisconsulto
doctor don Víctor M. Peña-
herrera, ha sido patrocinada
por el Gobierno del Excmo.
señor Presidente de la Repú-
blica, doctor don Carlos A.
Arroyo del Río, y, llevada a
cabo bajo los auspicios del
señor Ministro de Educación
Pública, doctor don Abelardo
Montalvo, con la debida au-
torización de la Universidad
Central, propietaria de los de-
rechos literarios de la obra
y esta nueva edición se la de-
dica a la juventud universi-
taria del Ecuador.

**LOS ALUMNOS DEL QUINTO CURSO DE LA FACULTAD
DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL**

CONSIDERANDO:

- 1º—**Que el señor doctor don Abelardo Montalvo Ministro de Educación Pública y profesor de Procedimiento Civil, ha contribuido a la publicación de la obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", del doctor Víctor M. Peñaherrera; y
- 2º—**Que dicha publicación constituye un positivo beneficio para los estudiantes de Derecho,

ACUERDAN:

- 1º—**Dejar constancia de su agradecimiento por el apoyo prestado,
- 2º—**Enviar una copia de este Acuerdo al doctor Abelardo Montalvo; y
- 3º—**Publicarlo anexo al Primer Tomo de la obra.

Dado en Quito, a 17 de Abril de 1943.

F.) Francisca Álvarez, Ninfa Herrera, Alberto de Guzmán Polanco, Olmedo Lupera, Jorge Cornejo R., Juan Francisco Sevilla, Francisco J. Salgado, César Espindola Pino, Octavio Donoso Velasco, Rodrigo Alvarez S., Alvaro Ponce, Alfredo Donoso D., Alfonso Mora V., Colón Morales, Carlos Ponce M., Gonzalo Cajiao, Julio Ospina R., José Nájera E., Gualberto León, Hugo Avllés, Carlos Mendoza, José H. Zambrano, Cristóbal O. Mora, Jorge Almeida H., Luis Santillán, Juan Hermansen, Gonzalo Córdova, Alejandro Gallegos, Hugo Játiva, Vicente García, Miguel Dávalos, Aníbal Cáceres A. Heraclio Fabara,

PROLOGO

MI afición especial al estudio del Derecho Práctico, que tan íntimamente se relaciona con el ejercicio profesional, indújome el año 1889, a figurar, recién recibido de abogado, en el concurso de opositores a la cátedra de esa asignatura en la Universidad Central de esta República; y, favorecido por el éxito, añadióseme a la inclinación espontánea, el deber estricto e ineludible de consagrar mi preferente atención a dicho género de estudios.

Comprendí desde entonces que la enseñanza del Derecho Práctico en la Universidad no podía limitarse a la de los Códigos respectivos, y que al conocimiento de las leyes debía preceder el de los principios científicos que les sirviesen de fundamento. Pero no contando con libro alguno en que tales principios estuvieran consignados metódicamente y en una forma adaptable al sistema de nuestra legislación y al carácter especial de nuestras instituciones, víme precisado a ir recogiendo paulatinamente observaciones y apuntamientos, con el fin principal de aliviar año tras año mi carga, y poder ofrecer a mis alumnos cada vez algo menos imperfecta y mejor ordenada la doctrina.

PROLOGO

La legislación civil sustantiva es un cierto modo cosmopolita. Basada directamente en los inmutables principios de la ley natural, poco significan para ella las fronteras de los pueblos y la sucesión y vicisitudes de los tiempos; y sus modificaciones y cambios se operan lentamente, según lo exigen la evolución y el progreso de las ideas. Por eso las inmortales leyes del pueblo romano han sido, en gran parte, las de la humanidad; y por eso, promulgado el Código Napoleón tuvieron Código civil muchos pueblos de la raza latina.

Síguese de allí que las innumerables obras escritas, ora para textos de enseñanza, ora como explicaciones o comentarios de la ley, forman un luminoso y completo cuerpo de doctrinas, perfectamente utilizable en todas partes, hasta para comprender mejor el sentido de las diferencias, más o menos accidentales, que en cada país se han introducido.

Cosa muy diversa pasa con las leyes adjetivas. Ya por su relación íntima con las orgánicas y, en general, con las instituciones políticas; ya por la influencia especial que en ellas ejercen las costumbres y necesidades peculiares de cada pueblo y su grado de cultura y desarrollo; ya por otras causas que sería largo puntualizar, tienen en todas partes un sello bien marcado de nacionalidad; y el Derecho Práctico de un país difiere de tal manera del de los otros, que sin un estudio concienzudo y profundo, no es posible discernir en las teorías y doctrinas extranjeras aquello que es aplicable a nuestras instituciones de lo que no lo es.

Como la verdad es una, esta ciencia tiene, lo mismo que todas las ciencias, principios generales e inmutables; pero en esto, como en todos los órdenes de la naturaleza física y moral, se advierte el contraste de la unidad en la variedad. Derivadas de un mismo tronco, las ramas

avanzan por opuestos lados; y las aplicaciones de idénticos principios, combinados en cada lugar y tiempo con circunstancias especiales y distintas, dan lugar a conclusiones diversas y aun contrarias.

En ningún otro género de leyes se marca tanto el carácter de cada pueblo, su fisonomía moral, su idiosincrasia. Sin gran dificultad han podido los pueblos modernos tomar como base el Código Napoleón, para su legislación civil sustantiva; mas qué haríamos nosotros con el Código de Procedimiento francés, ni qué podría hacer con él cualquier otro pueblo distinto de la Francia?... De donde resulta que, mientras para los estudios de Derecho Civil encontramos muchas y monumentales obras, que no parecen sino haberse escrito a propósito de nuestras necesidades y en previsión de cada una de las cuestiones o dificultades que se nos ofrecen; para los infinitos problemas que diariamente se presentan en el Derecho Práctico, rara vez tenemos alguna que poder consultar provechosamente.

Los importantes trabajos de Carré, Boitard, Garsonnet, Bonfils, Bonnier, Boncenne, etc., destinados a la explicación del Derecho Práctico francés; los muy eruditos de Caravantes, López Moreno, Reus, Manresa, y otros expositores españoles; de Blackstone y Stephens, de Mittermaier y Mattiolo, etc., pueden servirnos para divisar a lo lejos los inmensos horizontes de la ciencia; para plantearnos algunas de las dificultades que en tan ardua y complicada materia se ofrecen; para sugerirnos ideas y conocimientos aislados, y darnos ocasión de meditar mucho, a fin de investigar los principios generales en medio de las aplicaciones concretas. Pero si buscamos en cualquier biblioteca del mundo un libro que pueda servirnos de texto para el estudio que necesita-

mos hacer del Derecho Práctico, de seguro no lo encontraremos.

Los elementos componentes de esa ciencia hállanse diseminados en obras de diversos géneros; y sólo una larga y perseverante labor y un criterio bien ejercitado, podrían recogerlos y utilizarlos en la forma que nos es necesaria.

Explícase también esto por la observación de que el Derecho Práctico, como ciencia, lleva de existir muy poco tiempo. Los profesores franceses, especialmente Boitard, y notables jurisconsultos españoles como López Moreno, se lamentan de que hasta hace poco tiempo se haya creído que esa ciencia estaba reducida al conocimiento de los formularios dictados por la rutina y del mecanismo material de los expedientes. Y entre nosotros tan arraigada estaba esa tradicional preocupación, que hasta el último tercio del siglo pasado ni enseñanza especial había de Derecho Práctico en nuestra antigua y famosa Universidad; y se consideraba suficiente para que los alumnos obtuvieran el grado de Doctor, que presentasen certificado de haber concurrido durante cierto tiempo al despacho de un abogado o a la oficina de un Escribano.

La reacción científica del Derecho Práctico es, pues, contemporánea nuestra; y todavía está en lucha con las antiguas prácticas y corruptelas del empirismo, que lentamente van cediendo el paso a las doctrinas filosóficas.

Las precedentes consideraciones explican bien el retardo de esta publicación, y las vacilaciones que para hacerla he tenido, no obstante las benévolas insinuaciones de mis amigos y las continuas exigencias de mis

alumnos, con quienes he contraído varias veces formales compromisos; pues he estado siempre convencido de que era una empresa audaz y muy superior a mis limitados recursos intelectuales, la de ensayar la formación de un texto que contuviera lo que, de una manera hasta cierto punto antitética, pudiéramos llamar la **teoría del Derecho Práctico**, o sea un tratado elemental en que se consignasen, ordenada y metódicamente, los principios científicos del Derecho Procesal, aplicados a nuestras instituciones positivas. En ella he persistido, empero, aunque sin esperanza de coronarla satisfactoriamente, al travez de tantas dificultades, con el propósito de suministrar a la juventud estudiosa siquiera sea un imperfecto esbozo o un acopio de materiales utilizables para los más amplios y provechosos estudios que ella pudiera hacer posteriormente, y que, por el momento, le eximiese de los graves inconvenientes prácticos de las lecciones orales, en las que ni el profesor puede siempre ordenar convenientemente las materias y tratarlas con la debida claridad, ni los alumnos hacer concepto cabal de las ideas del profesor, y retener cuánto él ha procurado transmitirles. (1)

A propósito de esto, dije a mis alumnos lo siguiente, al presentarles, hace algunos años, el programa detallado que debía servirnos de norma para los estudios escolares:

“La experiencia de algunos años de magisterio me ha convencido de que las lecciones orales no pueden dar resultado satisfactorio, si los alumnos no cuentan con algún libro —un resumen siquiera o compendio— en

(1) Muchos de mis alumnos han escrito cuadernos de mis lecciones orales, y éstos circulan en la República como obra mía, sin que yo los haya dictado, ni haya podido siquiera conocerlos y revisarlos. Tal circunstancia ha contribuido también a decidirme a la presente publicación.

“que se encuentren sistemáticamente consignados los
“principios que sirven de fundamento a la doctrina. Y
“así lo reconocen también y recomiendan aun los profe-
“sores franceses, generalmente decididos por la ense-
“ñanza oral.

“Y como para el estudio que nosotros debemos ha-
“cer del Derecho Práctico, no nos es posible encontrar
“libro alguno que llene esta necesidad, me he propuesto
“desde hace bastante tiempo, hacer para mis alumnos
“alguna publicación de los apuntamientos recogidos para
“la enseñanza, y aun he contraído con ellos reiterados
“compromisos, que diversos inconvenientes y dificulta-
“des me han impedido cumplir.

“El texto puede, sin embargo, ser reemplazado, en
“cierto modo, por un programa detallado de la materia;
“el cual, por una parte, facilita el recuerdo de las leccio-
“nes orales; y, por otra, tiene la ventaja de poner a los
“jóvenes en la necesidad de consagrarse a estudios y
“meditaciones propias, que forman más sólidas y pro-
“fundas convicciones, y de ejercitar la inteligencia y el
“hábito de investigación y de análisis, indispensable para
“todo el que se dedica a cualquier ciencia.”

Hoy me propongo la explanación de ese programa, con las reformas que, ya en el fondo, ya sólo en cuanto a la forma, me han parecido conveniente. No es, por tanto, mi principal propósito escribir comentarios de las disposiciones de nuestros Códigos adjetivos. Es tan efímera la duración de ellas, que rara vez pasa un lustro sin que tengamos nueva edición oficial, con multitud de reglas agregadas, suprimidas o cambiadas, y con diversa numeración de artículos. El plan de mis estudios ha sido diverso: he contraído mi atención preferente a lo que es y debe ser fijo e invariable; a los principios científicos que han de servir de base fundamental a las le-

yes; a las síntesis jurídicas, sin las cuales no puede comprenderse el sistema de la legislación, ni considerarse ésta como un todo armónico.

Pero a la enunciación y desarrollo de los principios generales, deben seguir la aplicación de los mismos a las disposiciones, ilustrado por aquellos principios. Este tratado se dividirá, por tanto, en dos partes, en cada materia que, por su importancia, lo exija: la primera, para la teoría del Derecho Práctico, o sea para la exposición sintética de los principios generales; la segunda, para el estudio analítico de las leyes positivas.

Tendrá probablemente la obra cinco tomos: los cuatro para el Derecho Práctico Civil, y el quinto para el Penal; pues en esta última materia servirían, en gran parte, los principios generales expuestos en los cuatro tomos anteriores. A nadie que medite bien el asunto, le parecerá la obra demasiado extensa para texto, siendo como es destinada, no a niños de primera o segunda enseñanza, sino a jóvenes de los dos últimos cursos de Jurisprudencia. No será, por lo mismo, un libro de aprender de memoria, sino una obra de fácil consulta, que los alumnos deberán leer anteriormente, para aclarar sus ideas y conocer la doctrina jurídica, frecuentemente velada o sobreentendida en los artículos de la ley.

Es, por otra parte, tan inmensa y complicada la materia, que no sé cómo pudiera ser encerrada en más estrechos límites. El eminente jurisconsulto E. Garsonnet, Decano de la facultad y profesor de Derecho Práctico en la Universidad de París, explicó a sus alumnos, en siete gruesos volúmenes, el Derecho Práctico francés; y si bien formó después un resumen o compendio en un solo tomo (de escasa importancia, dicha sea la verdad), declaró que no le había sido posible este último trabajo, sin haber escrito antes aquella primera obra.

Si el tiempo y las fuerzas me permiten, procuraré hacer después un trabajo análogo, que sirva como de índice o programa amplificado de toda materia.

La parte analítica del presente estudio, en forma de concordancias y comentarios, comprenderá la explicación del sentido de la ley, de sus aplicaciones y consecuencias, y de sus relaciones con las otras que versen sobre la misma materia; fijando de un modo especial la atención en las incoherencias que tan a menudo se notan entre las leyes sustantivas y las adjetivas, y constituyen el defecto más notable de nuestra legislación. Para facilitar este conocimiento, procuraré recurrir a los antecedentes históricos y a las fuentes de la ley, y aun al paralelo con algunas extranjeras análogas, en cuanto parezca necesario y pueda caber dentro de los límites de un curso elemental.

La Jurisprudencia consuetudinaria es, en los pueblos provecos, el auxiliar más poderoso para la resolución de las cuestiones prácticas; ora supliendo el silencio de la ley; ora aclarando el sentido de ella. Sólo así se explica el que con Códigos de pocos artículos, como los de Francia, Alemania, Italia, etc., se despachen y resuelvan sin mayor dificultad infinitas cuestiones no previstas expresamente por el legislador; y que haya para cada caso una norma segura a que los intérpretes y los interesados puedan atenerse. Mas, en nacionalidades como la nuestra, que apenas cuenta un siglo de existencia, y cuyas leyes son de ayer, aquel valioso recurso tiene aún muy poca importancia.

Agrégase a esto que nuestra Gaceta Judicial no lleva sino pocos años de vida, y todavía funciona sin regularidad y de una manera muy limitada. De donde se sigue que la mayor parte de los fallos de los Tribunales

continúen sepultados y confundidos en el osario de sus archivos, y que con alguna frecuencia se noten entre ellos incoherencias y aun contradicciones muy perjudiciales para la unidad y armonía de la Jurisprudencia.

Cuidaré, por tanto, de recomendar, en el estudio de las disposiciones legales, los fallos que, con respecto a ellas, se hayan pronunciado y me sean conocidos.

En cuanto a demostraciones y deducciones, no conviene que los alumnos encuentren todo en el texto. Debe éste dejarles campo para la meditación y para ejercitar su inteligencia en investigaciones propias. Las razones obvias, los corolarios evidentes deben, pues, quedar a cargo de ellos.

De otro lado, nada hay más difícil que sentar reglas generales en Jurisprudencia, dice el eminente Jurisconsulto Toullier (1); y en el Derecho Práctico hay cuestiones en extremo oscuras y complejas, a cerca de las cuales no he podido llegar a una solución satisfactoria. Me limitaré entonces a plantearlas o a exponer mis opiniones como meramente probables o dudosas.

Aun respecto de todas las demás, desconfío mucho de estar favorecido por el acierto; y no tendré inconveniente alguno en cambiar de parecer, si para ello se me presentan razones suficientes. Tan inmensa, tan profunda es nuestra ciencia, que a cada paso que en ella damos, las dudas crecen y la incertidumbre toma mayores proporciones.

Seguro estoy, pues, de que habrá en esta obra infinidad de imperfecciones y defectos, y de que para los

(1) Tomo 19.—Nº 111.

doctos carecerá ella de interés y novedad. En materias jurídicas, y generalmente en las morales, no es posible inventar. "Las creaciones en jurisprudencia son hoy tan difíciles y tan raras como las portentosas del inmortal Rafael", dijo justamente el sabio comentador ecuatoriano Doctor Don Luis Felipe Borja, al dar a luz sus monumentales Estudios sobre el Código Civil Chileno.

Qué podría decir yo!... Mas algún mérito hay en procurar dar siquiera alguna originalidad a las ideas, o mejorar en cualquier sentido la forma o el método de la exposición.

Debemos, por lo demás, colocarnos de buen grado a la sombra del colosal edificio de los siglos, al cual no son muchos los que han podido contribuir con un grano de arena.

Este trabajo está, pues, dedicado a los jóvenes universitarios; y si para ellos resulta de alguna manera provechoso, estarán satisfechos mis anhelos.

V. M. PEÑAHERRERA.

LECCION PRIMERA

INSTALACION DEL CURSO

Al dar principio a nuestro curso, debemos comenzar por conocer a punto fijo el fin que nos proponemos y los medios que hemos de emplear para conseguirlo.

No vamos a limitarnos al aprendizaje literal del Código de Enjuiciamientos. Para sólo eso, por demás estarían las clases universitarias, y bastaría muy poco tiempo de individual trabajo y dedicación; pero con un estudio tal, no seríamos de mejor condición que los amanuenses de los juzgados y el vulgo de los leguleyos.

Nuestra labor será mucho más elevada y compleja. Sin perjuicio de conocer el texto mismo de la ley, procuraremos, en cuanto nos sea posible, investigar los principios científicos en que se funda, o sea su razón filosófica; penetrarnos del espíritu de ella y de sus consecuencias y aplicaciones, recurriendo, en caso necesario, a sus antecedentes históricos y a sus fuentes; y fijar de un modo especial nuestra atención en las armonías o discrepancias que se noten entre las diversas leyes que versen sobre las mismas o análogas materias.

Con esta clase de estudios se forma el jurisconsulto. Con ellos puede, como defensor o como juez, conocer el verdadero sentido de la ley y aplicarla rectamente; y

como legislador, juzgar de la bondad absoluta o relativa de la misma, y procurar las convenientes reformas.

Ardua labor es la nuestra, e imposible de ser realizada totalmente dentro de los estrechos límites de un curso escolar. Pero nos bastará quedar algún tanto iniciados en ella; conocer el camino que debemos continuar más tarde; en una palabra, aprender a estudiar, que es el objeto inmediato y eminentemente provechoso de los cursos universitarios.

Este estudio, en cierto modo teórico del Derecho Práctico; este conocimiento que debemos procurar de la ciencia del Derecho, en la cual y sólo en la cual puede encontrarse la solución de los innumerables y variados problemas que diariamente se presentan en el foro, es evidentemente el más difícil de todos los que se hacen en la Universidad, por diversos motivos: (1)

Primero, porque la ciencia procesal es enteramente moderna; pues hasta hace poco tiempo se creía aquí y en todas partes que ella consistía únicamente en el conocimiento de las fórmulas curiales y del mecanismo material de los expedientes.

Segundo, porque mientras en otros países la jurisprudencia consuetudinaria suple el silencio o los vacíos de la ley y sirve de norma en infinitos casos, entre nosotros no tiene ese carácter, y podemos decir que todavía no existe.

Tercero, porque lo que sí tenemos todavía, por desgracia, son rutinas inveteradas, que oponen tenaz y porfiada resistencia al imperio de los principios científicos, y en muchos casos prevalecen sobre éstos.

Cuarto, por la suma escasez de libros de consulta para la mayor parte de las cuestiones que en esta materia se ofrecen, y la falta absoluta de alguno que pueda

(1) Véase lo dicho a este respecto en el Prólogo.

servir de texto o de base principal de los estudios relativos a ella. Entre nosotros, nada o casi nada se ha escrito al respecto; y las obras extranjeras, destinadas a explicar el Derecho Práctico del respectivo país, en muy pequeña parte pueden servir para el nuestro, por cuanto, en este punto, las legislaciones de los distintos pueblos difieren entre sí muy sustancialmente.

Quinto, porque, mientras en cada litigio se ventila un solo problema de derecho sustantivo, es decir, una sola cuestión de fondo, que se la puede meditar y consultar sosegadamente, en cada trámite del juicio pueden presentarse cuestiones de forma nuevas y embarazosas, que confunden a veces y desorientan aun a los doctos, en el intrincado camino que es necesario seguir para llegar al término deseado. En cada contienda judicial se libra una batalla con estratagemas complicados y mil lances imprevistos, que pueden poner en peligro y hacer fracasar los más seguros y evidentes derechos.

Síguese de todo lo dicho que en el Derecho Práctico no es fácil sobresalir u ocupar un puesto notable, así en los cursos universitarios, como en el ejercicio profesional. Entre tanto, la necesidad de distinguirse como buen estudiante y luego como abogado, es ahora, no sólo una noble aspiración, muy conforme a la humana naturaleza, sino una condición de vitales consecuencias, desde el punto de vista económico; pues la general inclinación de la juventud estudiosa a la Jurisprudencia, ha hecho crecer de modo exorbitante el número de los abogados, y la competencia nos impone todo el rigor de sus leyes. El que no aspire a ser un abogado distinguido; el que se considere sin fuerzas o carácter para serlo, debe echar por otro camino, a fin de no crearse un porvenir lleno de dificultades y decepciones.

Por otra parte, el natural anhelo de bienestar, llamado ahora la **lucha por la existencia**, se marca en la época actual, más que en todo otro tiempo, por una sed

insaciable de dinero. Respiramos una atmósfera de mercantilismo, en la cual los hombres amanecen y anohecen dominados por esa única ansiedad, que, a mi ver, constituye ya una verdadera enfermedad de la especie humana.

Y esto agrava nuestra situación. Con la profesión aspiramos justamente a colocarnos en regular posición social; a gozar de las consideraciones y miramientos de nuestros conciudadanos, y, en suma, a contar con recursos para una decente, aunque modesta, subsistencia. Mas ella, la profesión, no da, no puede dar honradamente para llenar esa desapoderada y morbosa ambición de dinero.

Ante el desconsolador espectáculo que, por este aspecto, nos ofrece el siglo en que vivimos, volvamos nuestra vista a la antigua Roma: recordemos que el más respetable de nuestros libros, nuestra Biblia jurídica, si cabe así decirlo, el Digesto, llama a los abogados Sacerdotes de la justicia (1). Y miremos con horror a los mercaderes del templo; a los que no quieren ver en nuestra elevada profesión sino una mercenaria industria de **pane lucrando**, una vulgar granjería, en la que se puede sacrificar todo al interés pecuniario.

Permitidme que os hable con especial encarecimiento sobre este punto; pues considero que las funciones del profesorado no están limitadas a iniciar a los alumnos en los secretos de la ciencia, sino que deben propender al propio tiempo, y quizá de preferencia, a formar o avigorar en ellos el carácter profesional.

Sabéis vosotros en lo que el carácter consiste. No es una virtud; es la síntesis o resumen de muchas virtudes; y para nadie más indispensable que para los abogados, a quienes ese augusto, al par que difícil apostolado pro-

(1) "Cujus merito quis nos sacerdotes appellet; justitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profiteamur aequum ab iniquo separantes" *Fragm. de Ulpiano.—Lib. I.—Tit. I.*

fesional, les somete a una vida de combate y de incesantes pruebas, contra todo género de sugestiones e influencias peligrosas.

De fama mundial ha sido siempre la acendrada probidad del foro ecuatoriano; mas la corrupción moral, que va subiendo de nivel diariamente e invadiendo todas las esferas sociales, tiende ya a penetrar también a ese sagrado recinto, al sancta sanctórum de nuestras instituciones y derechos de nuestras mejores glorias. Horas de angustia y profundo desaliento me ha causado a veces, os confieso, esta amarga consideración; pero reflexionando luego que el mal no está aun arraigado, y que, para luchar ventajosamente contra él, contamos con vigorosos elementos sanos en el alto foro y en los tribunales y generalmente en el criterio público, he comprendido que lo que ante todo conviene es poner nuestras miradas y cuidados en la generación naciente, en la juventud universitaria, que se prepara a entrar próximamente en la vida profesional: en la juventud impóluta, no contaminada aun de miserias y vergüenzas, en la juventud estudiosa, en cuyo pecho alientan siempre nobles ideales y generosos sentimientos.

Tal es, señores, como lo he manifestado siempre, la razón principal que me obliga a continuar en la Universidad. No he abrigado jamás la pretensión de formar abogados sabios: en primer lugar, porque yo mismo estoy muy lejos de serlo; y en segundo, porque tengo la convicción de que, para la Patria y la Humanidad, más necesarios son los buenos que los sabios.

Deseo, pues, cooperar a la formación de abogados honorables. Tal ha sido mi constante aspiración; tales mis fervientes votos, al permanecer, hace ya tantos años, en el profesorado; y para verlos realizados, cuento con la firme decisión de los jóvenes estudiosos, y con la eficaz colaboración de mis compañeros de magisterio, que, tanto en esta Universidad, como en las otras de la Re-

pública, están indudablemente preocupados de punto tan fundamental.

Las consideraciones que preceden atañen de modo especial a los cursantes de Derecho Práctico, que, empeñados ya en las últimas labores de la vida escolar, no pueden menos que dirigir sus miradas al porvenir que ante sus ojos tienen, a esa nueva vida en que, emancipados y solos, tendrán mañana que hacer frente a las complicaciones y dificultades de aquella lucha de que hemos hablado, de preocupaciones más graves, de fatigas y zozobras.

Huelga, por lo mismo, con respecto a ellos toda indicación o advertencia relativa a la disciplina escolar; pues son los veteranos de la Universidad. Cuatro años de ejercitarse en ella, son más que suficientes para conocerla; bien así como ese período de meditación y estudio basta para probar la vocación a la carrera, al par que la idoneidad para ejercerla con buen éxito.

Motus in fine velotior es una ley física; y lo es también en el mundo moral; pues las energías, los esfuerzos se vigorizan y acrecientan a medida que se aproxima el fin apetecido. Este es el punzante acicate de los jóvenes universitarios en los últimos días de la vida escolar; y no han menester otro estímulo. Quiero, no obstante, encareceros que consideréis el curso de Derecho Práctico como el tiempo preciso de acumular elementos para asegurar el éxito en la competencia profesional, y haceros dignos de representar con ventaja a la generación que os precede, y entregar incólume a la futura el legado de las honrosas tradiciones de nuestro foro. Considerémoslo, en fin, como el noviciado en que han de hacerse los últimos ensayos de esa prueba de vocación, retemplando el espíritu y preparándolo debidamente para los solemnes votos, mediante los cuales el joven legista llega a ser el ungido cuya sagrada investidura le obliga a consagrar sus aptitudes y anhelos al noble culto de la

justicia y del derecho, en todas las esferas de su elevado ministerio:

Por lo que a mí toca, mi empeño consistirá en que saquéis algún provecho de la cooperación que estoy llamado a daros. A este fin, cuidaré en mis conferencias de la claridad y buen método, antes que de estudiadas formas literarias, hasta cierto punto incompatibles con el lenguaje didáctico. Mi propósito en el profesorado ha sido siempre vaciar en el espíritu de mis alumnos mis íntimas convicciones, como el padre que se preocupa de nutrir la inteligencia y formar el carácter de sus hijos.

El profesorado es una especie de paternidad moral, y me permitiréis que os recomiende este símil de que frecuentemente me he valido, porque él os dará la idea cabal de los sentimientos que me animan para con vosotros. Debemos, por lo mismo, estrechar los vínculos que nos unen en esta como asociación científica: el trabajo, mucho más que de memoria, deberá ser de meditación y de amplia y libre discusión, dentro de los límites de los miramientos que, como he dicho, es innecesario recordaros.

A más de las lecciones ordinarias, a más de la discusión y el análisis, os pediré disertaciones escritas sobre las principales tesis de nuestro estudio; y a esas labores doctrinales o especulativas, asociaremos algún ejercicio práctico de formación o examen de procesos. Haremos, en suma, cuanto nos sea posible para que procuréis penetraros de esa difícil y complicada táctica, que decide la suerte de las contiendas judiciales, y en la cual está compendiada la ardua ciencia del Derecho Práctico.

Tal es nuestro programa.

PARTE DOCTRINAL

NOCIONES GENERALES

JURISDICCION — COMPETENCIA

Noción General del Derecho Adjetivo y del Código de Enjuiciamientos Civiles

LECCION SEGUNDA

SINOPSIS

1. División del Derecho en Sustantivo y Adjetivo.—2. Instituciones que comprenden el Derecho Adjetivo o Práctico.— Definiciones.—
4. Naturaleza de las leyes adjetivas; sus sanciones.—5. Pertenecen al Derecho Público o al Privado?—6. Límites temporales de las leyes adjetivas.—7. Límites locales.—8. ¿Hay diferencia entre nacionales y extranjeros, en orden a dichas leyes?—9. Relaciones del Derecho Práctico con la ley Orgánica del Poder Judicial.—10. Relaciones con el Código Civil.—11. Antecedentes históricos y fuentes de nuestra legislación adjetiva.—12. Jurisprudencia.—13. Plan del Código de Enjuiciamientos y división de la materia.

1.—División del Derecho en sustantivo y adjetivo.—El orden, o sea el estado normal de las relaciones jurídicas, depende, como dice Savigny, de la conformidad de los actos con las reglas legales respectivas. Mas éstas, destinadas, por su esencia misma, a regir seres inteligentes y libres, pueden ser violadas por error de la inteligencia o abuso de la libertad.

De allí que en el organismo social sean indispensables dos sistemas diversos de instituciones y leyes: el uno para establecer las relaciones jurídicas, determinando los derechos y obligaciones que, al realizarse

ciertos hechos, ligan a los individuos; el ótro para dar a esas relaciones vida y eficacia, removiendo los obstáculos opuestos por los interesados al estado normal del derecho.

Las instituciones de la primera clase se llaman **sustantivas**, las de la segunda **adjetivas** (1). Aquellas dicen, por ejemplo, el comprador debe pagar el precio; el vendedor, entregar la cosa y responder de la evicción y de los vicios ocultos. Estas reglan la manera de hacer efectivos esos preceptos, que, de otro modo, expuestos a los abusos de la libertad o a los errores de concepto de los interesados, serían meros entes de razón destituídos de utilidad práctica.

La posibilidad de la violación del orden jurídico es pues, la razón de ser del Derecho Adjetivo; y su objeto esencial, restablecer ese orden, turbado por la violación, venciendo las resistencias suscitadas por los individuos.

En atención a su objeto, el Derecho Adjetivo denominase también Derecho Práctico.

2.—Instituciones que comprende el Derecho Adjetivo o Práctico.— Veamos ahora cuáles son las instituciones o medios que han de llenar el objeto de este Derecho.

(1) "La analogía de estas denominaciones tomadas de la Gramática, carece aquí de exactitud"—dice, con razón, Boncenne. "El procedimiento no tiene por objeto calificar o modificar la ley civil; él hace más, le da su utilidad final, el movimiento y la acción. Es evidente que los principios generales del uno y de la ótra derivan de la misma fuente. Todo lo que anime la administración de justicia debe ser como la justicia misma: *constans et perpetua voluntas juxta suum cuique tribuendi*". T. I, pág. 21

Empléanse, empero, generalmente en el lenguaje jurídico estos términos, adoptados por Bentham, porque las instituciones y leyes de la segunda clase suponen la existencia de las de la primera, y sin éstas no tendrían razón de ser.

Algunos autores franceses llaman **Derecho Determinador** a las primeras, y **Sancionador** a las segundas.

Para obtener un efecto cualquiera, requiérense, por una parte, una fuerza o poder capaz de producirlo, y, por otra, un mecanismo que ponga en acción esa fuerza. Para mover una rueda o una piedra de molino, dice gráficamente Ortolán, se necesitan, primero, el agua o el vapor, y, segundo, el aparato mecánico mediante el cual pueda obrar esa potencia.

Así también, para producir el efecto que el Derecho Adjetivo se propone, es menester una fuerza apropiada para declarar el derecho y hacerlo efectivo, y, además, una combinación o mecanismo que regule a acción de aquella fuerza, y asegure su adecuado y eficaz ejercicio.

Esa fuerza o poder, atribuída en el organismo social a la autoridad del juez, se llama **Jurisdicción**; y esa combinación o mecanismo, **Enjuiciamiento o Procedimiento**.

La función de ese poder, o sea el conjunto de operaciones por medio de las cuales la Autoridad Judicial declara el derecho y lo hace efectivo, se denomina, en el lenguaje jurídico, **administración de justicia**.

3.—**Definiciones.**—De lo expuesto podemos deducir que el derecho Adjetivo o Práctico, considerado como ciencia, es el conjunto armónico de principios que reglan la jurisdicción y el procedimiento. O bien, descomponiendo algo más el objeto definido: el conjunto armónico de principios que deben observarse para que la Autoridad Judicial aplique la ley y haga efectivos los derechos de los individuos.

El Derecho Práctico positivo es el conjunto de instituciones y reglas legales que, concernientes al objeto antedicho, se han adoptado en una legislación.

Estè derecho no está consignado en un solo Código o cuerpo de leyes. En nuestra legislación lo tenemos distribuído de la siguiente manera:

Lo relativo a la aplicación de la Ley Civil sustantiva, en el **Código de Enjuiciamientos Civiles**:

Lo concerniente a la aplicación de la Ley Penal, en el **Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal**:

En el **Código de Policía** lo tocante a la jurisdicción y al procedimiento establecidos para los diversos asuntos a que se extienden las atribuciones de las autoridades de esa clase:

En el **Código Militar**, las reglas sobre la jurisdicción y el procedimiento militares:

En la **Ley Orgánica de Hacienda** las que atañen a los asuntos fiscales.

Esta separación no se ha hecho con la atención debida; por lo cual encontramos frecuentemente en un Código reglas o disposiciones que debieran estar en otro.

W

Tenemos, además, disposiciones de carácter adjetivo y propias del Código de Enjuiciamientos, en el Código Civil, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en varias otras leyes.

El **Código de Enjuiciamientos Civiles** —materia de nuestro actual estudio— es, por lo dicho, el cuerpo de leyes que contiene las disposiciones concernientes a la jurisdicción y al procedimiento civil.

Bonnier lo define en estos términos: "El conjunto de reglas que deben observarse para hacer valer los derechos ante los tribunales." Tomo 1º, pág. 327.

Pothier: "La forma en que debe intentarse la demanda en justicia, defenderla y comprobarla, sentenciar y ejecutar lo juzgado." Tomo X.—I.

Mourlon: "El conjunto de reglas que deben seguirse, sea para obtener justicia, sea para asegurar la conservación de los derechos." Pág. 2.

4.—Naturaleza de las leyes adjetivas.— Las leyes adjetivas son, por su naturaleza o principalmente, de forma; pues, presuponiendo la existencia del derecho,

propónense determinar la manera de hacerlo efectivo. Tienen, sin embargo, algunas reglas o disposiciones de fondo; ya porque, por la conexión íntima entre dichas leyes y las sustantivas, y por no estar bien marcados los linderos que las separan en el derecho positivo, vienen en ciertos casos a ser las unas parte integrante o complementaria de las ótros; ya porque, a veces las mismas reglas y principios relativos a la jurisdicción o al procedimiento, originan nuevos derechos o modifican los establecidos por la ley sustantiva (1).

Las disposiciones sobre los efectos de la citación de la demanda, de la rebeldía del reo, del desistimiento o abandono, de la **perención**, de la cosa juzgada; sobre las excepciones admisibles en ciertos juicios, y varias otras que oportunamente estudiaremos, no son de mera forma, sino, principalmente, de fondo.

Sanciones.— Por regla general, la sanción correspondiente a la omisión de los preceptos legales relativos a la forma de los actos jurídicos, es la nulidad de los mismos actos; y así, la violación de las reglas de derecho adjetivo trae ordinariamente por consecuencia la nulidad del proceso o de las actuaciones judiciales en que ha ocurrido.

Tiene también la sanción de las multas y las condenaciones a indemnización de perjuicios, que se imponen en determinados casos a los funcionarios que cometen la violación o a las partes que dan lugar a ella.

Además, cuando algunos derechos se originan de las mismas leyes adjetivas, o su existencia o efectividad

(1) "Hay dos especies de solemnidades judiciales: unas que pertenecen sólo a la sustanciación; por lo cual los jurisconsultos las llaman *ordinatoria litis*; ótras que se refieren al derecho mismo, y cuya omisión neutraliza o extingue la acción, *deselsoria litis*". Merlín. Eff. retrc. Sec. III, § VIII.

depende de la observancia de ciertas formas, la omisión de éstas puede ocasionar la pérdida o caducidad de los mismos derechos. Así, por no alegar en tiempo oportuno las respectivas excepciones, se pierde a veces el derecho protegido por ellas; por no interponerse un recurso, surte efectos irrevocables una sentencia injusta; por mal actuada la citación de la demanda, puede no interrumpirse la prescripción.

5.—¿Pertenece al derecho público o al privado?—

Lo concerniente a la jurisdicción pertenece al Derecho Público, dice Savigny, (1) y lo propio podemos decir del Derecho adjetivo en general, en cuanto regla la acción de uno de los Poderes del Estado, o la de los individuos en relación con el mismo Poder. Mas en el detalle de esas reglas, tenemos muchas que atañen sólo al interés privado de las partes litigantes, y pueden ser objeto de transacciones y renunciaciones, de acuerdo con el principio de legislación consignado en el Artículo 11 del Código Civil, que dice: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y no esté prohibida la renuncia." De donde se sigue que, si se trata de asuntos relacionados directamente con el orden público o la moral, no cabe transacción ni renuncia.

El Código de Napoleón, siguiendo al Derecho Romano, (2), consigna el mismo principio, en esta segunda forma: "No se puede", dice, "derogar por convenciones particulares las leyes que interesen al orden público o a las buenas costumbres." (Artículo 6º). En lo cual está implícita la regla correlativa de que pueden las partes derogar o renunciar las leyes que atañen exclusivamente al interés de ellas.

(1) Tomo IV.

(2) *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* Dig. L. II.—Tit. XIV.—L. 38.

Este es un principio jurídico universalmente reconocido; mas el concepto de **orden público, interés social, etc.**, es algún tanto vago; y en muchos casos se hace difícil decidir si ciertas reglas legales pertenecen al un género o al otro (3).

En la materia de la competencia, que, según la opinión general, pertenece al derecho público por su relación íntima con la organización judicial, las reglas especiales sobre la competencia territorial son, en su mayor parte, de interés privado, y pueden ser modificadas o renunciadas por los litigantes. Pueden éstos convenir en que se siga en el cantón A un juicio que, según la ley, debiera plantearse en B; mas no hacer que el juez del cantón A ejerza jurisdicción en B. En otros términos: pueden trasladar el litigio al juez.

Pueden también las partes renunciar los recursos legales; mas no alterar la jerarquía de las jurisdicciones, haciendo, por ejemplo, que el Tribunal Supremo falle en primera o segunda instancia una cuestión, de la cual no podría conocer sino en la tercera. Pueden, asimismo, suspender o prorrogar los términos **perentorios** (1), es decir, aquellos que, según la ley, no pueden suspenderse ni prorrogarse. Pueden convenir en ventilar verbal y sumariamente un asunto que debiera tener sustanciación ordinaria (2); pero no pueden renunciar, en general, el derecho de oponer excepciones o rendir pruebas; lo cual equivaldría a renunciar el derecho individual

(3) A propósito de las divergencias que a este respecto se notan en las opiniones de los expositores, dice el eminente jurisconsulto Toullier: (T. I.—Nº 111.) "Esta discusión da a conocer cuán esencial es no habituarse a contentarse con palabras, y no dejar pasar ninguna sin penetrar el sentido. En fin, ella muestra el escollo en que han caído los espíritus más fuertes, los autores más sabios, y cuán difícil es de dar reglas generales en Jurisprudencia. *Omnia definitio in jure civile periculosa est: parum est enim, ut non subrepti possit.* L. 202, ff. de R. J."

(1) Art. 370 del Código de Enjuiciamientos.

(2) Art. 1035 del Código de Enjuiciamientos.

e inalienable de defensa (3). Pueden subsanar, por su allanamiento, ciertas nulidades de los procesos, mas no otras, etc., etc.

En cada uno de estos diversos casos, hay que observar si la regla o trámite de que se trata atañe únicamente al interés de las partes, es, decir, si les concede algún derecho o tiende a facilitarles el empleo de ciertos medios de defensa, o a economizarles tiempo o gastos, etc.; o si, por el contrario, se relaciona directamente con la organización de los Poderes, con la moral o las buenas costumbres, o con la subsistencia misma de las instituciones.

Aplicando estos principios generales, procuraremos dar la resolución correspondiente en cada materia o caso particular, a medida que avancemos en nuestro curso.

6.—**Límites temporales del imperio de las leyes adjetivas.**— El imperio de las leyes adjetivas está limitado, como el de todas las leyes humanas, por el tiempo y por el espacio.

Los límites temporales, esto es, los dos extremos en que principia y termina ese imperio, son la promulgación y la derogación. Los locales son los del territorio al cual se extiende la autoridad de quien las leyes emanan.

La limitación temporal da lugar al fundamental principio de la **no retroactividad**, que consiste en que las leyes no puedan aplicarse a hechos anteriores a su promulgación, ni destruir o alterar los derechos legítimamente adquiridos antes de ellas.

(3) Es, por tanto, absolutamente nula esa renuncia; lo mismo que la de todas las leyes que le favorezcan en juicio o fuera de él, y otras análogas, que ordinariamente hacen los deudores, quizá inconscientemente, siguiendo las rutinas adoptadas en los formularios mercantiles. Así lo declara expresamente el Código Argentino en sus Arts. 19 y 21.

La limitación local establece la regla de que las leyes no rigen ordinariamente más allá del territorio del soberano que las ha expedido.

La no retroactividad se funda en la esencia misma de la ley; pues si ésta es la norma o regla de conducta a que los individuos han de adaptar sus acciones, debe necesariamente preceder a los hechos que a ella han de amoldarse; y tratar de sujetar un acto a reglas o normas posteriores, sería tan absurdo en el orden moral, como suponer, en el metafísico, un efecto anterior a la causa.

Por otra parte, el orden social y las leyes tienen por fin principal la protección y seguridad de los derechos de los asociados. Por consiguiente, una ley que destruyera o alterase derechos legítimamente adquiridos, sería contraria al fin esencial de la ley (1).

El principio de la no retroactividad, tan obvio e inconcluso, ofrece, empero, en sus aplicaciones prácticas, graves complicaciones y dificultades, que han preocupado la atención de los más sabios expositores. Todo derecho tiene por causa dos elementos: la ley, que atribuye a ciertos hechos determinados consecuencias jurídicas, y la realización de alguno de esos hechos, en cuya virtud se actúa aquella relación, establecida, de modo abstracto y general, por la ley (2). Ahora bien, las consecuencias

(1) "La retroactividad" dice Benjamín Constant, "es el más grande atentado que la ley puede cometer; es la destrucción del pacto social y la anulación de las condiciones en virtud de las cuales la sociedad tiene el derecho de exigir la obediencia del individuo; porque le arrebató las garantías que ella misma le asegura en cambio de esa obediencia, que es un sacrificio. La retroactividad quita a la ley su carácter de tal, la ley que retrotrae no es ley

(2) Nuestro Código Civil señala cuatro fuentes de las obligaciones, en su Art. 1427: los contratos, los cuasicontratos, los hechos ilícitos y la ley; y cita, como ejemplo de la última, las obligaciones de los padres y los hijos de familia. Más aun en este caso concurren los dos elementos susodichos; pues para que A deba alimentos a B, en calidad de padre, requiérense, por una parte, la ley que instituya esa obligación, y por otra, el hecho de la paternidad, que ponga a los dos individuos en el caso de la ley.

o efectos de esas dos causas, prodúcense, unas veces, inmediata y otras, sucesivamente, o en un porvenir más o menos lejano, y en combinación con nuevos hechos o circunstancias; y si durante ese tiempo cambia la ley, de cuya aplicación debían resultar dichos efectos, surge la dificultad de saber a cuál de las dos leyes ha de sujetarse el caso, y si existía o no, al promulgarse la nueva, un verdadero derecho adquirido, que ésta debiera respetar y dejar subsistente.

Para resolver los arduos problemas que a este respecto se presentan, la doctrina científica hace varias distinciones y establece los correspondientes principios, que nuestro Código Civil ha querido resumir en las veinticinco reglas que en su Art. 7º destina dirimir los conflictos entre una ley anterior y otra posterior.

Debiendo nosotros limitarnos a lo concerniente al Derecho adjetivo, estudiaremos esas reglas y principios en lo relativo a estos tres puntos: la jurisdicción, el procedimiento y la prueba; la cual, siendo a la vez objeto de la ley sustantiva y de la adjetiva, requiere ser separadamente considerada.

Con respecto a la jurisdicción, no tenemos regla expresa en la ley, y debemos regirnos por la doctrina científica.

En cuanto al procedimiento, la regla 22 del Art. 7º del Código Civil dice, de acuerdo con la doctrina universal: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente."

Los conflictos sobre jurisdicción o procedimiento—de cotidiana ocurrencia entre nosotros, por las frecuentísimas reformas de las leyes adjetivas—no ofrecen dificultad, cuando el cambio de legislación ocurre en el

intervalo entre el nacimiento u origen de la acción y la demanda; v. gr. si se ha hecho exigible un crédito de \$ 180 cuando los jueces parroquiales podían conocer sólo hasta ciento sesenta, pero la demanda se propone cuando rige ya la reforma que les permite conocer hasta doscientos (1); o si se ha vencido el plazo de arrendamiento de una casa, cuando los asuntos de esa clase debían ventilarse ordinaria o ejecutivamente, pero la demanda se intenta bajo el imperio de la ley que somete dicha cuestión a juicio verbal sumario (1).

En todos los casos de este género, la ley posterior prevalece sobre la anterior desde que empieza a regir. La reforma legal se refiere directamente, no a los derechos de los individuos, sino la institución misma; y la institución se cambia o modifica porque el legislador estima que la nueva es más apta para la buena administración de justicia; es decir, por consideraciones de orden público e interés social, en contra de las cuales no pueden tener los individuos ningún derecho adquirido.

El derecho de éstos a dirigirse a determinada autoridad judicial o a seguir ciertas formas de procedimiento, fúndase directamente, no en los elementos constitutivos de la acción que se trata de proponer, sino en la ley misma que establece esa jurisdicción y ese procedimiento; y, en consecuencia, no puede subsistir, sino en cuanto subsista la ley.

Si el cambio de jurisdicción viene cuando está ya planteado el litigio, se hace una subdistinción: si es total, es decir, si se suprime una jurisdicción y se la reemplaza con otra, las cuestiones pendientes tienen que regirse por la nueva ley; pues nadie puede pretender que sólo para su cuestión quede vigente una institución ya abolida, ni que se conserven para él funcionarios públi-

(1) Conflicto de jurisdicción, a que dió lugar la reforma de 1892.

(1) Conflicto de procedimiento, que ocurrió con la reforma de 1886.

cos que, según el nuevo régimen legal, ya no existen. Así, abolido por la legislatura de 1909 el fuero de comercio, todos los litigios mercantiles pendientes pasaron a los juzgados civiles.

Si no hay cambio total de la institución; es decir, si, subsiste ésta, se restringen o amplían las atribuciones que de ella emanan, la cuestión es dudosa. El expositor ecuatoriano Dr. Luis Felipe Borja, que en esta difícil materia del efecto retroactivo sigue fielmente a Savigny, cree que debe aplicarse la misma regla de que prevalece la ley posterior; mas la doctrina general es la de que el juez ante quien estaba radicada la causa, debe seguir conociendo de ella, conforme al axioma del Digesto: *Ubi acceptu mest semel judicium, ibi et fimen accipere debet*. Ly. 30, Tít. 1º, Lib. V.

Para justificar este principio, recurren algunos autores al argumento de los derechos adquiridos o de los hechos consumados. El que ha propuesto una demanda ante el juez competente, dicen, tiene derecho adquirido para esperar de ese juez la sentencia, y la ley nueva no puede privarle de tal derecho.

Otros pretenden encontrar el fundamento del principio en el cuasicontrato de la litiscontestación, según el cual las partes se obligan recíprocamente a someterse a la decisión del juez ante quien se ha trabado el litigio (1).

Otros, en fin, en los gastos y complicaciones que se causarían a las partes, al obligarlas a trasladar a otro juzgado los litigios pendientes (2).

(1) Cuando llegue el caso, veremos que el tal cuasicontrato, fundado en el texto romano "*sicut in stipulatione contrahitur, ita in iudicio contrahi*". (Dig. 3, § II, Tít. 1º, Lib. XV), no tiene verdadera razón de ser en el derecho moderno.

(2) Dalloz enuncia la doctrina en estos términos: "El juez conserva el conocimiento del negocio que le está sometido, no obstante cualquier cambio que ocurra, sea en la condición o domicilio de las partes, sea en las leyes relativas a la competencia o a las formas de procedimiento: *ubi acceptum est*

Estas consideraciones, que comúnmente se alegan en favor del tradicional principio, no son, en verdad, de mucho peso; y a propósito de ellas, pudo decir justamente el ilustre comentador del Código Chileno, arriba ci-

semel iudicium, ibi et finem habere debet. Un sistema contrario tendría entre otros inconvenientes, el de hacer perder los gastos ya efectuados en la tramitación del juicio. Bien entendido, por supuesto, que esta regla no se aplica al caso de que el Tribunal que conoce del asunto continúe existiendo y conserve otras atribuciones fuera de las que la nueva ley le arrebate". Comp. 55.

De acuerdo con esta doctrina, la Ley Orgánica de Chile dice en su Art. 193: "Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante el tribunal competente, no se altera esta competencia por causa sobreviniente". Y en el foro chileno se considera esta regla legal como un corolario del Art. 125 de la Constitución, según el cual, "ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley, y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

De aquí deducen algunos jurisconsultos que el legislador no puede someter a un tribunal el conocimiento de asuntos anteriores a la creación de éste, y que sería inconstitucional abolir del todo y en un momento dado los tribunales existentes, y atribuir a otros nuevos y distintos los asuntos pendientes ante aquellos (Ballesteros, Tomo 1º, pág. 114).

Lo cual aparece absolutamente contrario a los principios científicos y al pensamiento de la misma Constitución chilena. En la nuestra hay una regla análoga, la décima del Art. 26, que garantiza el derecho de no ser puesto fuera de la protección de las leyes, ni distraído de sus jueces naturales, ni penado conforme a leyes anteriores al hecho materia del juzgamiento, ni juzgado por comisiones especiales; mas nadie podría decir que, al abolir el congreso de 1909 los juzgados de comercio, privó a los comerciantes de sus jueces naturales; como tampoco cabría esa objeción contra la ley que, derogando la institución del jurado, sometiera todos los juicios criminales a los jueces letrados.

Lo que prohíbe la Constitución es que para hechos ya realizados se establezcan jueces o tribunales *ad hoc*; pero de ninguna manera quiere coartar la acción del legislador, en orden a las reformas o cambios de la organización judicial, ni impedir que las reglas de derecho público y de carácter general que a ese respecto se expidan, sean aplicables desde su promulgación.

En esta importante materia de los límites temporales de las leyes adjetivas, pueden consultarse los siguientes autores: Merlin, *Competence* § III; Dalloz, Comp. Nº 55; Duvergier (Anotaciones de Toullier) Tomo I, pág. 85; Demolombe, Tomo I, Nº 67; Bandry-Lacantinerie, Tomo I, pág. 176; Garsonnet, Tomo I, pág. 634, Tomo II, pág. 11 a 14; Aubry et Rau, Tomo I, págs. 58 y sgts.; Bonnier (Proced.) Nº 12; Id. Pruebas, Tomo II, Nº 920; Savigny, Tomo VI (octavo de la edición francesa) § CCCXLIV y siguientes; Ballesteros, Tomo I, pág. 14, Tomo II, pág. 148; Borja, Tomo I, pág. 162; y muchos otros.

tado: "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."

A esas consideraciones, empero, pueden agregarse otras, deducidas de la misma organización judicial y de la naturaleza del juicio. Si, en el caso del ejemplo arriba propuesto, el Alcalde Municipal, que ha estado conociendo de una demanda de ciento ochenta sucres, debiera remitir la causa al juez parroquial, en virtud de la reforma que eleva a doscientos sucres el límite de la menor cuantía, resultaría que en la segunda instancia de esa causa volvería a conocer el mismo Alcalde que la había tramitado en primera; siendo así que la revisión debe referirse, no sólo a la sentencia, sino a todo el proceso, a la forma y al fondo; y ella supone, por su naturaleza, la intervención de un juez de superior jerarquía.

Y si la reforma viniese en el momento de estar dada la sentencia por el Alcalde Municipal, ¿cómo podría enviarse la causa al juez parroquial para que concediera la apelación?... ¿Y para ante quién podría este juez concederla? ¿Para ante el mismo Alcalde, que ya falló en primera instancia, o para ante la Corte, que no es el inmediato superior del juez parroquial, ni puede conocer de asuntos de menor cuantía?...

Por otra parte, el hecho mismo de que el juicio comienza ante un juez y continúe ante otro, de distinta calidad y grado, es completamente anómalo, y contrario a la unidad del juicio y a la armonía que debe haber en las funciones judiciales.

Estos motivos de orden público, más bien que los arriba expuestos, nos han inclinado a seguir la doctrina fundada en el axioma romano y casi unánimemente ad-

mitida por los expositores y por la jurisprudencia de los tribunales.

Con respecto al procedimiento, la ley posterior prevalece sobre la anterior, aun tratándose de litigios pendientes. El procedimiento consta de una serie de actos hasta cierto punto divisibles; de tal manera que, dada la nueva ley, los anteriores se rigen por la antigua, y los posteriores por la nueva, sin que, por lo mismo, se hiera o menoscabe ningún derecho adquirido.

Este principio, unánimemente seguido en la jurisprudencia y la doctrina, está de acuerdo con la regla 22 de nuestro Código Civil; la cual hace, como ya lo observamos, una razonable excepción, declarando que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley anterior.

Dicha excepción, empero, resulta insuficiente, cuando los trámites establecidos por la nueva ley no guardan relación o armonía con los antiguos. Aplicada, en estos casos, a los litigios pendientes, la ley posterior, queda convertido el juicio, como dice Meyer, en un agregado incoherente de actos que no tienen entre sí ninguna conexidad.

La ley reformativa de 1911 nos presenta actualmente ejemplos de esta clase, sometiendo a juicio verbal sumario muchas cuestiones que antes se ventilaban ordinariamente.

El Código de Procedimiento francés dispone en su Art. 1041 que los litigios pendientes a la fecha de su promulgación continúen conforme a la ley anterior. Cosa análoga se dispuso en el último Código de Enjuiciamientos español; y es muy conveniente que el Poder Legislativo tenga en cuenta esta observación, siempre que trate de reformas sustanciales, que puedan ocasionar esas incoherencias o complicaciones en los procesos y aumento de gastos para los litigantes.

Los principios relativos a la no retroactividad de las leyes no son de Derecho Constitucional: no constan ni deben constar en la Carta Fundamental (1); y por lo mismo, queda al buen criterio del legislador aplicarlos en tal o cual extensión, según la naturaleza y las circunstancias del caso, como advierten los expositores (1).

Tanto más sustancial es esta consideración, cuanto, como ya lo observamos, nuestros Códigos adjetivos contienen muchas disposiciones que, en realidad de verdad, no son de mero trámite, *ordinatoria litis*, sino de fondo, *decisoria litis*; y a veces, no es muy fácil hacer la correspondiente distinción, o no se preocupan de ella los jueces ni los mismos interesados (2). Aplicar rigurosamente en tales casos la regla 22 del Art. 7º del Código Civil, sería manifiestamente contrario a la justicia, a los principios jurídicos y al espíritu de la misma regla.

Nada más natural y correcto, por tanto, que el legislador, al expedir la reforma, determine expresamente, siempre que puedan ocurrir dudas o dificultades, si se la ha de aplicar o no a las causas pendientes.

Conflictos sobre prueba.—Con respecto a la prueba, la doctrina científica hace una distinción, adoptada también por nuestro Código en la regla 21 del Ar. 7º. Qué pruebas son admisibles, se considera cuestión de fondo, y se rige por la ley del tiempo del acto en que se funda la acción. La manera de rendirlas, o sea el trámite que ha de seguirse para emplearlas en juicio, es

(1) En algunas Constituciones extranjeras, como la de México (Art. 14) sí están consignados expresamente.

(1) Garsonnet, Tomo II, pág. 11; Ballesteros, Tomo I, pág. 114.

(2) "Hay cosas que, si bien a primera vista conciernen a la forma de las acciones, y, por consecuencia parecen estar sujetas a la ley vigente cuando la acción se deduce, en verdad pertenecen al derecho mismo, y no dependen sino de la ley vigente al tiempo en que se ejecutó el hecho en que la acción se funda"—Merlin. *Et. retr.*, secc. III, § VIII.

cuestión de forma, y se sujeta a la ley del tiempo del litigio.

Nuestro Código enuncia la regla en estos términos: "Los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley, podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquélla establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba, estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere."

Al tiempo del acto, las partes prevén la posible necesidad de comprobarlo más tarde en juicio, y aseguran los medios adecuados para esa comprobación. Tienen desde entonces derecho adquirido para que dichos medios puedan serles útiles y eficaces en todo tiempo. Permite, por ejemplo, nuestro actual Código de Comercio probar por testigos las obligaciones o liberaciones mercantiles, sea cual fuere la cuantía, aunque no haya principio de prueba por escrito; y si, confiadas en esta ley, hacen dos personas un contrato o un pago de mil sucres, en presencia de testigos; un ley posterior, que aplicara a lo mercantil la restricción establecida por el Código Civil, no podría privarles del derecho de probar por testigos aquel acto.

La prueba, en estos casos, aunque distinta del acto mismo, tiene íntima conexión con él; y las leyes que la rigen pueden reputarse incorporadas en el contrato, como las que se refieren a la forma y los efectos del mismo, al tenor de la regla 20 del tantas veces citado Art. 7º del Código Civil.

Creemos, empero, que debe hacerse una distinción. Los hechos de los cuales se derivan los derechos son de dos clases: unos tienen por fin principal y directo crear, modificar o extinguir relaciones de derecho, como los contratos, las donaciones, los pagos, las prórrogas de plazo, etc.; otros, si bien dan lugar a relaciones de dere-

cho, no se efectúan con ese fin esencial, como los delitos y cuasidelitos.

Los primeros se denominan en la doctrina jurídicos; los segundos, materiales.

Prevía esta distinción, decimos que el mencionado principio, concerniente a la idoneidad o admisibilidad (1) de la prueba, se aplica a los primeros hechos, mas no a los segundos; por la propia razón en que él se funda.

Cometido un robo u otra infracción, cuando regía entre nosotros la ley que no permitía condenar por presunciones, pero, seguido el juicio cuando se expidió ya la reforma que eliminó aquella prohibición, ¿qué derecho adquirido podría alegar el reo para que no se aplicase en su caso la nueva ley?...

El homicidio, las heridas y todas las infracciones que dejan señales, no pueden probarse ahora, según nuestro Código, sino por el reconocimiento judicial de las señales. Si esta ley se cambia y se declaran admisibles otras pruebas que acrediten plenamente el hecho, ¿podrá algún acusado alegar derecho adquirido para que no se admitan como prueba de su infracción otros medios que los reconocidos por la antigua ley?...

En los hechos materiales, no existe esa conexidad íntima entre el hecho mismo y la prueba: esta coincide con aquél, de un modo accidental, independientemente y aún contra la voluntad del agente; y las leyes que establecen reformas para el mejor modo de esclarecer la verdad y hacer práctica la justicia, prevalecen sobre las anteriores, sin que derecho alguno pueda alegarse en contrario, ora sea civil, ora penal el proceso en que sobre tales hechos se controvierta.

(1) Este vocablo, generalmente usado en el lenguaje jurídico, no consta en el Diccionario de la Academia; pero puede pasar como un neologismo de correcta formación gramatical.

Esta observación nuestra está conforme con el espíritu de la regla del Código Civil, arriba transcrita, que se concreta a los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley y controvertidos bajo el de otra. Los delitos o cuasidelitos, los despojos, los hechos meramente posesorios, como el de cultivar un campo o hacer una cosecha, etc., no son actos celebrados ni menos válidamente celebrados (1).

Resumen.—Resumamos la doctrina sobre los límites temporales del imperio de las leyes adjetivas.

Con respecto a la jurisdicción, no tenemos regla expresa en la ley; y los principios jurídicos, unánimemente aceptados, enseñan que, si el cambio de la legislación ocurre entre el nacimiento de la acción y la demanda, prevalece la ley posterior.

Si el cambio tiene lugar después de planteado el juicio, se distingue: si queda abolida la judicatura, pasa el proceso a la que, según la nueva ley, deba reemplazarla; mas si subsiste, y sólo se restringen sus atribuciones, sigue conociendo de las cuestiones pendientes, según el axioma romano *ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*.

En cuanto al procedimiento, tenemos regla expresa, perfectamente conforme con los principios científicos, la del Art. 7º del Código Civil, según la cual la nueva ley prevalece desde que empieza a regir, y se aplica aún a las causas pendientes; sin perjuicio de quedar subsistentes los trámites o actuaciones que tuvieron lugar según la ley anterior, y debiendo regirse por ésta los términos y diligencias que estuvieren ya comenzados.

La admisibilidad de la prueba de los actos jurídicos se rige por la ley bajo cuyo imperio tuvieron lugar

(1) Celebrar es, según la Academia, hacer solemnemente y con los requisitos necesarios alguna función o contrato.

dichos actos; la forma o manera de rendir la prueba, por la vigente al tiempo de producirla.

El legislador puede modificar las reglas precedentes, en vista de la naturaleza de la reforma y de las complicaciones o dificultades que puedan sobrevenir; y en muchos casos es de suma importancia una declaración expresa al respecto.

7.—Límites locales.—Los límites locales del imperio de las leyes se determinan por las reglas y principios del Derecho Internacional Privado, que es materia de otro curso en nuestra Universidad; por lo cual no haremos ahora sino algunas observaciones generales, concretadas principalmente a notar la analogía de dichos principios y reglas con los que se refieren a los límites temporales.

El conflicto sobre los límites temporales proviene de que, realizados ciertos hechos bajo el imperio de una ley, llega, a veces, a discutirse sobre ellos o sobre sus consecuencias jurídicas cuando, cambiada ya la legislación, se hace necesario investigar si debe aplicarse la ley anterior o la posterior. El conflicto sobre los límites locales resulta cuando, realizados los hechos en una Nación, se discute sobre ellos o sobre sus consecuencias jurídicas en otra, regida por distintas leyes.

A propósito de los primeros conflictos, tuvimos en cuenta el principio fundamental de que las leyes no tenían efecto retroactivo, en el sentido de que no podían destruir ni alterar los derechos legítimamente adquiridos bajo el imperio de leyes anteriores. Ahora, con respecto a los segundos, diremos también que, según los principios de justicia internacional, los derechos legítimamente adquiridos en una Nación, no pueden menos que ser respetados y protegidos en cualquiera otra.

Concretándonos a la materia del Derecho adjetivo, que es la que nos concierne, decimos que, por fundarse

Las reformas legales sobre jurisdicción o procedimiento en consideraciones de orden público e interés social, las leyes vigentes al tiempo del litigio prevalecen sobre las que regían cuando tuvo lugar el hecho que dió origen a la acción, sin que haya en las partes interesadas ningún verdadero derecho para que se observen respecto de ellas las leyes modificadas o derogadas. De la misma manera, y por la misma razón de pertenecer al orden público, las leyes de jurisdicción y procedimiento del país en que se sigue el litigio, prevalecen sobre las establecidas en el que acaeció el hecho motivador de la controversia.

A este respecto, el principio de Derecho Internacional Privado *locus regit actum* es perfectamente equivalente al *tempus regit actum*, que decide los conflictos sobre los límites temporales. El juez no puede, pues, en ningún caso emplear formas de procedimiento no establecidas por la ley nacional; así como no puede observar formas o trámites ya derogados por la misma.

Por consiguiente, si se ha celebrado el contrato o realizado el hecho en un país en que están sometidos al jurado esos asuntos civiles, y la controversia se traba en otro, que no reconoce tal institución o la aplica sólo a los asuntos criminales, de ninguna manera podrán los interesados alegar la ley extranjera para que su cuestión sea juzgada por el jurado.

Del mismo modo, para determinar la cuantía de un juicio, y en general, para toda cuestión de procedimiento o jurisdicción, el juez ha de atenerse a su propia ley; puesto que, por regla general, en asuntos de orden público, no pueden aplicarse leyes extranjeras.

Si, conforme a la ley del lugar del contrato, el deudor no puede ser demandado sino en donde debe cumplir la obligación; promovido el juicio en el Ecua-

dor, podría plantearse también la demanda en el domicilio del deudor.

Si, conforme a la ley del país del contrato, el deudor puede ser demandado en donde se le encuentre; no podría proponerse en el Ecuador la demanda, sino ante el juez del domicilio del deudor, con arreglo a las leyes ecuatorianas.

Otra cosa sería si hubiese estipulación especial que sometiera al deudor al juez de su mera residencia; pues, no siendo tal estipulación contraria al derecho público ecuatoriano, se la debería respetar y cumplir, con arreglo a los principios generales de Derecho Internacional Privado, relativos a las obligaciones convencionales.

Hay Códigos extranjeros que someten forzosamente al juicio de árbitros cierta clase de cuestiones civiles o mercantiles. Realizado el acto o contrato bajo el imperio de esas leyes, no sería obligatorio en el Ecuador el nombramiento de árbitros; pero si la obligación de las partes proviniese de una estipulación, esta tendría que respetarse y hacerse efectiva.

Con respecto a la prueba de los actos jurídicos, tenemos la misma distinción que se hace al tratar de los límites temporales. La cuestión de qué pruebas pueden emplearse o son admisibles, es de fondo —*decisoria litis*— y se rige por la ley del lugar en que se realizó el acto; la concerniente a la manera de rendirlas en juicio, de forma —*ordinatoria litis*— y se sujeta a la ley del lugar en donde se sigue el juicio.

Así, podrá probarse por testigos, en Francia o en el Ecuador, un contrato civil de mutuo por mil sures, otorgado en Inglaterra; por cuanto las leyes de este país no establecen la restricción a que, por las francesas y la nuestra, como por casi todas las modernas, está sujeta aquella prueba.

"Las formas exteriores", dice Weiss, "empleadas en un acto jurídico tienen por objeto proteger a los que en él intervienen, contra todo fraude o toda imposición. Y esas formas varían con la situación moral del Estado y el carácter de sus habitantes. Ciertas medidas de precaución o desconfianza, absolutamente indispensables en un lugar, estarían por demás en otro. Sólo a la ley territorial incumbe, pues, apreciar qué garantías o precauciones deben emplearse en un acto para que éste se reputa cierto."

Casi en los mismos términos explica Merlin el fundamento de esta regla. (Rep. V, Prueba, sec. II, § III, Art. 1º, N° 3). Id. Bonnier (T. II, pág. 463).

Nuestro Código Civil establece, empero, una restricción, con respecto a la prueba instrumental; pues en su Art. 17 dice: "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."

"Disposición acertadísima" —dice el comentador del Código Chileno— "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 hubieren observado" (1).

8.—Hay diferencia entre nacionales y extranjeros, en cuanto a las leyes adjetivas?— Desde las Doce Tablas de la antigua Roma, que casi confundían al extranjero con el enemigo y le declaraban guerra perpetua (1), has-

(1) Luis Felipe Borja, T. I, pág. 351.

(1) "Adversus hostem aeterna auctoritas" (L. I, Tabla III).—"Peregrini antea dictus hostis" (Cicerón, De Officiis, Tomo I, Cap. XII, refiriéndose a esas leyes).—"En la lengua latina primitiva hostis significaba enemigo y extranjero" (Savigny, T. I, pág. 294, nota b).

ta el Código Chileno que, elevándose sobre los mezquinos cálculos del egoísmo, adoptó, el primero, aun antes que el Código Italiano, el sabio y fecundo principio de la igualdad entre nacionales y extranjeros en cuanto a los derechos civiles, la más completa variedad y discrepancia se ha notado a este respecto en las legislaciones de los diversos tiempos y lugares.

Cuando creció en Roma el número de los extranjeros, se hizo indispensable reconocerles ciertos derechos; y, aumentados considerablemente el dominio territorial y las relaciones de ese gran pueblo, las leyes establecieron dos clases de personas, los cives (ciudadanos), y los peregrini (extranjeros). Los primeros gozaban de los derechos civiles derivados del *connubium* y el *commercium* (2); los segundos del *jus gentium*; y como esa distinción en el Derecho sustantivo hacía necesario establecer también distintas jurisdicciones, se instituyó el *pretor peregrini*, para el conocimiento de los asuntos de los extranjeros, que debían decidirse con arreglo al *jus gentium*.

Las legislaciones de los países en que se dividió el Imperio Romano conservaron, con más o menos extensión, esas distinciones basadas en el principio de que el **derecho civil** era para los ciudadanos (de donde deriva su nombre), y no para los extranjeros. Y en el régimen feudal tuvieron origen varias instituciones vejatorias y hostiles a éstos, como la del **derecho de albinagio** (1), que les privaba de la facultad de testar y de heredar, y adjudicaba al Fisco los bienes que ellos dejaban al morir.

La misma Francia, que proclamó los derechos del hombre y se irguió altiva contra todas las ideas del pasa-

(2) Sobre el sentido y la amplia comprensión de estas voces técnicas, véase lo dicho por Savigny, T. II, § LXIV (edición española, T. I, pág. 237).

(1) La Academia no ha querido todavía admitir este vocablo aunque Bello y otros autores traducen el *aubaine* francés.

do, no pudo sustraerse por completo de las preocupaciones de la época; y si bien la Asamblea Constituyente abolió aquella absurda institución del **albinagio**, el Código Civil la resucitó en gran parte, y conserva hasta ahora odiosas distinciones entre nacionales y extranjeros.

Su regla fundamental, consignada en el Art. 11, es la de que los extranjeros gozan en Francia de los mismos derechos que, **por tratados**, se conceden en su Nación a los franceses; y con respecto a la jurisdicción y al procedimiento —objeto especial de nuestro estudio— tenemos en el mismo Código disposiciones como estas:

“Art. 14.—El extranjero, aunque no resida en Francia, podrá ser citado ante los tribunales franceses para la ejecución de las obligaciones que hubiere contraído en Francia en favor de un francés; y podrá ser trasladado a los tribunales franceses por las obligaciones por él contraídas en país extranjero en favor de un francés.”

“Art. 16.—En toda materia, aun en las de comercio, el extranjero que fuere demandante, estará obligado a dar caución por el pago de las costas e indemnización de los intereses resultantes del proceso, a menos que posea en Francia inmuebles de un valor suficiente para asegurar ese pago.”

Y en el Código de Procedimiento, la siguiente:

“Art. 166.—Todo extranjero, demandante principal o **interventor** (2), será obligado, si el demandado lo exigiere, antes de toda excepción, a rendir caución de pagar las costas y los daños y perjuicios a los cuales pudiere ser condenado.”

Lo dispuesto en el Art. 14 del primero de los Códigos citados ataca el principio **actor sequitur forum rei**, universalmente reconocido; y se funda en un espíritu de

(2) Tercerista diríamos, en nuestro lenguaje legal (aunque tampoco lo consiente la Academia); pero la equivalencia a *intervenant* no es muy exacta, como veremos en su lugar.

desconfianza de las legislaciones y tribunales extranjeros: desconfianza que, si podía ser explicable hasta los principios del siglo pasado, en el estado presente del Derecho Internacional no tiene ya ninguna razón de ser, como lo reconoce el profesor Bonfils (pg. 156), quien agrega que en el nuevo proyecto de Código de Procedimiento se elimina ya esa odiosa diferencia entre nacionales y extranjeros, contraria, no sólo al Derecho de Gentes actual, sino a la mayor parte de las leyes europeas (y aun a la antigua jurisprudencia francesa, al decir de Garsonnet—T. 1º, pg. 725).

La caución de que tratan el Art. 16 del mismo Código y el 166 del de Procedimiento, es un vestigio de la antigua *judicatum solvi*, que en el derecho romano y el germánico se exigía al deudor, de pagar lo que se le ordenase por la sentencia, y de estar a los resultados del juicio.

En el derecho español se la llamaba también fianza de la haz; y varios Códigos modernos la han admitido en sus instituciones; entre ellos el del Perú (1), que sirvió en gran parte de modelo al ecuatoriano.

Otros, como el español actual (2), establecen la caución o arraigo (3), sólo para el caso de reciprocidad, que es el criterio más generalmente seguido en el Derecho Internacional.

Los expositores franceses defienden la doctrina de su Código, diciendo que, lejos de establecer una desigual-

(1) "Art. 153.—El extranjero, cuando es transeunte o no tiene bienes conocidos, puede ser obligado a dar fianza de results en el juicio en que fuere actor".

(2) "Art. 534.—Si el demandado fuere extranjero, será también excepción dilatoria la del arraigo del juicio, en los casos y en la forma que en la nación a que pertenezca se exigiere a los españoles".

(3) Esta voz técnica no tiene en el Diccionario académico ni en la legislación española la significación especial que le dan nuestro Código de Enjuiciamientos (art. 973), el de Costa Rica (art. 148) y otros.

dad o injusticia en contra de los extranjeros, la caución *judicatum solvi* no tiene otro objeto que el de igualarlos a los nacionales en cuanto a las contingencias del juicio. Si un extranjero que litiga contra un francés triunfa en la causa, dicen, tiene seguridad de hacer efectivo su derecho por medio de los apremios y más medidas coercitivas, de las cuales el francés difícilmente podrá librarse; mas si sucumbe en el juicio, puede eludir por medio de la fuga todas las responsabilidades a que fuere condenado, sin que la fuga importe para él un destierro, ni tenga los graves inconvenientes con que para ella tropiezan los nacionales o extranjeros domiciliados (1).

Nuestro Código, empero, no quiso seguir esa doctrina; y si bien la declaración que, copiada literalmente del Chileno, hace en el Art. 53, se limita a los derechos que él concede (2); en cuanto a la jurisdicción y al procedimiento, no hacen las leyes ecuatorianas la menor diferencia; y los extranjeros están sujetos, de todo en todo, a las mismas reglas que los nacionales.

Puede acontecer que, abusando de esta generosidad de nuestras leyes, extranjeros indignos de ella causen molestias y gastos a un nacional, con litigios temerarios, y desaparezcan del país cuando se trate de exigirles la responsabilidad. Mas nuestro legislador ha creído, con razón, preferible guardar perfecta armonía con lo dispuesto por la ley sustantiva, y prescindir de distinciones odiosas y contrarias al espíritu general de nuestras instituciones.

9.—Relaciones del Derecho Práctico con la Ley Orgánica del Poder Judicial.— El Código de Enjuiciamien-

(1) Garsonnet, T. II, pg. 334; Bonnier, (Proced.) Nº 405; Bonfils, Nº 346; Boitard, T. I, pg. 397.

(2) "Art. 53.—La ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regula este Código."

tos tiene relación íntima con varias otras ramas del Derecho. En algunas legislaciones, como la de Chile, lo concerniente a la Jurisdicción forma parte de la Ley Orgánica del Poder Judicial: por el contrario, entre nosotros estuvo esta Ley, durante muchos años, incorporada al Código de Enjuiciamientos.

Cuando se discutía el Código de Procedimiento francés, la Corte de Casación y varios Tribunales de apelación solicitaron con insistencia que las leyes de organización judicial y de competencia se consignaran en un libro preliminar de dicho Código. Desatendida esa petición, por motivos que no es del caso exponer, aquellas leyes no fueron siquiera codificadas, y el Código quedó reducido a las reglas de procedimiento.

Los expositores, empero —y en especial los que han escrito para la enseñanza— han creído indispensable asociar dichas materias, para hacer de todas ellas un solo cuerpo de doctrina.

“La ley de procedimiento, en su más lata acepción, comprende —dice Garsonnet— la organización judicial, la competencia y el procedimiento propiamente dicho.”

En análogo sentido se expresan Bonfils y otros profesores; pero más propiamente dice Boitard: “Hay para la administración de justicia tres clases de leyes: las de organización judicial, las de competencia y las de procedimiento.”

Estas tres especies de leyes, íntimamente relacionadas por su objeto, y colindantes por su esfera de acción, tienen, sin embargo, esenciales diferencias. La Ley Orgánica instituye el Poder Judicial sobre las bases fijadas por la Constitución; establece la jerarquía, atribuciones y deberes, condiciones de idoneidad, duración del cargo, etc., de los jueces y demás empleados públicos que intervienen en la administración de justicia. La ley de jurisdicción, presupuesta la organización judicial, fija las reglas según las cuales los individuos interesados se han de

dirigir a tal o cual juez o tribunal establecido, y los efectos que han de producir la observancia y la violación de esas reglas. Por fin, la ley de procedimiento determina la manera de obrar, o sea las formas o trámites que han de observarse en el ejercicio de los derechos ante la autoridad judicial, ya organizada e investida de jurisdicción para conocer de esos asuntos.

La distinción es, pues, clarísima, mas los legisladores no se han cuidado mucho de la precisión científica en el deslinde, quizá por creerlo de poco interés práctico. Entre nosotros, la notable confusión que existe depende también, en gran parte, de una causa especial: durante la época en que la Ley Orgánica formaba parte integrante del Código de Enjuiciamientos, la distinción de materias tenía casi ninguna importancia, y preocupaba mucho menos. En la misma Sección o Título y hasta en un mismo artículo, estaban a veces reunidas disposiciones orgánicas y reglas de procedimiento; y cuando la Legislatura de 1890 decretó la separación, la Corte Suprema, encargada de la obra, no creyéndose autorizada para descomponer totalmente el Código, se limitó a practicar la separación por Secciones, colocando unas en el un cuerpo de leyes y otras en el otro, con todo lo que en ellas se contenía.

Resultó de allí que en el Código de Enjuiciamientos quedaron disposiciones propias de la Ley Orgánica, y a ésta pasaron otras que no son sino de puro procedimiento, como las relativas al juicio de árbitros, a las contenidas entre el abogado y su cliente, por honorarios, etc.

10.—Relaciones del Código de Enjuiciamientos con el Civil.— La relación del Código de Enjuiciamientos con el Civil fúndase en el objeto esencial de ellos. Si el uno establece los derechos y el otro los medios de hacerlos valer ante la autoridad, debe haber entre los dos la más estricta armonía; de modo que ningún derecho creado o reconocido por la ley sustantiva, carezca en la adjetiva del

procedimiento apropiado para su seguridad y cumplimiento.

En esto, empero, tenemos mucho que desear. El Código de Enjuiciamientos deja notables vacíos en cuanto a procedimientos especiales que debiera establecer; y en algunos de los establecidos, no corresponde exactamente al sistema del Código Civil y al pensamiento del legislador. A más de esto, contiene muchas reglas de carácter sustantivo, y trata de asuntos reglados ya por el Código Civil, como la capacidad de ciertas personas para estar en juicio, los requisitos para las acciones posesorias, etc.; dando lugar a dudas y difíciles cuestiones sobre concordancia de las dos leyes y sobre la que debe prevalecer en caso de discrepancia.

Tan grave anomalía depende de la diversidad de origen de esos dos códigos y de la manera como han sido elaborados. Para tener Código Civil, no hicimos otra cosa que adoptar el chileno, vaciado principalmente en la turquesa del derecho francés y del romano; y para nuestro Código de Enjuiciamientos, tuvimos en gran parte por modelo al del Perú, inspirado en las doctrinas y prácticas españolas, completándolo con reglas tomadas del Código Civil Argentino y de otras fuentes. Ahora bien, ejecutadas por distintas inteligencias, en épocas diversas y bajo la impresión de muy variadas influencias, esas obras de asimilación de tan extraños elementos, nada más natural que la incoherencia y anarquía en el conjunto.

En el desarrollo de nuestro estudio tendremos particular cuidado de observar, en los lugares respectivos, todo lo concerniente a este interesante punto.

11.—Antecedentes históricos y fuentes de nuestra legislación adjetiva.—Ninguna ley ha sido entre nosotros tan inestable y sujeta a vicisitudes y cambios como la de que hoy tratamos. Desde el momento en que los pueblos de este Continente desconocieron la autoridad de la metrópoli, viéronse precisados a organizar su Poder Judi-

cial, y a dictar, en cuanto al procedimiento, las disposiciones indispensables para armonizar con el nuevo orden de cosas y las nuevas necesidades del país, la legislación española que iba a seguir rigiendo, como nacional, hasta que se promulgasen otras leyes. Y casi sólo a esto se concretaron las disposiciones que, sobre jurisdicción y procedimiento, se expidieron desde la convención de Cúcuta hasta 1846.

En ese año, la convención nacional reunida en Cuenca dió a luz algo así como un ensayo de Código de Enjuiciamientos, de sistema muy diverso del actual, y sumamente diminuto y deficiente; encabezado con la entonces consabida advertencia de que, en todo lo no previsto en la misma ley, seguirían rigiendo las Pragmáticas, Cédulas y Ordenanzas españolas, anteriores a 1808, la Recopilación de Indias, la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas.

Esa ley fué ampliada y modificada en los años 48, 53, 54, 55, 61, 63, 64 y 68; porque desde entonces y en todo tiempo ha sido entre nosotros el Código de Enjuiciamientos tema obligado de todas las legislaturas; hasta que en 1869 la Convención Nacional formó el embrión, diré así, de nuestra legislación adjetiva, en el Código que se publicó en 1871, anexo a la segunda edición del Código Civil y al Reglamento de Inscripciones, y amoldado en gran parte al peruano.

Ese Código, deficiente también en reglas de procedimiento, y lleno de definiciones teóricas e inexactas, fué considerablemente reformado y adicionado con muchas disposiciones tomadas del mismo Código Peruano y algunas del Civil Argentino y de la ley de Procedimiento Española, por la Asamblea Constituyente reunida en Ambato en 1878; con arreglo al proyecto que presentó la Corte Suprema, incorporando en el Código la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Legislatura de 1880 dictó algunas reformas, con las cuales se hizo nueva edición en 1882. La Asamblea de 1883 y 84 expidió una Ley Orgánica del Poder Judicial, independiente del Código de Enjuiciamientos; mas esa ley fué derogada por la Legislatura de 1885, que declaró vigente el Código de 1882, con algunas reformas dictadas por ella.

Hubo también reformas en 1885, 86, 90 y 92, entre las cuales fué la más notable la de la separación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, decretada el año 90 y subsistente hasta la fecha. Con esas reformas se publicó la edición de 1892.

Con las reformas de 1894, 96 y 97, se hizo la edición de 1899; y con las de 1904 y 1905, la que empezó a regir el 1º de Julio de 1907.

Esta edición está todavía vigente; pero como tenemos ya las reformas de 1911, es natural que en breve se trabaje otra por la Corte Suprema.

Con tantas adiciones y cambios, en que no se ha cuidado suficientemente de la unidad y armonía en la legislación, no es extraño que ésta sea bastante embrollada, y que ofrezca suma dificultad el conocimiento y estudio de sus fuentes.

Podemos, empero, afirmar que, si bien el elemento nacional predomina en nuestras leyes adjetivas, como sucede en todas partes, su fuente originaria es el Derecho español. El francés, sólo de un modo indirecto, en cuanto lo es de nuestro Derecho sustantivo, cuya realización se propone el Código de Enjuiciamientos. La doctrina francesa puede, sin embargo, darnos alguna luz, ya en orden a ciertos principios fundamentales del Derecho Práctico; ya principalmente en las materias que, como las muy importantes de la prueba y de la cosa juzgada, figuran en el Código Civil, y han sido explicadas y dilucidadas con admirable profundidad por los expositores y comentadores de ese Código.

12.—**Jurisprudencia.**— Jurisprudencia es la ciencia del Derecho; pero más comúnmente se da ese nombre a la doctrina jurídica fundada en las resoluciones uniformes de los Tribunales, la cual, a falta de leyes expresas, sirve de norma y guía en las cuestiones prácticas (1); pues aunque no tenga fuerza de ley ni autoridad de cosa juzgada sino en la causa en que la sentencia la aplica, cuenta, sí, con la autoridad o respetabilidad de quien la ha formulado y de los fundamentos jurídicos en que se apoya, e inspira la convicción de haber sido fruto de un sólido y concienzudo estudio, y de que en los nuevos casos que se presenten, los tribunales fallarán probablemente en el mismo sentido.

Tan considerable es el caudal de esta doctrina en los pueblos de antigua y avanzada civilización, que —puede decirse— en ella se contiene el Derecho Práctico, más que en los Códigos mismos, los cuales tienen, por lo general, pocos artículos, y serían absolutamente insuficientes, si en los usos y costumbres basados en los fallos de los tribunales, no estuviera ya prevista y perfectamente establecida la manera de proceder en cada uno de los infinitos casos no reglados expresamente por el legislador.

Entre nosotros, el Código Civil, que en sus primeros artículos consigna algunas de las bases generales de nuestra legislación, declara terminantemente que sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, y que los fallos judiciales no tienen fuerza sino en las causas en que se pronuncian (Art. 3°). Declara igualmente que la costumbre no constituye derecho, sino cuando la ley se remite a ella (Art. 2°); lo cual acontece, según el propio Código, en raros casos (Arts. 1536, 1926, 1935, 2104).

(1) Dalloz la define así: "Ciencia del derecho, o, en un sentido más restringido, el conjunto de decisiones judiciales, o bien su uniformidad sobre un punto cualquiera de derecho".—JURISPRUDENCE.

El Código de Comercio refiérese de un modo más amplio a la costumbre, en el Art. 4º; pero los adjetivos en ningún caso.

Por tanto, la jurisprudencia consuetudinaria no tiene en Derecho Práctico otro valor que el de una doctrina respetable, de la cual no deben apartarse los jueces sino por motivos poderosos y concluyentes.

Ella es, de otro lado, tan diminuta entre nosotros, que mal podríamos considerarla como parte complementaria de las instituciones positivas. Las leyes mismas llevan de existir muy poco tiempo, y han estado sujetas, como acabamos de verlo, a frecuentísimos cambios y fluctuaciones. Además, no todos los fallos que contienen resoluciones de puntos de derecho, se han publicado, y hasta ahora no se ha hecho trabajo alguno para compilarlos metódicamente.

Raro es, por tanto, que en algún caso o para salir de alguna dificultad, podamos contar con ese valioso auxilio; como lo veremos en todo el presente curso.

13.—Plan del Código de Enjuiciamientos y división de la materia.—La definición del Código de Enjuiciamientos da a conocer el plan que éste debe seguir en la división principal de la materia. Ha de constar de dos partes que traten, la una, de la jurisdicción, y la otra, del procedimiento; subdivididas convenientemente, según su naturaleza y objeto, consultando el orden y la claridad.

Así se hizo en nuestro Código; pero agregando a la primera parte, a la jurisdicción, las reglas concernientes a las personas que intervienen en los juicios, en calidad de actores o demandados, procuradores, peritos o intérpretes; reglas que, propiamente, debían constar en la segunda parte, en el procedimiento.

Quizo, talvez, el legislador guardar así cierta analogía con la ley sustantiva, que trata primero de las personas, sujeto activo del derecho, y después de las cosas, que son el objeto o término del mismo. Mas el motivo

principal de esa agregación se encuentra en los antecedentes históricos que ya recordamos. Cuando la Ley Orgánica figuraba como parte del Código de Enjuiciamientos, el Libro I de dicho código estaba así rotulado: **"De la jurisdicción, de las personas que la ejercen y de las que intervienen en su ejercicio."** Entonces, después de tratar como si dijéramos en abstracto, de la jurisdicción o sea del poder de administrar justicia, procedía la ley a ocuparse en el sujeto de ese poder, en los jueces; luego en los funcionarios públicos auxiliares de los jueces, y por último en las personas privadas que intervienen en los actos judiciales. La asociación de materias tenía, pues, su razón de ser.

Hízose posteriormente la separación de la Ley Orgánica; y la Corte Suprema no se creyó facultada para alterar el plan del Código, ni se preocupó de buscar lugar más apropiado para aquellas reglas relativas a las personas que, sin carácter público, figuran en los juicios; y las dejó agregadas al libro que trata de la jurisdicción, asociando así en este pequeño libro dos cosas extrañas e incoherentes.

Aun más, le dejó a ese libro con su antiguo rótulo, copiado del Código del Perú. **"De la jurisdicción, de las personas que la ejercen"**, etc., que ya no tenía razón de ser; sustituyendo sólo las palabras que **intervienen en su ejercicio** con estas otras: **que intervienen en los juicios**.

Si se tratara de una revisión de este Código —que, como todos los demás, bien la requiere— opinaríamos que el Libro I se dejase sólo para la jurisdicción y la competencia; reservando lo relativo al demandante y demandado y los procuradores, para cuando en el Libro II se tratara de la **demanda**; y lo de los peritos e intérpretes, para la materia de las **pruebas**, a la cual propiamente pertenece.

El Libro II, que versa sobre el procedimiento, se subdivide en tres títulos. En el primero, se determinan y

arreglan separadamente las diversas partes o elementos de que se compone el juicio. En el segundo, se reúnen y organizan esas partes o elementos, formando, con la variedad y combinación en los detalles, ya el juicio ordinario, ya el ejecutivo y los demás sumarios. En el tercero, bajo la rúbrica de **Disposiciones comunes**, se aglomeran reglas y disposiciones que no han tenido fácil colocación en otra parte; muchas de las cuales son enteramente extrañas al Código de Enjuiciamientos.

En los Códigos de otros países se ha procedido de distinto modo en la división de la materia; y hay tal discrepancia, que casi ninguno se parece a otro, ni es posible encontrar puntos de partida para hacer un paralelo. Podemos, sin embargo, afirmar que el plan general del nuestro, con algunas reformas o modificaciones de que es susceptible, sería uno de los mejores que conocemos, si por su sencillez, si por el orden lógico en la distribución de las materias.

Con respecto a sus disposiciones, vistas así de un modo general, el defecto más notable que podemos observar es el de la falta de perfecta conexión y armonía con el Código Civil, de que ya hemos hablado. La Comisión Revisora fundada en 1896, estuvo encargada especialmente de corregir ese defecto capital de nuestras leyes; pero, interrumpidos muy al principio sus trabajos, no pudo llegar al resultado apetecido.

El mismo plan general del Código seguiremos nosotros en el presente curso, con sólo las modificaciones que fueren indispensable para la claridad y buen método en el desarrollo de la doctrina, cuidando de anteponer, cuando sea necesario, la exposición teórica de los principios concernientes al asunto de que vaya a tratarse y las nociones previas que parezcan convenientes; y ocupándonos en seguida en el estudio o análisis de las disposiciones legales, a la luz de aquellos principios.

LECCION TERCERA

DE LA JURISDICCION

SINOPSIS

14. Función esencial del Juez.—15. Función accidental.—16. Definición de la jurisdicción.—17. Operaciones que comprende.—18. Límites absolutos de la jurisdicción. Separación de los Poderes públicos. Prohibiciones a los Jueces. Su deber en orden a las leyes injustas.—19. Prohibiciones en el Derecho positivo ecuatoriano. Errónea aplicación del Art. 8º del Código Civil.—20. Atribución de los Jueces en cuanto a las leyes inconstitucionales.

14.—Función esencial del Juez.— La función esencial del juez es la de administrar justicia. El Poder Judicial se ha instituido —dijimos con Savigny— para reparar la violación del derecho; entendiendo por violación todo ataque, toda resistencia, toda contradicción positiva o negativa. La intervención del juez supone, por tanto, dos elementos: el derecho de que una persona se considera asistida, y la violación de ese derecho por otra. La misión del juez reduce entonces a reconocer y declarar la existencia o no existencia del derecho y de la violación, y aplicar la ley correspondiente.

Esto es **administrar justicia** o dar a cada uno lo que es suyo, por medio de la autoridad pública (1). Lo cual significa, en lo civil, declarar el derecho y hacerlo efectivo, venciendo la resistencia de la parte obligada; y en lo penal, absolver al inocente o imponer la pena legal al culpado.

Esta es, decimos, la **función esencial** del juez; y esto lo que estrictamente constituye y significa la **jurisdicción**: voz derivada de las latinas *jus* y *dicere*, declarar el derecho, o *juris dictio*, declaración del derecho.

15.—**Función accidental**.—Aparte de esta función, se le ha conferido al juez otra, esencialmente diversa, en el organismo social, la de autorizar o solemnizar con su intervención ciertos actos de especial importancia o que afectan a intereses especialmente confiados a la protección de la autoridad. Quiere, por ejemplo, la ley sustantiva que a ciertos incapaces se les dé un curador que los represente y cuide de sus intereses; que ese curador sea idóneo y rinda suficiente caución; que los bienes de los incapaces no se enajenen sino en caso de evidente necesidad o utilidad; etc. Y como todas aquellas garantías o reglas de protección legal no surtirían efecto alguno si no hubiera un funcionario público encargado de hacerlas cumplir, se le ha conferido al juez esta función en cierto modo tutelar, que, sin embargo de no ser esencialmente judicial, lleva también en el lenguaje jurídico el nombre de **jurisdicción**.

Esta función llamaremos nosotros **accidental**, por contraposición a la **esencial**.

16.—**Definición**.—Podemos, por tanto, definir la jurisdicción en los siguientes términos, comprensivos de las dos funciones antedichas: La potestad de administrar

(1) *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*”, dice Ulpiano en el Digesto, Lb. I, T. I, Ly. 10.

justicia en nombre del Poder Soberano del Estado, y de autorizar los actos que requieren solemnidad judicial.

En términos casi idénticos la define el profesor Bonfils: "La Jurisdicción (de *jus et dicere*) est le pouvoir conféré par la loi a un juge de rendre la justice, c'est-à-dire de décider en connaissance de cause les procès et les difficultés soumis á son examen, ou de présider á certains actes qui ne supposent pas une contestation. C' est une portion de la puissance souveraine de l' Etat communiquée au magistrat et qui l' habilite á rendre la justice." N° 273, pág 129 (ed. de 1885).

Otros autores no comprenden en la definición la segunda función de que hemos hablado, o no la enuncian con claridad. Así Boncenne dice: "La juridiction est cette emanation de la puissance souveraine qui est communiquée aux magistrats pour rendre la justice au nom du Prince."

Caravantes: "Es, pues, la jurisdicción, la potestad pública de conocer de los asuntos civiles y de los criminales y de sentenciarlos con arreglo a las leyes."

Y López Moreno: "La facultad de declarar derechos conforme a las leyes, y de imponer castigos a los infractores de éstas. Mas claro aun: la facultad de juzgar y fallar los asuntos civiles y criminales, conforme a las leyes."

Nuestro Código de Enjuiciamientos de 69, que, como ya lo advertimos, tenía definiciones de todo, como si fuera un tratado didáctico (N° 11), comensaba así: "Art. 1° Jurisdicción es la potestad de que se hallan investidos los jueces y magistrados para administrar justicia, y para hacer que se ejecute lo juzgado."

La Ley Orgánica de Chile, sin adoptar la forma de definición, da también a conocer las dos funciones judiciales de que hemos hablado, en estos términos:

"Art. 1° La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juz-

gado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley."

"Art. 2º También corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención."

La jurisdicción se deriva de la soberanía y es una parte de ella, diversa del poder de legislar, y diversa también del Poder Ejecutivo, al cual corresponde el gobierno y la administración. Mas, en un sentido lato, tómate a veces aquella palabra como comprensiva de estos otros poderes. Así Escriche dice: "**Jurisdicción.**—El poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles o criminales o así de unos como de otros, y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes."

Se llama también jurisdicción, en el lenguaje vulgar y aun en el jurídico, la circunscripción territorial en que el juez puede ejercer sus atribuciones.

Y en un sentido metafórico, tomando en cierto modo lo concreto por lo abstracto, se da a veces ese nombre a los juzgados y tribunales investidos de aquella potestad.

17.—Operaciones que comprende la jurisdicción.

Ejecución de los fallos.—La administración de justicia, o sea el ejercicio de la jurisdicción, supone tres operaciones diversas: el conocimiento del asunto, es decir, la averiguación de la verdad, el juzgamiento y la ejecución. **Notio, iudicium et imperium.**

Notables jurisconsultos y publicistas enseñan que la ejecución de los fallos judiciales corresponde a la autoridad ejecutiva; así como otros sostienen que el mismo Poder Judicial no es sino una ramificación o división del Ejecutivo. Esta doctrina, contraria a nuestras instituciones políticas, lo es también, en mi concepto, a los prin-

datos científicos que las informan; por cuanto la ejecución de los fallos es, por su naturaleza misma, parte complementaria de la función judicial.

Para ejecutar un fallo es menester interpretarlo, penetrar el pensamiento del juez y determinar con precisión los efectos que debe surtir, a fin de no dar a las conclusiones en él consignadas una extensión mayor o menor que la que les corresponda; y esta operación no puede ejercerse adecuadamente sino por el juez mismo.

Además, en la ejecución pueden ocurrir (y ocurren muy a menudo) incidentes o nuevas cuestiones que hagan necesaria la aplicación de las leyes civiles sustantivas y adjetivas, y originen nuevas declaraciones de derechos; en todo lo cual la intervención del juez es de esencial necesidad.

Por otra parte, atribuido el imperio a los jueces, en el sentido en que tomamos ahora esta palabra, se da mayor vitalidad práctica al Poder Judicial, y se asegura mejor su independencia, la cual es una de las más fundamentales garantías de una buena organización política y social (1).

Tal vez para evitar toda duda al respecto y dejar explícitamente consagrado este principio, nuestro Código del año 69 comenzó definiendo la jurisdicción en los términos que ya recordamos (Nº 16). El año 78 se reformó ese artículo, dejándolo como hasta ahora existe (2); pero el principio quedó radicado en nuestras instituciones; y las leyes de procedimiento que tratan de la ejecución de los fallos judiciales, lo aplican y desarrollan inalterablemente.

La Ley Orgánica de Chile comienza también, como

(1) "Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videtur, sine quibus Jurisdictio explicari non potuit." Dice Jaboleno en el Digesto (L. 2 De jurisd.)

(2) "Art. 1º La jurisdicción, o el poder de administrar justicia, corresponde a los Magistrados y Jueces establecidos por las leyes."

ya vimos (Nº 16), haciendo constar en su artículo 1º la declaración de este principio.

Caravantes dice lo siguiente: "Además de estos elementos (notio et iudicium) que constituyen la jurisdicción, va agregado a ella el mando o el imperio, para que tengan cumplido efecto sus prescripciones, pues sin él serían únicamente fórmulas o disposiciones vanas y sin eficacia alguna los oráculos de la justicia. El imperio es la potestad o parte de fuerza pública necesaria para asegurar la ejecución de las decisiones o mandatos de la justicia, **ejecutio**. Divídese en dos clases, en imperio **mero** y en imperio **mixto** (1). El imperio **mero** es la potestad de ejecutar las sentencias que recaen en las causas criminales. El imperio **mixto** es la potestad de llevar a efecto las providencias que se dictan sobre pleitos civiles. Consiste, pues, este imperio ya en la facultad que tiene la autoridad judicial para castigar con penas ligeras las faltas de la subordinación y respeto que le son debidos en el ejercicio de sus funciones, facultad a que las leyes romanas llaman **coercitio** y que en nuestro derecho constituye la parte de jurisdicción que se llama disciplinal y de policía de los tribunales; ya en los apremios, imposiciones de multas, embargos y detenciones que se crea necesario aplicar para el cumplimiento de los mandatos o providencias judiciales, a los que se resisten a obedecerlas, ya en fin, como hemos dicho, en la ejecución de las sentencias pronunciadas en los pleitos civiles."

18.—Límites absolutos de la jurisdicción.—Llamamos límites absolutos de la jurisdicción los que la separan de los demás poderes en que se distribuye la soberanía;

(1) Esta división del imperio en mero y mixto viene del derecho romano. "Imperium a ut merum est, aut mixtum est".—Dice Ulplano tratando de *officio quaestoris*.—"Merum est imperium"—añade—"habere gladii potestatem, ad animadvertendum facinerosos homines," etc. Dig., L. 2 De Jurisdictione.

para distinguirlos de los que, distribuída a su vez la jurisdicción, sirven para diferenciar las atribuciones de un juez de las correspondientes a otros jueces.

A estos últimos límites les daremos el nombre de **relativos**, y los consideraremos separadamente.

Separación de los poderes públicos.—La función judicial redúcese a aplicar las leyes civiles y penales en los casos concretos que, con relación a ellas, se presentan. En la sociedad civil, lo mismo que en una persona natural o jurídica cualquiera, debemos distinguir el ser del obrar. El Poder Constituyente es el que determina y regula el ser de la sociedad; los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial son las fuerzas o facultades por medio de las cuales aquel ser, ya constituido, funciona y se desarrolla en orden a su fin. Los tres Poderes, distintos e independientes entre sí, están subordinados a las bases fijadas por el Constituyente, y armonizados por ellas.

Al Poder Legislativo, que es la voluntad social, concretada conforme a la Constitución, le incumbe expedir las leyes, reformarlas o derogarlas. Le incumbe también interpretarlas de un modo general, y explicar el pensamiento de ellas, sin relación a ningún caso determinado.

Al Ejecutivo, cumplir las leyes que atañen al interés común, dirigiendo a los asociados y arreglando los negocios públicos, conforme al fin de la sociedad. En dos palabras: gobierno y administración.

Al Judicial, interpretar y aplicar las leyes que rigen la acción de los individuos, pero sólo con relación al caso concreto que se presenta, y hacerlas efectivas, venciendo las resistencias opuestas por aquéllos.

La buena organización social exige que esos tres Poderes, entre sí distintos, se ejerzan también por diversos órganos, y de modo que ninguno invada la esfera de acción de los otros. "Después de la declaración de los derechos del hombre" —dice Beauchet, "la separación de los poderes ha sido base esencial de todas las constitucio-

nes," y ella es, en verdad, un dogma inconcluso en el Derecho Público moderno.

"No hay libertad posible" —decía Montesquieu (1), considerado como el fundador de este importante principio— "si el Poder Judicial, no está separado del Legislativo y Ejecutivo." Por no ceñirse a ese principio, los Pretores romanos, encargados de la aplicación de la ley, llegaron a cambiarla completamente; y los emperadores se convirtieron en jueces, en muchos casos, después de abrogarse la facultad de dar leyes. El poder imperial llegó a ser así una desenfrenada tiranía, y apresuró la ruina del imperio romano.

La independencia del Poder Judicial es la más preciosa y fundamental de las garantías: es la salvaguardia de todos los derechos de los asociados, y el único refugio que éstos tienen contra la arbitrariedad. El Poder Legislativo no puede, pues, aplicar la ley en caso determinado; y sus actos, ora constituyan leyes nuevas, ora interpreten las antiguas, han de tener siempre un sentido abstracto y general.

Las extralimitaciones del Poder Ejecutivo son aun más frecuentes y peligrosas. Por lo mismo que al amparo de los jueces están todas las garantías de los individuos, la tiranía casi no podría concebirse, si los gobernantes respetaran la esfera de acción de los jueces; si no quisieran introducirse en ella, siquiera por medio de las sugerencias y las influencias. "Todos los opresores comenzaron por corromper a los jueces, para aherrojar a los pueblos," dice López Moreno.

Prohibición a los jueces.—El Poder Judicial debe también encerrarse estrictamente en la órbita de acción que le corresponde. La tiranía de los jueces, por la natu-

(1) De l' Esprit des Loix.

raleza misma de la misión que ellos desempeñan en la sociedad, es la más alarmante y funesta de las tiranías.

Les está especialmente vedado:

1º Ejercer o arrogarse atribuciones correspondientes a las autoridades políticas o administrativas, e impedir que las ejerzan los funcionarios a quienes corresponden:

2º Oponerse a la ejecución o aplicación de las leyes emanadas del Poder Legislativo, aunque parezcan inconvenientes o injustas. El juez que así las considere y no quiera proceder contra su convicción moral ni hacerse cómplice de la injusticia, debe dimitir el cargo; mas no puede, en ejercicio de él, eludir la ley o abstenerse de cumplirla:

3º Expedir declaraciones generales sobre el sentido de las leyes, o sobre lo que, a falta de éstas, ha de hacerse en la práctica; ni dictar reglas sobre la manera de proceder o de aplicar las leyes en ciertos casos:

4º Absolver consultas, sea de los individuos, sea de los otros poderes públicos, sobre puntos de derecho, o anticipar opiniones de ninguna clase respecto de éstos.

El juez no puede emitir su opinión jurídica, sino a propósito del caso que está juzgando, y para el mero efecto de decidir ese caso; es decir, al tiempo de pronunciar el fallo. De tal manera que, si después se presenta otra cuestión análoga, el mismo juez puede decidirla en diverso o contrario sentido.

Claro está que esas variaciones de parecer desprecian la administración de justicia, y arguyen falta de seriedad y madurez en el estudio de los asuntos litigiosos. No deben, por tanto, los jueces hacerlas sino en vista de razones concluyentes; y a falta de éstas, o en caso de duda o incertidumbre, lo natural y correcto es seguir la conducta adoptada en casos anteriores:

La Corte Suprema de Chile ha hecho frecuentes aplicaciones de estos principios, a propósito de casos que suelen presentarse también entre nosotros.

Dúdase a veces —por ejemplo— sobre si las adjudicaciones u otros actos o contratos dan lugar a la contribución de alcabala, y las partes pretenden que el juez lo resuelva previamente, para, según la resolución, hacer o no el contrato. La Corte Suprema ha declarado la incompetencia del juez para tal resolución previa (1); así como para decidir anticipadamente si ciertos individuos estaban o no exentos de la contribución sobre haberes mobiliarios (2).

19.—Derecho positivo ecuatoriano.—En el derecho positivo ecuatoriano tenemos disposiciones expresas acerca de las prohibiciones o limitaciones antedichas. La Constitución de la República establece la separación de los poderes, como una de las bases más fundamentales de nuestra organización política (Art. 4º); y el Código Penal llama **usurpación de atribuciones**, y castiga con multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, el hecho de dictar un empleado público disposiciones o reglamentos excediéndose de sus atribuciones; el de ejercer un juez atribuciones propias de las autoridades políticas o administrativas o impedir a éstas el ejercicio de las suyas; y viceversa, el de arrogarse un empleado del orden político o administrativo atribuciones judiciales, o impedir la ejecución de providencias o decisiones dictadas por el juez competente. (Art. 222 y 223).

La Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe a los jueces anticipar su opinión en las causas que estuvieren juzgando o debieren juzgar (Art. 9º); y, de un modo especial, a las Cortes Supremas y Superiores, emitir votos:

(1) Gaceta de los Tribunales de 1887 s 429.—Ball. pg. 13.

(2) Gaceta de los Tribunales de 1882 s 3416.—Ball. pg. 13.

consultivos de ninguna clase, a petición del Poder Ejecutivo (Art. 46).

Permite, eso sí, y aun ordena que los jueces inferiores consulten a los superiores respectivos las dudas que tengan sobre la inteligencia de las leyes, y que éstos expidan el informe correspondiente (Arts. 13 N° 15, 17 N° 6°, 58 N° 8°, etc.), con la obligación de someter dichas dudas al Congreso.

El Art. 8° del Código Civil.—Las frecuentes extralimitaciones y abusos que cometen los jueces, dependen casi siempre de la errónea interpretación del principio jurídico consignado en el Art. 8° del Código Civil, según el cual se reputa permitido por la ley todo lo que ella no lo ha prohibido.

Esa regla legal refiérese únicamente a los actos de los individuos en la vida civil, y de ninguna manera a las funciones de los empleados públicos, para los cuales la regla es enteramente contraria: no tienen otras atribuciones que las que expresamente les ha concedido la ley.

Así lo declara la Constitución política de Chile en su Art. 151 (1) y sería de desear que también en la nuestra se consignara tan fundamental e importante principio.

20.—Leyes inconstitucionales.—No puede el Juez —dijimos— dejar de aplicar la ley, por reputarla inconveniente o injusta. Pero si la cree inconstitucional?...

Los expositores franceses extienden la prohibición a este caso. "El juez no puede juzgar la ley" —dice Laurent— "pero ¿está obligado también a aplicarla. "cuando ella es inconstitucional? Esta cuestión corres-

(1) Art. 151 (160 de la Constitución de 1833). Ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otras autoridades o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.

“ponde más al derecho público que al derecho civil. No
“diremos sobre ella sino una sola palabra. Nuestra Cons-
“titución prevé el caso en que decretos reales sean con-
“trarios a la ley; ella establece el deber de parte de los
“tribunales de examinar la legalidad de los reglamentos
“que se invocan ante ellos, y de no aplicarlos si no son
“conformes a la ley (Art. 107). Pero la Constitución
“no da al juez el derecho de examinar la constitucionali-
“dad de las leyes, y esto basta para resolver la cuestión.
“Verdad es que el legislador está ligado por la Constitu-
“ción; no puede derogar en ella disposición alguna, y en
“teoría podría decirse que la ley que viola la Constitución
“está viciada de nulidad, así como el decreto real que vio-
“la la ley. Pero la Constitución no consagra esta teoría.
“Desde el momento en que la ley es dictada según las
“formas constitucionales, ella obliga a los tribunales del
“mismo modo que al Gobierno y a los ciudadanos. Sería
“menester una disposición formal en la Constitución que
“autorizase al juez para no aplicar la ley, fundándose en
“que ésta es inconstitucional. Por lo mismo que la Cons-
“titución no confiere este poder a los tribunales, es evi-
“dente que se le rehúsa. Teme sin duda quebrantar el
“respeto debido a las leyes, permitiendo atacarlas por el
“motivo o pretexto de que son inconstitucionales (1).”

Y de modo más terminante Garsonnet: “Los tribu-
“nales no tienen el derecho de apreciar la constituciona-
“lidad de las leyes y negarles el carácter obligatorio. Es-
“ta es la consecuencia más grave del principio de la sepa-
“ración de los poderes legislativo y judicial; pero se ha
“convenido en admitirla, aunque ningún texto la procla-
“me, porque de otro modo sería muy fácil atajar la eje-
“cución de todas las leyes con el pretexto de que ellas
“fuesen contrarias a principios legislativos o constitucio-

(1) Laurent, Principes du Droit Civil, T. 1º N° 31.

“nales, que cada tribunal interpretaría en el sentido de sus convicciones jurídicas o de sus opiniones políticas: “no habría un juez de paz o consejo de hombres buenos “(2) que no pudiera ponerse sobre el legislador, y tener “por no existentes las publicaciones del Boletín de las leyes”—*Traité, de Procédure*. t. 1^a, pg. 25.

Una distinción cabe en esta materia. La ley puede ser inconstitucional, por razón de la forma o por el fondo. Por la forma, si al expedirla se ha omitido alguno de los trámites prescritos por la Carta Fundamental; v. g., si debiendo ser discutida en las dos Cámaras, separadamente, se la ha dictado en Congreso pleno o por una sola de las Cámaras. Por el fondo, si el contenido de la ley está en pugna con alguna declaración o precepto de la Constitución.

En el primer caso, faltan hasta los caracteres materiales de la ley, y a la vista de todos está que en realidad de verdad no la hay. Un acto de esta clase, disfrazado con el nombre de ley, no puede ser obligatorio para los jueces ni para las autoridades administrativas ni para nadie.

En el segundo caso, si en la formación de la ley se han guardado los trámites legales, las observaciones aducidas por los expositores franceses han decidido de un modo bastante general la opinión. El legislador es, según esta doctrina, quien, al discutir la ley, ha de examinar ante todo si ésta es o no conforme a la Constitución; y el hecho de aprobarla y expedirla, implica su resolución afirmativa sobre ese punto previo, la cual no puede ser revisada o corregida por los otros Poderes públicos.

Cierto que el antecedente de la separación de los Poderes, alegado como fundamento de la doctrina, podría

(2) *Conseil de prud' hommes* se llam en Francia un tribunal encargado de despachar, sin gastos ni dilaciones, las diferencias entre obreros o entre patronos y obreros.

tal vez conducir a una conclusión contraria: pues si los Poderes son independientes entre sí, pero dependientes de la Constitución, cada uno de ellos tendría que atenerse, en primer lugar, a ésta, en la esfera de acción que le correspondiese: el Legislativo, al dar la ley; el Ejecutivo y el Judicial, al cumplirla y aplicarla, en su respectivo caso. Y cierto también que esa doctrina conduce a la omnipotencia del Poder Legislativo. Sin embargo, la opinión se ha inclinado en su favor, en vista de que, con la doctrina contraria, sería más grave y peligrosa la omnipotencia de todos los jueces y de todos los empleados públicos; y de que, cualquiera que sea el sistema o la organización que se adopte, será forzoso llegar a ese extremo, humanamente inevitable, de la existencia de un poder sobre el cual no haya ningún otro poder.

Estas ideas y principios han prevalecido en nuestras instituciones y en la jurisprudencia de nuestros tribunales, lo mismo que en Chile, con momentáneas interrupciones.

En nuestra Constitución política de 1850, que tuvo, entre otras singularidades, la de establecer —como la diminuta de 1830— el sistema unicamarista para el Poder Legislativo, púsose un artículo, el 135, que decía: “Toda ley que se oponga a esta Constitución no surtirá efecto.” Mas como esto diera a entender que se dejaba al criterio de cualquier juez o empleado público, encargado de la aplicación o ejecución de la ley, examinar y decidir si ésta era o no opuesta a la Constitución, la Asamblea de 1852 suprimió aquel artículo, y admitió tácitamente la doctrina contraria, generalmente seguida.

Cuando el inmortal Bello preparaba el Código Civil Chileno, consideró necesario adoptar una definición de ley que diera a conocer, así a los jueces como a los demás funcionarios públicos y a los individuos, lo que por tal debiera tenerse en la práctica, y en su proyecto del año 1853 consignó la siguiente, en el artículo primero.

"La ley es una declaración de la voluntad soberana, que manda, prohíbe o permite."

Posteriormente modificó la definición en estos términos:

"La ley es una declaración de la voluntad soberana, constitucionalmente expedida, que manda, prohíbe o permite."

Por fin se adoptó la forma con que llegó a ser el primer artículo del Código:

"La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite."

Se consideró desde entonces que el intérprete de la ley, para saber si ésta lo era efectivamente, debía atenerse sólo a la forma; y que estaba reservado al legislador decidir, de un modo generalmente obligatorio, al tiempo de dar la ley, el problema de la constitucionalidad de la misma; problema que, por su propia naturaleza, constituye una cuestión previa en las funciones del legislador, y va, en cierto modo, implícitamente decidido en la expedición de toda ley.

La Corte Suprema de Chile ha resuelto en este sentido algunos casos, aunque no de manera tan franca y terminante como lo ha hecho la nuestra, en cuestiones delicadas y trascendentales, como las siguientes:

La legislatura de 1878 dictó una resolución manifiestamente perjudicial a los intereses del Hospital de Cuenca, obligando a ese establecimiento a devolver varias sumas que le había pagado el ex-colector Rafael Torres; y, planteada ante el Poder Judicial la cuestión de la inconstitucionalidad de ese acto legislativo, la Corte Suprema, confirmando el fallo de las dos instancias anteriores, dijo lo siguiente: "Cualesquiera que sean los vicios o defectos que se atribuyan a la resolución de 17 de Mayo de 1878 para considerarla inconstitucional, no habiendo nuestras instituciones establecido un poder o autoridad

que declare la existencia de estos vicios, fuerza es atribuir la facultad de esta declaración únicamente al Congreso y no al Poder Judicial, cuya misión está limitada a la aplicación de las leyes en los términos que han sido acordadas por el Poder Legislativo y sancionadas por el Ejecutivo. En virtud de este antecedente hay necesidad de obedecer la mencionada resolución de 17 de mayo"...

Otro caso mucho más grave: Nuestra Constitución política de 1883 decía en el artículo 14 lo siguiente: "No se impondrá pena de muerte por crímenes políticos, ni por crímenes comunes, exceptuados el asesinato y el parricidio, en los casos que, según la ley, se castigan con esta pena."

Al decir **políticos** o **comunes** quiso dejar fuera de la garantía los delitos especiales, como los militares; los cuales, por lo mismo, podían ser castigados con pena de muerte, conforme a la respectiva ley especial.

A raíz de esa Constitución surgieron en diversos puntos de la República revoluciones o montoneras que tenían agitada a la Nación y en incesante intranquilidad al Gobierno; por lo cual el Congreso de 1886 expidió una ley que, definiendo lo que debía entenderse por delitos militares, puso a los revolucionarios o sediciosos, que en rigor de verdad podían calificarse como delincuentes políticos, bajo la jurisdicción militar (1).

Poco después de promulgada esta ley, el Gobierno debeló una de aquellas montoneras; y, juzgados en Consejo de Guerra los prisioneros, entre los cuales figuraba el Coronel Federico Irigoyen, subió a la Corte Suprema la causa, por recurso de nulidad que interpuso el Coman-

(1), "Art. 1º. Estarán sujetos a la jurisdicción militar, para ser juzgados como militares en servicio activo, todos los individuos que, en lo sucesivo, armados y organizados militarmente, se propusieren destruir o alterar por la fuerza la Constitución de la República, o deponer, el Gobierno constituido, ya atacando a cualquiera porción de la fuerza armada de la Nación, ya ocupando, aunque sea sin combate, cualquier parte del territorio del Estado".

dante General, por haber el Consejo impuesto a los reos pena de reclusión en vez de la de muerte. Los defensores de Irigoyen y los jueces fueron los jurisconsultos más notables de la República; y habiendo los primeros alegado la inconstitucionalidad de la ley en que se basaba la petición de la pena capital, la Corte, en una erudita sentencia, sostuvo y aplicó su misma antigua doctrina de que no estaba en sus atribuciones dejar de aplicar la ley porque la reputase contraria a la Constitución.

Irigoyen y sus compañeros se libraron del cadalso, mediante la conmutación que les otorgó el Poder Ejecutivo; no así Vargas Torres, que, capturado poco después, fué condenado a esa terrible pena por el Consejo de Guerra.

La impresión de este suceso sugirió a la Asamblea de 1896 la declaración expresa de la **supremacía de la Constitución**, consignada en el artículo 132, en los términos siguientes: "La Constitución es la suprema Ley de la República, y cualesquiera leyes secundarias, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o tratados públicos que estuviere en contradicción, o se apartaren de su texto no surtirán efecto alguno."

Esta declaración dió a conocer que el Poder Constituyente adoptaba en esta vez, como en 1850, la doctrina contraria a la aplicada en los casos sobredichos, y que, en adelante, ni los jueces ni los demás funcionarios debían dar cumplimiento a las leyes que les pareciesen opuestas a la Constitución. Sobre este punto se suscitaron nuevas cuestiones en la práctica, a propósito de las leyes dictadas respecto de los bienes de los Institutos religiosos, las cuales, ya en su contenido, ya en el modo de ejecutarlas, eran lesivas de los derechos garantizados por la Constitución. Ante cualquier juez se planteaba la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley, y estaba al cri-

terio del juez el cumplir o no cumplir los preceptos del Congreso.

En vista de esto, la Asamblea de 1906 agregó al artículo de la **supremacía de la Constitución** otro que la volvió nugatoria; pues dice: "Así mismo sólo al Congreso le corresponde declarar si una Ley o Decreto Legislativo es o no inconstitucional."

Volvimos, por tanto, a la omnipotencia del Congreso. Si él dicta una ley inconstitucional, los demás Poderes tienen que respetarla y cumplirla; y sólo el mismo Congreso, que; por la naturaleza de sus propias funciones, puede derogar o modificar las leyes, tiene también la atribución de declararlas inconstitucionales. De donde resulta que la tal **supremacía** no tiene ya ningún resultado práctico; o en otros términos, que la **supremacía de la Constitución**, declarada en el primero de los artículos citados, no es sino la **supremacía del Congreso**, conforme al segundo.

El ilustre abogado ecuatoriano autor de los **Estudios del Código Civil Chileno**, consignó, al comentar el Art. 1º del Código, la misma doctrina que sostuvo en la defensa de Irigoyen, apoyándola, además, en la regla del Art. 132 de la Constitución de 1896, arriba transcrita, a cuya adopción contribuyó también como miembro de la Asamblea; regla que estaba aún vigente cuando se publicó el tomo primero de la mencionada obra.

La Constitución de los EE. UU. da a entender que deja a los jueces la facultad de juzgar de la constitucionalidad de las leyes; y aunque la regla no es muy clara al respecto, así se la interpreta y considera universalmente.

En la República Argentina se confiere, de modo expreso, a la Corte Suprema esta función política; así como en México, Colombia y Bolivia.

Nuestra constitución de 1869 (Art. 43) y la de 1878 (Art. 60) daban una intervención análoga a la Corte Suprema, pero no respecto de las leyes, sino de los **proyectos**.

de ley que el Ejecutivo objetara por inconstitucionales. Y los publicistas modernos han discutido largamente sobre la manera de constituir un Poder llamado **armónico o modelador**, que desempeñara función tan elevada; pero cualquiera que sea la combinación que al respecto se adopte, tendremos —vuelvo a decirlo— la eterna dificultad de **quis custodit ipsos custodes**, es decir, el mal humanamente inevitable de un poder sobre el cual no haya ningún otro en la tierra, y por lo mismo, prácticamente irresponsable.

LECCION CUARTADE LA JURISDICCION

(Continuación)

SINOPSIS

21.—Límites relativos de la jurisdicción. Cómo se distribuye.—22. La Materia. Jurisdicción civil, penal, administrativa, comercial.—23. El territorio. Dos consecuencias fundamentales.—24. Las personas. El principio de la igualdad ante la ley.—25. El grado. Relación con la institución de los recursos.—26. La cuantía. Su influencia en la jurisdicción, el procedimiento y los recursos.—27. Resumen.—28. Diversas especies de jurisdicción.—29. Contenciosa o voluntaria. Diferencias esenciales.—30. Relaciones entre las dos. La voluntaria puede convertirse en contenciosa.—31. La voluntaria no cabe sino en los casos determinados por la ley.—Aplicaciones de este principio.—32. Forma de procedimiento.—33. Ordinaria o especial.—34. Acumulativa o privativa. Prevención.—35. Legal o convencional.—36. Propia o prerrogada.—37. Adquisición, suspensión y pérdida de la jurisdicción.

21.—Límites relativos de la jurisdicción.— Dentro de la esfera de la acción judicial, las atribuciones de cada juez están sujetas a límites que las separan de las correspondientes a los demás jueces. A estos límites hemos dado el nombre de relativos (Nº 18).

Desde que una sociedad civil sale del germen de su formación y empieza a desarrollarse, se hace imposible

que un solo juez despache todas las cuestiones, y es menester que la facultad de administrar justicia se divida entre varias personas, y que a cada una de ellas se le señale la parte que le corresponda.

Distribución.— Esta operación, este reparto se llama **distribución** de la **jurisdicción**; y las bases a que se sujeta son la **materia**, el **territorio**, las **personas**, los **grados** y la **cuantía**.

22.—La materia.— Los asuntos sometidos al conocimiento y decisión de los jueces son entre sí diversos, y algunos requieren una regulación propia, que los libre de la confusión de los demás negocios, a fin de que sean atendidos y despachados conforme lo exige su importancia y naturaleza, y se aproveche a la vez de los conocimientos especiales de las personas a quienes se los confie, y en general de todas las ventajas que reporta la ordenada y metódica división del trabajo.

Esta separación de los asuntos judiciales, en consideración a la naturaleza de ellos, o sea el establecimiento de distinta jurisdicción para cada clase de negocios diversos, es lo que constituye la distribución de la jurisdicción por la materia. Forma, por tanto, parte de la organización del Poder Judicial; pues, en virtud de ella, divídese ese Poder en diversas líneas u órdenes jurisdiccionales; y es, por lo mismo, de Derecho Público.

Las principales de esas líneas son la civil, la penal y la administrativa; cada una de las cuales puede subdividirse en otras, en atención a la naturaleza y extensión de los asuntos que le conciernen.

La jurisdicción civil se ejercita en el inmenso campo de las controversias y reclamaciones que, sobre sus derechos privados, promueven entre sí los individuos; comprendiéndose entre éstos, no sólo las personas naturales, sino también las jurídicas, inclusive el Estado, los Municipios, etc., en cuanto, como personas jurídicas, son capaces de derechos y obligaciones, y pueden estar, por razón

de aquéllos o de éstas, sometidos a los jueces comunes, de la misma manera que los individuos particulares.

La jurisdicción penal tiene por objeto el descubrimiento y castigo de las infracciones previstas por el Código Penal. Estos asuntos no serían atendidos y despachados con la solicitud y empeño que requieren la vindicta pública y el mantenimiento del orden social, si no estuvieran separados de los negocios civiles y confiados a jueces especiales, que se ocupasen únicamente en ellos.

En esta jurisdicción se han hecho subdivisiones, por razón de la materia, separando, v. gr., las contravenciones, de los crímenes y delitos; las infracciones comunes, de las militares o especiales; etc. De todo lo cual trataremos en el lugar respectivo.

La jurisdicción administrativa es la que se ejerce, por órganos especiales, sobre las reclamaciones a que dan lugar los actos administrativos.

Esta institución es indispensable, dentro de ciertos límites, para asegurar la independencia del Poder Administrativo, y la actividad y eficacia, que son condiciones esenciales de buena administración. Si para cada cuestión o dificultad que se presentase entre la autoridad y los particulares, en la gestión de los negocios públicos o el cumplimiento de las leyes administrativas, fuera menester recurrir a los jueces comunes, y observar los largos y complicados trámites de la vida judicial ordinaria, aquellas condiciones serían imposibles, y la acción del Poder Administrativo quedaría casi totalmente anulada.

Decimos dentro de ciertos límites, porque desde el momento en que aquellas reclamaciones o dificultades presentan una cuestión de derecho que deba ser resuelta con sujeción a las reglas del Código Civil o a los principios jurídicos en que dichas reglas estriban, el Poder Administrativo nada puede decidir, y el asunto debe llevarse a los jueces comunes.

Toda ingerencia o intervención de aquel Poder en esa clase de cuestiones, viene en mengua de las atribuciones de la Judicatura, y pone en peligro el gran principio de la separación de los Poderes, juntamente con las garantías individuales, que en dicho principio se sustentan.

Al Poder Administrativo corresponde, v. gr. arrendar los bienes nacionales; y el mismo, en uso de la facultad llamada **jurisdicción coactiva**, recauda la renta y hace efectivas las obligaciones contraídas a favor del Estado. Mas, cuando el obstáculo que ha de vencerse consiste, no en una mera resistencia de hecho o en una simple omisión del deudor, sino en excepciones de carácter civil que éste alega, como las de nulidad o resolución del contrato, novación, plazo, etc., la cuestión tiene que ser resuelta, no por la jurisdicción administrativa, sino por la civil, a la cual queda sujeto el representante del Estado, como cualquier individuo particular.

La jurisdicción administrativa se ejerce, con la limitación susodicha, en todo lo concerniente a la recaudación de las rentas públicas y rendición y juzgamiento de las cuentas de los recaudadores; vías de comunicación y demás obras públicas; instrucción y beneficencia; uso o aprovechamiento de bienes nacionales; ornato, comodidad o salubridad de las poblaciones, y en general, en todo lo relativo al cumplimiento de las leyes, decretos, o reglamentos referentes al orden administrativo. Entendiéndose, eso sí, que esa jurisdicción es especial o de excepción, y que, por lo mismo, todo lo que no esté sometido claramente a ella, corresponde a la jurisdicción civil o común, como veremos luego.

En el derecho positivo ecuatoriano, la jurisdicción administrativa tiene una organización muy deficiente; mejor dicho, no tiene una verdadera organización, ni está claramente deslindada de la civil. No podemos, sin embargo, detenernos a considerar este importante punto,

ni otros que con dicha jurisdicción se relacionan, porque forman parte complementaria del curso de Derecho Administrativo, y están, por lo mismo, fuera de los límites del nuestro.

• Como una derivación de la jurisdicción civil, objeto de nuestro estudio, puede considerarse la comercial; mas, ya por haber sido abolida en el Ecuador; ya porque el problema de su conveniencia o razón de ser es muy grave y complejo, nos abstenemos de tomarla en cuenta por ahora, a fin de no distraer la atención de lo que directamente nos concierne, y la reservamos para una lección especial posterior.

Tampoco tomamos en cuenta la jurisdicción eclesiástica, aunque varios expositores la mencionan y consideran; porque emana de distinta fuente u origen, y no puede figurar en la clasificación o división general de las jurisdicciones cuyo estudio nos proponemos.

23.—El territorio.—Es imposible que un juez o funcionario cualquiera pueda despachar todos los asuntos que ocurren en la Nación. Por pequeña que ésta sea, la división de su territorio es indispensable para la organización de los Poderes y el ejercicio de las funciones públicas; y, dividido el territorio, cada funcionario local debe ejercer sus atribuciones únicamente dentro de su respectiva circunscripción, y en ella han de ventilarse los asuntos concernientes a la misma.

Aplicado este principio al Poder Judicial, constituye la distribución de la jurisdicción por el territorio; y produce dos consecuencias:

1' Que ningún juez puede ejercer jurisdicción fuera de su territorio:

2' Que cada cuestión judicial se ha de ventilar en el juzgado territorial a que corresponda.

La primera, relacionada íntimamente con la organización de los Poderes públicos, no puede ser alterada por voluntad de las partes, ni está sujeta de ningún mo-

do al consentimiento de ellas. La segunda, encaminada, en lo civil, al objeto de facilitar a los individuos el acceso a los tribunales y el ejercicio de los medios de defensa, es de orden privado, y puede ser objeto de transacciones o renunciaciones; pues ningún interés social exige que una cuestión civil se ventile en un lugar y no en otro; y aquello atañe exclusivamente al interés de las partes.

En lo penal, por el contrario, el orden público está directamente interesado en que la acción reparadora de la pena se sienta inmediata y directamente allí donde está el foco, por decirlo así, de la perturbación social y el escándalo causado por la infracción; pues, aunque ésta hiere todo el orden social, afecta de un modo particular, ya por el mal ejemplo, ya por el sentimiento de inseguridad, etc., a la localidad en que el hecho criminal se efectúa.

Las reglas concernientes a la distribución de la jurisdicción por la materia, nos dan a conocer a que clase de jueces corresponde cada género de asuntos; las concernientes a la distribución por el territorio nos enseñan en donde, es decir, en que sección territorial de la Nación, debe ventilarse.

Si se trata de averiguar en que país o nación se ha de seguir el juicio, la cuestión es de Derecho Internacional Privado, y debe resolverse con sujeción a los tratados o reglas expresas que contenga la legislación respectiva; y, a falta de aquéllos y de éstas, por los principios científicos de esa materia, cuyo estudio no corresponde a nuestro curso.

24.—**Las personas.**—El régimen democrático requiere la igualdad ante la ley, según la cual, tratándose de la administración de justicia, todos los individuos deben ser juzgados por los mismos jueces, o por jueces de la misma clase, si los hechos son idénticos.

Este principio es una de las bases fundamentales de nuestra organización social, y ha estado siempre consig-

nado, en una forma u otra, en la Constitución (Art. 18, inc. 1º y 24 de la actual).

Por tanto, la **condición individual** de las personas no puede en ningún caso influir en la distribución de la jurisdicción.

Mas la condición política, o mejor dicho **oficial** de ellas, —entendiéndose por tal la posición que ocupan en el ejercicio de los Poderes públicos— puede, sin ofensa ni menoscabo del sistema democrático, ejercer alguna influencia, ya por cuanto el respeto a la autoridad y las consideraciones y garantías de que debe estar rodeada, exigen que en el juzgamiento de algunos asuntos que atañen a funcionarios públicos intervengan jueces o tribunales distintos de los que juzgan a los individuos particulares; ya porque así se garantizan también mejor los derechos de los individuos que contra tales funcionarios litigan y la recta administración de justicia.

En este sentido, y sólo por excepción, la calidad de las personas sirve de base para la distribución de la jurisdicción.

Si cualquier juez de primera instancia pudiera pronunciar un auto motivado o sentencia de prisión contra el Presidente de la República u otros altos funcionarios, y dejarlos así suspensos o privados de los derechos de ciudadanía, y, por consiguiente, separados del cargo, el orden público peligraría, y podrían presentarse fácilmente conflictos y dificultades graves.

No es, por consiguiente, un privilegio personal, sino una institución de orden público, como lo observó muy bien el Presidente Errázuriz en el importante mensaje con que presentó a las Cámaras Legislativas, el proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Chile que rige actualmente en esa República.

Nuestra Ley Orgánica determina también quienes y en que casos están sujetos a jurisdicción especial, en virtud de su condición política. Esos casos suelen lla-

marse casos de Corte; y como casi todos ellos se refieren a la materia penal, no podemos detenernos más en este asunto.

25.—**Los grados.**—Una de las más importantes garantías de la buena administración de justicia es la institución de las apelaciones; ya para que un juez de superior jerarquía pueda corregir los errores del inferior; ya para que, abierto un segundo debate, tengan las partes ocasión de subsanar las deficiencias de sus primeros medios de defensa y esclarecer mejor las cuestiones.

Establecidas las apelaciones, cada juez no puede intervenir sino en la instancia o grado jerárquico que le corresponde; y en esto consiste la distribución de la jurisdicción por los grados; la cual, por lo mismo, es también de orden público.

26.—**La cuantía.**—La cuantía del asunto influye en la distribución de la jurisdicción, en el procedimiento y en los recursos.

En lo primero, porque, según ella, el conocimiento de la causa puede corresponder a un juez de superior o de inferior jerarquía. (Entre nosotros, al Alcalde Municipal o al Juez Civil; y el Alcalde, que para asuntos de cierta entidad, es juez de primera instancia, para otros menos importantes, es de segunda).

En lo segundo, en el procedimiento, porque de ella depende, hasta cierto punto, la solemnidad de los trámites, la duración de los términos, la necesidad de asesor, etc. (Entre nosotros, divídense, por esta razón, los juicios en tres categorías, a saber: de ínfima, de menor y de mayor cuantía, como lo veremos en su lugar).

En lo tercero, en los recursos, por cuánto, en consideración a la importancia de los asuntos, se establecen, para unos, tres instancias, para otros, dos, y para los de ínfima importancia, sólo una, como lo veremos también oportunamente.

La influencia de la cuantía en este triple orden de ideas es muy razonable y científica. Necesidad social de alta importancia es la de facilitar a los individuos el acceso a los tribunales y el contacto íntimo con la justicia; para lo cual es menester difundir suficientemente la jurisdicción, a fin de que sea dondequiera el guardián de los derechos de los ciudadanos. Por otra parte, es también necesidad primordial la de que los jueces ofrezcan, por sus dotes y aptitudes, satisfactorias garantías de rectitud y acierto; y como no es posible obtener un personal muy numeroso, que reúna tan buenas condiciones de idoneidad y esté debidamente remunerado, resulta un conflicto entre aquellos dos intereses o necesidades sociales.

Esto, por lo que respecta al personal de los jueces. En cuanto al procedimiento, tenemos otro conflicto o dificultad: la administración de justicia requiere dos condiciones, que la resumen o sintetizan: el **acierto** y la **prontitud**. Ahora bien, para asegurar el acierto —que es lo esencial, por no decir el todo, porque sin él no hay justicia— son convenientes los términos amplios y los trámites lentos y solemnes, que facilitan la prolija investigación de la verdad, así en los hechos, como en el derecho; mas para la celeridad, esos términos y solemnidades, de los que tan a menudo abusan los litigantes, constituyen un obstáculo gravísimo, que vuelve hasta cierto punto ineficaz y casi nugatoria la acción de la justicia.

En presencia de tan contrapuestos intereses o consideraciones, hace procurado una razonable conciliación, sacrificando hasta cierto punto, lo menos por lo más. En los asuntos de poca entidad, que atañen de ordinario a gente de escasos recursos, se da preferencia a la prontitud y facilidad, simplificando cuanto sea posible el juez a los individuos, aunque peligre en algún tanto el acierto; puesto que de otra manera, se haría prácticamente imposible ventilar esas causas. En los grandes ne-

gocios, que afectan más profundamente, no sólo a la fortuna, sino también a la riqueza y a la moral públicas, preciso es garantizar ante todo el acierto, ya por medio de la solemnidad de los trámites y la esmerada elección de los jueces, ya descargando a éstos de aquellos asuntos de poca importancia, que podrían absorber su tiempo y distraer su atención.

Tal es el fundamento científico de la influencia de la cuantía en la jurisdicción, el procedimiento y los grados; y las consecuencias que de estos principios se derivan, las consideraciones en los lugares respectivos, al estudiar, ya la prorrogación de la jurisdicción, ya el modo de computar la cuantía, etc.

27.—Resumen.—Resumiendo lo concerniente a los límites relativos de la jurisdicción, tenemos que ésta se distribuye por la materia, el territorio, las personas, los grados y la cuantía.

La distribución por la materia consiste en que cada juez conozca de cierta clase de asuntos, a fin de que éstos, convenientemente separados entre sí, puedan ser mejor atendidos y despachados, conforme lo requiera su naturaleza especial. En virtud de ella, el Poder Judicial se divide en líneas u órdenes jurisdiccionales.

La distribución por el territorio, en que cada juez funcione dentro de su determinada circunscripción territorial, y en ella se ventilen los asuntos que, por razón de la misma, se han sometido por la ley a ese juez.

La distribución por las personas, en que ciertos funcionarios públicos estén, en calidad de tales, excluidos de la jurisdicción común, y sujetos a jueces y tribunales especiales.

La distribución por los grados, en que cada juez intervenga sólo en la instancia que le corresponda, según su posición jerárquica en el Poder Judicial.

La distribución por la cuantía, en que de los asuntos de poca importancia conozcan unos jueces, y de los de

importancia mayor, otros, con arreglo también a su jerarquía.

28.—Diversas especies de jurisdicción.— La clasificación de las jurisdicciones varía mucho en los Códigos y en la doctrina, según la nomenclatura que se adopta y las diversas faces por las cuales se considera el asunto. Nosotros prescindiremos, al hacerla, de todo lo que, no relacionándose con la materia de nuestro estudio, pudiera distraer de ella nuestra atención o confundir las ideas (1); y así adaptándonos al tecnicismo de nuestras leyes y a la naturaleza de nuestras instituciones, diremos que la jurisdicción puede ser: **contenciosa o voluntaria; ordinaria o especial; acumulativa o privativa; legal o convencional; propia o prorrogada** (2).

29.—Primera división: Contenciosa o voluntaria.— **Diferencia esencial.**— La definición que adoptamos de la jurisdicción, (Nº 16) nos da la noción exacta de la diferencia específica entre los dos miembros de esa división. **Jurisdicción contenciosa** es la facultad de administrar justicia, o sea de aplicar la ley en las contiendas civiles y penales, para hacer efectivos los derechos o la sanción legal correspondiente a la violación de ellos. **Voluntaria**, la facultad de autorizar o de ejecutar ciertos actos que requieren solemnidad judicial.

(1) No tomaremos, por esto, en cuenta la división de la jurisdicción en *espiritual y temporal*, de que tratan largamente varios autores, porque nosotros debemos estudiar ahora sólo la que, emanada de la soberanía nacional, es objeto de la legislación adjetiva. Prescindiremos también de la *jurisdicción delegada*, abolida por el Derecho moderno, reservándonos para explicarla en otro lugar más apropiado.

(2) Bloche dice: "La jurisdiction peut être envisagée sous quatre aspects principaux. Elle est: 1º *Propre ou déléguée*. 2º *Ordinaire ou extraordinaire*. 3º *Naturelle ou prorogée*. 4º *De premier ou de dernier ressort*."

Y, generalmente, los expositores que admiten la jurisdicción delegada, la contraponen a la *propia*; llamando *natural* la contrapuesta a la *prorrogada*.

Tiene lugar la primera, cuando ejerce el juez su función esencial: cuando, según el lenguaje de Savigny, interviene para reparar la violación del derecho; o en otros términos, cuando, promovido un litigio, es decir, una reclamación de una persona contra otra, procede a aplicar la ley y hacer práctico el derecho, absolviendo o condenando al demandado.

Se ejerce la segunda, cuando desempeña el juez su función accesoria; es decir, cuando, fuera de todo litigio, la ley le llama a intervenir en ciertos actos especialmente sometidos a la tutela social.

En los casos de jurisdicción contenciosa hay contraposición de intereses: hay partes contrarias, de las cuales la una imputa a la otra la negación o violación de un derecho; y el juicio tiene por objeto vencer, mediante la autoridad del juez, esa resistencia, es decir, volverle al orden al que se ha separado de él, y hacerle efectiva su responsabilidad. En los de la voluntaria no hay partes contrarias: las personas que solicitan la intervención del juez o toman parte en el asunto, tienen un solo interés, o propenden al mismo fin de llevar a cabo, con las formalidades legales, el acto proyectado.

En los primeros, el derecho sometido a juicio se supone preexistente: el juez no va a concederlo ni contribuye a constituirlo; y su misión se reduce a reconocerlo y hacerlo efectivo. En los segundos, el juez asiste a la constitución o creación del derecho, al establecimiento de la relación jurídica.

El juicio contencioso termina por sentencia que absuelve o condena al demandado. En el de jurisdicción voluntaria, no hay propiamente juicio ni sentencia, ni cabe absolución o condenación.

La jurisdicción contenciosa se ejerce **inter invitos vel inter nolentes** —dicen los autores— esto es, entre personas que no están de acuerdo; y la voluntaria, **inter vo-**

lentes (1). Mas la diferencia esencial está en la naturaleza misma de la pretensión de las partes, antes que en el acuerdo o desacuerdo que éstas manifiestan. Si, propuesta una demanda para la entrega de una cosa o el pago de una suma, el demandado guarda silencio o contesta que es justa la demanda, el caso es contencioso; pues ha habido, por lo menos una resistencia de hecho, una omisión lesiva del derecho del actor y suficiente para constituir violación de ese derecho; y el juez interviene para compeler al demandado al cumplimiento de ese deber no satisfecho.

“El caso es contencioso,” dice justamente Merlin, “siempre que se trata de mandar a una de las partes lo que de ella exige la otra.” En otros términos, esa calidad depende de la naturaleza de la demanda, y no puede ser cambiada por la contestación del demandado.

Tan esencial es la diferencia entre las dos especies de jurisdicción, que algunos autores, como Meyer, opinan que la voluntaria debiera ser desempeñada, no por los jueces, sino por diversos empleados públicos; y otros como Rogróon y Bonnier, para marcar mejor esa diferencia, llaman a los asuntos de jurisdicción voluntaria **procedimientos extrajudiciales o meros contratos revestidos de formas judiciales.**

30.—Relaciones. La voluntaria puede convertirse en contenciosa, pero no al contrario.—A pesar de esa diferencia, los actos de jurisdicción voluntaria están a veces íntimamente conexiónados con los contenciosos, relativos al mismo asunto; de manera que, si bien, como ya observamos, la jurisdicción contenciosa no se conierte

(1) “*Dividi solet Jurisdictio in voluntariam et contentiosam; voluntaria est quae in volentes exercetur, ut honorum possessio, manumissio contentiosa est quos in invitos exercetur, ad quam pertinent omnes actiones et quos Instar actionum se habent* (Pothier, *Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae*, Liv. II, tit. I, Art. II).

nunca en voluntaria, puede, sí, suceder lo contrario, cuándo se presenta una parte contradiciendo lo pretendido por otra. En el inventario judicial, por ejemplo, interviene el juez en uso de la jurisdicción voluntaria; pero ejerce la contenciosa cuando, oídos los interesados, se hacen observaciones y surge un desacuerdo sobre ellas; o cuando, en el curso del inventario, se forman incidentes sobre puntos en los cuales discuerdan las partes.

Esta es una consideración que justifica el que se haya conferido al juez esa función, en ciertos casos meramente tutelar, que constituye la jurisdicción voluntaria (1).

Hay, sin embargo, casos de jurisdicción voluntaria en que no cabe materia contenciosa, porque, con la respectiva providencia del juez, queda fenecido el asunto, y cualquiera reclamación contraria debe ventilarse por cuerda separada. Así, cuando el arrendador desahucia al arrendatario, queda terminado el procedimiento con la entrega de la boleta; y si el arrendatario cree que no está vencido el plazo, que tiene una prórroga, etc., necesita, para ser oído, proponer la correspondiente demanda, o reservar su derecho para alegarlo como excepción, cuando el arrendador le demande; lo cual es más natural y correcto.

Lo mismo acontece cuando, notificada la cesión de un crédito, el deudor se cree con derecho de alegar que está extinguida la deuda, o de hacer cualquiera otra reclamación; cuando, concedida la posesión efectiva de una herencia, alguien intenta disputar a los herederos la propiedad de los bienes; y en muchos casos análogos.

(1) Por esto, sin duda, encontramos en todo tiempo confiada la jurisdicción voluntaria a los mismos funcionarios encargados de la contenciosa. En Roma la manumisión de los esclavos, la adopción, la emancipación y varios otros actos de verdadera jurisdicción voluntaria, se ejecutaban con intervención del Magistrado. *Jus dicentis officium latissimum est*", dice a este respecto Ulpiano, en el L. II, T. 1º del Dig.

Es preciso no olvidar esta consideración importante, para evitar complicaciones y embrollos y aun nulidades en los procesos.

31.—La voluntaria no cabe sino en los casos determinados.—Otra observación sustancialísima, y frecuentemente desconocida en la práctica, es la de que la jurisdicción voluntaria es de excepción, y no puede ejercerse sino en los casos expresamente determinados por la ley. Por regla general, el juez no interviene ni puede intervenir en los contratos ni en el establecimiento de las relaciones jurídicas, las cuales dependen exclusivamente del interés privado y la voluntad de las partes. Su función propia se ejerce, como ya lo hemos visto, cuando entre éstas sobreviene una contradicción o desacuerdo, o hay una resistencia positiva o negativa que es necesario vencer para la realización del derecho; y sólo de un modo accidental y por consideraciones especiales, le ha llamado la ley a intervenir en ciertos casos en que no concurre esa circunstancia.

Debe, por tanto, negarse en absoluto el juez a intervenir en los siguientes casos, que, por haberse presentado en la práctica, los propondremos como ejemplos.

1º—Si, celebrado privadamente un contrato de compraventa, las partes piden al juez que dé la posesión material al comprador; pues es el vendedor quien debe cumplir su obligación de entregar la cosa vendida y ponerle al comprador en posesión de ella.

Lo mismo, absolutamente lo mismo, sucederá si la venta se hace en remate voluntario. En los remates forzados el juez da la posesión, porque él es representante legal del deudor, para el efecto de la venta y la tradición, por disposición expresa de la ley (1). En virtud del em-

(1) "En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal". Código Civil, Art. 660.

bargo, el Juez ocupa oficialmente la cosa, y ésta queda a disposición de él: muy natural, por lo mismo, que el juez la entregue o haga entregar al rematante, por medio de su agente, el alguacil. Mas nada de esto ocurre en los remates voluntarios.

2º—Si, concedida la posesión efectiva de la herencia, los interesados exigen que el juez les confiera la material. La posesión efectiva no es sino la fórmula que nuestra ley establece para hacer constar, por medio de una inscripción en el Registro de Propiedad, la transmisión de los bienes raíces del difunto a los herederos; y esto nada tiene que ver con la ocupación material de los bienes.

Los herederos, sin necesidad de la intervención del juez, son poseedores de lo que el difunto poseía; pero si las cosas están en poder de terceros, aquéllos deberán intentar contra éstos, para recaudarlas, las acciones petitorias o posesorias que el mismo antecesor hubiera podido proponer (1)

3º—Si el que ha poseído una cosa por muchos años, pretende, entendiendo erróneamente el Art. 2495 del Código Civil, y sin estar en litigio con nadie, que el juez declare la prescripción, a fin de tener un título de que conste su dominio.

4º—Si el que ha construido un edificio, solicita se le declare dueño por edificación, con el mismo objeto de tener título inscrito del dominio (2).

La ilegal intervención del juez en estos y otros casos análogos, puede, no sólo ocasionar una nulidad por

(1) Así lo han declarado repetidas veces nuestros tribunales. Gaceta Judicial, Nº 7, Serie 1ª pág. 55; Nº 39, pág. 310, etc.

(2) Un título de esta clase figura actualmente en un juicio venido de Guayaquil a la Corte Suprema (tercería de Gabriel Ignacio Benites, en la ejecución de Carlos Villalobos contra María Magdalena Pincay). Y de todos los demás casos de esta enumeración se han visto frecuentes ejemplos en el foro.

incompetencia de jurisdicción, sino hacerle al juez cómplice, más o menos inconsciente, de fraudes y atropellos, de cuyas consecuencias sería él civil y aún criminalmente responsable. Por lo general, recurrese al arbitrio de hacer intervenir al juez en tales casos, porque no se procede de buena fe; porque el vendedor no es verdadero dueño y poseedor de lo que vende, y no puede hacer por sí mismo la entrega material al comprador, puesto que la cosa está en poder de un tercero; o por otros motivos análogos. El juez ignora, tal vez, esas circunstancias; y, a pretexto de tradición material, de posesión efectiva, etc., va a cometer un despojo o conculcar derechos de terceros, echando sobre sí la responsabilidad.

No tenemos ley expresa que declare el principio de que los jueces no pueden ejercer jurisdicción voluntaria sino en los casos taxativamente determinados por ella; pero ese principio se funda en la naturaleza misma de dicha jurisdicción; y no puede caber la menor duda al respecto. La Ley Orgánica de Chile sí lo declara en su Art. 2° (1); y el Tribunal Supremo de esa Nación lo ha reconocido y aplicado varias veces en el foro (2).

El erróneo argumento en que se ha basado entre nosotros la práctica contraria (sobre todo en el foro bajo y en los campos), dando lugar a gravísimos abusos, ha consistido en la absurda inteligencia y aplicación del Art. 8° del Código Civil, como lo anotamos en el lugar respectivo (N° 19).

32.—Forma del Procedimiento.—En cuanto a la forma del procedimiento, difiere también la jurisdicción contenciosa de la voluntaria; pues en la primera, debe el

(1) "También corresponden a los Tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención".

(2) Nuestra Corte Suprema lo declaró también expresamente, en sentencia de 9 de Agosto de 1893; y anuló a costa del juez todo lo actuado para dar posesión material al comprador de un inmueble.—Gaceta Judicial, Serie 1ª, N° 20, pág. 158.

juez proceder con estricta sujeción a lo alegado y probado, y a los trámites fijos que la ley establece para los juicios; mas en la segunda, obra a veces sin conocimiento de causa, es decir, sin prueba alguna, ateniéndose simplemente a la petición de las partes y a los datos que ellas le suministran, como cuando decreta un requerimiento para constituir en mora al deudor, o proceder a un remate voluntario; pues sus providencias no implican resolución definitiva de ninguna cuestión, ni comprometen ningún derecho. Si, por ejemplo, se ha pèdido el requerimiento antes de estar vencido el plazo, o si el que solicita el remate no es verdadero dueño, las diligencias que en virtud de tales peticiones se practican, no obstan de modo alguno a que, en tiempo oportuno, haga valer sus derechos el interesado.

En otros casos, la ley le manda al juez proceder con conocimiento de causa; como cuando se trata de enajenar bienes raíces de menores o mujeres casadas, o de conceder a éstas licencia para contratar o parecer en juicio. Mas aún en estos casos, la investigación del juez se limita a obtener el conocimiento que la ley le prescribe, sin el rigor de los trámites a que están sujetos los asuntos propios de la jurisdicción contenciosa.

De la importante cuestión de si las resoluciones dadas en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria pasan en autoridad de cosa juzgada, y de otros problemas que, como éste, deben decidirse mediante la aplicación de los principios generales que hemos consignado, trataremos en los lugares respectivos.

33.—Segunda división: ordinaria o especial.—Cuando un pueblo comienza a existir y su población y sus negocios son reducidos, cabe que el mismo juez conozca de toda clase de asuntos; pero a medida que los elementos sociales van desarrollándose, y crecen y se complican los negocios, y la acción de la autoridad se extiende a una esfera más dilatada, se hace indispensable ir desmembran-

do, por decirlo así, la jurisdicción primitiva de ese juez, y sometiendo ciertos asuntos a jueces que se ocupen exclusivamente en ellos, a fin de que los atiendan mejor, y se aprovechen las aptitudes o conocimientos especiales de que estén dotados dichos jueces.

De esta manera han ido formándose las líneas u órdenes jurisdiccionales, y distribuyéndose la jurisdicción en razón de la materia, como lo indicamos antes (Nº 22); y de allí resulta la división de la jurisdicción en **ordinaria y especial**.

Llámase, por tanto, **ordinaria o común** la jurisdicción a la cual están sometidas todas las personas y cuestiones no excluidas por disposición de la ley, o para las cuales no se han establecido jueces especiales. Es decir, aquella jurisdicción de la cual se han desmembrado las otras; aquella que es la regla general, en tanto que las demás constituyen una excepción.

Es, por el contrario, **jurisdicción especial o extraordinaria** la que está limitada a ciertas personas o cosas exceptuadas del fuero común.

Principio de Lógica es el de que las definiciones no deben contener elementos negativos; es decir, que las cosas deben definirse por lo que son; por lo que en ellas se comprende; no por lo que no son o les corresponde. Pero de esta norma es preciso a veces apartarnos algún tanto, cuando, como en el presente caso, se necesita contraponer las ideas entre la regla y la excepción (1).

Corolario de estas definiciones es que todo aquello que no está expresamente encomendado a jurisdicciones especiales, corresponde, por el mismo hecho, a la ordinaria; pues también es principio de Lógica el de que todo lo

(1) De esta manera definen generalmente los expositores las dos especies de jurisdicción: (Bioche, *DIC.* T. I, pág. 277; Carré, *Les Lois de la Proced.* Nº 81; Bonfils, Nº 28; López Moreno, T. I, pág. 72; Caravantes, T. I, pág. 172; etc., etc.

no comprendido claramente en la excepción, se rige por la regla general. No necesita, por tanto, el Código de Enjuiciamientos, es decir, la ley que trata de la jurisdicción ordinaria y del procedimiento que en el ejercicio de ésta debe seguirse, puntualizar los asuntos que a dicha jurisdicción conciernen.

Por el contrario, las leyes especiales tienen que hacer esa determinación, en la inteligencia de que todo lo no comprendido en ella, queda sujeto a la regla general, a la jurisdicción ordinaria.

Las aplicaciones de estos principios son de suma importancia en los países que, como Francia, han establecido jurisdicciones especiales para lo mercantil y aun para ciertos asuntos civiles; y sirven para resolver muy graves y complicados problemas, de los cuales quedamos, por fortuna, descartados, desde que la Legislatura de 1909 adoptó la fundamental y muy plausible reforma de la abolición del fuero y del procedimiento mercantil.

En la lección especial que tendremos sobre dicha abolición, expondremos algunos conceptos generales a este respecto.

34.—Tercera división: acumulativa o privativa.— En virtud de la organización judicial y de las necesidades del servicio público, nómbranse a veces en ciertos lugares dos o más jueces de igual clase e idénticas atribuciones; mientras que en otras partes o para determinados asuntos, hay un solo juez. De aquí proviene la división de la jurisdicción en acumulativa y privativa.

Jurisdicción acumulativa es la que corresponde, respecto de algunos asuntos, a dos o más jueces, de los cuales excluye a los demás aquel que se anticipa en el conocimiento, por medio de los actos que radican la causa en su despacho.

Jurisdicción privativa es la que corresponde, respecto de ciertos asuntos, a un solo juez.

La anticipación de un juez en el conocimiento de un asunto, del cual podrían conocer también otros jueces, y la consiguiente exclusión de éstos, se llama en el lenguaje jurídico **prevención**, de **prevenire**, venir antes, adelantarse. Razón por la cual la jurisdicción acumulativa se llama también **preventiva**.

La calidad de acumulativa o privativa no depende, por tanto, ni de la naturaleza de la jurisdicción, ni de la de los asuntos mismos, sino simplemente de la consideración, de carácter orgánico, de haberse instituido dos o más jueces o uno solo para el conocimiento de ciertos asuntos.

La regla de que el juez que se anticipa a conocer del asunto excluye a los demás, es de derecho universal; mas en cuanto al modo de efectuarse esa exclusión, es decir, al hecho en virtud del cual queda radicada la causa ante uno de varios jueces que pueden conocer de ella, depende, no tanto de los principios jurídicos generales, cuanto de la forma de la organización judicial y de la naturaleza de las instituciones de cada país. Así en Francia, donde son colegiados los tribunales de primera instancia, corresponde al Presidente la facultad de distribuir los asuntos entre las diversas Salas. En otras partes se sigue la regla del sorteo.

Entre nosotros tiene lugar la **prevención**, en las causas civiles, por el hecho de la notificación de la demanda al demandado, como lo veremos oportunamente (Art. 19). Por tanto, si propuesta la demanda el primero de enero y decretada en la misma fecha, se le presenta el dos ante otro juez competente, y se hace antes la notificación de la segunda demanda, queda radicada la causa ante el juez de ésta, a pesar de que el de la otra se anticipó a expedir la primera providencia.

La razón de esta regla consiste en que, mientras la providencia judicial no ha sido notificada a la otra parte puede el actor retirar libremente su escrito, por cuanto

éste no ha surtido todavía efecto alguno respecto del demandado: es decir, no ha tenido aún lugar entre las dos partes esa especie de cuasicontrato de que hablan los juriscónsultos, que les liga mutuamente con el compromiso de sujetarse a la decisión judicial. Y si el actor es libre para retirar su demanda, tiene, por el mismo hecho, la facultad de presentarla ante otro juez competente; ya que para el reo no ha nacido todavía el derecho de sujetarle al fallo del primer juez.

En el hecho de retirar el escrito de demanda antes de la citación, no hay verdadero desistimiento; pues los efectos legales de éste se fundan también en ese vínculo jurídico que liga a las partes litigantes, desde que el demandado ha sido llamado a juicio en virtud de la citación.

En la segunda instancia de las causas civiles o criminales cuyo conocimiento corresponde a las Cortes Superiores compuestas de dos Salas, se sigue la regla del sorteo; lo mismo que en la primera instancia de las criminales que, comenzadas en la Policía, pasan a los Jueces de Letras, en las provincias en donde hay dos o tres de estos funcionarios.

35.—Cuarta división: legal o convencional.—Promovida una diferencia entre particulares, tienen éstos tres caminos para terminarla:

1º La transacción, en la que, sin decidir nada sobre la justicia o injusticia de las mutuas pretensiones, las partes las concilian atendiendo al interés de una y de otra:

2º El arbitraje, en que, a fin de no salir completamente del terreno de los arreglos privados, obliganse las partes a pasar por lo que resuelva un amigo común, un tercero:

3º El recurso al Poder Judicial, que es el medio ordinario y natural de terminar las diferencias que entre los individuos se suscitan.

Cuando las partes eligen el segundo medio, la opinión o el parecer del tercero recibe su fuerza, ya del compromiso previo de ellas, sin el cual ese individuo no tendría ninguna intervención ni poder, ya de la ley, que da a esa opinión o parecer el carácter y los efectos de una sentencia. Es en cierto modo el término medio entre lo judicial y lo extrajudicial.

Teniendo en cuenta la institución del arbitraje como medio de terminar las diferencias en las relaciones civiles de los individuos, divídese la jurisdicción en **legal y convencional**.

Es **legal** la que nace únicamente de la ley, y se ejerce por los jueces ordinarios y especiales que representan el Poder Judicial de la Nación. Es **convencional** la que tiene lugar en virtud de convención de las partes, y se ejerce por personas particulares, a quienes aquéllas autorizan para decidir sus diferencias.

Cuando nos toque estudiar la materia de los árbitros, tomaremos en cuenta las diversas cuestiones relativas a la jurisdicción convencional. Por ahora bástenos observar que, atenta su misma naturaleza, no puede recaer sino en asuntos que atañen exclusivamente al interés privado de las partes; es decir, sobre aquellos que pueden ser objeto de contratos o transacciones de los interesados.

36.—Quinta división: propia o prorrogada.—Sabemos ya que la facultad o atribución que tienen los jueces de administrar justicia, está limitada por la materia, el territorio, las personas, los grados y la cuantía; mas algunos de esos límites pueden, en ciertos casos y a virtud de circunstancias determinadas, ser traspasados; y esto da lugar a la división de la jurisdicción en **propia y prorrogada**.

Jurisdicción propia es la que ejerce el juez dentro de los límites de sus atribuciones; o sea sobre asuntos que

le están ordinariamente sometidos, en virtud de las reglas generales de su institución.

Jurisdicción prorrogada, la que ejerce el Juez en asuntos que no le están ordinariamente sometidos, según los límites de sus atribuciones; pero que llegan a estarlo, por alguna circunstancia especial o extraordinaria.

Dalloz define en estos términos las dos especies de jurisdicción, dando el nombre de **natural** a la **propia**: "On nomme jurisdiction naturelle celle qui appartient á un tribunal en vertu des régles générales qui ont présidé á son institution; et jurisdiction prorrogée celle qui n' exerce qu' accidentellement, par suite du consentement des parties ou par le effet d' une disposition exceptionnelle du la loi." Tom. X, pág. 420.

Casi en idénticos términos definen Caravantes, Escribano y otros autores.

Para saber con exactitud cuándo obra o puede obrar el juez fuera de los límites naturales de su jurisdicción, es preciso conocer previamente esos límites. El orden lógico exige, por tanto, que estudiemos antes la jurisdicción propia, para investigar en seguida cuándo se ejerce o puede ejercerse la prorrogada; apartándonos así del plan del Código, que anticipa las reglas relativas a la prorrogación.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, llamada a determinar las atribuciones de los jueces, establece, de un modo general, los límites ordinarios de éstas, pero dejando al Código de Enjuiciamientos y a otros Códigos o leyes especiales el desarrollo de las bases fundamentales que ella sienta y la amplificación y complemento de sus reglas.

En las siguientes lecciones estudiaremos las reglas y principios que, presupuesta la organización judicial, sirven para saber en cada caso si el juez tiene o no jurisdicción propia; y, conocida ya esta materia, trataremos en lección aparte de la prorrogación.

37.—**Adquisición, suspensión y pérdida de la jurisdicción.**—La adquisición de la jurisdicción supone el concurso de dos elementos: el nombramiento o elección y la aceptación. El nombramiento o la elección es el título en cuya virtud obtiene el juez la potestad de juzgar; más ese título no puede surtir efecto en la persona del nombrado o elegido, mientras éste no lo acepte en la forma legal, es decir, prestando ante la autoridad competente, la promesa o juramento para desempeñar el cargo. Esa diligencia constituye la toma de posesión del empleo; y sólo desde entonces puede el juez empezar a ejercer la jurisdicción que el título le confiere.

En este sentido, distingue nuestra ley la adquisición de la jurisdicción del comienzo de su ejercicio.

El sentido natural de las palabras basta para saber en qué consisten y en qué se distinguen la suspensión y la pérdida de la jurisdicción. Una y otra pueden ser, según la ley, **parciales** o **totales**. Llámase **parcial** la que se refiere a tal o cual causa determinada, quedando el juez en libre ejercicio de sus funciones respecto de los demás asuntos; y **total**, la que se refiere al ejercicio mismo del cargo, y, por tanto, a todos los asuntos pendientes o que pudieran promoverse.

De los casos en que tienen lugar la suspensión y la pérdida, tanto **parciales** como **totales**, trataremos al estudiar los correspondientes artículos del Código de Enjuiciamientos; los cuales, copiados casi literalmente del Código Peruano, no guardan perfecta armonía con nuestras demás instituciones y leyes.

LECCION QUINTADE LA COMPETENCIA EN GENERAL

SINOPSIS

38. Noción de la competencia.—39. Competencia de *competir*. Conflictos.—40. Incompetencia; sus efectos.—41. Exceso de poder o usurpación de atribuciones.—42. Fuero.—43. Reglas generales de la competencia: REGLA PRIMERA. *Actor sequitur forum rei*.—44.—REGLA SEGUNDA. Fijada la competencia de un juez, no se altera por causas supervenientes.—45. REGLA TERCERA. Fijada la competencia del juez de primer grado, lo está la del juez o tribunal del grado superior.—46. REGLA CUARTA. El juez de la acción es juez de la excepción.—47. REGLA QUINTA. El juez de lo principal es juez de los incidentes o acescorios.—48. REGLA SEXTA. El juez de la demanda principal, lo es también de la reconvencción conexa.—49. REGLA SEPTIMA. En los casos de acumulación de autos, el juez de la causa más antigua conoce de los autos acumulados.—50. REGLA OCTAVA. El juez que pronuncia una sentencia, es competente para ejecutarla.

38.—Noción de la competencia.—El estudio de la distribución de la jurisdicción nos conduce al conocimiento de la competencia. Hemos visto que la jurisdicción de los jueces está limitada por la materia, el territorio, las personas, la cuantía y el grado; y estas cinco bases deben tenerse en cuenta para saber en cada caso cual es el juez llamado a intervenir.

La materia nos da a conocer a cual de los órdenes o líneas jurisdiccionales corresponde el asunto:

Las reglas concernientes al territorio, en que lugar ha de ventilarse la cuestión:

Las relativas a la condición oficial de las personas, si se hallan éstas sujetas a fuero especial o caso de Corte:

La cuantía del asunto, la clase o categoría del juez que, dentro de la respectiva línea jurisdiccional, debe conocer de la cuestión:

El grado, si es un juez o tribunal de primera, segunda o tercera instancia el llamado a decidirla.

Y el juez a quien, con arreglo a estas cinco bases restrictivas de la jurisdicción, corresponde al asunto, es juez competente o tiene competencia.

Competencia es, por tanto, la facultad que tiene el juez para administrar justicia dentro de los límites de su jurisdicción (1).

Entre la jurisdicción y la competencia hay, en cierto modo, la diferencia que media entre lo abstracto y lo concreto, o entre lo absoluto y lo relativo. Aquélla es la facultad de administrar justicia, ésta, la misma facultad, limitada a determinados casos.

La jurisdicción es el poder de juzgar, considerado de un modo abstracto y general, dicen algunos autores; y la competencia, la medida de la jurisdicción, que la ley confiere a cada juez o tribunal. (2).

Otros definen la competencia diciendo que es la jurisdicción concretada según las reglas de su distribución.

(1) La Ley Orgánica de Chile dice: "Art. 192. Competencia es la facultad que tienen los jueces para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones".

Bonfils: "Es el círculo dentro del cual se circunscribe para cada juez o tribunal el ejercicio del poder de juzgar". Pág. 130.

(2) Dalloz: *Competence* N° 1°; Rousseau et Lesnoy, *Competence*; Boncenne, T. I, pág. 90.

39.—**Competencia de competir.** **Conflictos.**—La palabra **competencia**, en el sentido en que la hemos definido, viene del verbo **competere** —pertenecer, tocar o incumbir a uno alguna función o acto.— Puede también derivarse de **competir**, esto es, contender, disputar dos o más personas aspirando a una misma cosa. Son, en mi concepto, dos palabras homónimas, aunque el Diccionario académico no lo considera así.

En el segundo sentido, la competencia de los jueces (mejor dicho **entre los jueces**) es la disputa o controversia sobre cual de ellos debe conocer del asunto.

La frase **cuestiones de competencia** significa esos conflictos judiciales o contiendas; los cuales se llaman **positivos**, cuando cada uno de los jueces contendientes pretende conocer del asunto; y **negativos**, cuando todos ellos se niegan a conocer, remitiendo cada uno al otro la causa.

Si el conflicto versa entre la autoridad judicial y la administrativa, suele llamarse de **atribución**; si entre dos o más jueces, de **jurisdicción**.

De esta competencia de **competir**, equivalente a conflicto de jurisdicción, volveremos a atratar en otro lugar. Ahora debemos ocuparnos sólo en la de **competere** —corresponder, incumbir el conocimiento de un asunto a un juez determinado—; y a ésta se referirán todas las observaciones de la presente lección y de las siguientes, a menos que expresamente advirtamos lo contrario.

40.—**Incompetencia; sus efectos.**—Si **competencia** es la facultad de administrar justicia en un asunto determinado, **incompetencia** es la falta o carencia de esa facultad. Juez incompetente es, por tanto, aquel a quien no corresponde conocer en un asunto, por razón de alguna de las cinco bases de distribución de la jurisdicción.

La incompetencia de jurisdicción da lugar a la **prorrogación**, que, en ciertos casos, puede efectuarse para

subsananla, sea por el consentimiento de las partes, o por el ministerio de la ley, como ya lo veremos.

Produce, además, los siguientes efectos, de cada uno de los cuales trataremos en el lugar respectivo:

1º—La **excepción declinatoria**, esto es, el derecho que tiene el demandado de exigir al juez incompetente, antes de contestar a la demanda, que se abstenga de conocer del asunto; es decir, que se **inhiba**:

2º—La **acción inhibitoria**, que es la reclamación dirigida al juez competente, para que promueva la **competencia**; esto es, para que exija al juez ante quien se ha propuesto la demanda, que se inhíba de conocer en ella, y se la remita:

3º—La **nulidad del proceso**, cuando no se ha podido o no se ha querido —siendo posible— subsananla por la **prorrogación**:

4º—La **nulidad de la sentencia ejecutoriada**.

La incompetencia se denomina **absoluta**, cuando, por fundarse en motivos de orden público, no puede ser saneada por el consentimiento de las partes; en caso contrario, se llama **relativa**. Es, por tanto, absoluta la que depende de la materia, las personas, el grado o la cuantía; y relativa, la territorial civil, puesto que, como ya lo observamos, el orden social no se interesa en que una cuestión civil se ventile en cierta sección territorial y no en otra; y la distribución de la jurisdicción según el territorio tiene por objeto directo la facilidad o comodidad de las partes litigantes.

41.—**Exceso de poder o usurpación de atribuciones**. — Hablando en general, siempre que hay incompetencia en los actos de un juez, hay exceso de poder; y siempre que hay exceso de poder, hay incompetencia, dicen los autores. Mas en el lenguaje jurídico, se da el nombre especial de **exceso de poder o usurpación de atribuciones**, tratándose de los jueces, a los actos que traspasan los

límites absolutos de la jurisdicción, esto es, a los incompatibles con las atribuciones del Poder Judicial y pertenecientes a otra autoridad, como serían los de dictar leyes o ejercer funciones administrativas. (Nº 18).

Hay mera incompetencia cuando se traspassa sólo los **límites relativos**; es decir, cuando ejecuta un juez, como cuando un juez parroquial admite y sustancia una demanda de mayor cuantía.

Tal es la doctrina generalmente admitida (1); y el Tribunal Supremo hizo aplicación de ella en sentencia de 23 de agosto de 1884, en el juicio seguido contra un Comisario de Policía, por usurpación de atribuciones (2).

El Código peruano, al tratar **del modo como se adquiere**, se suspende y se pierde la jurisdicción, tiene las siguientes disposiciones:

“Art. 22. Usurpa jurisdicción el que la ejerce sin haberla obtenido por alguno de los modos expresados “en este Código.

“Art. 23. También usurpa jurisdicción el juez de “fuero privilegiado que conoce de causas de la competencia del fuero común.

“Art. 24. El que usurpa jurisdicción es responsable a los interesados por las costas y daños, sin perjuicio “de la declaración de nulidad que corresponde, y de las “penas que por este delito imponga el Código Penal.

“Art. 25. Están sujetos a la responsabilidad expresada en el artículo anterior:

“1º El juez inferior que conoce o procede contra lo “resuelto por el superior;

“2º El que juzga o manda juzgar por comisión;

(1) Dalloz, t. X, pág. 422;—Ortolán, t. II, pág. 85.—Garsonnet, t. V, pág. 595; id. *Precis*, Nº 698; Bonfils, Nº 1087; etc.

(2) Gaceta Judicial, Serie 2ª, Nº 8, pág. 60.

"3° El juez que se avoca causas pendientes en otro juzgado y las sustancia;

"4° El juez que hace revivir procesos legalmente concluidos;

"5° El juez superior, cuando procede omitidas las anteriores instancias;

"6° El juez que continúa conociendo de una causa, antes de decidirse la competencia o la recusación promovida en ella, o después de habersele declarado incompetente o recusado."

Nuestro legislador, que copió literalmente de aquel Código las disposiciones que tenemos sobre adquisición, suspensión y pérdida de la jurisdicción, no quiso adoptar las relativas a la usurpación, ni dijo cosa alguna al respecto, en el Código de Enjuiciamientos. Mas al tratar en el Penal, de los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones, dedicó a ese asunto un capítulo especial, que dice así:

"Capítulo III.— De la usurpación de atribuciones.

"Art. 222.—El empleado público que dictare reglamentos o disposiciones excediéndose de sus atribuciones, será castigado con una multa de cuarenta a ciento sesenta sucres.

"Art. 223.—El juez que se arrogare atribuciones propias de las autoridades políticas o administrativas, o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de las suyas, será castigado con multa de cuarenta a ciento sesenta sucres.

"En la misma pena incurrirá todo empleado del orden político o administrativo que ejerciere atribuciones judiciales, o impidiere la ejecución de una providencia o decisión dictada por el juez competente.

"Art. 224.—El empleado público o juez que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo, antes de que se decida la competencia o recusación, será castigado con multa de cuarenta a cien sucres."

A más de esto, en el Capítulo VIII del mismo Libro V, trata del ejercicio de la autoridad pública ilegalmente anticipado o prolongado, es decir, del hecho de empezar a ejercer el cargo antes de prestar la promesa legal, o de continuar ejerciéndolo, después de la expiración del período o de la suspensión o destitución del empleado, etc.

Y en el Libro IV, que se ocupa en los atentados contra la fe pública, destina el Capítulo final a la usurpación de funciones, títulos o nombres, e impone pena de uno a cinco años de prisión al individuo que, sin título legítimo, se fingiere empleado público, y ejerciere como tal alguna función.

Resulta, en consecuencia:

1º—Que, si bien en todo caso de usurpación de funciones judiciales hay incompetencia de jurisdicción, no todo caso de incompetencia importa usurpación:

2º—Que la usurpación de atribuciones, *stricto sensu*, es un delito, que acarrea al funcionario culpado una sanción penal, a más de la responsabilidad pecuniaria por los perjuicios;

3º—Que la mera incompetencia produce sólo las responsabilidades civiles de que tratamos en el número anterior.

42.—**Fuero.**—La palabra **fuero** tiene en el lenguaje jurídico muchas acepciones. En el derecho antiguo llevaban ese nombre los Códigos o compilaciones de leyes (el Fuero Juzgo, el Fuero Real, etc.); los usos y costumbres con fuerza de ley; las cartas de privilegios, exenciones o gracias; los contratos de población entre el dueño del terreno y los pobladores; las cartas expedidas por los Reyes, comprensivas de leyes u ordenanzas para fundar u organizar Municipios o Villas; etc., etc.

Los autores y prácticos llaman también **fuero** el lugar en que se administra justicia o el distrito o territorio a que se extiende la jurisdicción de un juez.

En el derecho moderno, la acepción más usual es la de **competencia** o **juzgado competente**; y así nuestro Código de Enjuiciamientos del año 69, que daba definiciones de todo, como ya recordamos, decía: "Art. 25. Fuero es la **jurisdicción competente** de un juez por razón de las personas, de las cosas o de la sección territorial en que se deba ejercer."

Se toma también esa palabra como equivalente a **jurisdicción** o **juzgado**, en general, es decir, a la potestad de administrar justicia o a la autoridad investida de ese poder, considerada de un modo abstracto; y en ese sentido la emplea nuestro Código de Enjuiciamientos desde el año 78, imitando al peruano, en la frase **Fuero competente**, que sirve de título o rúbrica de la sección destinada a tratar de la competencia territorial, como lo veremos después.

Se dice en el lenguaje jurídico, que **surte el fuero**, cuando, en virtud de algún hecho o circunstancia, corresponde a un juez el conocimiento de cierto asunto determinado.

43.—Reglas generales de la competencia.—1' **actor sequitur forum rei**.—Definida la competencia, procedamos a estudiar los principios generales que sirven para determinarla, comenzando por investigar la razón filosófica de este tradicional axioma jurídico, consignado en el Derecho Romano (1) y universalmente respetado.

Actor sequitur forum rei —el actor debe seguir el el fuero del reo—. Es decir, la demanda se ha de proponer, no ante el juez que elija el actor, sino ante aquel a quien el reo esté sometido.

El actor se dirige al juez espontáneamente, porque lo desea, porque le conviene; y exige al demandado un

(1) Cód. 1 3 ubi causa status; ley 1, 2 y 3. De jurisdict.—Dig. De Jud. (L. Tít. D) ls. § 4º y 19, § 4º.

hecho, la presentación y sometimiento a determinado juez. Pero como no puede exigirse de otra persona un hecho o una prestación cualquiera, si no existe en esa persona la obligación correlativa; síguese que el acto no puede plantear su demanda, sino ante el juez a quien el demandado esté obligado a someterse; es decir, ante el **fuero del reo**.

Ahora bien, ¿a qué juez está el reo obligado a someterse? ¿Cuál la naturaleza y extensión del derecho del actor para exigir la realización de aquel hecho; derecho que le asiste aun al demandante injusto y temerario, aun al demandante que carece de todo derecho?...

El orden social, que protege y garantiza los derechos de los individuos, impone a cada uno de éstos el deber de comparecer ante los tribunales, cuando otro lo exija para la decisión de sus diferencias, y el de respetar la organización y economía de las jurisdicciones. A esta obligación estamos sujetos todos, por el mero hecho de vivir en sociedad. Mas ella no exige que cada individuo se someta simultáneamente a todos los jueces, o indistintamente a cualquiera de éstos; y dentro de los límites de lo que el orden social requiere, cada individuo está sujeto a tal o cual juez determinado, en virtud de algún hecho que le haya impuesto esa obligación especial.

Por consiguiente, el actor no puede proponer su demanda, sino ante el juez a quien el reo se haya sometido en virtud de algún hecho; y esto es lo que significa el axioma jurídico de que tratamos.

Cuáles son los hechos que nos someten a un juez determinado, investigaremos al ocuparnos en cada una de las especies de competencia. Por ahora, bástenos saber que el axioma inconcuso **actor sequitur forum rei**, no es sino un lógico corolario del principio de que nadie puede exigir de otro un acto, sino en cuanto éste se halle obligado a ejecutarlo.

Puede agregarse, como fundamento de esta regla, la observación de que el fallo judicial se refiere directa y principalmente a la persona del reo; puesto que la sentencia debe limitarse a condenar o absolver al demandado; y es natural que sea expedida por el juez de quien éste dependa o a quien esté sometido.

Los expositores aducen generalmente como fundamento consideraciones de mera equidad. El actor, dicen, prepara con anticipación la demanda; concierta tranquilamente sus medios de defensa, y asegura en lo posible el éxito; mas el reo se ve casi siempre sorprendido y estrechado. Pero esta desigualdad se compensa en algún tanto con la ventaja que se le concede al reo de litigar en donde tiene el asiento de sus negocios y puede proveerse más fácilmente de medios de defensa.

Si dependiera de la voluntad del actor elegir el juez que quisiera, llegaría a ser, a veces, materialmente imposible para el demandado el ejercicio del derecho de defensa.

44.—Regla segunda.— Fijada la competencia de un juez, no se altera por causa superveniente.

Este axioma jurídico, generalmente reconocido en la doctrina, y consignado de modo expreso en la Ley Orgánica de Chile (1), es otro corolario del mismo principio en que se funda la regla precedente. Si el actor se ha dirigido al juez a quien el reo estaba sujeto, nada importa que, durante el litigio, cambien las circunstancias que, con respecto a las personas, al territorio, a la materia, etc., sirvieron para fijar la competencia de ese juez. Ejemplos:

Si habiéndose principiado a juzgar a un funcionario público que gozaba de fuero especial, cesa aquél en el

(1) "Art. 103. Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante un tribunal competente, no se altera esta competencia por causa sobreviniente".

empleo a que era anéxas esa prerrogativa, continuará el mismo juez o tribunal conociendo de la causa.

De igual modo, si el reo era un simple ciudadano cuando comenzó el juicio, la circunstancia de que se le confiara un empleo o cargo público que goce de caso de Corte, no privará de la competencia al juez que comenzó a conocer del asunto.

Si, para fijar la competencia territorial de un juez, se ha atendido al domicilio del demandado, aquélla no se alterará en manera alguna porque éste cambie de domicilio durante el juicio.

La cuantía del asunto puede variar durante el litigio, sea porque el valor de la cosa misma aumente o disminuya; sea porque a ella se agreguen frutos, intereses, etc.; pero esos cambios no alteran tampoco la competencia (1).

Si el cambio depende, no de los hechos o circunstancias que, como los puntualizados sirven para determinar la competencia, sino de la ley misma que fija la extensión de las atribuciones y deberes de los jueces, la cuestión es diversa, y debe resolverse con sujeción a los principios y reglas que ya estudiaremos, al tratar de los límites temporales del imperio de las leyes adjetivas (Nº 6), y que pueden resumirse en estos términos, según la doctrina más generalmente aceptada:

(1) También a este respecto hay disposición expresa en la Ley Orgánica de Chile:—"Art. 206. Si el valor de la cosa disputada se aumentare o disminuiré durante la instancia, no sufrirá alteración alguna la determinación que antes se hubiere hecho con arreglo a la ley.

"Art. 207. Tampoco sufrirá la determinación alteración alguna en razón de lo que se deba por intereses o frutos devengados después de la fecha de la demanda, ni de lo que se deba por costas o daños causados durante el juicio.

"Pero los intereses, frutos o daños debido antes de la demanda se agregarán al capital demandado, y se tomarán en cuenta para determinar la cuantía de la materia".

Si por la nueva ley queda abolida la jurisdicción ante la cual pendía el litigio, pasa éste a la que, según el nuevo sistema legal, deba reemplazarla; más si subsiste, y sólo se restringen sus atribuciones, sigue conociendo de las cuestiones pendientes, según el axioma romano *ubi acceptum est semel iudicium ibi et finem accipere debet*.

Estas reglas tienen entre nosotros, como ya lo observamos, frecuentísima aplicación, porque casi no hay legislatura en que no se hagan reformas, ya sobre la organización judicial, ya sobre la competencia, ya, por lo menos, sobre la división territorial. La de 1911, por ejemplo, erigió cantones nuevos, como el Pedro Moncayo en la provincia de Pichincha; pero continuaron ante los mismos jueces las causas que, si hubieran comenzado después de esa ley, habrían debido ventilarse ante los jueces del nuevo cantón (1).

El nuevo Código de Policía sometió a la Policía Municipal varios asuntos de que antes conocía la Nacional; pero las causas pendientes ante ésta, debieron terminarse en la misma.

Ahora bien, ¿en qué momento o estado del juicio queda fijada la competencia del juez que ha empezado a conocer de un asunto?...

Los tribunales chilenos, aplicando el susodicho Art. 193 de la Ley Orgánica, han resuelto en varios casos: que aquello tenía lugar en el acto de contestar el reo a la demanda; es decir, cuando estaba trabada la litis y reconocida por ambas partes la competencia del juez. Parece, empero, más conforme a los principios atender a la fecha de la citación de la demanda; porque en ese momento debe saberse si el demandado está o no sometido al juez an-

(1) Cosa análoga ha ocurrido repetidas veces en Chile; y los tribunales han aplicado siempre el principio de que tratamos, consignado en el Art. 193 de la Ley Orgánica (Ballesteros, T. II, pág. 148).

te quien le ha llamado el demandante; y si lo está, el actor tiene pleno derecho para que ante el mismo juez continúe el litigio.

Si, por ejemplo, por estar domiciliado el reo en cierta sección territorial, el actor ha propuesto allí la demanda, el juez no dejará de ser competente porque el reo, después de citado, pero antes de contestar a la demanda, mude de domicilio; ni esa mutación le dará al demandado derecho para alegar la excepción dilatoria de incompetencia.

Esta solución nuestra guarda relación con el sistema de la ley respecto de los efectos de la citación, de que después trataremos; uno de los cuales es el de **dar prevención al Juez que la manda hacer** (Art. 117 del Código de Enjuiciamientos): lo cual significa que, si dos o más jueces son competentes para un asunto, y todos comienzan a conocer en él, la causa queda definitivamente radicada ante aquel que primero hace citar al demandado.

45.—Regla tercera.—Fijada la competencia del juez de primer grado, lo está, por el mismo hecho, la del juez o tribunal de grado superior.

Esta regla, que no es sino una consecuencia del orden y jerarquía de las jurisdicciones, ha sido también expresamente consignada en la Ley Orgánica de Chile (1), y no requiere demostración ni comentarios. Si, por ejemplo, se sigue en Quito un juicio que podía o debía proponerse en Ambato, se elevará la causa, en caso de apelación, a la Corte Superior de Quito y no a la de Riobamba, a que el cantón de Ambato está sujeto.

Supone, eso sí, esta regla la subsistencia de la ley que establece el orden jerárquico de las jurisdicciones;

(1) "Art. 104. Una vez fijada con arreglo a la ley la competencia de un juez inferior para conocer en primera instancia de un determinado asunto, queda igualmente fijada la del tribunal superior que debe conocer del mismo asunto en segunda instancia".

pues si la ley se cambia, deberán aplicarse los principios que hemos consignado a propósito de la regla segunda. Así, si la legislatura de 1911 hubiera aprobado el establecimiento de una Corte Superior en Ibarra, las causas pendientes en los juzgados cantonales de esa ciudad habrían subido en apelación a la nueva Corte; mas aquellas que, al tiempo de empezar a regir la reforma, hubieran estado ya en la Corte de Quito, en esta misma Corte habrían continuado hasta su conclusión.

Casi no hay Congreso que no erija nuevos cantones, concediendo ese ascenso a alguna parroquia, y agregando a ella una o más de las que antes dependían de otro cantón. En tales casos, las causas de menor cuantía, pendientes en las parroquias agregadas, deben subir en apelación a los Juzgados Municipales del nuevo cantón; pero las que, al empezar a regir la nueva ley, están ya en segunda instancia, continúan en el mismo Juzgado.

46.—Regla cuarta— El juez de la acción es juez de la excepción.

La excepción es el medio legal de destruir la acción. Las dos constituyen, por tanto, en el proceso una sola cuestión, cuyo resultado ha de ser la absolución o condenación del demandado. Y la unidad de la cuestión y del proceso, hace necesaria la unidad del juicio y de la jurisdicción; puesto que el juez no puede acoger ni rechazar la demanda, sin analizar comparativamente la acción y la excepción, en vista de las pruebas respectivas.

La ley no consigna expresamente este clásico axioma; pero tampoco tiene nada que impida su aplicación.

Los expositores franceses hacen, empero, ciertas distinciones (1); mas ello proviene, ya del contexto de

(1) Bonfils termina el estudio de este axioma con las siguientes palabras: "La regla de que el juez de la acción es también de la excepción no es, pues, absolutamente verdadera sino respecto de la jurisdicción ordinaria". Pág. 110—115, Nº 240—246 Ib. pág. 15.

En el mismo sentido discurren Garsonet (T. I, pág. 652 y siguientes), Dalloz (Excepción), y otros autores.

algunas disposiciones del Código de Procedimientos, ya principalmente de que la voz técnica **excepción** tiene en el derecho francés una significación algo diversa de la que le da nuestra ley, como lo veremos en su lugar.

De importantes aplicaciones es susceptible esta regla, por la circunstancia de que, a veces, toma en el juicio la forma de excepción un derecho que, como acción, debería ejercitarse ante distinto juez, por razón del territorio, la materia o la cuantía. Ejemplos:

Territorio.— A demanda a B por el precio de una casa, ante el juez del domicilio de B, y éste le opone como excepción la compensación de créditos o bien la nulidad o resolución del contrato. Si B hiciera valer separadamente su crédito, o propusiera demanda aparte de nulidad o resolución, tendría que dirigirse al juez del domicilio de A; pero, empleados esos mismos derechos como excepciones, quedan sujetos a la jurisdicción del juez de B.

Materia.—El crédito que alega A contra B es mercantil; por lo cual la demanda se propone ante el juez de Comercio. El que B opone en compensación es civil; o bien el mismo contrato que para B es mercantil, es civil para A. No obstante esto, el juez de Comercio fallará sobre la compensación de los dos créditos o sobre la nulidad o resolución del contrato (1).

Cuantía.—El crédito de A contra B es de cien sures; y por esto la demanda se propone ante el juez parroquial; pero el que B alega en compensación es de mayor cuantía. O bien, el contrato en que se basa la demanda de cien sures versa sobre un valor de mil o más sures; y a esa demanda de cien sures, opone el reo la excepción de nulidad o resolución del contrato. El juez pa-

(1) No tenemos ahora Jueces de Comercio; pero podemos suponer, por vía de ejemplo, que los tuviéramos, puesto que estudiamos los principios generales.

arroquial será competente para las excepciones, como en los casos anteriores (1).

Cuando nos toque estudiar la importante y difícil materia de la cosa juzgada, trataremos de la influencia que, en casos como éstos, pueden tener las conclusiones del juez relativas a la excepción, respecto del acto o contrato a que ella se refiere. Entonces veremos si, negada la compensación por considerarse ilegítimo el crédito alegado por el reo (en el primer ejemplo), o acogida la excepción de nulidad (en el segundo), ese crédito se ha de reputar perdido en absoluto o el contrato definitiva y totalmente anulado, en virtud del fallo del juez parroquial.

Estas dificultades, empero, se simplifican mucho si, para la fijación de la cuantía del litigio, se atiende, no al valor de la cosa demandada, como se deduce del tenor y espíritu de nuestra ley, sino al de la cuestión controvertida, como establecen otras legislaciones; es decir, a lo que, en virtud de la litis contestación, importa el litigio en su totalidad (2). En el lugar respectivo trataremos de este importante asunto.

47.—Regla quinta.—El juez de lo principal es juez de los incidentes o accesorios.

Incidente, de incidere, acaecer, sobrevenir, es la cuestión o contestación accesoria que se forma en el curso del asunto principal (3). Tiene, por tanto, íntima conexión con éste, y debe ser conocido por el mismo juez, por razones análogas a las que adujimos respecto de la

(1) La L. O. de Chile dispone lo contrario, como lo veremos al fin de la regla 7ª.

(2) Nuestra ley no es clara en sus reglas sobre la cuantía, y respetables jurisconsultos de nuestro foro opinan que una demanda de cien sures, basada en un contrato de más de doscientos (como la que nos ha servido de ejemplo) debe considerarse mayor cuantía.

(3) Dalloz, INCIDENT. Caravantes T. II, Nº 1125; Boitart pág. 493, etc.

regla anterior; a saber, la unidad del proceso y de la cuestión que en él se ventila.

Nuestra ley, sin haber consignado de un modo expreso y general este axioma, conocido en la jurisprudencia desde el Derecho Romano (1), hace una importante aplicación de él al caso en que talvez mayor duda o dificultad hubiera podido encontrarse, a las tercerías. "De cualquier clase que sea la tercería" —dice el Art. 565— "ora se proponga en el juicio ordinario, ora en el ejecutivo, es siempre un incidente; y, como tal, se resolverá por el mismo juez que conoce de lo principal, sin consideración a la cuantía."

Síguese, por tanto, que si en un juicio de menor cuantía se embarga y va a rematarse un inmueble de gran valor, y se hace tercería excluyendo, o si en el propio juicio se deducen tercerías coadyuvantes de mayor cuantía, el juez parroquial, como juez de lo principal, fallará sobre la cuestión de dominio del inmueble, y sobre la legitimidad, cuantía y prelación de los créditos alegados por medio de las tercerías coadyuvantes.

Esta aplicación del principio ofrece dificultades y peligros; por lo cual se ha pensado ya en la reforma del artículo, en el sentido de que, si en un juicio de menor cuantía se proponen tercerías excluyentes o coadyuvantes de mayor cuantía, el juez parroquial eleve el proceso al Alcalde Cantonal para que las conozca y decida.

Cuando estudiemos la materia de las tercerías, nos ocuparemos en esta grave cuestión (2).

(1) *Pertinet enim ad officium iudices, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem questionem, quae in iudicium devocatur, examinare, quoniam non de ea, sed de hereditate pronunciat, L. I.—Cod. De Ordli—Jud.*

(2) Los tribunales de Chile han declarado expresamente, aplicando el Art. 195 de la Ley Orgánica, que el conocimiento de las tercerías corresponde al juez de la cuestión principal.—Gaceta de 1878 s. 1215 de la Corte de la Serena. Ballest. pág. 160.

Veamos otras aplicaciones del principio. En los juicios ejecutivos, en los de secuestro, de consignación, etc., se nombran depositarios; y todo lo concerniente a la administración y entrega de las cosas, a las cuentas del depósito, a la remoción del depositario, etc., constituye meros incidentes, que deben ser conocidos y resueltos por el juez de lo principal (1).

Así lo declara el Código de Enjuiciamientos en el Art. 618; y en el propio sentido deben entenderse el 976, el 977 y otros que oportunamente estudiaremos.

A la entrega de la cosa rematada en los juicios ejecutivos o coactivos, sigue el cotejo de inventarios, abono de mejoras y peorías, etc.; en todo lo cual debe también conocer el mismo juez de la causa.

Las reclamaciones sobre costas, derechos judiciales y honorarios, constituyen incidentes, y están sujetas al juez de la respectiva causa. Arts. 994 del Código de Enjuiciamientos y 175 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (2).

Las de daños y perjuicios causados por un hecho sujeto a sanción penal, se consideran como incidentes o accesorios del juicio criminal, y quedan sujetas al juez de dicho juicio, (Arts. 222 y 225 del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal).

El amparo de pobreza se ventila, de acuerdo con la regla de que tratamos, ante el juez de la causa para la cual se solicita.

La exhibición de documentos y el secuestro, retención y arraigo son también incidentes o accesorios de la cuestión principal, y deben ventilarse ante el juez que en ésta conoce.

(1) Los tribunales de Chile han aplicado en este sentido la regla del Art. 195.—Gaceta de 1886 y 1887.

(2) Así lo han resuelto también los tribunales de Chile. Gaceta de 1881, de 1888, de 1890, etc.

48.—Regla sexta.— El juez de la demanda principal, lo es de la reconvención conexas, siempre que ésta no corresponda, por su cuantía, a un juez superior.

En este punto no hay uniformidad ni en las legislaciones ni en la doctrina de los expositores; y es preciso que procuremos aclarar bien los conceptos.

Reconvención es la demanda que el reo propone a su vez al actor, á fin de obtener contra éste una condena, en el mismo litigio. Los romanos llamaban a la demanda **conventio**; y por eso llevaba el nombre de **reconventio** la contra demanda —diremos así— del reo al actor, en la misma cuerda. Al derecho moderno ha llegado la segunda voz técnica, mas no la primera.

Reconvención conexas es la que se deriva de la misma causa en que se funda la demanda (1); o bien aquella que, propuesta separadamente, podría dar lugar a la acumulación de los autos, a fin de que no se dividiese la **continencia de la causa** (2), como cuando el actor reclama el precio de la cosa vendida, y el reo pide, en reconvención, la entrega de la misma cosa o la resolución del contrato.

La reconvención difiere esencialmente de la **compensación**, y, en general, de todas las excepciones, en que

(1) "Ex oedem fonte, sive ex eodem negotio vel eodem contractu", dice Rógrón.

(2) Continencia de la causa es la unidad del asunto; la armonía que debe haber en sus partes o elementos, así como en las decisiones que sobre esas distintas partes o elementos pronuncie el juez.

Se divide, es decir, se rompe o perturba la continencia de la causa, según nuestra ley, en los siguientes casos: 1º Cuando hay en los pleitos identidad de personas, cosas y acciones;—2º Cuando hay identidad de personas y cosas, aun cuando las acciones sean diversas;—3º Cuando hay identidad de personas y acciones, aun cuando las cosas sean diversas;— Cuando hay identidad de acciones y cosas, aun cuando las personas sean diversas;—5º Cuando las acciones provienen de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas;—6º Cuando la especie sobre que se litiga está comprendida en el género que ha sido materia de otro pleito. Cdg. de Enj. Art.

éstas son simplemente medios de defensa, encaminados a destruir total o parcialmente la acción y obtener la **absolución del demandado**; mientras que la reconvención intenta, independientemente de la absolución o condena-
ción del demandado, una condena-
ción del demandante. No hay, por tanto, entre la reconvención y la demanda el mismo nexo lógico que entre la acción y las excepciones, en virtud del cual aquélla y éstas constituyen, como dijimos, una sola cuestión, y requieren la unidad de la jurisdicción, como consecuencia necesaria de la unidad del asunto y del juicio.

Cuando el reo reconviene al actor, hay dos asuntos distintos, dos juicios propiamente dichos, que se sustancian en el mismo proceso; y la necesidad de la unidad de fuero no proviene sino de los mismos motivos que, en ciertos casos, justifican la acumulación de autos; esto es, de que al ventilarse y decidirse separadamente las dos cuestiones, que, aunque distintas, tienen conexidad entre sí, ya por el origen de las acciones respectivas, ya por la materia sobre que versan, podrían sobrevenir sentencias incompatibles o contradictorias; es decir, en términos jurídicos, se dividiría la **continencia de la causa**.

En estos casos, decimos, se ha de admitir y sustanciar en la misma cuerda la reconvención, aunque, propuesta separadamente, debiera corresponder a distinto juez, por razón de la materia, las personas, el territorio o la cuantía.

Con respecto a la cuantía, hacemos, sin embargo, una limitación: Si la demanda principal es de menor cuantía; si, por ejemplo, se demanda por cuenta del precio de una cosa la suma de cien sucres, no podrá proponerse, ante el juez parroquial, competente para esa demanda, una reconvención para la entrega de la cosa vendida, que vale más de doscientos sucres. En este caso deberá el demandado ejercitar su acción por cuerda separada, ante el Alcalde Municipal; y, hecho esto, podrá pe-

dirse acumulación de la causa de menor cuantía a la de mayor, a fin de que el Alcalde Municipal conozca de las dos cuestiones conexas.

Si la reconvención es inconexa, es decir, extraña a la cuestión principal, podrá también ventilarse en la misma cuerda, siempre que el juez sea competente para ella; mas si es incompetente, se la deberá seguir por cuerda separada.

Ejemplos: X demanda a Z para la devolución de una cantidad que le dió a mutuo; y Z reconviene a X por la entrega de unas cabezas de ganado que le negoció, en otro contrato diverso e independiente. Si, por la cuantía del asunto, el domicilio de las partes, etc., el juez es competente para ambas demandas, no hay inconveniente mayor para que se las ventile en la misma cuerda; y, por el contrario, puede haber para ambas partes economía de gastos y diligencias. Mas si el actor, domiciliado en Ambato, propone la demanda en Quito, por sujetarse al fuero del reo, no hay ninguna razón para que éste, sin someterse a la misma obligación, le prive al actor, a pretexto de reconvención, de tan importante derecho.

Esta es la doctrina que nos parece más conforme a los principios: las legislaciones, empero, están discrepantes y divididas en opuestos sistemas, llegando ya al otro extremo, sin razones o motivos suficientes, como lo veremos posteriormente.

La Ley Orgánica de Chile resuelve el problema relativo a las excepciones, los incidentes y la reconvención, en un sólo Art., en el 195, que dice así:

“El tribunal que es competente para conocer de un asunto, lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan.

“Lo es también para conocer de las cuestiones que se susciten por vía de reconvención o de compensación,

"aunque el conocimiento de éstas cuestiones, atendida su cuantía, hubiera de corresponder a un juez inferior si se entablaran por separado."

De esta disposición legal, que fué largamente discutida y de distintos modos redactada en la Comisión Revisora, hasta quedar en los términos transcritos, se deduce: 1° Que el juez de lo principal es juez de los incidentes, sea cual fuere la cuantía o naturaleza de éstos, tal como establecen nuestras leyes:

2° Que, en cuanto a la **compensación y la reconven-**ción, se distingue: si el derecho sobre que versan debiera estar sujeto, por su cuantía, a un juez igual o inferior, se aplica la misma regla; en caso contrario, es decir, si debiera someterse a un juez superior, el juez de lo principal debe abstenerse de conocer de ese derecho.

Con respecto a la reconvencción, es muy razonable esta restricción de la regla; porque, como ya lo notaremos, hay en el proceso dos litigios distintos y separables, aun cuando, por razón de la conexidad, pudiera llegarse después a la acumulación. No así en cuanto a la compensación, cuyo objeto es, no la condenación del actor, sino la absolución del reo.

Cuando a una demanda de cien sures se opone en compensación la parte equivalente de otro crédito de mil, lo único de que se trata es de saber si la acción del demandante se ha extinguido o no; y como, según el Código Civil, la compensación tiene lugar por el ministerio de la ley, y la extinción de las obligaciones hasta iguales valores es un hecho jurídico innegable, sería absurdo privarle al reo del derecho de alegar esa excepción. En otros términos, si, por la ley sustantiva, puede compensarse un crédito con parte igual de otro mayor, la adjetiva no puede impedir que se alegue esa excepción ante el juez que conoce del crédito menor, materia de la demanda.

49.—Regla Séptima.—En los casos de acumulación de autos, el juez de la causa más antigua conoce de los autos acumulados.

La necesidad de que sea una sola la sentencia, por la conexidad y relación de los asuntos propuestos en diversas demandas, sirve de fundamento a la institución de la acumulación, y trae como corolario la regla que analizamos, la cual está conforme con la doctrina general y con la que nuestra legislación de 1911 adoptó en la reforma del Código de Enjuiciamientos Civiles. Antes de esta reforma, el Código decía que el juez que decretase la acumulación conocería de los autos acumulados; y esta regla tenía el inconveniente de que, a pretexto de acumulación pedida en una causa reciente, se separaba del conocimiento de otra a un juez que había estudiado ya el asunto y estaba próximo a decidirlo.

Debemos, eso sí, hacer en el caso actual la misma restricción que pusimos en el anterior; a saber: la de que si los juicios son de distintas cuantías, el de menor cuantía se debe acumular al de mayor, y no viceversa.

Cuando lleguemos a la materia de la prorrogación de jurisdicción y a la acumulación de autos, volveremos a tratar de este punto.

50.—Regla octava.—El juez que pronuncia una sentencia, es competente para ejecutarla, sea cual fuere la cuantía o naturaleza del asunto.

Fúndase esta regla en que la ejecución es parte complementaria del juicio mismo y de la función del juez llamado a intervenir en el asunto; y en que ese juez es quien mejor puede conocer el espíritu y alcance de su propio fallo, a fin de que la ejecución corresponda exactamente a su pensamiento e intención.

LECCION SEXTA

COMPETENCIA TERRITORIAL CIVIL

.SINOPSIS

51. Fijación del asunto.—52...Aplicación del axioma *actor sequitur forum rei*. Concepto del domicilio.—53. Posibilidad de dos o más domicilios. División del domicilio en general y especial.—54. Subdivisión del especial en convencional y legal.—55. Efectos del pacto de domicilio en los litigios sobre nulidad, resolución, etc., del respectivo contrato.—56. Reglas de interpretación de dicho pacto.—57. Domicilios especiales legales: 1º Situación del objeto litigioso.—58. 2º El lugar del pago.—59. 3º El lugar del contrato.—60. 4º La administración de bienes ajenos.—61. 5º Delitos o cuasidelitos.—62. 6º Sucesión hereditaria.—63. 7º Sociedades.—64. 8º Personas jurídicas.—65. Resumen.—66. Derecho de elección.—67. Violación de las reglas del fuero territorial.—68. Obligación de probar.

51.—Fijación del asunto.—El que intenta proponer una demanda necesita resolver dos problemas:

1º A qué juez se ha de dirigir:

2º En qué forma o de qué manera ha de gestionar.

El segundo problema, relativo al **procedimiento**, ocupará nuestra atención posteriormente. El primero, concerniente a la **competencia**, subdivídese en dos:

1º A qué orden jurisdiccional o clase de jueces se debe acudir:

2º A cual de los distintos jueces comprendidos en el orden o clase correspondiente, toca intervenir en el asunto.

La solución del primero depende del sistema de organización judicial, cuyas reglas determinan la competencia absoluta de los jueces y tribunales, en armonía con las reglas generales de procedimiento y con las consignadas en los respectivos Códigos o leyes especiales. El Código de Enjuiciamientos, por ejemplo, declara qué asuntos son de menor cuantía y qué otros de mayor; y la Ley Orgánica del Poder Judicial encarga los primeros a los jueces parroquiales, y los segundos a los Alcaldes Cantonales. Ese mismo Código establece los recursos o instancias que caben en cada causa, y la Ley Orgánica, la correspondiente jerarquía de los jueces y tribunales, a fin de que unos conozcan de los asuntos en primer grado, otros en segundo grado, etc.

Resuelto el problema de la competencia absoluta, según aquellas reglas y principios, procédese al de la relativa, para saber a cuál de los Jueces Parroquiales, Alcaldes Cantonales, Jueces Letrados, etc. de la Nación, incumbe el asunto; es decir, cuál es la sección territorial en que éste debe ventilarse; y he aquí la materia de nuestro actual estudio.

52.—Aplicación del axioma actor sequitur forum rei.—Concepto del domicilio.—El actor, hemos dicho, debe seguir en todo caso el fuero del reo: *actor sequitur forum rei*. Esto es, debe dirigirse al juez a quien el reo se haya sometido en virtud de algún hecho.

Por consiguiente, para resolver el problema del fuero territorial, debemos investigar los hechos en razón de los cuales una persona queda sometida especialmente a cierto juez territorial más bien que a los otros, entendiéndose que en esta materia la voluntad o consentimiento de los individuos es base fundamental; por cuanto, como ya lo sabemos (Nº23), ningún interés público exige que una controversia civil se ventile en cierto lugar y no en otro.

Ahora bien, esos hechos que importan voluntario sometimiento a cierta autoridad local, se resumen en una sola palabra, el **domicilio**. Pero ¿qué es el domicilio?... ¿Cuál su concepto legal y filosófico?— Veámoslo.

Domicilio viene de **domus**, casa, y **colere**, habitar. La etimología, que ordinariamente es un buen criterio para el conocimiento de las cosas, nos dice, pues, que el domicilio significa habitar la casa, morar en ella. El uso, empero, ha dado a esa palabra tres acepciones: 1° El hecho de la habitación, mansión o estancia del individuo en cierto lugar: 2° El lugar, es decir, la sección territorial (ciudad, pueblo, etc.) en que se fija la mansión o estancia; y 3° La casa de habitación.

Las legislaciones de todos los tiempos han empleado ese vocablo, ya en un sentido, ya en otro. Para unas, domicilio es el lugar; para otras, el domicilio está en el lugar. El Derecho Romano, (l. 7, Cód. de Incolis) dice: *Domicilium est locus in quo quis sedem posuit laremque, et summam rerum suarum*. Pero allí mismo leemos también: "*In eodem loco singulus habere domicilium, ubi quis larem rerumque et fortunarum suarum summam constituit*," etc. (Const. Diocl. y Maxim.)

El primer concepto, bastante general en las legislaciones antiguas, y conservado también en muchos e importantes Códigos modernos, como el Argentino, fué consignado en el proyecto del Código Napoleón; mas en la discusión se lo abandonó, sustituyéndolo por el de que el domicilio está en el lugar en que el individuo fija su principal establecimiento. (Art. 102) (1).

(1) "La idea material fué reemplazada por una idea jurídica dice Mourlón; y el domicilio vino a ser una abstracción, un puro efecto del derecho". (T. I, N° 318).

Y en el mismo sentido, Hue: "El domicilio es una abstracción jurídica, cuyo asiento se determina por la ley en el lugar donde la persona civil es reputada presente": I—360.

Nuestro Código Civil, copiado del Chileno, sin dar definición general de domicilio, comienza por dividirlo en dos especies, de cada una de las cuales trata en párrafo aparte. "Del domicilio en cuanto depende de la residencia y el ánimo de permanecer," es la rúbrica o título del primer párrafo. "Del domicilio en cuanto depende de la condición o estado civil de la persona," la del segundo. Luego, empezando a tratar de la primer especie, dice en el Art. 55: "El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella." Y puntualizando en el 68, 69 y 70 los casos de la segunda, declara que la mujer casada sigue el domicilio de su marido; el hijo de familia, el de su padre; el pupilo, el de su curador, etc., independientemente de su propia residencia y *animus manendi* (1).

Si el domicilio de que trata el Código en el primer párrafo depende de la residencia con ánimo de permanecer, ¿cómo puede decirse que el mismo domicilio consiste en la residencia?—... Parece, pues, que el legislador, al formular esta regla, que suele considerarse entre nosotros como definición legal del domicilio, empleó una metáfora, en que se tomaba la causa por el efecto, o el antecedente por el consiguiente. La residencia, acompañada del ánimo, es el hecho que produce el efecto jurídico del domicilio; efecto que, según la misma ley, puede provenir, ya de esa causa, ya simplemente de la condición o estado de la persona.

Estudiemos, por tanto, en qué consiste ese efecto, esa institución jurídica basada en aquellas dos causas, y llamada a producir, a su vez, otros efectos legales.

(1) Sin embargo de que estas disposiciones han querido fijar el sentido legal de la palabra, en nuestros diversos Códigos se la emplea también en las otras acepciones vulgares que ya indicamos; resultando a veces, equívoca o confusa la regla legal, como lo veremos oportunamente.

Ortolán lo enuncia, con admirable acierto, diciendo que el domicilio es la **presencia legal** del individuo en cierto lugar para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes; es decir, una creación de la ley, una ficción jurídica.

Del hecho real de la **residencia** acompañada del ánimo de permanecer en ella, o bien de la **condición o estado de la persona**, deduce la ley la **presencia legal**, para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes. "De la misma manera que la ley" —dice ese autor— "crea personas y cosas que no existen materialmente, crea hechos que tiene por existentes sean o no sean. El domicilio es uno de estos hechos. La ley, en virtud de ciertos datos, supone para el ejercicio de ciertos derechos, que una persona se halla en tal lugar. Que esté en él o no esté poco importa; para el ejercicio del derecho de que se trata, se reputa siempre que está allí y se puede obrar en consecuencia." Gener. págs. 39.

Observemos, empero, que en nuestra regla legal, tenida generalmente como definición de domicilio, se indica sólo la una de las dos causas en que éste se basa, sin decir qué significa ni qué importa ante la ley esa residencia con ánimo de permanecer, y sin dar siquiera a conocer por qué deba ocuparse en ella la ley. Y en la doctrina de Ortolán, justamente aplaudida por muy respetables expositores, falta también el fundamento que la ley tenga para aquella ficción o suposición, a fin de que por ese medio puedan resolverse las múltiples cuestiones relativas a la materia del domicilio.

Y como ahora tratamos precisamente de encontrar en el domicilio la razón de ser del sometimiento de los individuos a determinada autoridad local, conviene procuremos penetrar algo más en el concepto filosófico de esta institución.

Los hombres necesitan de la justicia para la vida racional, como para la material del alimento; y aquella

debe estarles, como éste, próxima, fácil, íntima. De allí la necesidad de que en cada sección territorial haya los jueces respectivos, encargados de suministrar a los asociados ese sustento moral, sin el que la sociedad sería imposible.

La constitución o naturaleza del ser social requiera, por otra parte, una reciprocidad de deberes entre los súbditos y la autoridad; y los individuos que, por el hecho mismo de establecerse en una sección territorial, se ponen al amparo especial e inmediato de la autoridad local, deben también a esa misma autoridad una especial sumisión, además de los auxilios y subvenciones que de ellos necesite para la realización de su fin.

Cada uno es libre para fijar el asiento de sus intereses, es decir, su hogar doméstico, sus propiedades y negocios, en un lugar o en otro; pero desde el momento en que lo hace, entra en esa atmósfera de protección social, de la que disfrutamos, aun sin advertirlo, como del aire que respiramos. ¿Por qué, sino, ejercemos públicamente los actos de posesión y goce de nuestras cosas, sin preocuparnos de que nadie nos interrumpa, aunque no contemos con medio alguno para una defensa individual? —¿Por qué abrimos las puertas de nuestra casa, seguros de que ha de respetarse esa como soberanía que en ella ejercemos?— ¿Por qué nos entregamos tranquilos al sueño, sin temor de un ataque a nuestra existencia y a nuestros derechos?— Porque esta acción protectora, a veces inadvertida e invisible, se extiende incesantemente a todas las manifestaciones de nuestro derecho; porque ella vela mientras dormimos, y es el centinela de nuestro hogar y el guardián de nuestros intereses.

Mas, en cambio de esta protección de la autoridad local —de que disfrutan todos los habitantes, pero en mucho mayor amplitud los que tienen radicadas su fortuna y su familia en la localidad— quedan éstos sometidos de un modo especial a esa misma autoridad,

El hecho libre y voluntario de establecernos en un lugar importa, pues, según la ley, sometimiento tácito al fuero territorial del mismo; es decir, constituye domicilio.

Podemos, por tanto, decir, resumiendo, pero sin pretensiones de dar una verdadera definición, que el domicilio, —esa creación del legislador, esa **presencia legal** de las personas en determinado lugar— es una institución jurídica que significa la relación entre el individuo y la autoridad local, de subordinación por una parte y protección por otra, para la realización del derecho, fundada en hechos del mismo individuo que legalmente la establecen (1).

53.—Posibilidad de dos o más domicilios.— División del domicilio en general y especial.— Investiguemos ahora esos hechos por los cuales se establece o radica el individuo en un lugar, y que sirven de fundamento o razón a la **presencia legal** de Ortolán, y a la relación jurídica de que venimos hablando.

El Derecho Romano nos da a este respecto una idea genuina y elegante, en este pasaje muy recomendado por los comentadores: "*In eodem loco singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem rerumque et fortunarum suarum summam constituit; unde non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur, quod si rediit, peregrinari jam destitit.*"

(1) Los autores franceses dicen generalmente que el domicilio es la relación legal entre el individuo y el lugar en que aquel se establece o es reputado presente (Aubry et Rau, T. 1º—141; Mourlón T. 1º 310; Demolemba, T. 1º, Nº 344; Durantón, T. 1º 351; y muchos otros). Y Ortolán, en el pasaje citado, critica este concepto, fundándose en que todo derecho es una relación; y al decirse que el domicilio es la relación jurídica entre el individuo y el lugar, no se descompone el objeto definido; no se da a conocer lo que él es, puesto que no se indica en qué consiste o qué significa esa relación. Por esto, decimos nosotros que el domicilio establece una relación de sometimiento, por parte del individuo, y de protección, por parte de la autoridad, para el cumplimiento o realización del derecho.

Nuestro domicilio, es decir, esa relación de especial sometimiento a la autoridad local, está, pues, allí donde hemos fijado el centro de nuestras afecciones y negocios, y de nuestras relaciones domésticas y sociales; ubi quis *larem rerumque et fortunarum suarum summan constituit*. De manera que, si de allí nos separamos, se nos considera viajeros o peregrinos, y si volvemos, dejamos ya de ser tales.

Desenvolviendo el Código Civil su idea de la residencia y el ánimo de permanecer, procede a indicar el lugar en donde concurren esos dos elementos. "El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad" (1), dice en el Art. 58. Y en los artículos siguientes puntualiza ciertos hechos que arguyen aquella intención de permanecer, como el de abrir un establecimiento mercantil, plantear una industria, admitir un empleo público de larga duración, etc.

Múltiple y muy complejos elementos entran, por tanto, en aquella determinación; y por lo mismo que son tales, puede muy bien suceder que unos se refieran a cierto lugar, y otros a lugar distinto. Puede un individuo no concentrar por completo sus atenciones e intereses; y, sin perjuicio de tener en un lugar su asiento principal, establecer en otro u otros ciertos negocios que le pongan en esa relación de dependencia y protección con la autoridad local, y sirvan de fundamento para que pueda reputársele legalmente presente en cada uno de ellos.

De allí la posibilidad de la pluralidad de domicilios, insinuada en el Derecho Romano y discutida por los expositores; y la división del domicilio en general y especial (2).

(1) No hay propiedad en decir que el lugar determina el domicilio. Es el hecho de estar de asiento en el lugar el que surte ese efecto jurídico.

(2) Nuestro Código Civil dice al respecto lo siguiente: "Art. 63. Cuan-

General es el que, basado en el hecho del asiento principal, extiende indistintamente sus efectos jurídicos a todos los negocios y relaciones de la persona, con o sin determinadas excepciones, en cuanto al deber de sometimiento a la autoridad local. Es el descrito por el Derecho Romano en el texto arriba citado.

Especial, el que se refiere a un asunto o negocio determinado, respecto del cual se le considera al sujeto radicado en cierto lugar, para los efectos de dicho sometimiento.

Siempre que en la ley o en la doctrina se habla de domicilio, sin ninguna calificación, se entiende que se trata del **general** o **principal**.

54.— Subdivisión del especial en convencional y legal.— El domicilio especial se subdivide en convencional y legal. **Convencional** es el que se establece en virtud de un pacto; y **legal** el que deduce la ley de algún hecho de los individuos.

Conocemos ya la influencia que la voluntad de los individuos tiene en la constitución del domicilio; y hemos visto que el hecho voluntario de establecerse en un lugar importa ante la ley sometimiento tácito a la autoridad local. Pero como el consentimiento expreso no puede tener menos fuerza que el tácito, síguese que, si alguien declara en un contrato que se somete a cierto juez determinado, distinto del de su domicilio principal, esa estipulación tiene que surtir pleno efecto, lo mismo que todo acto o declaración de voluntad.

do concurren en varias secciones territoriales, con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene. Pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, sólo ésta será, para tales casos, el domicilio civil del individuo".

De ciertas dificultades a que da lugar esta disposición legal, trataremos al estudiar el Art. 34 del Código de Enjuiciamientos,

“Nótese,” dice Dalloz, “que, según los términos de la regla consignada sobre los contratos en el Art. 1134 del Código Civil, no puede ponerse en duda que la elección de domicilio es ley para las partes. . . .” *Domicile élu*, N° 76.

En nuestro Código Civil tenemos también consignado el principio fundamental de que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes (Art. 1535). Sin embargo, advierte de un modo especial el mismo Código, en el Art. 66, que “se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato.”

Fundándose en las palabras establecer de común acuerdo un domicilio, opina el Sr. Dr. Borja que no pueden las partes fijar por convenio dos o más domicilios especiales (T. II, N° 116). Nosotros creemos evidente lo contrario: 1° porque ese un no es, en este caso, adjetivo numeral, sino artículo indefinido, equivalente a cualquiera, algún, etc., ni más ni menos que el un que en la misma regla legal precede a la palabra contrato; y 2° por la razón científica en que dicha regla se funda, reconocida por el propio autor, al comenzar los comentarios del Art. 69 del Código Chileno. “Como todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes” —dice— “también lo es la estipulación concerniente al domicilio convencional.” (T. II, N° 111).

Tratándose, como en esto se trata, del interés privado de las partes, no es concebible que el legislador haya querido imponer esa limitación o restricción al derecho de ellas.

55.—Efectos del pacto de domicilio en los litigios sobre nulidad, resolución, etc., del respectivo contrato.— Si discrepamos en el punto anterior del parecer del eminente comentador del Código Chileno, nos adherimos a él, en cuanto a los efectos del pacto sobre domicilio, en los

litigios que versan sobre nulidad o resolución del contrato de que forma parte dicho pacto. "Los intérpretes del Código Napoleón" —dice— "investigan si estipulado el "domicilio convencional para los efectos del contrato, "pueden deducirse ante el juez de ese domicilio las acciones conducentes, bien a la nulidad, bien a la resolución "del propio contrato.

"La nulidad se refiere, no al cumplimiento del contrato, sino a su insubsistencia. Como el contrato nulo se "tiene por no celebrado, la estipulación que designa domicilio, para todos los efectos del contrato, no confiere "jurisdicción al juez de ese domicilio para que conozca en "el litigio sobre la nulidad.

"La resolución presupone la validez del contrato, "porque proviene de no cumplirse las respectivas obligaciones. Luego, el juez llamado a conocer en el cumplimiento del contrato, sería competente para declararlo "resuelto." T. II—113.

Esta doctrina está apoyada por respetabilísimos expositores, como Dalloz (*Domicile élu* 85) Baudry Lacantinerie (T. I pág. 1045) Zachariae, Aubry et Rau (T. I, 146) y otros.

56.—Reglas de interpretación de dicho pacto.— Para terminar la materia del domicilio convencional, advertiremos, de acuerdo también con el expositor arriba citado, que en la interpretación del pacto de domicilio, se han de aplicar las reglas generales sobre interpretación de los contratos; es decir, se ha de atender ante todo a la intención de los contratantes. Por tanto, si la fijación de domicilio se hace en beneficio o para seguridad de ambas partes, no podrá ninguna de ellas prescindir a su arbitrio de esa estipulación. Mas si se la hace en favor de una sola de ellas, podrá ésta renunciar ese derecho, como cualquiera otro de los suyos propios.

El objeto de esa estipulación es, por lo general, dar facilidades al acreedor; pues, de ordinario, el deudor las

tiene mayores en su domicilio principal. Por tanto, cuando en virtud del contrato, queda una de las partes de deudora y otra de acreedora, es natural suponer que la fijación de domicilio se haya hecho a favor del acreedor y de modo que éste pueda renunciarla. Y así debe interpretarse la cláusula, a menos que del contrato conste o resulte claramente otra cosa.

57.—Domicilios especiales, legales.— Veamos ahora los hechos que, según los principios jurídicos en que debe inspirarse la ley, importan sometimiento a la autoridad local para determinados asuntos, es decir, establecen fuero especial.

1º—Situación del objeto litigioso.—(*forum rei sitæ*). —El que adquiere la propiedad de un inmueble o toma posesión de él, o lo recibe en arrendamiento, anticresis, depósito, etc., se pone, por el mismo hecho, al amparo de la autoridad local, en cuanto al ejercicio de sus derechos y a sus actos de posesión o goce del inmueble; pero, a la vez, queda también sometido a la propia autoridad, en cuanto a las reclamaciones que, por razón de la misma cosa, le dirijan otras personas.

En todo lo concerniente a ese inmueble, la ley le reputa radicado o virtualmente presente en ese lugar, sin perjuicio de los efectos del domicilio general o principal.

Consúltase también así el interés o conveniencia del mismo demandado; pues muy natural que éste cuente en ese lugar con mayores facilidades de comprobación de sus derechos, y, en general, con más amplios medios de defensa; lo cual, como ya lo observamos, es una de las razones que justifican el principio jurídico *actor sequitur forum rei*.

Nada importa que la acción que se ejercite sea real o personal: si tiene por objeto un inmueble, el fuero de la situación —*forum rei situs* o *rei sitæ*, como dicen los autores— puede tener perfecta aplicación.

Limitamos este fuero a las acciones inmuebles (1), porque, como dice Boncenne, los bienes muebles no tienen situación fija y siguen a su detentador; en cuyo caso, desaparece la razón filosófica en que se basa dicho fuero.

58.—2.—**El lugar del pago (forum solutionis).**— El derecho, considerado en sí mismo, es una entidad moral extraña a la idea de lugar, la cual atañe sólo a los seres materiales. Mas al tratarse de sus aplicaciones prácticas y del empleo de la fuerza social que debe hacerlo efectivo, es indispensable localizarlo, por decirlo así; considerarlo con relación a un lugar determinado, en donde puedan emplearse más eficazmente los medios legales conducentes a su realización. El lugar de la celebración del contrato puede ser del todo indiferente para las partes; no así el de la ejecución, pues ellas deben prever naturalmente la necesidad de contar para ésta con el apoyo y los auxilios de la autoridad. Por lo cual, cuando en el contrato se determina el lugar en que ha de cumplirse la obligación, la ley supone, con razón, que las partes han querido trasladarse virtualmente a ese lugar y ponerse al amparo de la autoridad local; y por la misma razón, las reputa presentes allí para los efectos judiciales del contrato.

Si las partes guardan silencio en orden al lugar en que ha de cumplirse la obligación, lo suple la ley, haciendo la determinación del lugar en el sentido más conforme con la intención presunta de las mismas; y esa fijación

(1) Las acciones se reputan muebles o inmuebles según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe, dice el Código Civil (Art. 569). E independientemente de su concepto de muebles o inmuebles, son reales las que nacen de los derechos reales, y personales las que provienen de los personales. Puede, por tanto, una acción ser inmueble y personal, como la del arrendatario para que el arrendador le entregue el fundo arrendado; o bien mueble y real, como la del dueño de un caballo que ha perdido la posesión, para reivindicarlo.

Confundiendo estos dos conceptos tan diversos, algunas legislaciones han establecido el fuero de la situación para las acciones reales, en vez de concretarlo a las inmuebles, como lo veremos después.

subsidiaria de lugar, hecha por la ley, surte el propio efecto que la convencional, en cuanto al *forum solutionis*.

Seguirse el juicio en un lugar y cumplirse la obligación en otro distinto, sería embarazoso y en muchos casos sumamente complicado y difícil. Debe, por tanto, el legislador preocuparse de armonizar perfectamente esas dos cosas, procurando en lo posible que el juicio se siga en donde la obligación deba cumplirse (1).

Mas, por otra parte, creemos también que el *forum solutionis* y el convencional deben limitarse a los casos en que a la demanda se acompañe la correspondiente prueba plena, a fin de evitar el que haya necesidad de discutir como cuestión previa aquello mismo que, por su naturaleza, debe ser la cuestión principal. Si A demanda en Quito a B, domiciliado en Ibarra, alegando que en Quito debe cumplirse la obligación o que ese fuero ha sido admitido en el contrato, y B declina la jurisdicción, negando haber celebrado contrato alguno, versaría la excepción dilatoria sobre lo mismo que el juez debiera decidir en la sentencia. El juez prejuzgaría sobre lo principal; y para asegurarse de su competencia, decidiría como punto previo, aquello de lo cual no podría conocer sino estando ya seguro de la misma. Es decir, caería en círculo vicioso o petición de principio.

En el derecho francés, el *forum solutionis* se esta-

(1) El Código Civil, al dar las reglas sobre el lugar en que debe hacerse el pago, parece haber tenido en cuenta sólo las obligaciones convencionales; siendo así que, según el mismo Código, son cuatro las fuentes de las obligaciones. Que una deuda pecuniaria proveniente de contrato se deba pagar en el domicilio del deudor, cuando no se ha estipulado otra cosa, es muy razonable; pues el silencio de las partes hace presumir su intención de no recargarle al deudor con el gravamen de transportar el dinero. Pero, aplicada esta misma regla a una obligación proveniente de delito o cuasidelito, pierde todo su fundamento razonable. Este vicio de nuestra ley, copiada literalmente del Código Chileno, se nota también en el Argentino y otros modernos.

blece sólo para las obligaciones mercantiles. (Código de Procedimiento, Art. 420).

59.— El lugar del contrato (forum contractus).— El fuero del lugar del contrato, admitido en muchas legislaciones antiguas y modernas, no tiene, en nuestro concepto, una razón de ser muy evidente. El mero hecho de contratar en un lugar no crea esos vínculos jurídicos de que proviene el sometimiento a la autoridad local; pues, de ordinario, ésta no interviene en la celebración de los contratos, ni las partes necesitan preocuparse de ella sino para los efectos de la ejecución o cumplimiento posterior de sus obligaciones.

Sólo al tratarse de aquellos contratos que deben cumplirse inmediatamente y en el mismo lugar de su celebración, es muy razonable este fuero; v. g. para demandar a un pasajero que no paga lo que se le ha suministrado en el hotel. Pero la razón del fuero es aquí, no el contrato mismo, sino su ejecución; es decir, estamos en el caso del *forum solutionis*.

A este respecto, y teniendo también en cuenta la necesidad de armonizar la legislación sustantiva con la adjetiva, creemos que aquélla debiera agregar a las reglas sobre el lugar en que ha de hacerse el pago, la de que, si no se trata de cuerpo cierto, sino de dinero, y se estipula el pago de contado, se la deba hacer en el lugar mismo del contrato. En esas reglas se propone el legislador, como dijimos, suplir la voluntad de las partes, adaptándose en lo posible a la intención de ellas; y nada más natural que suponer que la estipulación sobre pago de pronto contado, lleve consigo la de hacerlo en el mismo lugar del contrato, si no se ha pactado otra cosa.

Mas, según nuestro Código, el pago debe hacerse, en este caso, en el domicilio del deudor.

60.—La administración de bienes ajenos. (Forum gestæ administrationis).—La administración supone una serie de actos relacionados entre sí, durante un espacio

más o menos largo de tiempo; y el administrador que la ha ejercido en un lugar determinado, al amparo de la autoridad respectiva, debe considerarse también sometido a ésta, para la cuenta que debe rendir y la restitución de las cosas administradas.

Por otra parte, es natural que en dicho lugar se encuentren más fácilmente todos los datos o medios de esclarecimiento de la verdad con respecto a esos puntos.

Y hay también la consideración de que, debiendo, por regla general, el administrador rendir su cuenta y restituir las cosas inmediatamente después de terminada la administración, no sería justo que el dueño de los bienes se viese obligado a entablar su acción en un lugar distante, a donde el ex-administrador trasladara su domicilio.

El domicilio de la administración, diremos así, debe considerarse subsistente mientras no estén rendidas las cuentas y restituídos todos los bienes.

61.—El delito y cuasidelito.— (*Forum maleficii*).— Donde se causó el daño debe hacerse la reparación, decía el Derecho Romano, sin preocuparse de la distinción, casi desconocida por las legislaciones antiguas, entre la acción pública y la privada.

En el Derecho moderno, esa distinción está perfectamente marcada; y es regla general la de que la acción penal ha de ejercitarse en el lugar de la infracción. Lo es igualmente la de que la acción civil proveniente del delito puede proponerse como accesorio o incidente de la penal, ante el mismo juez que de ésta conoce.

Nuestra ley así lo declara en los Arts. 222, 225 y otros del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal.

Para el caso en que no se ejercite la acción pública o se trate de un hecho dañoso no sujeto a sanción penal, es decir, de un delito meramente civil o cuasidelito, las más de las legislaciones no señalan regla especial, y, por lo mismo, se atienen a la general del domicilio del deudor.

Mas como, por una parte, esto es demasiado duro para el que ha sido víctima del atentado (cuyo autor puede tener su domicilio en un lugar muy distante), y por otra, en el lugar del delito es más fácil el esclarecimiento de la verdad; nuestra legislación y algunas otras modernas establecen, de acuerdo con el Derecho Romano, el fuero de ese lugar, **forum maleficii**.

Débese, sin embargo, tener presente que la aplicación ilimitada de ese fuero puede dar lugar a injusticias y abusos. Si a un individuo que no tiene facilidad de salir de su domicilio, se le inculpa un hecho dañoso ocurrido en un lugar muy distante, se le puede poner casi en imposibilidad absoluta de defenderse y evitar las consecuencias de esa imputación, tal vez falsa y maliciosa.

Supuesta la **imputabilidad**, es decir, dado el antecedente de ser el demandado autor del delito o cuasidelito, no hay inconveniente para el **forum maleficii**; pero mientras dé eso se trate en el proceso civil, sería en muchos casos demasiado duro e inconveniente someterle al demandado a dicho fuero. Y en tal virtud, creemos que la ley debiera limitar éste al caso en que el demandado pueda ser citado en el mismo lugar, de acuerdo con la observación que hicimos respecto de las obligaciones convencionales que deben cumplirse inmediatamente.

62.—Sucesión hereditaria.—(**Forum successionis**).—

La sucesión no es persona jurídica, en el sentido técnico de la palabra; pero tiene con ella alguna analogía, considerada como una entidad moral resultante del conjunto de derechos y obligaciones que el antecesor transmite a los sucesores. Ese conjunto, que es como si dijéramos la misma persona civil del antecesor, que subsiste y continúa en los herederos, conserva, por tal motivo, el domicilio que el antecesor tenía, para todo lo que se relacione directamente con la sucesión.

De este modo se concentran y armonizan las múltiples y complicadas atenciones y procedimientos concer-

nientes a ella, y se facilitan, ya el esclarecimiento de los hechos, ya la liquidación de la herencia y la conclusión de los arreglos divisorios.

Por esto, la ley sustantiva ha declarado que la sucesión se abre en el último domicilio del causante; y la adjetiva debe atender al mismo domicilio, para fijar la competencia judicial relativa a esos asuntos.

El *forum successionis* es para los herederos fuero especial, en relación con el domicilio principal de los mismos, individualmente considerados; mas, con respecto a la sucesión, es general.

Con esta institución se procura también que, en lo posible, el hecho material de la muerte no cause perturbación ni alteración en los derechos de los terceros que intenten hacer valer contra la sucesión las acciones que tenían contra el causante.

Si éste ha constituido domicilios especiales a más del principal; si, por ejemplo, para el pago de una deuda, se ha sometido a un juez determinado, nada más natural que los herederos pudiesen también ser citados ante ese juez.

Liquidada y dividida la herencia, queda disuelto el vínculo que liga a los herederos, y desaparece el *forum successionis*; de manera que las demandas que posteriormente se dirijan contra aquéllos, deberán plantearse en el domicilio de los mismos o regirse por las otras reglas concernientes al fuero territorial; pues desde entonces cada heredero representa, por decirlo así, una parte de la persona del difunto, con independencia de los otros.

Este principio, consignado expresamente en la ley francesa, no ha sido respetado por nuestro Código, como lo veremos en su lugar.

63.—**Sociedades.**— (*Forum societatis*).— Las sociedades, como personas jurídicas, tienen su domicilio propio, independiente del de los individuos que la componen; por lo cual, en las acciones que contra éstos se promue-

van por obligaciones de la sociedad, el *forum societatis*: tendrá el carácter de especial, con relación al domicilio principal de los mismos socios.

El Código Civil, al tratar de las sociedades, nada dice sobre domicilio; y las reglas generales que consigna en el Tít. 1º del Libro 1º, parecen referirse exclusivamente a las personas naturales. Mas, por analogía, podemos decir que las sociedades tienen su domicilio en el lugar en que están establecidas o donde se encuentra el asiento de sus negocios. Si tienen establecimientos en distintos lugares, estará su domicilio principal en donde esté su principal establecimiento; y podrán tener, como los individuos, dos o más domicilios especiales. El Código de Comercio sí tiene regla a este respecto, la del Art. 263, que, copiado casi literalmente del 66 de la Ley de Enjuiciamiento española, dice: "El domicilio de la compañía: "está en el lugar que determine el contrato constitutivo. "de la compañía.

"Si no estuviere expresado en el contrato, y la compañía tuviere varios establecimientos en distintas plazas, se entenderá que el domicilio está en la plaza del "establecimiento principal."

La regla del inciso primero había dado lugar al abuso de que compañías establecidas en el Ecuador y sujetas a responsabilidades o reclamaciones por sus actos ejecutados en la República, pretendieran sustraerse de la acción de la Justicia, alegando haberse domiciliado, conforme a dicha regla, en una nación extranjera o en un lugar muy remoto. El domicilio, que por su naturaleza misma, depende del hecho de establecerse en un lugar, no puede fundarse razonablemente en la simple declaración, acaso arbitraria y maliciosa, hecha en el contrato social; y existe de hecho allí donde se halla constituida o radicada la sociedad.

En vista de aquellos abusos, la Legislatura de 1909 se vió obligada a dictar disposiciones severísimas respec-

to de las sociedades que, so pretexto de falta de domicilio o de representación legal, pretendiesen evadir sus responsabilidades (1).

Pero quizá sería lo más obvio, y sobre todo, lo más conforme con nuestro sistema legal sobre el domicilio, declarar que las compañías lo tienen en el lugar en que están establecidas, sin perjuicio del determinado en el contrato social.

El Código francés de Enjuiciamiento, dice en el Art. 59: "En matcria de sociedad, en tanto que ella exista, el reo será citado ante el juez del lugar en que ella esté establecida."

Y el Argentino: "Las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales, tienen su domicilio especial, en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad." (Art. 90, N° 4°).

Disuelta la sociedad, sobreviene un estado de comunidad, que requiere la concentración de operaciones y su liquidación y división; para todo lo cual debe ser competente el juez del último domicilio de la sociedad, por razones enteramente análogas a las que expusimos al tratar del *forum successionis*.

(1) Art. 1°—Toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador, deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas.

Art. 2° Si omitieren este deber, las acciones podrán proponerse contra las personas que ejecutaren los hechos o tuviesen las cosas a que la demanda se refiere; las cuales serán personalmente responsables.

Art. 3° Las personas mencionadas en el Art. precedente deberán, propuesta la demanda, comprobar la existencia del apoderado o representante de que trata el Art. 1°, y si no produjeren esa prueba, continuará con ellas el juicio.

Art. 4° Las compañías u otras personas jurídicas que contrajeran en el Ecuador obligaciones que deban cumplirse en la República y no tuvieren quien las represente, podrán ser consideradas como el deudor que se oculta, y representadas por un curador dativo, conforme al Art. 463 del Código Civil.

64.—**Personas jurídicas.**—Tampoco dicen nada nuestros Códigos respecto del domicilio de las personas jurídicas a que se refiere el título final del Libro I del Código Civil: lo cual da lugar en la práctica a vacilaciones y dudas, sobre todo en las demandas contra el Fisco.

La Ley Orgánica de Chile tiene la siguiente disposición, que creemos conveniente recomendar.

“Art. 220. Cuando el demandado fuere una persona jurídica, se reputará por domicilio, para el objeto de fijar la competencia del juez, el lugar donde tenga su asiento la respectiva corporación o fundación.

“Y si la persona jurídica demandada tuviere establecimientos u oficinas que la representen en diversos lugares, como sucede con el fisco o con las sociedades comerciales, deberá ser demandada ante el Juez del lugar donde exista el establecimiento, comisión u oficina que celebró el contrato o que intervino en el hecho que dé origen al juicio.”

El Código Argentino reconoce tres especies de domicilios, el real, el de origen y el legal, en estos términos:

“Art. 89.—El domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios. El domicilio de origen, es el lugar del domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos.

“Art. 90.—El Domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aun que de hecho no esté allí presente.”

Y puntualizando en seguida los casos de domicilio legal, dice:

“3º.—El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes o por el Gobierno, es el lugar donde está situada su dirección o

“administración, si en sus estatutos o en la autorización que se les dió no tuvieren domicilio señalado.”

Según el Código Civil español, el domicilio de las personas jurídicas se determina por la ley que las crea o reconoce o por sus estatutos o reglas de fundación; y a falta de tal determinación, por el lugar en que está radicada su representación legal, o donde ejercen sus principales funciones.

65.—**Resumen.**—Las reglas concernientes a la competencia territorial no son sino aplicaciones del axioma fundamental *actor sequitur forum rei*, que significa que la demanda se ha de dirigir, no al juez que el actor elija arbitrariamente, sino a aquel a quien el reo esté sometido.

La institución jurídica que somete al individuo a determinado juez territorial es el domicilio. Según él, cada persona está especialmente subordinada a la autoridad local bajo cuya protección ha colocado su hogar o sus negocios, y es reputada por la ley presente en ese lugar, aunque materialmente no lo esté.

Por manera que, aplicado a la competencia territorial el antedicho axioma, se convierte en estotro: la demanda debe proponerse ante el juez del domicilio del reo (1).

Una persona puede tener dos o más domicilios, si sus intereses están radicados en dos o más lugares distintos.

El domicilio se divide en *general* y *especial*; y el *especial*, en *convencional* y *legal*.

El *general* o *principal* se determina por la residencia, acompañada del ánimo de permanecer en ella; ánimo que se infiere del hecho de fijar el asiento principal

(1) Los autores consideran los fueros especiales como excepciones de este principio fundamental; porque llaman *fuero del reo* sólo el del domicilio principal. Pero, explicado el concepto de domicilio en el sentido en que ahora lo tomamos, la regla general no comporta excepción alguna.

de las atenciones y negocios. Extiende, por lo mismo, sus efectos a todos los asuntos que conciernen al individuo y hacen necesaria la intervención de la autoridad.

Especial es el que proviene del hecho de adquirir una cosa o tener ciertos intereses o negocio en una circunscripción territorial, reservando en otra el asiento principal.

Domicilio convencional es el constituido por la voluntad de las partes, para los efectos de un contrato o negocio determinado.

Legal el que establece la ley en virtud de circunstancias que, según ella, arguyen sometimiento a determinada autoridad local.

Las principales de esas circunstancias son:

1°—La adquisición, posesión o goce de un inmueble, que pone al individuo bajo la protección especial de la autoridad local, en orden al ejercicio de los derechos, y le somete a ella en cuanto a las obligaciones provenientes de la misma causa.

2°—La de tener que cumplir una obligación en determinado lugar; porque al juez de ese lugar le toca naturalmente el empleo de las medidas apropiadas para que la obligación se cumpla.

3°—La celebración de un contrato que deba cumplirse inmediatamente; porque es natural suponer que la intención de las partes haya sido la de que en el mismo lugar se lo cumpla; por lo menos, en cuanto esté presente el demandado.

4°—La administración de negocios ajenos, que supone una serie de actos ejecutados bajo el amparo de la autoridad local, ante la que es más fácil el esclarecimiento de los hechos.

5°—La perpetración de un hecho punible o de un delito civil o cuasidelito, que dé lugar a una acción para que se repare o indemnice el daño causado.

6.—La apertura de una sucesión hereditaria; porque los herederos ocupan jurídicamente el lugar del difunto; y porque, para la liquidación y división de la herencia, es indispensable la concentración de los asuntos.

7.—La constitución de una persona jurídica, que, como la natural, puede tener uno o más domicilios.

66.—**Derecho de elección.**—Cuando puedan aplicarse al caso dos o más de las reglas sobre fuero, la elección le corresponde al actor: 1º porque si el reo está sujeto a dos o más jueces, no se viola ningún derecho suyo, citándole ante cualquiera de ellos; 2º porque ese sometimiento del reo supone el derecho correlativo del actor de dirigirse a cualquiera de los mismos jueces; y 3º porque la necesidad de dirigirse al fuero del reo es, a veces, demasiado onerosa y dura para el actor; y para facilitarle a éste el ejercicio del derecho de defensa, es prudente y equitativo permitirle la elección, entre un limitado y corto número de jueces, sin lesión ni perjuicio alguno para la otra parte.

Nuestra legislación se ha dejado llevar de una manera exagerada de esta consideración, multiplicando los fueros para cada caso; en tanto que otras han caído en el extremo contrario, como lo notaremos al hacer el estudio de nuestras disposiciones legales, con los respectivos comentarios y concordancias.

67.—**Violación de las reglas del fuero territorial.**—Al tratar en la lección anterior de la competencia en general, estudiamos la naturaleza y los efectos de la incompetencia. Ahora haremos brevemente la aplicación de esos principios generales a la incompetencia territorial.

Como la violación de las reglas sobre competencia territorial no significa sino un ataque al derecho del demandado, queda éste en libertad de reclamar contra ella o de legalizarla por su aquiescencia.

Para reclamar contra la violación y hacer respetar su derecho de fuero, tiene el demandado dos caminos: la

excepción declinatoria, ante el mismo juez incompetente; y la acción inhibitoria, ante el juez competente; como ya lo sabemos.

Si el demandado no hace uso de ninguno de esos dos medios, se supone que los renuncia, y queda prorrogada la jurisdicción del juez incompetente, como lo veremos en el lugar respectivo.

68.—Obligación de probar en la cuestión sobre domicilio.— Cuando el demandado hace uso de la excepción declinatoria, se cree generalmente en la práctica que sobre él pesa la obligación de comprobarla, especialmente si la ha enunciado en una forma afirmativa, alegando tener su domicilio en distinta sección territorial; y sobre esto ocurren graves dificultades, porque sucede con frecuencia que ninguna de las dos partes suministra prueba satisfactoria.

No podemos, por ahora, hacer la exposición de los principios que rigen la importante materia de la obligación de probar; mas sí diremos que no hay razón alguna para que en este caso se falseen o alteren esos principios.

Si **A** demanda en Quito a **B**, y para la citación pide que se depreque a los jueces del cantón Mejía; y **B** declina de jurisdicción, alegando estar domiciliado en este último cantón, creemos que la prueba le incumbe al demandante: 1º porque esa demanda lleva implícita la afirmación de que **B** está domiciliado en Quito; y 2º porque la defensa de **B**, aunque en la apariencia afirmativa, se funda simplemente en la negación de ese mismo hecho implícitamente afirmado por el actor.

Para no ser demandado en Quito, no necesita **B** estar domiciliado en Mejía: le basta no estarlo en Quito; y ninguna de las partes puede ser obligada a probar un hecho que no es necesario para su defensa.

LECCION SEPTIMAProrrogación—Subrogación—Delegación—Comisión

SINOPSIS

69.—Concepto de la prorrogación.—70. Reglas generales.—71. División de la prorrogación.—72. Reglas sobre la prorrogación voluntaria.—73. Subdivisión de la prorrogación.—74. Corolarios.—75. Casos de prorrogación voluntaria.—76. La materia.—77. El territorio.—78. Las personas.—79. Los grados.—80. La cuantía.—81. El tiempo.—82. Prorrogación legal.—83. Conclusiones.—84. Subrogación.—85. Delegación.—86. Comisión.

69.—Concepto de la Prorrogación.—Después del estudio de los principios jurídicos concernientes a la jurisdicción propia, el orden lógico nos conduce al de los relativos a la prorrogada; para lo cual, comenzaremos por recordar las nociones que de esta jurisdicción tenemos.

La facultad de administrar justicia, correspondiente a los jueces, está limitada —dijimos— por la materia, el territorio, las personas, los grados y la cuantía; mas algunos de esos límites pueden ser, por excepción y en ciertas circunstancias, traspasados; y de ahí proviene la división de la jurisdicción en *propia* y *prorrogada*.

Propia —añadimos, de acuerdo con Dalloz y otros autores— es la que ejerce el juez dentro de los límites or-

dinarios de sus atribuciones, o sea sobre asuntos que lo están naturalmente sometidos en virtud de las reglas generales de su institución.

Prorrogada, la que ejerce fuera de aquellos límites, o sobre asuntos que no le están naturalmente sometidos, pero que llegan a estarlo por alguna circunstancia excepcional.

Prorrogación es, por tanto, la ampliación o extensión extraordinaria de la jurisdicción del juez, en virtud de alguna circunstancia accidental a que la ley da ese efecto.

70.—Reglas generales.—Antes de entrar en las divisiones y subdivisiones de la prorrogación, y en la exposición de la doctrina concerniente a cada una de esas diversas especies, consignaremos algunos axiomas o reglas generales que dominan la materia, y dan a conocer con precisión los caracteres esenciales de la prorrogación.

1° Nunca puede prorrogarse jurisdicción a quien no es juez.

Lo que no existe no puede crecer o aumentarse. **Quod non est, non potest prorogari**, dice Gregorio López, glosando la ley 7, Tít. 7, Part. 3°.

2° El juez prorrogado excluye a cualquier otro, inclusive al que tenía la jurisdicción propia. Es decir, una vez hecha la prorrogación, queda la causa definitivamente radicada ante el juez prorrogado, como si éste hubiera sido llamado a conocer con jurisdicción propia.

Lo cual no es sino un corolario o aplicación del principio de que, fijada legalmente la competencia del juez, no se altera por causa superveniente (N° 44). Por tanto, si, trabado un juicio con demanda y reconvención, desiste el actor de la acción principal, continuará el juez conociendo de la reconvención, aunque ésta sin aquélla, hubiera correspondido a distinta jurisdicción, por el territorio, la cuantía o la materia.

3' Prorrogada la jurisdicción, el juez no puede negarse a ejercerla.

La administración de justicia se ha establecido en bien de los asociados: es el primero y más fundamental de los bienes que les promete la organización social; y por lo mismo, constituye para el juez, no un derecho, sino un verdadero deber.

Si la jurisdicción se determina en interés o para comodidad de las partes, éstas tienen perfecto derecho de renunciar dicha comodidad, y el juez, el deber correlativo de respetar esa renuncia y hacerla surtir los efectos respectivos.

El deber del juez es aun más evidente cuando se trata de la prorrogación legal, en la que la ley misma amplía las atribuciones del juez, por exigirlo así la unidad del juicio o la conexidad de los asuntos.

Con respecto a este segundo caso, jamás ha habido discusión ni duda; mas en cuanto al primero, al de la prorrogación voluntaria, la opinión ha estado muy dividida desde el tiempo del Derecho Romano. La Ley 2, § 1^o, Tít. 1^o, L^o V del Digesto (De judiciis) comienza declarando no ser necesario el consentimiento del juez para la prorrogación; mas algunos intérpretes, fijándose en las últimas palabras de la misma Ley, sostienen ser el pensamiento de ésta el de que lo innecesario es el consentimiento **expreso** del juez.

En el derecho español y el francés, la mayor parte de los expositores, entre ellos Escriche, Boitard, Dalloz Bonfils, Garsonnet, etc., alegan que el juez no puede estar a disposición del mundo entero, y que si le fuera obligatoria la prorrogación, podría verse precisado a desatender sus propias obligaciones. Sólo en el caso del Art. 7^o del Código de Procedimiento, que trata de los Jueces de Paz, creen unánimemente que la prorrogación es obligatoria para el juez.

Caravantes, refutando esta doctrina, hace ver que si le ha dado la Ley al juez el poder de administrar justicia en los casos de prorrogación, cuando ésta tiene lugar aquél no hace otra cosa que cumplir su deber. Y Ballesteros, interpretando en igual sentido la Ley Orgánica de Chile, que no es muy clara al respecto, dice que en Derecho público, el funcionario que puede ejercer una atribución, está obligado a ejercerla, cuando el caso se le presenta. (T. 2º, pág. 280).

Nuestro Código de Enjuiciamientos, siguiendo al Peruano, definió claramente esta cuestión, de conformidad con los principios científicos, como lo veremos en su lugar.

4° En virtud de la prorrogación, la causa va al despacho del juez prorrogado; no va el juez prorrogado a ocupar el lugar del juez propio.

Si, por ejemplo, se propone en Quito una demanda que debiera ventilarse en Mejía, y el reo prorroga la jurisdicción, no se sigue que el juez de Quito ejerza jurisdicción en Mejía, sino que la causa se radica en Quito. Por consiguiente, si se ofrece una inspección ocular u otra diligencia que deba practicarse en Mejía, el juez de Quito no podrá intervenir personalmente, y deberá dirigir el respectivo deprecatorio al juez de esa sección territorial.

De la misma manera, si cuando existían los jueces de Comercio, se seguía ante el juez civil —por prorrogación— un juicio mercantil, no podíamos decir que este juez estuviera haciendo las veces u ocupando el lugar del de Comercio, sino que el asunto, dejando de ser mercantil, se había hecho civil, para el efecto del fuero.

5°—La prorrogación es, por su naturaleza, una excepción, pues, como hemos dicho al definirla, en virtud de ella un juez que debiera ser incompetente según las reglas generales de su institución, llega a ser competente, por razón de alguna circunstancia excepcional. Por con-

siguiente, debemos concluir que no existe sino cuando la ley la establece o permite expresamente, o cuando se la puede deducir con evidencia del espíritu de la ley. El silencio de ésta significa su denegación, es decir, la subsistencia de la regla general. *Exceptiones non præsuntur* (1).

6° La prorrogación se refiere a determinado asunto judicial, es decir, a un litigio; mas no, en general, a las funciones del juez o a todos los asuntos que ante él cursan.

Las precedentes reglas, fundadas en la naturaleza de la prorrogación, nos servirán para resolver muchos problemas concernientes a esta importante y complicada materia. Ahora, para proceder metódicamente, pasemos a tratar de las divisiones y subdivisiones de la prorrogación, y a consignar separadamente las reglas y principios a que cada una de las especies se sujeta.

71.—**División de la prorrogación en voluntaria y legal.**—Ejerce el juez jurisdicción prorrogada —hemos dicho— cuando conoce de asuntos que no le están naturalmente sometidos, pero llegan a estarlo en virtud de alguna circunstancia excepcional.

Si esa circunstancia consiste en el mero consentimiento de las partes, la prorrogación se llama **voluntaria**. Si depende de una disposición de la ley, a la que éstas tienen que someterse, se denomina **legal**.

Reprochan algunos autores esta distinción, diciendo que los casos llamados de prorrogación legal son, en realidad, de jurisdicción propia, puesto que los somete al juez la ley misma que determina las atribuciones propias de éste. Empero, hay siempre diferencia entre los casos que, de modo ordinario y normal, están comprendidos en

(1) En el Código de Procedimiento Italiano (Art. 69) se consigna expresamente este principio.

las atribuciones de un juez, y los que llegan a estarlo extraordinariamente, por alguna circunstancia accidental, aunque ésta sea por la misma ley determinada. La ley que fija los límites ordinarios de la jurisdicción del juez, los extiende alguna vez a casos que se encuentran fuera de ellos; y esta ampliación accidental o extraordinaria puede llamarse con toda propiedad prorrogación.

Mas, si en el terreno de la doctrina es conveniente esta división, para el método y claridad en la exposición teórica de los principios (1), en los Códigos se la puede omitir, porque, como ya lo hemos observado, éstos deben contener sólo reglas prácticas, y no definiciones y clasificaciones propias de las obras didácticas o especulativas.

Y, en efecto, los Códigos modernos —exceptuando quizá sólo el nuestro,— la omiten generalmente; dando el nombre de prorrogación sólo a la voluntaria, y consignando como reglas generales de competencia, varias de las que los autores consideran como de prorrogación legal; de manera que la diferencia es más bien de nomenclatura o de forma, que de fondo.

72.—Reglas sobre la prorrogación voluntaria.—1'—Es principio inconcuso de Legislación el de que la voluntad de las partes prevalece sobre la ley, cuando lo dispuesto por ésta atañe exclusivamente al interés de aquéllas; y la ley prevalece sobre la voluntad de las partes, cuando tiene en mira el orden público o las buenas costumbres.

(1) Con este objeto la hacen varios autores españoles y franceses. Así Dalloz, que llama natural la jurisdicción que nosotros denominamos propia, dice:

"On nomme jurisdiction naturelle celle qui appartient a un tribunal en vertu des regles generales qui ont présidé a son institution. Jurisdiction prorogée celle qu' il n' exerce que accidentellement par suite u consentement des parties, ou par l' effet d' une disposition execptionnelle de la loi" (T. X, pág. 420).

Este axioma, consignado en el Art. 6º del Código Napoleón, y reconocido por nuestro Código Civil, en su Art. 11, se aplica también a la distribución de la jurisdicción; y así, cuando se trata sólo del interés o comodidad de las partes litigantes, el consentimiento de éstas puede alterar las reglas legales; al contrario de lo que ocurre cuando en esas reglas se trata del orden público o el interés social.

Por consiguiente, en materia de prorrogación voluntaria, debemos tener como regla fundamental la de que pueda efectuarse siempre que la limitación de la jurisdicción atañe exclusivamente al interés de las partes; pero sólo en esos casos.

O, valiéndonos del lenguaje de los expositores: tiene lugar en la incompetencia relativa, pero no en la absoluta (1).

Nuestro Código de Enjuiciamientos no se ciñe fielmente a este principio, como ya lo veremos.

2º—Otro axioma inconcuso es el de que **res inter alios acta aliis prodesse aut nocere non potest**. Por tanto, la prorrogación voluntaria de la jurisdicción no puede perjudicar a terceros.

Si de dos codeudores —solidarios o no— el uno prorroga la jurisdicción, este acto voluntario, esta renuncia de derechos, no puede surtir efectos respecto del otro codeudor. Y por la misma razón, no perjudica al fiador la prorrogación hecha por el deudor principal, ni viceversa.

La Ley Orgánica de Chile consagra expresamente este principio en su Art. 239 (2); y los expositores fran-

(1) En varios textos del Derecho Romano estaba expresamente reconocida la prorrogación voluntaria (Ley 1ª, T. 1º, Lb. VI). Así como se proclamaba también el principio de que las reglas de Derecho Público no podían ser alteradas por voluntad de las partes. *Privatorum conventio iuri publico non derogat*. Ley 45, § 1º De Regulis Iuris.

(2) "Art. 239. La prórroga de jurisdicción sólo surte efecto entre las partes que han convenido a otorgarla, más no respecto de otras personas, como los fiadores o codeudores".

ceses lo recomiendan también generalmente. (Bonfils, pg. 535, N° 5367).

Dalloz, empero, cree que si uno de los codeudores solidarios prorroga de buena fe la jurisdicción, la prorrogación sería obligatoria para los demás (1); y Ballesteros parece inclinarse a esta errónea opinión (pg. 296).

Nuestro Código falsea también este principio al tratar de lo que llama **prorrogación voluntaria tácita**, como lo veremos en su lugar.

3'—Como consecuencia de la regla anterior, síguese que, siendo dos o más los demandados, la prorrogación requiere el consentimiento unánime; y la oposición de uno solo de ellos la impide respecto de todos. Se entiende siempre que a todos afecte la incompetencia; porque, siendo uno el juicio, no podría continuar con algunos de los demandados y no con los demás; a menos que el actor modificase y dividiese la demanda.

4'—No cabe prorrogación después de radicada la causa ante otro juez. Si el demandado contesta sobre lo principal, y, trabado ya el juicio, sigue sustanciándolo el juez, las partes no pueden trasladarlo a otro juzgado.

Esto es mera aplicación del principio de que, fijada legalmente la competencia de un juez, no puede ésta alterarse por causa superveniente (N° 44).

5'—Para prorrogar la jurisdicción no se requieren, según nuestro sistema legal, condiciones especiales de capacidad; pues se considera comprendido este acto en el giro ordinario de la gestión judicial.

Por el contrario, nuestro Código del año 69 (Art. 15) siguiendo al Peruano (Art. 83) y a Escriche (pg. 1158) exigía para los apoderados facultad o cláusula especial; y para el menor o la mujer casada, consentimiento expreso del guardador o el marido, respectivamente.

(1) Comp Civile des Tribunaux d' arrondissement et des Cours d' Appel. (N° 228).

Los expositores franceses dicen que para prorrogar jurisdicción se requiere capacidad de estar en juicio y la libre disposición del derecho litigioso (Bonfils, pg. 278, N° 535).

Y la Ley Orgánica de Chile contiene la siguiente disposición: "Art. 238. Pueden prorrogar jurisdicción todas las personas que, según la ley, son hábiles para estar en juicio por sí mismas; y por las que no lo son, pueden prorrogarla sus representantes legales."

Un Agente Fiscal no podría prorrogar al juez común la jurisdicción para conocer de una demanda de o contra el Fisco, porque la jurisdicción *ratione personæ* es improrrogable; pero sí podría convenir en que se siguiera en Quito una cuestión fiscal que debería ventilarse en otra sección territorial.

73.—Subdivisión de la prorrogación.—La prorrogación voluntaria puede ser expresa o tácita. Expresa, la que se opera por una declaración de las partes o de la parte a quien incumbe alegar la incompetencia; tácita, la que se infiere de algún hecho voluntario al cual la ley asigna ese efecto.

Este hecho consiste, por parte del actor, en proponer la demanda, y por parte del reo, bien en el acto positivo de contestarla, bien en el negativo de no usar oportunamente de la excepción declinatoria ni de la acción inhibitoria (N° 40).

En los Códigos extranjeros y en la doctrina de los expositores se exige generalmente, para la prorrogación tácita, el hecho positivo de comparecer el demandado ante el juez incompetente a defenderse, sin alegar la incompetencia; hecho que, en verdad, arguye de un modo inequívoco el ánimo de prorrogar la jurisdicción; puesto que sería contradictorio no reconocer la competencia del juez, y al propio tiempo, dirigirse al mismo juez para hacer valer los medios legales de destruir la acción.

Así, el Art. 58 del Código de Enjuiciamientos de España, copiado en el 241 de la Ley Orgánica de Chile, dice: "Se entenderá hecha la sumisión tácita:

"1°—Por el demandante, en el mero hecho de acudir "al juez interponiendo la demanda.

"2°—Por el demandado en el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquiera gestión que "no sea la de proponer en forma la declinatoria."

Y, de conformidad con esta disposición, los tribunales españoles han resuelto que, cuando el demandado no se presenta ni hace gestión alguna, no prorroga la jurisdicción.

Nosotros, empero, creemos más conforme con los principios científicos y con la equidad, que la ley dé a la rebeldía, es decir, al silencio o inacción del rzo, el efecto de prorrogación tácita; porque, desde que se notifica la demanda al demandado, y se le cita ante el juez, y se le concede un término para que deduzca excepciones dilatorias o perentorias, se le pone en el deber de obrar y de hacer uso de ese término.

Aunque el juez no sea competente, no puede el demandado menospreciar esa citación, ese llamamiento de la autoridad, y dejar que se hagan gastos inútiles y que el juez y los demás empleados de justicia ocupen en vano su tiempo y su atención. El término del traslado es precisamente para que el demandado haga uso de sus derechos; y el no usar de ellos en tiempo oportuno, es renunciarlos.

Esta doctrina ha adoptado nuestro Código de Enjuiciamientos, aunque no de una manera clara, como lo veremos en su lugar (1).

(1) Por auto de 23 de diciembre de 1886, declaró la Corte Suprema que la circunstancia de haber dicho el demandado que no daba al juzgado Municipal otra jurisdicción que la que le correspondía según la ley, no importaba verdadera reclamación sobre la falta de competencia; y que si fué tal su ánimo,

74.—**Corolarios.**— Los principios que acabamos de exponer respecto de la prorrogación voluntaria, dan lugar a las siguientes conclusiones:

1°—Si se propone una demanda ante juez incompetente, y puede haber prorrogación voluntaria, el juez debe admitirla y darle curso, sin decir cosa alguna respecto de la competencia; pues el hecho mismo de la demanda revela el consentimiento del actor respecto de la prorrogación, y hay que esperar que el reo tome la resolución que le convenga en orden a su derecho.

2°—Si no puede haber prorrogación, el juez debe inhibirse de oficio, antes de expedir providencia alguna que importe avocamiento de la causa.

3°—Si en la primera de las dos hipótesis anteriores, el reo prorroga tácitamente la jurisdicción, no podrá en ningún estado de la causa, alegar la nulidad del proceso, ni, ejecutoriada la sentencia, hacer uso de la acción o excepción de nulidad, por cuanto la nulidad quedó saneada por la prorrogación.

75.—**Casos de prorrogación voluntaria.**— Un juez puede ser incompetente por la materia, por el territorio, por las personas, por la cuantía y por el grado. Veamos ahora, aplicando los principios que dejamos consignados, cuáles de esas cinco clases de incompetencia, pueden sanearse por la prorrogación (1).

mo, debió proponer la correspondiente declinatoria (Gaceta Judicial. N° 158, Serie 1ª pág. 1260). Y por sentencia de 16 de Agosto de 1902, declaró que tampoco equivalía a haber alegado la dicha excepción, el hecho de haber expresado el reo que no se allanaba a la omisión de ninguna solemnidad sustancial. (Gaceta Judicial N° 159, Serie 1ª, pág. 1272).

(1) Los expositores enuncian de la siguiente manera las distintas especies de prorrogación en las cuales vamos a ocuparnos: 1ª de causa a causa, o sea por la materia; 2ª de lugar a lugar, es decir, por el territorio; 3ª de persona a persona; 4ª de cantidad a cantidad; 5ª de grado a grado; y 6ª de tiempo a tiempo.

76.—**La materia**.—Sabemos ya que hay incompetencia *ratione materiæ* o de atribución cuando el asunto que se le presenta a un juez, ha sido colocado por la ley en las atribuciones de otro de distinto orden jurisdiccional; o en otros términos, cuando la causa está, por su naturaleza, fuera de las atribuciones del juez ante quien se la promueve.

Esta incompetencia es absoluta, como ya lo observamos; y no puede ser saneada por prorrogación voluntaria.

La distribución de la jurisdicción por la materia, es decir, la división de ella en diversas líneas u órdenes jurisdiccionales, forma parte de la organización del Poder Judicial, y es, por lo mismo, de Derecho Público. Permitir en este caso la prorrogación, sería introducir la confusión en las líneas, desconocer la necesidad de la separación de ellas, y trastornar el sistema orgánico de la jurisdicción.

Por otra parte, la prorrogación es una mera ampliación de aquello que ya existe; y si, por el consentimiento de los interesados, pudieran someterse a un juez asuntos que, por su propia naturaleza, correspondiesen a otro, los interesados concederían al juez una nueva atribución, un poder nuevo. *Quod non est non potest prorogari*.

La Ley Orgánica de Chile enuncia este principio en los siguientes términos:

“Art. 237.—La prórroga de jurisdicción sólo puede “tener lugar cuando el tribunal a quien se otorga ejerce “una jurisdicción análoga a la del tribunal a quien por la “ley corresponde rigurosamente el conocimiento del “asunto.

“Así la jurisdicción de un juez de letras encargado “de conocer de negocios civiles, puede prorrogarse para “que conozca de un negocio sujeto a otros funcionarios “de igual clase; pero no puede prorrogarse la jurisdicción.

“de un tribunal eclesiástico o militar para que conozca de un negocio sujeto a un juez de letras o viceversa.”

Y el Código de Procedimiento francés lo declara de un modo más terminante, cuando, después de prescribir en el Art. 169 que la excepción de incompetencia se alegue antes de toda otra excepción o defensa, agrega en el 170 que, si hay incompetencia por la materia, se podrá alegarla en cualquier estado de la causa, y el mismo tribunal estará en el deber de declararla de oficio.

De este principio síguense las siguientes consecuencias, teniendo en cuenta que, por razón de la materia, la jurisdicción se divide en ordinaria y especial:

1°—El juez ordinario no puede conocer, por prorrogación voluntaria, de asuntos de fuero especial;

2°—El juez especial no puede conocer de asuntos del fuero ordinario;

3°—Un juez especial no puede conocer de asuntos correspondientes a otro juez especial.

Con respecto a las conclusiones 2° y 3°, la doctrina y la jurisprudencia han sido siempre uniformes; mas en las aplicaciones de la 1°, se han dividido notablemente, quizá más bien por influencia de antiguas tradiciones o preocupaciones, que por razones jurídicas de gran peso. Merlin, Pardessus, Rousseau et Laisnay, Dalloz, Rogron y muchos otros, citando varias resoluciones de las Cortes francesas y aun de la de Casación, sostienen que la jurisdicción ordinaria puede prorrogarse para asuntos mercantiles. Originariamente, dicen, estos asuntos correspondían al fuero común, en el cual se reconocían las aptitudes necesarias para despacharlos; después, para dar facilidades a los comerciantes, se concedió a éstos el privilegio de tener un juez separado, al cual se le confirió una parte de las atribuciones del juez común. Por tanto, cuando a este juez se le somete un asunto comercial, no hay otra cosa que una devolución de las facultades que

a él le correspondían, y una renuncia de propio privilegio, por parte del comerciante.

A esta opinión se adhieren Caravantes y varios autores españoles antiguos y modernos, apoyándose también en la jurisprudencia de los tribunales.

Otros expositores respetabilísimos, como Boitard, Boncenne, Carré, Bonfils, Bravard, Verière, Pothier, el Presidente de la Corte Henrion de Pansey, Binech, etc., refutan victoriosamente esa doctrina, manifestando, por una parte, que, por amplias que hayan sido originariamente las atribuciones de los jueces comunes, hecha la separación de materias en la organización del Poder Judicial, quedó tan ajena de los jueces civiles la materia mercantil, como de los comerciales la civil; y, por otra, que el fuero mercantil, lejos de ser un simple privilegio de los comerciantes, se ha establecido en beneficio del comercio, a virtud de la necesidad social de fomentarlo e impulsarlo por medio de leyes sustantivas y adjetivas apropiadas.

Nuestra legislación estuvo fluctuante y sin principios fijos en este punto, desde el establecimiento del fuero mercantil; no tanto por las consideraciones teóricas alegadas por las dos opuestas doctrinas, cuanto por los inconvenientes prácticos que tuvo siempre entre nosotros esa institución; y aquellos inconvenientes y dificultades no quedaron extirpados, sino cuando la Legislatura de 1909 concibió y realizó la feliz idea de cortar por lo sano y dar el golpe en la raíz, aboliendo el fuero mercantil.

En lección especial trataremos después de este importante punto.

La misma controversia se agita en el derecho francés, al aplicar el principio general que nos ocupa a los Jueces de Paz, que son también jueces especiales.

Esta institución es desconocida entre nosotros; y, por lo mismo, no necesitamos preocuparnos de aquella controversia (1).

77.—**El territorio.**— La prorrogación voluntaria de lugar a lugar se efectúa de dos modos, dicen algunos expositores: 1º Conviniéndose las partes en que el juez funcione como tal fuera de su territorio: 2º Sometiendo al juez de cierta sección territorial un asunto que debiera ventilarse en otra parte.

La primera forma o manera de prorrogación —universalmente prohibida por las legislaciones y la doctrina— no tiene en su apoyo sino una disposición del Fuero Real de España (Ly. 7, Tít. VII, Lib. I) que, interpretando una antigua ley del Fuero Juzgo (Ley 16, Tít. I, Lb. II), la autorizaba, a condición de que se obtuviese permiso del juez territorial.

El Derecho Romano la condenaba expresamente, agregando que no incurriría en pena el que desobediese al juez que mandase fuera de su territorio. *Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.* Dig. 1. 20, T. 1º, L. II.

La regla de que ningún funcionario local puede ejercer sus atribuciones fuera de su territorio, atañe esencialmente a la organización de los Poderes públicos, y no puede ser objeto de transacciones de los particulares (Nº 23). Si un juez procede de esa manera, el caso no es propiamente de incompetencia, sino de falta absoluta de jurisdicción o poder. La incompetencia se refiere a un determinado asunto, entendiéndose que el juez conserva

(1) Cuando estudiemos la Ley Orgánica del Poder Judicial, daremos noticia de las funciones que los Jueces de Paz desempeñan en Francia, España y otros países; haciendo el respectivo paralelo con nuestros Jueces Parroquiales, para que pueda hacerse concepto de la naturaleza y consecuencias de la institución

sus atribuciones para los demás que legalmente le concier-
nen; pero el juez que está fuera de su territorio, no es
juez, sino simple ciudadano.

Nuestras leyes no consignan expresamente este in-
concuso principio; pero sí lo encontramos en la Ley Or-
gánica de Chile (Art. 6º) y en otras legislaciones (Dalloz
T. X, pg. 422).

La incompetencia territorial, *stricto sensu*, ocurre,
pues, cuando se somete al juez de un territorio un asunto
que debe ser ventilado en otro territorio, ante juez del
mismo orden jurisdiccional.

Esta incompetencia es, en lo civil, *relativa*, como ya
lo demostramos, al exponer los fundamentos de la distri-
bución de la jurisdicción por el territorio (Nos. 23 y 40);
es decir, atañe al interés de las partes litigantes, para
cuya comodidad se ha hecho esa distribución. El orden
público no está directamente interesado en que una cues-
tión civil se ventile en cierto lugar más bien que en otro.

Por consiguiente, la incompetencia territorial civil
es subsanable por prorrogación; y este principio puede
considerarse como un axioma universalmente reconoci-
do; ora se determine la competencia por el domicilio del
demandado, ora por la situación de la cosa litigiosa, por
el lugar del cumplimiento de la obligación, etc.

Nuestro Código de Enjuiciamientos, empero, esta-
blece a este respecto limitaciones o restricciones que no
se compadecen con la doctrina científica, como lo vemos
en su lugar.

78.—**Las personas.**— Los expositores dan general-
mente el nombre de prorrogación **de persona a persona** o
ratione personæ a la misma territorial de que ya hemos
hablado, llamada también **relativa**, para contraponerla a
la **ratione materiæ** o **absoluta**. Mas, independientemente
de la materia y el territorio, la condición misma de las
personas —no la condición individual, sino la política o,
mejor dicho, la oficial— influye alguna vez en la distri-

bución de la jurisdicción, como ya sabemos (Nº 24); y nosotros reservamos aquella denominación para enunciar esta idea, que tiene más exacta relación con el sentido natural de la palabra.

Si, pues, la calidad de las personas influye en la determinación de la jurisdicción, puede haber casos de incompetencia por razón de esa calidad; y hoy tratamos de averiguar si en tales casos cabe o no prorrogación voluntaria.

Para resolverlo, bástanos recordar la explicación que dimos respecto de la naturaleza y fundamento de la distribución de la jurisdicción por las personas, es decir, de la institución de los llamados casos de Corte, establecidos en atención a la posición oficial de ciertas personas, proveniente de los cargos públicos que desempeñan y de la autoridad de que están investidas. (Nº 24).

Esa institución, lejos de ser un privilegio, de dichas personas, renunciable por ellas, fúndase en altas consideraciones de orden público, que legitiman aquella excepción del principio de la igualdad ante la ley, base fundamental del régimen democrático.

Por consecuencia, no puede de ninguna manera caber en tales casos prorrogación voluntaria de la jurisdicción (1).

79.—**Los grados.**— La distribución de la jurisdicción por los grados corresponde, como ya dijimos, a la institución de las apelaciones o instancias. Según ella, unos jueces conocen en primera instancia, otros en segunda y otros en tercera, según los casos. Cada instancia constituye un grado.

Tiene, por tanto, un juez jurisdicción propia en razón del grado, cuando, atenta la instancia en que se en-

(1) Así se ha entendido la Ley Orgánica de Chile, cuya disposición, no muy clara, transcribimos al tratar de la prorrogación por la materia. Ballest. T., 1º, pág. 207.

cuentra la causa, es llamado a conocer de ésta. Y la tendría prorrogada, si pudiera intervenir en una instancia distinta de la que le correspondiese; v. g., si se permitiera proponer ante la Corte Superior o la Suprema una demanda que debiera intentarse ante el Alcalde Municipal; o sí, ventilada la primera instancia ante el Alcalde, se apelara directamente a la Corte Suprema, prescindiendo de la Superior.

Tal prorrogación, que trastornaría radicalmente la organización del Poder Judicial, es absoluta y universalmente prohibida.

Pueden, sí, las partes renunciar los recursos, conviniendo en que el juez de primera instancia conozca del asunto sin lugar a apelación, o en que el fallo de segunda instancia cause ejecutoria.

En el derecho francés se permite expresamente esta renuncia, al tratar de los Jueces de Paz, en el Art. 7º del Código de Procedimiento; pero los expositores enseñan que esta regla legal no es sino mera aplicación del derecho común. En nuestra Código de Enjuiciamientos tenemos regla expresa y general en el artículo 386.

Si se prorroga la jurisdicción del primer grado, el segundo corresponde, no ya por prorrogación, sino por derecho propio, al superior jerárquico del juez prorrogado, en virtud de la tercera de las reglas que consignamos al tratar de la competencia en general. Así, si por acuerdo de las partes, se sigue en Quito una demanda que debió seguirse en Ambato, la apelación corresponderá a la Corte Superior de Quito, y no a la de Riobamba. (Nº 45).

80.—La cuantía.—La prorrogación voluntaria de *quantitate ad quantitatem* tendría lugar si un juez que no pudiese conocer sino hasta o desde cierta cantidad, conociese, por consentimiento de las partes, en un asunto de importancia mayor o menor.

Esta prorrogación ha sido y es vivamente controvertida por los autores. Autorizábala el Derecho Romano

en la ley 74, § 1º, Lb. V del Digesto, en esos términos: "*Judex qui usque ad certam summan judicare jussus est, etiam de re majere judicare potest, si inter litigatores convenient.*" Y también en la ley 28, T. 1º, L. 50, en que Paulo dice: "*Inter convenientes et de re majore apud magistratus municipales agetur.*"

En el Derecho francés y español se la admitía también unánimemente; y aun en el moderno, la generalidad de los autores están por la afirmativa, citando en su favor diversas resoluciones de los tribunales. Henrion de Pauszay, en su obra sobre la Autoridad judicial en Francia, hace en estos términos el paralelo entre la materia y la cuantía, en orden a la prorrogación de la jurisdicción: "En mi concepto, la diferencia entre estas dos posiciones es muy grande. Cuando un juez se halla limitado a conocer de cierto género de negocios, todos los demás son enteramente extraños a su jurisdicción: someterse los no sería extender su jurisdicción, sino crear y conferirle realmente otra.

"Al contrario, cuando el tribunal tiene derecho de conocer usque ad certam summan, y se interpone ante él una demanda sobre el pago de una cantidad doble o cuadruple, como se halla investido ya con el derecho de juzgar hasta en cantidad de una cuarta parte o de la mitad de la suma demandada, tiene, por el título de su oficio, el germen, el principio de la autoridad que necesita para determinar sobre el todo. Para darle aptitud de fallar legalmente sobre aquella suma, no es necesario, como en el caso en que se trata de conocer de re ad rem, conferirle una jurisdicción nueva, sino basta desarrollarle un germen preexistente, y extender una jurisdicción legalmente constituida."

En el mismo sentido discurren Dalloz, Rogrón, Bonfils, etc., basándose siempre en el argumento del germen, y añadiendo que la limitación de la jurisdicción por la cuantía constituye simplemente una garantía ofrecida al

interés pecuniario de los litigantes, la cual, por lo mismo, puede ser renunciada por ellos.

Del mismo parecer son Escriche, y otros expositores españoles. Por el contrario, autores tan respetables como Boitard y Garsonnet, en Francia; Aguirre y Montalván, Caravantes y López Moreno, en España, sostienen enérgicamente la opinión contraria, fundándose en que la limitación de la jurisdicción por la cuantía sirve de base al establecimiento y organización de las jurisdicciones; y es, por lo mismo, de orden público.

El Código Español actual ha resuelto en este sentido la cuestión, en su Art. 54 (1); y tal es también la doctrina admitida por la Ley Orgánica de Chile, en la disposición legal que ya conocemos (2), y por varios otros Códigos.

Nuestra ley guarda absoluto silencio respecto de prorrogación voluntaria por razón de la cuantía, y por el mismo hecho, la niega; puesto que, como ya lo sabemos, los casos de prorrogación son excepciones de la regla general (Nº 70, 5'), que no existen sino en cuanto están inequívocamente consignados en la ley.

Esta doctrina, es, en nuestro concepto, indudablemente más conforme con el rigor de los principios jurídicos. Poderosas razones de interés social exigen, según ya lo indicamos (Nº 26), que se tome en consideración la cuantía para la distribución de la jurisdicción; y desde que así se ha hecho, y se ha atendido a la cuantía de los asuntos para deslindar y separar las atribuciones de los jueces y tribunales, no puede quedar al arbitrio de las partes alterar o modificar en los casos concretos esa obra del legislador, relacionada con la organización misma del Poder Judicial.

(1) "La jurisdicción civil podrá prorrogarse a Juez o Tribunal que, por razón de la materia, de la cantidad objeto del litigio y de la jerarquía que tenga en el orden judicial, pueda conocer del asunto que ante él se proponga".

(2) Art. 237.—Ballesteros, T. II, Nº 2070.

Mas, creemos también que razones atendibles de utilidad práctica, pudieran inclinarnos a una reforma de nuestra ley en el sentido de la prorrogación, que cuenta hasta ahora con el parecer de una inmensa mayoría, tanto en la doctrina de los expositores, como en la jurisprudencia de los tribunales.

Tales razones son las siguientes:

Las cuestiones sobre cuantía son frecuentemente obscuras y complejas, y ocasionan dilaciones y gastos, sin provecho alguno para los litigantes ni para la moral pública, basada principalmente en la pronta y eficaz administración de justicia, respecto de la cual son entre nosotros las nulidades de los procesos uno de los más graves obstáculos.

La tendencia general de las instituciones modernas es la de ser eminentemente prácticas; y esas controversias sobre competencia son, por lo general, puramente teóricas.

Por otra parte, la ley misma permite de un modo indirecto la prorrogación por la cuantía, cuando le confiere al actor el derecho de fijarla, y al juez la obligación de atenerse a esa fijación, si el demandado no la contradice, por medio de la correspondiente excepción dilatoria. Si, por ejemplo, se litiga sobre una alhaja que vale mil sucres, pero el actor dice que el valor no pasa de doscientos, y el demandado no reclama sobre la cuantía, el juicio se sigue ante el juez parroquial. Y lo mismo pasa en un caso inverso, cuando, tratándose de una cosa que no vale doscientos sucres, el actor le fija un precio mayor en la demanda.

Por consiguiente, sería tal vez más lógico y más conforme con el interés general de los litigantes y con la conveniencia social de la simplificación de las cuestiones judiciales, declarar en la ley: 1º que las partes

pueden prorrogar expresamente la jurisdicción por la cuantía: 2º que si no se alega oportunamente la excepción de incompetencia, se entiende prorrogada la jurisdicción, y no podrá declararse nulo el proceso, aunque la demanda misma dé a conocer la incompetencia del juez; v. g., si ante un juez parroquial se demanda por doscientos sueros y los intereses pactados en el documento.

Posteriormente ampliaremos algo más las razones justificativas de esta reforma, y contestaremos a las objeciones que pudieran oponerse.

81.—**El tiempo.**—El tiempo no figura entre los límites relativos de la jurisdicción; es decir, entre aquellos límites que separan las atribuciones o funciones de cada juez de las correspondientes a los otros.

Mal puede, por tanto, figurar en la prorrogación, que no es otra cosa que el traspaso de esos mismos límites o su excepcional ampliación.

En otros términos, no hay jueces incompetentes por razón del tiempo; porque, si bien aquéllos tienen un período limitado de duración en el cargo, la expiración del período no les deja en calidad de jueces incompetentes, sino les priva de la judicatura misma y de todo carácter oficial. Y ya sabemos que no puede prorrogarse jurisdicción a quien no es juez. *Quod non est non potest prorogari.*

El Derecho Romano hablaba de esa especie de prorrogación. “*Si iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant, nisi specialiter Principali jussione prorogatio fuerit inhibita possunt tempora intra quæm jussus est litem dirimere, prorogari.*” Ley 2, § 2, Tít. 1º, Lb. V del Dig. (1).

(1) “Si el juez que se dió por tiempo, y todos los litigantes consienten, pueden prorrogar el tiempo dentro del que se mandó concluir el pleito, a no ser que por mandato del Príncipe se haya prohibido especialmente la prorrogación”.—Traducción de Fonseca.

Mas el tenor de este texto da a conocer que trata sólo de la jurisdicción delegada; y así lo entienden unánimemente los intérpretes. Y como entre nosotros —y generalmente en el Derecho moderno— no existe tal jurisdicción, la prorrogación llamada de tiempo a tiempo, no tiene razón de ser (1)

Los expositores enseñan que —prescindiendo de la jurisdicción delegada— la única en que puede haber prorrogación voluntaria por el tiempo, es la de los jueces **árbitros**. Esto si puede ocurrir también entre nosotros; pero de esa prorrogación, que no es sino la del mismo compromiso, trataremos cuando estudiemos esa materia especial.

82.—Prorrogación legal.—La ley, que señala los diversos límites jurisdiccionales a que están sujetos los jueces entre sí, determina también ciertos casos de excepción, en que, por consideraciones de orden superior, se prescinde de alguno o algunos de esos límites, y se extiende o amplía la jurisdicción del juez respectivo.

En esto consiste la prorrogación legal; y para determinar aquellos casos, no hay sino que hacer la correspondiente aplicación de los axiomas fundamentales de la competencia, que ya conocemos, fuera de los cuales no cabe ni puede haber prorrogación.

Así, si en una ejecución de menor cuantía se embarga una cosa que vale más de doscientos sures, y se hace **tercería excluyente**, el juez parroquial conocerá de esta cuestión de mayor cuantía; porque la **tercería** es un incidente, y el **juez de lo principal** es juez de los incidentes.

Si estando establecido el fuero de comercio, A demanda al comerciante B, por el precio de una cosa comprada para la reventa, y B alega, como excepción de

(1) Nuestro Código de Enjuiciamientos nos trae en su Art. 14 un caso de prorrogación legal de esta clase, pero cuando estudiemos ese artículo observaremos la notoria confusión de ideas que entraña.

compensación, un crédito civil contra A, el Juez de Comercio conocerá en esta cuestión civil, por cuanto el juez de la acción es juez de la excepción.

Si A demanda a B por la entrega de una cosa que le compró, y B reconviene por el precio de la misma cosa, A no podrá declinar la jurisdicción, alegando ser domiciliado en otra parte; y habrá prorrogación de la competencia territorial, por cuanto el juez de la acción es juez de la reconvención conexa.

Los mismo axiomas pueden ocasionar la prorrogación por razón de las personas. Así, planteada en la Corte Suprema una demanda de un particular contra el Gobierno, por un contrato celebrado con el Poder Ejecutivo, la misma Corte conocería en la reconvención que el Gobierno propusiera contra el demandante. (Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 13, N° 8).

El axioma 8°, relativo a la acumulación de autos, puede también ocasionar prorrogación por la materia, el territorio o la cuantía, como ya observamos.

En todos aquellos casos, la razón fundamental de la unidad del juicio y la armonía de sus diversas partes, y de la conexidad misma de las cuestiones, aúna y concentra los asuntos que, de otra manera, deberían ventilarse en diversos territorios o ante distintas líneas jurisdiccionales, y prevalece sobre las consideraciones generales en que se apoya la separación y distribución de las jurisdicciones.

83.—Conclusiones.—Los estudios que proceden manifiestan:

1° Que, consignados en la ley los axiomas que rigen la competencia, podría ella prescindir de la división de la prorrogación en voluntaria y legal, guardando silencio respecto de la segunda, como lo han hecho generalmente los Códigos modernos.

2° Que, con respecto a la prorrogación voluntaria, la regla legal podría reducirse a dos palabras: puede ca-

ber sólo en la competencia territorial y —si se estiman atendibles las razones que apuntamos— en la relativa a la cuantía.

Un solo artículo dejaría decididas con claridad y sencillez esas tan complejas y debatidas cuestiones (1).

84.—**Subrogación.**—Juez subrogante o suplente es el que ocupa el lugar de otro, por falta o impedimento de éste. Entre la **prorrogación** y la **subrogación** hay esencialísimas diferencias; y sin embargo, no sólo en la práctica judicial, sino en la ley misma, se las confunde a veces, a virtud de cierta aparente y remota analogía.

Puntualicemos esas diferencias, ateniéndonos a los caracteres esenciales de la prorrogación, que ya conocemos. 1° Con el carácter de suplente, puede ser llamada a conocer de un asunto, una persona que no es juez ni tiene jurisdicción alguna propia; como los Concejeros Municipales que reemplazan a los Alcaldes:

2° El suplente no excluye al principal; y su intervención, que es meramente precaria, cesa en cuanto termina la falta o impedimento de aquél:

3° La subrogación puede tener lugar en cualquier estado de la causa; la prorrogación, sólo al trabarse la litis:

4° La subrogación puede extenderse simultáneamente a todos los asuntos pendientes ante un juez, como en los casos de renuncia, licencia, enfermedad, etc. La prorrogación, ora legal, ora convencional, es siempre relativa a un asunto determinado.

5° El suplente pasa a ocupar el despacho del principal, y se pone en lugar de éste; mientras que en la prorrogación, es la causa la que va al despacho del juez prorrogado. Así, si un Alcalde Municipal reemplaza al Juez

(1) Así, el Código de Buenos Aires no dice sino esto: "Art. 1º La jurisdicción conferida a los Tribunales de Justicia de la Capital es improrrogable. Exceptuase la jurisdicción territorial que podrá ser prorrogada de conformidad de partes".

de Letras, se hace juez provincial; y si el juez de la parroquia A reemplaza a los de B, por falta o impedimento de éstos, ejerce jurisdicción en la parroquia B; al contrario de lo que pasaría si un litigio que debiera ventilarse en B, se planteara en A, a virtud de prorrogación.

Cuando analicemos las reglas de nuestro Código, nos será de mucha utilidad el recuerdo de estas importantes diferencias.

85.—**Delegación.**—Jurisdicción delegada es la facultad de conocer en un asunto por encargo del juez a quien corresponde esa atribución.

Cuando se creía que el Poder público era propiedad patrimonial de quien lo ejercía, nada extraño que el juez confiriese, temporal o perpetuamente, a cualquier persona la facultad de ejercer, a su nombre y como un mandatario que representa al mandante, el todo o una parte de sus atribuciones.

La delegación de la jurisdicción se conocía en Roma, y se generalizó mucho en la edad media. Mas, ya por lo erróneo del principio en que se fundaba, ya por los inconvenientes prácticos que ofrecía, ha quedado universalmente abolida en el derecho moderno. Algunos Códigos, como el de Bélgica (Art. 138), el de Buenos Aires (Art. 2º) y el de Bolivia (L. de Org. Jud. Art. 24), lo declaran de un modo expreso; otros, como el nuestro y la Ley Orgánica de Chile, tienen implícita en su sistema la abolición (1).

Los expositores, empero, la conservan todavía en la doctrina; y así, al hacer la clasificación de las distintas jurisdicciones, Rousseau et Laisnay, siguiendo a Dalloz, contraponen a la delegada, la propia, y a la prorrogada.

(1) En el de Italia (Art. 68), el Perú (Art. 3º), Nicaragua (Art. 25), Salvador (Art. 27) y otros se dice que no cabe delegación sino en los casos determinados por la ley; pero es porque se da el nombre de delegación a las meras comisiones, de que ya trataremos.

la natural. La misma nomenclatura emplean Caravantes, Escriche y otros autores españoles.

En el Derecho Canónico subsiste la delegación; y especialmente en las causas matrimoniales, da lugar a muy graves y delicadas cuestiones (1).

En los países regidos por gobiernos monárquicos, se cree que la jurisdicción emana del monarca; y en nombre de él la ejercen los jueces. En este sentido, se llama también delegada la jurisdicción de éstos. Así, Bioche dice: "La jurisdicción es propia cuando la ejerce el soberano, a quien únicamente pertenece; y delegada cuando es conferida por él a los jueces encargados de representarle." T. II, pg. 271.

En los países republicanos la facultad de administrar justicia se ejerce, de conformidad con los principios de la Ciencia Constitucional, en nombre de la República y por autoridad de la ley (2).

86.—Comisión.—Diversa de la jurisdicción delegada es la cometida, que se ejerce cuando, por encargo o súplica del juez de la causa, practica otras ciertas diligencias judiciales que deben actuarse en el territorio de éste y fuera de la residencia de aquél.

Las principales diferencias son las siguientes:

1'—El juez comisionado no puede en ningún caso examinar los hechos y aplicar la ley para decidir cuestión alguna (lo cual constituye esencialmente la administración de justicia o sea el ejercicio de la jurisdicción); y se concreta a meras actuaciones y diligencias que pudieran considerarse como preparatorias o auxiliares de la función esencial del juez. El delegado, por el contrario, se

(1) El actual Pontífice ha simplificado mucho esas dificultades prácticas relacionadas con la competencia de jurisdicción para el matrimonio, en el Decreto *Ne temere*, expedido por la Sagrada Congregación del Concilio el 2 de Agosto de 1907, que introdujo a ese respecto muy importantes reformas.

(2) Fórmula prescrita por nuestra Ley Org. Jud. Art. 191.

hace verdadero juez de la causa, y puede aplicar la ley y decidir todas las cuestiones comprendidas en la delegación.

2'—El comisionado es siempre un funcionario judicial (1). El delegado puede ser cualquier persona a quien el delegante tenga a bien conferir el todo o una parte de su autoridad.

3'—El comisionado funciona en razón del cargo público que ejerce, ciñéndose a la ley, que es su norma de conducta con relación a los actos comprendidos en la comisión. El delegado, que es en cierto modo mandatario del delegante, debe tener por norma principal los términos de la delegación.

4'—La comisión no puede tener cabida sino para diligencias que deben practicarse fuera del lugar de la residencia del juez de la causa. La delegación, por el contrario, no está sujeta a tal restricción, por cuanto depende de la mera voluntad del delegante.

A pesar de estas diferencias, algunos expositores, como García Calderón (Dic. de Leg. Peruana) y Ballesteros (T. 1º, Nº 131), ven en las comisiones una especie de delegación, pero sujeta a las restricciones y limitaciones que acabamos de puntualizar; en cuyo caso la cuestión es ya sólo de palabras o nomenclatura (2).

(1) Nuestra Ley Orgánica hace una excepción de esta regla, permitiendo a los tribunales encargar a cualquier abogado la práctica de diligencias judiciales. Art. 192.

(2) En este sentido dijo también nuestra Corte Suprema, en auto de 15 de febrero de 1900: "Es delegable la jurisdicción sólo en los casos en que la ley le permite; y no es permitido por ella a los Alcaldes Municipales, ante quienes se pide reconocimiento de documentos privados, comisionar para este objeto a los jueces parroquiales, sino en el caso en que la persona que debe reconocerlos se halla ausente del lugar en que la expresada diligencia se solicita" Gaceta Judicial, Serie 1ª, Nº 21, pág. 167.

En el propio sentido, es decir, en el de mera comisión para la práctica de ciertas diligencias judiciales, emplean también algunos códigos modernos la palabra delegación.

Luis Mattiolo dice lo siguiente:

El Código español actual clasifica las comisiones, estableciendo cuatro categorías: **suplicatorias**, para dirigirse a un juez o tribunal superior en grado; **exhortos**, para un juez igual; **despachos o carta - orden**, para un juez inferior o subordinado; y **mandamientos**, para funcionarios extraños al Poder Judicial (Arts. 285 y 288). La diferencia es sólo de forma o ceremonial; y entre las diversas reglas que se dan al respecto, hay la de que, si un juez o tribunal se dirige a otro de grado inferior que no le esté subordinado, no lo ha de hacer directamente, sino por órgano del superior de éste, que ejerza jurisdicción igual a la del exhortante.

En la generalidad de los Códigos modernos se han consignado reglas análogas; y entre nosotros se las observa hasta cierto punto, más bien por costumbre tradicional o por educación oficial o cívica, que por prescripción legal. Empleamos **exhortos** o **deprecatorios** en los encargos dirigidos de igual a igual; **oficios suplicatorios**, en los dirigidos al superior o a funcionarios extraños al Poder Judicial; y llamamos **comisiones (stricto sensu)** los dirigidos a un inferior o subordinado.

"La delegación de la jurisdicción no es conforme a la lógica del derecho ni a los vigentes estatutos de la justicia. Pugna, en efecto, con la esencia de la jurisdicción y con el sistema que nos rige, concebir que un magistrado de *motu proprio* pueda despojarse de sus atribuciones especiales, declinar por un motivo cualquiera la obligación que la ley le comete de conocer de una determinada causa y delegar tal función en otro juez. Por lo que el principio, según el cual la jurisdicción propiamente dicha (*Jus dicere, jus declarare*) no se puede delegar, es una de las bases fundamentales de nuestro derecho procesal, y no admite ni puede admitir excepciones de ninguna clase. Sólo en ciertos casos permite la ley la delegación en otro magistrado o por un tribunal colegiado, en uno de sus jueces, de algún acto de instrucción, o de cualquier formalidad procesal que se deba realizar en el curso del juicio; mas aun en estos casos, la jurisdicción contenciosa, esto es, la función de decidir de una causa, permanece siempre en el magistrado, que por la ley está investido de jurisdicción propia". (Instituciones de Derecho Procesal Civil. Págs. 10 y 11).

El ceremonial no se considera cosa despreciable en ningún país civilizado; pues la corrección en las formas contribuye mucho a la respetabilidad y decoro de la autoridad.

Convendría, por tanto, cuando no una ley especial, un reglamento que el Tribunal Supremo debiera estar autorizado a expedir, sobre éste y otros asuntos relativos a la disciplina judicial, dentro de los límites de la ley.

Esta debiera declarar de un modo expreso y general, que los jueces no pueden delegar su jurisdicción, pero sí encargar al juez territorial respectivo las diligencias que deban practicarse fuera del lugar de su residencia; dejando para el reglamento sólo lo concerniente a la forma.

Actualmente no tenemos reglas generales, sino disposiciones aisladas, para casos especiales, diseminadas en distintos Códigos; las cuales dejan muchos vacíos, y ocasionan controversias y nulidades de alguna significación.

Así, en la Ley Orgánica del Poder Judicial tenemos el Art. 192, que autoriza a los tribunales para comisionar a los jueces inferiores o a un abogado las diligencias que deban practicarse fuera del lugar de su residencia; pero no prevé el caso en que tengan que contar con otro tribunal de igual jerarquía o con jueces de jerarquía inferior que no sean sus subordinados.

Tampoco trata de análogas necesidades que pueden tener los jueces de primera instancia.

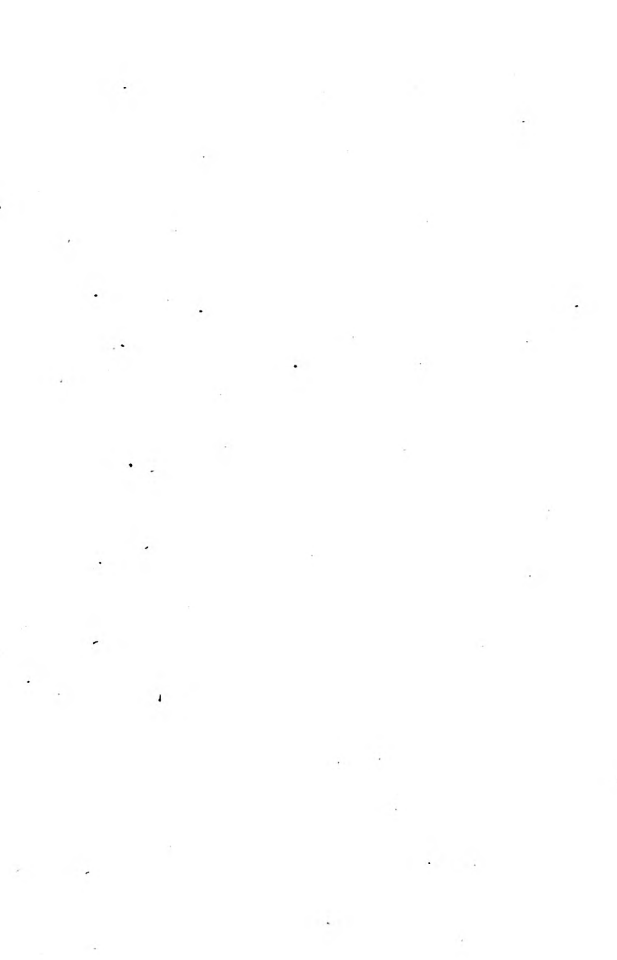
En seguida, en Art. 193 habla de los deprecatorios que vengan de Nación extranjera; y lo deja todo a los tratados y al Derecho Internacional, sin disponer nada respecto de la forma y demás requisitos de las comisiones rogatorias extranjeras, que pueden ocasionar cuestiones sumamente delicadas y graves.

En el Código Civil, el Art. 1213 manda que se dirijan exhortos para la fijación de sellos, cuando los bienes

de la sucesión estuvieren en diversos cantones; pero nada dice del caso en que estuvieren en distintas parroquias del mismo cantón.

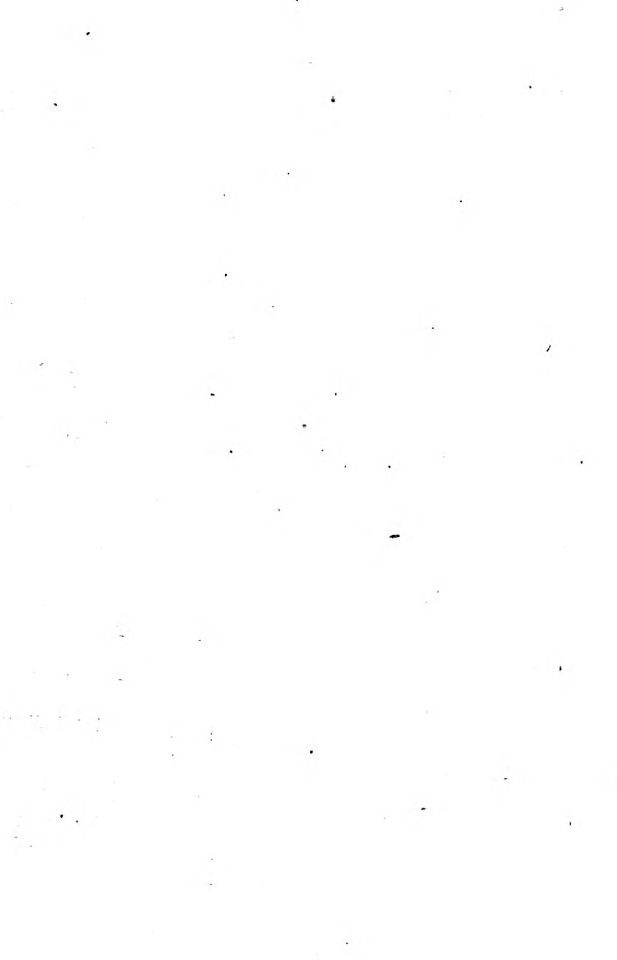
El Código de Enjuiciamientos Civiles habla de comisiones y exhortos para las declaraciones de los testigos, en los Arts. 239 y 240; de exhortos para la fijación de sellos, en el mismo caso del Código Civil (Art. 658); para la fijación de carteles y el pregón, cuando los bienes que se vayan a rematar estén fuera del cantón en que se siga el juicio; de deprecatorios para la confesión, si la parte que deba darla se hallare fuera del lugar del juicio; etc. Pero, de este modo, tratando aisladamente de cada caso, quedan muchas lagunas o vacíos, en que se hace necesario recurrir a razones de analogía o al sistema de la legislación, para salvar dificultades; v. g.: si se trata de una inspección ocular fuera del territorio del juez de la causa, de inventarios judiciales, juramento de peritos, posesión material de bienes, y otros muchos casos de los cuales nada absolutamente dice la ley.

Y como las razones de analogía o del sistema de la legislación son algún tanto vagas y elásticas, suele abusarse de ellas en la práctica; como acontece, en nuestro concepto, cuando por estar los bienes embargados en un lugar distante del en que se sigue el juicio, se libra deprecatorio para que se haga el remate en dicho lugar. Esa es una diligencia compleja, en la cual el juez tiene que expedir resoluciones importantes, ya sobre preferencia de posturas, ya sobre recursos que se interpongan o incidentes que se susciten; y una comisión o deprecatorio semejante entrañaría necesariamente delegación de jurisdicción.



PARTE LEGAL
DE LA
JURISDICCION Y DEL FUERO

APENDICE
EL DERECHO ADJETIVO MERCANTIL



ADVERTENCIAS RELATIVAS A LAS

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

87.—Los pueblos de la América latina viven aislados o incomunicados entre sí. De la evolución política de cada uno se sabe algo en los otros, porque los periódicos se encargan de darla a conocer, y porque los fenómenos relativos a ella suscitan la curiosidad frívola y los suspicaces cálculos de las ambiciones y recelos internacionales. Mas el movimiento y desarrollo jurídico es casi totalmente ignorado; y esto es un grave obstáculo para la fácil inteligencia de esos pueblos; para su colaboración en orden a los altos fines e intereses comunes, y especialmente para la fijación y afianzamiento de los principios relativos al Derecho Internacional Privado.

Sumo trabajo nos ha costado, por tal motivo, las concordancias con los Códigos de los países vecinos; pero hemos insistido en ellas, no sólo para el juicio crítico y comparativo de nuestra ley, sino para despertar en los jóvenes el interés por ese género de estudios, y estimularlos a la vida de comunicación y de relaciones con dichos pueblos, a los cuales nos ligan vínculos muy sagrados, cuya conservación y estrechamiento son de la más trascendental importancia.

No estamos seguros, por lo mismo, de que las leyes extranjeras a que nos referimos no estén tal vez derogadas o cambiadas por otras posteriores, o de que no haya inexactitudes en las ediciones que hemos podido tener a la vista.

88.—Con respecto a nuestras leyes, creemos conveniente que los alumnos conozcan el origen histórico de cada una de las disposiciones; y a este fin mencionaremos el Código de 69, que es, hasta cierto punto, el tronco o raíz de nuestra legislación actual, y el que, en verdad, nos emancipó de la madre patria, en la materia sobre que versa.

Nuestro legislador ha expedido sólo dos Códigos de Enjuiciamientos Civiles, llamados así y discutidos y sancionados en conjunto: el de la Convención Nacional de 69, que empezó a regir el 10 de Agosto de 71; y el de la Asamblea Nacional de 78, vigente desde el 9 de Octubre de 79. Antes de 69, tuvimos diversas **Leyes de Procedimiento**, deficientísimas; precedidas siempre de la consabida fórmula sobre el orden en que debían aplicarse las leyes (a), y que dejaban inmenso campo a las tradiciones,

(a) Decía así aquella fórmula; "Art. 1º El orden con que deben observarse las leyes en todos los tribunales y juzgados de la República, civiles, eclesiásticos y militares, así en materias civiles como en criminales, es el siguiente:

"1º Las leyes o decretos expedidos o que en lo sucesivo expidiere el Poder Legislativo, y los decretos que expidiere el Gobierno para ejecución de las leyes:

"2º Las del Código Civil, mandado observar desde 1º de enero de 1861:

"3º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español, sancionadas hasta el 18 de Marzo de 1808, que estaban en observancia, bajo el mismo Gobierno español, en el territorio que forma hoy la República:

"4º Las de la Recopilación de Indias:

"5º Las de la Nueva Recopilación de Castilla:

"6º Las de las Siete Partidas:

"7º Los sagrados Cánones, en las cuestiones eclesiásticas.

....."

prácticas y rutinas del Derecho Español; y después de 78, se han dictado sólo reformas y más reformas, con las cuales se han hecho sucesivas ediciones oficiales; pero no ha vuelto a pensarse en un Código nuevo.

El de 78, es, por tanto, el que rige hasta ahora, con todas aquellas innumerables reformas posteriores; y por lo mismo, cuando no indiquemos en los comentarios el año en que se haya dictado el artículo de que tratemos, se entenderá que éste fué puesto en el Código de 78.

Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de la República del Ecuador

LIBRO PRIMERO

DE LA JURISDICCION, DE LAS PERSONAS QUE LA EJERCEN Y DE LAS
QUE INTERVIENEN EN LOS JUICIOS (a)

TITULO PRIMERO

DE LA JURISDICCION Y DEL FUERO

SECCION PRIMERA

DE LA JURISDICCION

Art. 1º La Jurisdicción, o el poder de administrar justicia, corresponde a los Magistrados y Jueces establecidos por las leyes.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS (b)

89.—Esta regla legal, copiada casi literalmente del

(a) Separada del Código de Enjuiciamientos la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta antigua fórmula que, copiada del Código del Perú, ha servido de rúbrica del Libro I del nuestro, desde 1869, no corresponde exactamente a su objeto; pues de los jueces, que son las personas que, ejercen la jurisdicción y figuran entre las que, como principales, intervienen en los juicios, no trata ya el Código. Mejor sería, como ya observamos, que este Libro se dejase sólo para la jurisdicción, y de lo relativo a las partes y los procuradores se tratase en un capítulo preliminar del Libro II, y de los peritos e intérpretes en la materia de las pruebas (Nº 13).

(b) Transcribiremos en las notas las disposiciones citadas en las CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS, cuando no sean enteramente iguales al artículo comentado, y la diferencia tenga alguna importancia, atento el asunto de que se trate.

Art. 1º del Código de Enjuiciamientos Peruano (a), modelo del nuestro, en gran parte (Nº 11), concuerda con el artículo 100 de la Constitución (b) y el 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (c); y contiene un principio de Derecho Público, propio de aquellos cuerpos de leyes; más bien que del Código de Enjuiciamientos (d).

Nuestro Código del año 69, plagado de definiciones (aunque no tanto como algunos de sus congéneres, el salvadoreño, por ejemplo) comenzaba así: "Jurisdicción es la potestad de que se hallan investidos los jueces y magistrados para administrar justicia y hacer que se ejecute lo juzgado" (e).

Los Códigos no deben contener definiciones, explicaciones ni clasificaciones propias de obras didácticas o tratados científicos, sino disposiciones o reglas prácticas que sirvan para decidir los casos que se presenten. *Omnis definitio in Jure Civile periculosa est*, decía el Digesto, Lb. 50, tit. 7, l. 202 (*De regulis juris antiqui*).

El año 78 se sustituyó aquel primer artículo del año 69 con el que hasta ahora se conserva vigente.

En la parte doctrinal estudiamos lo que es la jurisdicción; lo que significa la frase administrar justicia, y

(a) Todas las citas al Código del Perú se refieren al que se expidió en esa República en 1851, si no se advierte otra cosa.

(b) "Art. 100. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema, las Cortes Superiores y los demás Tribunales y Juzgados que la Constitución y las leyes establecen".

(c) "Art. 1º La justicia se administra por los Juzgados y Tribunales establecidos por la Constitución y las leyes".

(d) Como tal, figura en el Art. 1º de las Leyes de Org. Jud. de Chile, Buenos Aires, Bolivia y Honduras. Pero consta también en varios Códigos de Procedimiento.

(e) Esta definición, generalmente adoptada en la doctrina, consta en varios Códigos extranjeros. El de Nicaragua dice: "Art. 21. Jurisdicción es la potestad de conocer y sentenciar en las causas civiles y criminales que compete por la ley".

Y el del Salvador: "Art. 21. Jurisdicción es el poder de administrar justicia, conforme a las leyes".

las operaciones que comprende, entre las cuales figura, ya por su misma naturaleza, ya por el sistema general de nuestra legislación, la de **ejecutar lo juzgado** (Nos. 14, 16 y 17). De modo que la reforma del año 78, en que se eliminaron las últimas palabras del Art. del año 69, no significa que se haya cambiado de doctrina a este respecto; y lo único que en realidad se propuso el legislador fué quitar a esa regla legal la forma de definición que antes tenía (a).

90.—Juez se llama toda persona investida de la facultad de administrar justicia. **Hombres bonos que son puestos para mandar et facer derecho.** Part. 3°, tít IV. L. 1°—(b).

Magistrado es, entre nosotros, el que tiene el cargo de administrar justicia en las Cortes Superiores, en el Tribunal de Cuentas y en la Corte Suprema. Todo Magistrado es Juez, pero no todo Juez es Magistrado.

Juzgado es la autoridad encargada de administrar justicia, considerada de un modo abstracto o impersonal. **Tribunal**, aquella misma autoridad, ejercida por una corporación o cuerpo colegiado, o bien la propia corporación o cuerpo.

Se emplea también esas palabras para significar la oficina o despacho en que se administra justicia, o la

(a) De acuerdo con esto, la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: "Art. 7º Los funcionarios del Poder Ejecutivo están obligados a proporcionar el auxilio de la fuerza armada cuando lo soliciten los Jueces o Tribunales para la ejecución de sus disposiciones".

En la Ley Orgánica de Chile y de Honduras se declara también expresamente que al Poder Judicial compete la facultad de hacer ejecutar lo juzgado. Art. 1º.

(b) La Ley Orgánica Judicial de Bolivia dice: "Art. 10. Jueces son los que por pública autoridad están puestos para conocer de los pleitos y decidirlos, como el juez de partido, el juez instructor"

Y el Código de Proc. Uruguayo: "Art. 9º Jueces son los que, por pública autoridad, están facultados para conocer de las causas civiles y criminales, y hacen ejecutar lo juzgado".

judicatura misma, es decir, el oficio o empleo de administrar justicia.

En el Derecho Romano, bajo el sistema formulario, se llamaba **Magistrado** el funcionario público investido de jurisdicción y de mando (el rey, los cónsules, los pretores, los procónsules, los proprettores, etc., según los tiempos y lugares), ante quien las partes deducían sus pretensiones y fijaban la materia de la controversia; y **Juez** la persona que el Magistrado nombraba, para que, recibidas las pruebas y examinados los hechos, decidiese la cuestión, con arreglo a la fórmula que él le entregaba.

Cuando, al tratar del Procedimiento, hagamos un sucinto resumen de los tres sistemas que sucesivamente prevalecieron en Roma, se conocerá mejor la significación especial que esas palabras tenían en aquel Derecho.

En Francia se denominan Jueces o Magistrados los de Paz, los miembros de los Tribunales ordinarios de primera y segunda instancia, y los de Comercio. Los de la Corte de Casación se llaman *Conseillers*. En España se llaman también *Consejeros* los de la Audiencia.

Art. 2º Ejercen también jurisdicción las personas que los interesados nombran para que, como árbitros, conozcan en algún negocio particular.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

91.—La regla de este artículo —copia literal del segundo del Código Peruano— está comprendida en la del primero; pues los árbitros son también establecidos por las leyes, y como tales figuran en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si no la entendiéramos así, resultaría incompatible con la segunda parte del Art. 3º, que dice que el Poder Judicial **no puede ejercerse sino por las personas que designan las leyes**.

A voluntad de las partes queda acudir a la jurisdicción arbitral y elegir las personas que han de ejercer el cargo; pero la institución está fundada en la ley; y de la ley reciben los árbitros la autoridad judicial que da a sus fallos la fuerza de cosa juzgada (Nº 35).

Este artículo es, por tanto, innecesario y aun inconveniente, porque da lugar a confusión de ideas.

Art. 3º El poder de administrar justicia es independiente; no puede ejercerse sino por las personas que designan las leyes; y su ejercicio se distribuye en razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

92.—Este artículo, que, copiado también del Código Peruano (a), no consta en el nuestro de 69, tiene tres partes. La primera es un principio fundamental del Derecho Público, que debió estar en la Constitución, o en la Ley Orgánica del Poder Judicial, como generalmente se observa en las legislaciones extranjeras (b); pero no en el Código de Enjuiciamientos.

Nuestra Constitución actual no consigna de un modo explícito y terminante este principio, como lo hacen la de Chile, la del Perú y muchas otras; pero lo tiene sobreentendido y, por decirlo así, encarnado en todo el sistema

(a) Código Peruano: "Art. 4º El poder de administrar justicia es independiente; y no puede ejercerse sino por las personas señaladas en este Código.

"Art. 5º Ninguna persona o corporación ejerce este poder en toda su plenitud: su ejercicio se distribuye en razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados".

(b) La Ley Org. del Poder Judicial del Imperio Alemán empieza así: "Art. 1º El Poder Judicial se ejerce por tribunales independientes, sometidos únicamente a la ley".

Y la de Honduras: "Art. 1º La facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de justicia".

de sus disposiciones, como que ha sido siempre una de las bases esenciales de nuestra organización política. Así, en el Art. 4º declara que la Soberanía se distribuye en tres Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cada uno de los cuales ejerce las atribuciones señaladas por la Constitución y las Leyes. En el 81 prohíbe al Poder Ejecutivo, entre otras cosas, detener el curso de los procedimientos judiciales y atentar contra la independencia de los jueces. Y por este orden, tenemos diversas disposiciones, así en la misma Constitución, como en las leyes secundarias (Nos. 18 y 19).

93.—La segunda parte pertenece también al Derecho Público, y es un principio tan obvio, que no era necesario consignarlo en ningún Código. Además, estaba ya comprendido implícitamente en el Art. 1º; pues si la jurisdicción corresponde a los Magistrados y Jueces establecidos por las leyes, síguese que no puede ejercerse sino por las personas designadas por ellas (a).

El propósito del Legislador, al insistir en esto, ha sido hacer resaltar la incompatibilidad de la delegación de la jurisdicción con la naturaleza y espíritu de nuestras instituciones, sin embargo de haber omitido la declaración expresa de este principio, hecha por el Código Peruano en su Art. 3º, y por muchos otros Códigos (Nº 85) (b).

Al tratar de las garantías individuales y políticas,

(a) El Código Judicial Colombiano decía: "Art. 139. Jurisdicción es la facultad de administrar justicia, la cual corresponde únicamente al Poder Judicial". Mas la Ley 72 de 1890 reformó así ese artículo: "Jurisdicción en lo Judicial es la facultad de administrar justicia, la cual corresponde al Poder Judicial".

(b) La Ley de Organización Judicial de Bélgica dice: "Art. 138. Los jueces no pueden delegar una jurisdicción, pero sí encomendar a otros la instrucción de diligencias, en los casos determinados por la ley".—Id. la de Bolivia. Arts. 24 y 25".

Respecto del sentido lato de la jurisdicción; de los límites entre la judicial y los demás poderes públicos, y del concepto de la administrativa, recuérdese lo que dijimos en la PARTE DOCTRINAL Nos. 16, 18 y 22.

puntualiza nuestra Constitución, en el N° 10° del Art. 26, la de no ser juzgado por comisiones especiales, ni privado de sus jueces naturales. A esto alude también, quizá, esta parte del artículo que estudiamos.

94.—En la tercera, partiendo del antecedente, declarado de modo expreso por el Código Peruano, de que el poder de administrar justicia no corresponde en toda su plenitud a una sola persona, determina las bases para la distribución de la jurisdicción, empleando la palabra cosas en vez de materia, que es más propia y generalmente usada en el lenguaje jurídico (a); y silenciando la cuantía, que es también, como ya lo sabemos, una de las bases de dicha distribución (Nos. 21 y 26).

Art. 4° La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria o propia, prorrogada, acumulativa, privativa o especial, legal y convencional.

Jurisdicción voluntaria es la que ejercen los jueces en las demandas que, por su naturaleza, o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción.

Jurisdicción contenciosa, es la que se ejerce por los jueces sobre las pretensiones opuestas de dos o más partes que contienden en juicio.

Jurisdicción ordinaria o propia es la que se ejerce sobre todas las personas o cosas sujetas al fuero común.

Jurisdicción prorrogada es la que ejercen los jueces sobre las personas que, no estando sujetas a ellos, consienten en someterseles o quedan sometidas por disposición de la ley.

Jurisdicción acumulativa o preventiva es la que puede ejercerse por dos o más jueces, quedando el conocimiento de la causa con quien se anticipó a conocer de ella.

Jurisdicción privativa o especial es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de causas, o al de las causas de cierta clase de personas, con inhibición de los demás jueces.

Jurisdicción legal es la que nace únicamente de la ley.

Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes

(a) El Código de Procedimiento Italiano dice: "Art. 67. La competenza è determinata per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di causa". Literalmente igual es la regla del Art. 23 del Código de Venezuela y 79 de Honduras.

Y Mattiolo critica justamente esta regla del Código Italiano, por haberse omitido en ella los grados, y puesto la conexidad que no es base general para la distribución de la jurisdicción. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, N° 8).

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

95.—Al leer este artículo no parece sino que tenemos entre manos un mal texto de enseñanza o libro de doctrina. Enumeraciones y definiciones de esta clase no se encuentran ya sino en muy pocos Códigos modernos. Nuestro Legislador del año 69 quiso, empero, superar en este punto al peruano, procurando hacer un extracto más fiel de Escriche.

Estudiemos separadamente cada uno de los incisos.

Inciso 1º—Tiene el defecto de no contraponer los términos correlativos, como exige la lógica al tratarse de divisiones. Debíó decir (a): **contenciosa o voluntaria; ordinaria o especial; acumulativa o privativa; legal o convencional; propia o prorrogada** (Nº 28).

No es el caso de una simple enumeración de las varias jurisdicciones, sino de verdaderas **divisiones**, cada una de las cuales tiene sus términos contrapuestos y considera el asunto desde diverso punto de vista.

Además, confunde o identifica cosas que son entre sí distintas y corresponden a diferente orden de ideas, como las calidades de **ordinaria y propia, privativa y especial**; pues puede muy bien la jurisdicción ordinaria no

(a) El Código Judicial Colombiano, observando esta regla, dice: "La jurisdicción se divide en ordinaria y especial, en privativa y preventiva, en prorrogable e improrrogable, y en contenciosa y voluntaria" Art. 139.

El nuestro del año 69 decía: "Art. 2º La jurisdicción es contenciosa, voluntaria, ordinaria o propia, prorrogada, acumulativa, privativa, legal, convencional, y especial".

El Peruano (Art. 6º) y el Salvadoreño (Art. 22): "La jurisdicción es ordinaria, privativa, voluntaria o extraordinaria".

ser propia, y la propia no ser ordinaria; así como puede también la privativa no ser especial, y la especial no ser privativa, como ya lo sabemos. (Nos. 33 y 34).

96.—**Inciso 2º—Voluntaria.**— La definición de **jurisdicción voluntaria**, copiada literalmente de Escriche en el Código de 69 y conservada hasta la fecha, es más obscura que el objeto definido; pues no se sabe, según ella, cuáles son esas demandas que, **por su naturaleza o por el estado de las cosas, se resuelven sin contradicción.**

En la parte doctrinal hemos estudiado ya en qué consiste verdaderamente esta jurisdicción. (Nos: 29, 30, 31 y 32) (a).

97.—**Inciso 3º—Contenciosa.**— La definición de la **contenciosa**, tomada también de Escriche desde el año 69, tampoco es muy exacta; pues hay casos en que, promovido un litigio, el demandado no deduce ninguna oposición ni hace nada por defenderse, y, a veces, reconoce y confiesa paladinamente la justicia de la demanda; sin que nada de esto obste a que la jurisdicción sea contenciosa. (Nº 29) (b).

98.—**Inciso 4º—Ordinaria o propia.**— Siguiendo a Escriche, incurre aquí otra vez el Código en el palmario error de confundir la jurisdicción ordinaria con la propia.

(a) El Código Judicial Colombiano dice: "Art. 147. Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en asuntos que requieren una decisión judicial, pero que no constituyen controversia".

— En el Código Peruano y otros, siguiendo el lenguaje de algunos autores, se denomina jurisdicción voluntaria la que en nuestro Código lleva el nombre de convencional.

El Salvadoreño incurre en manifiesta confusión de ideas, diciendo: "Art. 26. Tienen jurisdicción voluntaria los árbitros y los jueces ordinarios en asuntos en que no hubiere contención de partes".

(b) Código Judicial Colombiano "Art. 146. Jurisdicción contenciosa es la que se ejerce en asuntos en que hay contradicción o controversia que se decide por una sentencia".

Código de Enjuiciamientos de Portugal "Art. 1º Es contencioso el procedimiento cuando mantiene los derechos cuestionables".

La definición corresponde a la ordinaria; pero no es verdadera definición; porque decir que jurisdicción ordinaria es la que se ejerce sobre las personas y cosas sujetas al fuero común, equivale a que se dijera: la que se ejerce sobre las personas y cosas sujetas al fuero ordinario; ya que jurisdicción ordinaria y fuero común son cosas idénticas.

El Código de 69 decía: "Jurisdicción ordinaria es la que ejercen los jueces comunes en virtud de las facultades inherentes a su empleo" (a).

Recuérdese, con respecto a estos puntos, lo que hemos observado en los Nos. 33 y 36.

99.—Incisos 5° y 6° Prorrogada.—Acumulativa.—Respecto a la **jurisdicción prorrogada** y de la **acumulativa o preventiva**, definidas en estos dos incisos, nos limitaremos también a referirnos a lo expuesto en los Nos. 34 y 36.

Las definiciones legales son absolutamente idénticas a las del Código de 69, y no constan en el Peruano (b).

100.—Inciso 7°—Privativa o especial.—Aquí se confunde otra vez la jurisdicción **privativa** con la **especial**, que corresponde a un orden diverso de ideas, según lo hemos observado en los números 95 y 98.

Lo privativo de la jurisdicción depende de ser uno solo el juez a quien corresponde el conocimiento del asunto; lo especial, de estar éste separado o exceptuado del fuero común. Puede, por tanto, la jurisdicción especial ser privativa o acumulativa, según que para el conoci-

(a) El Código Peruano dice simplemente: Art. 79 La jurisdicción ordinaria se ejerce sobre todas las personas y cosas del fuero común. Id. el Salvadoreño, Art. 24, y Colombiano, Art. 140.

(b) El Colombiano dice: "Art. 144. Jurisdicción prorrogable es la que "puede extenderse a negocios que comunmente no le corresponden". "Art 145. "Jurisdicción improrrogable la que no puede salir de la esfera que le traza la ley".

miento de los asuntos que a ella conciernen, se haya establecido uno solo o dos o más jueces.

Así, la jurisdicción de los Jueces de Comercio, especial para los asuntos mercantiles, era también privativa, porque había un solo juez en cada lugar; pero si hubiera habido dos o más, como hay dos o más Alcaldes, aquella jurisdicción, sin dejar de ser especial, habría sido acumulativa o preventiva, como efectivamente lo era para la segunda instancia en los asuntos de menor cuantía, que, fallados por los Jueces Parroquiales, podían ir en apelación al Juez de Comercio o a los Alcaldes Municipales (a).

101.—Incisos 8º y 9º—Legal y convencional.— Hay impropiedad en decir que la jurisdicción convencional nace de la convención de las partes; porque nadie puede dar lo que no tiene, y el poder de administrar justicia corresponde, no a los particulares, sino a la autoridad social. Lo que ellos hacen es adoptar voluntariamente este medio de terminar sus diferencias, y designar la persona y la materia; pero es la ley la que reviste a los árbitros de autoridad judicial, y a sus laudos de la fuerza de sentencia. (35).

La viciosa redacción de este artículo hizo necesaria en el Código de Enjuiciamientos Criminales la declaración de que la jurisdicción en esa materia nacía siempre de la ley, para significar que en dicha clase de asuntos no podía recurrirse en ningún caso al medio de arbitramento.

(a) El Código de 69 definía separadamente la jurisdicción privativa y la especial. Decía así: Jurisdicción privativa es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de causas, o al de las de cierta clase de personas, con inhibición de los demás jueces.

"Jurisdicción especial es la que se ejerce sobre personas o asuntos particularmente determinados por la ley".

Y más sencilla y claramente el Colombiano: "Art. 141. Es jurisdicción especial la que sólo se ejerce sobre determinados asuntos, como la militar.— Art. 142. Jurisdicción privativa es la que se ejerce por un Tribunal o Juzgado con absoluta exclusión de otro".

Art. 5º La jurisdicción contenciosa se ejerce sobre las personas que, no estando de acuerdo entre sí, acuden al juez para que decida los puntos sobre que se hallan desacordes.

Se ejerce la misma jurisdicción sobre los asuntos en que están conformes las partes, pero que exigen resolución judicial para que se pueda obligar a una de ellas o a entrambas.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

102.—Con este artículo, que es el tercero del Código de 69, quiere el legislador suplir la claridad que falta en su definición, debido a que en ésta no se da a conocer la esencia de la cosa definida. Pero la explicación tampoco es satisfactoria, por cuanto la conformidad de que habla el inciso segundo, que tiene lugar cuando el demandado confiesa la justicia de la demanda, es sólo aparente; pues hay, por lo menos, una resistencia de hecho, una inacción lesiva del derecho reclamado, que el juez necesita vencer por medio de su fallo condenatorio y la consiguiente coacción judicial. El caso es contencioso, dice justamente Merlín, siempre que se trata de mandar a una de las partes lo que de ella exige la otra.

Art. 6º La jurisdicción voluntaria se ejerce en todos los casos en que no hay contradicción de parte, ni se trata de exigir el cumplimiento de una obligación, pero en que se requiere la intervención judicial, como la apertura de testamentos, el nombramiento de tutores o curadores y aprobación y discernimiento de las guardas, el remate voluntario de bienes raíces, la licencia que concede el Juez a las mujeres casadas para contratar y comparecer en juicio, y otros casos semejantes.

La jurisdicción voluntaria llega a ser contenciosa desde que se presenta una parte contradiciendo las pretensiones de la otra.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

103.—Sin dar a conocer la esencia de la jurisdicción voluntaria, emite este artículo, para explicarla, un concepto meramente negativo: **no hay contradicción de parte, ni se trata de exigir el cumplimiento de una obligación.** No dice qué es lo que hay, ni de qué se trata; y si bien agrega que se requiere la intervención judicial, no dice tampoco la razón por la cual ésta sea necesaria; y termina aduciendo varios ejemplos que pueden servir para aclarar los casos prácticos.

Entre esos ejemplos, el de la licencia a las mujeres casadas requiere una distinción: si se pretende obtenerla contra la voluntad del marido, el caso es contencioso; si se trata sólo de que el juez supla esa voluntad, por estar el marido ausente o impedido, el asunto es de jurisdicción voluntaria.

104.—La regla del inciso primero está sujeta a la restricción que indicamos en el N° 31; y la del segundo a la expresada en el N° 30.

La primera de estas restricciones (la de que la jurisdicción voluntaria no puede ejercerse sino en los casos determinados por la ley) fué reconocida y declarada por la Corte Suprema en sentencia de 9 de Agosto de 1893 (a).

Este artículo, que es el 4° del Código de 69, fué modelado en el 1207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 (1811 del Código actual), con los ejemplos que emplean Escriche, Caravantes y otros autores españoles.

De ese Código se lo ha copiado también, con más o menos exactitud, en el Mexicano (Art. 1358), en el de Honduras (Art. 772) y en otros modernos.

Art. 7° En el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, el Juez debe proceder observando los trámites prescritos por la ley, según la naturaleza del

Art. 8º En el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, el Juez procederá con conocimiento de causa, cuando tenga que hacer indagaciones para asegurarse de si es o no fundada la demanda que se ha interpuesto; y en los demás casos procederá sin figura de juicio.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

105.—Código de 69, artículos 5º y 6º

Los trámites prescritos por la ley tienen que observarse estrictamente, ora se trate de la jurisdicción contenciosa, ora de la voluntaria; y la diferencia que a este respecto ha querido establecer el legislador entre estos dos artículos, tomados también de la doctrina de Escriche, no es sino la que expusimos en el Nº 32.

Art. 9º Ejercen jurisdicción ordinaria los Juzgados y Tribunales comunes que componen el Poder Judicial de la República.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

106.—En este artículo (7º del Código de 69) nada dice el legislador; porque si sustituimos la palabra **comunes** con su equivalente **ordinarios**, quedaría el artículo así: Ejercen jurisdicción ordinaria los jueces y tribunales ordinarios que componen el Poder Judicial de la República.

¿Pero cuáles son esos jueces **ordinarios** o **comunes**, que, por el hecho mismo de ser tales, ejercen la jurisdicción **ordinaria** o **común**?— Nos lo dice la Ley Orgánica del Poder Judicial, en estos términos: “Art. 11.—Los Jueces son ordinarios o comunes, especiales y árbitros. Son ordinarios los que componen las Cortes Suprema y Superiores, los Alcaldes Municipales y los Jueces Civiles de parroquia.”

Y si algo dice el artículo, es algo que no es exacto; porque, tal como está redactado, da a entender que los

jueces que no son ordinarios no forman parte del Poder Judicial de la República; lo cual es absolutamente falso, como lo manifiestan el Art. 20 de este mismo Código, el tercer inciso del artículo 11 de la Ley Orgánica, el 64 de la propia Ley, etc.

107.—Como cuestión de orden lógico, observemos también que este artículo ha debido estar inmediatamente antes del 20, para guardar la contraposición de ideas entre la jurisdicción ordinaria y la especial.

108.—Notemos, por último, que en este artículo no quiso ya el legislador confundir la jurisdicción ordinaria con la propia, para no incurrir en el absurdo de dar a entender que los jueces especiales no tenían jurisdicción propia

Art. 10. Sólo la jurisdicción ordinaria es prorrogable.

La jurisdicción de los Jueces privativos sólo se prorroga en asuntos y sobre personas que corresponden a su fuero, aunque el Juez propio sea de diverso territorio.

La jurisdicción de los Jueces no se prorroga para conocer en las instancias y grados que corresponden a otros Jueces superiores o inferiores.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

109. En el Código de 69, este artículo, que era el 8º, tenía un solo inciso, el primero. Los otros dos incisos se agregaron el año 78, copiando literalmente los artículos 88 y 89 del Código Peruano.

El concepto consignado en el inciso 1º, en términos tan generales, es inexacto; pues la jurisdicción especial puede también prorrogarse casi en los mismos casos que la ordinaria. Relacionando este inciso con el segundo, compréndese que el legislador quiso decir, siguiendo la doctrina más generalmente admitida por los expositores antiguos (Nº 76), que la jurisdicción ordinaria podía prorrogarse para asuntos de fuero especial, mas no la espe-

cial para los de fuero ordinario. Pero como aquella doctrina refiérese sólo a lo que nuestro legislador llama **prorrogación voluntaria**, la regla de este inciso, puesta en términos tan generales que comprenden ambas especies de prorrogación, es falsa en cuanto a la legal.

Así, seguida una ejecución ante un Juez de Comercio (cuando lo teníamos), éste conocía, por prorrogación legal, de las tercerías civiles propuestas en el juicio mercantil, en virtud de que **el juez de lo principal es juez de los incidentes**.

Y conforme al mismo principio, el juez de lo penal conoce de las reclamaciones civiles sobre indemnizaciones pecunarias debidas en razón del hecho criminal.

Aun con respecto a la prorrogación voluntaria, la regla no tiene razón de ser y aplicación sino en una esfera muy limitada, como lo veremos al tratar del inciso final del Art. 16, expedido por la legislatura de 1890. Por la cual, sería conveniente eliminarla del Código, o enunciarla con la limitación que le corresponde, respetando el principio prevaleciente en la doctrina moderna de que tan incompetente es el juez ordinario para asuntos especiales, como el especial para los ordinarios.

110.—El inciso tercero contiene un principio inconcuso de Derecho Práctico, cuyos fundamentos y aplicaciones conocemos ya (Nº 79) (a).

(a) La Ley de Enj. de España dice: "Art. 54. La jurisdicción civil podrá prorrogarse a Juez o Tribunal que, por razón de la materia, de la cantidad objeto del litigio y de la jerarquía que tenga en el orden judicial, pueda conocer del asunto que ante él se proponga".

La Org. Jud. de Honduras tiene artículo idéntico (143), agregando: "La jurisdicción criminal es improrrogable".

La de Chile: "Art. 237. La prórroga de jurisdicción sólo puede tener lugar cuando el tribunal a quien se otorga ejerce una jurisdicción análoga a la del tribunal a quien por la ley corresponde rigurosamente el conocimiento del asunto".

Art. 11. La prorrogación puede ser legal o voluntaria, y ésta, expresa o tácita.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

111.—Es el Art. 9º del Código de 69.

La prorrogación legal, si tiene alguna utilidad en teoría, para la más clara y metódico exposición de los principios, ha sido universalmente omitida o silenciada en las legislaciones modernas. Ella, en efecto, no es sino, como ya lo hemos visto, la aplicación de algunos de los axiomas fundamentales de la competencia; y, por lo mismo, consignados o admitidos esos axiomas en la ley, es innecesario que ésta entre en distinciones y clasificaciones, que la complican, sin ninguna utilidad práctica. (Nos. 71 y 83).

Ni en el Código Peruano ni en otro que sepamos, excepto el Colombiano (a), se da el nombre de prorrogación a esa ampliación de la jurisdicción, fundada en la misma ley; y lo único que se conoce con ese nombre es lo que en nuestro Código se denomina prorrogación voluntaria.

Así la Ley Orgánica de Chile dice: "Art. 235.— Un Tribunal que no es naturalmente competente para cono-

Análogas reglas tienen México (Art. 160). Salvador (Art. 30). Bolivia (Art. 26). Costa Rica (Art. 124).

El Código Argentino de Proced. dice simplemente: "Art. 1º. La jurisdicción conferida a los Tribunales de Justicia de la Capital es improrrogable. Exceptúase la jurisdicción territorial que podrá ser prorrogada de conformidad de partes".

(a) Código Judicial Colombiano: "Art. 165. En cuanto a los asuntos en que se atiende a la naturaleza de la causa, la jurisdicción se prorroga únicamente en los casos de reconvención, tercera y acumulación legalmente decretada".

cer de un determinado asunto, puede llegar a serlo si para ello se le prorroga la jurisdicción.

La prórroga de jurisdicción se verifica cuando las partes expresa o tácitamente convienen en ser juzgadas por un tribunal diverso de aquel a quien según la ley corresponde el conocimiento del asunto."

Y en análogo sentido se expresan generalmente los Códigos modernos.

Hasta Escriche, mentor habitual de los legisladores hispano-americanos, dice: "**Jurisdicción prorrogada.** La que siendo incompetente se hace competente por voluntad de los litigantes."

Nuestro legislador siguió en esta parte el método de Dalloz, Caravantes y otros autores, como lo indicamos en la Parte Doctrinal. (Nº 71).

Art. 12. La prorrogación legal se verifica cuando las personas sujetas a la jurisdicción de los Jueces de una sección territorial determinada, tienen que someterse a la de los Jueces de la sección más inmediata, por falta o impedimento de aquéllos.

También se verifica esta prórroga cuando el demandante es reconvenido por el demandado ante el mismo Juez, siempre que éste no sea incompetente por razón de la cuantía o de la materia sobre que verse la reconvención.

Sin embargo de lo dispuesto en el inciso anterior, se prorroga la jurisdicción de los Jueces Municipales sobre los asuntos de menor cuantía que se les someten por reconvención, o que llegan a ser incidentes de la causa principal.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

112.—De estas reglas se hacían dos artículos en el Código de 69; el diez, con los dos primeros incisos, y el 11. Mas lógica es la forma actual, porque el último inciso se refiere al mismo supuesto considerado por el anterior, y establece sólo una modificación o excepción de la propia regla.

El inciso primero podría más bien consignarse en artículo aparte, si no se prefiriera eliminarlo completamente.

Estudiemos cada uno de los incisos:

Inciso 1º—Según nuestro actual sistema de organización judicial, este inciso concuerda con los artículos 38 y 62 de la Ley Orgánica, y con el 256 del Código de Enj. en Mat. Criminal, relativo al Jurado.

El estudio que hicimos de la prorrogación (Nº 70) y de las diferencias esenciales que la distinguen de la subrogación (Nº 84), evidencia que lo que en este inciso se llama **prorrogación**, no es sino una verdadera subrogación.

Al organizar el Poder Judicial, es indispensable determinar quiénes han de reemplazar a los jueces territoriales cuando éstos falten accidentalmente o estén impedidos. Atendiendo a esta necesidad, dispone nuestra Ley Orgánica que a los Magistrados de las Cortes les subroga el respectivo Ministro Fiscal, y que, si también éste falta o está impedido, el Tribunal (o la sala, en su caso) nombre para Conjuez a un abogado. Y para el evento en que no haya ningún abogado expedito en la provincia en que resida la Corte Superior, dispone en el artículo 38 que se remita la causa a la Corte más inmediata.

En el artículo 62 atiende a la misma necesidad con respecto a los jueces de parroquia, ordenando que, por falta o impedimento del uno, le **subrogue** el otro; que si ambos faltan o están impedidos, intervengan los suplentes, y que, si no hay principales ni suplentes hábiles, pase la causa al juez de la parroquia más próxima.

El artículo 256 del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal da una regla análoga para las causas de Jurados, disponiendo que, cuando no haya suficiente número de éstos en la provincia respectiva, pase el proceso a la inmediata.

Con respecto a los otros jueces y a los demás funcionarios del Poder Judicial, la Ley Orgánica adopta diversos medios. Así para el caso de faltar o estar impedidos todos los Alcaldes Municipales de un cantón, manda

que sean subrogantes los Concejeros Municipales, según el orden de su nombramiento.

Pero a quién pudiera ocurrírsele decir que cuando un Concejero reemplaza a los Alcaldes, hay prorrogación de jurisdicción?... ¿Puede acaso prorrogarse jurisdicción a quien no es juez?...

Recordemos los demás axiomas o reglas de la prorrogación. El juez a quien se ha prorrogado la jurisdicción —dijimos y lo dice también el Código en el artículo 17— excluye a cualquier otro; lo cual significa que, radicada la causa ante el juez prorrogado, éste ha de conocer de ella hasta el fin. Si A, domiciliado en Quito, es demandado en Ambato, y prorroga la jurisdicción, el juez de Ambato se hace juez de la causa, y el de Quito queda definitivamente excluido de ella.

Por el contrario, si por falta de los jueces de una parroquia, conoce de una causa el de la parroquia inmediata, la intervención de éste es enteramente precaria, y cesa al momento en que desaparece la falta o impedimento, como lo prescribe expresamente el mismo Código en el N° 2° del artículo 29.

Los jueces de la parroquia inmediata no son, pues, para el efecto de que tratamos, otra cosa que suplentes en segundo grado.

Y precisamente porque tienen el carácter de suplentes, ocupan el lugar del principal, aunque no viajen materialmente, es decir, ejercen jurisdicción en el territorio de éste, y pueden practicar allí inspecciones, etc.; así como el Alcalde Cantonal, que reemplaza al Juez de Letras, se hace, para ese efecto, juez provincial. (N° 84, 5°).

Todo lo contrario de lo que pasa en el caso de prorrogación. Así, en el ejemplo anterior, el juez de Ambato no podría absolutamente ejercer actos jurisdiccionales en Quito.

La intervención de los jueces de la sección más inmediata puede tener lugar en cualquier estado de la cau-

sa, y aplicarse simultáneamente a todos los juicios pendientes en un juzgado; mientras la prorrogación no puede efectuarse sino al contestar a la demanda, y se refiere siempre a un asunto determinado.

Es, por tanto, un error palmario, no sólo contra los principios jurídicos, sino contra el sistema del mismo Código, declarar que hay prorrogación en el caso de que tratamos.

En la Ley Orgánica Judicial de Bolivia (Art. 28), en la de Chile (Art. 125), en el Código de Portugal (Art. 31), etc., se adoptan análogas formas de subrogación, sin incurrir ni remotamente en la confusión de ideas en que cae nuestro Código en este punto.

113.—Consideremos ahora una cuestión práctica que ha ocasionado dudas en el foro. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial, si falta uno de los Alcaldes Municipales, debe subrogarle cualquiera de los otros; si todos faltan, siguen como subrogantes, por su orden, los Concejeros. Pero si llegan a faltar todos los Alcaldes y Concejeros, ¿deberá, según el artículo que analizamos, pasar la causa a los jueces de la sección territorial inmediata?

El artículo no lo dice ni puede decirlo, porque establecer y reglar la subrogación de los jueces es asunto esencialmente orgánico, y propio, por lo mismo, no del Código de Enjuiciamientos, sino de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No dice, pues, el artículo qué cuando falten los jueces de una sección, serán reemplazados por los de la inmediata, sino que cuando tiene lugar ese reemplazo, hay prorrogación de jurisdicción. En otros términos, el artículo no establece reemplazo: lo supone ya establecido por la respectiva ley; y se limita a declarar que dicho reemplazo importa prorrogación de jurisdicción; lo cual, en nuestro concepto, es erróneo, según acabamos de verlo.

A la Ley Orgánica debemos, por tanto, recurrir para resolver la cuestión propuesta; y en esa ley no encon-

tramos regla general de que, por falta de los jueces principales y suplentes de una sección territorial, han de conocer de la causa los de la inmediata.

Para llenar la necesidad de la subrogación, la Ley Orgánica adopta diversos medios o sistemas: a los Jueces Letrados les subrogan los Alcaldes; a éstos los Concejeros; a los Parroquiales los de la parroquia inmediata; pero sin que pueda aplicarse a los unos lo que se establece respecto de los otros. Por tanto, no hay razón alguna legal, a no ser la de una remota analogía, para aplicar a los Alcaldes lo que el legislador ha dispuesto sólo respecto de los Jueces Parroquiales y de las Cortes Superiores, en los artículos 38 y 62.

La observación de que la causa quedaría sin jueces, sólo significa que la previsión del legislador no ha sido ilimitada, como no lo es aun en casos más graves, v. gr. en la subrogación del Presidente de la República. Tanto más, cuanto, siendo considerable el número de los Concejeros principales y suplentes, se explica que el legislador no se haya preocupado de prever la difícil hipótesis de que todos ellos lleguen a faltar.

Mas ya que ésta se ha realizado, convendría que el legislador la tomase en cuenta al reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial.

114.—Incisos 2º y 3º—El inciso segundo concuerda con los artículos 127 y 463 de este Código, que permiten y reglan la **reconvención**, conexas o inconexas, cuya significación jurídica ya conocemos (Nº 48); y el tercero, con el 565, que aplica a las tercerías el principio jurídico de que el juez de lo principal es juez de los incidentes.

Relacionados los dos incisos, redúcese la doctrina del Código a las siguientes conclusiones:

1º—La reconvención, conexas o inconexas, da lugar a la prorrogación de la competencia territorial;

2'—Prorroga también la competencia de la jurisdicción de mayor cuantía para asuntos de menor cuantía; pero no viceversa;

3'—Puede prorrogarse la jurisdicción por la cuantía, en virtud del principio de que el juez de lo principal lo es de los incidentes;

4'—Puede haber a la vez prorrogación por el territorio y por la cuantía;

5'—No hay prorrogación legal por la materia.

Hagamos ahora algunas observaciones con respecto a cada una de ellas.

115.—1'—La regla de que el juez de la demanda principal es competente para la reconvencción, se encuentra consignada generalmente en las legislaciones antiguas y modernas. Sólo que algunas de ellas la limitan, como ya observamos (Nº 48), a la reconvencción conexa; y a esta opinión nos inclinamos, en el campo de los principios, por creerla más conforme a la razón y a la justicia.

Si puede o no admitirse en un proceso reconvencción inconexa, aun supuesta la competencia del juez, ha sido cuestión discutida y de distintos modos resuelta en el derecho francés. Las leyes vigentes nada dicen al respecto de un modo claro, y la doctrina se ha dividido en tres sistemas diversos; pero la resolución negativa, sostenida por la generalidad de los expositores modernos, está prevaleciendo en la actual jurisprudencia. El Código Italiano consigna de un modo expreso la misma resolución negativa, en el artículo 100; y algunos Códigos del nuevo mundo, como el de Costa Rica (Art. 240), han seguido ese ejemplo.

El Derecho Español, por el contrario, ha dado ancho campo a la reconvencción; y en él se han inspirado nuestro Código y la mayor parte de los hispano-americanos.

Nuestra opinión, someramente enunciada en la parte doctrinal, es intermedia entre los dos extremos. Juz-

gamos, que supuesta la competencia del juez, debe admitirse la reconvención inconexa; que se la puede admitir también, cuando la incompetencia del juez se subsane por la prorrogación voluntaria; pero que la virtud de prorrogar la jurisdicción por el ministerio de la ley, es decir, la **prorrogación legal**, debe reservarse sólo a la conexa. Aclaremos la doctrina con ejemplos:

X, domiciliado en Ambato, demanda en Quito a Z, domiciliado en esta ciudad, para el pago del precio de una alhaja; y Z reconviene a X por la entrega de ésta o por la resolución del contrato. Tenemos una reconvención conexa. Si las dos demandas se pusieran separadamente, siguiéndose en cada una de ellas el fuero del reo, podría pedirse después la acumulación de autos; y si al fin se hubieran de reunir las acciones, por medio de tan largo y engorroso rodeo, nada más racional que permitir esa misma reunión, por medio de la reconvención.

La unidad o conexidad de los asuntos hacen necesaria la unidad del juicio, aunque por ellas se sacrifique el principio de que el actor ha de seguir el fuero del reo; y queda así justificada la prorrogación legal.

Ahora supongamos el caso de la reconvención inconexa, es decir, de que la reclamación de Z contra X nada tenga que ver con el negocio de la alhaja, y verse sobre un asunto enteramente extraño. Nosotros decimos que si el juez es competente para ambas demandas, sea por el domicilio de las partes, sea por sometimiento voluntario de ellas, etc., no hay inconveniente, y sí más bien algunas ventajas, para que se las sustancie y decida en una sola cuerda. Mas, si el fuero de las dos partes es diverso, como supusimos en el primer ejemplo, nos parece que el reclamante Z debiera respetar el fuero de X, así como éste respetó el de aquél. Es decir, no debiera en este caso haber prorrogación legal de jurisdicción.

Nuestro Código, siguiendo la doctrina española, no entra en estas distinciones; y da aún a la reconvención

inconexa el efecto de prorrogar la jurisdicción, exceptuando sólo el caso de incompetencia por la cuantía o por la materia.

El erudito y notable expositor español López Moreno, sosteniendo esa doctrina, dice así: "Se ha discutido largamente por los tratadistas la razón que pudiera existir para obligar al actor a someterse en la reconven-
"ción a la competencia del juez ante quien interpuso su
"demanda.

"No parece difícil encontrar el motivo que lo justifique. Sólo el afán casuístico y escolástico pudo obscur-
"recerlo.

"La defensa ha de hacerse en donde el ataque se produce, siendo simultánea de él. La defensa autoriza, no solamente para rechazar los ataques dirigidos, parando los golpes asestados, sino también a dirigir nuevos golpes al adversario para debilitarle. El actor no puede quejarse ni extrañarse de que se le ataque en el mismo estadio y ante los jueces mismos que él acata, sea cual fuere la causa de su acción. El los eligió al proponer su demanda. Si son buenos para juzgar las acciones que le favorecen, ¿por qué no ha de serlo igualmente para aquellas que le perjudican?" (Principios fundamentales del Procedimiento Civil y Criminal. T. I., Pág. 556).

Esta argumentación, empleada también, aunque con menos galanura, por otros autores españoles, nos viene desde Alfonso el Sabio: "Et esto tovieron por bien et por razón los sabios antiguos, porque bien así como al demandador plogo de alcanzar derecho ante aquel judgador, que así lo sea tenudo de responder antél".... decía la L. 32, T. II., Part. 3.

No es, empero, en nuestro concepto, satisfactoria esa argumentación, por cuanto el actor no hace elección del juez, y tiene que seguir el fuero del reo, sacrificando muchas veces sus facilidades y conveniencias. No hay ra-

zón, por tanto, para suponer que, por el mero hecho de dirigirse a ese fuero, el actor ha renunciado el suyo para las demandas que contra él se propongan. Y lejos de haber fundamento para imponer al actor tal renuncia, una justa reciprocidad, basada en el principio de la igualdad de medios y facilidades que deben procurarse a las dos partes, exige que el reo, que pretende demandar al actor, tenga también que dirigirse al domicilio de éste.

Otros, con Escriche, alegan el argumento de que la prorrogación de que tratamos es beneficiosa para el mismo actor reconvenido; pues tiende a evitar que el reo, por distraerle la atención y de un modo tal vez estratégico y malicioso, le obligue a seguir a la vez otro juicio en distinto lugar. Argumento falso, por cuanto al reo le es plenamente facultativo proponer su demanda en forma de reconvención, o bien por cuerda separada en el domicilio de su contrincante; y además porque, si se tratara de mirar por los intereses de éste, lo racional sería dejarle en libertad de prorrogar voluntariamente la jurisdicción o alegar la incompetencia.

Otros, en fin, fundan la prorrogación en la economía de gastos y molestias para las partes y la reducción del número de litigios; en lo cual están interesados la paz pública y el bienestar social. Observación cierta, pero de aquellas que por probar mucho nada prueban; e insuficiente para justificar la privación del importante derecho del fuero y de las facilidades y medios de defensa con que cada uno cuenta en su domicilio. Aparte de que, por lo tocante al interés de los litigantes, la economía de gastos y molestias (compensada con desventajas de otro género) debía dejarse siempre al criterio y voluntad de ellos.

Prescindiendo, pues, de la conexidad de los asuntos, no es fácil justificar la prorrogación legal de la jurisdicción en el caso de reconvención; la cual puede llegar a ser simplemente una represalia odiosa e injusta, si el actor,

domiciliado en lugar distante, se ha dirigido al fuero del reo, preparando su defensa sólo para el asunto que va a promover.

116.—2'—La conclusión segunda, relativa a la prorrogación de **quantitate ad quantitatem**, en virtud de la reconvencción, es conforme a la teoría que expusimos en la **Parte Doctrinal** (Nos. 48 y 82). Los Códigos modernos siguen generalmente la misma regla, aunque sin darle el nombre de prorrogación legal, como ya lo observamos (Nos. 71, 83 y 112).

117.—3'—Con respecto a la conclusión tercera, conforme también a la doctrina general, nos referimos a lo expuesto en el N° 47.

Notemos, sí, que ateniéndonos sólo al tenor de las palabras del artículo, podríamos suponer que el legislador ha creído aplicable el principio sólo al caso en que en un juicio de mayor cuantía ocurriese, como incidente, una cuestión de menor cuantía. Mas el Art. 565 del mismo Código dice: "De cualquier clase que sea la tercería, ora se proponga en el juicio ordinario, ora en el ejecutivo, es siempre un incidente; y como tal, se resolverá por el mismo Juez que conoce de lo principal, sin consideración a la cuantía." Lo cual evidencia que el legislador reconoce y admite de un modo absoluto el principio de que el juez de lo principal es juez de los incidentes; y por lo mismo, si ante un juez parroquial se ofrece, como tercería u otro incidente, una cuestión de mayor cuantía, el mismo juez es competente para decidirla (a).

118.—4'—La conclusión cuarta no es sino un lógico corolario de las precedentes. Si, por ejemplo, ante un Al-

(a) La Ley Orgánica de Costa Rica dispone que, si en un juicio de menor cuantía ocurre una reconvencción, compensación, tercería u otro incidente de mayor cuantía, se eleve todo el proceso al Juez superior, para que decida tanto el asunto principal, como el incidente. Art. 115.

Análoga regla tienen el Código Peruano actual, en el Art. 301, y el Colombiano, en el 165.

calde Municipal se deduce, en reconvención, una demanda que, propuesta separadamente, debiera ventilarse ante un juez parroquial de distinto cantón, la jurisdicción del Alcalde queda legalmente prorrogada por razón de la cuantía y del territorio.

119.—5'—La quinta no es muy conforme con los principios científicos; pues la aplicación de los axiomas de la competencia, fundados en la conexidad de los asuntos y la unidad del juicio, puede hacer indispensable la ampliación extraordinaria de los límites de la jurisdicción, llamada por nuestro Código prorrogación legal, (Nº 82).

Art. 13. El Juez que conoce de una causa sobre venta de una cosa mueble o raíz, es también competente para conocer de la evicción y saneamiento, sea cualquiera el fuero del vendedor o de la persona obligada.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

120.—Art. 120 de este Código.— Cgo. Civil Arts-1828, 1829, 1834, 1835, 1836, 1838, etc.

Cgo. de Proc. Francés, 59 y 181.— Español, 63.— Italiano, 100.— Belga, 50.— Argentino, 50.— Uruguayo, 47.— Peruano actual, 48.— De Bolivia, 29 (Ley Org.).— Venezuela, 41.— Nicaragua, 31.

Esta regla legal, que no existe en nuestro Código de 69 ni en el Peruano, se nos agregó el año 79, por seguir, según parece, como en muchos otros países se ha seguido, la doctrina francesa relativa a la **excepción de garantía**, poco conforme con el sistema de nuestra legislación adjetiva.

Para comprender bien el sentido de esta regla y juzgar de su conveniencia, recordemos la doctrina de la

ley sustantiva. El vendedor tiene obligación de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida; y si el comprador sufre **evicción**, es decir, si es privado de la cosa por sentencia judicial, debe el vendedor restituirle el precio e indemnizarle los perjuicios.

Para gozar de este derecho, el comprador, a quien un tercero le demanda la cosa vendida, debe citar al vendedor para que comparezca a defenderla. Si el vendedor comparece, se convierte en demandado, y el juicio se sigue con él; pero el comprador puede seguir interviniendo para la conservación de sus derechos. Si no comparece, el juicio continúa con el comprador demandado; pero en uno y otro caso la sentencia expedida sobre la reclamación del tercero surte efecto de cosa juzgada, tanto respecto del comprador, como del vendedor; de modo que, si ella es favorable al tercero, el comprador, fundado en la misma sentencia, reclama por cuerda separada, al vendedor, la restitución del precio y el pago de los perjuicios.

Si el comprador omite la citación al vendedor, nada puede reclamar contra éste, por razón de la sentencia que le priva de la cosa.

Síguese, por tanto, que en los casos de evicción se ventilan dos juicios sucesivos y distintos: primero, el del tercero contra el comprador, en el cual éste llama al vendedor para que le defienda; y después, el del comprador contra el vendedor, para los reembolsos e indemnizaciones a que da lugar la evicción.

121.—Ahora veamos cómo puede tener lugar la prorrogación. A vende a B un caballo en Tulcán, en donde las dos partes tienen su domicilio, y se compromete a cumplir en ese mismo lugar sus obligaciones. Posteriormente, el comprador B trasládase a Loja, y allí un tercero C, le propone demanda reivindicatoria del caballo. El comprador demandado pide que se cite al saneamiento al vendedor; y éste, prorrogada por la ley la jurisdicción, tiene que contestar la demanda en Loja y seguir allí el juicio.

Y si el juez de Loja acoge la demanda, ante él mismo tienen que ventilarse, en el segundo juicio, las indemnizaciones que constituyen el saneamiento por evicción.

Tal es el tenor literal y probablemente el espíritu de nuestro no muy claro Art. 13. El vendedor, que en el primer juicio —en el de la defensa— está en la disyuntiva de presentarse a sostener el juicio, como si él fuera el demandado, o someterse indefenso a las consecuencias del fallo que se expida; y que en el segundo juicio —en el de la indemnización o saneamiento propiamente dicho— es el único y verdadero demandado, está puesto por la ley fuera del axioma jurídico *actor sequitur forum rei*, que es una de las más fundamentales garantías del demandado. ¿Cuál la razón de esta excepción que con él ha querido hacer el Legislador?...

El Código impone al vendedor la obligación de defender al comprador; y el de Enjuiciamientos agrava esa obligación, convirtiéndola en la de defender al comprador donde quiera que éste fije su domicilio. Y como cada cual es libre para domiciliarse donde mejor le parezca, sigue-se que se deja a la voluntad o capricho del comprador la designación del lugar en que el vendedor ha de cumplir esa obligación; y que, en cierto modo, queda el vendedor aunado o ligado al comprador, y obligado a seguirle a donde éste tenga a bien trasladar su residencia.

Siendo como es la voluntad de las partes, expresa o tácita, la suprema ley de los contratantes, ninguna razón hay para suponer que, por el mero hecho de la venta, haya convenido el vendedor en colocarse en tan difícil situación; y a falta de declaración expresa, lo racional es creer que las partes procedieron en el concepto de que las cosas continuarían como estaban, y que la defensa judicial, caso de ser necesaria, debería efectuarse allí donde, al tiempo del contrato, hubiera podido promoverse el litigio.

Hay más: la prorrogación de que tratamos tendría lugar aun en el caso en que expresamente se determinara en el contrato de venta el lugar del cumplimiento de las obligaciones. El juez de ese lugar tendría entonces jurisdicción propia para conocer de la acción de saneamiento; pero, sin perjuicio de esa jurisdicción, cabría, según el artículo que nos ocupa, la prorrogación legal en favor de cualquiera otro juez ante quien el tercero reivindicante pudiese demandar al comprador: lo cual no es razonable. Tanto más, cuanto podría haber hasta connivencia entre el comprador y el tercero para plantear el litigio donde menos facilidades y medios de defensa tuviera el vendedor.

La citación al vendedor tiene por objeto el que pueda éste alegar sus excepciones. Así lo dice el artículo 120 de este Código. Y si el vendedor, convertido en demandado, puede deducir todas las excepciones que le favorezcan, ¿por qué se le niega una sola de éstas, en muchos casos de importancia decisiva, la declinatoria de jurisdicción, basada en el tradicional e inconcuso principio de que el actor ha de seguir el fuero del reo?...

En el Derecho francés se llama **garantía** la obligación impuesta por la ley a ciertas personas de defender a otras de un perjuicio que les amenaza o de indemnizarles un perjuicio ya realizado (a). En este sentido, el vendedor es garante del comprador a quien un tercero le disputa la cosa vendida; los codeudores solidarios o indivisibles, del codeudor contra quien se ha dirigido el

(a) "L' exception de garantie est une exception par laquelle un plaideur demande que l' examen de la question litigieuse soit retardé jusqu' á l' intervention, dans la cause, d' une autre personne qui lui doit garantie.

"La garantie est, dans un sens général, l' obligation dont une personne est tenue envers une autre de la mettre á l' abri d' un préjudice dont elle est menacée, et de l' indemniser si elle n' y réussit point. On appelle garant la personne tenue de cette obligation, garanti la personne envers laquelle elle existe". MOURLON PROCEDURE.—Nº 470.

acreedor por la totalidad de la deuda; y el deudor principal, del fiador a quien el acreedor le exige el pago de la deuda.

El comprador a quien un tercero suscita demanda sobre la cosa vendida, puede hacer uso de la garantía contra el vendedor, de dos modos: como acción, promoviendo juicio aparte contra el vendedor; o como excepción dilatoria, en el mismo juicio que contra él ha promovido el tercero. En el primer caso, el comprador debe sujetarse al fuero del vendedor, conforme al principio jurídico *actor sequitur forum rei*. En el segundo, la cuestión se ventila ante el juez de la demanda original, según los axiomas de que el juez de la acción es juez de la excepción, y el juez de lo principal es juez de los incidentes; pues en este caso las responsabilidades del vendedor se ventilan en la misma cuerda, como incidentes de la cuestión principal. La propia regla se observa en los demás casos de garantía.

Sin embargo, cuando aparece con evidencia que la demanda principal ha sido propuesta con la mira de arrancar de su fuero al garante, el artículo 181 le concede a éste el derecho de pedir que se envíe la causa al juez de su fuero. Restricción muy justa, pero ocasionada a numerosas y complicadas incidencias y aún a arbitrariedades y abusos.

El criterio de que las cuestiones sobre garantía constituyen mero incidente o accesorio de la demanda original, y como tales, deben estar sujetas al juez de esa demanda, ha inspirado en la generalidad de las legislaciones modernas, reglas análogas a la francesa, como lo manifiestan las disposiciones citadas al principio de este comentario. Y el Código Uruguayo, siguiendo ese mismo

criterio, extiende de un modo expreso la regla al caso del vendedor citado de evicción (a).

Entre nosotros el llamamiento al vendedor constituye también un incidente, pero para el mero efecto de la presentación o no presentación del vendedor. Si éste se presenta, se convierte en demandado, como si contra él se hubiera propuesto directamente la demanda; y la intervención posterior del comprador es enteramente accidental y secundaria en el juicio. Si no se presenta, nada más hay que hacer con él en ese juicio; y en uno y otro caso las responsabilidades o prestaciones mutuas del vendedor y el comprador se ventilan en juicio separado, entre las dos partes.

No existe, por tanto, en nuestro procedimiento, la razón de la unidad del juicio en que se basan los axiomas susodichos; y parece que sería más razonable respetar el fuero propio del vendedor, según las reglas generales.

Si la cosa demandada es raíz y la acción se propone ante el juez de la situación (*forum rei sitæ*), con arreglo al inciso 4º del artículo 35, desaparece toda dificultad; pues, sin necesidad de prorrogación, a ese juez están sujetos comprador y vendedor. Pero, según el sistema de nuestro Código, el tercero puede elegir entre el fuero de la situación y el del domicilio del demandado (elección que no se le concede en el Derecho francés ni en la generalidad de las legislaciones); y al elegir el fuero del domicilio, surgen todas las dificultades que hemos notado en esta disposición legal.

122.—Observemos, además, que, a ser razonable la prorrogación que nos ocupa, no debiera limitarse la regla legal a la compraventa; siendo así que la obligación

(a) "Art. 47. Los que hubiesen sido citados en garantía de cualquier especie, serán obligados a comparecer delante de los Jueces o Tribunales donde pende la demanda principal. Lo mismo sucederá si el vendedor citado de evicción saliere al pleito"—Cgo. Uruguayo.

de saneamiento puede tener también lugar en la permuta, en el arrendamiento, en la cesión de derechos, en las particiones, en las donaciones con causa onerosa, etc.

Esa acción, la de saneamiento, debería además, establecerse en favor del fiador, del tercer poseedor de la cosa hipotecada, del deudor solidario, etc., como en el Derecho francés, a fin de que la sentencia judicial pueda surtir efecto de cosa juzgada respecto de todas las partes en el negocio. Y en todo caso, el juicio de indemnización, que el comprador evicto necesita seguir contra el vendedor, convendría fuese verbal sumario y se siguiese en la misma cuerda del principal.

En el lugar correspondiente volveremos a tratar de este importante punto y de otros a que da lugar la conocida garantía.

123.—Notemos, por último, que los términos generales del artículo, y especialmente sus palabras finales: “sea cualquiera el fuero del vendedor o de la persona obligada,” dan a entender que la prorrogación de que se trata no se refiere únicamente al territorio. Si, por ejemplo, subsistiendo el fuero mercantil, el vendedor estuviera sujeto al juez de comercio, propuesta la demanda reivindicatoria ante el juez civil, a este mismo juez quedaría sometido el vendedor. Del propio modo, si el vendedor fuera el Fisco, propuesta la acción de un tercero ante la judicatura ordinaria, a ella estaría sujeto también el vendedor.

Art. 14. Se prorroga la jurisdicción del juez nombrado por tiempo determinado, hasta el día en que el sucesor entra a desempeñar su oficio.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

124.—Que la jurisdicción de los jueces nombrados por tiempo determinado continúa hasta que el sucesor

entra a desempeñar el cargo, es un principio de Derecho Público que debería estar más propiamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en el Código de Enjuiciamientos; pero llamar a eso prorrogación de jurisdicción es incurrir en una palmaria confusión de ideas, (Nº 81).

Establecida en nuestras instituciones políticas la regla fundamental de la alternabilidad en el ejercicio de los poderes públicos (Art. 4º de la Constitución), las funciones de los jueces están sujetas a duración limitada; y para que no pueda llegar el caso de quedar vacantes esos cargos y en acefalia el país, se ha establecido también, como parte complementaria del sistema de la alternabilidad, la regla de que, vencido el período legal, deba continuar el funcionario en el ejercicio del cargo hasta que el sucesor entre a desempeñarlo.

Pero esta continuación precaria del juez o de cualquier otro funcionario no puede de ningún modo confundirse con la prorrogación de jurisdicción.

Con arreglo a su mismo nombramiento e institución, conserva el juez el carácter de tal hasta que se posesione el sucesor; y subsistiendo el título, continúan también todas las atribuciones que le son anexas, como es la facultad de juzgar.

Si en esto hubiera prorrogación, sería en favor de quien no es ya juez, contra la definición consignada por el mismo Código en el Art. 4º, y contra el primero de los axiomas de la prorrogación, la cual supone esencialmente que hay un juez incompetente que pasa a ser competente por una circunstancia accidental.

En otros términos, si el individuo a quien, según nuestro artículo, se le prorrogá jurisdicción, es todavía juez, por el mismo hecho tiene jurisdicción propia, y si no lo es, no puede tenerla prorrogada.

De lo expuesto se sigue que, en el caso del artículo, la jurisdicción se extiende a todos los asuntos pendientes

o que en seguida se promuevan antes de que el sucesor se posesione del cargo; siendo así que la verdadera prorrogación se refiere sólo a un asunto determinado. Y el Juez que continúa hasta que le reemplace el sucesor, no le excluye a éste ni avoca definitivamente el asunto, y su intervención es puramente transitoria: lo cual es también contrario a los axiomas de la prorrogación y a lo que el mismo Código declara en el Art. 17.

El Código peruano da la propia regla respecto de la continuación del juez; pero no la considera como prorrogación (a).

Art. 15. La prorrogación voluntaria expresa se verifica cuando una persona que, no estando por razón de su domicilio sometida a la jurisdicción de un Juez, se somete a ella expresamente, bien al contestar la demanda, bien por haberse convenido en el contrato.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

125.—La regla jurídica de que es juez territorial competente aquel a quien las partes se han sometido voluntariamente, basada en los principios fundamentales que rigen la competencia, es de derecho universal; y, en una u otra forma, consta en todos los Códigos antiguos y modernos (b).

Nuestra regla legal, consignada en el Art. 12 del Código de 69, da lugar a las siguientes observaciones:

(a) Sólo en el Código Uruguayo (Art. 27) hemos encontrado que se denomine prorrogación de la jurisdicción esa continuación del juez.

(b) Hay muchos Códigos que, como el Peruano actual (Art. 40), el Mexicano (154), el Español (56), etc., sin entrar en distinciones sobre jurisdicción propia o prorrogada, comienzan sencillamente las reglas de la competencia, diciendo: "Es juez competente aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente".

1.—La prorrogación voluntaria expresa se refiere exclusivamente a la competencia territorial. Si el juez es incompetente por la materia, por la cuantía, por las personas o por el grado, no puede caber esta prorrogación, atento el tenor de este artículo (a).

En orden al fundamento de esta regla legal, y a las conclusiones a que pudiera llegarse en el terreno científico y de la conveniencia práctica, al tratarse de reformar la ley, debemos recordar lo expuesto en la parte doctrinal, Nos. 23, 40, 54, 76, 77, 78, 79, 80, 83, etc.

126.—2.—Aun la prorrogación relativa al territorio no puede tener lugar, según este artículo, sino cuando la incompetencia del juez proviene del **domicilio del demandado**; lo cual es manifiestamente contrario a los principios jurídicos que ya conocemos, y a la doctrina unánimemente seguida por las legislaciones y los expositores.

Una persona puede estar sujeta a determinado juez territorial, no sólo por su domicilio, sino por la situación de la cosa, por el lugar del cumplimiento de la obligación, etc. La demanda de pago de deudas hereditarias, por ejemplo, debe proponerse ante el juez del lugar de la apertura de la sucesión; las posesorias o relativas a linderos, curso de aguas, etc., ante el juez de la situación de la cosa (Art. 37); y en estos casos y otros análogos, ni con el consentimiento de las dos partes puede seguirse el juicio en otro lugar, según nuestro Código. Lo cual, repito, es contrario a los principios científicos y a la doctrina generalmente seguida en otras legislaciones; y, tanto más censurable, cuanto, según ya lo vimos, puede en estos mismos casos, caber prorrogación legal por reconvencción.

(a) En lo tocante a la materia, emitiremos nuestro parecer al comentar el inciso tercero del artículo siguiente.

La incompetencia territorial es relativa, como ya lo sabemos (Nº 40): atañe sólo al interés y conveniencia de las partes; pues ningún interés público exige que una cuestión civil se ventile en determinado lugar, y no en otro. Por tanto, no hay razón suficiente para restringir la libertad de los interesados de ventilar judicialmente sus cuestiones en el lugar que más les convenga.

Las palabras **por razón de su domicilio** debieran, pues, substituirse con **por razón del territorio**.

127.—3'—Según la parte final de este artículo, hay prorrogación cuando, al tiempo del contrato, se somete una persona a un juez distinto del de su domicilio; mas, según el Nº 3º del Art. 35, este mismo caso es de jurisdicción propia, o sea de fuero competente.

Esta anomalía depende de haberse seguido, aunque no con mucha exactitud, al Código peruano, en el cual figura también el caso, así entre los de prorrogación, determinados por el Art. 81, como en los del fuero competente de que tratan los Arts. 121 y 123.

Cuando estudiemos el Art. 35 volveremos a tocar este punto.

Art. 16. La prorrogación voluntaria tácita se verifica por contestarse la demanda sin declinar la jurisdicción, o por no acudir el demandado a su Juez para que entable la competencia.

También se verifica esta prorrogación respecto de la persona y bienes del que contrae una obligación subsidiaria, para asegurar la del deudor principal, a no ser que se hubiere pactado otra cosa en la escritura de la obligación subsidiaria.

Se prorroga, asimismo, la jurisdicción de los Jueces ordinarios, si habiéndose propuesto ante ellos una demanda propia de un Juzgado especial o privativo, el demandado no ha alegado expresamente esta falta dentro del término de proponer excepciones.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

128.—Inciso 1º—Que el consentimiento tácito puede, como el expreso, prorrogar la jurisdicción, es axioma.

jurídico universalmente reconocido, y consta en todas las leyes que establecen la prorrogación expresa.

El consentimiento tácito se revela por hechos positivos o negativos que legal o lógicamente lo suponen; y en esto hay alguna discrepancia en las diversas legislaciones. Según nuestro artículo, esos hechos son: **contestar la demanda sin declinar la jurisdicción, o no acudir al juez propio para que entable la competencia; es decir, no emplear la excepción declinatoria ni la acción inhibitoria**, cuyo significado conocemos ya (Nº 40).

El uso de la disyuntiva **o** en la ley es impropio, puesto que para la prorrogación se requieren **conjuntivamente** las dos condiciones negativas: que no se decline la jurisdicción, **ni** se acuda al juez propio con la acción inhibitoria.

Al contrario, para evitarla, basta uno sólo de esos medios, disyuntivamente; y la lógica enseña que, cuando para que una cosa suceda se requieren dos condiciones disyuntivas, para que la misma cosa no suceda, deben concurrir las condiciones contrarias, conjuntivas.

Debió, pues, decirse **ni** en vez de **o**.

Si el reo que no usa de ninguno de los dos medios, y se limita a guardar silencio, prorroga o no la jurisdicción, es problema que debemos resolver, comparando este artículo con el 31, después de estudiar el principio jurídico consignado en el 30.

Lo reservamos, por tanto, para ese lugar.

El Código del 69 establecía uno solo de los dos medios de prorrogar la jurisdicción, contestar la demanda ante el juez incompetente.

129.—Este Código decía así:

“Art. 13.—La prorrogación voluntaria tácita se verifica cuando la parte demandada contesta la demanda ante un juez ordinario incompetente por razón de domicilio.”

En el Código del 79 se modificó sustancialmente esta regla, haciendo mención, como era razonable, de la acción inhibitoria, por medio de la frase **o por no acudir el demandado**, etc.; y suprimiendo también con mucha razón la palabra **ordinario**, ya que entre jueces especiales del mismo orden cabe la prorrogación territorial voluntaria, lo mismo que entre los ordinarios. Pero, al propio tiempo, se suprimió la parte final **por razón de domicilio**.

A pesar de esto, parece indudable que la prorrogación voluntaria tácita debe entenderse limitada al mismo caso que la expresa, esto es, al de incompetencia por razón del domicilio; pues sería absurdo suponer que las partes pudieran hacer, por su consentimiento tácito, más de lo que pueden con el expreso. La naturaleza de la prorrogación tácita de que tratamos, es la misma que la de la expresa, y no puede aplicarse sino a idéntico género de casos.

Hasta nos inclinamos a creer que la supresión dependió sólo de haberse considerado innecesaria aquella frase, ya por estar consignada en el artículo anterior, ya porque el inciso siguiente de este mismo artículo, relativo a la obligación subsidiaria, se refiere también a la incompetencia por razón del domicilio, sin necesidad de que lo diga la ley. Lo cual manifiesta que el legislador procedía en el supuesto de que sólo respecto del domicilio podía haber prorrogación voluntaria.

130.—**Inciso 2º**—Dice aquí el Código que el fiador, por el hecho de la fianza, queda sujeto al fuero territorial del deudor principal, y consiente en ser demandado donde éste pudiera serlo; a menos que expresamente se haya reservado su propio fuero al tiempo del contrato.

Tal es el sentido de esta regla legal, no muy clara, inspirada por el inciso 6º del artículo 81 peruano (a);

(a) Código Peruano, "Art. 81. Se prorroga la jurisdicción del juez que no es propio: 6º Por otorgar fianza una persona de otro fuero, a no

pero su fundamento científico y razonable no hemos podido encontrarlo; pues no hallamos motivo suficiente para suponer que, por el mero hecho de la fianza el fiador ha asociado o aunado de tal manera su suerte a la del deudor, que se le deba reputar existente donde el deudor exista, como si los dos formaran una sola persona.

En el intervalo entre el contrato y la demanda, puede el deudor cambiar de domicilio, y constituirse en un lugar distante, que nadie pudo prever al tiempo del contrato, y en donde el fiador no cuente con medio alguno de defensa. ¿Qué razón habría, pues, para suponer que éste, sólo por dar la fianza, ha renunciado el importante beneficio del fuero y consentido en que se le pueda demandar donde quiera que el deudor principal fije su domicilio?

Y si el deudor ha renunciado el domicilio, como ordinariamente acontece, ¿cómo hemos de suponer que el fiador ha convenido en que se le pueda demandar en cualquier punto de la República en donde accidentalmente se encuentre el deudor?...

La voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos, como ya lo hemos recordado otras veces; y la primera de las reglas de interpretación de éstos es la de buscar ante todo aquella voluntad o intención.

En el caso de que tratamos, puede suceder que las partes hayan determinado el lugar para el pago o el en que haya de hacerse efectiva cualquier acción judicial proveniente del contrato, es decir, que hayan constituido el domicilio especial de que hablan el artículo 66 del Código Civil y el 35 N° 3° del de Enjuiciamientos. Aun así, el acreedor tendría derecho de demandar al deudor princi-

"ser que ésta se hubiese reservado expresamente en la escritura el privilegio de su fuero".

El Colombiano enuncia la idea con más claridad: "Art. 169. El fiador se somete implícitamente al juez competente para conocer de las demandas contra el principal obligado. Pero en el contrato mismo puede establecerse expresamente otra cosa.

pal, y por consiguiente, al fiador, no ante aquellos fueros especiales, adoptados en el contrato, sino en el domicilio general que el deudor tuviere a la fecha de la demanda, contra la intención de las partes clarísimamente manifestada en aquellas estipulaciones.

Si, conforme a nuestras leyes, las acciones del acreedor contra el deudor principal y contra el fiador debieran ventilarse en la misma cuerda, como se establece en otras legislaciones, la unidad del proceso haría indispensable la unidad del fuero; y podría quedar justificada la prorrogación, pero ni aun así como voluntaria, sino como legal. Mas como tal unidad de proceso no existe, y las acciones del acreedor deben ventilarse separadamente, no hay razón alguna que abone esa renuncia de domicilio que tan infundadamente se le atribuye al fiador (a).

La renuncia de un derecho concedido por la ley debe ser expresa, dicen los expositores; y no puede presumirse o deducirse sino cuando las circunstancias del caso lo establezcan de modo indubitable. (Dalloz, T. I., N° 443; Pothier, Des Oblg., N° 393; Laurent, T. 17, N° 446).

Sabemos ya (N° 121) lo que significa en el Derecho Francés la regla "*en matière de garantie, devant le juge on la demande originaire sera pendente*", consignada en los artículos 59 y 181 del Código de Procedimiento; según la cual, el fiador, demandado por el deudor principal, tiene derecho de hacer citar a éste para que comparezca a defenderle, pagando la deuda o proponiendo las excepciones que le asistan: derecho análogo al del comprador, del arrendatario, del cesionario, etc., en los casos de sa-

(a) La intervención simultánea del deudor principal y el fiador en el proceso promovido por el acreedor, podría ser muy conveniente desde varios puntos de vista, como lo observaremos oportunamente; ya para reglar las relaciones jurídicas de los dos, entre sí, y las de ellos con el acreedor, sin necesidad de dos o más procesos sucesivos, ya para la fácil aplicación de los principios relativos a la cosa juzgada, que tan graves problemas suscitan a este respecto.

neamiento por evicción, y muy conforme con la naturaleza de esos contratos y con el sistema general de la legislación sustantiva. (Mourlon Procedure, 470 y siguientes; Garsonnet, T. II. S. CCCLXXXVII; Bonfils, 674 y siguientes).

Las demás legislaciones modernas, ampliando aquella regla, y considerando que la reclamación del acreedor contra el fiador es accesoria de la propuesta contra el deudor principal, la han sometido, de modo más o menos explícito, al juez que conoce en la demanda contra dicho deudor (a).

No es lo mismo obligación accesoria que cuestión judicial accesoria. La obligación del fiador es, en verdad, accesoria, respecto de la del deudor principal; pero la reclamación que contra él dirige el acreedor, constituye entre nosotros juicio aparte, y no mero incidente del juicio contra el deudor.

131.—Si hubiera razón para someterle al fiador al fuero del deudor principal, el caso debería ser de jurisdicción propia, agregándolo al Art. 35; o por lo menos, de prorrogación legal, como, según el Art. 13, es el del vendedor llamado a la defensa del comprador.

Todos los casos de jurisdicción propia o de prorrogación legal requieren algún hecho voluntario, en virtud del cual la ley determina o extiende la jurisdicción, sin que por eso pueda decirse que hay prorrogación volunta-

(a) El Código Español dice: "Art. 63 3º En las demandas sobre obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores, será Juez competente el que lo sea para conocer, o esté conociendo, de la obligación principal sobre que recayere".

Y en los mismos o análogos términos consignan la propia regla, el Código de Bélgica, Art. 50; el Italiano, 100; el Peruano actual, 48; el Uruguayo, 47.— El de Venezuela dice más claramente: "Art. 41. En materia de fiadores o garantías y en cualquier demanda accesoria, conocerá el tribunal donde esté pendiente la causa principal".

Y casi lo mismo el Argentino, 5º; el de Nicaragua 31; Honduras, 97; Costa Rica, 143.

ria. Voluntario es también el hecho de domiciliarse en determinada sección de la República, del cual se sigue la jurisdicción propia del juez de ese lugar; mas la prorrogación supone que, suscitada una cuestión judicial, el juez incompetente ante quien se la ha promovido, llega a ser competente por voluntad de las partes o por disposición de la ley, (Nº 177).

132.—Hasta en el uso de las palabras **persona y bienes**, es impropia la redacción del Código, porque en ningún caso se atiende para el fuero a los bienes con que el deudor ha de verificar el pago; y por el hecho mismo de estar una persona sujeta a un juez para el cumplimiento de su obligación, lo está con todos sus bienes.

133.—El Código no le libra al fiador de la pérdida de su fuero, sino cuando la reserva de éste se ha pactado en la escritura de la obligación subsidiaria. Es decir, exige prueba escrita de esta estipulación, independientemente de la cuantía del asunto y de las otras pruebas que puedan rendirse respecto de la obligación misma. Por medio de una absolución podría el fiador comprobar que se estipuló la reserva de su fuero; o pudiera también suceder que, no existiendo documento alguno que acredite la obligación, el acreedor se valiera de testigos o de la confesión del fiador, y que de estas pruebas resultara a la vez la estipulación de la reserva. ¿Qué razón habría para que no se le admitiese al fiador aquellas pruebas?...

El art. debió decir "a menos que se haya pactado otra cosa en el **contrato** relativo a la obligación subsidiaria;" es decir, debió emplear la palabra **contrato** en vez de **escritura**, como se hace en el Cgo. Colomb., Art. 169. Y quizá en este sentido debiera interpretarse la disposición, para evitar tan absurdas consecuencias.

Por cualquier medio legal que el fiador pruebe la obligación de que tratamos, su excepción debería ser admisible.

Así opina el Dr. Borja (José María) en su *Manual*, página 438.

134.—Si el acreedor demanda en el lugar del cumplimiento de la obligación, o en el de la situación de la cosa, o ante el juez a quien las partes se han sometido expresamente en el contrato, el juez tiene jurisdicción propia, tanto respecto del deudor principal, como del fiador, por cuanto el hecho constitutivo del fuero afecta igualmente a los dos; y no hay lugar a objeción ni dificultad.

135.—Si, con posterioridad al contrato, el deudor prorroga jurisdicción, voluntariamente o por reconvencción, la prorrogación no afecta al fiador; pues los términos de este artículo —y más claramente los de su modelo, el Peruano— dan a entender que someten al fiador sólo al fuero propio del deudor; y esto mismo es, según lo hemos visto, exagerado, duro y poco conforme con los principios.

Tenemos, por otra parte, el principio fundamental de que la prorrogación voluntaria no puede perjudicar a terceros, conforme al axioma jurídico *res inter alios acta aliis prodesse aut nocere non potest*. (Nº 72) (a).

136.—Inciso 3º—Tenemos aquí la prorrogación voluntaria tácita por razón de la materia; siendo así que, atento al tenor del Art. 15, no cabe la expresa; y según el 12, ni aun la legal, que es a veces imperiosamente exigida por la unidad de la cuestión y del juicio.

Para explicar esta anomalía en el sistema de nuestro Código, necesitamos conocer la historia de este inciso, agregado por la legislatura de 1890.

(a) La Ley Orgánica de Costa Rica consagra expresamente este principio, diciendo: "Art. 122. La prórroga de jurisdicción sólo surte sus efectos entre las personas que han concurrido a otorgarla, mas no respecto a otras personas, como los fiadores y codeudores".

Desde nuestro primer C. de Enjuiciamientos, hasta la ley reformativa de 1879, la incompetencia por la materia causaba en los procesos nulidad inallanable, que debía declararse de oficio en cualquier estado de la causa, tal como lo establece el Código Francés; lo cual, aunque rigurosamente ajustado a los principios, ocasionaba eternas dilaciones y graves inconvenientes prácticos, mientras teníamos jueces y procedimientos especiales para los asuntos mercantiles; y para ver de atenuarlos en algún tanto, el Código de 79 dispuso en su Art. 596 que, si propuesta ante un juez ordinario una demanda propia de uno especial, no se reclamaba en primera instancia, no se declararía la nulidad. Según esto, durante toda la primera instancia subsistía en las partes el derecho de alegar la incompetencia, y en el juez el deber de inhibirse aun de oficio.

En el Código de Comercio promulgado en 1882, hallamos la misma disposición (Art. 1101); y en los de Enjuiciamientos Civiles posteriores al del año 79 se la conservó también, hasta que la Legislatura de 1890 la suprimió, y agregó al Art. 16 el inciso que nos ocupa.

Con la doctrina introducida en este inciso, dió a entender el legislador que la incompetencia del juez ordinario para asuntos especiales no afectaba sino al interés privado de los litigantes; y como no se cuidó de armonizarla con las demás disposiciones que el Código contenía, quedó establecida la prorrogación tácita *ratione materiae*, siendo así que el Art. 15 —que no fué reformado— no permitía la expresa.

Pero como sería absurdo suponer que el consentimiento tácito de las partes pudiese valer más que el expreso, debemos admitir que esta reforma, introducida respecto de la prorrogación tácita, se extiende y aplica también a la expresa.

137.— Observemos, además, con respecto a este inciso:

1º—Que el mal que con él se creyó remediar se conjuró sólo en muy pequeña parte, porque no se estableció ni cabía establecerse prorrogación de la jurisdicción del juez especial para asuntos ordinarios; y así, aunque no podían anularse, por ser consideradas mercantiles, las causas seguidas ante jueces civiles, podía suceder y seguía aconteciendo lo contrario: se anulaban las causas mercantiles, porque otro juez o un Tribunal Superior las consideraba civiles.

Quedaban, además, subsistentes las excepciones dilatorias ante ambos fueros y las acciones inhibitorias, con sus correspondientes recursos de apelación y tercera instancia, y con las eternas demoras que en ellas sobrevénian. Y el mal no se curó radicalmente, sino cuando la Legislatura de 1909 acogió por unanimidad de votos y con verdadera complacencia la proposición que, como Senador, tuvimos la honra de hacerle de la abolición completa del fuero y del procedimiento mercantil, como lo explicaremos en el capítulo final de este tomo.

138.—2º—Que habiéndose tenido en mira para la reforma, única y exclusivamente, el evitar que se anulasen los procesos seguidos sobre asuntos mercantiles ante jueces ordinarios, se redactó la regla en términos mucho más generales, permitiendo la prorrogación de la jurisdicción ordinaria para los asuntos correspondientes a cualesquiera jueces especiales o privativos. Por manera que, si ante el Alcalde Municipal se propone una demanda que debiera ser conocida por el Juez de Letras (una demanda contra el Fisco, por ejemplo), cabría la prorrogación voluntaria; lo cual, aunque admitido por respetables expositores, como Caravantes (T. I., pág. 389), nos parece contrario a los principios jurídicos; ora por tratarse de una institución de orden público, como es el fuero especial de que el Fisco goza; ora porque el representante legal de éste tiene muy limitadas atribuciones, las

cuales, en nuestro concepto, no le autorizarían para esa renuncia. N° 72, 5'.

139.—3°—Que para esta prorrogación no exige el Código que el demandado conteste sin declinar la jurisdicción. Basta la condición puramente negativa de que no alegue la incompetencia.

140.—4°—Que, según el texto literal del Código, el tiempo de poder alegar la incompetencia es el de proponer excepciones. Pero como esa excepción es, por su naturaleza, **dilatoria**, deberá entenderse que el artículo se refiere al término de las **dilatorias**.

Art. 17. El Juez a quien se haya prorrogado la jurisdicción excluye a cualquier otro, y no puede eximirse del conocimiento de la causa.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Código de 69, Art. 14.—Código Peruano, Art. 82.—
L. O. de Chile, Art. 196.

141.—Ningún reparo tenemos que hacer en esta disposición legal, en la que se consignan dos de los principios jurídicos que rigen la materia de la prorrogación. (Nos. 70, 2° y 3°).

El juez a quien se haya prorrogado la jurisdicción, **excluye a cualquier otro**; es decir, hecha la prorrogación, queda la causa definitivamente radicada ante el juez prorrogado, hasta su conclusión, sin que tenga que contarse para nada con el que tenía jurisdicción propia en el asunto. Principio importantísimo que nos ha servido para establecer una de las diferencias esenciales entre la prorrogación y la subrogación, y para poner de manifiesto la confusión de ideas en que el Código incurre en el inciso 1° del artículo 12 y en el Art. 14.

En la segunda parte declara nuestro artículo que para la prorrogación de la jurisdicción no se necesita contar con la voluntad del juez a quien se la hace, ni tiene éste facultad de negarse a ejercerla; condenando así la antigua doctrina que sostenía lo contrario.

Art. 18. La jurisdicción acumulativa se ejerce por los Jueces Parroquiales, Alcaldes Municipales, Jueces Letrados, Tenientes Políticos, Comisarios Fiscales, e Intendente de Policía entre sí; de modo que el uno excluye al otro por la prevención.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Código del 69, Art. 16.

142.—Hasta la Legislatura de 1904 conservóse el artículo del Código de 69, que mencionaba sólo a los Alcaldes Municipales y Jueces Parroquiales; y para nada hacía falta la agregación de que esa Legislatura se preocupó. Hay más, el artículo mismo era innecesario; pues, definida la jurisdicción acumulativa, nadie podía ignorar qué jueces la ejercían, en cualquier lugar o tiempo.

A ser útil la tal reforma, debía consignársela en el Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal y en el de Policía, que tratan de la jurisdicción y de los jueces que la ejercen en su respectivo ramo.

Aun en la redacción resultó desgraciada la reforma. El *entre sí*, del antiguo artículo refiéresse a empleados de la misma clase: Alcaldes *entre sí*; Jueces Parroquiales *entre sí*. Mas si ahora entendemos del mismo modo el artículo, tropezamos con la dificultad de que en parte alguna de la República hay dos o más Intendentes de Policía, ni dos o más Tenientes Políticos. Y si el *entre sí* se refiere a empleados diversos, resulta que del mismo asunto pueden conocer todos los mencionados en el artículo, desde los Jueces Civiles hasta los Intendentes.

El Intendente, el Comisario y el Teniente de la respectiva sección territorial tienen jurisdicción preventiva: pero no había para qué introducir en el Código de Enjuiciamientos reglas propias del de Policía, consignadas también en éste.

Art. 19. En causas civiles tiene lugar la prevención por la notificación de la demanda al demandado, en la forma legal y en las criminales, se verifica, según el caso, bien por sorteo, bien por haberse anticipado en el conocimiento de ellas, o bien con la notificación del auto cabeza de proceso al demandado, al Fiscal y al Defensor de reos presuntos.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

143.—Código de 69, Art. 17.— Código Peruano, 92.—Honduras, 99.— Salvador, 42.— Venezuela, 43.— Nicaragua, 36.

Como este Código es de Enjuiciamientos Civiles, el artículo que comentamos trataba, hasta 1904, sólo de la prevención en lo civil, tal como el Código de 69. La agregación que hoy tiene, hecha también por el Congreso de ese año, debía constar en el Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal, que da a conocer en lo que consiste el auto cabeza de proceso y la manera cómo puede incoarse el juicio criminal; y por lo que respecta a los asuntos de Policía, en el Código de esa materia.

Cuando del procedimiento penal tratemos, daremos la explicación correspondiente a la parte agregada.

Con respecto a la **prevención** en lo civil, nos referimos a lo expuesto en el N° 34.

Ahora notemos sólo, de acuerdo con lo que allá observamos, que la regla consignada en dicho artículo desmiente en algún tanto el tenor literal de la definición de jurisdicción acumulativa; pues el conocimiento de la causa queda, no precisamente al juez que se anticipa a cono-

cer en ella, sino al que se anticipa a hacer citar al demandado.

Art. 20. Ejercen la jurisdicción especial o preventiva los Jueces especiales, como los de Hacienda, de Cuentas, de Comercio, etc.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

144.—Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 11, inciso 3º; Código de 69, Art. 18.

Aquí confunde también el Código la jurisdicción especial con la privativa; y, lo mismo que en el Art. 9º, incurre en una repetición de palabras sin expresar idea alguna: ejercen jurisdicción especial los Jueces especiales, etc.

La Ley Orgánica del Poder Judicial hace la enumeración de los jueces especiales (a); y por ella se ve lo absurdo de confundir la jurisdicción especial con la privativa; pues los Jueces Letrados de Hacienda, sin embargo de ser especiales, ejercen jurisdicción acumulativa, como el mismo Código lo declara en el Art. 18.

Mas esto último es verdad sólo cuando existen dos o más Jueces Letrados, como pasa en algunas provincias. Si no hay sino uno, su jurisdicción, especial también, es al propio tiempo privativa, en los asuntos cuyo conocimiento a él exclusivamenet corresponden.

Art. 21. Ejercen la jurisdicción legal tanto los Jueces ordinarios como los especiales.

Art. 22. Ejercen la jurisdicción convencional los Jueces árbitros.

(a) "Son especiales los que componen el Tribunal de Cuentas, los Jurados, los Jueces Letrados de Hacienda, los Jueces de Comercio y todos aquellos a quien la ley concede el ejercicio de la jurisdicción coactiva". Ley Orgánica del P. J., Art. 11, inc. 3º.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

145.—Código de 69, arts. 19 y 20. Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 11, inciso 4º (a).

Definidas la jurisdicción legal y la convencional, estos dos artículos eran absolutamente innecesarios, y ninguna falta harían en el Código, al suprimirlos.

Recuérdese lo expuesto en los Nos. 35 y 101.

Art. 23. La jurisdicción legal se adquiere por elección o nombramiento hecho conforme a la Constitución o la ley; y la convencional, por compromiso.

Art. 24. Principia el ejercicio de la jurisdicción legal y de la convencional, desde que los Jueces toman posesión de su empleo o cargo.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

146.—Código de 69, Arts. 21 y 22.— Código Peruano, Arts. 14 y 15.— Colombiano, 149.— Ley Orgánica de Costa Rica, 21 y 111.

Nuestro Código hace distinción, en estos dos artículos, entre **adquirir** la jurisdicción y **principiar su ejercicio**. Adquirir es obtener el título que confiere al juez la respectiva función; principiar el ejercicio es tomar posesión del cargo, aceptándolo en la forma legal. (Nº 37).

Empleando la preposición **por**, quiere significar el Legislador en el Art. 23 que el nombramiento es la causa o la fuente, que, conforme al 24, empieza a producir sus efectos desde la aceptación y posesión (b).

(a) "Son árbitros los elegidos por las partes para que decidan los asuntos que les someten voluntariamente". Ley Org. del P. J.

(b) La Ley Orgánica de Costa Rica dice más claramente: "Art. 21. Todo empleado de la administración de justicia deberá prestar el juramento requerido por la Constitución. Prestado éste, queda instalado en el ejercicio de sus funciones"

Y después: "Art. 111. La facultad de administrar justicia se adquiere con el cargo a que está anexa, y se pierde o suspende para todos los negocios generales, cuando por cualquier motivo el Juez deja de serlo o queda suspendido temporalmente de sus funciones".

Por la misma razón, un abogado nombrado para juez queda impedido de ejercer la profesión, desde que toma posesión del cargo.

147.—Se toma posesión prometiendo ante la autoridad respectiva sostener y defender la Constitución y cumplir los deberes anexos al cargo. En nuestras Constituciones anteriores estaba prescrito el deber de todo funcionario de prestar esa promesa, que, por tal motivo, se la ha llamado siempre **constitucional**; en la vigente, de los años 1906 y 1907, se suprimió aquella disposición, por motivos que ignoramos.

Según el Art. 252 del Código Penal, el funcionario público que entra a ejercer sus funciones sin haber cumplido esa formalidad, incurre en la multa de cuarenta a cien sucres. Y según la ley especial de 28 de septiembre de 1905, el empleado público que no se posesiona dentro de treinta días, deja vacante el cargo, a menos que a la fecha del nombramiento esté ausente, en cuyo caso se aumenta a los treinta días el término de la distancia, que es de un día por cada treinta kilómetros.

148.—El **compromiso** de que trata la segunda parte del Art. 23, es el contrato en que las partes someten sus diferencias a la decisión de árbitros. En él debe hacerse la designación de las personas que han de desempeñar el cargo; pero, sea porque la omiten las partes, o porque las personas nombradas se excusan, o por otras causas, sucede con suma frecuencia que el nombramiento se hace por un acto posterior al compromiso.

Hay también casos en que hace el juez el nombramiento; sea por desacuerdo de las partes o por rebeldía de una de ellas, etc.

Los árbitros nombrados deben aceptar el cargo ante el juez, jurando desempeñarlo con rectitud; y desde entonces principia el ejercicio de su jurisdicción.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Arts. 73, 74, 78, 79 y 88.

Art. 25. La jurisdicción del Juez se suspende respecto de la causa sobre que se ejerce:

1º En los casos de excusa o recusación. En el primero, desde que la excusa conste de autos, hasta que se ejecutorie la providencia que declare sin lugar el impedimento, y en el segundo, desde que se notifique al Juez recusado el decreto en que se le pida informe:

2º Por el recurso de apelación, desde que se concede y se elevan los autos al superior, hasta que se devuelven, siempre que sea en los efectos suspensivo y devolutivo; y,

3º Cuando se promueve un juicio de competencia, desde que el Juez a quien se trata de inhibir, recibe el oficio en que se le provoca, hasta que se dirime.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

149.—Arts. 919 y 931 de este Código.—Código de 69, Art. 23.—Código Peruano, Art. 16.—Colombiano, 150 y 153.—L. O. de Costa Rica, 113.

Después de declarar el Código cómo se adquiere la jurisdicción, pasa a tratar de cómo se suspende y se pierde, inspirándose en el Código Peruano, que en todo esto le ha servido de modelo.

Divide la suspensión y la pérdida en **parciales y totales** (a). Las primeras se refieren a un asunto determinado, quedando el juez en pleno ejercicio de sus funciones respecto de los demás asuntos; por lo cual pudiéramos decir que atañen, más bien a la competencia, que a la jurisdicción. Las segundas, las totales, refiérense al ejercicio mismo del cargo, en general; y por tanto, a todos los asuntos comprendidos en las atribuciones del juez.

Concretándonos ahora a la suspensión parcial, objeto de este artículo, fijemos la atención en cada uno de los incisos.

150.—Inciso 1º—El Código señala casos en que el juez debe abstenerse de intervenir en ciertos asuntos; y

(a) Más propiamente, tal vez, podría decirse relativas y absolutas.

a la vez, concede a las partes el derecho de separarle de ellos (Art. 919).

Si el juez, cumpliendo ese deber legal, propone la excusa, queda suspensa su jurisdicción en el asunto, hasta que aquélla sea calificada por el juez competente. Si éste acepta la excusa, la **suspensión parcial** se convierte en **pérdida parcial** (Art. 28, inciso 2º); es decir, queda el juez definitivamente separado del asunto. Si la niega, termina la suspensión, y el juez continúa conociendo.

Hasta la Legislatura de 1911, el Código guardaba silencio respecto del caso de excusa; en lo cual había un vacío manifiesto, y aun incoherencia con lo establecido sobre la **pérdida parcial** en el caso segundo del Art. 28 (a):

Si el juez no se excusa, pero una de las partes promueve la recusación, se ventila este incidente, comenzándose por pedir al juez informe sobre el motivo alegado para la recusación; y la jurisdicción del juez queda suspensa desde que se notifica a éste el decreto en que se le hace esa petición.

Admitida la recusación, conviértese en **pérdida parcial** la **suspensión** de la jurisdicción.

Si pendiente la recusación o excusa, sigue el juez funcionando, ocasiona la nulidad del proceso por incompetencia de jurisdicción, y se hace responsable de las costas, aunque no resulte legal el motivo alegado. Además, en el caso de recusación, incurre en **usurpación de atribuciones**, y queda sujeto a la respectiva sanción penal (b).

Si teniendo el juez impedimento, no se excusa ni se le promueve recusación, la jurisdicción no se suspende;

(a) Decía así el inciso: "Por la recusación, desde que se notifica al Juez recusado el decreto en que se le pide informe".

(b) El Art. 224 del Código Penal dice: "El empleado público o juez que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo, antes que se decida la competencia o recusación, será castigado con multa de cuarenta a cien sures".

pero el juez, si ha procedido a sabiendas, incurre en pena de un mes a un año de prisión, según el Art. 238 del Código Penal.

151.—**Inciso 2º**—Por regla general, concedida la apelación de un fallo, suspéndese la ejecución de éste hasta que el juez o tribunal superior lo revoque o confirme; y eso significa, en el lenguaje jurídico, la **apelación en los efectos suspensivo y devolutivo**. Mas, por excepción, en ciertos asuntos urgentes, la apelación no impide que se ejecute el fallo, a condición de que, si el superior lo revoca, se deshaga o restituya ya lo hecho o recibido en virtud del fallo; y en tales casos se dice que la apelación se concede sólo en el efecto devolutivo. Art. 380 de este Código.

Cuando la apelación se concede en ambos efectos, se suspende la jurisdicción del juez desde que se elevan los autos al superior. Antes de esta elevación, puede el juez seguir funcionando, aunque esté ya concedido el recurso; pero deberá limitarse a remover los obstáculos para la inmediata remisión del proceso, y a despachar los incidentes cuya resolución requiere el estado mismo de la causa.

152.—**Inciso 3º**—El caso de este inciso es análogo al del primero, con la diferencia de que es otro juez quien, pretendiéndose competente para el asunto, promueve la separación del que ha empezado a conocer.

Ya sabemos en qué consiste la acción inhibitoria (Nº 40). Promovida ésta, el juez provocante oficia al provocado, exigiéndole que se inhiba del asunto; y así como en el caso del inciso primero, la suspensión comienza desde la notificación, en el del tercero empieza desde que el juez provocado recibe el oficio.

Si, recibido el oficio, sigue el juez funcionando, incurrirá en la sanción del artículo 224 del Código Penal, arriba citado, y el proceso es nulo, por falta de jurisdicción.

Art. 26. La jurisdicción del Juez se suspende totalmente:

1º Por declararse haber lugar a formación de causa contra el Juez;

2º Por licencia concedida al Juez por autoridad competente, desde que se obtiene hasta que termina; y

3º Por la suspensión de los derechos de ciudadanía, declarada judicialmente en última instancia.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

153.—Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 3º, Nos. 11 y 12.—Const., arts. 15 y 101.—Código Peruano, Art. 16.—Colomb., 151.—L. O. de Costa Rica, 25.

Sabemos ya que la suspensión total o absoluta se refiere al ejercicio mismo del cargo, y por consiguiente, a todos los asuntos comprendidos en las atribuciones del juez, o sea a la facultad de administrar justicia, sin relación a determinado negocio (a). Estudiemos ahora los casos en que tiene lugar:

1º—Según el N° 1º del Art. 15 de la Constitución, por declararse haber lugar a formación de causa contra un funcionario público, se suspenden los derechos de ciudadanía, sea cualquiera la infracción de que se trate; y, suspensa la ciudadanía, no puede ejercerse la Judicatura, puesto que, ya por la Constitución (Art. 101), ya por la Ley Orgánica del Poder Judicial, para ser juez se requiere ser ciudadano en ejercicio.

Queda, por cierto, el juez investido del cargo; y torna a ejercerlo, si se pronuncia sentencia absolutoria o una condenación que no lleve consigo la pérdida de la ciudadanía.

(a) La Ley Orgánica de Costa Rica dice, con más propiedad: "Art. 25.—Las funciones de los que administran justicia se suspenden:

"1º—Por haberse dictado contra ellos auto que dé lugar a formación de causa criminal etc."

Si la pena es corporal, aunque no cause aquella pérdida, el juez queda inhabilitado para serlo, mientras dure la condena, atento el N° 11 del Art. 3° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La declaración de haber lugar a formación de causa se llama técnicamente **auto motivado**.

154.—2°—El Código dice desde que se obtiene, pero creemos debe entenderse desde que se comunica la concesión al juez licenciado. Comunicada, los actos que ejecutara el juez serían nulos, por falta de jurisdicción, a menos que renunciara expresamente la licencia.

155.—3°—Este inciso guarda perfecta armonía con la Constitución Peruana (Arts. 39 y 40), pero no con la nuestra ni con nuestras leyes, según las cuales la suspensión de la ciudadanía no es en ningún caso materia de una declaración pronunciada por sentencia judicial (a).

Art. 27. El Juez pierde absolutamente la jurisdicción:

1° Por la pérdida de los derechos de ciudadanía, declarada judicialmente en última instancia;

2° Por renuncia del destino, desde que se notifica la admisión;

3° Por haber transcurrido el tiempo para el cual fué nombrado, salvo lo dispuesto en el Art. 14; y,

4° Por admitir el Juez otro destino público.

(a) La Constitución dice así: "Art. 15. Los derechos de ciudadanía se suspenden:

"1.—Por haberse declarado que ha lugar a formación de causa contra un funcionario público, o por habersele suspendido de sus funciones en virtud de sentencia ejecutoriada;

"2.—Por no haberse presentado, dentro del término legal, las cuentas de los caudales públicos que se hubiesen manejado, o por no haberse satisfecho el alcance que hubiere resultado en contra;

"3°—Por interdicción judicial; y,

"4°—En los demás casos que determinan las leyes".

En ninguno de estos casos la suspensión de la ciudadanía es objeto de una declaración judicial; y se opera por el ministerio de la ley, en virtud de otro hecho al cual es anexa.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

156.—Const., Arts. 14 y 101.—Código de 69, Art. 24.—Código del Perú, Art. 17.—Bolivia, 27 (L. O.)—Colombia, 151 (a)—Perú (L. O. actual), 45.—L. O. de Costa Rica, 24 y 111.

No hay propiedad en decir que en los casos de este artículo el juez pierde la jurisdicción; pues lo que se pierde es el empleo mismo o cargo de juez. En otros términos, lo que acontece es, no que el juez queda sin jurisdicción, sino que la persona que era juez, deja de serlo.

Este Art. estaría, por tanto, mejor en la ley Org. del P. J. (como en la actual legislación peruana) (b) que en el Cgo. de Enj. Y lo propio podemos decir de la suspensión total, que se refiere también al cargo mismo de juez.

Estudiemos los casos de la pérdida.

1º De acuerdo también con la legislación peruana, exige nuestro inciso la condición de que la pérdida de la ciudadanía sea declarada en última instancia. Mas, según nuestras leyes, la pérdida más importante de la ciudadanía, que es la perpetua, no es judicialmente declarada, y se sigue por el ministerio de la ley, según el Art. 49 del Cgo. Penal, como efecto jurídico de toda condenación a reclusión o a prisión que pasa de seis meses (c).

(a) Este Código dice simplemente: "La jurisdicción se pierde absolutamente por cualquiera de las causas que privan del destino de Magistrado o de Juez"

(b) "Termina el cargo de Juez—dice el artículo 45 de la L. O. actual del Perú—: 1º Por separación; 2º Por jubilación o cesantía; 3º Por renuncia, desde que es aceptada; 4º Por definición dictada en juicio criminal."

(c) Dice así el Art.: "Toda sentencia que condene a reclusión, o a prisión que pase de seis meses, causa la pérdida de los derechos de ciudadanía."

"Los jueces y tribunales podrán, en los casos que determine este Código, imponer la pérdida de dichos derechos, por un término de tres a cinco años, aún cuando la prisión no pase de seis meses".

Tal condenación es, según el pensamiento de nuestra ley, una causa de indignidad de la ciudadanía, que, por sí misma, produce el efecto de la pérdida de ésta.

Sólo la pérdida temporal que los jueces imponen con arreglo al inciso segundo del citado artículo 49; esa pérdida que, según el espíritu de nuestra Constitución, y según su propia naturaleza, es, tal vez, una mera suspensión, puede llenar el requisito de la declaración judicial mencionada en este artículo.

La resolución judicial que la Constitución exige en el caso tercero del artículo 14, tiene que versar, no precisamente sobre la pérdida de la ciudadanía, sino sobre los actos de violencia, falsedad, compra de votos, etc.; y, declarado este hecho en la sentencia, la pérdida de la ciudadanía se sigue por el ministerio de la ley (a).

157.—2º—El Cgo. Peruano dijo desde que se admite; y nuestro Legislador que, con mucha razón, corrigió a su modelo en este punto, olvidó la misma corrección al tratar de la regla segunda del Art. 26, que versa sobre la licencia.

Atenta la disposición de este inciso, el empleado que renuncia debe seguir funcionando hasta que se le notifique la admisión.

Por disposición especial, los Ministros o Conjueces que han asistido a la relación de la causa, quedan obligados a sentenciarla, aunque renuncien el empleo u ob-

(a) La Constitución dice: "Art. 14. Los derechos de ciudadanía se pierden:

"1º Por entrar al servicio de Nación enemiga:

"2º Por naturalización en otro Estado:

"3º Por haber ejecutado actos de violencia, falsedad o corrupción en las elecciones populares; y, especialmente, por haber comprado o vendido el voto; en cuyos casos será necesario que preceda resolución judicial:

"4º Por haber sido condenado por fraude en el manejo de los caudales:

"públicos:

"5º Por quiebra declarada fraudulenta; y,

6º En los demás casos determinados por las leyes".

tengan licencia: es decir, conservan para ese solo efecto la jurisdicción. Exceptúanse los casos de destitución, imposibilidad mental o física que exceda de un mes, recusación o ausencia fuera de la República, o impedimento de ejercer la profesión. Art. 42 de la L. Org. del P. Judicial.

158.—3°—Nos ocupamos ya en el Art. 14 (N° 126), y ningún comentario ni explicación requiere este inciso.

159.—4°—El Código Peruano decía a este respecto: “Art. 18. Termina la jurisdicción por admitir el Juez un destino público **permanente incompatible con la judicatura.**” Y nuestro Legislador suprimió las últimas palabras, para dar mayor extensión a la regla.

Cabe que un juez laborioso y cumplidor de sus deberes pueda desempeñar algún otro cargo que de hecho no le imponga ocupaciones incompatibles, y que así se utilicen aptitudes que, a veces, no es fácil encontrar en otro individuo. Pero lo más común en la práctica es que el empeño de gozar de mejores emolumentos, induce a los empleados públicos a recargarse de atenciones diversas que no pueden ser bien desempeñadas simultáneamente.

Por esta consideración, sugerida por la experiencia, y con el propósito de cortar el mal por la raíz, consignóse en la Carta fundamental la regla de que “nadie podrá gozar de dos sueldos, ni aún a título de contrato, aunque sean diversas las Tesorerías y Colecturías que los pagan.” Art. 126.

En cuanto a los jueces, hemos tenido desde el año '78 la regla que comentamos; pero, según ella, si el que es nombrado juez tiene de antemano otro empleo, no lo pierde por el nombramiento, ni pierde tampoco la jurisdicción.

Con respecto a los Magistrados de las Cortes, la Ley Orgánica dice: “Art. 44. Los Ministros no pueden ejercer comisión alguna, ni tener otro empleo, conforme a la Constitución.” Y ésta: “Art. 110. Los Magis-

“trados de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores y los Ministros Jueces de Cuentas lo serán por seis años e indefinidamente reelegidos; más les está prohibido admitir otro empleo público durante el tiempo de su destino.” (a)

160.—El Código Peruano (y ahora la Ley Org.) agrega el caso de destitución decretada por autoridad competente.

Al estudiar nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, nos ocupamos en el importante y fundamental principio de la inamovilidad de los jueces, que hace tanto tiempo ha venido luchando, ya contra las preocupaciones doctrinarias, ya contra los intereses de la política. En el Derecho Francés ha prevalecido desde muy antiguo, aunque no sin fluctuaciones; pero en la época actual, ardorosamente defendido por los publicistas modernos, va consolidándose en todas partes, y figura en las constituciones o leyes de casi todos los pueblos cultos, y hasta en la Turquía y la Rusia.

Entre nosotros, el artículo 109 de la Constitución consagra ese principio en los siguientes términos: “Los Magistrados y Jueces son responsables de su conducta... No puede suspenderseles de sus destinos sin que preceda auto motivado, ni destituírseles sino en virtud de sentencia judicial.”

Destituír es, según la Academia, “separar a uno de su cargo como corrección o castigo.” Y en este sentido, ni la Constitución ni las leyes establecen caso alguno de destitución de los jueces; y lo único que cabe, según el artículo 5º de la Ley Orgánica, es la remoción de los nombrados sin los requisitos o con los impedimentos que la misma Ley o la Constitución determinan.

(a) La Ley Org. de Costa Rica dice terminantemente: en su artículo 11: “Los cargos de Magistrado, Juez de la instancia y Alcaldes son incompatibles con todo otro empleo público”.

La inamovilidad de los jueces no significa que el cargo ha de ser precisamente vitalicio: lo cual es otro importante problema en que también nos ocupamos entonces.

En la legislación peruana se reconoce otro caso de pérdida de la jurisdicción o, mejor dicho, terminación del cargo, la jubilación, establecida en esa República hace mucho tiempo, como en los principales países de Europa y América.

Art. 28. El Juez pierde la jurisdicción parcialmente:

1º En la causa para la cual ha sido declarado incompetente por sentencia o auto ejecutoriado:

2º En la causa en que se le ha admitido excusa o se ha declarado justa la recusación:

3º En la causa fenecida, cuando está ejecutada la sentencia.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Cgo. Peruano, Art. 19.—Colomb., 152.—Costa Rica, 112.

161.—La pérdida parcial es, como ya lo sabemos, la terminación de la jurisdicción respecto de un asunto determinado (a). Examinemos los casos de este artículo:

1º—Deducida la acción inhibitoria, suspéndese la jurisdicción del juez contra quien se dirige; y si llega a pronunciarse el fallo favorable, la suspensión se convierte en pérdida. (Nº 150) Si se hace uso de la excepción

(a) La Ley Orgánica de Costa Rica dice: Art. 112.—La jurisdicción se "pierde en causas determinadas:

"1º Cuando está fenecida la causa y ejecutada la sentencia.

"2º Cuando el Juez ha sido encargado por otro de practicar algunas diligencias, al quedar cumplido el encargo.

"3º Cuando por ser accesoría se mande pasar la causa al Juez que conoce de la principal.

"4º Cuando el Juez ha sido declarado inhábil a virtud de excusa, o de "recusación".

declinatoria, no hay suspensión, y conoce de ella el mismo juez; pero si éste se declara incompetente, ejecutoriado el fallo, termina también la jurisdicción.

2º—Propuestas la excusa o la recusación, se suspende la jurisdicción del Juez en el asunto de que se trata; admitidas, termina.

3º—Causa fenecida es la que ha terminado definitivamente. La ejecución de la sentencia es un hecho complejo, que puede dar lugar a incidentes y procedimientos posteriores, para todos los cuales conserva el juez la jurisdicción (Art. 342); v. gr., en los juicios ejecutivos, lo concerniente a la entrega de la cosa rematada, a la consignación de todo el contado, aunque estuviere ya pagado el acreedor, al cotejo de inventarios, complementario de aquella entrega, etc.

Si se tratare de exigir al rematante el pago de los dividendos a plazo, deberá seguirse ejecución separada.

Art. 29. Pierden también parcialmente la jurisdicción:

1º El Juez encargado por otro, conforme a la ley, de actuar algunas diligencias, luego que las hubiere actuado; y,

2º El Juez suplente, luego que cesa la causa de su intervención o es reemplazado por otro.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Cód. Peruano, Art. 20.—Colomb., 152.—Costa Rica, 112.

162.—Este artículo, copiado literalmente del Código Peruano, manifiesta la diferencia esencial que existe entre el juez suplente y el prorrogado, el cual, según el Art. 17, **excluye a cualquier otro**: y justifica las observaciones que hemos hecho respecto del inciso primero, del Art. 12 y del 14 (Nos. 112 y 124).

SECCION SEGUNDA

DEL FUERO COMPETENTE

163.—Nuestro Código sigue fielmente en esta parte al Peruano, hasta en la impropiedad del título o rúbrica que emplea para indicar la materia de esta sección. Si por **fuero** se entiende en el derecho moderno, como decía nuestro Código de 69, "la jurisdicción competente de un juez por razón de las personas, de las cosas y de la sección territorial en que se debe ejercer" (Art. 25), tenemos que significa lo mismo que **competencia**; y por tanto, la expresión **fuero competente** equivale a **competencia competente**.

Esa palabra tiene varias acepciones en el lenguaje jurídico, como ya lo observamos (Nº 42); y los expositores peruanos, con el fin de evitar el inconveniente que acabamos de anotar, la toman en un sentido más genérico, equivalente a **jurisdicción**, diciendo que es la potestad que tienen los jueces y tribunales para admitir, sustanciar y resolver las cuestiones que se les sometan (a).

En este sentido, el calificativo de **competente** sirve para pasar de lo abstracto a lo concreto; es decir, para enunciar la idea de la **competencia**, que es la misma juris-

(a) Así Dn. Miguel Antonio de La Loma, en su Diccionario de Jurisprudencia, dice: **Fuero competente**.—La facultad o poder que tiene un juez para "entender en ciertas y determinadas causas".

Y García Calderón, en el suyo: "**Fuero competente**.—La palabra **fuero** significa la jurisdicción o potestad que el juez tiene sobre ciertas personas y cosas.

"Se llama **competente**, cuando se ejerce sobre las personas y cosas que realmente están sometidas a la persona del juez; y es **incompetente**, cuando un juez "intenta ejercer autoridad sobre personas y cosas que por la ley están sometidas a otro juez".

dicción, concretada a ciertos asuntos o circunscrita dentro de ciertos límites (a).

Pero aun así resulta vicioso el sistema del Código en la nomenclatura; porque en esta sección se va a tratar, no de la competencia o de la jurisdicción competente, en todos sus aspectos, sino sólo de la que se limita y distribuye en razón del territorio.

Debió, por tanto, decir el Código: "Del fuero territorial" o "De la competencia territorial", para indicar con precisión la materia de que iba a tratar, y nada más (b).

Pasemos al examen de las disposiciones legales.

Art. 30. Toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante el Juez de su fuero.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

164.—Copiando literalmente el artículo 116 peruano, comienza nuestro Código por reconocer y aplicar el axioma general *actor sequitur forum rei*.

El axioma establece una obligación, y nuestro artículo un derecho; pero es porque en toda relación jurídica existe un derecho correlativo a la obligación. Si el actor tiene el deber de seguir el fuero del reo, el reo tiene derecho para que el actor siga ese fuero.

(a) Recuérdese lo que dijimos en el número 38.—Mattirolo, siguiendo a Dalloz, dice: "Competencia es la medida con que la jurisdicción se distribuye entre las varias autoridades judiciales" Y después añade: "De lo dicho hasta aquí, se deduce que la jurisdicción y la competencia son, y deben ser, esencialmente distintas entre sí. Tal distinción es con frecuencia desconocida en los libros de los escritores y en las sentencias de los magistrados, y tampoco ha sido exactamente guardada en el lenguaje del legislador patrio, que confunde con frecuencia y emplea mezclados los dos vocablos"

(b) El Código de 69 decía simplemente: "SECCION II.—DEL FUERO".—El Código de Venezuela dice también: "DEL FUERO COMPETENTE".

Por otra parte, toda obligación reviste la forma de derecho, para que no se exija más de lo comprendido en ella; y así, el que está obligado a comparecer ante cierto juez, por lo mismo tiene derecho a que no se le demande ante otro.

Tal es la forma empleada por nuestra ley para la enunciación de aquel inconcuso axioma, reconocido de modo expreso o tácito por todas las legislaciones, y cuyo sentido y fundamento filosófico estudiamos ya en la **Parte Doctrinal N° 43**.

Art. 31. Demandada una persona ante un Juez de distinto fuero, puede declinar la jurisdicción, o acudir a su Juez propio, para que entable competencia, o prorrogar la jurisdicción, en el modo y cosas en que puede hacerlo conforme a la ley.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Cgo. Peruano, Art. 117.

165.—Consignada la regla general del artículo precedente, prevé el Código el caso de que se la viole; y le franquea al reo los tres caminos que ya conocemos (Nos. 40 y 67): objetarle al juez la competencia, por medio de la excepción declinatoria, es decir, según la frase jurídica, **declinar la jurisdicción**: promover ante el juez competente la acción inhibitoria, a fin de que dicho juez reclame el conocimiento del asunto y se oponga a que el otro siga conociendo de la causa; o bien prorrogar la jurisdicción.

Las palabras finales: **en el modo y casos en que puede hacerlo conforme a la ley**, hacen relación a la doctrina que el Código sigue respecto a la prorrogación, restringiéndola indebidamente a muy limitados casos, como ya lo observaremos.

166.—Si el reo no oponè excepción alguna ni hace uso de la acción inhibitoria, y guarda silencio, es decir,

incurre en rebeldía, ¿prorroga la jurisdicción?—Nos inclinamos a la afirmativa, por las consideraciones siguientes:

1°—Porque esta disposición legal da a entender claramente que, de acuerdo con los principios, propuesta una demanda ante juez territorial incompetente, el reo tiene que hacer una de las tres cosas que ella indica: declinar la jurisdicción, promover el juicio de competencia o prorrogar la jurisdicción. Lo primero y lo segundo requieren una gestión, un acto positivo del demandado; lo tercero se sigue por el ministerio de la ley, por el hecho de no hacerse lo primero ni lo segundo.

2°—Porque la incompetencia territorial en lo civil no afecta al orden público, ni puede ser declarada de oficio. Alegarla o no alegarla es un derecho del demandado; derecho que constituye una excepción dilatoria; y el no uso de ese derecho en tiempo oportuno, significa jurídicamente la pérdida o renuncia del derecho.

3°—Porque, como dijimos antes (Nº 73), aunque el juez no sea competente, no puede el demandado menospreciar la citación, que importa un llamamiento de la autoridad, y dejar que se hagan diligencias y gastos inútiles, y que el juez y demás empleados de justicia ocupen en vano su tiempo y su atención. El traslado de la demanda le pone al demandado en el deber de obrar y hacer uso de sus derechos; y el no usar de ellos en el término respectivo, significa en este caso renunciarlos.

En contra puede alegarse que el Art. 16 exige que el demandado conteste a la demanda sin declinar la jurisdicción. Mas esta objeción se debilita por la forma disyuntiva en que el mismo artículo consigna los requisitos para la prorrogación; y además, porque, según el inciso tercero, es evidente que el reo rebelde prorroga la jurisdicción por la materia (Nos. 136 y 139); y sería absurdo que la rebeldía surtiera ese efecto en la incompetencia *ratione materiæ*, y no en la territorial.

Si se considera aceptable la doctrina que sostenemos, convendría eliminar del inciso primero del Art. 16: las palabras **por contestar a la demanda** (a).

167.—Discuten los expositores si, siendo el juez incompetente, a la vez, por la materia y por el territorio, el hecho de alegar una sola de las incompetencias, importa prorrogación tácita de la otra. Caravantes cree que no, respetando la opinión de los que juzgan lo contrario (T. I, pág. 272). Según nuestro derecho, deberíamos tal vez opinar del mismo modo, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 123, del cual trataremos en el lugar respectivo.

168.—Los dos medios que, según este artículo y el 16, tiene el demandado para impedir la prorrogación, deben emplearse en el término de las excepciones dilatorias. Con respecto a la excepción declinatoria, lo dice expresamente el Código en el Art. 123, en el 458, etc.; pues se trata de una excepción dilatoria como cualquier otra. Cuanto a la acción inhibitoria, no tenemos regla expresa; pero siendo, como es, sólo una diversa forma o manera de ejercer el mismo derecho, debe sujetarse naturalmente a.

(a) En el Derecho francés se llama *renvoi* la acción declinatoria; y se prescribe que el demandado debe alegarla antes de toda otra excepción o defensa (Art. 169); pero que, si la incompetencia es por razón de la materia, podrá ser alegada en cualquier estado de la causa, y el tribunal tendrá siempre el deber de inhibirse de oficio (Art. 170).

En el Código Español se admitió expresamente la doctrina que exige algún acto positivo para la prorrogación, diciendo así: "Art. 58.—Se entenderá hecha la sumisión tácita:

"1º—Por el demandante, en el mero hecho de acudir al juez interponiendo la demanda.

"2º—Por el demandado, en el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria".

Y esta doctrina ha sido seguida por la Ley Orgánica de Chile (Art. 241), y por muchos Códigos de la América Latina; pero algunos, como el Uruguayo (Art. 20), y la L. Org. actual del Perú (Art. 43), dan a entender que el silencio del reo bastaría para la prorrogación.

La L. Org. de Costa Rica (Art. 123) exige gestión positiva en los juicios que requieren la contestación del demandado; pero en los demás casos basta el no protestar en los tres días siguientes a la primera notificación.

idéntica regla. De otra manera, seguiríase el absurdo de que, por medio de aquella acción, podría alegarse la incompetencia y anularse la causa, en cualquier tiempo, y aun después de haber, tal vez, manifestado el reo su aquiescencia, procediendo a defenderse en cuanto a lo principal.

A esta opinión se inclina Caravantes, siguiendo la doctrina francesa y el Derecho romano, (T. I. Pg. 270).

Art. 32. El Juez del lugar donde tiene su domicilio el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra éste se promuevan.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

169.—Sentado en el Art. 30 el antecedente fundamental de que el actor debe seguir el fuero del reo, procede el Código a declarar en el 32 (37 del Código de 69), de acuerdo con los principios jurídicos y la doctrina universal, que el fuero del reo es el de su domicilio.

Sabemos ya en lo que éste consiste, considerado, ora en su concepto esencial y filosófico, ora conforme a las reglas expresas de nuestro Código Civil (Nº 52); y su institución misma desaparecería o no tendría razón de ser en las leyes, si no debiera surtir el efecto de someter al individuo a la jurisdicción del juez territorial respectivo.

Excusado es que cite mos las leyes extranjeras que hacen la misma declaración, porque no hay Código alguno que no la contenga. Sólo que en algunos se limita a las acciones personales, o bien a las muebles (sean personales o reales); y en otros se reconocen, como en el nuestro, a más del fuero del domicilio, diversos otros fueros, cuya elección se deja al demandante, según lo veremos al ocuparnos en el artículo 35.

En cuanto a esto, la variedad o discrepancia en las legislaciones es inmensa; por lo cual nos limitaremos a tomar en cuenta sólo ciertos tipos o modelos de los diversos sistemas.

El Código Peruano tiene, a primera vista, una diferencia notable en este punto; pues dice en el artículo 118: "El juez ordinario del lugar donde reside el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra él se promuevan." Pero los artículos siguientes dan a conocer que en aquél se ha confundido la residencia con el domicilio, el cual, según el Código Civil de esa República, "constitúyese por la habitación en un lugar con ánimo de permanecer en él" (artículo 45).

Art. 33. El que no tiene domicilio fijo puede ser demandado donde se le encuentre.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

170.—Nuestro Código Civil prevé el caso de que un individuo no tenga ánimo de permanecer en ningún lugar; y como no es posible que nadie esté exento de las relaciones jurídicas que entraña el domicilio, esto es, del sometimiento a determinada autoridad civil, dice en el Art. 65 que la **mera residencia** hará las veces de domicilio civil respecto a las personas que no lo tuvieron en otra parte.

En el lenguaje vulgar y según su etimología, la residencia entraña cierta idea de permanecer o continuar en un lugar. Viene de **residere**, volver a sentarse, tomar asiento; por lo cual el Diccionario Académico dice: "**Residir**. Estar de asiento en un lugar. Asistir uno personalmente en determinado lugar por razón de su empleo, dignidad o beneficio, ejerciéndolo."

Mas en nuestra ley sustantiva, conforme al pensamiento del Derecho francés, la residencia significa sólo el hecho de estar en determinado lugar; hecho que no produce el efecto jurídico del domicilio, sino cuando las circunstancias de que está rodeado hacen presumir el ánimo de permanecer (a).

El Código de Enjuiciamientos no ha hecho otra cosa en este artículo, que enunciar la misma idea del Civil, en términos más claros y más conformes con el lenguaje vulgar, copiados literalmente del Código Peruano, artículo 119.

En nuestro Código de 69 tenemos la propia regla en el artículo 27.

La Ley Orgánica de Costa Rica, artículo 137; el Código de Enjuiciamientos de Venezuela, artículo 32; el Colombiano, 160; y muchos otros tienen análoga regla. El de Alemania, artículo 21, dice: "La residencia que parezca prolongada hace veces de domicilio."

Art. 34. El que tiene domicilio en dos lugares distintos puede ser demandado en cualquiera de ellos.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

171.—Código de 69, artículo 28.—Código Colombiano, 160.—Peruano, artículo 120.—Ley Orgánica de Chile, artículo 218.

(a) Mourlon explica en estos términos la diferencia entre el dominio y la mera residencia:

"El domicilio no debe ser confundido con la residencia. Aquel es un derecho, ésta un hecho.

"La residencia, en un sentido propio y riguroso, está en el lugar en que uno se encuentra actualmente: ella se adquiere por la habitación, y se pierde con ésta. Yo resido allí donde yo estoy y en tanto que yo estoy.

"El dominio, por el contrario, es independiente de la habitación; no se adquiere ni se pierde necesariamente con ella. Así se puede estar domiciliado en un lugar en donde jamás se ha residido y que ni se lo conoce...." (REPETITIONS ECRITES SUR LE CODE CIVIL, T. I, Nº 321).

Todo cuanto expusimos acerca de la pluralidad de domicilios y de la división del domicilio en general y especial (Nº 53), nos sirve de explicación y comentario del artículo que nos ocupa: y no necesitamos repetirlo. Observamos sólo que, aplicada a la letra y sin limitación alguna, esta disposición legal, resultaría en discordancia con la del artículo 63 del Código sustantivo, que, de perfecto acuerdo con los principios científicos, dice: "Cuando concurren en varias secciones territoriales con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene. Pero si se trata de cosas que dicen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, solo ésta será, para tales casos, el domicilio civil del individuo."

La restricción consignada en la segunda parte de este artículo deberemos hacerla también al aplicar el 34 del Código adjetivo, para procurar entre las dos leyes la respectiva correspondencia y armonía. Por tanto, si la demanda se refiere a un asunto que no dice relación especial a ninguna de las dos secciones en que el demandado tiene el asiento de sus negocios, o que se relaciona con ambas, podrá el actor elegir entre esos dos fueros del reo; pero si el demandado tiene sólo un domicilio principal, en donde se encuentra el centro de su actividad civil y el conjunto de sus relaciones y negocios, y además uno o más especiales para determinados asuntos, la demanda no podrá proponerse en ninguno de los especiales, a menos que tenga relación con esos mismos asuntos especiales.

Respecto a una materia extraña al domicilio especial, puede decirse que éste no existe: y por lo mismo, no sería caso de aplicar el artículo 34 (a).

(a) La Ley Org. de Chile (Art. 218) contiene regla idéntica a la del artículo que analizamos; y habiéndosele hecho en el Congreso observación análoga a la nuestra por el señor Fabres, Diputado por Rantagua, el Diputado

Lo más acertado habría sido, pues, en nuestro legislador omitir esta regla adjetiva, y dejar expedita la aplicación de la del Código Civil, que es suficiente y muy bien meditada.

Art. 35. Además del Juez del domicilio, son también competentes:

1º—El del lugar en que deba hacerse el pago o cumplirse la obligación..

2º—El del lugar donde se celebró el contrato, si al tiempo de la demanda está en él presente el demandado, su procurador general, o el especial para el asunto de que se trata.

3º—El Juez al cual el demandado se haya sometido expresamente en el contrato:

4º—El del lugar en que estuviere la cosa raíz, materia del pleito. Si la cosa se hallare situada en dos o más parroquias o cantones, el del lugar donde esté la casa del fundo; mas, si el pleito se refiere sólo a una parte del predio, el del lugar donde estuviere la parte disputada; y si ésta perteneciere a diversas jurisdicciones, el demandante podrá elegir el Juez de cualquiera de ellas:

5º—El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos:

6º—El del lugar en que se hubieren administrado bienes ajenos, cuando la demanda verse sobre las cuentas de la administración; y,

7º—El del lugar donde esté la mayor parte de los bienes del difunto, de aquel en que se hubiere abierto la sucesión, del en que se comenzaron a pagar las mandas, y del designado por el testador para dicho pago, cuando se trate de petición de legado.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

172.—Desde este punto nuestro Código se diferencia notablemente del peruano, y consulta algo mejor los principios científicos. Sentada la regla general de que el actor se ha de dirigir al juez del domicilio del reo, pasa

señor José Bernardo Lira, que era a la vez uno de los autores del proyecto de ley, contestó explicando aquella regla en el mismo sentido que nosotros, es decir, limitando su alcance dentro de los términos del Código Civil.

De la siguiente manera resumió su exposición el connotado jurisconsulto. "En una palabra, dejando al Código Civil, a quien le corresponde, el señalar las circunstancias que determinan el domicilio civil de un individuo, esta Ley no hace más que fijar la regla de la competencia del juez, conforme a ese domicilio, en que ella no se mezcla, porque no es de su resorte". Sesión del 22 de Agosto de 1874.—Ballesteros, T. II, Nos. 1925 y 1926.

a formar dos series de casos, comprendiendo en la primera aquellos en que, a más del juez del domicilio principal del demandado, hay otro u otros jueces competentes; y en la segunda los en que cesa la regla del domicilio principal, y el actor debe seguir el fuero especial a que el asunto está sujeto.

Por manera que, según el sistema de nuestro Código, unas veces es aplicable sólo la regla del domicilio principal; otras tiene el actor la elección entre ese fuero y el especial del asunto, y otras no hay más fuero que el especial.

En el artículo que comentamos está contenida la primera de las dos series: examinemos, por tanto, cada uno de sus casos.

173—1°—**El lugar del pago.** Con respecto al fundamento científico de este fuero, generalmente reconocido en las legislaciones (a), y a la limitación que, a nuestro juicio, sería conveniente ponerle, nos referimos a lo dicho en el N° 58. Ahora estudiémoslo brevemente en sus antecedentes históricos, en sus relaciones con la ley sustantiva y en sus aplicaciones prácticas.

La antigua y tradicional división de las acciones en reales, personales y mixtas sirvió de base al Código francés y luego a varios otros para la determinación del fuero territorial, ocasionando dudas y divergencias, ya sobre la extensión y los efectos de la regla concerniente al fuero.

Sin percatarse de aquellos inconvenientes, ya bien ponderados en la doctrina de los autores, nuestro legis-

(a) Código Español, Art. 62; Italiano, 91; Ley Orgánica de Costa Rica, 135; de Bolivia, 18; de Chile, 213, 216 y 217; Código de México, 185; Venezuela, 33; Colombiano, 161; Peruano actual, 45; Uruguayo, 35; Argentino, 49.

En Francia se establece este fuero sólo para las obligaciones mercantiles (Art. 420 del Código de Procedimiento).

lador de 69 adoptó la misma base, aunque sin tomar en cuenta las llamadas acciones mixtas; y dijo que, sin perjuicio del fuero del domicilio, las demandas por acción personal podrían proponerse ante el juez del lugar en que se hubiere ofrecido hacer el pago.

El de 78 hizo un notable progreso, abandonando aquella antigua base de la división de las acciones, y adoptó el sistema que hasta ahora tenemos, no exento, por otra parte, de inconvenientes y defectos, como vamos a verlo.

La regla de 78 quedó así: "El juez del lugar en que se haya ofrecido hacer el pago o cumplir la obligación."

De este modo le regla era aplicable al caso en que las partes habían fijado expresamente el lugar del pago; mas no al en que, por haber guardado ellas silencio, debían aplicarse las correspondientes disposiciones del Código Civil. Y no había motivo suficiente para esta diferencia.

La razón del *forum solutionis* consiste en la necesidad de armonizar lo concerniente al lugar del cumplimiento de la obligación, con lo relativo al lugar del juicio. Seguirse éste en un lugar y cumplirse la obligación en otro —dijimos al exponer la doctrina— sería embarazoso y complicado; y nada más natural que suponerle presente al deudor allí donde deba responder de su obligación, y que los apremios reales y personales y todas las medidas coercitivas con que la autoridad protege y hace efectivo el derecho, se empleen también allí donde la obligación debe ser satisfecha, es decir, donde se deja sentir directamente la resistencia de la parte obligada.

Y esta razón es la misma, ora sea el convenio de las partes, ora la ley, lo que determine el lugar del pago.

Por otra parte, el Código Civil no hace esa determinación sino para el caso en que los contratantes la hayan omitido; de modo que su pensamiento es suplir el

silencio de aquellos e interpretar del modo más razonable y equitativo la intención de los mismos.

En vista de estas consideraciones, la Legislatura de 1911 modificó el inciso, en el sentido en que hoy rige, cambiando las palabras en que se haya ofrecido hacer el pago con en que deba hacerse el pago.

174.—Puede acontecer que en el intervalo entre el contrato y el cobro, el deudor cambie de domicilio; y para este caso, el Código Civil, consecuente con su idea de interpretar la intención de las partes, dispone que el pago se haga en el lugar en donde, sin tal cambio, hubiera debido efectuarse. A falta de prueba en contrario, debe creerse que las partes supusieron que las cosas continuarían como al tiempo del contrato se encontraban; y el hecho material del cambio del domicilio del deudor, efectuado sin ninguna intervención del acreedor, no puede alterar los derechos de éste, ni las relaciones jurídicas creadas por el contrato.

Ahora bien, en esta hipótesis del cambio, tendría el actor, según la regla adjetiva que examinamos, derecho de escoger entre los dos fueros, el del domicilio actual del demandado, conforme al Art. 32 de este Código, y el que el deudor tuvo al tiempo del contrato, conforme a la dicha regla adjetiva, y al Art. 1579 del Código Civil; pero entendiéndose que el pago debería hacerse siempre en el domicilio que tuvo el deudor al tiempo del contrato.

175.—2º—El lugar del contrato.—Las observaciones que hicimos en el N° 59 nos sirven de suficiente comentario de este inciso, y ponen de manifiesto la inconveniencia de la enorme latitud que nuestro Código ha dado a dicho fuero.

Respecto de las obligaciones que deben cumplirse de pronto contado, bien está que se declare competente al juez del lugar donde se las contrae, no precisamente por razón del contrato mismo, sino por el cumplimiento; porque es de suponer que las partes han entendido que

éste debería efectuarse en el mismo lugar. Pero si una persona que está de tránsito o de modo casual en un lugar, celebra allí un contrato que debe cumplirse después de cierto tiempo, no hay ninguna razón para que, por la mera coincidencia material de volver a encontrarse algún día dicha persona en el mismo lugar, o presentarse allí su procurador, el juez de este lugar llegue a ser competente para conocer del asunto.

Todo fuero se funda, según sabemos, en algún hecho que importa sometimiento a la autoridad local; y no hay fundamento alguno para atribuir esa calidad al mero hecho del contrato.

Y la sinrazón del Código sería más manifiesta si, en el caso que nos ocupa, las partes hubieran estipulado expresamente el cumplimiento de la obligación en otro lugar, y más aún, si se hubiera determinado para los efectos del contrato un fuero especial distinto del lugar en que éste se celebró. En todos estos casos y a pesar de todas esas estipulaciones, cabría, según el Código, el *forum contractus*; lo cual sería evidentemente contrario a los principios en que se funda la competencia territorial.

En este último supuesto, podría tener el actor hasta tres o cuatro jueces en que escoger: el del domicilio principal del deudor, el del contrato, el del pago y el determinado por las partes.

El Código Peruano no reconoce el *forum contractus*, ni nuestro Código de 69; pero sí el Español, Art. 62; Ital., 91; Méj., 188; Costarriq., 138; Venez., 34; Colom., 161; Boliv., 18; Urug., 35; Arg., 4°.

176.—3°—El fuero convencional.—Siendo la voluntad del individuo la base fundamental del domicilio, este fuero, que se apoya en la voluntad expresa de las partes, es el más evidente, el más natural e indiscutible de todos, y universalmente reconocido en las legislaciones (Nos. 52—54).

Muchas de éstas, por tal motivo, lo colocan en primer lugar en las reglas de la competencia territorial, y en términos que, cuando ese fuero existe, no se le permite al actor acudir a ningún otro. Mas nuestro Código le deja, aun en este caso, una amplia latitud de elección, entre tres o cuatro fueros, como en el caso del inciso precedente, a que se refirió nuestra última observación.

En en terreno de los principios, esa latitud debería tener las restricciones que indicamos en el N° 56.

El Código Peruano permite también la elección, atento el tenor de sus artículos 123 y 132, pero con menos latitud que el nuestro. Lo propio decimos de nuestro Código de 69.

Si la fijación de domicilio especial se ha hecho en interés y seguridad de ambas partes, permitirle al acreedor dirigirse a otro juez sería tan absurdo como concederle el derecho de violar la convención. Si se la ha hecho, como generalmente acontece, en beneficio y para facilidad del acreedor, aquella permisión nada tiene de extraña, puesto que, sin necesidad de que la ley lo diga expresamente, cualquier persona puede renunciar un derecho que a ella sola concierne.

La intención de las partes revelada en el contrato, debería ser, por tanto, la norma racional en este punto (a).

177.—La sección del fuero competente, que estamos estudiando, trata, como su nombre lo indica, de los jueces que tienen jurisdicción propia; y según este inciso, uno de los jueces propios del reo (ninguno más propio) es aquel a quien éste se ha sometido expresamente en el contrato. Mas, según el Art. 15, el mismo caso es de jurisdicción prorrogada. Anomalía que tomamos en cuenta en el N° 127, y que hace necesaria una reforma en la ley.

(a) El Código Colombiano declara que cuando las partes prorrogan expresamente la jurisdicción, el juez prorogado conoce privativamente Art. 167.

Según los principios, más natural nos parece considerar el caso como de jurisdicción propia; puesto que la prorrogación supone, por su naturaleza, que el juez incompetente, ante quien se ha planteado una cuestión, llega a ser competente por voluntad de las partes o por disposición de la ley (a).

Al estipular las partes su sometimiento a determinado juez, constituyen un domicilio especial para los efectos del contrato, conforme al Art. 66 del Código Civil; y el juez del domicilio especial es tan competente para los efectos de ese contrato, como para las acciones relativas a un inmueble, lo es el del lugar donde éste está situado.

En todos estos casos hay, en verdad, un hecho voluntario del individuo, como voluntario es también el hecho de fijar aquí o allá el domicilio principal; pero en virtud de ese hecho voluntario, se actúa, por decirlo así, la jurisdicción territorial propia, como consecuencia jurídica de su misma institución. (Nº 131).

178.—4º—La situación de la cosa.—Hay todavía, como dijimos (Nº 173), Códigos modernos que adoptan como base para la distribución de la jurisdicción territorial, la clásica división de las acciones en reales, personales y mixtas; pero en los más esa base ha sido sustituida por la muy-más apropiada de la división en muebles e inmuebles; sin que falten algunos que hayan querido combinar la una base con la otra, estableciendo un fuero para las

(a) Así lo declaran los más respetables expositores: "La prorogation volontaire suppose une contestation déjà née, un procès engagé. Elle diffère de la soumission de juridiction, par laquelle les parties, avant tout procès, déterminent quel tribunal connaîtra des difficultés futures, auxquelles pourra donner naissance le contrat qu'elles forment. L' article 59 Nº 2 la fait résulter de l' election de domicile et attribue compétence au juge du domicile élu, concurremment avec celui du domicile réel du défendeur. Henry Bonfils. TRAITE DE PROCEDURE EN MATIERE CIVILE, & COMMERCIALE Nº 538.

acciones reales inmuebles, y otros para las personales inmuebles y para las reales muebles y las personales muebles: lo cual complica el sistema, sin responder a ninguna razón científica (b).

Nuestro Código, siguiendo las ideas modernas más conformes con los principios, establece en este inciso el *forum rei sitæ* para las acciones inmuebles, sean reales o personales.

Puede perfectamente una acción ser mueble y real, así como puede ser inmueble y personal, según la naturaleza del derecho de que se derive. La acción del propietario de un caballo contra el que lo posee con ánimo de dueño, pertenece a la primera clase, porque se funda en el derecho real de dominio. La acción del arrendatario de un fundo para que el arrendador se lo entregue, y la del arrendador para que el arrendatario se lo devuelva, son personales, porque se fundan en las obligaciones mutuas provenientes del contrato de arrendamiento. Y la razón del *forum rei sitæ* depende, no de que el derecho discutido sea real o personal, sino de que la cosa reclamada sea inmueble, como lo manifestamos en el N° 57.

Si la demanda versa sobre cosas muebles, el *forum rei sitæ* no tiene razón de ser, aunque la acción sea real. No obstante, la situación de las cosas muebles en cierto lugar puede tener su influencia indirecta en el fuero, en cuanto de ella dependa el lugar del cumplimiento de la obligación, que sirve de base al *forum solutionis*, como ya lo observamos (a), o en cuanto ella arguya el ánimo del

(b) Código Francés, Art. 59; Belga, 42 y 46; Alemán, 25; Italiano, 90; Español, 62 y 63; Argentino, 4°; Chile, 213, 214, 215 y 225; Uruguayo, 28, 29 y 31; Boliviano, 18 Inc. 1°, 2° y 3°; Peruano actual, 45; Colombiano, 161 y 162; Venezolano, 33, 34 y 35; Costarriq., 130 N° 10, 139, 140, 141 y 148; Hond. 88; Méj., 188, 189, 190, 191 y 193.

(a) Según el Art. 1578 del Código Civil, la obligación de entregar un cuerpo cierto debe cumplirse—salvo estipulación en contrario—en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación; y según el N° 1° del artículo que estudiamos, es juez competente el del lugar en que la obligación debe cumplirse.

dueño o poseedor de constituirse o radicarse en ese lugar, como cuando se abre un establecimiento de venta de mercaderías, de consignación, etc.

179.—Nuestro Código prevé el caso de que la cosa raíz pertenezca a dos o más secciones territoriales, mas no el en que la acción verse sobre dos o más cosas raíces. El Código Francés tampoco dice nada al respecto; pero los expositores enseñan que en tal caso la demanda puede proponerse en cualquiera de dichas secciones.

Esta doctrina se adoptó en la legislación española. (Art. 5° de la Ley de 1856 y 62 N° 3° de la actual) pero es refutada por Caravantes y otros autores, porque puede subordinar los inmuebles más valiosos al fuero del de menor importancia.

Nosotros podríamos, tal vez, seguir la enseñanza francesa, teniendo en cuenta la analogía del caso con el previsto en la parte final del inciso; pero sería más seguro para el actor dirigirse al fuero del domicilio del reo, que subsiste y queda a elección de él en todos los casos del Art. 35 (a).

180.—Nada dice tampoco nuestro artículo sobre servidumbres; pero como éstas son inherentes a los bienes raíces, es indudable que podría aplicarse la regla del inciso que nos ocupa. Según el Código Civil, los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sean o no las cosas sobre que versan (Art. 569); y en tal virtud, las servidumbres, consideradas como bienes o cosas, pertenecen indudablemente a la categoría de raíces.

El Código Peruano sí prevé expresamente el caso, en el N° 2° del Art. 222.

(a) El Código Uruguayo dice: Art. 29. Si los inmuebles que son objeto de la acción real estuvieren situados en diversos distritos jurisdiccionales, será competente el Juez del lugar en que esté situado cualquiera de esos bienes, con tal que allí mismo tenga su domicilio el demandado; y no concurriendo ambas circunstancias, el Juez competente será el de la situación de la cosa de mayor valor, según las últimas evaluaciones para la Contribución Directa".

181.—La acción hipotecaria se dirige contra el poseedor de la hipoteca; y por lo mismo, puede proponerse, según nuestro Código, ante el juez del domicilio del demandado o ante el de la situación del inmueble. Según el Derecho Francés, español, etc., el juez de la situación es el único competente.

182.—Si se trata de una acción de nulidad rescisión o resolución de un contrato sobre bienes raíces, pero no se pide restitución de la cosa, creemos que no podría aplicarse la regla del *forum rei sitæ*, atento el tenor de nuestro inciso, que quiere que la cosa raíz sea materia del pleito, y según los principios jurídicos en que dicha regla se funda.

183.—5º—**Daños y perjuicios**.—El hecho dañoso da lugar a la acción penal o de Policía, si está previsto en el respectivo Código, y a la acción civil en favor del perjudicado. Si hay lugar a la acción penal o de Policía, la civil puede intentarse, como accesorio, ante el mismo juez, como ya lo observamos (Nº 61). En caso contrario, se la dirige al juez civil, con sujeción a las reglas de este Código.

El que es civilmente responsable de un daño, está obligado, en primer lugar, a la **reparación**, es decir, a restituir, si es posible, la cosa dañada al estado anterior; a componerla o reconstruirla y dejarla como antes. Si no es posible la reparación, debe pagar en dinero el valor del deterioro de la cosa; y esto se llama **indemnización** o **reparcimiento**. Además de lo uno y de lo otro, debe también, al damnificado, a título de indemnización, el lucro cesante y el daño emergente. Tal es la ley sustantiva.

Nuestro Código de Enj., imitando a su modelo, el Peruano, estableció, entre los fueros de elección de este artículo, el llamado en el Derecho Romano **forum maleficii**, para el caso en que se exigiese la **reparación**; de modo que si pedía el actor sólo la indemnización pecuniaria, debía dirigirse al juez del domicilio del demandado.

La legislatura de 1911 no encontró razonable esa diferencia, y reformó la regla, haciendo extensivo el **forum maleficii** a uno y otro caso, como lo dice expresamente el actual inciso.

En el Derecho Romano fundábase este fuero en el axioma de que la reparación del mal causado por el delito debía tener lugar allí donde se lo había producido: axioma razonable y filosófico respecto de la acción penal, que en aquel Derecho estaba confundida con la civil y sujeta a reglas y trámites casi idénticos; porque, en verdad, para la realización del bien social de la pena, conviene que la acción ejemplar y tranquilizadora de ésta se deje sentir, directa e inmediatamente, en donde el delito causó el estrago moral del mal ejemplo y del sentimiento de inseguridad que en los asociados produce (Nos. 23 y 61).

Respecto de la acción civil no milita aquella razón, pero sí otras que no dejan de ser atendibles. Obligar al que ha sido víctima de un atentado a dirigirse al domicilio, tal vez muy distante, del autor del hecho dañoso, sería demasiado duro, y equivaldría, a veces, a volver ilusoria la responsabilidad civil. Por otra parte, en el lugar donde se han causado los daños es más fácil el esclarecimiento de la verdad, base fundamental de la recta administración de justicia, a que debe tender el ejercicio del derecho de defensa.

Finalmente, consultando la armonía con la ley sustantiva concerniente al lugar del pago, tenemos que la reparación debe hacerse en donde existe la cosa en que ha recaído el daño; y como la indemnización pecuniaria es una obligación exigible de contado, nada más justo que, al estar presente el autor del daño, pueda ser compelido al pago en el mismo lugar. (Nº 58).

La ley, empero, no exige este requisito; y la latitud de su regla tiene el inconveniente que anotamos en el Nº 61, esto es, el de que se le puede obligar a una persona, tal vez del todo inocente y extraña al hecho dañoso, a de-

jar su domicilio y sostener un litigio en un lugar distante, donde quizá no cuenta con medios de defensa.

Presupuesto el antecedente de ser el demandado autor del daño, la razón de ser del *forum maleficii* es indiscutible; pero precisamente puede ser ese el punto principal de la discusión; y para evitar, siquiera en parte, aquel peligro, creemos que la regla legal debiera limitarse al caso en que el demandado estuviese presente en el mismo lugar.

En la generalidad de los Códigos extranjeros no se establece este fuero, sea por la razón susodicha, sea porque, de ordinario, la cuestión civil se plantea ante la autoridad penal o de Policía; y, por lo mismo, queda fuera del alcance del Código de Enj. Mas esa autoridad es, en todo caso, la del lugar en que ha cometido el hecho dañoso.

El Código Colombiano lo tiene en el caso 6° del Art. 161.

184.—6°—**Administración de bienes.**—Conocemos ya el fundamento de este fuero, llamado en el Derecho Romano *gestæ administrationis* (N° 60).

Hasta 1911, nuestro Código lo establecía sólo para las cuentas de los tutores y curadores, cuya administración está sujeta, según la ley sustantiva, a severísimas reglas, una de las cuales es la de rendir cuenta, restituir los bienes y pagar el saldo, tan pronto como termine el cargo. Mas el legislador de ese año no encontró motivo o fundamento suficiente para hacer diferencia tan sustancial entre dicha administración y cualquier otra de bienes ajenos, y reformó, con razón, la regla, dándole la generalidad que tiene actualmente.

En el Código Peruano, en la Ley Org. de Chile y en otros Códigos modernos no encontramos este fuero. Nuestro Código de 69 lo tenía, pero no entre los fueros de elección; lo cual tampoco era razonable (Art. 32).

Lo tienen también: el Cgo. Belga, Art. 45; Esp., 63, 20 y 19; Ital., 97; Arg., 5°; Urug., 45 y 46; Voliv., 20;

Per., 45; Colomb., 162, 4º; Venez., 39; Hond., 88; Salv., 38; Costarriq., 142; Mej., 198.

185.—7º—**Petición de legados.**— En la parte doctrinal reconocimos el **forum successionis** para todos los asuntos provenientes de la sucesión por causa de muerte, y uno de esos asuntos es la petición de legados. Ninguna razón había, a nuestro ver, para diferenciar, por este aspecto, la **petición de legados** de la petición de herencia, partición de bienes, cobro de deudas hereditarias, etc.; y por lo mismo, creemos que no debía hacerse de ella un caso especial.

Según nuestra doctrina, si el legado es de una cosa raíz, el legatorio puede también dirigirse al **forum rei sitæ**. Si el testador ha señalado el lugar del pago, tendría lugar el **forum solutionis**; y en todo caso, a elección del actor, el fuero del domicilio principal de los herederos; pero todo conforme a las reglas generales que determinan la competencia territorial.

Mas, según el Código, que, como ya lo sabemos, para las acciones relativas a una testamentaria reconoce un solo fuero (el de la apertura de la sucesión), la petición de legado puede intentarse en cinco: 1º en el del domicilio de los demandados: 2º en el lugar donde esté la mayor parte de los bienes del difunto: 3º en el lugar donde se hubiere abierto la sucesión: 4º en el en que se comenzó el pago de las mandas: y 5º en el lugar designado por el testador para el pago.

No parece sino que algún famoso legatario hubiera dictado esta regla, a su sabor y contento.

Los fueros 2º y 4º no tienen, en nuestro concepto, fundamento científico.

En el lugar donde esté la mayor parte de los bienes o se haya empezado el pago de las mandas, podrán tener, a veces, facilidades los litigantes; pero ese vínculo jurídico de sujeción por parte del demandado, que es el fundamento esencial del fuero territorial, no existe ni tiene

razón de ser. Se reclama, por ejemplo, una casa situada en Quito, en donde también se abrió la sucesión; pero en Loja existen bienes de mayor valor; o, por cualquier motivo accidental, en esa ciudad se hizo el pago del primer legado: ¿qué razón habría, por sólo eso, para que la demanda de aquella casa pudiera proponerse en Loja?

Por manera que esta regla legal peca por exceso, en cuanto establece estos dos nuevos fueros; y por defecto, en cuanto prescinde del *forum rei sitæ*.

El Código Peruano no habla de un modo especial de la petición de legados; pero respecto de las causas de testamentaria, en general, agrega el fuero del lugar donde se hizo el testamento (que no tiene ninguna razón científica), y el del lugar donde está la mayor parte de los bienes, para el caso en que el testamento se hiciera en viaje o de tránsito.

El Código de 69 (Arts. 36 y 37) distinguía el legado genérico del específico, para los efectos del fuero, pero sin cuidarse de armonizar esta distinción, que, en verdad, podía ser útil en esta materia, con las reglas concernientes al lugar en que debía hacerse el pago, ni con los principios jurídicos relativos a la competencia territorial.

Y el de 79 omitió aquella distinción, y refundiendo las dos reglas en una, nos dió la que hasta la fecha tenemos.

El Código Colomb. (Art. 162 N° 3°) tiene una regla análoga a la nuestra; pero los demás Cgos. extranjeros incluyen, como es natural, la petición de legados entre los casos sujetos al fuero de la sucesión, sin hacer distinciones que no tienen razón de ser.

Art. 36. La renuncia general de domicilio surte el efecto de que el demandado pueda serlo donde quiera que se le encuentre.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

186.—Terminada la primera serie de casos (la de aquellos en que, a más del fuero del domicilio principal del demandado, hay otro u otros, según la naturaleza del asunto, quedándole al demandante el derecho de elección), y antes de pasar a la segunda serie, reconoce el Código en este artículo la facultad de renunciar en general, el domicilio, y determina el efecto jurídico de la renuncia.

Es esa una renuncia de la institución del domicilio, contraria, por lo mismo, a los principios científicos; y como se la ha vuelto fórmula sacramental de los documentos, todos los deudores han llegado a convertirse en transeuntes o vagos, y se hallan expuestos a verse sumamente angustiados en el ejercicio del derecho de defensa.

Cierto que, por cautela, el deudor debiera abstenerse de tal renuncia; ¿pero cuál es el que puede oponerle a su acreedor ninguna resistencia u observación a ese respecto, exponiéndose a inspirarle sospechas o revelarle malas intenciones?... ¿No hemos visto millares de documentos en que personas muy prudentes y cautelosas han firmado la renuncia absoluta de todas las leyes que les favorezcan, consignada en algunas fórmulas de pagarés?...

El Código Peruano no contiene esta disposición, manifiestamente contraria a los principios científicos, ni la hemos encontrado en ningún otro Código, excepto el de Venezuela (Art. 36). Tampoco la tenían el nuestro de 69 ni los anteriores; y no obtuvo carta de naturaleza en nuestra legislación, sino desde la legislatura del año 78, por obra de influencias interesadas, según se dice.

El Sr. Dr. Dn. Luis F. Bórja, comentando el Art. 69 del Código Civil Chileno (66 del nuestro), se expresa en estos términos: "Los Códigos ecuatorianos de enjuiciamientos, en que se ha permitido la renuncia general

“de domicilio, se hallan en la más abierta pugna con el artículo que comentamos, y manifiestan en los legisladores o bien absoluta ignorancia del sistema del Código Civil en cuanto al domicilio, o bien que de propósito se ha querido derogar el Art. 66, preciosísima garantía para facilitar que los usureros persigan a sus deudores...”

Art. 37. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, si la demanda versare sobre asuntos para cuya resolución sean necesarios conocimientos locales o vista de ojos, como sobre linderos, curso de aguas y otras cosas análogas, se propondrá ante el Juez del lugar en que estuviere la cosa a que se refiere dicha demanda. Y si la cosa perteneciere a dos o más jurisdicciones, se observará lo dispuesto en el N° 4° del Art. 35.

Para el conocimiento de las acciones posesorias es competente el Juez del lugar donde las cosas están situadas, observándose lo dispuesto en los mismos número y artículo.

Las causas de inventario, petición y partición de herencia, cobranza de deudas hereditarias, y otras cosas provenientes de una testamentaria, se seguirán ante el Juez del lugar en que se hubiere abierto la sucesión.

En los casos de este artículo, así como en los de división de una cosa común, no habrá fuero privilegiado.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Este artículo comprende la segunda serie de casos, es decir, la de aquellos en que no existe el fuero principal del domicilio del deudor, sino sólo el especial, determinado por la situación del objeto litigioso o por la apertura de la sucesión.

Analicemos las reglas concernientes a cada uno de dichos casos:

1°—Asuntos que requieren conocimientos locales o vista de ojos.

Fúndase esta regla, que no la encontramos en el Código Peruano, pero sí en el artículo 31 de nuestro Código de 69, y también en el del año 46 y los posteriores, en que, si por la naturaleza del asunto, es necesaria la presencia

personal del juez en el sitio discutido, sería inconveniente permitir que el actor pudiese plantear el juicio en otro lugar diverso.

La perfecta convicción que el juez llega a tener por medio de sus sentidos, y que en esa clase de asuntos es imposible reemplazar por ningún otro medio, constituye una preciosa garantía para la recta administración de justicia en favor de ambas partes; y no sería razonable que el actor le pudiese privar de ella al demandado.

La única observación que haremos a este inciso es la de que la demasiada generalidad y vaguedad de sus términos puede ocasionar dudas y dificultades en la práctica; con la circunstancia de que todo error en este punto causa la nulidad del proceso, por incompetencia de jurisdicción, puesto que ni aun la prorrogación voluntaria se permite por nuestro Código; lo cual es, como ya observamos, un grave defecto de nuestra legislación en esta materia (Nº 126).

Las palabras **conocimientos locales** deben referirse naturalmente al juez; pues si éstos se necesitan sólo en los testigos que deben declarar, la regla no tendría razón de ser, ya que por medio de una comisión o deprecatorio, podrían recibirse las declaraciones.

Y como, con respecto al juez, los tales conocimientos tampoco serían muy útiles sino cuando se los obtuviera en el mismo juicio, es decir, por medio de la inspección judicial, ya que los asuntos contenciosos deben decidirse únicamente por lo que consta de autos; habría sido preferible omitir en la ley esas palabras y hablar sólo de la **inspección judicial**, llamada **vista de ojos**.

Y con respecto a esta diligencia, cabe también una distinción: la vista de ojos puede ser un trámite propio y necesario del juicio, como en las demandas de obra nueva, deslinde, etc., o simplemente una diligencia probatoria que las partes pueden pedir o no para la defensa de sus derechos; y lo racional sería que la regla de este in-

ciso se aplicase sólo al primer caso, a fin de evitar toda incertidumbre y vaguedad en punto tan sustancial como es el de la competencia. Mas las palabras **curso de aguas y otras cosas análogas** dan a entender que el Código la extiende también al segundo caso, ya que sobre el dicho curso y las tales cosas análogas no tenemos procedimiento especial que requiera necesariamente y como trámite del juicio la inspección del juez.

La importancia de la regla consignada en este inciso disminuye notablemente, si se tiene en cuenta que casi todos los jueces de primera instancia son legos y funcionan con asesor, el cual puede muy bien trasladarse a lugares extraños a la sección territorial de su juez, e intervenir con el juez deprecado, para el efecto de formar su convicción y obtener el pleno esclarecimiento de la verdad.

188.—Para el caso en que el inmueble pertenezca a dos o más secciones territoriales, el Código nos remite al N° 4° del Art. 35. Pero tampoco prevé aquí la posible hipótesis de que el juicio de deslinde, curso de aguas, etc. se refiera a dos o más inmuebles; y a este respecto reproducimos lo dicho en el N° 179, con la diferencia de que no le quedaría al actor el derecho de elegir el domicilio del reo en que no estuviese situado alguno de los fundos.

189.—2°—**Acciones posesorias.**—Esta regla, que tampoco existe en el Código Peruano, pero sí en el nuestro del año 46 (Art. 220), y en el del año 69 (Art. 34), se funda en que el objeto esencial de las acciones posesorias es reprimir las vías de hecho que se ponen al ejercicio de la posesión, y reparar de modo rápido y eficaz el trastorno que ellas ocasionan; lo cual sería embarazoso y difícil si el juicio no se ventilase en el lugar donde se encuentra el inmueble disputado, los testigos que han de declarar, las huellas materiales que a veces dejan esos hechos etc. El largo y embarazoso rodeo de los deprecatorios, para la práctica de esas diligencias y para el em-

pleo de medidas enérgicas y urgentes, sería muy incompatible con la naturaleza del juicio.

Tenemos, por tanto, aquí un caso del *forum rei sitæ*, que no difiere del previsto por el N° 4° del artículo 35, sino en cuanto excluye todo otro fuero; de modo que el actor no tiene derecho de elección y no puede dirigirse ni al domicilio principal del reo (a).

Además, en este caso no cabe prorrogación voluntaria de la jurisdicción, según ya lo observamos, sin que haya razón alguna que lo justifique (N° 126).

190.—Nuestro Código de Enjuiciamientos coloca, sin razón alguna, entre las acciones posesorias el juicio de posesión efectiva, que es de jurisdicción voluntaria y de carácter esencialmente diverso del de las verdaderas acciones posesorias; confundiéndolo con los interdictos de adquirir, que reconocían el Derecho Romano y el Español antiguo. Por consiguiente, con arreglo a la disposición que analizamos, dicho juicio debe también seguirse ante el juez de la situación de los inmuebles.

Mas racional sería considerarla como asunto perteneciente a una testamentaria, y someterlo al fuero de la sucesión, conforme a la regla que vamos a analizar en seguida.

191.—3°—Fuero de la sucesión.— Mientras para la petición de legados establece el Código cinco fueros, como si no hubiera tenido otra mira que la de dar facilidades a los legatarios, para todas las demás acciones concernientes a una sucesión, no reconoce otro que el de la misma

(a) Los Códigos extranjeros comprenden el caso de las acciones posesorias en la regla general relativa a las acciones inmuebles, con excepción de algunos que, como el nuestro, establecen para aquéllos, de modo especial, la regla del *forum rei sitæ* (Esp., Art. 63 N° 15; Costarríq., 136 N° 1° y 149 inc. 3°; Nicaragua, 35; Méjico, 193).

sucesión, esto es, el del último domicilio que tuvo el extinto (Art. 946 del C. C.) (a).

En cuanto a los juicios de inventario y partición que pueden comprometer intereses de terceros y tienden directamente a la liquidación y división de la herencia, la regla legal es indudablemente conforme a los principios; pues si el inventario judicial ha de permitir a los herederos gozar del beneficio de ese nombre, que tan graves consecuencias produce respecto de los acreedores de la sucesión, muy natural es que no quede al arbitrio de los herederos hacerlo donde les parezca, acaso para burlar la vigilancia de los terceros interesados.

Mas con respecto a la cobranza de deudas hereditarias, nos parece que el Código peca por exceso y por defecto. Por exceso, porque deja vigente el fuero de la sucesión, aun para el caso en que, hecha ya la división, haya desaparecido la necesidad de concentrar las atenciones de los herederos, encaminadas a la liquidación de la herencia (b). Y por defecto, porque excluye el domicilio principal de los herederos y los especiales a que el causante estaba sujeto; dando lugar, a veces, a evidentes violaciones de derechos perfectos, cuando, por ejemplo,

(a) El fuero de la sucesión se reconoce generalmente en las legislaciones, con diferencias de poca importancia en los detalles. Así, el Código de Méjico dice lo siguiente: "Art. 1711. Es Juez competente para conocer de los "juicios hereditarios, haya o no testamento:

"I.—El del lugar del último domicilio del autor de la herencia:

"II.—A falta de domicilio fijo, el del lugar donde estuvieren situados los "bienes raíces que formen la herencia:

"III.—Si hubiere bienes raíces en diversos lugares, el de aquel en que se "halle la mayor parte de ellos, calculada por el pago de mayor suma de con-"tribuciones directas:

"IV.—A falta de domicilio y de bienes raíces, el del lugar donde hubiere "fallecido el autor de la herencia".

(b) El Código Francés somete expresamente al fuero de la sucesión sólo las demandas que se propongan antes de la partición (Art. 59); y lo mismo dicen generalmente los Códigos extranjeros.

el causante se había comprometido a cumplir la obligación en determinado lugar, o cuando en el contrato se había sometido a determinado fuero, distinto del de su domicilio. Recuérdese lo expuesto en el N° 62.

El Código de 69 decía en el Art. 35 casi lo mismo que este inciso 3° del Art. 37 actual.

En la frase genérica y "**otras cosas provenientes de una testamentaria**" deben incluirse, en nuestro concepto, la fijación de sellos, el nombramiento de curador de la herencia yacente, las cuentas de albaceazgo y, en general, todo lo que proviene de una testamentaria o se refiere directamente a ella (a).

Con respecto a la acción de petición de herencia, tampoco hay mucha razón para que no se pueda proponerla en el domicilio del demandado. Esa acción es enteramente análoga a la reivindicatoria; pues sólo se diferencia en que el título de dominio del actor es la herencia, y el demandado posee también en calidad de heredero, y en que versa, no sobre una especie o cuerpo cierto, sino sobre esa colectividad denominada **herencia**.

El Código del año 46 decía: "La acción **expilatae hereditatis** (de herencia usurpada) se puede proponer en el lugar de la situación de los bienes o en el domicilio del demandado."

192.—4°—División de cosa común.—En cuanto a esta disposición legal, con que termina la segunda serie de casos, debemos observar:

1°—Que el Código no ha dado regla alguna acerca de la acción **communi dividundo**; por lo cual la advertencia resulta incoherente y casi sin sentido.

Por lo general, en lo tocante a la división de una cosa común, se aplican las mismas reglas de la división

(a) Así lo ha resuelto en varios casos la Corte de Casación francesa, aplicando el Art. 59, y es punto no discutido entre los expositores.

de las herencias (Art. 2295 del Código Civil); mas en cuanto al fuero, no podemos apelar a esta analogía, porque falta el hecho fundamental de la apertura de la sucesión. Si dos o más individuos, condóminos de una cosa, por donación, compra, etc., quieren dividirse, no hallamos en el Código ninguna regla especial para el fuero, sino sólo la advertencia de que no cabe fuero privilegiado; y tenemos que acudir, para resolver el problema, a los principios generales que establecen el *forum rei sitæ*, si la cosa es inmueble, o al fuero convencional, si ha habido pacto al respecto, o al de la sociedad, si la disolución de ésta ha dado origen a la comunidad; o simplemente al domicilio del reo, según los casos (a).

2º—Que no se entiende claramente lo que ahora pueda significar aquello de que en los casos de este artículo no habrá fuero privilegiado; porque nuestras leyes no reconocen ningún fuero de esa clase; y la Constitución actual los prohíbe expresamente (Art. 18, inc. 1º).

Parece que esa regla se formuló cuando se reconocía en favor de los clérigos, de acuerdo con el Derecho Canónico, el **privilegio del fuero**, en virtud del cual, las causas civiles y criminales de ellos se ventilaban ante los tribunales eclesiásticos.

También a los militares se les concedía antiguamente en nuestras leyes (y se les concede todavía en otras legislaciones) fuero especial en ciertos asuntos civiles.

Para todos esos casos estaba bien la advertencia que hasta ahora se conserva en nuestro artículo.

En el mismo sentido, sin duda, dijo el Código de 46: "Aun respecto de las personas que gozan de fuero o privilegio, las demandas de despojo se intentarán ante los

(a) El Código Colombiano dice: "Art. 162 5º En los juicios sobre división de bienes comunes es Juez competente el del lugar donde se encuentran los bienes".

"jueces civiles del lugar en que se haya cometido; debiéndose observar lo mismo en las de obra nueva." Pero el Código de 69 nada dijo al respecto; por manera que la regla que analizamos viene desde 1879 (b).

(b) El Código Peruano reconocía el privilegio de los clérigos y de los militares, en el Art. 124; y en el 134 establecía varias excepciones, entre las que figuraban los juicios posesorios y los divisorios. En el Código actual no existe nada al respecto.

Asimismo, la Ley Orgánica de Bolivia dice: "Art. 31: Las causas de despojo, sea el perturbador lego, eclesiástico o militar, están sujetas al juez ordinario"

Regla idéntica se encuentra en el Art. 35 del Código de Nicaragua.

RESUMEN Y PARALELO

193.—El análisis nos conduce a la síntesis. Después de haber estudiado detalladamente cada una de las disposiciones legales concernientes a la importante materia de la jurisdicción y la competencia, podemos hacer cabal concepto del plan o sistema del Código; compararlo con los que en otras legislaciones se han adoptado y con la doctrina científica, y señalar sus más notables ventajas e inconvenientes.

Divide el Código la materia de la jurisdicción en dos partes o secciones, para tratar, en la primera, de la jurisdicción en general, y en la segunda, de la competencia territorial. En cuanto a esta división principal, hay que notar, a más de la impropiedad de las denominaciones o títulos (Nº 163), la circunstancia de que lo concerniente a la prorrogación de la competencia territorial debía colocarse después de las reglas que determinan la jurisdicción propia; ya para mayor claridad y orden lógico en las ideas; ya para evitar incoherencias, como la de hacer figurar un mismo caso entre los de prorrogación, en la sección primera, y de jurisdicción propia, en la segunda. (Nº 177) (a)

(a) Podría dividirse así la materia:

Libro I.—DE LA JURISDICCION Y LA COMPETENCIA.

Sec. I.—Disposiciones generales.

Sec. II.—De la competencia territorial.

Sec. III.—De la prorrogación y de las comisiones. (Nº 86). Esta última sección podría comenzar declarando que no cabe delegación de la jurisdicción, y terminar con reglas generales sobre comisiones exhortos o deprecatorias que se libran y deben cumplirse en el país, y sobre las comisiones rogatorias que vienen del extranjero o que de aquí se envían a otra Nación.

El Código Peruano, del cual se copiaron literalmente la mayor parte de las disposiciones relativas a este asunto, sigue, no obstante, diverso plan en la división de la materia. El Código actual de esa República, vigente desde 1911 y muy superior al antiguo en la forma y en el fondo, hace de la competencia una pequeña parte de la sección de "Disposiciones aplicables a todo procedimiento".

Y en este punto, esto es, en cuanto al plan o división de la materia, hay tanta variedad en las legislaciones, que no es posible, ni tendría utilidad práctica, una comparación.

Hay algunas, como las de Chile y Bolivia, que tratan de la competencia, no en el Código de Enjuiciamientos, sino en la Ley Orgánica del Poder Judicial (Nº 9).

SECCION I

194.—En la sección primera da a conocer nuestro Código aquello en que consiste la jurisdicción y las bases conforme a las cuales se la distribuye. Enumera y define las distintas especies de jurisdicción; y determina cuándo, cómo y por quiénes se ejerce cada una, y de qué manera se adquiere, se suspende y se pierde la jurisdicción.

Tal es el plan general de la primera sección, nada reprochable ante el criterio científico.

En el detalle de las disposiciones, encontramos principios de Derecho Público, impropios del Código de Enjuiciamientos; falta de contraposición en los términos, al distinguir las diversas especies de jurisdicción; definiciones inexactas o innecesarias, de las cuales deben preocuparse los tratados didácticos o doctrinales, y no los Códigos; confusión de ideas, como la de identificar la jurisdicción privativa con la especial, y la propia con la

ordinaria; principios inexactos y reglas redundantes o inútiles, como lo hemos observado en los respectivos lugares.

PRORROGACION

195.—Con respecto a la prorrogación, que es la materia principal de la sección primera, recordemos las siguientes observaciones:

1' Las reglas a ella concernientes deben estar precedidas de las que, según los axiomas o principios generales, determinan la jurisdicción propia; las cuales simplifican y aclaran mucho esta materia, en nuestro Código complicada y difícil (Nº 83).

Así lo han hecho, aunque no de modo muy completo, varios Códigos modernos y la Ley Orgánica Judicial de Chile; y así lo exige imperiosamente el orden lógico en el desarrollo de la materia.

Consignadas dichas reglas generales, las de la prorrogación podrían reducirse a un solo artículo sencillo y clarísimo, como en el Código Español actual (Art. 54); no obstante que este Código se distingue en el universo por su largura, complicación y minuciosidad (a).

2'—Debió el Código prescindir, como han prescindido generalmente los de otros países, de la división de la prorrogación en voluntaria y legal, que si puede tener algún fundamento y utilidad en el terreno puramente doctrinal, en un Código es innecesaria, y no sirve sino para complicar la materia. (Nos. 71, 83 y 111).

3'—Confunde el Código la prorrogación con la subrogación, en el inciso primero del Art. 12, y con la

(a) Tiene 2182 artículos, y muchos de ellos divididos y subdivididos en multitud de reglas e incisos; y además de eso 19 apéndices de decretos y leyes de procedimiento sobre asuntos especiales!

continuación precaria del cargo, en el 14, que son cosas esencialmente diversas. (Nos. 81, 112 y 124)

4°—Establece casos de prorrogación que no tienen razón científica ni fundamento de justicia, como el de saneamiento en el Art. 13, y el de la obligación subsidiaria en el 16 (Nos. 120, 121 y 130). Y omite otros que debiera reconocer y se reconocen generalmente en las legislaciones y en la doctrina, como el en que la incompetencia depende de la situación del objeto litigioso (Art. 37), o del lugar de la apertura de la sucesión, tratándose de cobro de deudas hereditarias, petición de herencia, etc., Nos. 189 y 191.

5°—No consigna el principio de que el juez no puede funcionar fuera de su territorio, y de que, en este sentido, no cabe prorrogación (Nos. 23 y 77). Algunos Códigos extranjeros sí lo tienen (Salv. Art. 23; Colom., Art. 148).

Las reglas del Cgo. pueden resumirse así:

Prorrogación legal de la competencia territorial

196.—Hay prorrogación legal, por razón del territorio:

1°—Cuando el juez de una sección es llamado a reemplazar a los de otra, según la ley Org. del Poder Judicial (Art. 12, inc. 1°).

2°—Cuando el demandado reconviene al actor con una acción que debiera deducirse ante distinto juez territorial, sea conexa o inconexa la reconvención (Art. 12, inc. 2°).

3°—Cuando el comprador, demandado por un tercero, cita a la defensa al vendedor, cuyo fuero es diverso (Art. 13).

4°—Además, según el principio jurídico reconocido en el Art. 565, el juez de lo principal conoce de las cues-

tiones incidentales que, propuestas separadamente, corresponderían a distinto juez territorial.

Las observaciones a que dan lugar estos casos, constan en los comentarios concernientes a los Arts. citados.

197.—La acumulación de autos puede, según la doctrina, dar lugar a la prorrogación de la competencia territorial (Nos. 49—82). El Código nada dice al respecto; pero el artículo 133, que puntualiza los casos en que no se puede decretar la acumulación, no menciona el de que el juez de la una causa no sea competente para la otra. El Código Colombiano establece para este caso la prorrogación de la competencia territorial, en el último inc. del artículo 165. También el Cgo. Italiano, Art. 104.

Prorrogación voluntaria de la competencia territorial

198.—La prorrogación voluntaria de la competencia territorial puede ser expresa o tácita.

Hay prorrogación expresa, según el Código (Art. 15):

1º—Cuando las partes, al tiempo del contrato, se someten a un juez diverso del de su domicilio; y

2º—Cuando, propuesta la demanda ante un juez incompetente por el domicilio del reo, éste se conforma expresamente.

El primer caso es de jurisdicción propia, según el inciso 3º del Art. 35 y la doctrina científica (Nos. 127 y 177).

Además, no hay razón para limitar la prorrogación a los casos de incompetencia por el domicilio, (Nº 126).

199.—Hay prorrogación voluntaria tácita de la competencia territorial (Art. 16):

1º—Cuando el reo no declina la jurisdicción ni acude a su propio juez; y

2º—Cuando el que ha otorgado fianza u otra obligación subsidiaria, es demandado ante el juez del deudor principal.

Como no es posible suponer que el legislador haya querido dar mayor poder y eficacia al consentimiento tácito que al expreso, es preciso entender que en estos dos casos de prorrogación tácita se trata también sólo de la incompetencia **por razón del domicilio**, (Nº 129).

Además, con respecto al primer caso, recuérdense las observaciones hechas en los Nos. 128 y 166; en cuanto al 2º, las de los Nos. 130 y 135.

Prorrogación legal por la materia

200.—De prorrogación legal por la materia no establece el Código caso alguno; y, por el contrario, la declara sin lugar en el inciso 2º del Art. 12. Podría, sin embargo, efectuarse, con arreglo al Art. 565, si se presentara como incidente una cuestión de fuero diverso por la materia; lo mismo que dijimos respecto del territorio (Nos. 114 y 119).

En el terreno de los principios, puede haber esta prorrogación, no sólo en el caso susodicho, sino en el de la reconvención conexa, y en general; cuando la unidad del juicio lo requiera, con arreglo a los axiomas fundamentales de la competencia (Nº 82).

Prorrogación voluntaria por la materia

201.—De prorrogación voluntaria expresa *ratione materiæ* nada dice el Código. Pero como acepta la tácita en el inciso final del Art. 16, necesario es concluir que, en el mismo caso, podría haber también la expresa (Nº 136).

Si ante un juez especial se propone demanda correspondiente a la jurisdicción ordinaria, no cabe prorrogación (Art. 10, inc. 2°).

En la doctrina, es principio unánimemente reconocido el de que no cabe prorrogación voluntaria por la materia; por lo cual los expositores que, como Dalloz, Pardessus, Merlin, etc., creen que la jurisdicción de los jueces civiles puede prorrogarse para asuntos mercantiles, afirman, con el fin de no falsear ese principio, que allí no se trata de la incompetencia por la materia, sino sólo de la renuncia de un privilegio personal de los comerciantes (N° 76).

Prorrogación legal por la cuantía

202.—Prorrogación legal por la cuantía (de *quantitate ad quantitatem*) hay, según el inciso 3° del Art. 12:

1°—Cuando, propuesta una demanda de mayor cuantía ante el Alcalde Municipal, el reo deduce reconvencción de menor cuantía; y

2°—Cuando en un juicio de mayor cuantía se suscita un incidente de menor cuantía.

Además, en virtud del principio reconocido en el Art. 565, el juez parroquial podría conocer en asuntos de mayor cuantía que se promoviesen como incidentes en un juicio de menor cuantía (Nos. 114 y 117).

En el terreno doctrinal, exigimos que la reconvencción sea conexa; y creemos que debiera haber también prorrogación en el caso de acumulación de autos, en favor del Alcalde Municipal, para asuntos de menor cuantía (Nos. 47, 48, 49, 82).

Prorrogación voluntaria por la cuantía

203.—La prorrogación voluntaria por la cuantía ha sido muy discutida por los expositores; y, consultando,

ya las razones científicas, ya los motivos de utilidad práctica, nos hemos inclinado, de acuerdo con la mayoría de los autores, a la afirmativa, en el terreno puramente doctrinal (Nos. 26 y 80). Nuestro Código no establece caso alguno de esta prorrogación, si bien de hecho se verifica, a veces, cuando el actor fija una cuantía supuesta o inconexa, y el reo no hace oposición alguna al respecto, como lo veremos cuando, al estudiar el Procedimiento, nos ocupemos en la cuantía de los juicios.

Prorrogación por los grados

204.—Prorrogación voluntaria o legal por razón de los grados no cabe en ningún caso. El Código, de acuerdo con los principios, la prohíbe en el inciso tercero del Art. 10 (Nº 79).

Prorrogación por las personas

205.—En el lenguaje doctrinal se denomina competencia *ratione personæ* la territorial de que hemos tratado ya en los Nos. 196 y 199; mas nosotros, de acuerdo con el lenguaje del Código, e indudablemente con mayor propiedad, damos ese nombre a la que se determina en consideración a la calidad oficial de ciertas personas (Nº 24); y esta competencia no es susceptible de prorrogación voluntaria, puesto que no se trata de un privilegio personal, sino de una institución de orden público, encaminada a garantizar el respeto a la autoridad y a la recta administración de justicia (Nº 78).

Prorrogación legal puede haber, según los principios científicos, cuando así lo exija la aplicación de los axiomas fundamentales de la competencia (Nº 82).

Según la ley, podría haber también esta prorrogación en los casos de reconvención o de incidente. Si un particular demanda al Poder Ejecutivo ante la Corte

Suprema, con arreglo al N° 8° del Art. 13 de la Ley Org. del Poder Judicial, la Corte podría conocer de la reconvencción que el Ejecutivo dedujese contra el particular; puesto que el inciso 2° del Art. 12, al establecer la regla general de que la jurisdicción se prorroga por reconvencción, no exceptúa sino los casos en que la incompetencia provenga de la materia o de la cuantía (N° 82).

206.—No tenemos regla especial en la ley sobre la capacidad para prorrogar la jurisdicción. Este acto se comprende, por tanto, entre las gestiones judiciales ordinarias, y pueden hacerlo los apoderados o representantes legales, sin necesidad de autorización expresa (N° 72, 5'). Así lo declara el Cgo. Colomb. Art. 168.

SECCION II

207.—En la sección segunda trata el Código, no del **fuero** en general, ni de la **jurisdicción competente**, como dicen los expositores peruanos, sino simplemente de la **competencia territorial**; y de esta frase o de otra equivalente debió valerse, para especificar claramente el objeto de la sección (N° 163).

Veamos ahora cual es, en sustancia, el plan del Código en este punto, en que tanta variedad y discrepancia se nota en las legislaciones de los diversos tiempos y lugares.

208.—Consigna, ante todo, en forma de un derecho del reo, en el Art. 30, el axioma fundamental de la competencia **actor sequitur forum rei**, del cual son meras aplicaciones o corolarios todas las reglas sobre el fuero territorial (a). Y antes de proceder a las aplicaciones y

(a) Confundiendo el concepto de fuero del reo con el de domicilio principal del reo, consideran algunos autores los fueros especiales como excepciones de este axioma o regla general; mas, según nosotros hemos entendido y explicado el domicilio, aquel axioma no comporta ninguna excepción. (N° 52).

deducciones, determina, en el 31, lo que el reo puede hacer cuando no le sea respetado ese derecho: declinar la jurisdicción; acudir a su juez propio para que promueva la competencia, o prorrogar la jurisdicción, en los casos en que le es permitido hacerlo legalmente.

No prevé la hipótesis de que ni alegue el reo la excepción declinatoria, ni haga uso de la acción inhibitoria, ni tenga cabida la prorrogación.

En el terreno científico esta hipótesis no puede presentarse en orden a la competencia territorial; pues si el reo no hace uso de los dos medios que le concede la ley para reclamar su fuero, la competencia territorial queda *ipso jure* prorrogada. Según nuestro sistema legal sí; porque la prorrogación voluntaria no cabe sino cuando la incompetencia del juez depende del domicilio del reo; lo cual, como ya lo hemos observado repetidas veces, no es conforme a los principios (Nº 126).

Trátase, por ejemplo, del cobro de una deuda hereditaria, y el acreedor se dirige, no al juez del lugar en que se abrió la sucesión, sino al del domicilio del reo. En este caso (lo mismo que en todos los del Art. 37) aunque el reo consienta expresamente, es decir, aunque concurra la voluntad de ambas partes, no puede haber prorrogación de la competencia territorial; y el resultado es la nulidad irremediable del proceso, por incompetencia de jurisdicción, según el Art. 400 del mismo Código, y aun la nulidad de la sentencia ejecutoriada, conforme al Art. 339 (Nos. 40, 126, 189 y 191).

209.—Sentado el principio de que el actor ha de seguir el fuero del reo, procede el Código a determinar ese fuero, y establece, en el Art. 32, la regla general de que lo es del domicilio del demandado, es decir, el del lugar donde éste **“está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio.”** Cgo. Civil, artículo 58.

Agrega, en seguida, en los Arts. 33 y 34, dos reglas que podemos llamar complementarias de la general del

domicilio; a saber: 1° la de que el que no tiene domicilio fijo puede ser demandado donde se le encuentre (lo cual equivale a decir, como el Código Civil, que respecto de tales individuos, la mera residencia hace veces de domicilio); y 2° la de que, si alguien tiene domicilio en dos o más lugares distintos, puede ser demandado en cualquiera de ellos: lo cual debe entenderse —según hemos observado, de acuerdo con los intérpretes de la Ley Org. de Chile— con la limitación puesta por el Código Civil en el Art. 63. (N° 171).

210.—Después de esto, completa el Código su sistema, establecido, en los Arts. 35 y 37, dos series de casos: la primera de los en que, además del fuero del domicilio del reo, hay otro u otros fueros especiales; y la segunda de los en que cesa o no tiene lugar el fuero del domicilio, y no queda sino el especial del asunto.

Por manera que, según nuestro sistema legal, pueden presentarse tres hipótesis diversas, en orden a la competencia territorial; a saber:

La primera, en que no haya más juez competente que el del domicilio principal del reo; v. gr.: si se reivindica una cosa mueble, o bien si se demanda la devolución de una cantidad de dinero, sin haberse estipulado nada sobre fuero ni sobre el lugar del pago, y sin que el deudor haya cambiado de domicilio en el intervalo entre el contrato y la demanda.

La segunda, en que el actor pueda elegir entre el juez del domicilio del reo y uno o más fueros especiales; v. gr.: si se demanda la devolución de una cantidad prestada, a un deudor domiciliado en el cantón A; habiéndose estipulado que el pago se hará en B, o sometídose las partes al juez del cantón D; y habiendo tenido lugar el contrato en C, donde, al tiempo de la demanda, se encuentra el deudor.

La tercera, en que no tiene lugar el fuero del domicilio, sino sólo el especial del asunto; como en las causas

posesorias, en las de deslinde y todas las relativas a la sucesión por causa de muerte.

211.—Los fueros especiales de elección, comprendidos en la primera de las dos series —en la del Art. 35— son las siguientes:

El del lugar del pago, *forum solutionis*:

El del contrato, *forum contractus*, si está presente el reo o su procurador:

El convencional:

El de la situación del inmueble:

El *maleficii*, para la reparación e indemnización de daños:

El *gestæ administrationis*, para los juicios de cuentas; y

Los cinco fueros establecidos para el cobro de legados.

Componen la segunda serie —la del Art. 37— en que no cabe elección:

1º—El *rei sitæ*, para las cuestiones de linderos y otras que requieren conocimientos locales o vista de ojos;

2º—El mismo para las acciones posesorias;

3º—El de la apertura de la sucesión, para todo lo relativo a ésta, excepto el cobro de legados; y

4º—El de la situación de la cosa común, para los demás juicios divisorios.

212.—Al medio de las dos series, pone el Código, en el Art. 36, la regla que permite la renuncia general del domicilio, desconocida en las legislaciones y contraria a los principios jurídicos (N: 186).

OBSERVACIONES

213.—Tal es, en resumen, el plan o sistema de nuestro Código, en orden a la competencia territorial. En él se ha separado algún tanto de los principios científicos, como lo hemos observado en los comentarios de la sec-

ción 2ª, pero menos que muchos otros Códigos antiguos y modernos, según lo manifiestan las concordancias de la misma, y según vamos a verlo nuevamente en el breve paralelo que haremos en el curso de las siguientes observaciones:

1ª—Desde el Derecho Romano hasta los tiempos presentes, ha servido de base para la determinación del fuero territorial la tradicional división de las acciones en reales, personales y mixtas; quedando las primeras sujetas al fuero de la situación; las segundas al del domicilio del demandado, y las terceras a uno y otro, a elección del actor.

Este sistema carece de fundamento científico, y conduce a graves dificultades prácticas, como lo hemos demostrado (Nos. 173 y 178); por lo cual la doctrina moderna tiende a sustituir aquella base con la muy más apropiada de la división de las acciones en muebles e inmuebles.

Nuestro Legislador procedió en esto con buen criterio, apartándose de aquel antiguo sistema, que aun entre nosotros había regido hasta el año 78, y adoptando la nueva base, a fin de someter al fuero de la situación sólo las demandas que versen sobre cosas raíces, sea real o personal la acción.

2ª—El Código francés no reconoce fueros simultáneos con derecho de elección para el actor, sino en muy raros casos (Art. 59). Los demás Códigos que conocemos sí los tienen, como los tenía también el Derecho Romano; y hay en esto tanta variedad, que sería labor interminable la de un juicio crítico comparativo. Mas nuestro Código sobrepasa a todos en este punto; pues hay casos, como el de la petición de legados, en que el acreedor puede elegir entre cinco fueros diversos (a); sin que haya sufi-

(a) Según el Código Italiano, cabe también elección hasta entre cinco fueros. (Mattirolo Nº 108).

cienta razón para algunos de éstos (Nos. 66, 187 y 210).

3°—El Código francés no reconoce el *forum contractus*, muy común en los Códigos modernos, ni el *gestæ administrationis*, ni el *maleficii*. Tiene el *solutionis*, sólo para los asuntos mercantiles, en el Art. 420 del Código de Procedimiento. Sin embargo, Dalloz y otros expositores creen que en los negocios usuales y de poca importancia, puede proponerse la demanda en el lugar en que se celebró el contrato, si está presente el demandado, en virtud de un tácito sometimiento a la autoridad local; ya que de otro modo se volvería lento, costoso y casi imposible el cobro de los pequeños créditos.

4°—Nuestro Código no ha previsto el caso en que sean dos o más los demandados y tengan diverso domicilio; por lo cual, si por la naturaleza de la cosa o los términos de la obligación, no hay un fuero especial a que todos estén sujetos, como el *solutionis*, el *rei sitæ* o el convencional, el actor tiene que dividir su acción y demandar separadamente a cada uno. Propuestas así las demandas, puede pedirse por cualquiera de las partes la acumulación de las causas, por la identidad de origen de las acciones; y después de este largo y costoso rodeo, vienen a quedar todos los demandados sujetos al juez de la causa más antigua, que es el llamado a conocer de los autos acumulados.

Preferible sería, por tanto, disponer, como disponen generalmente los Códigos (a), que el actor pueda poner la demanda en el domicilio de cualquiera de los demandados; pero con la restricción de que no podrá hacer uso de este derecho sino a falta de un fuero especial a que todos estén sujetos.

(a) Cgo. Franc., Art. 59; Españ., 62 regla 1ª; Belg., 39; Portug., 16; Italia, 98; L. Org. de Chile, 219; Cgo. Peruano actual, 49; Colomb., 161, caso 1º; Venez., 40; Nicarag., 23; Hond., 96; L. Org. de Costa Rica, 137; Urug., 38.

5°—Tampoco dice nada nuestro Código respecto del caso, previsto por muchos Códigos extranjeros, de que verse el litigio sobre dos o más inmuebles situados en distinta sección territorial, como lo observamos en los Nos. 179 y 188.

6°—No encontramos aquí fuero para las sociedades, y en general para las personas jurídicas; pero como éstas pueden tener, como las naturales, domicilio principal y domicilios especiales, independientes de los de sus miembros, es indudable que deben regirse por las mismas reglas.

Respecto de las sociedades mercantiles, lo dice expresamente el Código de Comercio en el Art. 263; pero si, por obligaciones de una sociedad colectiva, se trata de demandar a uno de sus miembros, sería competente, no el juez del domicilio de la sociedad, sino el del socio demandado; el cual es individualmente responsable de aquellas obligaciones.

Disuelta la sociedad, la liquidación y división deben practicarse en el último domicilio de ella; así como, terminada la personalidad natural, la sucesión hereditaria se liquida y ventila en el último domicilio del causante. La analogía es evidentísima, (Nos. 63 y 64).

7°—En el Código francés, en el de Bélgica, Venezuela y otros, en la Ley Orgánica de Chile, etc. se establece para los juicios de quiebra el fuero del domicilio del fallido. Nuestro Código dice lo mismo, con ligeras diferencias, al tratar del concurso de acreedores en los Arts. 626 y 631; y el de Comercio, al ocuparse en el juicio de quiebra.

8°—Con respecto a las cuestiones concernientes a la sucesión por causa de muerte, el Código Español dice: "En los juicios de testamentaria o abintestato, será competente el juez del lugar en que hubiere tenido el finado su último domicilio.

"Si lo hubiere tenido en país extranjero, será juez competente el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes." (Regla 5ª del Art. 63).

Nosotros creemos que, como principio general, las reglas del Código de Enj. sobre competencia territorial tienen por objeto, no decidir cuestiones de competencia internacional, es decir, fijar los límites entre la jurisdicción ecuatoriana y la extranjera, sino simplemente distribuir aquella entre los jueces de las distintas secciones en que está dividido el territorio de la República (Nº 23). Por consiguiente, cuando dice la ley que es juez competente el del domicilio del reo, se ha de entender el del domicilio de éste en alguna de dichas secciones; y cuando dice que el que no tiene domicilio fijo, puede ser demandado donde se le encuentre, se ha de entender también que se trata de aquel que no tiene domicilio en ninguna de dichas secciones; sin que importe nada el que lo tenga o no fuera de la República. Nuestro Código no se propone atribuir jurisdicción a jueces de otros países, ni remitir a ellos el conocimiento de ningún asunto: quiere sólo, como hemos dicho, fijar los límites relativos de la jurisdicción de cada uno de nuestros jueces, es decir, aquellos límites que la separan de la que corresponde a otros jueces del Ecuador, como emanación de la soberanía ecuatoriana y de sus leyes.

Por consiguiente, podríamos aplicar la regla española, en el sentido de que, si el extinto tuvo su último domicilio en país extranjero, será competente, para las demandas que hayan de proponerse en el Ecuador, el juez del último domicilio que en el Ecuador haya tenido; sin perjuicio de que, si por tal motivo se plantea una cuestión de competencia internacional, se decida ésta, según la naturaleza del caso, por las reglas y principios del Derecho Internacional Privado.

9'—Para el juicio de presunción de muerte de un ausente, el Código Civil atribuye expresamente la competencia al juez del último domicilio que éste haya tenido en el Ecuador. Art. 78, 1'.

10'—Para muchos otros casos de jurisdicción voluntaria, ni en nuestro Código ni en la mayor parte de los extranjeros hallamos regla alguna sobre competencia. La Intervención del juez en esos asuntos proviene de que se trata de intereses de personas que no pueden cuidarlos por sí mismas, y en cuyo favor se ha establecido una protección especial de la autoridad; o bien de asuntos que atañen a las buenas costumbres o al orden público, o que pueden comprometer intereses de terceras personas. Convendría, por tanto, no dejar la competencia al libre arbitrio de los interesados, y dictar las reglas que mejor consulten el buen éxito de la intervención del juez y la consecución del objeto que la ley se ha propuesto.

Convendría, además, para estos casos, negar o no conceder sino con adecuadas restricciones, la facultad de prorrogar la jurisdicción; porque la prorrogación entraña la renuncia de un derecho, y toda renuncia requiere, por una parte, capacidad y facultad de disponer de la cosa renunciada, y por otra, que la cosa misma sea renunciable (a).

(a) La Ley Orgánica de Chile dice, al respecto: "Art. 236.—La prórroga de jurisdicción sólo procede en los negocios contenciosos civiles". Y el Código Colombiano: "Art. 167.—La prórroga de la jurisdicción por razón del lugar donde hayan de seguirse los juicios, sólo puede verificarse respecto de los negocios contenciosos civiles; y cuando se expresa, produce el efecto de que el Juez a quien se someten las partes conozca privativamente".

Reglas especiales sobre competencia para asuntos de jurisdicción voluntaria se encuentran en el Código Español, Art. 63; Ley Orgánica de Chile, Arts. 223, 224 y 225; Colombiano, Ley de 1892, Art. 48; Costa Rica, 149; Salvador, 26; Méjico, 201, 202 y 203.

APENDICE

EL DERECHO ADJETIVO MERCANTIL

214.—Antes de la Legislatura de 1909, el Código de Comercio dividíase en cinco Libros, y el estudio del quinto, que versaba sobre la jurisdicción y el procedimiento mercantil, formaba parte de nuestro curso escolar. Para el conocimiento de los asuntos mercantiles en primera instancia, había en ciertos cantones de la República jueces especiales, llamados **Jueces Consulares de Comercio**; pero en segunda y tercera instancia, conocían de dichos asuntos las Cortes Superiores y la Suprema, respectivamente. Cuanto al procedimiento, observábanse los mismos trámites de los juicios civiles, con pequeñas diferencias, entre las cuales era quizá la más sustancial la de ser los términos legales más cortos.

La conveniencia de esta institución no fué jamás cosa indiscutible entre nosotros; como no lo es hasta ahora en España, en Francia y en todos los países del mundo en donde se ha establecido o ensayado: por el contrario, la convicción de las graves dificultades y embarazos que ella ocasionaba en la administración de justicia, estaba muy arraigada en la conciencia de todos los ecuatorianos capaces de preocuparse de tales asuntos.

Faltaba sólo la oportunidad de que, planteándose ante el Poder Legislativo ese importanté problema, llegase el momento de pronunciar acerca de él la resolución definitiva; y esa resolución se dictó en 1909, sin va-

cilaciones, sin discusión, y con una uniformidad de pareceres que jamás se ha visto, tal vez, en la expedición de ninguna ley.

Terminaba en el Senado la discusión de un proyecto de reformas del Código de Enj. Civiles que presentamos a esa Cámara; y en vista de la favorable acogida que obtuvo, algunos de nuestros compañeros de labor legislativa pidiéronnos con instancia algún proyecto encaminado a evitar tantas complicaciones, tantos tropiezos, tan dilatadas incidencias, tantos motivos de nulidad de procesos, a que daba lugar el Código de Comercio en su Libro V; y nuestra respuesta fué la de que, a nuestro modo de ver, ninguna reforma podía conjurar ese mal: que todos los esfuerzos que al respecto habían hecho las legislaturas anteriores resultaron estériles, y que lo único práctico y decisivo era no andarnos por las ramas, buscando ligeros paliativos por componer la incompionible, sino dar el corte en la raíz del mal, aboliendo por completo el fuero y el procedimiento mercantil.

Extraña y hasta audaz pareció en el primer momento la idea de derribar de un solo golpe este árbol secular, casi contemporáneo de todas nuestras instituciones jurídicas y de todas nuestras vicisitudes y desventuras; como parece siempre toda innovación que ataca las tradiciones y costumbres, por infundadas e injustificables que alguna vez éstas sean. Pero muy fácilmente pasó aquella primera impresión; y el proyecto derogatorio, formulado ante el Senado después de obtener privadamente la aquiescencia de la Corte Suprema, fué acogido con tal unanimidad y beneplácito en ambas Cámaras, que no hubo necesidad de exposición de motivos ni de ninguna explicación o demostración parlamentaria.

Pero como no es difícil que, olvidados los ingratos recuerdos de los inconvenientes y dificultades que entre nosotros tuvo aquella institución, o cediendo al espíritu de imitación, que fué quizá la causa generatriz de ella, o

a la novelería de acoger e importar teorías o doctrinas, a veces incompatibles con la naturaleza de nuestras instituciones y la índole de nuestros pueblos, se volviese a plantear aquel trascendental problema; consideramos indispensable hacer conocer a los jóvenes estudiantes los motivos en que la derogación se fundó, y las ventajas que esta innovación ha producido en la República.

215.—Históricamente, la institución del fuero mercantil, casi identificada en su origen con la de los Consulados, se remonta a una época muy antigua. La principal función de los primitivos Cónsules era dirimir las controversias o dificultades que se suscitaban entre sus contreráneos comerciantes, establecidos en el extranjero, a la vez que protegerlos contra las arbitrariedades o abusos de que podían ser víctimas fuera de su país.

Mal definidas y cimentadas las instituciones jurídicas en los pueblos incipientes; no bien organizados todavía los tribunales de justicia ni reconocidas la utilidad del comercio y las consideraciones que merece, los comerciantes extranjeros no sabían a qué atenerse en sus diferencias: no se atrevían a recurrir a leyes que les eran absolutamente desconocidas, o que ninguna relación guardaban con sus ideas y costumbres, ni a jueces que talvez los miraban con antipatía o prevención, o que, por lo menos, no se preocuparían mucho de atenderlos; y la creación de aquellos agentes o funcionarios públicos, llamados Cónsules, ya en los países extranjeros, ya en las colonias o posiciones ultramarinas, se hacía de imperiosa necesidad para la existencia y desarrollo del comercio.

Conocidas las ventajas de esa institución, se comenzó a plantearla y extenderla también dentro del país; al principio, de un modo accidental o limitado; v. g.: para que decidiesen, sin fórmulas judiciales y por sólo el criterio de la buena fe, las pequeñas cuestiones o diferencias que ocurriesen en ciertas ferias o mercados; y después, con carácter permanente, en los principales cen-

tros de comercio, y con una esfera de acción cada vez más amplia, hasta llegar a formar parte integrante del Poder Judicial de la Nación.

En Francia comenzaron a funcionar aquellos jueces especiales de las ferias el año 1349, por un Edicto de Felipe de Valois; y en virtud de nuevos Edictos y Ordenanzas, fueron extendiéndose y tomando un carácter permanente en ciertas plazas comerciales. En París se establecieron los jueces Cónsules en 1563; y la Ordenanza de 1673 los extendió a todo el reino. En 1789 los comerciantes reclamaron con instancia el reconocimiento del privilegio tradicional de que gozaban de ser juzgados por sus iguales, y el mantenimiento de la jurisdicción consular; y la revolución francesa la conservó, en efecto, y amplió las atribuciones que se le habían conferido.

Por fin, el Código de 1808 la organizó definitivamente, después de una importante discusión; pero sin que por eso hayan dejado de suscitarse posteriormente acaloradas disquisiciones doctrinales, sobre la conveniencia de la institución o sobre la necesidad de modificarla o reformarla.

Los jueces de Comercio son elegidos por los comerciantes notables de la sección territorial en que ejercen sus funciones (*arrondissement*); y su cargo es temporal y honorífico. Para ser juez se necesita tener treinta años, y haber ejercido el comercio, por lo menos, cinco; pero el Presidente debe tener cuarenta años y haber sido antes juez. Las sentencias deben darse por tres jueces, a lo menos.

A más de los tribunales de Comercio, hay en Francia los **consejos de prud' hommes** (a), cuya función es terminar, por vía de conciliación, las cuestiones entre jornaleros y fabricantes, jefes de taller y oficiales o de-

(a) *Prud' homme* quiere decir hombre probo, experto o versado en ciertas cosas (*Litttré, Dict. de la langue française*).

pendientes, etc. Es una especie de justicia de paz industrial, que a falta de conciliación, decide las mismas cuestiones, si la cuantía no pasa de cierta suma (sesenta francos).

De esta clase eran los jueces de las antiguas ferias, los cuales ejercían funciones judiciales, extrajudiciales y de policía, y fallaban también hasta determinada suma (Garsonnet, T. 1º, c. XIX).

Los expositores españoles remontan al siglo XIII el origen de las jurisdicciones mercantiles de su patria, atribuídas también a los Cónsules, fuera del territorio y en las posiciones ultramarinas, y después en las costas u otros valles o centros en donde las necesidades del comercio las iban reclamando. Las Leyes de Partida contienen varias disposiciones relativas a la materia; y los Códigos posteriores, las cédulas y rescriptos las han amplificado o modificado.

En España no eran efectivos los jueces de comercio: los nombraba el rey, y el tribunal se componía de un Prior y dos Cónsules. Debían ser comerciantes, y fallaban con apelación a las Audiencias. El tribunal tenía un consultor letrado, a quien podía solicitar dictamen sobre los puntos de derecho.

Fueron abolidos en 1868, y no han vuelto a establecerse hasta ahora, a pesar de las quejas y reclamaciones de muchos jurisconsultos y comerciantes (López Moreno, pág. 86).

En nuestros anales legislativos encontramos que desde los primeros tiempos de la República ha preocupado la atención de los legisladores este problema del fuero mercantil, ensayado ya, en limitada esfera, por las leyes de Colombia y aun por las de la metrópoli española.

En 1831 el Congreso del Ecuador, considerando "que las Ordenanzas de Bilbao y demás leyes vigentes eran ineficaces o insuficientes para la buena administración de justicia y para el honor y los intereses del comer-

cio," adoptó el Código de Comercio español, con excepción del Libro V, quedando, por tanto, subsistente el consulado de Guayaquil, y sujeto a la cédula de 14 de junio de 1829. (Presidente de la República Dn. Juan José Flores).

En 1838, Dn. Vicente Rocafuerte, autorizado por la legislatura, organiza los juzgados y tribunales de comercio de la manera siguiente:

Para juez de primera instancia, en Guayaquil, un Cónsul, y en Quito y en Cuenca, Jueces de Comercio. Para la segunda instancia, un Ministro de las Cortes de Apelación, con dos colegas comerciantes, nombrados por las partes.

El Cónsul debe ser elegido por una junta general de comerciantes y hacendados, presidida por el Gobernador; y en los juicios debe procederse a **estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada.**

En 1851 D. José M. Urbina, como Jefe Supremo de la República, modifica la organización en estos términos:

Para la primera instancia, en Pichincha, Guayaquil y el Azuay, un juez de comercio.

Para la segunda y tercera instancia, un jurado compuesto de veinticuatro vocales, en Guayaquil, y de diez y ocho en las otras dos provincias, elegidos por la "Junta electoral de Comercio", formada por todos los comerciantes matriculados. De entre esos vocales, se sortean tres para el tribunal de segunda instancia, llamado "Tribunal de Alzadas"; y cinco para el de tercera instancia.

En el Art. 132 de se decreto supremo se **prohíbe citar autores de jurisprudencia y leyes del derecho común.** ("El Seis de Marzo", periódico oficial, de diciembre de 1851 y enero de 1852, Nos. 22 a 27).

En 1856, el Congreso autoriza a los Jueces de Comercio para consultarse con asesores, cuando lo creyeren conveniente.

En 1863 se reforma la organización anterior, disponiendo, entre otras cosas, que en Guayaquil el **Tribunal de Alzadas**, esto es, el de segunda instancia, se componga de un abogado y dos comerciantes; y el de tercera, de dos abogados y tres comerciantes. Preside, en el primer caso, el abogado; y en el segundo, el primero de los abogados sorteados.

En las demás provincias, conocen en segunda y tercera instancia los tribunales comunes.

En 1864 se deroga la reforma anterior, disponiendo que el **Tribunal de Alzadas** conste de tres comerciantes, y el de tercera de cinco; es decir, se eliminan los abogados.

En 1878 se vuelve a la organización del año 63, formando el tribunal de segunda instancia de dos comerciantes y un abogado; y el de tercera de tres comerciantes y dos abogados. Estos tribunales ejercen jurisdicción en las provincias del Guayas, Manabí, Esmeraldas y Los Ríos; y respecto de las causas seguidas en las demás provincias, la segunda y la tercera instancia corresponden a los tribunales comunes.

Para la primera instancia, se crea un **Juez Consular de Comercio**, que debe ser comerciante o capitán de buque o abogado, en Quito, Riobamba, Cuenca, Guayaquil y Montecristi. En los demás cantones, los Alcaldes Municipales conocen de las causas mercantiles.

En 1884 quedan definitivamente abolidos los jurados de comercio, y reemplazados por las Cortes; pero en las Superiores de Guayaquil y Quito se crean dos salas, cada una con tres Ministros, y la segunda conoce exclusivamente de las causas mercantiles, criminales y de hacienda.

La Corte Suprema divídese igualmente en dos salas de a cuatro ministros, fuera del fiscal, que es común para las dos; y la segunda sala conoce de las causas criminales, mercantiles y de hacienda.

En 1885 se deroga totalmente la Ley Orgánica de 1884, y se declara vigente el Código de Enj. Civiles de 1882, del cual forma parte la organización de los tribunales y juzgados; pero se establecen para todas las Cortes Superiores tres salas unitarias, entre las cuales deben sortearse semanalmente, sin distinción de materias, las causas que eleven los jueces de primera instancia.

En 1890 quedan abolidas las salas unitarias, y se crean para Quito y Guayaquil dos salas de a tres ministros, asimismo con sorteo semanal de causas, sin distinción de materias; y para las demás Cortes de apelación, una sola sala de tres ministros.

Posteriormente se establecen dos salas para la Cortes de Cuenca; pero también con atribuciones iguales.

Tales son los hechos que dan a conocer la evolución histórica de la institución, que, en su irremediable desprestigio, sosteníase sólo por un inconsciente respeto a las tradiciones, o quizá más bien porque no se presentaba la oportunidad de pronunciar un fallo definitivo sobre su razón de ser y su conveniencia.

Desde 1885 no volvimos a tener distinción de jurisdicciones en la segunda y tercera instancia de los juicios; y la especial para los asuntos mercantiles quedó reducida a la primera instancia, y eso sólo en los pocos cantones en donde había jueces de comercio. Por fin, este resago, que, sin corresponder en manera alguna a los fines de la institución, no servía sino para ocasionar inconvenientes y dificultades, fué eliminado totalmente en 1909; y desde entonces, no tenemos diferencia alguna entre lo civil y lo mercantil, en orden a la jurisdicción y al procedimiento.

216.—Con estos datos, procedamos a consultar las razones filosóficas y los resultados de la experiencia, para juzgar de la bondad absoluta y relativa de la institución, es decir, de las consideraciones de justicia y de conveniencia social en que la ley debe fundarse.

En toda organización, en todo mecanismo, es de suma importancia la unidad, la armonía, la sencillez. Las ruedas inútiles, los órganos innecesarios, las funciones que no cooperan al fin general, o que lejos de contribuir a él, lo estorban o embarazan, constituyen un defecto fundamental, y deben a todo trance eliminarse del sistema.

Ponderando Bentham estas consideraciones, a propósito de la organización judicial, declárase enemigo de la distribución de la jurisdicción por la materia: "Dichosos los litigantes —dice— si no hubiera más que una audiencia, y pudiera decirse el tribunal, como se dice la iglesia o el palacio. El aldeano más rústico no podría equivocarse: sabría desde luego a qué juez había de acudir; no necesitaría de procurador que le representase, poniendo a contribución su ignorancia, ni habría menester litigar en un tribunal para saber que tenía que hacerlo en otro. Desde el momento en que se crean tribunales especiales, se crea también una nueva ciencia; desde que se forma un laberinto en el camino de la justicia, es preciso un perito para los que ignoran sus vueltas. ¡Cuántos gastos, cuántas dificultades, cuánta incertidumbre antes de llegar al juez competente!"...

Cierto que la distribución de la jurisdicción por la materia crea una cuestión nueva, una nueva dificultad, a veces nada sencilla —la de saber a cuál de los distintos fueros corresponde el asunto de que se trata—, y da ocasión a nulidades de procesos y graves y costosas dilaciones; pero no es menos evidente que, en determinados casos, esa distribución es esencialísima y fundamental para la buena organización judicial.

La unidad de un cuerpo no se opone de modo alguno a la pluralidad de sus órganos; y lo que la razón exige al respecto, es que éstos sean congruentes y armónicos; que haya todos los necesarios, pero nada más que los necesarios.

La diversidad de asuntos hace, a veces, indispensable la separación de las jurisdicciones, para que aquéllos sean convenientemente atendidos y despachados, y para que se aprovechen las aptitudes especiales de ciertos jueces y todas las ventajas propias de la división del trabajo. Si, por ejemplo, los asuntos penales no estuvieran separados de los civiles, la influencia del interés privado de los litigantes, establecería, de hecho, la preferencia de los segundos, y faltaría para los primeros la consagración intensa de la atención del juez y la diligencia activísima que exige el interés social de la eficaz persecución y castigo de las infracciones (Nº 22).

“Hay algo de absurdo en la utopía del jurisconsulto inglés” —dice justamente López Moreno, refiriéndose a Bentham— “porque absurdo es cuanto contradice y “desconoce la naturaleza de las cosas
“El principio de la competencia de cada tribunal para “conocer de todos los negocios repugna a la variedad “de la vida social, como la aptitud de un solo órgano “para el desempeño de todas las funciones físicas repugna a la vida del individuo.”

Hagamos ahora aplicación de estos principios generales al caso que nos ocupa, y analicemos las razones especiales que se alegan para separar de los tribunales civiles el conocimiento de los asuntos de comercio, y someterlos a jueces y trámites especiales.

El eminente profesor Bravart-Veyrières sintetiza en los siguientes conceptos los fundamentos filosóficos del fuero y el procedimiento mercantil:

“¿Pero ante todo, cuál es la razón de ser de las jurisdicciones comerciales? Es la insuficiencia de la jurisdicción civil; es la poca armonía que existe entre las “condiciones propias de esta jurisdicción, y la naturaleza particular de las operaciones comerciales, que dan lugar a las contestaciones. Esta ineptitud, si puedo expresarme así, de la jurisdicción civil para el juzgamiento

“de las contestaciones comerciales, se manifiesta desde
“un triple punto de vista:

“Desde luego la marcha de la jurisdicción ordinaria o civil es lenta, y esta lentitud ha sido considerada
“como una garantía de los intereses comprometidos en
“la contienda judicial, sobre todo para los asuntos criminales. Mas los negocios comerciales no pueden acomodarse a estas lentitudes: es de su naturaleza, de su esencia, formarse y ejecutarse rápidamente. En el comercio,
“el tiempo es un capital, una especie de riqueza: todo retardo, toda traba, es una causa de perjuicios, un obstáculo. Es necesario, pues, instituir, para juzgar las diferencias que se elevan en materia comercial, una jurisdicción que proceda con más rapidez que la jurisdicción ordinaria, so pena de crear dificultades en lugar de
“allanarlas, y de poner el instrumento judicial en contradicción con la materia sobre la cual se lo debe ejercitar.

“Desde un segundo punto de vista, la jurisdicción ordinaria no conviene al juzgamiento de las contestaciones comerciales: ante ella, las formas son complicadas y los gastos muy considerables. La tasa de estos gastos y la complicación de estas formas nada tienen de
“exorbitante en materia civil, en que las contestaciones son poco numerosas y no se renuevan sino de largo en
“largo tiempo; tan raras, que hay personas que jamás han tenido un proceso en su vida. Mas en materia comercial, las contestaciones son tan múltiples como las
“operaciones mismas que las engendran o a las cuales se refieren; ellas se suceden y se renuevan, en cierto modo, como esas mismas operaciones. Compréndese, por tanto, que si en materia comercial, las formas de procedimiento fueran tan complicadas y los gastos tan elevados como en materia civil, resultaría, en razón del número de contestaciones, una agravación muy perjudicial a los intereses del comercio. Es necesario, por lo mismo, otorgarle una jurisdicción ante la cual las for-

“mas sean más simples y los gastos menos numerosos. Esta es la segunda razón que ha hecho establecer las jurisdicciones mercantiles.

“Hay una tercera, que es también una de las razones de ser de las jurisdicciones mercantiles: es el deseo de terminar las diferencias amigablemente, por la vía de conciliación. No hay mejor medio de prevenir los gastos y los embarazos inseparables de todo proceso; y la primera condición requerida para facilitar las conciliaciones, los arreglos amigables, es que el magistrado que se interponga entre las partes, las conozca, esté en relación con ellas, ejerza o haya ejercido la misma profesión, y haya tenido que defender por sí mismo análogos intereses. Siendo esto así, para conseguir ese objeto es necesario instituir jurisdicciones cuyos miembros, ejerciendo la misma profesión que los litigantes, fuesen elegidos por éstos; y aquí está la diferencia principal entre las jurisdicciones comerciales y las civiles, cuyos miembros, nombrados por el soberano, inamovibles y vitalicios, no tienen, fuera de sus funciones, ningún punto de contacto con los litigantes, y están separados de ellos por una muy larga distancia, para poder desempeñar con éxito el papel de conciliadores.” (*Traité de Droit Commercial*, T. VI, pg. 220).

En seguida manifiesta que, para corresponder a esos fines, la jurisdicción mercantil tiene tres condiciones distintivas, a saber: **electiva**, **temporal** y **gratuita**, en el sentido que lo explicamos en la parte histórica.

Otros autores, como Pardessus y Garsonnet, consideran la razón más poderosa en pro de esa institución la de los conocimientos o aptitudes especiales de que se les supone dotados a los jueces comerciantes; pues las condiciones de la simplicidad de las formas y la rapidez del procedimiento —dicen— deben procurarse igualmente y en cuanto sea posible en las causas civiles.

El supuesto de la aptitud de los jueces —que significa **acierto**, es decir, justicia, y es, por lo mismo, el primero y más fundamental requisito de una buena organización judicial— fúndase, según esos autores, en la práctica de los negocios que dan origen a los litigios mercantiles, y de los usos y costumbres que sirven para decidirlos.

“No se puede negar” dice Garsonnet, “que los comerciantes que han sido suplentes antes de ser jueces, “y jueces antes de ser presidentes, son más aptos que los magistrados de profesión para estudiar sobre negocios “cuyo examen exige principalmente conocimientos técnicos, y que se juzgan, menos por el derecho estricto, que “por los usos y la equidad.”

Idoneidad de los jueces, que, como acabamos de decir, significa acierto en las decisiones; celeridad en el procedimiento; disminución de gastos, y facilidad de arreglos amigables —en una palabra, las condiciones todas del más hermoso ideal de la administración de justicia— son los argumentos aducidos por los defensores de la institución que nos ocupa.

217.—Veamos ahora si hubo entre nosotros, o si pudiera haber, con sólo cambios o reformas posibles y convenientes en nuestras leyes, algo de verdad en tan bellas y seductoras palabras.

Aptitud de los jueces.—¿Quiénes eran los jueces de comercio en el último estado de nuestra organización judicial, es decir, después de tantas discusiones, de tantos ensayos y experiencias y de tantos toques y retoques que tuvo la ley, desde su remoto origen, hasta 1909 en que fué abolida?

En primera instancia debía serlo un abogado cualquiera o un comerciante con asesor letrado. Si lo primero, desaparecería completamente el supuesto que sirve de base al argumento que analizamos; si lo segundo, desaparecería también, atento el papel tan secundario y casi nulo del juez lego en los asuntos en que necesita asesor.

No sólo para la decisión de la contienda principal, sino para la de cualquier accidente, y aun para los decretos que, según nuestra ley, **tienen fuerza de autos**, por versar sobre puntos importantes de sustanciación, o porque pueden influir en la decisión de la causa o perjudicar a las partes, necesita el juez lego dictamen de asesor, so pena de nulidad; y como, sin conocimiento de leyes (y aun con dicho conocimiento) no es fácil saber a punto fijo cuales son aquellos decretos, resulta que los jueces legos, temerosos de incurrir en nulidades, consultan para todo al asesor, y se convierten en meros firmadores de los dictámenes de éste.

Que fueran comerciantes o no lo fueran; que entendiesen o no de negocios o costumbres mercantiles, era, por tanto, entre nosotros, de todo en todo indiferente, para el efecto de asegurar el acierto en las decisiones judiciales de primera instancia.

En segunda y tercera instancia, tocaba el conocimiento de las causas mercantiles, es decir, el fallo definitivo, a los mismos tribunales llamados a intervenir en las civiles, sin distinción alguna: por tanto, había caído por su base la más fundamental razón de ser del fuero mercantil.

La idoneidad de los comerciantes para esa judicatura fué en nuestro país materia de prolijas disquisiciones legislativas y de reiterados ensayos prácticos, como lo manifiesta la exposición histórica que someramente acabamos de hacer; pero el resultado final de tantas observaciones fué el de que dichos señores dejasen definitivamente establecida y comprobada su ineptitud para ese efecto.

Y la explicación es muy obvia: en la edad media, en la época del feudalismo, en que apareció y adquirió prestigio el fuero especial de los comerciantes, casi no había códigos, y las cuestiones se decidían, no tanto por la ley escrita, cuanto por los usos y costumbres y por la equi-

dad, como dice el expositor últimamente citado. Compréndese así, la grande importancia que para tal efecto tenían entonces los conocimientos prácticos de los comerciantes; y como ese estado de cosas subsistió por largo tiempo y hasta ahora subsiste, en gran parte, en algunos países, es nada extraño que la institución haya adquirido en ellos carta de naturaleza y alcanzado en su favor la estabilidad de que goza y el respeto que infunden las tradiciones históricas y las convicciones populares.

Entre nosotros, y generalmente en los pueblos nuevos, acontece lo contrario. Los Códigos, fruto de los progresos alcanzados por la ciencia de la legislación, en tantos siglos de existencia y de aplicaciones prácticas, lo han previsto y resuelto casi todo; en subsidio de las leyes especiales, aplícanse las generales, y a falta de unas y otras, los principios jurídicos en que ellas se basan; y las costumbres, que ni tiempo han tenido para establecerse y difundirse, desempeñan un papel muy secundario.

El Art. 4º de nuestro Cgo. de Comercio dice: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años." Pero son tan raros los casos de aplicación de esta regla, y tan secundaria su influencia en la decisión de las cuestiones prácticas, que hasta ahora no se han preocupado siquiera nuestros legisladores de determinar en las leyes de procedimiento —como se ha hecho en otras partes y es indispensable hacerlo— la manera de hacer constar la existencia y naturaleza de la costumbre.

Nada era más anómalo y hasta ridículo que ver a nuestros Cónsules y Jueces de Alzadas de aquellos tiempos con el proceso en las manos y con cuestiones jurídicas casi siempre intrincadas y complejas, para cuya decisión eran indispensables sólidos estudios del Código de

Comercio, del Código Civil y de la legislación toda. ¿Qué podían hacer esos hombres? Andar en busca de abogados consultores, y dejarse llevar de consejos, no siempre bien meditados, asumiendo ellos toda la responsabilidad legal y moral.

Esto desprestigiaba naturalmente la judicatura, y hacía de esos cargos, en otras partes mirados como un timbre de honor, una carga odiosa e insopórtable.

Para poner remedio a estas dificultades, adoptóse el sistema ecléctico de los tribunales mixtos, muy recomendado por Veyrières, Demangeat y otros expositores; mas el resultado fué que, asociados los comerciantes a los abogados para una función esencialmente jurídica, quedaban anulados, y la institución de los tribunales mercantiles se reducía a una mera fórmula, con todos los inconvenientes de que hemos hablado, y con la resistencia y disgusto de los comerciantes, a quienes les chocaba en sumo grado desempeñar ese papel inoficioso y nugatorio, abandonando sus propias ocupaciones, y faltándoles, como les faltaba, en grado aun mayor, el **self government**, tan recomendado por los expositores.

He aquí lo que entre nosotros significaba la supuesta aptitud de los comerciantes para las judicaturas mercantiles, tan ponderada por los que se dejan llevar del entusiasmo de las teorías o la sonoridad de las frases, más que de las observaciones prácticas. Ocupémonos ahora en las otras cualidades: **simplificación de las formas, celeridad de los juicios, disminución de los gastos.**

Si prescindimos del sufragio popular y otras músicas celestiales con que nos regala la Carta Fundamental, de seguro que en ninguna de nuestras instituciones jurídicas hemos tenido una decepción tan amarga ni tan irri-
tante ironía.

¡Simplificación de formas, celeridad, baratura, con el fuero mercantil!!!....

Para producir este efecto, adoptó nuestro legislador una sola medida: reducir a la mitad los términos legales de los juicios civiles. Pero, ¿qué podía adelantarse con eso, si la desesperante prolongación de los juicios depende, no de que los términos legales sean largos, sino de los incidentes que interrumpen o dilatan su conclusión natural, y de los recursos de apelación y tercera instancia que en ellos se conceden?...

Sin esas interrupciones, un pleito ordinario pudiera estar sentenciado en cuarenta días; y en la práctica vemos con frecuencia que los días se convierten fácilmente en meses, y los meses en años, para la duración de los pleitos.

Los términos de nuestros juicios civiles son, por lo general, cortos, muy cortos, relativamente a las necesidades de la defensa legítima y a lo que en otras legislaciones se establece. Tres días para las excepciones dilatorias, otros tres para las perentorias, cuatro para alegar, etc., es muy poco, demasiado poco; y sin embargo, para lo mercantil, todos esos términos se redujeron a la mitad. Pero así y todo, los pleitos mercantiles eran eternos, como los civiles, debido a los incidentes, a los recursos de apelación y tercera instancia, que no podían negarse, y sobre todo, a las cuestiones que, respecto de la competencia misma, se suscitaban en cada uno de ellos.

Propuesta una demanda ante la jurisdicción mercantil, el reo alegaba que se la debía ventilar ante la civil; y si se la intentaba civilmente, alegaba ser de la competencia del Juez de Comercio; y la discusión y decisión de este punto previo duraba largos meses y aun años.

Había más: alguna vez las partes no promovían esa cuestión, o, si la suscitaban, se conformaban con la resolución de primera o segunda instancia; pero el Tribunal Supremo, cuando se le elevaba por cualquier motivo el proceso, entendía que la cuestión, ventilada hasta entonces como mercantil, era civil por su naturaleza. Y como

no cabía prorrogación voluntaria, expresa ni tácita, de la jurisdicción especial para negocios del fuero ordinario, declaraba la nulidad de todo el proceso, que representaba en muchos casos largos años de gastos, de diligencias y esfuerzos. ¡Una verdadera catástrofe para las partes y para los jueces inferiores responsables de la nulidad!

Esta misma calamidad podía ocurrir también, en los primeros tiempos del fuero mercantil, cuando los tribunales conceptuaban que la causa ventilada civilmente, era, por su naturaleza, comercial; y para evitarla en algún tanto, púsose en el Código de 1882 la regla de que, si durante la primera instancia no se alegaba la incompetencia, no se la podría tomar en cuenta después.

Cabía, por tanto, ese incidente sobre jurisdicción durante toda la primera instancia. Y como se viera que muy poco se había ganado con aquella reforma, agregóse al Art. 16 del Código de Enj., en el Congreso de 1890, la regla de que, por el hecho de no alegarse la incompetencia en el término de proponer excepciones, se consideraba tácitamente prorrogada la jurisdicción del juez ordinario.

No podía ir el legislador más allá en lo tocante a la prorrogación; pues aun con eso mismo había falseado ya en algún tanto el principio que declara absolutamente improrrogable la competencia *ratione materiæ* (Nº 76). Pero el mal subsistía casi en su totalidad: quedaba expedito el poder alegar, en cualquier estado de la causa, la incompetencia del juez de comercio para asuntos que se supusieran civiles; quedaba a los tribunales la facultad y aun el deber de declarar de oficio esa incompetencia, y anular los procesos; y en las causas planteadas ante la jurisdicción civil, quedaba también el derecho de deducir, como en efecto se deducía, la excepción de incompetencia.

Resultado final, que eran raros los procesos en que, en una u otra forma, no surgiese y se abriese campo la

cuestión de incompetencia, fatigando la atención de litigantes y tribunales, y ocasionando dilaciones y gastos de consideración.

Ningún Código del mundo ha podido hasta ahora marcar con precisión y claridad las líneas de separación entre lo civil y lo mercantil; ni será posible conseguirlo jamás, atenta la naturaleza misma de los asuntos entre los cuales debe hacerse ese deslinde. Casos hay en que un mismo acto es, a la vez, mercantil para una de las partes y civil para la otra; o en que aquella cualidad depende, no de los elementos objetivos del propio acto, sino de la intención de cada una de las partes, o de la relación de ese acto con otros anteriores de ellas, o con los que posteriormente se proponen realizar.

Todo lo cual daba lugar entre nosotros (y lo da en todas partes) a cuestiones de hecho, no siempre claras ni de fácil averiguación, y a cuestiones de derecho delicadas y complejas, sobre las cuales los expositores franceses han escrito extensos y luminosos tratados, pero sin llegar a decir la última palabra ni a dejar dilucidados todos los problemas.

La dificultad bosquejada por Bentham, para impugnar los fueros especiales, llegó a tomar entre nosotros colosales proporciones: cada excepción dilatoria o cada incidente de incompetencia hacían necesarias complicadas diligencias probatorias y prolijos alegatos, en que los abogados sacaban a lucir su erudición y sus profundos estudios, y ocasionaba a los tribunales cavilaciones y dudas y no muy rara vez contradictorias conclusiones.

Y todo ¿para qué? Para que al fin de la jornada (y qué jornada!) resultase que no era el comerciante X, sino Dn. fulano de tal, quien, con el nombre de Alcalde, debía firmar los dictámenes del asesor y nada más...!!!

Para eso, y nada más que para eso, gastaban los litigantes tanto dinero, tantas agitaciones y diligencias;

los abogados y jueces tanto fósforo de su cerebro, tantas preocupaciones de ánimo; y todos el tesoro del tiempo que en cosas útiles podía aprovecharse!

El fuero mercantil —discutido en todas partes, hasta en la misma Francia (a)— era, pues, en el foro ecuatoriano una absurda anomalía, incompatible con el espíritu esencialmente práctico de las instituciones modernas; una rueda embarazosa e inútil en nuestro mecanismo judicial; una carga abrumadora, que soportábamos sólo porque casi incoscientemente nos habíamos habituado a soportarla; y que subsistía —como subsisten en el mundo tantas aberraciones— sin otro título que su antigüedad en tanto no se formulase la primera palabra de protesta y condenación.

Esa palabra sonó en 1909; y la institución caduca, refutada por la razón, desmentida por la experiencia, cayó de raíces, sin la más leve resistencia y con universal beneplácito (b).

(a) Dalloz, Meyer y muchos jurisconsultos y publicistas notables lo rechazan en Francia; Caravantes y varios otros, en España. Chile, país eminentemente práctico y sensato, no lo ha adoptado.

(b) El Decreto Legislativo dice así:

"El Congreso de la República del Ecuador, Considerando:

1º—Que la institución del fuero mercantil ha producido en la práctica graves inconvenientes y embarazos para la administración de justicia.

2º—Que atenta la forma de organización judicial de la República, aquella institución carece de objeto;

DECRETA:

Art. 1º—Derógase el libro V del Código de Comercio.

Art. 2º—Los juicios mercantiles se ventilarán ante los Jueces y con los trámites y recursos establecidos para los asuntos civiles.

Art. 3º—Los Alcaldes Cantonales sortearán entre sí y entre los Escribanos del respectivo Cantón, los juicios mercantiles pendientes en los Juzgados

Guarden los jóvenes universitarios, representantes de la futura generación de abogados, estas reflexiones, acaso innecesarias ahora, para cuando olvidadas las impresiones de casi un siglo de observación y de lucha, el prurito de imitación o de innovaciones inconsultas pudiera suscitar de nuevo ese problema en nuestra Patria.

FIN DEL TOMO PRIMERO

de Comercio. Sortearán del mismo modo los expedientes terminados, para que se guarden, previo prolijo inventario, en el archivo correspondiente.

Art. 4º—La Matrícula de los comerciantes y el Registro Mercantil se llevarán en la Oficina de Inscripciones del Cantón.

Art. 5º—Todo lo que en el Código de Comercio y en cualesquiera leyes se diga del Juez de Comercio, se entenderá referirse a los Alcaldes Cantonales y Jueces parroquiales, según la cuantía y la naturaleza del asunto.

Dado en Quito, Capital de la República, a veintidós de octubre de mil novecientos nueve”.

Promulgado el 10 de noviembre de 1909.—Registro Oficial N° 1098.

El libro IV, que trata de la Quiebra, no fué derogado. Por tanto, el juicio de quiebra debe seguirse ante los juzgados civiles, en la forma prescrita por el Código de Comercio.

INDICE DEL TOMO PRIMERO

Núms.	Págs.
PROLOGO	XI

LECCION 1.—INSTALACION DEL CURSO

Naturaleza de lestudio que debe hacerse.—Advertencias y recomendaciones a los alumnos	1
---	---

PARTE DOCTRINAL

LECCION 2.—NOCION GENERAL DEL DERECHO ADJETIVO Y DEL CODIGO DE ENJUICIAMIENTOS CIVILES

1.—División del Derecho en sustantivo y adjetivo	11
2.—Instituciones que comprende el Derecho Adjetivo o Práctico ...	12
3.—Definiciones	13
4.—Naturaleza de las leyes adjetivas	14
5.—Pertenecen al Derecho Público o al Privado?	16
6.—Límites temporales del imperio de las leyes adjetivas	18
7.—Límites locales	30
8.—Hay diferencia entre nacionales y extranjeros en cuanto a las leyes adjetivas?	33
9.—Relaciones del Derecho Práctico con la Ley Orgánica del Poder Judicial	37
10.—Relaciones del Código de Enjuiciamientos con el Civil	39
11.—Antecedentes históricos y fuentes de nuestra legislación adjetiva	40
12.—Jurisprudencia	43
13.—Plan del Código de Enjuiciamientos y división de la materia	44

LECCION 3.—DE LA JURISDICCION

14.—Función esencial del Juez	47
15.—Función Accidental	48
16.—Definición	49

Núms.	Págs.
17.—Operaciones que comprende la jurisdicción.—Ejecución de los fallos	50
18.—Límites absolutos de la jurisdicción	52
19.—Derecho positivo ecuatoriano	56
20.—Leyes inconstitucionales	57

LECCION 4.—DE LA JURISDICCION (Continuación)

21.—Límites relativos de la jurisdicción	66
22.—La materia	67
23.—El territorio	70
24.—Las personas	71
25.—Los grados	73
26.—La cuantía	73
27.—Resumen	75
28.—Diversas especies de jurisdicción	76
29.—Primera división: Contenciosa o voluntaria.—Diferencia esencial	76
30.—Relaciones.—La voluntaria puede convertirse en contenciosa, pero no al contrario	78
31.—La voluntaria no cabe sino en los casos determinados	80
32.—Forma del Procedimiento	82
33.—Segunda división: ordinaria o especial	83
34.—Tercera división: acumulativa o privativa	85
35.—Cuarta división: legal o convencional	87
36.—Quinta división: propia o prorogada	88
37.—Adquisición, suspensión y pérdida de la jurisdicción	90

LECCION 5.—DE LA COMPETENCIA EN GENERAL

38.—Noción de la competencia	91
39.—Competencia de competir.—Conflictos	93
40.—Incompetencia; sus efectos	93
41.—Exceso de poder o usurpación de atribuciones	94
42.—Fuero	97
43.—Reglas generales de la competencia	98
44.—Regla segunda.—Fijada la competencia de un juez no se altera por causa superviviente	100
45.—Regla tercera.—Fijada la competencia del juez de primer grado, lo está, por el mismo hecho, la del juez o tribunal de grado superior	103
46.—Regla cuarta.—El juez de la acción es juez de la excepción	104
47.—Regla quinta.—El juez de lo principal es juez de los incidentes o accesorios	105
48.—Regla sexta.—El juez de la demanda principal, lo es de la reconvencción conexas, siempre que ésta no corresponda por su cuantía, a un juez superior	106
49.—Regla séptima.—En los casos de acumulación de autos, el juez de la causa más antigua conoce de los autos acumulados	113

Núms.

Págs.

- 50.—Regla octava.—El juez que renuncia una sentencia, es competente para ejecutarla, sea cual fuere la cuantía o naturaleza del asunto 113

LECCION 6.—COMPETENCIA TERRITORIAL CIVIL

51.—Fijación del asunto	114
52.—Aplicación del axioma actor sequitur forum rei.—Concepto del domicilio	115
53.—Posibilidad de dos o más domicilios.—División del domicilio en general y especial	120
54.—Subdivisión del especial en convencional y legal	122
55.—Efectos del pacto de domicilio en los litigios sobre nulidad, resolución, etc., del respectivo contrato	123
56.—Reglas de interpretación de dicho pacto	124
57.—Domicilios especiales legales	125
58.—El lugar del pago (Forum solutionis)	126
59.—El lugar del contrato (Forum contractus)	128
60.—La administración de bienes ajenos (Forum gestæ administrationis)	128
61.—El delito y cuasi delito (Forum maleficil)	129
62.—Sucesión hereditaria (Forum successionis)	130
63.—Sociedades (Forum societatis)	131
64.—Personas jurídicas	134
65.—Resumen	135
66.—Derecho de elección	137
67.—Violación de las reglas del fuero territorial	137
68.—Obligación de probar en la cuestión sobre domicilio	138

LECCION 7.—PRORROGACION-SUBPRORROGACION-DELEGACION-COMISION

69.—Concepto de la prorrogación	139
70.—Reglas generales	140
71.—División de la prorrogación en voluntaria y legal	143
72.—Reglas sobre la prorrogación voluntaria	144
73.—Subdivisión de la prorrogación	147
74.—Corolarios	149
75.—Casos de prorrogación voluntaria	149
76.—La materia	150
77.—El territorio	153
78.—Las personas	154
79.—Los grados	155
80.—La cuantía	156
81.—El tiempo	160
82.—Prorrogación legal	161
83.—Conclusiones	163
84.—Subrogación	163
85.—Delegación	164
86.—Comisión	166

PARTE LEGAL DE LA JURISDICCION Y DEL FUERO

APENDICE.—EL DERECHO ADJETIVO MERCANTIL

Advertencias relativas a las Concordancias y Comentarios 173

CODIGO DE ENJUICIAMIENTOS EN MATERIA CIVIL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

LIBRO PRIMERO

DE LA JURISDICCION, DE LAS PERSONAS QUE LA EJERCEN Y DE LAS QUE INTERVIENEN EN LOS JUICIOS (a)

TITULO PRIMERO

DE LA JURISDICCION Y DEL FUERO

SECCION PRIMERA

DE LA JURISDICCION

Núms.	Págs.
Art. 1º—Concordancias y comentarios	176
Art. 2º—Concordancias y comentarios	179
Art. 3º—Concordancias y comentarios	180
Art. 4º—Concordancias y comentarios	182
Art. 5º—Concordancias y comentarios	187
Art. 6º—Concordancias y comentarios	187
Art. 7º—Concordancias y comentarios	188
Art. 8º—Concordancias y comentarios	189
Art. 9º—Concordancias y comentarios	189
Art. 10—Concordancias y comentarios	190
Art. 11—Concordancias y comentarios	192
Art. 12—Concordancias y comentarios	193
Art. 13—Concordancias y comentarios	203
Art. 14—Concordancias y comentarios	209
Art. 15—Concordancias y comentarios	211
Art. 16—Concordancias y comentarios	213
Art. 17—Concordancias y comentarios	223
Art. 18—Concordancias y comentarios	224
Art. 19—Concordancias y comentarios	225
Art. 20—Concordancias y comentarios	226
Arts. 21 y 22—Concordancias y comentarios	226

Núms.	Págs.
Arts. 23 y 24—Concordancias y comentarios	227
Art. 25—Concordancias y comentarios	229
Art. 26—Concordancias y comentarios	232
Art. 27—Concordancias y comentarios	233
Art. 28—Concordancias y comentarios	238
Art. 29—Concordancias y comentarios	239

SECCION SEGUNDA

DEL FUERO COMPETENTEE	240
Art. 30—Concordancias y comentarios	244
Art. 31—Concordancias y comentarios	242
Art. 32—Concordancias y comentarios	245
Art. 33—Concordancias y comentarios	246
Art. 34—Concordancias y comentarios	247
Art. 35—Concordancias y comentarios	249
Art. 36—Concordancias y comentarios	262
Art. 37—Concordancias y comentarios	264
RESUMEN Y PARALELO	272
SECCION I	273
PRORROGACION	274
Prorrogación legal de la competencia territorial	275
Prorrogación voluntaria de la competencia territorial	276
Prorrogación legal por la materia	277
Prorrogación voluntaria por la materia	277
Prorrogación legal por la cuantía	278
Prorrogación voluntaria por la cuantía	278
Prorrogación por los grados	279
Prorrogación por las personas	279
SECCION II	280
OBSERVACIONES	283

APENDICE

EL DERECHO OBJETIVO MERCANTIL	289
-------------------------------------	-----

CODIGO DE ENJUICIAMIENTOS EN M. C.

Fe de Erratas

Página	Replón	Dice:	Debe decir:
X	34	la la variedad	la variedad
1	2	ar	zar
12	26	excititud	exactitud
13	11	regule a	regule la
15	10	tablecidos	tablecidos
24	35	exioma	axioma
28	6	admsibilidad	admisibilidad
32	19	nombraminto	nombramiento
34	3	Italiano	Italiano
37	34	dquisición	adquisición
38	2	legislaciones	legislaciones
39	1	drigir	dirigir
47	4	ls leyes	las leyes
47	10	dijmos	dijimos,
47	17	xistencia	existencia
56	24	ejercicio	ejercicio
59	34	llam en	llama en
62	30	Estdo	Estado
63	21	estulveren	estuvieren
74	4	justica	justicia
78	30	coniverte	convierte
84	33	jurisdiclon.c	jurisdicción
91	10	asercorios	accesorios
93	22	a atratar	a tratar
99	4	el acto	el actor
101	34	debido	debidos
119	28	incesantemnte	incesantemente
120	36	protección	protección
131	18	prncipal	principal
160	1	jursidicción	jurisdicción
188	32	del	de los juicios
189	13	jursidicción	jurisdicción
192	6	metódico	metódica
203	13	conoe	conoce
225	31	conocimento	conocimiento
247	25—32	dominio	domicilio
251	13	le regla	la regla

