

X **Alfredo Pérez Guerrero** _____

X **FUNDAMENTOS DEL DERECHO
CIVIL ECUATORIANO**=====

(Título Preliminar del Código Civil) _____

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Referencias a otras Legislaciones y a la Jurispru-
dencia ecuatoriana _____

INTRODUCCION

Esta obra, como las otras mías, no me pertenece exclusivamente; sino que es fruto de una colaboración espiritual y de entusiasmo y simpatía entre mis alumnos y yo. Sin ellos no habría sido escrita; muchos pensamientos y comentarios han surgido en las discusiones de clase; y algún mérito que pueda tener en claridad o sistema se debe al esfuerzo mental y de disciplina que debe desarrollar el maestro para encontrar el camino mejor, más corto y fácil, entre su saber y el espíritu del alumno. Éste da siempre el método y el plan pedagógico; y mi antipatía, sin duda injusta, pero real, hacia la Pedagogía clásica proviene de que es un conjunto de sistemas "dados" que deben aplicarse y dirigirse desde el Profesor hasta el alumno. Entonces éste tiene que adaptarse a la Pedagogía y no la Pedagogía a él. Mi concepto intuitivo en esta materia es el contrario: los sistemas de enseñanza no pueden dimanar de normas a priori, por racionales que sean; el discípulo enseña cómo debe enseñarse. Alguien ya dijo que debiera haber una pedagogía para cada educando; y es la verdad, pues cada inteligencia es distinta en su forma y en su fondo, o sea en el modo de captar la ciencia y en el sentido y hondura de esa captación. No me precio de haber conseguido una obra que me satisfaga ni confío, menos aún, en que ella sea digna del elogio de los eruditos y los sabios. Es apenas un ensayo, un recuento de lecciones dadas en la Universidad Central, que lo publico porque quizá, para los jóvenes, pueda servir de guía en el laberinto del derecho.

Por lo demás, en nuestra época apenas pueden escribirse ni hacerse sino ensayos, ya que nos ha tocado vivir en el recodo de una ruta desde el cual el pasado es una sombra y el porvenir apenas una aurora. Los hombres de ayer que creyeron haber llegado a la cultura perfecta tuvieron paz y fe para levantar sus monumentos en política, en religión, en jurisprudencia; los del mañana, con un nuevo ideal y una justicia nueva, lo harán así mismo; pero nuestra genera-

ción, apenas puede bosquejar su sufrimiento, su anhelo y su esperanza y extraer lo que aún queda de bello y verdadero en un mundo que declina.

Pero, quizá nada puede decirse de nuevo en cuanto al derecho civil individualista y romano que es el vigente en los Códigos de las naciones llamadas civilizadas. Son dos mil años, y una multitud de jurisconsultos y filósofos los que lo han edificado, retocado, pulido y comentado. Cada norma, cada institución, cada palabra ha originado la discusión y el análisis a través de millares de páginas, hasta tal punto que un Código es una especie de Biblia con sus exégetas casuistas perdidos en la encrucijada de los detalles y las nimiedades; y se puede hablar en términos religiosos de la ortodoxia y la heterodoxia jurídica, bien que creyentes y herejes son en el fondo, lo mismo, y sólo discrepan en cuestiones superficiales.

Sin embargo, hoy, desde este recodo del tiempo, observamos, que también la Biblia del Derecho Civil se halla en trance de destrucción y renovación; y las páginas más caras de su lógica y de su sabiduría se las lleva el viento de tempestad de un nuevo derecho y de otra justicia más amplia. La familia, la propiedad, la sucesión por muerte, la libertad de contratar, instituciones inamovibles y sagradas sin las cuales era inconcebible la existencia de la sociedad y del individuo, se van cambiando, agrietando, crugiendo por el temblor de la hora presente. Y entonces los sabios comentadores de los sesenta tomos de seiscientas páginas, no pueden explicarnos el sentido de esa crisis ni indicarnos su rumbo ni su finalidad. Tenemos que buscar, en consecuencia, en nosotros mismos, en la injusticia que presenciamos y sufrimos, en la experiencia desengañada de la inutilidad de las fórmulas políticas, sociales, jurídicas, la explicación de esa crisis y desmoronamiento del pasado, y la senda que debemos seguir para alcanzar otra cumbre, otro descanso, en el afanoso andar de la Humanidad en pos de la paz y de la justicia. ¡Tenemos que acertar con la respuesta y la solución adecuada, a las preguntas de la Esfinge, so pena de la vida!

No bastan, pues, ya, para explicar el Derecho, los austeros y sabios comentadores clásicos; sino que es preciso que los hombres de nuestro tiempo, en toda la tensión y medida de nuestro esfuerzo, indagemos el sentido de las ideas jurídicas que van traduciéndose en

legislación positiva; y procuremos guiar o encauzar los afanes caudalosos que se precipitan en torrente hacia el porvenir. Reconozcamos la valía, el talento y la constancia de los jurisconsultos que construyeron el derecho antiguo, aún presente en los Códigos; aprovechemos sus lecciones; admiremos su perseverante esfuerzo; pero, a la vez, pongamos la lumbre de nuestra mente y el fervor de nuestro entusiasmo es iluminar y comprender el mundo jurídico que nace.

Tal es, en resumen, el sentido y el objeto de esta obra. Mas, como el centro de mis comentarios tiene que ser el Código Civil, y como se trata de un trabajo didáctico esencialmente, me limitaré a apuntar someramente —al estudiar las respectivas instituciones— las tendencias que las van destruyendo, modificando o dándolas un nuevo valor. Un estudio más profundo sería, sin duda, impropio en una obra sobre Código Civil; y más adecuado en una de Derecho Civil General o Filosofía del Derecho.

Debo advertir, sí, que en el curso de la obra procuraré que no haya expresión alguna que pueda atribuirse a apasionamiento por una ideología cualquiera. La índole misma de la materia y el respeto a la integridad mental y a la libertad de pensamiento de los alumnos, impiden al Profesor todo dogmatismo por justo que fuera. Pero, así como en la enseñanza no deben jamás presentarse como postulados de sabiduría lo que es sólo explosión de fanatismo, tampoco es honrado el ocultar la verdad y prescindir del análisis sereno de los hechos de la realidad de estos momentos. Si esos hechos prueban la falsedad o la hipocresía de principios antes inatacables, sería cobarde ocultarlos y disfrazarlos para que tales normas sigan existiendo.

En general, el plan de la obra es el siguiente: estudio de las disposiciones legales vigentes desde los puntos de vista de la doctrina, la jurisprudencia, la historia; crítica de esas disposiciones positivas; concordancia que guardan entre sí; tendencias modernas en las legislaciones de otros pueblos.

Ojalá que la buena voluntad puesta por mí tenga como recompensa el ayudar en algo a los alumnos de esta importante y difícil asignatura.

LECCION PRIMERA

SUMARIO: Concepto e importancia del Derecho.—Análisis de sus elementos.—Forma y contenido.—Derecho Natural.—El Derecho y la Moral.—Divisiones del Derecho: subjetivo y objetivo, público y privado.—Derecho Social.—Derecho Civil.—Codificación y Código Civil.

1.—Todos tenemos un concepto intuitivo del derecho. Desde que se forma la racionalidad infantil, surgen las categorías de derecho y deber; y los individuos más ignorantes en cualquier ramo del saber, hablan de su derecho a una cosa u otra y de las obligaciones de ellos para con los demás y de los demás para con ellos. Y no sólo que tenemos el concepto del derecho sino que, en todo momento luchamos por él o contra él, y estamos dispuestos a sacrificar aún nuestra vida para defenderlo. Esto significa que el Derecho no es meramente una forma de pensamiento, ni una abstracción del espíritu, sino que está penetrando o surgiendo de las fuentes mismas de la vitalidad y del instinto humanos, y que debe ser condición esencial de la existencia del individuo como tal y del grupo de que forma parte. Porque, no sólo el ser humano aislado tiene sus derechos y los defiende; sino también los grupos pequeños o grandes que son las sociedades o naciones.

2.—No podemos concebir siquiera lo que sería el hombre sin el derecho. Remontándonos en los tiempos más antiguos de la historia y de la prehistoria, hallamos ya al hombre en relación con sus semejantes formando hordas, clanes

o tribus, regidos por una norma obedecida por todos los componentes. La horda se disgregaría inmediatamente sin la norma jurídica que es su nexo y su eje; y el hombre fuera de la horda, perecería. Lo que prueba que el derecho, fundamentalmente, es una creación social: dada la sociedad se da la moral, el lenguaje, la religión, todos los productos de la cultura; pero con menos imperiosidad, con menos ineludible necesidad que el derecho. Sin éste se presentaría inmediatamente la lucha exterminadora de todos contra todos, porque la capacidad del deseo y de las necesidades humanas en su variedad son ilimitados; y los medios de satisfacerlos, son escasos. El espíritu humano en este aspecto es exhaustivo: nada le satisface plenamente y siempre ambiciona lo que no posee.

3.—Se presenta, pues, el Derecho como limitación de los deseos del hombre, para que el deseo y la necesidad de uno no impida o dificulte la satisfacción del deseo y necesidad de los otros. Ya se ha dicho, magistral y sintéticamente, que el derecho es un sistema de límites. Y como toda limitación del instinto o del deseo humanos se traduce en dolor y en rebeldía, el Derecho en todos los tiempos ha sido también conjunto de sanciones, garantías o castigos para impedir la violación de sus normas y reparar las infracciones a las mismas. La coacción no es, pues, propiamente el derecho; pero ha sido y es su garantía; y quizá sea utópico soñar en una sociedad en que la sanción sea innecesaria, porque todos cumplan su deber y exijan su derecho sólo en la medida justa. Ese es el afán de ciertas doctrinas, como el anarquismo, que niegan el Estado y el Derecho. Pero una sociedad en esas condiciones no puede existir, ni podemos ambicionar que exista, ya que estaría en contradicción con la esencia del espíritu y del instinto humano nunca satisfechos, y habría cesado la lucha por la superación que constituye el sentido de la humanidad y de la Vida misma. Humanidad y Vida son fuerzas ascendentes que no sabemos a dónde van ni de dónde vienen; pero cuyo destino es el dinamismo y la creación siempre renovada. No podemos concebir siquiera al hombre dentro de un estatismo imperturbable y definitivo. Cada conquista de la civilización, de la cultura o del Derecho son meras etapas de un interminable andar.

4.—Tenemos hasta aquí que el derecho es creación espiritual de las sociedades humanas, traducida en un conjunto de normas de limitaciones de la libertad de cada uno, a fin de que las exigencias y necesidades de un individuo o grupo no impidan el cumplimiento de las de los demás. Esas normas están garantizadas para el caso de incumplimiento por la coacción, es decir que tienen carácter imperativo de exigencia. Pero este concepto del derecho es formal: nos dice del origen y apariencia externa del mismo. No nos hace conocer su contenido, su materia. Las normas jurídicas no limitan todos los actos del individuo; y las restricciones a la libertad son en mayor o menor grado, según los casos y según los pueblos. En otros términos, hay una escala y una selección de limitaciones. No todas las cosas están prohibidas: hay algunas que no menciona siquiera el derecho; hay otras en las que se ocupa intensamente. Hoy, por ejemplo, el derecho no obliga a las personas no pertenecientes a la milicia a llevar un vestido determinado; podemos o no saludar a alguna persona; hacer o no una visita; concurrir o no a los ritos católicos; etc. Pero no podemos usurpar la propiedad ajena o herir a un individuo o dejar de pagar una deuda: inmediatamente el Derecho se presenta por medio de los agentes de justicia, y nos obliga coactivamente al cumplimiento o a la reparación. Y la sanción de los actos prohibidos es variable: la ley penal es una escala de penas, desde la más pequeña multa, hasta la reclusión extraordinaria. Antes una blasfemia era castigada con la hoguera; hoy no tendría castigo alguno o sería a lo sumo una infracción de policía si ha habido algazara o escándalo público. ¿A qué se deben tales diferencias?

5.—En el fondo, el Derecho es protección de ciertos bienes; y los protegidos son precisamente aquellos que en un momento dado se consideran importantes para la subsistencia del grupo social o para sus clases directoras. Cada sociedad tiene sus valores que son su patrimonio y su sustento. Esos valores varían, tienen muchas veces carácter religioso, cuando la religión es considerada como la raíz de toda existencia y de toda cultura, o carácter económico, o carácter guerrero. Pero siempre se trata de principios, de bienes que la sociedad defiende por considerarlos elementos integrantes de su ser y de su vida. Esa defensa de valores

es el derecho. Se preocupa de ellos en diferente grado y olvida o da escasa importancia a los otros. En los pueblos primitivos el derecho tiene caracteres rituales, religiosos definidos; más importa un fetiche o un sacrificio a la divinidad, que cualquier otro bien evidentemente más útil. Se inventa un derecho divino más trascendental que el derecho humano; y los objetos de la relación jurídica, aún en Roma, adoptan la clasificación de cosas del derecho divino y cosas del derecho humano. Con la Revolución Francesa, por el contrario, triunfa el principio económico; reconoce la propiedad en sentido burgués y la llama sagrada; y como tiene fe en el individualismo, el sistema legal garantiza la libertad de contratación y de transmisión de los bienes por causa de muerte.

6.—Esto nos indica claramente que el Derecho no tiene una substancia eterna en sí, en el sentido metafísico y filosófico. Sus normas no existen fuera de la sociedad ni del acervo de ideales, creencias y principios que la sustentan; sino que son como la armadura y lanza de esos ideales y principios para poder perseverar durante cierto tiempo. La sequedad de los estudios jurídicos, su tendencia a la fosilización provienen precisamente de que no se ha querido reconocer esta verdad, y se ha pretendido comprender el derecho como una substancia sui géneris, intocable, abstracta y verdadera para todos los tiempos. Creado el sistema jurídico se lo ha tenido por invariable, como un fin en sí mismo, y se ha pensado sólo en explicarlo, en interpretar cada una de las palabras de sus normas y en enlazarlas unas con otras: lo que se llama la exégesis jurídica. Entonces, el contenido de la ley es algo dado para siempre, una especie de dogma que no admite cambio; siendo así que ese contenido, es decir el mandato o la prohibición, es sólo el reflejo de lo que la sociedad ha querido o quiere aún defender para subsistir como tal sociedad. La realidad es que la sociedad es una forma de vida humana que cada día está cambiando: las fuerzas que la conservan, a la vez la disgregan y modifican; los valores ideológicos, religiosos, científicos, que son su savia, están en constante circulación; y hay un nacer, crecer y morir interminables. El Derecho sólo representa un momento de ese dinamismo, una etapa de esa marcha ininterrumpida. Y hablar de un Dere-

cho eterno es negar ese dinamismo y esa marcha, y considerar la vida y la cultura como cosa estática y muerta.

7.—Por esto, el llamado Derecho Natural es un contrasentido. Trata de buscar por el análisis racional del espíritu humano los principios jurídicos de valor perdurable a los que toda sociedad debe acomodarse. Así se haría del Derecho una especie de ciencia natural. Bastaría examinar grupos de fenómenos y por inducción hallar la ley que los rige. Pero, en primer lugar, el Derecho, hemos dicho, es creación del espíritu; norma de la voluntad de lo que debe ser más que de lo que es; está formado y creado para un lugar y tiempo determinados. Además, se confunde por los defensores del Derecho Natural el derecho con la justicia o con la equidad absolutas. Y en verdad, entre estas categorías nunca ha habido en el sentir de los hombres un paralelismo ni una fusión. Ningún derecho representa la justicia completa: sino una justicia relativa: lo que el grupo dominante considera justicia, lo que protege los intereses y los bienes de ese grupo. Lo justo para los brahmanes no lo era ciertamente para los parias; lo justo para los patricios no lo era para los esclavos y extranjeros; ni para los siervos, las normas que protegían la propiedad y las extorsiones de los señores feudales; ni para los obreros, la opresión legal de los capitalistas. La evolución y el progreso jurídico es el índice de la lucha de todos los tiempos por una justicia más completa y más amplia; pero nunca, hasta hoy, el derecho ha sido trasunto fiel de tal justicia. En consecuencia, sólo dentro del marco de la especulación abstracta, ajena a la realidad, puede hablarse de un Derecho Natural. En la realidad del mundo, el derecho ha sido y es relativo y va traduciendo, con retraso siempre, las conquistas realizadas en pro de una más íntegra justicia.

8.—Otro carácter del Derecho, que queda indicado, pero es menester poner más de relieve, es el de ser un elemento conservador. Como es sistema de protección de ciertos intereses, los poseedores de los mismos pretenden seguir conservándolos a pesar de las innovaciones ideológicas y de justicia que requieren nuevas formas jurídicas; y no es sin dolor, sin lucha, sin hecatombes muchas veces, como se obtiene la adaptación del derecho a las necesidades nuevas. Este carácter conservador del Derecho es, por una parte, un defecto en cuanto es dique para el torrente de las in-

novaciones; y, por otra parte, es cualidad importantísima, porque mantiene el ritmo entre el pasado y el porvenir, dentro del presente, y permite que los valores sociales alcancen su plena madurez y fructificación. Una sociedad no podría vivir, tomar forma, sin el derecho; pero tampoco podría vivir sólo con él. La lucha entre el ayer y el mañana que se encuentran en el hoy, es lo que llamamos organismo, cuerpo, nación, etc. El Derecho es, por consiguiente, la forma, el cuerpo social, por dentro del cual corre tumultuosa la sangre de los ideales y renovaciones.

9.—Cuando decimos, pues, que el Derecho es esencial a la sociedad y a la vida humanas, y lo colocamos entre los frutos más altos de la cultura en todos los tiempos —hay que tomar esos conceptos y afirmación dentro de su órbita real, en el sentido expuesto en los párrafos anteriores; y no tomar el derecho como substancia espiritual o social siempre igual e invariable. Hemos visto, por el contrario, que los derechos innumerables que existen y que nos parecen evidentes e indiscutibles por sí mismos, no lo son en verdad, sino que están en función de las creencias intelectuales, sentimentales, religiosas, etc., que la sociedad acepta en el presente como cimiento de su existir.—Esas creencias fueron antes otras, y mañana también serán diversas. Ello puede probarse con el estudio histórico de cualquier capítulo de los que forman los Códigos actuales. Supongamos el matrimonio y en él la patria potestad: el ciudadano romano, pater familias, tenía un derecho que lo creía indiscutible a la vida de sus hijos en la amplitud mayor, y, de acuerdo con él, podía darles muerte. Hoy ello nos parece absurdo e inhumano, y la potestad tiende a convertirse en conjunto de deberes mejor que de facultades. Nada hay pues inmutable en el derecho, si no es quizás su finalidad conservadora en un momento dado, del grupo social y de sus valores culturales o religiosos, reconocidos como necesarios.

10.—Las relaciones y diferencias entre el Derecho y la Moral derivan de las consideraciones que preceden. La Moral es un acervo de principios que se consideran buenos; su objeto, se ha dicho, es el Bien, y los textos de moral convergen a esta cosa que se llama Bien, con mayúscula, como algo sustantivo, único e individualizado. Pero el Bien, así, no existe: hay el bien del clan, de la tribu, de la nación, del imperio; el bien de las castas sacerdotales y guerreras;

el bien de los señores feudales; el de los cristianos y el de los budistas; el de los capitalistas y el de los obreros; el bien de hoy, el de ayer y el de mañana. Es en realidad una creación psico-sociológica, múltiple y variable según los lugares y los tiempos. Lo bueno es una resultante de lo que en un momento contribuye al bienestar, conservación y perfeccionamiento de la sociedad y de sus instituciones, especialmente la propiedad y la familia. De allí que la Moral Individual no tenga un valor en sí misma: las virtudes que ella enseña —valor, veracidad, honradez, cumplimiento de la palabra, etc.— en realidad son virtudes sociales, virtudes que técnicamente se aplican a la defensa y al sostenimiento del grupo social. Durante períodos enteros, y aún hoy, se ha predicado como virtudes máximas, la obediencia y la humildad y la resistencia al sufrimiento, porque una sociedad injusta con las mayorías requería premiosamente de estas virtudes para no romperse en pedazos, según ocurrió en Francia y en Rusia y en otras partes, cuando la suma de iniquidades rompió los equilibrios morales. Esto no quiere decir que neguemos el valor de la moral ni que propugne-mos su desaparecimiento; al contrario: la Moral, como el Derecho, permiten la formación del cuerpo social; son los guardianes que garantizan la paz y la disciplina, y con ellas el desarrollo de las facultades del espíritu, como es en cada tiempo. Contra lo que sí debemos prevenirnos, es contra la convicción de que la moral, el derecho, la belleza son principios dogmáticos incambiables. El dogma ha deformado siempre los productos más hondos, bellos y altos del pensamiento y del corazón; transformó el Sermón de la Montaña en un Catecismo, y la pasión de Rosseau en un sistema parlamentario y constitucionalista. Claro que el Catecismo y el sistema Constitucional han sido durante muchos siglos un factor disciplinario y ordenador de los pueblos; pero nada más que eso. La evolución del mundo, la superación humana, se ha realizado socavando esa disciplina y ese orden para construir otros fundados en distintos postulados de justicia y de bien. Y así será siempre! . . .

11.—En consecuencia, es semejante la moral al derecho en que ambos tienden a la conservación social. Pero difieren en que es más limitada la esfera de normas que son objeto del derecho. No todas las cosas buenas estamos compelidos a realizar; hay muchas que se dejan a la liber-

tad: la gratitud, la amistad, etc. Hay otros hechos que son buenos y morales y que tenemos la obligación de hacer, que tienen los terceros derecho de exigirnos: pagar una deuda, respetar la honra y vida ajena, etc. Y si procedemos en forma contraria la coacción jurídica se presenta inmediatamente, ya para embargarnos bienes para el pago o para reducirnos a prisión. El criterio selectivo de las cosas y hechos que constituyen el objeto jurídico, se basa en el daño social que acarrearía la violación de la norma. Autorizada tácitamente tal violación por falta de sanción, su repetición destruiría instituciones públicas o privadas consideradas fundamentales para la vida del conjunto; y entonces es menester impedirlo por todos los procedimientos de coacción y de fuerza. Además, hay normas morales que el derecho quiere que se respeten y se cumplan en unos casos y no en otros, por la misma razón expuesta de interés social. Nada importa, por ejemplo, que un individuo huya cobardemente al ser atacado él o su familia por otro: no se castiga su cobardía; pero ese mismo individuo, si abandona por miedo su puesto en el campo de batalla, sería fusilado. Lo primero no tiene importancia para la sociedad; lo segundo, sí. Se puede jurar impunemente una cosa falsa; pero si el juramento es ante juez, ello es un delito.

12.—Fijado así el concepto del Derecho como norma de acción para la conservación del grupo social, garantizada por la coacción, pasemos a ver los diversos aspectos o planos en que puede considerarse. Tradicionales son las divisiones del derecho en subjetivo o facultad de obrar; y objetivo o sea la norma misma que permite esa facultad. El uno y el otro se presentan, por lo mismo, correlativos: tenemos la facultad en cuanto nos la atribuye la norma, y aquélla desaparece cuando la norma es distinta. Se daba antes mucha importancia al derecho subjetivo porque se consideraba la facultad independiente de la norma; pero ya hemos examinado que, en el fondo, la norma es lo fundamental en el derecho y que un derecho de facultad sin norma que lo garantice, sería irrisorio.

13.—Tradicional también y muy importante es la división del derecho en público y privado. Proviene, como todos los conceptos fundamentales de la legislación vigente, del derecho romano. Las discusiones para delimitar el campo de cada uno de estos aspectos del derecho han sido y

son interminables y no se ha llegado a ningún acuerdo. Por el contrario, el problema se ha complicado con el advenimiento de una nueva categoría de derecho, el llamado Derecho Social, que sería la garantía de ciertas instituciones indispensables para el grupo social y llegaría a eliminar en definitiva al llamado Derecho Privado, porque las relaciones jurídicas no se verificarían entre individuos, sino especialmente entre corporaciones, sindicatos, etc., ya entre sí, ya con relación al Estado. Los conceptos al respecto son excesivamente modernos, aunque de enorme sugestión y valor; no podemos, dado el objeto de esta obra, hacer más que la indicación breve de sus líneas esenciales. Se trata de llevar al terreno jurídico las aspiraciones económicas del socialismo.

14.—Los puntos diferenciales entre el derecho público y el privado son múltiples; pero se reducen en último análisis a lo siguiente: una relación jurídica es de derecho público cuando se trata principalmente de intereses de una institución de derecho público —el Estado, los Municipios, etc.—; es de derecho privado cuando se trata de intereses de los particulares. Así las normas que organizan el Estado, sus diversos poderes y actividades, y las relaciones del ciudadano con el Estado son de derecho público; las que regulan la actividad privada, particular, de unos individuos para con otros en relación con sus intereses económicos o de formación de los estados civiles consiguientes, son de derecho privado. El sujeto en las relaciones de derecho público es el Estado o una entidad de Derecho Público; pero no siempre que se presenta el Estado como sujeto, la relación es de derecho público: hay muchísimos casos en que el Estado mismo desempeña —ya en su carácter de Fisco— relaciones jurídicas privadas, como cuando compra un inmueble o lo da en arrendamiento, etc. Por manera que a lo que debe atenderse es a la predominancia del interés público o del interés privado para la calificación respectiva. También es característico, desde un punto de vista general, el aspecto imperativo de las normas del Derecho Público; el individuo con respecto a ellas se encuentra en un plano de inferioridad o mejor, de obediencia: no puede prescindirse del pago de un impuesto o del servicio militar obligatorio, ni cabe que el ciudadano altere por su libertad la organización de los llamados Poderes del Estado. Mientras que en

las relaciones del derecho privado los contratantes se encuentran en un plano de igualdad jurídica, y tienen libertad de crear o no la relación jurídica de que se trate.

15.—Es el anterior el resumen de los conceptos más aceptados en esta difícil materia. En el curso de la obra tendremos que volver sobre ellos. Pero desde ahora cabe la indicación de que actualmente las definiciones y clasificaciones referidas atraviesan por una profunda crisis, operada especialmente en el sentido de la penetración cada vez mayor del Estado en los intereses de los particulares y de la subordinación de éstos a los fines colectivos. Ya es difícil sostener la tesis de Stamler, y sus predecesores Montesquieu, Loke, Kant, etc., de que el derecho individual es el importante y que el público sólo debe ser su garantía. Ya veremos cómo, aún las instituciones de derecho privado consideradas como esencialmente individuales, van siendo penetradas y regidas por el derecho público, que adquiere cada vez más ramificaciones y objetivos. La clasificación del Derecho público admitida hasta hoy es: Derecho político, administrativo, internacional, penal y procesal, a lo que habría que añadir, si no quiere hacerse una clasificación separada, el derecho social, en el que principalmente toma relieve el derecho obrero.

16.—El Derecho privado regula, pues, los intereses particulares, que se consideran tales en una época y lugar determinados. No puede hacerse una enumeración ni una categoría cerrada de tales "intereses particulares": ya hemos apuntado que ellos están en evolución constante, y que lo que, en un momento dado, es sólo de interés particular, después se considera como de interés público y viceversa. Lo penal, por ejemplo, fué en primitivos tiempos de interés particular: el ofendido tenía derecho a buscar la reparación del delito por sí mismo, o por medio de sus familiares: hoy, lo penal es de derecho público. La ideología del liberalismo burgués amplió grandemente la esfera de los intereses particulares, individuales: "a nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley". Y por el contrario, actualmente, se considera al individuo en función de la sociedad, y se restringe grandemente el grado de su espontaneidad y de su libertad.

17.—Mas, como es preciso delimitar siquiera en lineamientos generales la esfera privada, adoptamos el con-

cepto de los expositores sobre que lo privado se refiere al patrimonio y a la procreación, o sea a la conservación propia y a la de la especie. Estos derechos informan en realidad el sistema de los Códigos vigentes. Pero no hay que entender que todo lo referente a esos objetivos es de derecho privado. En lo que respecta a la propia conservación, sólo una esfera de actividad está reservada al derecho privado; lo demás lo garantizan otras leyes, especialmente las fundamentales o constitucionales, en las cuales hay un capítulo sobre "garantías" de la personalidad: la vida, la libertad, la igualdad, etc., y lo mismo en lo que mira a la conservación de la especie: organización general de la familia, forma del matrimonio permitida, limitaciones al derecho de sucesión por causa de muerte, etc. Ciertamente que en un mismo cuerpo de leyes de orden privado —los Códigos Civiles— se insertan algunas de esas normas; pero no por ello dejan de tener un carácter de derecho público. Entonces, hay que decir que la actividad jurídica propiamente privada y sometida a la libre iniciativa del individuo, descansa sobre un substractum de reglas de derecho público que permiten esa actividad dentro de límites definidos y en un sentido conforme con los fines de la sociedad y del Estado. Podemos aceptar, dentro de este criterio, que el derecho privado se refiere al patrimonio y a la conservación de la especie o sea a la familia; pero sin desconocer que la organización misma, fundamental, del patrimonio y de la familia, son de derecho público: así, el admitir o negar la propiedad individual; el aceptar o no el matrimonio canónico, el hacer de la patria potestad un conjunto de deberes en vez de derechos, etc. Dentro de ese organismo de derecho público, se mueve la iniciativa individual. Y esto aún en el campo de las obligaciones, que parece reservada sólo al derecho privado. La esfera en que cabe obligarse pertenece al derecho público; no podría un individuo prestarse a ser esclavo de otro, ni a trabajar catorce horas diarias, etc.

18.—Podría, en consecuencia, definirse el Derecho privado, como el conjunto de normas que reglan la libre y espontánea actividad del individuo para su conservación y para la propagación de la especie, dentro de un orden de principios fundamentales predeterminados por el Derecho público. Al analizar el sistema adoptado por nuestro Código Civil, profundizaremos más en el concepto indicado.

19.—Actualmente los términos Derecho privado y Derecho civil son sinónimos. Cabe, no obstante observar que la expresión Derecho civil se la reserva para el derecho privado común, del cual evolutivamente han surgido con caracteres definidos y específicos, el Derecho mercantil en primer término, y luego el derecho agrario, el minero, etc. Históricamente, en Roma, el derecho civil era el correspondiente a los ciudadanos romanos, y comprendía globalmente las normas jurídicas de derecho público y de derecho privado propiamente; en contraposición a él nació el derecho judicial o *ius gentium* formado de preceptos tomados de pueblos extranjeros principalmente. Los pretores y ediles romanos, poco a poco, acumularon un acervo de reglas jurídicas que, al fin, quedaron fijas y desplazaron al rígido e inadecuado sistema del *ius Quiritium*. De todas maneras y como ya tendremos ocasión de verlo mejor, el derecho civil vigente conserva su carácter de derecho común, fuente de las demás ramificaciones jurídicas de derecho privado, y supletorio en lo que callan las normas especiales. Este carácter da suma importancia a los estudios de derecho civil, puesto que aclaran, completan y son la base de las otras ramas jurídicas.

20.—Vamos a estudiar el Código Civil. Estamos tan familiarizados con que las leyes se nos presenten en la forma sistemática y ordenada de los Códigos, que nos parece claro que en todo tiempo deben haber existido y, especialmente que es el mejor medio de tratar una disciplina jurídica. No obstante, la codificación como la comprendemos, es relativamente reciente. Se produce por el cambio ideológico y político encarnado especialmente en la Revolución Francesa y en la doctrina del Derecho Natural que tuvo su auge en el siglo XVIII y parte del XIX. Se quiso, por una parte, extraer de la razón natural todo el ordenamiento jurídico sistematizado; y, por otra, desplazar completamente por medio de nuevas normas, las heredadas del pasado feudal y absolutista. Era obvio, por lo mismo, que triunfara la tendencia codificadora, a pesar de las fuertes argumentaciones de parte de los representantes de la escuela histórica del derecho, especialmente Savigni. Este propugnaba el concepto del derecho, como una creación a través del tiempo y se oponía a la sistematización racionalista, porque ésta, en principio, mecaniza y agota las fuentes vivas

del derecho que son los usos y costumbres. La codificación triunfó en casi toda Europa y América con excepción de Inglaterra, país de régimen consuetudinario, y, en menor escala, en Estados Unidos de América. Sucesivamente se promulgaron los siguientes Códigos Civiles: el de Prusia en 1794; en 1804 el Código Napoleón, llamado en un principio Código de los Franceses; en 1811 el de Austria; en 1866 el de Italia; en 1896, con vigencia desde 1900, el de Alemania: los dos últimos, a más de los motivos apuntados, tuvieron en mientes objetivos de unificación política de las diversas secciones territoriales que formaban Alemania e Italia y que estaban regidas por normas jurídicas y consuetudinarias diferentes. En fin el Código Español en 1889; el moderno y admirable Código Suizo de las obligaciones de 1911. Rusia, en materia de derecho civil, tiene tres códigos que rigen desde 1923: el Código Civil, el de Familia y el del Trabajo. Respecto a todos los Códigos citados, en especial el Francés y el Alemán, hay que anotar que fueron fruto de largos y profundos estudios encomendados a comisiones de eminentes jurisconsultos. En América indicaremos por su importancia los siguientes Códigos Civiles: el chileno, obra de don Andrés Bello, sobre el que volveremos a tratar, vigente en 1857; el argentino debido principalmente a Vélez Sarfield, vigente en 1871; el brasileño elaborado por el Dr. Techeira de Freitas, publicado en 1860-1861; el peruano sancionado en 1851; y el moderno Código Civil de México, vigente desde 1929.

21.—No podemos desconocer que el impulso indicado de todos los pueblos hacia la codificación de sus normas jurídicas, responde a necesidades evidentes de unificación y ordenación jurídica, y dan por resultado mayor claridad, sencillez y lógica en las normas jurídicas. Facilita, además, el conocimiento amplio de esas normas. Basta recordar, para afirmarse en lo expuesto, que en Roma el conocimiento de los procedimientos judiciales, del tabú del calendario con sus días propicios o no para instaurar acciones, estaba reservado a los sacerdotes llamados pontífices, quienes tenían el monopolio del derecho; y, más cercanamente, la legislación española vigente en las colonias de América, era un laberinto tal que precisaba excepcionales dotes de personas iniciadas y dedicadas exclusivamente a su estudio para desenmarañar de ese caos los principios jurídicos vi-

gentes. De ese acervo histórico los Códigos adoptan los principios más útiles, los clasifican, ordenan y presentan en exposición sistemática y comprensible las normas que en adelante deben aplicarse. Sin embargo, no cabe desconocer tampoco la valía de los argumentos de la escuela histórica, que parte del verdadero y fundamental concepto de que el derecho es un devenir cambiante con la vida y necesidades de los pueblos, y que es absurdo en principio mismo el detenerlo en su evolución y enmarcarlo en los límites de códigos invariables. Según esta escuela, la fuente viva del derecho es el pueblo con sus costumbres elaboradas, corregidas y derogadas lentamente, según los requerimientos sociológicos e históricos de cada momento. Para armonizar estos principios —el de la técnica y de la claridad con el de la elaboración histórica del derecho— el legislador debiera estar atento a las nuevas necesidades e introducir metódica y sagazmente en los Códigos las reformas y variaciones necesarias. Debiera, especialmente, darse mayor amplitud al criterio y función judicial, permitiendo como en Suiza, especialmente, que el juez tenga amplias atribuciones que puedan llegar aún a la creación de normas jurídicas para los casos nuevos. Volveremos a tratar de este punto.

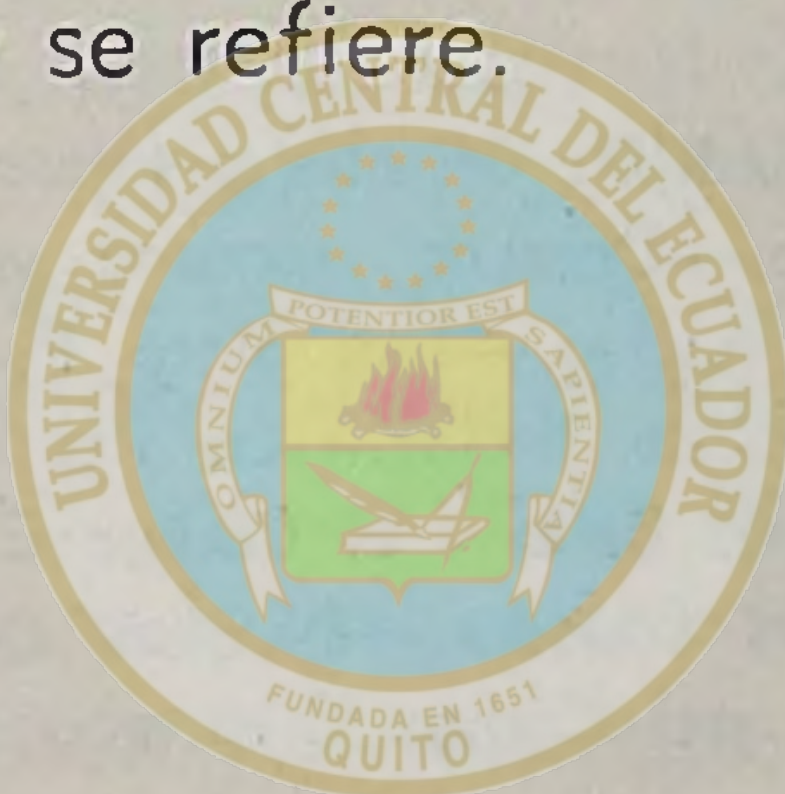
22.—De los párrafos precedentes se desprende el concepto de Código. Citaremos, por su precisión, la definición de Sánchez Román, quien expresa que es una ley general y sistemática que disciplina la materia de una rama jurídica. La generalidad normativa de una órbita jurídica es esencial al concepto de Código. Es menester que se trate de relaciones de derecho específicas, según las clasificaciones generales que hemos apuntado ya. Por eso cabe un Código Civil para las relaciones jurídicas privadas; uno penal; uno comercial, etc. Pero no podrá decirse que constituye un código un conjunto de normas que traten especialmente de alguna de las materias que ya son objeto de los Códigos; por ejemplo, los preceptos penales referentes al robo de ganado formaban la Ley de Abigeato; y los referentes a Terrenos Baldíos, son la Ley de Tierras Baldías y Colonización, y hay también una Ley de Aguas, otra sobre Hijos ilegítimos, etc. Naturalmente, también en esto sólo pueden apuntarse principios generales, por cuanto la importancia adquirida en un momento dado por alguna disciplina jurídica puede ser tal que sea

menester otorgarle esa especie de autonomía e independencia que caracteriza a cada uno de los Códigos: así, en todas partes, las reglas referentes a comerciantes y actos de comercio forman el Código de Comercio, el que en rigor podría ser calificado como una simple ley, dentro del Código Civil, pero no lo es por el enorme y complejo conjunto de relaciones jurídicas de orden comercial, que requieren organización muchas veces diversa o contrapuesta a la del Código Civil. Hay, por las mismas razones, un Código de Minería, otro de Menores, etc. En resumen, el concepto de Código supone la sistematización y ordenación de un ramo jurídico importante y suficientemente vasto para ser considerado autónomo dentro de los demás ramos jurídicos. El criterio de la importancia de esas relaciones corresponde al Legislador.

23.—No podemos, por el momento, entrar en consideraciones relativas al procedimiento de codificación y a las cualidades que debe tener un Código. Este punto es conocido por los expositores con el nombre de técnica legislativa codificadora y se han hecho profundos estudios al respecto. Es obvio suponer que la formación de un cuerpo de leyes de la importancia que tiene el Código, requiere el concurso de conocimientos filosóficos, históricos, jurídicos, filológicos y literarios, para que en las reglas que se den haya exactitud, verdad y claridad, y sean a la vez amplias y elásticas para contener las múltiples relaciones a que puedan aplicarse. Hay discrepancia en cuanto al lenguaje que debe emplearse: si el sencillo y claro, a los alcances de todos, o un lenguaje técnico que dé máxima precisión a los conceptos jurídicos; la hay también respecto a si deben o no darse definiciones. Por último se discute si debe haber un sólo Código que rija una amplia órbita jurídica, o varios sobre cada institución. Cada criterio ha sido acogido en parte y desechado en otra por los diversos códigos: el alemán tiende al carácter técnico; el francés, el nuestro y otros a la claridad de lenguaje y a dar gran cantidad de definiciones. No puede darse en esto una regla única: depende de la institución jurídica de que se trate, y hay que armonizar los principios de la técnica y precisión con los de la claridad.

24.—Para terminar, indicamos que no debe confundirse el concepto actual de Código, con las colecciones de leyes y recopilaciones, en uso antiguamente. Esas coleccio-

nes y recopilaciones carecían de sistematización en el sentido moderno de disciplinas de un orden jurídico dado; tenían a reunir toda la legislación de un país de cualquier clase que ella fuera. Aunque no puede desconocerse un propósito sistemático y ordenado en las Pandectas, Digesto, Institutas, Códigos de Justiniano, la sistematización partía de diversas bases que las que reglan actualmente la formación de nuestros Códigos: no se reconocía la importancia de dar un cuerpo de leyes para cada una de las ramificaciones jurídicas, por manera que éstas se encuentran confundidas en un sólo tratado. Y lo mismo hay que decir en cuanto a las compilaciones de costumbres y leyes formadas durante la Edad Media y Renacimiento hasta comienzos del siglo pasado: en esas compilaciones se mezclan preceptos de derecho público con los de derecho privado; lo civil con lo penal, lo substantivo con lo adjetivo, etc. En la próxima Lección veremos más detalladamente el punto en lo que a España y al Ecuador se refiere.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

LECCION SEGUNDA

EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

SUMARIO: Génesis y télesis.—Derecho indígena.—La Colonia.—Derecho romano y germano.—Los glosadores.—Los Fueros.—Las Siete Partidas.—Las Recopilaciones.—Leyes de Indias.—La República y sus Constituciones.—Andrés Bello y el Código Civil Chileno.—Reformas hechas en el Ecuador.—Nuevas tendencias del Derecho Civil.—Plan del Código Civil ecuatoriano y de otros códigos.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

1.—Fué Ward, si no recuerdo mal, quien estableció una antítesis entre génesis y télesis social. La una es un devenir, un espontáneo e inconsciente producirse de los fenómenos sociales debido a causas biológicas o económicas —el hambre y el amor que se ha dicho—: la otra, la télesis, por el contrario, es el hacer racionalizado y consciente que se propone finalidades y se traza los caminos más adecuados para conseguirlas; reacciona sobre los fenómenos sociales, imprimiéndolos una dirección y un sentido que no habrían adoptado en otro caso. La télesis presupone un ideal o conjunto de principios preformados en el espíritu de los guías de un pueblo, ideal que pretende subyugar la realidad social o económica vigente. En muchos casos esos ideales y principios son un préstamo tomado a otros pueblos, por el influjo decisivo que tiene la ley sociológica de la imitación puesta de relieve por Tarde. Cuando triunfa una idea

reformadora o revolucionaria en una nación, las demás, por el prestigio del triunfo, la adoptan inmediatamente y pretenden amoldar todas sus cualidades históricas, étnicas y culturales a la nueva tendencia.

2.—Donde mejor puede experimentarse y comprobarse la observación que contiene el párrafo anterior es en América hispana. Los pueblos de este Continente, antes de la conquista española, tenían modalidades específicas substancialmente diferentes de las europeas. Y aun comparados entre sí —supongamos los aztecas con los mayas o los incas— las formas de civilización, religión, costumbres y política, son diferentes. Todavía resta a los historiadores mucho que estudiar y trabajar para que lleguen a presentarnos un cuadro lo suficientemente claro respecto al origen, desenvolvimiento y categorías de cultura de los aborígenes o habitantes americanos anteriores al Descubrimiento; pero, por los pocos datos que tenemos y desde nuestro moderno punto de vista, parece que el Derecho no había alcanzado un desarrollo notable. Hay aún, me refiero a los pueblos del Ecuador y Perú que formaban parte del Tahuantinsuyo, la indiferenciación jurídica que es común al período primitivo del derecho: no existen líneas claras entre el derecho público y el privado, ni entre lo penal, lo civil y lo administrativo. El régimen político que informa todas las manifestaciones jurídicas descansa en el concepto de un Inca que es Rey y Sumo Sacerdote y en cuya mano están en principio todos los poderes: el sistema puede calificarse como de castas sacerdotales o guerreras dominadoras, frente a tribus bárbaras que había que tener sujetas. Vale la pena citar el carácter comunista de la propiedad territorial que se repartía periódicamente. Pero no hay que confundir este comunismo basado en principios religiosos o políticos, con el comunismo actual que parte de fundamentos del todo distintos. En definitiva, poco de provecho podía obtener el Derecho de las instituciones y principios reconocidos por los aborígenes que, en general, siguen las líneas características de los pueblos primitivos clasificados como bárbaros o semibárbaros por los historiadores.

3.—Pero si el Derecho como conocimiento elaborado es poco importante en este período, no debió negarse la realidad existente indígena, ni sus caracteres bio-psicológicos fundamentales, ni las costumbres, creencias, necesidades

arraigadas durante centurias. La legislación debió tener en cuenta esas circunstancias suigéneris para encauzarlas, reprimirlas en lo posible o modificarlas. Nada de eso se hizo ni se ha hecho aún. Ciertó que España volcó en sus colonias todo un tesoro de virilidad, de espiritualidad y de grandeza, y que legó a América su idioma, su religiosidad, sus costumbres y sus leyes; pero los usufructuarios y partícipes sólo fueron los españoles mismos o sus descendientes blancos o mestizos: los millones de indios quedaron al margen de esos beneficios, y, a lo sumo, se los consideró como seres inferiores necesitados de protección y ayuda. Tal es el tono y propósito que se trasluce en las ordenanzas y mandamientos del Rey de España. En el fondo y en verdad el indio —pe-se a las palabras engañadoras— fué considerado y tratado como esclavo, desprovisto de personalidad jurídica y de dignidad humana: un instrumento de lucro y labranza que podía enajenarse con los fundos en unión de los animales y sementeras. Su situación en la Colonia y hoy es muy semejante a la de los siervos de la gleba del medioevo. Con la conquista, pues, se trunca brusca y violentamente el desarrollo de todas las culturas indígenas y se superpone a ellas, en beneficio de los conquistadores, la cultura hispánica.

4.—De allí que el problema del indio siga siendo hasta hoy el mismo de siempre. Norteamérica lo solucionó extirpándolos por el plomo o por el hambre. Nosotros hemos preferido que sigan existiendo y vegetando, cada vez más miserables, abyectos, y apartados de la senda del progreso. Y lo incipiente del adelanto de los países sudamericanos tiene como causa esta gran masa de analfabetos a quienes no hemos conseguido ni intentado elevar hasta nuestro nivel de educación y de necesidades. Forman la parte más numerosa de la nación y están apartados de ella psicológica y económicamente: nada saben de patria, ni de civismo, ni de inquietudes, ni de progreso; la nación está formada de una minoría de trescientos mil mestizos, más o menos, que no puede dar un paso sin encontrar el obstáculo de la inercia del indio. Lo que hemos llamado télesis social debiera, en consecuencia, dedicar todo su esfuerzo y capacidad para liberar al indio del fardo de su miseria intelectual, moral y material, y para formar así una nación que lo sea no sólo en el papel de las Cartas Políticas sino en la realidad de la conciencia común de todos los pobladores del territorio. Y

al Derecho le competería dar las reglas más adecuadas para proteger y garantizar los derechos nominales que por ahora tiene el indio; reglas que deben partir de un conocimiento preciso de su situación, de sus modalidades de vida y costumbres, de su distribución en la Sierra, la Costa o el Oriente, etc. Una labor estadística sería el punto de partida. No podemos desgraciadamente ahondar en este problema, dado el carácter de nuestro presente estudio; sólo hemos pretendido trazar sus lineamientos generales. A sociólogos, educadores y políticos corresponde aportar toda la energía de su talento y de su voluntad para que no siga inédito, como se ha dicho, el problema del indio.

5.—El período colonial comienza efectivamente en el siglo XVI y se prolonga hasta principios del XIX, es decir dura más de trescientos años. Consideremos meramente la estructura jurídica de ese tiempo. España, hemos dicho, trajo su legislación a estos países. Son menester algunos datos históricos para comprender esa legislación. En el siglo V se produce el fenómeno más trascendental de Europa, llamado la invasión de los bárbaros germanos: rompen las barreras de las legiones del Imperio Romano e infiltran una nueva savia de cultura y de vida en el corrompido organismo de ese Imperio. Conquistán Italia, Francia, España, Inglaterra, y llevan a estos territorios sus costumbres e instituciones, las que fueron estudiadas detallada y exactamente por César y por Tácito, éste en su obra denominada *Germania*. En lo jurídico, no tenían leyes, sino costumbres; el concepto de la libertad y del respeto a la personalidad individual estaba muy desarrollado, por manera que todo hombre libre estaba en posesión de todos los derechos políticos por medio de asambleas; la principal propiedad era de bienes muebles, en especial desde el punto de vista guerrero, de las armas y caballos. Practicaban la monogamia con excepción de los reyes o príncipes que podían tener varias mujeres; pero la familia estaba constituida más naturalmente que en Roma sobre los lazos de la sangre y no por los vínculos ficticios de la agnación. Las costumbres eran morigeradas, sencillas. La tierra era de propiedad comunal y se repartía periódicamente entre los habitantes; y en cuanto a la casa u hogar pertenecía a la familia y no meramente al jefe de la misma.

6.—Las victorias de los germanos pusieron en contacto su incipiente cultura con la civilización milenaria de Roma que, especialmente en lo tocante al derecho, había llegado a dar todos sus frutos de perfección. Los príncipes bárbaros en los comienzos conservaron sus costumbres jurídicas y dejaron que los vencidos se rigieran por la ley romana. No obstante, bien pronto se dieron cuenta de la utilidad de adoptar instituciones y leyes —como en lo referente al testamento— que entre ellos eran desconocidas o incipientes. Tomaron, en consecuencia, muchas normas y prescripciones romanas; y, así, paralelamente, existieron las llamadas **leges barbarorum** —derecho germano— y las **leges romanorum** —derecho romano— que recíprocamente se influían y completaban hasta llegar a confundirse en una legislación nacional híbrida y variable, recogida a través del tiempo en numerosas recopilaciones y cuerpos legales. Una etapa importante en este proceso jurídico lo constituye el derecho feudal de la Edad Media que informa tanto el derecho público cuanto el privado, y que crea entre el señor y el vasallo vínculos jurídicos y militares de naturaleza sui géneris. La propiedad del suelo es considerada en dos aspectos: para el señor hay el dominio directo, para el vasallo el dominio útil; ninguno de los dos puede disponer libremente de la tierra debido a esa división del dominio. Para conservar la grandeza y sentido del feudalismo, se establecieron las instituciones de los mayorazgos y vinculaciones de todo orden que inmovilizan la propiedad y la conservan íntegra a través de las generaciones; y la servidumbre de la gleba que sujeta a los siervos y sus descendientes a una misma propiedad. Hay que indicar, además, en el proceso jurídico que estudiamos, los diversos derechos municipales creados por las ciudades que alcanzaban algún desarrollo; y la preeminencia que llega a conseguir el derecho eclesiástico y canónico.

7.—En todo caso, el período desde el siglo V al XII se caracteriza, tanto en lo que respecta al derecho como a las demás instituciones o instrumentos de cultura —arte, idioma, filosofía, etc.— por la incertidumbre y la confusión; es la gestación oscura y en mucho caótica de un nuevo mundo de la civilización. Sólo desde el siglo XII se precisa en Italia una poderosa corriente de estudio y sistematización del derecho. Los glosadores Irnerio y Accursio dan una exé-

genesis de las normas romanas y las relacionan entre sí en forma coherente y armónica. Les siguen en estos estudios los comentadores o postglosadores; y los métodos y enseñanzas adquieren enorme prestigio no sólo en Italia sino también en el resto de Europa. Así se verifica una especie de nuevo descubrimiento del derecho romano que vuelve a imponerse definitivamente en las legislaciones modernas de los estados europeos, destruyendo la multitud de legislaciones o derechos forales que volvían imposible la formación de las grandes nacionalidades. Un análisis prolijo de la evolución que en grandes líneas hemos esbozado requeriría una obra especial; vamos a limitarnos a apuntar algunos puntos en lo que respecta a España.

8.—El pueblo germano que conquistó a España fué el visigodo. Ocurrió con la civilización romana lo que hemos indicado en los párrafos anteriores; pero en la Península, más notablemente que en otras partes, el derecho romano anuló casi totalmente al derecho germano. En un comienzo cada individuo se regía por su ley personal, por manera que los jueces tenían que aplicar la legislación germana y la romana, según los casos. Para facilitar el conocimiento de las normas jurídicas se dió en el siglo V el llamado edicto de Eurico, colección de normas jurídicas visigodas; y el llamado Breviario de Alarico para los hispano romanos. Pero como la legislación personal prestaba graves inconvenientes y aún injusticias notorias, los monarcas visigodos mandaron que todos se rigieran por una sola ley, y al efecto en el siglo VII, abolida la doble legislación personal, se dió el Fuero Juzgo o Fuero de los Jueces cuya sexta parte está constituida por leyes romanas. Fué escrito primeramente en latín y luego traducido en el siglo XIII. Es una ordenación en doce libros de preceptos de derecho constitucional, político, civil, penal y procesal, y ha sido considerado por mucho tiempo como uno de los mejores y más completos de esa época.

9.—En el siglo VIII se verifica la irrupción de los árabes a la Península Ibérica, quienes llevan a ella sus costumbres, su cultura refinada y artística, su sistema político y sus ciencias. Permanecen en España durante siete siglos, hasta el XV en que son expulsados definitivamente. Entretanto, es un guerrear continuo por la reconquista. La antigua formación jurídico social de los germanos y romanos

queda suspensa y substituída en gran parte por los sistemas árabes. Después del Fuero Juzgo es menester llegar al siglo XIII en que se da el Fuero Viejo de Castilla, que constituye una ley municipal para la nobleza castellana de ese tiempo, con un enorme conjunto de privilegios. Los príncipes cristianos se vieron obligados a reconocer derechos especiales a los pueblos que reconquistaban del dominio moro y esos derechos han sido llamados Fueros; del mismo género son los Fueros de Avilés y Oviedo. Fernando III y Alfonso X, llamado el Sabio, emprenden la obra de unificación de la legislación española. El primero da comienzo y el segundo concluye el Fuero Real en 1255, que llega a ser el Código general de Castilla, después de no pocas resistencias de parte de la nobleza que consideraba violados los derechos que tenían por el Fuero Viejo. El sistema del Fuero Real es semejante al Fuero Juzgo: trata conjuntamente de asuntos eclesiásticos, civiles, procesales y criminales y se divide en cuatro libros.

10.—Luego se hace una compilación de la jurisprudencia de los tribunales en la aplicación del Fuero Real, compilación que es conocida con el nombre de Leyes de Estilo y que, si bien no tenía fuerza de ley, era aceptada en los litigios; y, además, muchos de sus principios fueron adoptados en la Novísima Recopilación.

11.—Alfonso X da cima a la obra jurídica y lingüística más importante de ese período histórico: las Siete Partidas. Por primera vez el idioma castellano se impone como lengua oficial y destierra al latín en la redacción de leyes, fueros y documentos de importancia. Las Partidas, junto al Cantar de Mio Cid son en rigor los primeros monumentos importantes escritos en castellano. Aunque terminadas en 1265, las Siete Partidas no tuvieron vigencia legal sino en 1348 en el reinado de Alfonso XI y como derecho supletorio a los Fueros y al Ordenamiento de Alcalá. La base jurídica de este cuerpo de leyes está constituida por el derecho romano y el derecho canónico principalmente. La organización de la obra es la siguiente: La Primera Partida establece principios generales sobre la ley, la costumbre, el derecho canónico; la Segunda trae normas de derecho público y de corporaciones; la Tercera, amalgama el derecho procesal con los modos de adquirir y perder el dominio; la Cuarta, trata del matrimonio; la Quinta, de las obliga-

ciones y contratos y derecho comercial; la Sexta, de la sucesión por causa de muerte; y la Séptima, del derecho penal. En América tuvo este cuerpo de leyes, gran trascendencia y aplicación como derecho común en defecto de otras leyes especiales.

12.—Al Rey Alfonso XI se debe el Ordenamiento de Alcalá que puso corrección en la aplicación de las leyes y fueros, estableciendo la primacía de tal Ordenamiento; luego debían aplicarse los fueros de las ciudades; y por último, como queda dicho, Las Partidas. Posteriormente se dan numerosas leyes que debían aplicarse con preferencia a las anteriores; los Reyes Católicos mandaron a hacer una compilación de las mismas con el nombre de Ordenamiento de Montalvo, el cual pronto fué sustituido y completado el año de 1505 con las llamadas Leyes de Toro, que no derogaron las antiguas compilaciones y fueros.

13.—Así la legislación de España resultó un caos en que era sumamente difícil conocer lo vigente y lo derogado, y la abundancia de normas volvía casi imposible su conocimiento. Se hizo indispensable una ley que adoptara sólo lo vigente, y con ese motivo, en 1657 se dió a luz la Nueva Recopilación, trabajo desordenado e inorgánico, que fué sustituido por la Novísima Recopilación en 1805. Son cuatro mil veinte leyes comprendidas en doce libros que reglan los múltiples aspectos del derecho público y privado. Es obra de mérito, pero adolece de muchos defectos y especialmente de falta de sistema jurídico. Dejó vigentes los Códigos anteriores en lo no reglado por ella.

14.—Tal es el cuadro sintético de la legislación peninsular. Con respecto a América colonial, hay algunas diferencias que anotar. Los reyes españoles dictaron normas especiales para sus dominios en lo que respecta al derecho público y administrativo, y para dar protección a los aborígenes de nuestro Continente. Se estableció un Consejo Real de Indias, y por su intermedio se expidieron esas normas jurídicas especiales, conocidas con el nombre de Reales Cédulas. Se hizo una recopilación de tales cédulas en 1680 con el nombre de Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias. Contienen muy poco de legislación civil; lo principal se refiere a organización del Consejo de Indias, administración de justicia, composición de las Audiencias. Se dan, en fin, normas humanitarias en favor de los aboríge-

nes, normas que, en la práctica, resultaron irrisorias. Con posterioridad a la Recopilación indicada continuaron dándose ordenanzas, cédulas y leyes, que no llegaron a ser objeto de la formación de un cuerpo jurídico. En consecuencia, en lo que respecta a América, la Recopilación de leyes de Indias se aplicaron en primer lugar y sólo en defecto de ella, se seguían las leyes y compilaciones españolas en el orden de que hemos hablado en números precedentes.

15.—Ese era el derecho civil que rigió en el Ecuador durante la Colonia. Viene luego el período de la Independencia. Antes de hallarse afianzada en el Ecuador, se da la Constitución de Rosario de Cúcuta, en la cual, en lo que toca a nuestro estudio, se declara en el artículo 188, que quedan "en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución, ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso"; y en el Art. 179 "se prohíbe la fundación de mayorazgos y toda clase de vinculaciones". Esta disposición se repite en el Art. 150 de la Constitución dada en Bogotá en abril de 1830, año en el cual el Ecuador se separa de la Gran Colombia para formar una República independiente, cuya primera Constitución se sanciona en setiembre del mismo año indicado. Las reformas a la legislación española tienen por fundamento razones de carácter político y la nueva ideología procedente de la Revolución Francesa, que había penetrado en los espíritus de los libertadores. Las reformas fundamentales se refieren, en consecuencia, al derecho político, constitucional y administrativo; y a la supresión de las jerarquías y privilegios procedentes de la nobleza: desde 1821 se suprimen todos los títulos de honor concedidos por el Gobierno español y se prohíbe al Congreso la concesión de otros con el carácter hereditario.

16.—En el período republicano del Ecuador, hasta 1860, hay muy poco que anotar como innovaciones. Las insurrecciones interminables no daban lugar a una construcción sistemática y duradera. Reformas aisladas e incoherentes se daban de vez en cuando en uno que otro aspecto del campo jurídico. Prescindimos de lo referente a organización de tribunales, leyes administrativas, políticas, constitucionales, procesales y penales, por no corresponder a nuestro trabajo. En lo civil, apenas hay que anotar lo siguiente: en

1832 se dió facultad para sacar aguas de los ríos, lagos, etc., con fines agrícolas o industriales; en 1837 se dispuso que la paternidad natural sólo podía establecerse por escritura pública o ante un juez y dos testigos, alternando el sistema español que no exigía estos requisitos; la Constitución de 1850 declaró abolida la esclavitud y mandó que "ninguno de tal condición puede ser introducido en ella sin quedar libre" (Art. 108); no obstante no se suprimió el llamado concertaje indígena que era una verdadera esclavitud, y el Art. 111 de la misma Constitución, lo permitía al expresar que no se pueden exigir servicios personales "sino en los casos determinados por la ley", es decir, cuando se le había hecho firmar al indio un contrato de esta naturaleza.

17.—Parece, sin embargo, según lo asevera un juriconsulto ecuatoriano, que ya en 1837, el Gobierno y el Senado comisionaron al Dr. José Fernández Salvador para que trabajara un proyecto de Código Civil sobre la base del de Bolivia; proyecto que no fué en tiempo alguno examinado por los Congresos. Sólo en 1855 hay un esfuerzo serio en este sentido: se comisionó a la Corte Suprema para que presentara un proyecto de Código Civil; iniciáronse las labores y continuaron durante dos años hasta 1857, en que la Corte llegó a conocer el Código Civil Chileno, obra de don Andrés Bello, que le pareció perfectamente aceptable para el Ecuador. Por esto, dejó la preparación de la labor encomendada y se dirigió al Gobierno recomendando que se adoptara el Código Chileno; entre otras cosas, se manifestaba lo siguiente en el oficio respectivo: "La Corte, que no abriga sentimiento de orgullo y vanidad; y que cree que no hay mengua alguna en adoptar lo bueno que se encuentra hecho, no ha vacilado en volver sobre sus pasos, dando de mano a sus trabajos anteriores, y se ha contraído a examinar detenidamente dicho Código. De este examen ha resultado la convicción de que su plan es preferible al que se había trazado la Corte, y que sus doctrinas y aún su estilo podían ser adoptados por nosotros, haciendo solamente una que otra variación, que la diferencia de circunstancias y el bien de la claridad hicieran necesaria". La Legislatura del mismo año aprobó el proyecto, y el Código Civil comenzó a regir desde el primero de enero de 1861: la edición fué hecha en 1860.

18.—El Código Civil Chileno, que es el nuestro, es obra de don Andrés Bello, ilustre venezolano avecindado en Chile, donde desempeñó puestos públicos de grande importancia. Bello es uno de los más altos valores de la cultura no sólo de su patria sino de América: poeta, filólogo, diplomático, jurisconsulto, su vasta inteligencia y su paciente disciplina dominaron y profundizaron todos los ramos del conocimiento a los que se dedicó. Su Gramática Castellana lo pone en primera línea entre los cultores del castellano en el Nuevo Mundo; y su Proyecto de Código Civil ha regido casi sin variación las relaciones jurídicas de muchos pueblos americanos durante cerca de una centuria. No desconocemos las críticas, justas en parte, que pueden hacerse y que las haremos nosotros mismos; pero, para el tiempo en que fué creado y para ser labor de sólo un hombre, el Proyecto demuestra inmenso caudal de conocimientos ordenado y tamizado por una inteligencia selecta. Unimos, pues, nuestro elogio a los múltiples de personas más autorizadas, hacia la obra en referencia y el jurisconsulto que supo llevarla a término.

19.—En Chile hubo ya desde 1811 varias tentativas para la formulación de un Código Civil; pero sólo en 1840 se crea una comisión legislativa, de la que formaba parte Andrés Bello, que trabaja con decisión en ese propósito. Se elabora primeramente el Libro III sobre la sucesión por causa de muerte. En 1841 y en 1845, respectivamente, se nombran otras comisiones, siempre bajo la dirección espiritual de Bello; y en 1846 y 1847 se publican sucesivamente los libros III y IV del Código Civil, considerados como los de más importancia dado el nuevo orden de cosas y los ideales jurídicos en pugna con la legislación española. En verdad, escaso era el fruto de tales comisiones que se reunían raramente; todo el trabajo puede decirse pertenecía a don Andrés Bello. En 1852 presenta éste el proyecto íntegro de Código; había trabajado en él diez años continuos. La comisión designada para revisar este trabajo definitivo se dedicó asiduamente a sus labores y el 22 de noviembre de 1855 se presenta el proyecto al Congreso Nacional, con un mensaje presidencial redactado por el mismo Bello. El proyecto se lo aprobó globalmente y fué promulgado como ley el 14 de diciembre del mismo año; se mandó que rigiera desde el primero de enero de 1857. En homenaje a Bello,

el Congreso le tributó un voto de agradecimiento y le asignó una recompensa de veinte mil pesos. El Código Civil Chileno, ya lo hemos visto, fué adoptado por el Ecuador; también lo adoptaron Colombia y Nicaragua; e influyó mucho en la formación de los Códigos de la Argentina, Brasil, Uruguay y otros.

20.—Sin negar lo original que existe en el Código de Bello, como propio de su autor, hay que indicar las fuentes a que recurrió en sus trabajos. Se ha dicho que esa obra es un eclecticismo; y, en efecto, Bello tomó sus normas de gran cantidad de trabajos y leyes de otros países. Quizá a ello se deben las graves observaciones que se le han hecho, pues, lo ecléctico generalmente da lugar a incongruencia en el sistema y a contradicción en las normas adoptadas. Ya tendremos oportunidad de ver, al analizar en detalle las instituciones del Código Civil, cómo algunas de ellas son contradictorias por haber acudido Bello a normas y sistemas distintos de jurisprudencia. La fuente inspiradora fundamental fué el Código Napoleón, obra máxima del derecho francés, que ha influido en todas las legislaciones modernas; luego, naturalmente, el derecho romano; después la legislación española, especialmente Las Siete Partidas; y, en fin, los Códigos de esa época como el de Luisiana, el de Cerdeña, el austriaco, el prusiano. Fuentes a las que hay que agregar la vastísima erudición de Bello sobre obras de los jurisconsultos y comentadores franceses que prepararon, discutieron y formaron el Código Napoleón, y luego lo glosaron. No es cierto, pues, como se ha aseverado alguna vez, que el proyecto de Bello sea casi el mismo Código Napoleón. Se aparta de él en puntos fundamentales, como son: el sistema mismo que es distinto, el régimen de la sociedad conyugal, los requisitos para la tradición del dominio, etc. El Proyecto de Bello indica en notas, con gran frecuencia, la fuente informadora de la norma correspondiente. Esas indicaciones tienen grande importancia para conocer la historia de la ley y para interpretarla en casos de oscuridad, pues no puede recurrirse a las discusiones previas a su establecimiento, discusiones que no existieron como queda dicho.

21.—Se ha hecho varias e importantes reformas al primer Código Civil ecuatoriano editado en 1860, las cuales fueron incorporadas a las sucesivas ediciones hechas en

1871, 1889 y 1930. Las reformas dadas antes de este último año, son las siguientes: la de 1865 sobre habilitación de edad para los menores, reforma que luego fué suprimida; la de 1867 sobre cómputo de tiempo para determinados efectos jurídicos; la de 1869 dictada por el Presidente Gabriel García Moreno y aprobada casi totalmente por la Convención del mismo año; modifica muchos artículos del Código entonces vigente y añade otros, entre ellos lo referente a retroactividad de las leyes, que es copia de una ley chilena; la de 1873 que, como la anterior, tiene disposiciones sobre diversas materias del Código; la de 1901 sobre redención de los censos. En 1902 se da la Ley de Matrimonio Civil que cambia el sistema mismo del matrimonio vigente hasta entonces y varía, en consecuencia, muchas normas del Código que sólo admitía el matrimonio canónico; esta ley es, a su vez, reformada, en lo referente al divorcio, en 1904, en 1910, en 1912 y en 1935.

22.—El Código Civil ecuatoriano se apartó del chileno estableciendo que la sucesión intestada podía ir hasta el décimo grado colateral, mientras que, según éste, sólo podía ir hasta el sexto; pero en 1920, al darse la Ley de Impuestos a las Herencias, Legados y Donaciones, se limita la sucesión hasta el sexto grado. Esta Ley sufrió muchas reformas, hasta 1928 en que se dió otra sustitutiva y derogatoria de las anteriores; pero conservando el mismo límite de sucesión intestada hasta el sexto grado. El 25 de noviembre de 1935 se da una nueva ley sobre impuestos a herencias, donaciones y legados; y se limita la sucesión intestada hasta el tercer grado de consanguinidad lateral, aceptando no obstante el derecho de representación y reconociendo una suma de cinco a diez mil sucres a los parientes pobres dentro del sexto grado. Mas, el 5 de diciembre del mismo año, en el Art. 12 de la Ley que crea el Seguro General Obligatorio y establece el Instituto de Previsión Social, se dice: "Asígnase al Instituto para el incremento del Seguro Social del Obrero y del Campesino el producto de los siguientes recursos: c) El producto de las sucesiones intestadas desde el tercer grado de consanguinidad inclusive, sucesiones que quedan abolidas". Esta norma es sucesivamente modificada en el sentido de dar cabida por derecho de representación a los hijos de los hermanos del difunto, caso en el

cual la Caja del Seguro concurre con ellos a participar de la herencia.

23.—Las leyes reformativas de 1935 y 1936 han sido promulgadas por un Gobierno dictatorial, de facto, y no sabemos lo que restará de ellas, cuando se establezca un Gobierno legal y democrático. Reformas notables son las referentes a los hijos ilegítimos, dadas el 21 de noviembre de 1935. Se suprimen las categorías de hijos de dañado ayuntamiento y de naturales, y se da cabida a derechos que antes no tenían los hijos ilegítimos. Es la reforma más trascendental de derecho civil llevada a efecto por ese Gobierno y tendremos ocasión de ocuparnos detenidamente de la misma.

24.—En fin, debemos citar, la Ley de Emancipación económica de la mujer casada, promulgada en 1911 con reformas ulteriores; y ciertos artículos situados en el Código de Procedimiento Civil que derogan y modifican el Código en puntos substanciales, como los relativos a enajenación de bienes raíces de la mujer casada, venta de bienes litigiosos, etc. No terminaremos esta enumeración sin referirnos a las diversas leyes de Trabajo promulgadas en el año 1928, y al Código del Trabajo vigente desde el 17 de diciembre de 1938 que cambia todo el sistema del Código Civil respecto a la libertad de contratación. Esas leyes tienen un sentido de protección al obrero, dentro del moderno concepto social al respecto. En cada una de las instituciones que vayan siendo objeto de nuestra materia, haremos el estudio detallado de las reformas consiguientes y las observaciones que de ese estudio se desprenden.

25.—Los jurisconsultos clásicos consideraban el Código Civil como una especie de libro sagrado, una biblia intocable y guardadora de la justicia eterna. Y por ello han juzgado como sacrílega cualquier reforma de ese cuerpo de leyes. El verdadero derecho estaba dado para siempre y para todas las circunstancias y relaciones humanas; jueces y legisladores debían limitar sus funciones en esta rama jurídica a modificaciones de detalle y a una exégesis prudente. Aún entre nosotros, la protesta de esos jurisconsultos ha sido siempre airada y firme contra toda innovación al Código Civil; y maestros venerables, como los Peñaherrera, los Borja, han atacado vivamente el que, por medio de leyes secundarias o especiales, se reformara el Código. No cabe

desconocer la sinceridad y buen propósito de la oposición referida; ni tampoco dudar de que es un ideal de conservación social la estabilidad de las instituciones jurídicas. Sin embargo, ya lo hemos demostrado, tal estabilidad es imposible, salvo en limitados períodos de tiempo, y mientras los principios representados en los Códigos tienen vida en la conciencia de los pueblos. Al cambiar esos principios, necesariamente tienen que cambiar las normas jurídicas. Indudable que no debe haber precipitación ni desorden en las reformas que se verifiquen: y desordenada ha sido la legislación ecuatoriana, especialmente la de los gobiernos de facto; pero ello es preferible a permanecer estacionarios en un ciclo de cultura que necesariamente tiene que ser superado.

26.—Algo hemos apuntado en la Lección Primera, respecto de los modernos principios del Derecho. Concretándonos al civil, las causas que han determinado de manera inmediata su evolución profunda, son, especialmente, las que siguen: el maquinismo, la Guerra Europa y sus enormes problemas de post guerra, especialmente en el orden económico; la facilidad de transporte que universaliza los ideales y las necesidades humanas, etc. Esa evolución, en lineamientos generales, tiene estos caracteres: penetración cada vez mayor del derecho público en el privado; extensión del poder discrecional del juez, protección de los débiles —incapaces u obreros—; elevación de la capacidad jurídica de la mujer; consideración del matrimonio como institución de interés social; apreciación de la patria potestad como un deber mejor que como un derecho; protección de los hijos ilegítimos; aspecto social de las guardas; prohibición de enriquecimiento sin causa; criterio objetivo de la responsabilidad civil; teoría del abuso del derecho y doctrina de la imprevisión en las obligaciones; predominio de las corporaciones cuyos estatutos tienen fuerza de ley, y contratos colectivos; subordinación de la propiedad individual a los intereses sociales; expropiación sin indemnización en ciertos casos; investigación de la paternidad; reducción del núcleo familiar y mantenimiento de un bien familiar (**homestead**); disminución de la legítima; participación del Estado en las sucesiones; divorcio absoluto; responsabilidad de las personas jurídicas; etc.

27.—Ya veremos que muchos de estos principios y tendencias han sido acogidos por nuestra legislación. Ello

ha traído como consecuencia, que el derecho civil ecuatoriano ha perdido el equilibrio, trabazón y unidad de doctrina jurídica que antes le caracterizaba; ha dado, en cambio, cabida a las necesidades inaplazables de la hora presente. Será oportuno, por lo mismo, buscar la armonía de las instituciones dispersas y la homogeneidad de un nuevo sistema. Este es, bien que en pequeña parte, uno de los objetivos de esta obra.

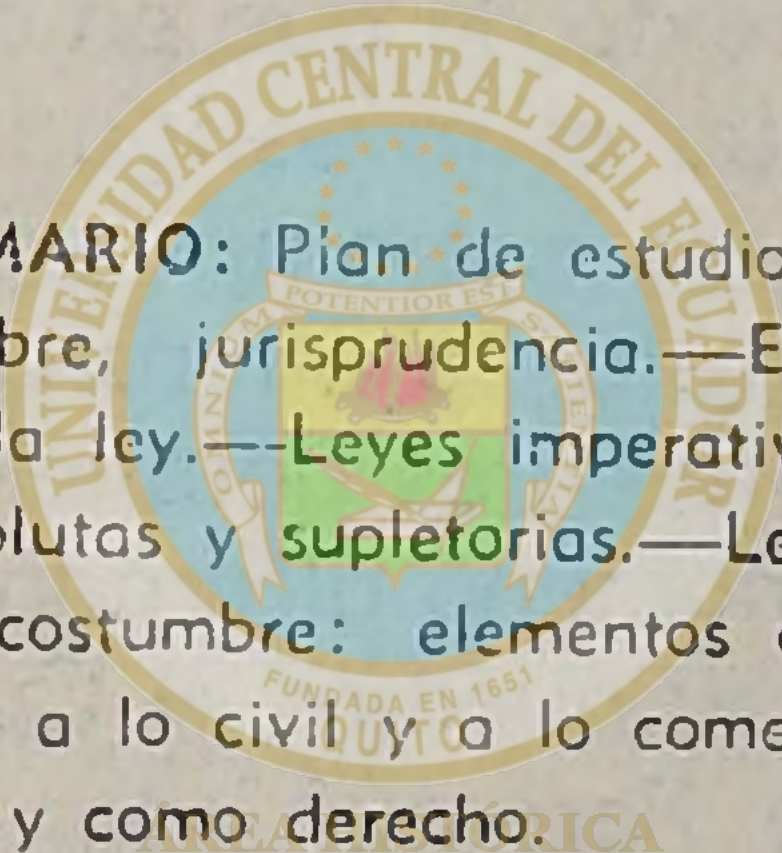
28.—El plan u organización de nuestro Código Civil es el siguiente: un Título Preliminar que trata de la Ley y da, además, ciertas normas fundamentales aplicables a toda clase de relaciones jurídicas; el Libro I habla de las personas o sujetos de derecho en sus diversas situaciones —mayores, menores, casadas, etc.—; el Libro II habla de las Cosas, es decir de los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce; el III, de la Sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos; y el IV, de las Obligaciones en general y de los Contratos. Hay un artículo final derogatorio de la legislación anterior al Código. El plan del Derecho Romano era el de Personas, Cosas y Acciones, y en éstas se comprendían tanto lo substantivo, el derecho, cuanto lo adjetivo, el reconocimiento de ese derecho en juicio que, actualmente, constituye el Código de Procedimientos. El Código de Napoleón tiene un Título Preliminar y tres Libros, sobre las Personas, los Bienes y diferentes modificaciones de la propiedad y los modos de adquirir el dominio, en que se comprende lo relativo a la sucesión por causa de muerte. El Código español tiene, asimismo, un Título Preliminar y cuatro Libros, a saber: Personas, Bienes, Propiedad y sus modificaciones; modos de adquirir el dominio; y Obligaciones y Contratos. El Código argentino tiene un Título Preliminar y libros sobre Personas; Derechos personales en las relaciones civiles; Derechos reales; y Derechos reales y personales; Disposiciones comunes. El Código Civil soviético tiene cuatro Libros: de principios generales; derechos reales; obligaciones; y sucesiones. El alemán está distribuído así: Parte general aplicable a todas las relaciones de derecho privado; derechos de obligaciones; derechos reales; derecho de familia; y derecho de herencia. Innecesario seguir ejemplificando sobre el sistema expositivo de los demás Códigos. Del examen que precede se deduce que, en general, el sistema en todos es

semejante y que las diferencias sólo tienden a una mejor exposición de la materia. Ya manifestamos que el objeto del derecho privado era la propia conservación y la conservación de la especie, es decir la familia y el patrimonio; y que, por otra parte, las relaciones jurídicas suponen un sujeto de las mismas, un objeto, y el vínculo jurídico. De estos principios dimana la organización del derecho civil. La estructura de nuestro Código, buena en general, adolece del defecto de reglar la sociedad conyugal en el libro de las obligaciones, lo mismo que la prescripción que debió formar parte del Libro II sobre el dominio y modos de adquirirlo. Con todo, el plan nuestro es superior al del Código de Napoleón y al español, que colocan la sucesión por causa de muerte como un capítulo de los modos de adquirir el dominio; la importancia de esta materia exige que se la trate en forma autónoma y en un libro especial.

29.—La última edición de nuestro Código Civil, como hemos dicho, es de 1930 y se debe a la Academia de Abogados de Quito, con aprobación y cooperación ulterior de la Corte Suprema de Justicia. El Decreto Legislativo que encomendó la revisión y edición de los Códigos Nacionales a tal Academia, es de 30 de setiembre de 1912. La Academia trabajó en esta labor desde el año de 1924 y tomó por base de sus trabajos, la edición original de 1860. Indicamos, para concluir esta Lección, que los Libros se dividen en Títulos y éstos en Secciones; el número de artículos del Código es 2.506 y un artículo final.

LECCION TERCERA

LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL



SUMARIO: Plan de estudio.—Artículo primero.—Ley, costumbre, jurisprudencia.—Elementos formales y contenido de la ley.—Leyes imperativas, prohibitivas y permisivas, absolutas y supletorias.—Ley, Reglamento y Ordenanza.—La costumbre: elementos objetivos y subjetivos.—Aplicación a lo civil y a lo comercial.—La costumbre como hecho y como derecho.

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

1.—Vamos a entrar ya en el estudio detallado de las normas del Código Civil Ecuatoriano. Los comentaristas del derecho civil, al estudiar los cuerpos de leyes respectivos, siguen dos tendencias diversas: los unos prefieren el análisis por instituciones y agrupan, al efecto, los artículos correspondientes a ellas prescindiendo del orden de numeración establecido en el Código: así Demolombe, Sánchez Román, Barrios Errázuris, etc.; los otros, siguen estrictamente la numeración legal y analizan una por una y sucesivamente las normas. Así lo hace nuestro comentador ecuatoriano Luis Felipe Borja. Cada método tiene sus ventajas e inconvenientes, ya desde el punto de vista de la claridad, ya del sistema, ya de la metodología jurídica. Por nuestra parte, seguiremos el segundo sistema en cuanto sea posible: de esta manera no se altera el método y organismo del Código Civil; y es posible, además, mediante las concordancias y

referencias a otras normas pertinentes del mismo Código, dar la trabazón y armonía indispensables entre las diversas disposiciones legales. El estudio por instituciones, prescindiendo del orden de desarrollo establecido en la ley, tiene, entre otros, el grave inconveniente de que el sistema de las normas se subordina al variable criterio de los comentadores, de donde resulta que cada uno de ellos agrupa las disposiciones según un punto de vista distinto, destruyendo u obscureciendo en parte el sistema fijado por la misma ley. Tal método es magnífico cuando se escribe un tratado de derecho civil con finalidades más amplias que la simple pedagogía para la enseñanza de la ley; pero cuando lo fundamental es comprender las disposiciones legales, cuando propiamente lo que va a estudiarse y lo que debe saberse es el Código Civil de cualquier país, entonces es esencial que tal cuerpo de leyes sea el fundamento del estudio, y que no se lo cambie a pretexto de que en otra forma estaría mejor. Ello equivale a que el investigador en una ciencia de la naturaleza, en vez de examinar en todos sus aspectos el fenómeno de que se trata, lo alterara en su integridad, no para examinar sus diferentes detalles, sino para hacer objeto del estudio el fenómeno alterado y no aquél de que se trata. Está bien que critiquemos el Código y busquemos las reformas que requiere. Pero aún para que la crítica sea más equilibrada, y más acertada la reforma, es preciso saber y comprender el Código como él es, en el contenido, en la forma y en el método de sus disposiciones.

2.—Nuestro estudio seguirá, pues, estrictamente, la numeración del Código Civil Ecuatoriano. En cambio, necesidades del programa de estudios harán que, en cuanto a la sucesión de "Títulos" alteremos ocasionalmente el orden de los mismos; así, al estudiar El Matrimonio en la obra que seguirá a la presente, tendremos que analizar el Título XXII del Libro IV que habla de las Capitulaciones Matrimoniales y de la Sociedad Conyugal; al tratar de los Modos de Adquirir el Dominio, que consta en el Libro II, habrá necesidad de tratar de La Prescripción, que está en el Libro IV, etc. Pero, en lo posible, seguiremos el mismo orden del Código. La presente obra comprende el análisis del Título Preliminar únicamente y seguiremos en forma estricta el articulado del Código.

3.—Aunque en el Prólogo queda dicho algo en cuanto al método y plan que vamos a seguir, lo concretamos así: transcribiremos literalmente el artículo que va a estudiarse; indicaremos sus concordancias con las legislaciones que nos parezcan convenientes; y por último comentaremos la disposición desde nuestro punto de vista. Al final de cada Lección citaremos las sentencias de nuestro Tribunal Supremo. Queremos que nuestra obra, por una parte, sea de utilidad para estudiantes, abogados y jueces; y, por otra, trace para el porvenir los lineamientos generales de una reforma concorde con los modernos principios del derecho. Es decir, que lo "que es" será expuesto con toda la fidelidad de que seamos capaces; y lo que "debe ser" será apuntado tomando como punto de vista el presente, para que la reforma no sea utópica ni aventurada. En ambas finalidades pondremos toda la sinceridad de nuestros ideales, todo el esfuerzo de nuestra voluntad, y todo el acervo de nuestros conocimientos.

4.—Al hablar de la organización de nuestro Código, hemos manifestado ya, que comienza con el Título Preliminar. El trata de la Ley en diversos aspectos generales: concepto, promulgación, efectos en el tiempo y en el espacio, interpretación, derogación y nociones fundamentales de derecho que el Código incluye en el rubro de "palabras de uso frecuente en las leyes". Hemos afirmado, igualmente, que el Título de que tratamos tiene importancia fundamental no sólo para el derecho civil privado, sino también para toda la legislación. Ello quedará justificado con el análisis que sigue de cada una de las normas legales.

Art. 1.—La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Concordancias:

Las Partidas.—Ley tanto quiere decir como leyenda en que yace enseñamiento, é castigo escripto que liga é apremia la vida del home, que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el home debe fazer, é usar.

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

(Ley 7, D. De legibus).

Ley de Introducción al Código Civil Alemán.—Toda regla de derecho es considerada ley en el sentido del Código Civil y de la presente Ley.

5.—Dijimos que el derecho objetivo es la norma, y el subjetivo la facultad de obrar de acuerdo con tal norma. Precisa ahora investigar de dónde provienen las normas jurídicas, es decir lo que los tratadistas llaman las fuentes del derecho objetivo. Es obvio decir que el pueblo, la sociedad son quienes en último término elaboran el derecho, según sus necesidades, creencias y principios de cultura. Pero en todo grupo humano hay una minoría que toma la representación del mismo y dicta el derecho, así como las otras manifestaciones de la cultura. Ya reseñamos brevemente en capítulos anteriores la evolución jurídica y su significado fundamental en las diversas agrupaciones humanas. Hoy nos limitamos a estudiar cuáles son en lo moderno, y especialmente entre nosotros, las fuentes del derecho. Se las clasifica generalmente en leyes, costumbres y jurisprudencia: ellas constituyen, en un momento determinado, el organismo jurídico al cual han de remitirse jueces y jurisconsultos; pero, hay que insistir, es ése un organismo dinámico en perpetuo movimiento y cambio; las normas jurídicas forman un equilibrio inestable en continua evolución y desenvolvimiento, por lo mismo que se aplican a organismos vivos cuya ley es el cambiar y el perfeccionarse. Ley, costumbre, jurisprudencia: la ley creación técnica intelectualizada de la norma jurídica; la costumbre, producto del devenir histórico y del sentimiento colectivo; la jurisprudencia, decisiones de jueces, esfuerzo consciente para amoldar leyes y costumbres a los casos concretos, a los requerimientos del progreso. No cabe señalar preeminencia entre estas fuentes; no cabe unilateralmente aceptar unas y desechar otras. Históricamente la costumbre, unida a preceptos religioso-jurídicos, se produce antes que la ley; ésta requiere un estado de más avanzada civilización, y que el organismo popular haya alcanzado una estructuración definida de sus valores culturales; lo mismo cabe decir de la jurisprudencia. Al analizar los artículos 2 y 3 profundizaremos algo más en lo que respecta a la costumbre y a la jurisprudencia. Pero antes de concretarnos al estudio del artículo primero, añadamos que también se colocan como fuentes del

derecho, la doctrina —reminiscencia del prestigio que tuvieron los jurisconsultos romanos— y la equidad natural —reminiscencia también en nuestros Códigos clásicos del derecho natural, considerado inmutable y eterno.

6.—Hay palabras fecundas y grandes, palabras que durante siglos han dirigido los destinos del hombre; que los han llevado a los más duros sacrificios y a los más altos heroísmos; palabras, en fin que, por sí solas, sintetizan todo un período de la historia humana. Así las palabras: Pueblo, Religión, Libertad, Justicia, Ley. Por su fecundidad y su grandeza están en la boca de todos; y todos las dan un sentido que con frecuencia no es el de los demás. Primero hay un concepto céntrico, del que proliferan conceptos múltiples, muchos de valor opuesto al originario. El lenguaje es realmente poesía: basta que nazca un vocablo para que, por analogía o por metáfora o por otras de las llamadas figuras literarias, se agrupen y giren sobre el eje del vocablo originario una variedad de significaciones. Así ocurre con la palabra Ley; sus significaciones ocupan ancho espacio en los diccionarios. No podemos referirnos a todas. Lo que nos interesa es fijar el concepto técnico jurídico de la Ley. No comentaremos, en consecuencia, la clásica definición de Montesquieu: la ley es la relación necesaria fundada en la naturaleza de las cosas, porque ello puede aplicarse a toda clase de leyes: las físicas, las morales, las jurídicas, y porque, respecto a las leyes dadas por el hombre, en muchos casos —¡en tantos!—, esas relaciones no se fundan en la naturaleza de las cosas, sino en el interés de los que las dictan. Ni aceptemos tampoco el concepto de Santo Tomás, tan citado, "ordenación de la razón para el bien común promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad", por lo anticuado del concepto respecto a quien tiene el cuidado de la comunidad; y por ser una definición intelectualista de lo que debe ser la ley y del fin que ha de perseguir, pero no de lo que es. Más aceptable es la definición de Savigni: "El derecho positivo expresado por el idioma en caracteres y revestido de autoridad absoluta se llama ley", entendido por derecho positivo el que emana del legislador. Más simplemente define Ruggiero la ley, como norma fijada por el órgano constitucional que debe dictar el derecho. Podría, en fin, decirse, que la ley es norma jurídica

general elaborada conscientemente por el organismo correspondiente de un Estado.

7.—Más que definir, interesa comprender y analizar los caracteres de la ley. En verdad, ésta es fundamentalmente un producto intelectual y consciente, una creación técnicamente elaborada y querida por el Estado. Al contrario de la costumbre que surge del devenir colectivo como un fruto de sus experiencias y anhelos, y que no puede atribuirse determinadamente a tal o cual persona, sino a todo el grupo en múltiples generaciones—, la ley es algo pensado, discutido, cuyo proceso formativo puede señalarse hasta con detalles. El pensamiento del legislador observa minuciosamente la realidad para la cual va a dictarse la ley, y no siempre se deja llevar por esa realidad ni por el querer del pueblo, ni por sus costumbres tradicionales. El legislador trata con sus normas de ordenar y organizar mejor esa realidad y de darle mejores direcciones que las anteriores; en muchas veces va contra las costumbres y creencias establecidas y las cambia radicalmente: eso se observa en todo período de transformación y de revolución. Entonces la ley tiene importancia trascendental y única porque crea realmente nuevas formas jurídicas inexistentes antes. Pueblos de cultura milenaria como Inglaterra, pueden atenerse a sus costumbres aunadas a principios jurídicos constitucionales; pero otros que carecen de tradición o cuya tradición ha sido la esclavitud, la opresión o la barbarie, si quieren prescindir del lento proceso evolutivo que los haga ascender al progreso, tienen que darse leyes. Claro que en mucho, éstas son inaplicables en un comienzo, claro que no corresponde el avance legislativo a la realidad del medio popular; pero, a lo menos trazan, como una esperanza o como una meta, el objetivo que hay que perseguir y la senda por la que debe marchar la colectividad para la consecución de mayor cultura. Esto puede observarse entre nosotros y con nosotros en América Latina. Todo pretendemos remediarlo con leyes copiadas de otros pueblos, sin tener en cuenta el medio para el cual legislamos, ni las condiciones éticas, económicas y raciales de la población ecuatoriana. De todas maneras, es indudable que la ley puede ser el instrumento técnico más perfeccionado para hacer del derecho una sistematización racional y armónica concorde con las necesidades del presente

y los requerimientos del porvenir. Es menester, eso sí, que en el legislador haya la sabiduría y cordura suficientes para que las normas dadas no queden como meras utopías sin aplicación posible.

8.—Además del carácter racionalista, técnico, en la producción de la ley, hay que señalar como cualidad distintiva de la misma, el hecho de que su elaboración está confiada a un órgano del Estado, considerado como su más alta autoridad y su más genuina representación: puede tratarse de un rey, de un tirano, de un Parlamento, etc.; pero siempre son funcionarios, personas determinadas las encargadas de dar la ley, ya por sí mismas, ya con el concurso obligatorio de otros. El Constitucionalismo nacido de la Revolución Francesa, en su pretensión de garantizar la libertad e imposibilitar la tiranía y arbitrariedad de los monarcas, inventó la llamada división de los poderes, aceptando la tesis de Montesquieu. Según el sistema tan manoseado y conocido, cada órgano estatal debía tener funciones definidas e intransferibles: el poder legislativo, elaborar la ley; el ejecutivo, hacerla cumplir; el judicial, aplicarla a los casos individuales. En su tiempo, el sistema dió buenos resultados y se creyó haber llegado a la perfección en derecho constitucional. Luego se han señalado todos los errores, inconvenientes e ineficacia real de la doctrina constitucionalista; pero no ahondamos en la cuestión por ser cosa extraña a nuestro tratado. Digamos sólo que el sistema se encuentra en plena crisis y que es menester, a lo menos, adoptar reformas fundamentales.

9.—Nosotros, necesariamente, hubimos de aceptar los postulados de la Revolución Francesa y los sistemas políticos, constitucionales y jurídicos producidos por la misma. A través de todas nuestras Constituciones se conserva y afirma la división de los Poderes Públicos en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, a los que se añade, en ocasiones, como órgano regulador, el Consejo de Estado. No es menester hacer el recuento de las variaciones de detalle, en cuanto a elaboración de las leyes, que pueden observarse en cada una de nuestras Constituciones: no es oportuno ni pertinente. Basta enunciar que, básicamente, corresponde al Congreso la elaboración; y al Poder Ejecutivo su sanción y promulgación. Ambos procesos son fundamentales: no puede haber ley si no ha sido expedida por el Poder Legis-

lativo; ni tampoco en el caso de que le falte la sanción y promulgación del Ejecutivo. Naturalmente, considerado el Congreso como organismo o Poder máximo, puede insistir en que el Ejecutivo sancione y promulgue la Ley aún contra su voluntad. Repetimos que no interesan a este estudio los detalles de derecho constitucional concernientes a las diversas fórmulas y trámites establecidos en la Constitución para llegar a obtener la ley. Además, en estos momentos, ellos serían difícil porque vivimos en un régimen semi-constitucional, aunque se ha declarado que la Constitución vigente es la de 1906.

10.—Debemos insistir en el hecho frecuente en nuestro país, de que, cuando se rompe un régimen legal, constitucional, y asume el Mando Supremo algún individuo, desaparecen automáticamente los sistemas legales y constitucionales; deja de funcionar el Congreso; y entonces el Dictador o Encargado del Mando Supremo, expide toda clase de normas jurídicas con el carácter de leyes. Los períodos dictatoriales son fecundos en actividad legislativa, precisamente porque tienen el propósito de renovar instituciones y de satisfacer a la ciudadanía. Se producen reformas fundamentales, que dentro del sistema de Congresos, habrían demorado largos años o habrían sido imposibles. En este aspecto no puede desconocerse que tales períodos de gobierno de facto, han sido fructíferos en innovaciones útiles, al lado, naturalmente, de muchos despropósitos e iniquidades. Parte de la legislación vigente respecto al trabajo: jornada de ocho horas, descanso semanal, trabajo de las mujeres y niños; indemnización por accidentes del trabajo, etc., se dió cuando el Gobierno de hecho del Dr. Isidro Ayo-ra. El Código del Trabajo lo elaboró la Dictadura del general Alberto Enríquez y lo promulgó la Asamblea de 1938. Las reformas fundamentales sobre divorcio, hijos ilegítimos y organización del Poder Judicial, se deben al gobierno dictatorial del Ingeniero Federico Páez. Hay que pensar cuántos años habrían empleado nuestros Congresos en formular esas leyes, en medio de los discursos brillantes y de los ajetreos políticos de sus miembros. Claro que esto no quiere decir que aprobemos ni elogiemos los Gobiernos de dictadura; claro también que las reformas legales a que nos referimos, adolecen de innumerables vicios y contrasentidos, especialmente por la precipitación con que han

sido dictadas; pero ya es mucho que, como quiera, se hayan dado esas reformas. El pulirlas, mejorarlas, ponerlas de acuerdo con nuestra legislación total, puede ser obra ulterior. Las Asambleas Constituyentes y los Congresos, generalmente, aprueban en bloque las reformas legales debidas a los Gobiernos de transición indicados.

11.—Al analizar los caracteres de la ley, hay que distinguir sus caracteres de forma, esto es, elaboración de la ley; y sus caracteres de fondo: contenido de la ley. Hemos hablado ya de los requisitos formales de la ley según nuestras Constituciones. No hay que dar mucha importancia a tales requisitos, sino mejor al contenido y la substancia misma que hace que una norma se considere o no como ley. Ya lo veremos mejor posteriormente. Anotemos que los tratadistas llaman leyes formales aquellas en que se han observado todos los trámites de elaboración prescritos por la Constitución; y leyes materiales aquellas que lo son en verdad, según su contenido. Puede, en consecuencia, haber leyes formales que no lo sean por su contenido y viceversa.

12.—El contenido de la ley mira a los caracteres esenciales en virtud de los cuales un mandato o regla de conducta debe considerarse como ley. Estos caracteres son los siguientes: la norma emanada de la autoridad competente debe estar garantizada por una sanción; ya hemos visto en el capítulo anterior que es característico al derecho la sanción que obliga a su cumplimiento, considerando, por cierto, la sanción en sentido amplio, no sólo de coacción física, sino de cualquier procedimiento para la debida aplicación y efectividad del derecho. No obstante, al estimar la sanción como carácter propio de la ley, hay que observar que en ciertas esferas jurídicas no es posible concebir sanción alguna: así en derecho constitucional respecto a los organismos superiores del Estado como el Parlamento o Congresos; así en el Derecho Internacional Público; así, en fin, en cuanto a algunos derechos imperfectos como los que provienen de las obligaciones naturales, regladas por los artículos 1.460—1.462 del Código Civil. Queda, por último, manifestado que la sanción puede ser de varias clases: físicas como en las leyes penales; pecuniaria; la nulidad del acto que contraviene a la ley; la negación de ciertos derechos como cuando el heredero se hace indigno de suceder

por ciertos motivos, o el alimentario pierde derecho a alimentos por no cumplir ciertas obligaciones de familia; etc.

13.—Toda norma contiene un mandato o una prohibición, y por ello se ha hablado de leyes imperativas y leyes prohibitivas. Claro que la orden de hacer puede traducirse en la prohibición de no hacer lo que se manda; y la norma prohibitiva puede considerarse como un mandato de respetar la prohibición; pero en el fondo, siempre puede considerarse el aspecto positivo o negativo que tiene la ley, aunque la forma gramatical adoptada sea diversa. Así por ejemplo, la ley que dijera que es nulo el matrimonio contraído por un impotente, en realidad es norma prohibitiva de que esas personas contraigan matrimonio. A más de las leyes imperativas y prohibitivas, se consideran leyes llamadas permisivas y las leyes que castigan: las primeras parecen inoficiosas, dentro de un criterio individualista de libertad, ya que se entiende que lo no preceptuado por la ley está regido únicamente por el libre albedrío del individuo; pero tienen las leyes permisivas mucha importancia práctica cuando se suprime alguna limitación anterior de la libertad. El concepto de normas que castigan viene del derecho romano y propiamente de Modestino: es clasificación anacrónica, ya porque la institución misma del castigo está fuera de los modernos conceptos que informan la ciencia penal; ya porque si analogamos ese término al de sanción, ésta es inherente a la ley y no puede hacerse una categoría separada de leyes que sancionan.

14.—Otro carácter de contenido o fondo de la ley es el de ser general; no se da para individuos determinados, sino para todos los que se encuentran en el caso de la norma. Esto no quiere decir que la ley ha de tener un carácter de universalidad, pues muchos individuos pueden encontrarse fuera del caso reglado por no haberse producido el hecho que los coloca en tal caso. El carácter de generalidad de la ley es, pues, relativo y admite una graduación: hay leyes, como las de orden público, que tienen una generalidad muy amplia; mientras que otras se aplican a pequeños sectores de la realidad: tales, supongamos, las que reglan las actividades de los comerciantes. En general, puede decirse, que la ley debe tener en cuenta tipos individuales; pero no los individuos mismos; no sería ley la que diera o garantizara algunos derechos a Pedro, Juan y Diego, como

tales individuos; y por el contrario lo sería aquella que, en verdad no puede aplicarse sino a muy pocas personas determinadas; pero no teniendo en cuenta la individualidad de las mismas, sino el que tengan ciertos caracteres —supongamos la edad— que las coloca dentro del caso previsto por la ley, como si en el caso dicho de la edad se manifestara que los que tienen sesenta años no serán sometidos a reclusión: es claro que a poquísimos individuos se aplicará la ley; pero no se habrá dado en consideración a Fulano o Zutano, sino en atención a todos los que puedan estar en el caso de la norma.

15.—Por la importancia práctica que tiene, queremos referirnos a la antigua clasificación de las leyes en absolutas y supletorias. Absolutas las que deben cumplirse necesaria e imperativamente; supletorias aquellas en que se atiende primeramente a la voluntad individual, y la ley no entra en juego sino en falta de tal voluntad. Esta división tiene grande importancia en nuestros Códigos de carácter individualista de predominio de la libertad individual; y con este concepto ha llegado a decirse que todo el derecho civil tiene carácter meramente supletorio. Ya hemos visto que modernamente la tendencia es a restringir la omnímoda arbitrariedad del individuo y al predominio de los intereses sociales; ya hemos demostrado también que en el derecho civil, sus fundamentos tienen carácter de orden público y no puede alterarse por la simple voluntad de las partes. Como este asunto tiene íntimo ligamen con los criterios emitidos en cuanto a lo que se considera como de orden público y como de orden privado, nos remitimos a lo expuesto en la Lección segunda.

16.—Considerado meramente el contenido de la ley, según lo que precede, resulta que muchas normas calificadas con otros nombres, pueden y deben considerarse como leyes. La distinción hecha entre leyes y reglamentos es sumamente sutil y difícil desde el punto de vista del contenido, de la materia tratada; esa distinción es neta sólo cuando el criterio diferencial atiende a la autoridad que da la Ley y a la que da el Reglamento. Se dice que hay ley cuando se han agotado los requisitos constitucionales que sitúan el centro de elaboración legal en los Congresos y Parlamentos; y que hay reglamento cuando la norma proviene del Poder Ejecutivo. En el fondo, quiere distinguirse éste

de aquélla expresando que la ley es una regla de derecho; mientras que el reglamento tiende sólo a reglar el cumplimiento de la ley. Pero en verdad, en muchas leyes hay preceptos declarativos de derecho y preceptos que reglan la realización del mismo. Podría decirse que, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil, es un reglamento de Código Civil; y este Código un reglamento de la Constitución de la República en la parte referente a las garantías fundamentales sobre la propiedad y la familia. No habría otra ley que la Constitución. No ahondamos el problema porque él corresponde al Derecho Constitucional o a la Filosofía del Derecho; pero sí creemos que es más aceptable el criterio del Código Alemán, según el que, toda regla de derecho es considerada como ley. Lo mismo cabe decir en cuanto a la ordenanza municipal; tienen todos los caracteres de la ley en cuanto al contenido y únicamente se diferencia de ésta en que son expedidas por los Concejos Municipales y no por el Congreso, y en que no pueden ir en contravención ni con la Constitución ni con las Leyes. No rigen, además, sino en el distrito cantonal respectivo. Hay una limitación en la capacidad legislativa de los Municipios, que tiene por causa la subordinación de los mismos a las normas legales del Estado centralizador.

17.—Algunos tratadistas ponen entre los caracteres de la ley, el de disponer solamente para lo futuro, lo cual, por tener íntima conexión con el principio jurídico de los derechos adquiridos, y la no retroactividad de las leyes, será materia de un capítulo separado.

18.—Expuesto lo anterior, el análisis del artículo primero del Código Civil queda totalmente verificado. Notemos que la definición toma en cuenta los caracteres formales y de contenido de la ley; lo primero en cuanto se dice que es "manifestación de la voluntad soberana, manifestada en la forma prescrita por la Constitución"; lo segundo en cuanto se dice que "manda, prohíbe o permite". El proyecto de Bello decía únicamente: "La ley es una declaración solemne de la voluntad soberana, que manda, prohíbe o permite", y la fuente de este precepto, como dejamos ya indicado, proviene del Derecho Romano, concretamente del Digesto. Es ambiguo el concepto de voluntad soberana, y en cuanto a que esa voluntad se exprese en la "forma pres-

crita por la Constitución", hemos visto ya que, cuando ella no existe por haberse producido un gobierno de hecho, a pesar de ello, se dictan toda clase de leyes y se las cumple y obedecer. Lo que demuestra, realmente, que el carácter formal de la ley no es inherente e indispensable para que exista, y que más bien debemos atender a sus cualidades esenciales de fondo ya señalados. De la definición tampoco se desprende la diferencia que pueda existir entre la ley y el reglamento, ya que ambos pueden considerarse expresión de la voluntad soberana y mandar, prohibir o permitir. En lo que atañe a la última parte de la definición, hemos hecho ya los reparos del caso. Y desde otro punto de vista, el artículo no contiene en sí el carácter fundamental de la ley que es el ser precepto general y común, y no meramente personal o individual. Son éstas las críticas principales que pueden hacerse al artículo, y demuestran lo peligroso que es apelar a definiciones en los textos legislativos: ello debe dejarse a la doctrina y a la jurisprudencia. Sólo en muy contados casos —cuando se trata de fijar con precisión una institución jurídica— es permitido al Legislador dar definiciones. En el caso presente no era menester: vale tanto como definir lo que es derecho.

19.—Nos resta considerar un importante problema: el del conflicto entre una ley y la Constitución; y entre la ley y los reglamentos y ordenanzas. Respecto a esto último hemos manifestado que las ordenanzas y reglamentos no deben contrariar a la Constitución ni a las leyes. Los jueces, en presencia de un conflicto de esa naturaleza estarían obligados a desatender la ordenanza o reglamento cuando hay tal contravención. En cuanto a lo primero, la Constitución de 1929 expresaba en sus artículos 161, 162 y 163, que ella es la Ley Suprema de la República y que nada valdrán las leyes, reglamentos, etc., que de cualquier manera se opongan o la alteren de cualquier modo; que todas las autoridades deberán sujetar sus actos a la Constitución; y que, no obstante, sólo al Congreso le toca decidir si una ley es o no constitucional. Prácticamente, pues, el Juez tiene que aplicar la ley, aunque fuera inconstitucional, porque no es de su competencia, sino de la del Congreso, decidir sobre tal punto. El mismo criterio existe en la Constitución de 1906, que se ha declarado vigente (artículos 6 y 7).

Art. 2º—**La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la Ley se remite a ella.**

Concordancias:

Proyecto de Bello.—La costumbre tiene fuerza de ley cuando se prueba de cualquiera de los dos modos siguientes:

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

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

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

La costumbre puede ser general o parcial. La costumbre parcial limitada a cierta parte del territorio, a cierta profesión, a cierta clase de personas, no tendrá valor alguno fuera de estos límites.

(Ley II, Título 2, Libro 3 de la Novísima Recopilación).

Código Argentino.—Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre, o práctica, no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos.

20.—Hemos expuesto ya las diversas tesis sustentadas en orden a las fuentes creadoras del derecho y la posición respectiva de los pueblos sajones y latinos al respecto. Hemos indicado que casi todo el derecho inglés, por ejemplo, es consuetudinario (el llamado **common law**), y se ha formado lentamente, a través de los siglos; mientras que el derecho de las naciones latinas dimana directamente del Legislador, sujetándose a las doctrinas de los enciclopedistas franceses, especialmente Montesquieu, que no concebían la libertad sin la sujeción estricta del juez a la ley. Muchos años han pasado desde entonces, y los años de este siglo equivalen, en evolución económica, en complejidad de las cuestiones sociales y jurídicas, en rapidez de las transacciones, en multiplicación de los nuevos "tipos" de asuntos jurídicos, a centenios de los que pasaron. Hoy existe floreciente la moderna escuela del derecho libre, del derecho científico, que tiene sus raíces en la Sociología y la Economía Política, y que propugna la libre creación de las normas del derecho, la mayor amplitud de las atribuciones judiciales para que las sentencias tengan el sello de una evidente justicia objetiva, y no haya la subordinación de la

justicia a la ley, sino al contrario. Es bien conocido que ni las costumbres ni las leyes, en todos los tiempos y más ahora que nunca, han comprendido, para resolverlos, todos los casos que en la realidad se presentan; ni siquiera han podido reglar los más importantes; y de allí los formidables esfuerzos de los jurisconsultos y tribunales para aplicar normas legales rígidas a las cuestiones nuevas: han tenido necesidad de torcer la norma o prescindir de ella. Las "lagunas" en la legislación son innumerables, y no pueden llenarse dando nuevas leyes que después de poco tiempo se vuelvan inadecuadas y que, aún en el momento que se dictan, dejan sin solucionar problemas siempre cambiantes y rebeldes a la norma abstracta. Precisa, pues, dar mayor libertad al juez, y colocar la misión de las leyes y costumbres en lindes más reducidas y concretas. Al analizar el artículo siguiente, volveremos sobre este punto.

21.—Las costumbres son normas espontáneas del querer jurídico de un pueblo. Objetivamente se las distingue de los usos y de los hábitos: los tres conceptos requieren repetición constante de unos mismos hechos durante cierto tiempo. Pero los usos y hábitos se refieren a esferas de acción de diversa especie: usos de etiqueta, hábitos de moralidad, de higiene, etc.; mientras que la costumbre es norma jurídica reconocida y aceptada como tal. En el uso corriente, las palabras han venido a ser sinónimas; pero en el sentido técnico en que las estudiamos, precisa distinguir la costumbre —norma jurídica— del uso que no tiene ese carácter. Ciertamente que algunos usos mercantiles, técnicos, de práctica de los negocios, etc., tienen aplicación a problemas jurídicos; pero no son propiamente normas de derecho sino de esclarecimiento de los asuntos planteados. En cuanto al tiempo requerido para que una práctica constante sea considerada como costumbre, no es posible fijarlo a priori; los tratadistas modernos no exigen, como condición indispensable, el que se trate de un largo tiempo, ni acogen la tesis del derecho canónico de que para las costumbres, "según ley" se requieran diez años, y cuarenta para las "contra ley". Basta con que la norma se haya fijado con claridad y sea reconocida como obligatoria jurídicamente.

22.—Subjetivamente, en la costumbre se considera su nacimiento y formación. Es indudable que debe comenzar por la iniciativa individual aceptada por el grupo que re-

conoce la utilidad y justicia de la misma. Luego se propaga por imitación, siguiendo la ley social puesta de relieve por Tarde. Existen, además, casos de costumbres nacidas independientemente o de manera simultánea en que no ha intervenido la imitación: ello se debe a la identidad o analogía de los casos reglados, y al sentido de equidad que tienen los hombres.

23.—La generalidad de aplicación de las costumbres es relativa tanto al espacio, cuanto a la clase de personas a las que se aplica. Hay costumbres nacionales o regionales; y costumbres que se aplican sólo a los comerciantes, o a los agricultores, etc. Se distinguen también, como queda apuntado, las costumbres que sirven para interpretar la ley; las que son fuente supletoria de la misma; y las que van contra ella, que la derogan. Antaño, como dijimos, se requería cierto tiempo para la vigencia de la costumbre, y, además, que reuniera las condiciones de ser útil, pública, no contradicha por el soberano y que se hubieran dado dos fallos conformes de acuerdo con ella. Las Partidas del Rey Sabio decían: "Fuerza muy grande ha la costumbre, cuando es puesta con razón, ca las contiendas que los homes han entre sí, de que non fablan las leyes escritas, puédense librar por la costumbre que fuese usada sobre las razones que fué la contienda, é aun ha fuerza de ley".

24.—La posición de nuestro tiempo es en general opuesta a la costumbre, porque es un tiempo de transición revolucionaria en lo fundamental, y la costumbre, por el contrario, es conservadora y su evolución es lenta y difícil. Toda época revolucionaria es intelectualista e ideológica: trata de formar la nueva sociedad y los nuevos valores culturales, sobre ideas y principios dados a priori; los valores propiamente biológicos de génesis social de que hablamos en una Lección anterior, quedan relegados a segundo término y su actuación sólo comienza cuando se ha estabilizado suficientemente el nuevo orden de cosas. Además, el ambiente vertiginoso de la era moderna no permite la formación de costumbres; no bien comenzaran a gestarse serían desechadas por otras necesidades. Y cuando se presentan nuevos problemas que demandan soluciones distintas de antes, no es la costumbre la que interviene en su resolución, sino la ley, la jurisprudencia o la ciencia del derecho. Sólo en lo que respecta a la jurisprudencia podría

encontrarse algo que represente la costumbre; pero esta materia la trataremos en la Lección siguiente al hablar de las sentencias de los jueces y tribunales.

25.—La solución dada por nuestro Código Civil, que es en substancia la misma de las otras legislaciones latinas, establece que la costumbre no es obligatoria, "no constituye derecho", sino en los casos en los que la ley expresamente lo dispone. Esos casos, según lo observa nuestro comentador Luis Felipe Borja, son aquellos en que se trata de interpretar la voluntad individual no suficientemente expresada en el acto o contrato. La esfera, es muy reducida, y vamos a citar, recorriendo el Código, varios casos en los cuales la ley se remite a la costumbre. Al tratarse del cómputo de bienes para el efecto de asignaciones forzosas, el artículo 1.178, inciso segundo, dice que "no se tomarán en cuenta los regalos moderados, autorizados por la costumbre en ciertos días y casos". El artículo 1.536 expresa que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino también a lo que "por ley o costumbre" pertenece a la naturaleza de la obligación. El 1.553 manifiesta, que las cláusulas de uso común —de costumbre— se entienden incorporadas al contrato. El 1.812 establece reglas para la compraventa de cosas que "suelen" —o se acostumbra— venderse a peso, cuenta o medida. El 1.931 dice que son reparaciones locativas, a las que está obligado el arrendatario, las que fija "la costumbre del país". El 1.935 habla de que los pagos del precio o renta de arrendamiento se harán en los períodos estipulados o a falta de estipulación "conforme a la costumbre del país". Como se ve, casi todas estas referencias a la costumbre tratan de casos contractuales y de interpretación de la voluntad de las partes.

26.—En materia comercial, nuestra ley da mayor importancia a la costumbre. La considera fuente de derecho y no mero punto de vista para interpretación de la voluntad individual. El artículo 4 del Código 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". Y el artículo 5 expresa, que en los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil. Por manera que la costumbre se

aplica de preferencia al Código Civil en materias comerciales. Las condiciones de publicidad, uniformidad y tiempo, son las requeridas, según las teorías al respecto como hemos visto. Y se contempla también el caso de costumbres generales, en toda la República, o meramente locales. En todo caso, y en la práctica, la aplicación de tal norma es reducida. No podemos entrar en detalles sobre esta materia que no corresponde al Código Civil y nos remitimos al magnífico estudio hecho por el doctor Miguel Angel del Pozo Vela, ex-Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Central de Quito, que se encuentra publicado con el nombre de "Programa Analítico de Derecho Mercantil", en los Anales de la misma Universidad, correspondientes al año 1932, números 279 a 281.

27.—En fin, se discute respecto de si será obligatorio probar la existencia de la costumbre al que la alega o si el juez se halla obligado a conocerla y debe aplicarla. Nuestro compatriota doctor Borja, en sus Comentarios al Código Civil Chileno, sostiene que la costumbre consiste en hechos, y por lo mismo debe probarlos el que alega su existencia. Sentimos no estar de acuerdo con esta solución. La ley es también un hecho, y se ha producido mediante un proceso de actos, de hechos. Sin embargo, no le corresponde probarla a la parte, sino que el juez debe conocerla. Hay un error de apreciación de las cosas: en el fondo toda norma jurídica supone en su producción hechos o actos; pero los hechos o actos que deben probarse no son aquellos que constituyen la norma jurídica; sino los hechos o actos concretos que colocan el caso discutido dentro de la esfera de la norma, es decir los hechos en que se funda una demanda o una contestación. Pero la costumbre, lo mismo que la ley, es "derecho" y el derecho ha de ser conocido por el Juez. A lo más podría aceptarse la obligación de prueba en el caso de que una de las partes niegue la existencia de la costumbre o de alguna de sus modalidades. El Código Civil de Polonia disponía que el que alega la costumbre debe probarla.

JURISPRUDENCIA:

Quito, noviembre 6 de 1918, a la una y media de la tarde.—**VISTOS.**—Dada la Ley aclaratoria de 17 de setiembre último, que, por el Art. 7º, regla 25, debe entenderse incorporada en el Art. 4º de la Ley Reformatoria de la Orgánica de Instrucción Pública, de 6 de octubre de 1916, el impuesto adicional al aguardiente almacenado en la República, recae sobre todo el que hubiese tenido hasta 21 grados Carthier; lo cual hace inaceptable la primera de las excepciones opuestas en la foja primera, desde que, atenta la vigencia de la referida Ley aclaratoria, no es dable ahora considerar que ese impuesto gravó solo el aguardiente de 21 grados, mas no al de 20. En orden a la segunda excepción, es de advertir que si el Reglamento dispone se esté a la cantidad declarada, a ser mayor que la existente, la Ley gravó a esta cantidad, la existente; y, por lo mismo, como en la colisión entre las dos disposiciones, debe observarse la de la Ley, el Tribunal está en caso de admitir, como admite, la excepción subsidiaria. Serie III, Nº 230.

Quito, diciembre 10 de 1924, a las dos de la tarde.—**VISTOS.**—Las actuaciones del proceso demuestran que fueron aprehendidos como objetos de contrabando el 27 de noviembre de 1923, en el sitio "La Parada", del cantón de Tulcán, siete bultos de Marco Antonio Restrepo, que contenían moneda de plata, la cual se pretendía conducirla a Colombia; juicio que se funda en la consideración de ser la moneda de plata efecto de prohibida exportación. Examinadas las disposiciones concernientes al hecho materia del juicio, para resolver se considera: Si el Acuerdo Legislativo expedido el 7 de octubre de 1916, prohíbe la exportación de monedas de plata, tal Acuerdo no es una ley, ya se considere la formalidad de un sólo debate, cumplida para su expedición, ya se tenga en cuenta su contenido: el mencionado Acuerdo versa sobre un asunto de interés general, estatuye la restricción respecto de un derecho y modifica, en consecuencia, la ley que reconocía la libre exportación, y no se han observado las formalidades prescritas por la Constitución para la formación de las leyes. La de 6 de octubre de 1917, interpretativa de la Constitución, prescribe que se tendrá por ley una declaración del Congreso sobre

un asunto de interés general o particular respectivamente, y que el Poder Legislativo empleará la forma de Acuerdo, en las decisiones de mero trámite o reglamento, o para otros actos legislativos que no crean o extinguen derechos, ni modifican, interpretan o derogan las leyes; por lo que aparece evidente, en orden a la exportación de la plata, que bajo la forma de Acuerdo se ha declarado aquello que fué materia de una ley; caso en el que el Poder Judicial no puede considerar como regla de derecho, para aplicarla en el actual juicio de contrabando lo prescrito por el expresado Acuerdo. Serie IV. N° 172.

"Quito, noviembre 30 de 1938.—Las cinco de la tarde.—VISTOS: La disposición de 7-8 de octubre de 1938 en que la Municipalidad de Rumiñahui, bajo el nombre y con las formas de una Ordenanza, manda la explotación e inversión de 723 árboles de eucalipto cuyo dominio, una vez expedida tal disposición, alega N. N. como fundamento de su reclamación sobre la ilegalidad de ese acto municipal, si bien considerada en sí misma —único aspecto en que puede ser conocida por el Tribunal Supremo en ejercicio de la jurisdicción especial que le concede el artículo 38 de la Ley de Régimen Municipal— no contraviene a la Constitución ni a las leyes de la República, no obsta a que las partes puedan hacer valer sus derechos respecto de tales árboles ante la Justicia ordinaria, mediante las acciones que estimen convenientes".

Quito, marzo 16 de 1939, las seis de la tarde.—.se considera: 1.—Que la Corte Suprema y por ende, ninguna de sus Salas, tienen facultad para desconocer el Decreto Supremo de agosto de 1938, porque, en primer lugar, tal cosa está en sus atribuciones por la ley, y luego porque los gobiernos de facto asumen el ejercicio de la soberanía en forma ilimitada, máxime si, como en el presente caso, el referido Decreto que concede el recurso de apelación es reformatorio del de 23 de febrero de 1938 que, con razón y conforme a los principios, respetó la importante institución de la cosa juzgada y aún respecto de casos particulares sometidos, dictatorialmente, a arbitraje; reformando también el de nueve de junio de 1937 que sometía a arbitraje inapelable las cuestiones relacionadas con la sucesión de Lucinda Ulloa. Por otra parte, es de considerar que por punto general es conveniente a los intereses de la justicia, la revisión de opiniones individuales que muchas veces tienen sólo la apariencia de ser fundadas. No puede, pues, el Tribunal prescindir de la aplicación del sobredicho Decreto Supremo, so pena de proceder despóticamente, asumiendo una dictadura frente a otra que dictó la ley, lo cual no es concebible siquiera que se pretenda del Poder Judicial cuya norma es la ley, y venga ésta del Poder Legislativo, o venga del Dictador que asumió las funciones de aquel Poder. Serie V.—Nros. 161—162.

LECCION CUARTA

LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL.—(Continuación)

SUMARIO: La jurisprudencia.—Su importancia.—Interpretación legislativa.—La cosa juzgada.—Concepto de partes.—Jurisdicción voluntaria y contenciosa.—Sentencia y auto.—Juicios ordinarios y sumarios.—Sentencia ejecutoriada.—Forma y contenido de la sentencia.—Motivo social y jurídico de la cosa juzgada.—La identidad subjetiva y la identidad objetiva.—Fundamentos subjetivos y objetivos de la sentencia.—Ejemplificación.—La litis pendencia y la acumulación de autos.—Sentencias sobre estado civil.

Art. 3.—Sólo al Legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren.

Concordancias:

C. C. Chileno.—3.—Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

P. de Bello.—8.—Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Las decisiones de los tribunales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las controversias particulares en que se pronunciaren.

C. de Napoleón.—5.—Prohíbese a los jueces decidir, por vía de disposición general y reglamentaria, las causas en que conocen.

1.—El primer inciso del artículo aplica el principio de separación de los poderes a que ya en varias ocasiones nos hemos referido. Montesquieu decía: "No hay libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si se ejerciese junto con el legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos, sería arbitrario, porque el juez fuera legislador". En el derecho moderno el principio subsiste en parte, aunque por otras razones; la fundamental es la de que no cabría que la decisión del juez sea obligatoria para otros litigios, por la misma complejidad de los mismos y por el constante devenir de los problemas jurídicos: una norma contraria a la fijada, traería el estancamiento del derecho e impediría la evolución que es consubstancial a la ciencia jurídica. La resolución del juez, en consecuencia, no se aplica sino al caso juzgado, como lo veremos más adelante, y los motivos legales de su fallo, la interpretación que hizo de la ley pertinente para aplicarla, es asunto subjetivo e individual no válido para los otros jueces y tribunales. Ellos tienen libertad de interpretar y aplicar el mismo texto legal en sentido diverso, si tal es su convicción.

2.—No obstante, de hecho, los fallos de los Tribunales Supremos o de Casación, llegan a adquirir importancia capital, por la alta autoridad de que se hallan investidos los jueces que los integran y por las relevantes condiciones de capacidad y de sabiduría que están obligados a poseer. Los jueces inferiores inspiran sus fallos en lo que generalmente se llama "jurisprudencia", es decir, los fallos de los tribunales. Si en éstos se ha aplicado o interpretado la ley en un sentido determinado, los jueces no se apartan de tal interpretación en los casos semejantes. Entre nosotros la sumisión y respeto a los fallos superiores ha ido hasta la ceguera; y en sentencias y providencias se citan las Gacetas Judiciales en que consta alguna interpretación de la Corte Suprema, sobre un punto jurídico, con el mismo valor decisivo con que se puede citar un artículo del Código Civil: hasta podría decirse que la jurisprudencia tiene más importancia para tales jueces que la misma ley. Ello se debe, no solamente al escaso estudio de nuestra legislación y a lo incipiente de nuestra ciencia jurídica, sino al terror de los autos de nulidad que pródigamente reparten nuestras Cortes Superiores a costa de los jueces. No se atreven

éstos a apartarse un punto de la rutina de jurisprudencia porque saben que ello significará o la revocación de su fallo o la nulidad con el pago consiguiente de costas del juicio y honorarios de los abogados de las partes. De hecho, pues, la Corte Suprema, cuando interpreta la ley lo hace de modo generalmente obligatorio para los jueces y tribunales inferiores; legalmente, el inciso en estudio dispone que esos fallos y esa interpretación no valga sino para el juicio en que se dieron. Por mi parte, creo que el juez no debe aceptar las interpretaciones del Tribunal Supremo que no estén de acuerdo con su razón; pero que, en general, tampoco puede desconocerse lo valioso de las opiniones de los jurisconsultos que integran ese tribunal, opiniones que deben ser tomadas muy en cuenta para analizarlas, contrastarlas con la disposición legal de que se trate y aceptarlas cuando sean justas y racionales. Pues también hay que considerar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo carece de uniformidad y sobre una multitud de casos se han dado sentencias en las que se aplica la ley en sentido diametralmente distinto. Así, cuando el divorcio consensual era sustanciado en un juicio solemne de tres instancias, la Corte resolvió, en un caso, que dado el consentimiento en primera instancia no podía retirárselo en segunda o tercera; y en otro caso igual, sostuvo lo contrario, es decir, que el consentimiento debía existir en las tres instancias y que si faltaba en cualquiera de ellas, el juicio no podía continuar. En resumen, pues, desde el punto de vista legal, las resoluciones dadas por jueces o tribunales no tienen carácter generalmente obligatorio, y sólo el Legislador puede interpretar o explicar la ley con este carácter.

3.—No obstante, y ya lo veremos con más detenimiento, hay que distinguir en la sentencia la cuestión de hecho de la cuestión de derecho, y cabe admitir, respecto de la segunda, dar un valor genérico, a lo menos en principio, a la interpretación judicial. El derecho moderno, por razones que analizaremos más adelante, propugna cada vez con mayores razones, la libertad y amplitud en la interpretación legal y, por lo mismo, da grande importancia a la hecha por los jueces en las sentencias respectivas. Esta corriente jurídica determinó entre nosotros el que se expidiera el 6 de octubre de 1928 un Decreto Supremo que atribuye a la

Corte Suprema de Justicia la facultad de dar fuerza generalme te obligatoria a sus interpretaciones legales, mediante ciertos requisitos. Y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 22 de febrero de 1938 el artículo 15 dice lo siguiente: "En los casos en que la Corte Suprema expidiere fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, los nueve (hoy quince) Ministros de la propia Corte y el Ministro Fiscal, que serán convocados por el Presidente inmediatamente después de ocurrida la discrepancia, dictarán, por lo menos por mayoría de seis votos conformes, la disposición que debe regir para lo futuro, respecto al punto a que se refiere el desacuerdo, la que será generalmente obligatoria, mientras no se disponga lo contrario por la ley. La resolución de que habla el inciso anterior se dará a más tardar, dentro de quince días de hecha la convocatoria". Se trata, como se ve, de interpretaciones contradictorias sobre un mismo punto de derecho; y sólo en ese caso, la interpretación de la Corte tiene carácter general y obligatorio. En los demás, las sentencias o interpretaciones del Tribunal Supremo, aún sobre puntos de derecho estricto no obligan a los jueces y Tribunales inferiores, aunque los nuevos casos sean iguales. La norma del artículo transcrito es correcta en mi concepto, y estimo que sería excesivo dar valor obligatorio a todas las decisiones de la Corte sobre puntos de derecho, porque ello conduciría a la fosilización de éste y trabaría la libertad de los jueces inferiores impidiendo, además, la evolución jurídica.

4.—Hay, por otra parte, una fuerte corriente jurídica que también se opone a la facultad dada al legislador para interpretar o explicar la ley. Se dice que la labor interpretativa es de carácter meramente judicial, por una parte, y por otra, que si el Legislador interpreta la ley, la interpretación no debe regir sino para los casos que ocurran en adelante; pero no respecto a los casos ya juzgados ni a los que se encuentren pendientes de resolución. Este punto lo trataremos al comentar la regla 25 del artículo séptimo que considera expresamente el problema.

5.—El inciso segundo del artículo es más complejo por la cantidad de materias de diversa calidad jurídica que comprende. Tiene relación inmediata con la institución llamada "cosa juzgada" y se vincula con gran cantidad de problemas de carácter adjetivo o procesal. Vamos a dar so-

lamente las nociones fundamentales sobre esta materia, pues un estudio completo corresponde estrictamente al código adjetivo, mejor que al substantivo. Tal como está enunciado el inciso, su sentido y su justicia son obvios: las sentencias sólo tienen fuerza obligatoria en las causas en que se pronunciaren. Si un juicio se discute y substancia entre las partes, actor y demandado, a quienes interesa la cuestión debatida, es indudable que lo resuelto en ese juicio no debe aprovechar ni perjudicar sino a los litigantes. Es de sentido común que los extraños no estarán obligados por las decisiones judiciales dadas en un litigio en que no han intervenido de ninguna manera. Por ejemplo, A demanda a B la reivindicación de una casa; B dice que la casa le pertenece: se substancia el juicio y se falla que la casa es de A y que, en consecuencia, B está obligado a entregársela. Este fallo sólo obliga a B y no a C, D, etc., los demás asociados que no han intervenido en el proceso. Sólo B está obligado a la entrega y sólo entre A y B surte efecto la declaración de que la casa pertenece a A. Por manera que, si después se presenta C manifestando que la casa es suya, A, que antes fué declarado dueño, no podrá decir que la sentencia que así lo declara surte efecto también contra C y que éste no puede proponer demanda; sino que se atenderá la demanda de C, y el juez, en el nuevo litigio entre C y A, puede llegar a sentenciar que la casa no es de A sino de C, si éste ha demostrado los fundamentos de su acción. El principio, como se ve, a primera investigación, es claro, sencillo y equitativo. Pero, en la práctica se presenta una multitud de cuestiones ambiguas que es menester por lo menos apuntarlas.

6.—Ante todo, hemos dicho que la sentencia sólo obliga a las partes litigantes. En el ejemplo puesto, las partes litigantes han sido, en el primer litigio, A y B, y, en el segundo C y A: y sólo ellas se encuentran obligadas por el fallo. Pero supongamos que muere una de las partes, o que enajena sus derechos a un tercero por cualquiera de los medios legales. El tercero estará obligado también por lo resuelto en la sentencia: así el heredero A podrá invocar contra B la sentencia que declaró que su causante es dueño de la casa disputada; el adquirente de C, por tradición por ejemplo, podrá decir lo mismo contra A, en el caso del segundo litigio. Entonces, resulta que el concepto de partes

en el juicio tiene un sentido no meramente individualizado, sino jurídico. Las sentencias surten efecto respecto de los que litigaron y de sus "sucesores en el derecho" a cualquier título. Ciertamente hay algunas excepciones: la más importante es la de beneficio de inventario acordado a los herederos que aceptan la herencia de su causante con ese beneficio; en virtud de éste no se hallan obligados a las cargas y deudas de la sucesión sino hasta el monto de lo que han heredado, de modo que la sentencia que obligaba, supongamos, a pagar diez mil sucres al causahabiente, no obliga a pagar al heredero sino lo que valgan los bienes heredados hasta esa cantidad, y si valen, supongamos, cinco mil sucres, sólo al pago de esta suma se encontrará obligado. Pero no tenemos para qué entrar en detalles ni excepciones sino atenernos al principio general de que la sentencia surte efecto respecto de las partes y de sus sucesores en el derecho.

7.—Otro punto importante es el de saber si toda sentencia produce efectos definitivos o sólo algunas sentencias, y si hay también fallos que no sean sentencias que tienen las mismas cualidades que ésta. El Código de Enjuiciamientos Civiles, promulgado en 1917, en su artículo cuarto, entre otras clasificaciones de la jurisdicción, decía que ella puede ser voluntaria respecto a aquellas demandas que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción; contenciosa, la que se ejerce sobre las pretensiones opuestas de dos o más partes que contienden en juicio. Insistiendo en estos conceptos, el artículo 6, añade que la jurisdicción voluntaria se ejerce cuando no hay contradicción de parte, ni se trata de exigir el cumplimiento de una obligación, pero se requiere intervención judicial, como en la apertura de los testamentos, nombramientos de tutores o curadores, aprobación y discernimiento de guardas, licencias a mujeres casadas para contratar y comparecer en juicio y otros casos semejantes. La jurisprudencia de la Corte Suprema, evidentemente concorde con el derecho, es la de que la jurisdicción voluntaria sólo puede ejercerse en los casos taxativamente señalados por la ley (G. J.—S. Cuarta N° 96). El efecto de las sentencias dadas en asuntos de jurisdicción voluntaria no es el mismo de las dadas en asuntos de jurisdicción contenciosa: aquéllas, en efecto, no resuelven una controversia, no

declaran un derecho sometido a discusión judicial, sino que, meramente revisten de formalidades legales a un acto jurídico por la importancia que el mismo tiene ante la ley. Propiamente, se trata sólo de solemnidades judiciales que tienden a asegurar la autenticidad y la verdad de una situación —como en el inventario solemne— o la validez jurídica de un hecho o acto —como en el nombramiento y discernimiento de guardadores—. Las sentencias pronunciadas en juicio de jurisdicción voluntaria, en definitiva, son tales únicamente por la forma y por la autoridad del juez que las expide; no lo son por el fondo, pues no contienen declaración de derechos en juicio. Es evidente, en consecuencia, que esas sentencias no son obligatorias e inamovibles, y no se hallan sujetas a la institución llamada “cosa juzgada” que vamos a analizar a continuación al tratar de las sentencias pronunciadas en juicio contencioso. Si en el trámite de los juicios de jurisdicción voluntaria se presenta oposición, contraposición de alguien, entonces, como lo dispone el artículo sexto citado, se convierte en contenciosa, y desde ese momento le son aplicables las normas generales respecto a los efectos que llegue a producir el fallo que se pronuncie. Con todo, no cabe llegar a la conclusión de que las sentencias dadas en juicio de jurisdicción voluntaria, carecen de todo valor: al contrario, hemos expuesto que son solemnidades judiciales, sin las cuales el acto de que se trate no surte efecto jurídico; nada valdría un discernimiento de guardador hecho sin las formalidades que la ley previene; ni, cuando hay menores, inventarios hechos sin las solemnidades requeridas, etc. Lo único que manifestamos, es que esas solemnidades y sentencias judiciales no son definitivas y pueden ser alteradas en juicio contencioso. Supongamos el juicio de inventarios: se han hecho en forma solemne y han sido aprobados por el juez; ¿se deducirá de ello que en verdad los objetos inventariados son de propiedad de la sucesión de que se trate? De ninguna manera; pueden serlo o no, puede ser que entre los bienes inventariados consten bienes ajenos, y sus dueños tienen perfecto derecho para reclamarlos en juicio contencioso, sin que obste el fallo que aprueba los inventarios. En el juicio de remate voluntario de bienes, si un tercero alega dominio de lo que va a rematarse, su reclamación es substanciada en forma legal. Y lo mismo cabe de-

cir en casos semejantes. El Código de Procedimiento Civil promulgado en abril de 1938, ha alterado un tanto las disposiciones legales del anterior Código de Enjuiciamientos. No interesa un detallado análisis de las variaciones y supresiones hechas, ya porque son de escasa importancia, ya porque no es éste el lugar apropiado para el efecto. Transcribimos, no obstante, el inciso segundo del artículo cuarto, porque esclarece mejor el carácter esencial de la jurisdicción voluntaria al poner de relieve los alcances que tienen los fallos que se dan en ejercicio de tal jurisdicción. El inciso en mención dice lo siguiente: "Concluído el procedimiento voluntario mediante auto o sentencia, o realizado el hecho que motivó la intervención del Juez, cuando no haya habido necesidad de aquellas providencias, no cabe contradicción. En estos casos los interesados pueden hacer valer sus derechos por separado, sin perjuicio de los efectos de lo ordenado en el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, hasta que se acepte la contradicción". Nada más habría que observar respecto a esta norma, si no fuera porque en el Código vigente se suprimió el artículo sexto del anterior y, entonces se da lugar a ambigüedad y confusión respecto al concepto mismo de la jurisdicción voluntaria. No basta definirla como aquella en que la jurisdicción se ejerce sobre asuntos que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas se resuelve sin contradicción; y era preferible la especificación y aclaración contenida en el artículo sexto suprimido. Jurídicamente es preciso atenerse a los criterios que al respecto hemos indicado y a la jurisprudencia sobre la materia.

8.—Otro concepto que debemos fijar para la recta comprensión de esta materia, es el de **sentencia**, puesto que la sentencia es la que produce efectos definitivos entre las partes. Los artículos 287, 288 y 289 del Código de Procedimiento Civil vigente, dicen que la sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio; y decreto, la providencia de substanciación o por la que se ordena alguna diligencia. Sin embargo, hay providencias que dan fin al litigio, que lo resuelven y a las cuales, sin embargo, la ley califica de autos. Así los juicios de prohibición de enajenar, retención y secuestro pueden terminar por un auto que ordene tales medidas precautelatorias. El mismo carácter tienen los autos de abandono de la instan-

cia o del recurso interpuesto, y los que declaran el sobreseimiento definitivo en los juicios criminales. No es menester entrar en crítica y observaciones al respecto. Quizá no se pronuncia sentencia sino auto por el carácter provisional que con relación al juicio de cobro del crédito, tienen las diligencias preventivas en mención. Lo que sí interesa fijar es que los fallos, que producen los efectos a que se refiere el artículo que comentamos, son los definitivos, los que resuelven en lo principal la cuestión jurídica sometida a juicio del juez. En el ejemplo propuesto, propiamente no hay fallo definitivo, porque respecto al secuestro, prohibición de enajenar y retención de créditos, son medidas provisionales en las cuales no se discute el derecho del acreedor y del deudor como tal, sino sólo se plantea la existencia del crédito y la necesidad de asegurar bienes que puedan ser embargados en el juicio "verdadero", en el cual se reclame el pago y el deudor plantee sus excepciones.

9.—Hay que tener en cuenta, además, que del código adjetivo se desprende la clasificación de los juicios en ordinarios y sumarios: entre éstos se encuentra el juicio ejecutivo, el juicio verbal sumario, los juicios posesorios, etc. Las sentencias dadas en los juicios sumarios no tienen a veces el mismo efecto ni valor que las dadas en los juicios ordinarios. (Ver Art. 756 del Código de Procedimiento Civil, por ejemplo). En el caso del juicio ejecutivo, el acreedor puede ser obligado a rendir fianza para responder por los resultados del juicio ordinario que puede proponer el deudor dentro de treinta días de hechos el pago; sin embargo, en el juicio ordinario no pueden proponerse las excepciones que ya fueron presentadas en el juicio ejecutivo. La sentencia dada en éste es, pues, definitiva en sus efectos con la sola restricción de que, si no se han propuesto algunas excepciones, se las puede hacer valer separadamente en el juicio ordinario. Esos fallos dados en juicio verbal sumario, antes no producían excepción de cosa juzgada para la vía ordinaria; posteriormente, el año 1925 se suprimió el artículo que permitía esa vía; y en el Código de Procedimiento Civil vigente, se reconoce implícitamente que la sentencia es definitiva según las reglas generales. Podemos, pues, llegar a la conclusión de que, en juicios de jurisdicción contenciosa —a menos que la ley disponga expresamente otra cosa— los fallos que son sentencias o tienen el valor de tales, son

definitivos en sus efectos entre las partes. En verdad, es indiferente que la sentencia se pronuncie en juicio ordinario o en juicio sumario, porque si se han establecido éstos es porque se ha tenido ya en cuenta las circunstancias del derecho que va a discutirse; y no cabe hacer un juicio de mejores efectos jurídicos que otro, como viene a resultar si el juicio sumario tiene sólo el valor de un juicio preparatorio al cual debe seguir el ordinario. Lo que interesa al legislador, es que lo más pronto posible se declare el derecho que asiste a una de las partes y tenga ésta la seguridad de que tal declaración será respetada. Claro que es preciso consultar los términos probatorios y los medios suficientes de defensa para no sacrificar la verdad y la justicia a la celeridad del proceso. Pero ya conseguido este objeto mediante una substanciación adecuada, los fallos deben ser definitivos. Hay una fuerte tendencia en nuestra legislación a aligerar el procedimiento de la pesadez que le ha caracterizado. Aún en el juicio ordinario ha sido modificado fundamentalmente tomando en consideración esos propósitos.

10.—Pero no toda sentencia es definitiva; no toda sentencia es obligatoria e inamovible para las partes y sus sucesores en el derecho. En un juicio ordinario, supongamos, en el cual la cuantía reclamada sea de diez mil sucres, si el juez de primera instancia sentencia declarando deudor al demandado, éste puede interponer recurso de apelación ante la Corte Superior; y si aún ésta confirma la sentencia del inferior, resta todavía al demandado la facultad de interponer recurso de tercera instancia ante la Corte Suprema. De lo que resuelva ésta, sí, ya no cabe recurso alguno. En otros juicios no se acepta el recurso sino hasta la Corte Superior, atendiendo a la cuantía. Hay litigios, en fin, en los que lo que resuelve el juez de primera instancia no tiene recurso alguno: así los juicios de cuantía inferior a cien sucres; así también el juicio de despojo violento (artículo 733 del Código de Procedimiento Civil). O bien sólo cabe apelación en el efecto devolutivo, es decir que se cumple el fallo del inferior a pesar de la apelación, y sólo en caso de ser aceptada ésta, se rectifica lo hecho. La sentencia definitiva y obligatoria, para serlo, debe tener, en consecuencia, ciertos requisitos especiales. En derecho procesal la expresión que se emplea para significar que una providencia judicial es inamovible, es la de que "causa eje-

cutoria" o se halla "ejecutoriada". Mientras no causa ejecutoria la decisión es provisional, y cabe que el superior o el mismo juez decidan lo contrario de lo que antes fué decidido. Las sentencias judiciales y los autos cuyo gravamen no puede repararse en la sentencia, se ejecutarían en estos casos: por no haber interpuesto recurso dentro del término legal; por haberse desistido del recurso o haberse declarado éste desierto, excepto en los autos porque el superior resuelve por los méritos del proceso y no cabe, por lo mismo, deserción del recurso; por el abandono de la instancia o recurso; por haberse resuelto la causa en última instancia —que ya sabemos puede ser la Corte Suprema o la segunda instancia o la primera, según la cuantía y la naturaleza del juicio de que se trate (Arts. 315 y 317 del Código de Procedimiento Civil). En conclusión, los efectos definitivos y obligatorios de los fallos judiciales son atribuidos únicamente a aquellos que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es decir, que se han ejecutoriado legalmente. Hay que aclarar, no obstante, que aunque se trate de una sentencia ejecutoriada, puede corregirse el error de cálculo (Art. 314 del mismo Código), como si en la sentencia se dijera que el demandado debe pagar al actor tres mil sucres que resulta de restar de la deuda de seis mil sucres un abono parcial de cinco mil sucres, hecho por el deudor. También debe observarse que la sentencia ejecutoriada puede ser declarada nula cuando en el juicio se ha faltado a las solemnidades substanciales del mismo, como si ha fallado un juez o Tribunal incompetente o se ha seguido y terminado el juicio en rebeldía del demandado, a quien no se le ha citado siquiera con la demanda (Art. 318 del Código de Procedimiento Civil). No es menester para nuestro objeto, que entremos en el análisis de estos motivos de nulidad de la sentencia ejecutoriada. Nos basta con lo expuesto.

11.—Tenemos hasta aquí, que los fallos pronunciados en juicio contencioso y que causan ejecutoria, surten efectos obligatorios y definitivos entre las partes y sus sucesores en el derecho. A este efecto se lo denomina **cosa juzgada**; y el legislador lo enuncia en los términos siguientes: "La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio, cuando en los dos juicios hubiere tanto

identidad subjetiva, constituída por la intervención de las mismas partes, como la objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma". (Art. 316 del Código de Procedimiento Civil). Los autores distinguen en las sentencias su forma y su contenido y llaman forma a los requisitos legales necesarios para que haya sentencia ejecutoriada: esos requisitos quedan suficientemente expuestos en los números anteriores. Vamos a ver lo que se denomina el contenido de la sentencia, que es lo que pasa en autoridad de cosa juzgada; y ante todo examinemos el motivo jurídico que tiene el principio de que las sentencias ejecutoriadas surtan efectos irrevocables. Lo justo a primera vista parece que, si el demandado, supongamos, ha perdido el juicio porque se ha descuidado en la presentación de las pruebas que pueden favorecerle; o, por olvido o ignorancia, ha dejado de proponer un medio pertinente de defensa, o porque la sentencia en realidad no guarda conformidad con las normas de derechos: lo justo, repetimos, parece ser que pueda permitirse el que vuelva a ponerse la cuestión en tela de juicio, para que sea objeto de un nuevo procedimiento y de una nueva resolución judicial. Pero hay que pensar en los gravísimos inconvenientes que de ello sobrevendrían. Ante todo el derecho es una técnica o sistema de seguridades individuales y sociales, es un instrumento de paz entre los hombres, se ha dicho. El derecho trata de que cada uno pueda gozar de sus bienes y facultades libre y tranquilamente, y por eso, cuando se infringen las leyes que garantizan esos bienes, la función judicial se pone en movimiento para restablecer el equilibrio roto y hacer que vuelva la situación de paz y garantía anteriores. Eso ocurre en el derecho penal automáticamente, de oficio casi siempre, y en el derecho civil a petición de la parte perjudicada. Si esto es así, y si la esencia jurídica es la conservación de un estado de cosas considerado fundamental para la organización de la sociedad y del Estado, aparece indudable el absurdo de pretender que, dada ya una sentencia y ejecutoriada legalmente, una vez más y otra e indefinidamente se siga litigando por la misma cosa y entre las mismas partes. Puede ser que la sentencia esté

mal dada, puede ser que si la parte perdedora hubiera puesto más empeño o más inteligencia, hubiera triunfado en el litigio; pero estos intereses individuales, han de sacrificarse por el supremo interés social de que los derechos reconocidos tengan garantía de estabilidad y de firmeza. Por otra parte, hecha la organización minuciosa del Poder Judicial y de los procedimientos respectivos, el Legislador considera que ha garantizado suficientemente —con funcionarios probos y sabios y con medios de substanciación adecuados— a los particulares, para que agoten todos sus medios de defensa y hagan valer todas las razones que tuvieran para sostener sus pretenciones. Se juzga, pues, en principio, que la sentencia ejecutoriada es la expresión máxima de la verdad y de la justicia, y de que es inútil, en consecuencia, volver a rever el asunto para que se pronuncie otra sentencia diversa. Si la parte no arguyó todas las razones que le asistieron para defender o atacar, si no produjo todas las pruebas posibles, culpa suya es y no del Poder Judicial. Y si hay casos, excepcionales dentro del principio, en los que la injusticia de la sentencia ejecutoriada sea evidente, esos casos ocurren en todos los órdenes de la actividad humana, pues el hombre y sus obras y juicios son imperfectos. Por la excepción no cabe sacrificar el principio de la inamovilidad de la sentencia ejecutoriada. Tales son los argumentos de los tratadistas en esta materia. Tienen harta razón dentro de un régimen jurídico normal: adherimos a esos razonamientos y los hacemos nuestros. Sólo queremos añadir que ninguna sentencia judicial ejecutoriada ni derecho adquirido de cualquier clase que sea, pueden ser invocadas cuando pugnan con normas de orden público o interés social. Pero esta materia corresponde a la cuestión denominada retroactividad de las leyes, de la cual hablaremos en lecciones posteriores.

12.—Analicemos el contenido de las sentencias judiciales para ver qué es lo que pasa en autoridad de cosa juzgada. El punto de entre quiénes surte efectos definitivos la sentencia, ha sido ya visto en los números 4 y 5, y se refieren a la identidad subjetiva de los litigios. Se trata ahora de ver cuándo hay identidad objetiva. Porque es obvio, que la cosa juzgada, o sean los efectos irrevocables de la sentencia, sólo existen cuando entre dos litigios hay tanto identidad subjetiva, cuanto identidad objetiva. En efecto, si A

litiga con B por reivindicación de un inmueble y después de haber triunfado B vuelve A a proponer la misma acción de reivindicación del mismo inmueble y contra el mismo demandado B, evidentemente éste podrá oponer la excepción de cosa juzgada. Pero si la nueva demanda entre A y B versa sobre la reivindicación de un inmueble distinto o sobre el pago de una suma de dinero, supongamos, no podrá proponerse la excepción de cosa juzgada, ya que, si bien hay identidad subjetiva por la intervención de las mismas partes, no hay identidad objetiva, es decir, la cosa discutida es diversa. En otros términos, lo que se plantea en el litigio posterior es una nueva "cuestión jurídica", y es pertinente que el juicio nuevo se substancie y se resuelva. Los jurisconsultos hablaban de tres clases de identidades: la subjetiva, la objetiva y la de causa; estas dos últimas consisten, según ellos, en que el objeto de ambos litigios y la causa invocada en uno y otro sea el mismo. Pero el artículo que hemos transcrito en el numeral noveno considera como identidad objetiva la "consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho"; por manera que se exige copulativamente la identidad de objeto y la de causa jurídica de las dos demandas. El objeto de una demanda es la "cosa, cantidad o hecho, que se exige", y la causa son los fundamentos de hecho y de derecho (Art. 74 del C. de P. C.). Si se demanda una cantidad de dinero, fundándose en que el demandante dió en préstamo esa suma al demandado, el objeto de la demanda es el pago del dinero y la causa es el contrato de mutuo habido. Si el juez acepta la demanda, lo que constituye lo esencial en la sentencia y pasa en autoridad de cosa juzgada, es no sólo la parte por la cual se condena al demandado a pagar esa suma de dinero, sino también el motivo fundamental de la condena, es decir, el préstamo realizado y la falta de pago. Si el juez absuelve al demandado por haber pagado ya, supongamos, la deuda, lo que pasa en autoridad de cosa juzgada es esa absolución, el no estar el demandado obligado al pago y, además, el fundamento de la absolución: el haber ya pagado la deuda. Ha habido tratadistas que manifiestan que solamente la parte "resolutiva" de la sentencia, es decir, la condena a la absolución pasan en autoridad de cosa juzgada; y no la parte "motiva". En los dos ejemplos puestos,

lo que importaría fuera, pues, únicamente, la parte de la sentencia que diga "se condena a B al pago de tal suma a A" o, "se absuelve a B de la demanda"; y no los fundamentos básicos de tal condena o absolución. Pero esta doctrina es a todas luces inadmisible y desquicia el principio de la cosa juzgada y de la ejecución de las sentencias judiciales. Supongamos que posteriormente se promueve otro juicio por dinero entre A y B: si fué absuelto B, en el juicio anterior, no se sabe si en el nuevo podrá o no proponer la excepción de cosa juzgada, porque podría hacerlo si la cuestión jurídica es la misma, es decir, si se le demanda el pago de la misma deuda que ya se le reclamó antes; y no puede saberse si es o no la misma deuda sin referirse a los motivos que tuvo antes el juez para absolverlo; y si es distinta la deuda, contraída por otra causa o hecho jurídico, no cabría la excepción de cosa juzgada. Es pues, menester, conocer si se trata de la misma cuestión jurídica, y ello es imposible sin el conocimiento de los fundamentos objetivos que decidieron al juez a absolver al demandado. Otro ejemplo: Pedro reivindica un inmueble poseído por Luis; éste opone excepciones; substanciado el juicio, el juez sentencia declarando que el inmueble es de propiedad del demandante y que el demandado debe entregarlo. Si sólo se aprecia la parte resolutive de la sentencia no se sabría cuál es fijamente su contenido; si se aprecia la parte motiva también, entonces se conoce por qué se declara que el inmueble es del dominio del actor y por qué se han desechado las excepciones del reo; y en nuevo juicio suscitado entre ambos puede hacerse valer la excepción de cosa juzgada si se demanda la misma cosa fundándose en las mismas causas. Lo mismo sería en el caso de que se absuelva al demandado por haber éste justificado ser el dueño del inmueble reivindicado: en un litigio futuro entre las mismas partes podría el demandado oponer a su contrario el derecho que se le reconoce en la sentencia.

13.—Los comentadores —Luis Felipe Borja, entre ellos— al hablar de los fundamentos o motivación de las sentencias, distinguen con razón entre los fundamentos objetivos y fundamentos subjetivos de la misma. Fundamentos subjetivos son las razones que deciden al juez a "afirmar o negar los fundamentos objetivos", de tal manera que vienen a ser causa mediata de la parte resolutive de la

sentencia: así la apreciación de las pruebas, la interpretación de una norma legal, etc. Mientras que los fundamentos objetivos son la causa inmediata de la resolución judicial, la apreciación de los derechos puntualizados en las acciones y excepciones. En definitiva, y para no complicar la materia, basta decir que fundamentos objetivos son aquéllos que de manera inmediata deciden al juez a aceptar la acción o excepción propuesta. Así: B pague a A cien sucres porque los recibió en préstamo; o entregue la casa porque ésta es de propiedad de A, por haberla adquirido por tradición. Los "porques" enunciados son la causa de la condena y pasan con la condena misma en autoridad de cosa juzgada. Para fijar esos motivos y esos derechos del contrato de préstamo o de la adquisición del dominio, el juez debe haber analizado las pruebas rendidas y haber aplicado las normas legales sobre mutuo, procedimiento en juicio, tradición, rendición de pruebas, etc., etc., todo lo cual puede considerarse como fundamentos subjetivos del fallo, fundamentos que no pasan ni es menester que pasen en autoridad de cosa juzgada. Parece, por lo expuesto, fuera de duda e indiscutible como un axioma, la necesidad de que se fundamenten las sentencias. Sin embargo, en tiempos no muy antiguos, los jueces se limitaban a dar el fallo aceptando o rechazando la demanda sin motivación alguna. Y don Andrés Bello tuvo que luchar duramente para que se obligara a los jueces a cumplir con la prescripción de motivar los fundamentos de sus decisiones. La jurisdicción antes era algo así como los oráculos de la antigüedad; y los jueces tenían algo de magos, que hacía infalibles y absolutos los fallos que daban. ¿Para qué, pues, motivarlos? El motivar, es justificar con razones apreciables por cualquiera; y no cabía esa justificación cuando las resoluciones se deban por inspiración divina y por una sabiduría fuera de toda duda. Entre nosotros, y ya en plena era republicana, los tribunales y jueces superiores, procedían en forma semejante, pues se limitaban a decir: "Son legales y arreglados a los méritos del proceso los fundamentos del fallo del inferior, por lo cual se lo confirma." Una manera de motivar muy cómoda y de poco trabajo. Por eso, el artículo 294 del C. de P. C. manda que se exprese claramente el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión y que, "no se entenderá cumplida esta

prescripción, en los fallos de segunda y tercera instancia, por la mera referencia a un fallo anterior".

14.—Resumamos. La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables entre las partes y sucesores en el derecho, tanto en lo que respecta a ejecución de la misma, cuanto en lo que se refiere a la excepción de cosa juzgada. Lo que pasa en autoridad de cosa juzgada son los fundamentos objetivos de la sentencia y la parte resolutive de la misma. Resolución y motivación forman la cuestión jurídica discutida y sentenciada; y no puede volver a discutirse la misma cuestión jurídica. Los principios, como se ve, son sencillos y de evidente verdad. Pero en la práctica se presentan situaciones dudosas, en las que, a veces parece que es la misma cuestión jurídica la discutida y sin embargo no es así; y en otras, la cuestión es distinta y sin embargo es la misma. Veamos algunos casos. Vamos a citar los que trae nuestro comentador, doctor Luis Felipe Borja, quien expone este asunto con suma claridad y precisión. Considera él cuatro casos en que cabe la excepción de cosa juzgada, no obstante aparentes diferencias. En primer lugar, la segunda acción puede ser distinta de la primera, dice, cuando de un mismo acto o contrato nacen dos o más acciones, y el juez, al decidir la una, decide también implícitamente sobre la otra. "Así, por ejemplo, al constituirse el comprador en mora de pagar, el vendedor tiene derecho para exigir, ya el precio, ya la resolución del contrato. Supóngase que el vendedor exija la resolución, y que el comprador alegue que el precio está pagado. Si el juez acepta la excepción en la sentencia, evidentísimo que el vendedor no podrá entablar otra demanda por el pago del precio; porque, si bien la acción es distinta, se controvertiría el mismo punto resuelto en otra sentencia; y según la expresión romana, habría **eadem quaestio**". Segundo caso: la calidad en la cual intervienen las partes puede ser diferente. Si el reo pierde el litigio sobre el dominio, y deduce acción reivindicatoria contra el primitivo actor, puede alegar éste la excepción de cosa juzgada; porque la sentencia declaró irrevocablemente que el reo no era dueño. Lo mismo se aplica a la petición de herencia, cuando pronunciada sentencia, se invierten en otro litigio las calidades de actor y de reo. Si a una acción personal se opone compensación, y el juez la declara infundada, porque el reo no es acreedor del deman-

dante; y después volviera a litigarse sobre el mismo crédito ya rechazado en la sentencia, el segundo litigio terminaría por la excepción de cosa juzgada. Tercer caso: la diferencia entre los dos litigios puede consistir en que lo controvertido en el primero no sea en el segundo sino la causa de la acción. "Si, por ejemplo, el actor perdió el litigio sobre petición de herencia, y demanda después al reo primitivo el dominio de un objeto perteneciente a la misma herencia, se le opondrá con buen éxito la excepción de cosa juzgada, aunque la calidad de heredero, que se le denegó jurídicamente, no sea el objeto del segundo litigio, sino la causa de la acción. Lo mismo se aplicaría al caso contrario. Si habiendo litigado el actor como heredero del propietario, sobre el dominio de una especie, el juez hubiese declarado que aquél no era tal heredero; y si el mismo actor dedujese posteriormente la acción de petición de herencia, rechazaríase ésta por la excepción de cosa juzgada". Cuarto caso: diferencia del objeto controvertido. "Hay muchos casos importantes en que la diferencia de los objetos materia de las dos acciones no impide que a la segunda se oponga la excepción de cosa juzgada. Entonces se funda ésta en la relación del todo a sus partes. En efecto, como cada una de las partes se comprende en el todo, sucede con frecuencia que la decisión relativa al todo, se refiere, así mismo a las partes; y si bien parece que las acciones atañen a objetos distintos, no es menos real la identidad. El caso más notable es el de petición de herencia, cuyo objeto es naturalmente la universalidad de un patrimonio; pero la misma acción puede ejercerse contra el reo que posee alguno de los bienes que componen la sucesión. Si el actor que, como heredero, demanda el dominio de una casa, pierde el pleito y después demanda al mismo reo terrenos pertenecientes a la propia herencia, se le opondrá victoriosamente la excepción de cosa juzgada, aunque cada una de las dos acciones se refiera a un objeto del todo diverso. Efectivamente la **cuestión de derecho** no consiste sino en la calidad de heredero; la primera sentencia la deniega al actor, y ella obliga al juez que conoce en el segundo litigio. También se aplica esta regla cuando la demanda que se refirió a ciertos bienes, se deduce de nuevo respecto a una parte de dichos bienes. La condena relativa al todo se extiende a sus partes, según la regla: **in toto et pars contine-**

tur". Prosigue el señor doctor Borja citando un texto de Ulpiano, referente a esta regla del todo y de sus partes. Ulpiano aplica la regla ya se trate de un cuerpo, de una cantidad o de un derecho, como si se demanda un inmueble, una suma de dinero, o un derecho de usufructo, uso, etc.; y después se vuelve a entablar la misma acción sobre parte del inmueble, cantidad o derecho.

15.—Estudia también Borja, el caso contrario, esto es cuando resuelto un juicio sobre una parte de la cosa, cantidad o derecho, se entabla después otro juicio sobre la totalidad; manifiesta que no puede darse una regla uniforme, y que hay que examinar cada caso particular para conocer si es la misma cuestión jurídica la que se discute. Si, por ejemplo, se demanda una parte de un predio y se rechaza la demanda, en un nuevo juicio en que se reclame todo el predio puede oponerse la excepción de cosa juzgada respecto a la parte que fué materia de la primera demanda; pero no respecto al todo. En mi concepto, y con el respeto que merecen las opiniones de tan ilustre jurisconsulto, discrepo de su criterio en este punto, a lo menos planteado en términos generales: habría que examinar cada uno de los litigios, porque bien podría ser que se haya propuesto la acción sobre parte del predio alegando ser dueño de esa parte y del todo; y si el juez declaró que el dueño de esa parte y aún del todo no es el actor sino el reo, no cabría el nuevo juicio, en el que volvería a discutirse precisamente lo mismo que en el primero, esto es, que el dominio de todo el predio corresponde al actor o al demandado. Hay que atenerse al criterio fundamental de identidad de cuestión jurídica, mejor que entrar en detalles que se prestan a errores y confusiones. El mismo comentador trae un ejemplo que afianza nuestro punto de vista. Dice: cuando se ha absuelto de una demanda sobre intereses, y exigense después otros o el capital, trátase de saber si a la segunda demanda cabe oponer la excepción de cosa juzgada. Entonces se investiga únicamente si las dos acciones se refieren a una misma cuestión de derecho. Si el reo fué absuelto de la primera demanda por haberse declarado que no debía el capital o que la renta no se había constituido, a la segunda demanda obsta la excepción de cosa juzgada; mas no si la demanda se hubiese rechazado

a causa del pago de los intereses vencidos, o de la compensación con los réditos.

16.—Apuntemos meramente que la cosa juzgada es diversa de la "litis pendencia". La primera institución supone un proceso concluído y otro nuevo idéntico en el cual cabe oponer la excepción de cosa juzgada. La litis pendencia supone que se siguen dos juicios sobre el mismo asunto, pero en ninguno de los cuales se ha pronunciado todavía sentencia; entonces el demandado en el segundo juicio puede oponer la excepción de litis pendencia, esto es, de que hay un juicio anterior que debe resolverse primeramente. Es condición para que pueda proponer la excepción referida el que —como en la cosa juzgada— haya identidad subjetiva y objetiva entre los dos litigios. De lo contrario, lo que podría pedirse es solamente la acumulación de autos, es decir, que los dos o más procesos que se siguen se unan o acumulen en uno solo para que todos se substancien y sean resueltos conjuntamente. Los casos de acumulación de autos están puntualizados en el artículo 109 del C. de P. C. y en los artículos siguientes se indican las circunstancias en que tal acumulación no cabe. No entramos en detalles sobre esta materia que propiamente corresponde al derecho procesal. Bastan las nociones dadas con las cuales se distingue claramente la cosa juzgada de la litis pendencia y de la acumulación de autos.

17.—De igual manera, por tratarse de puntos de detalle que corresponden al derecho adjetivo, prescindimos de tratar de matices y especialidades que tienen algunos fallos judiciales en ciertas materias como respecto a fianza, obligaciones indivisibles o solidarias, estado civil de las personas. No obstante, en lo que al último punto corresponde, hay que indicar que no causa ejecutoria la sentencia declarativa de paternidad, maternidad o filiación contra quien se presenta como verdadero padre o madre de alguna persona (Arts. 310 del Código Civil y 775 del C. de P. C.) Respecto a otras personas, el Art. 770 del C. de P. C. dice: "El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo o la maternidad que se disputa, vale no sólo respecto a las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos relativamente a los efectos que causan dicha legitimidad o maternidad". Como se ve, la sentencia ejecutoriada en esta clase de juicios surte efecto, no

sólamente entre las partes, carácter común a todas las sentencias, sino que también obliga su verdad a los demás que no intervinieron en el litigio. Excepción muy justa, por la importancia que tiene el estado civil, porque no cabe que esté discutiéndose respecto de él con extraños; y porque el estado civil es un derecho inherente a la persona e intrasmisible, mientras que los bienes son susceptibles de ser adquiridos por cualquier persona y de dejar de estar en el patrimonio de quien antes los tuvo. Esos fallos son, en consecuencia, definitivos; y así, si se declara que A es hijo legítimo de B, no puede discutirse en un nuevo litigio con cualquiera otra persona si tal fallo está o no ceñido a la verdad. Sin embargo, la ley da los efectos indicados a las sentencias dichas siempre que cumplan los requisitos del Art. 771 del C. de P. C. y 306 del Civil, a saber: que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada; que se hayan pronunciado con legítimo contradictor y que no haya habido colusión o sea acuerdo fraudulento en el juicio. Legítimos contradictores son el hijo y el padre o madre en su caso (Art. 772 del Código Adjetivo y 307 del Substantivo).

18.—Terminaremos esta Lección expresando que la cuestión estudiada en ella es sumamente compleja y difícil. Para demostrarlo transcribimos en Jurisprudencia un fallo íntegro de la Corte Suprema de Justicia. Recomendamos a los alumnos el análisis del caso resuelto, y también los luminosos alegatos presentados por los jurisconsultos doctores Víctor Manuel Peñaherrera y Luis Felipe Borja, que constan en el número 78 de la Revista Forense.

JURISPRUDENCIA:

Quito, a 16 de abril de 1923, las tres de la tarde.—VISTOS: Rosa Yépez viuda de Neira, promovió juicio de apeo y deslinde contra Heleodoro Dávalos C., porque éste, alterando los linderos entre el predio "Puculpala" de propiedad de la actora, y el predio "Balca-shí" del demandado, había principiado a construir una zanja. Sustanciado el juicio, terminó con el fallo del Tribunal Supremo, que fija la línea entre los fundos colindantes; fallo que, ejecutoriado, se cumplió colocando los respectivos mojones, según consta de fojas 132 a fojas 147. Ahora, Heleodoro Dávalos C., fundándose en esa ejecutoria, demanda a Alejandro Chiriboga, dueño de "Puculpala", para que concorra con las expensas necesarias al cerramiento de los predios delimitados, siguiendo la línea de demarcación señalada por la Corte Suprema; y Chiriboga, oponiéndose a esta demanda, alega en su favor: a) que no existe la servidumbre de cerramiento a que se refiere el actor; b) que la sentencia del Tribunal Supremo se limitó a fijar la demarcación entre las dos haciendas, sin que nada haya resuelto acerca del dominio del terreno que, comprendido dentro de la línea fijada como lindero, pretende Dávalos anexar a su propiedad; c) que esa sentencia se funda en un error de hecho y de cálculo, que debe ser corregido; y d) que el demandado es dueño de todo el terreno que el actor trata de incluir en su hacienda, con el cerramiento, por haberlo adquirido por prescripción, pues que, este título no fué considerado en el anterior juicio de apeo y deslinde. El actor, a fojas 9 califica de absurdas y subversivas estas excepciones, por cuanto la inviolabilidad de los derechos que le confiere el fallo de la Corte Suprema, se fundan en la autoridad de la cosa juzgada; y observa, además, que Chiriboga no puede alegar otra posesión, que no fuera la que se le permitiese después de la referida sentencia. Trabada así la litis, para resolverla se considera: 1º.—La servidumbre de cerramiento, según se expresa en el fallo de primera instancia, es un derecho real, cuyo ejercicio corresponde a los dueños de predios contiguos, como consecuencia del derecho de propiedad sobre cada una de las zonas cuya separación se pretende. Cualquiera de los dueños de predios vecinos, puede imponerle al otro, fundándose en la propiedad, pues el derecho de tal servidumbre

existe, en tanto que exista el de dominio, y se trate de predios colindantes. De modo que, la cuestión se reduce en último término, a examinar si Heleodoro Dávalos C. es dueño del terreno "Corral-huaso", que es precisamente la materia controvertida en esta causa; 2º—En el anterior juicio de apeo y deslinde, la Corte Suprema, al fijar la línea de separación de los predios "Puculpala" y "Balcashí", por el mismo hecho resolvió que el terreno "Corral-huaso", que quedaba dentro de la demarcación del segundo de esos predios, era de propiedad de Dávalos; ya que, también en estos juicios de deslinde, la comprobación del dominio, es el fundamento para la fijación de los linderos, pues siendo el objeto del juicio, la demarcación, el Juez retirará o acercará la línea divisoria, hasta donde las partes hayan comprobado su propiedad; 3º—El fallo de la Corte Suprema no adolece de error de hecho, ni de cálculo, como afirma Chiriboga en su escrito de excepciones. No el de hecho, por cuanto la resolución del Tribunal se apoya en apreciaciones lógicamente deducidas de los títulos translativos de dominio y demás documentos a que se refiere la sentencia, para fijar los linderos; cuyo amojonamiento se ha practicado, por otra parte, sin ninguna dificultad física en los terrenos disputados; y no existe el error de cálculo, porque, para la fijación de los linderos, no han sido precisas operaciones numéricas de ninguna clase, como sumas, restas, etc., para que el Tribunal hubiera calculado erróneamente; 4º—Para resolver si es o no procedente la excepción de dominio, fundada en la prescripción, alegada por Chiriboga, para oponerse a la demanda de cerramiento, es necesario examinar, si respecto de esta prescripción existe la autoridad de la cosa juzgada, invocada por Dávalos, al afirmar que se ha discutido y resuelto sobre ella en el juicio de apeo y deslinde; 5º—Para que una sentencia ejecutoriada surta efectos irrevocables, se requiere, según el Art. 341 del Código de Enjuiciamientos Civiles, que se reúnan estas tres condiciones: que el nuevo juicio tenga la misma causa o acción; que verse sobre la misma cosa u objeto controvertido; y que se ventile entre las mismas personas que litigaron en el juicio definitivamente sentenciado. Sólo cuando se reúnen estas condiciones existe la identidad objetiva y subjetiva entre ambos litigios, que produce los efectos irrevocables de la cosa juzgada; 6º—En la controversia actual, las personas y las cosas son las mismas que lo fueron en el juicio de deslinde, porque si bien no interviene Rosa Yépez viuda de Neira, sino Alejandro Chiriboga, no se ha cambiado la identidad subjetiva de los dos juicios, ya que Chiriboga es sucesor de los derechos que la Yánez tenía en la hacienda "Puculpala"; y en cuanto a la cosa u objeto controvertido, en uno y otro juicio se litiga sobre el dominio del terreno "Corral-huaso" que ha sido, y es, el asunto de la controversia en ambos litigios; 7º—Si bien las personas y las cosas son las mismas en los referidos juicios, no acontece otro tanto al tratarse del título de derecho, o sea la acción. En el anterior juicio, se fijó los linderos entre "Puculpala" y Balcashí", ateniéndose sólo a los títulos de dominio y los documentos a que se refiere la sentencia. En el actual, la situación jurídica cambia, porque Chiriboga para fundar su dominio en el terreno disputado, alega la prescripción, como un

título nuevo, no discutido en el anterior litigio; 8º.—La prescripción alegada por el demandado, es en verdad, un título que no fué tomado en cuenta en el juicio de apeo y deslinde, por las razones que siguen: a).—La Corte Suprema, en el fallo pronunciado en dicho juicio, de un modo expreso resuelve, que no favorece a Chiriboga la prueba testimonial que ha presentado para comprobar la posesión, porque en presencia de los títulos de Dávalos, carece de valor para el efecto de fijar los linderos. Igual declaración se hace respecto de la prueba testimonial presentada por Dávalos, ya que, también se dice en la sentencia, que no se aprecia esta prueba, porque debe estarse sólo a los títulos y planos; como en efecto son los únicos instrumentos que se han tomado en cuenta, para señalar los linderos entre "Puculpala" y "Balcashí"; b).—En ese fallo, la Corte Suprema ha seguido estrictamente la antigua jurisprudencia establecida en el juicio Iturralde—Cortés, ("Gaceta Judicial" 2ª Serie, Nº 14) por la cual se sostiene, que en los juicios de esta naturaleza, la prueba instrumental es la base para la determinación de linderos; y que sólo, tan sólo, en falta absoluta de ella, el juez puede hacer mérito de cualquiera otra prueba tendiente a dar a conocer los verdaderos límites de los predios colindantes. Lo que demuestra que, en el juicio de apeo y deslinde, de acuerdo con esta doctrina, no se tomó en cuenta la prueba testimonial rendida por Chiriboga para justificar su posesión, puesto que, para señalar los linderos ha bastado examinar la prueba instrumental presentada por Dávalos; c).—Lo expuesto está manifestando, que es completamente inexacta la aseveración de que, en el juicio de deslinde, se resolvió desechar la prescripción alegada por Chiriboga, por considerar insuficiente la prueba testimonial que había presentado, dado el valor probatorio de los títulos y documentos de Dávalos; pues, para poder dar esta interpretación a la sentencia de deslinde, habría sido preciso que el Tribunal, en vez de seguir la jurisprudencia mencionada, de no examinar la prueba testimonial, por carecer de valor en este caso, hubiera seguido el procedimiento contrario, esto es, de entrar a analizar las declaraciones de los testigos que hablan de la posesión de Chiriboga, y, comparando, estas declaraciones, con las otras pruebas del proceso, resolver si la prueba testimonial tenía o no la eficacia suficiente para destruir la fuerza probatoria de los títulos y documentos presentados por la parte contraria; y d).—Se corrobora también lo expuesto, si se observa que, aún prescindiendo de la doctrina de no apreciar la prueba testimonial en los juicios de linderos, la Corte Suprema, no puede tampoco resolver sobre la posesión de Chiriboga, en el terreno disputado, por cuanto, en el considerando octavo del fallo de deslinde, se expresa que, Chiriboga no alegó la prescripción en la demanda de dicho juicio; y es evidente, que no habiéndola alegado en ese escrito, esto es, con la debida oportunidad, para poder considerársela en la sentencia, era lógico y legal que el Tribunal Supremo nada haya resuelto, como así lo declara expresamente sobre la referida prescripción; sujetándose en esto a lo prescrito por el Art. 2.475 del Código Civil, que dispone, que el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, puesto que el Juez no puede decla-

rarla de oficio; 9.º—Como consecuencia de los anteriores razonamientos, se puede afirmar, que si bien la parte resolutive de la sentencia de deslinde, determina que el terreno "Corral-huaso" pertenece a la hacienda "Balcashí", y por consiguiente, que Heleodoro Dávalos C. es el dueño de ese terreno; dicha resolución tiene un carácter relativo, de reconocer la indicada propiedad de Dávalos, pero sólo con relación a los títulos de dominio, y demás documentos, de que se ha hecho mérito para el señalamiento de linderos, y dejando a salvo el título de prescripción. En efecto, las consideraciones de la sentencia que hemos analizado, constituyen los fundamentos objetivos de ella, porque son las apreciaciones de los hechos jurídicos, de las acciones y excepciones que han decidido al Juez para su determinación; y por lo mismo que estos fundamentos son la base de la resolución, porque sin ellos no se podría conocer cuál ha sido el pensamiento del Juez, son también verdaderas resoluciones de la sentencia que se ha pronunciado; 10.—Según esto, la sentencia de delimitación ha surtido el efecto de que nunca, jamás, puede desconocerse que, según los títulos de propiedad y más documentos que se han mencionado, "Puculpala" y "Balcashí" están circunscritos por la línea que fijó la Corte Suprema. Mas esto no significa que sobre los terrenos del "Balcashí", no pueda Chiriboga ejercer acción alguna, como la de petición de herencia, prescripción, u otra cualquiera que, sea diferente de la que se invocó cuando se trató del deslinde; 11.—La posesión alegada hoy por Chiriboga, es precisamente el título material y palpable que se opone al título de Dávalos, a quien, según hemos visto, no se ha reconocido posesión alguna en la sentencia de linderación. De modo que, si Dávalos, ateniéndose a aquella sentencia, puede pedir que Chiriboga le entregue el terreno "Corral-huaso", Chiriboga, a su vez, tiene derecho para oponerse a dicha entrega, fundándose en que el dominio lo ha adquirido por prescripción; 12.—No es fundada la alegación de Dávalos, al sostener que, como en este juicio de cerramiento no se trata sino de la ejecución o cumplimiento de la sentencia del anterior juicio de deslinde, no puede aceptársele a Chiriboga otra posesión que no fuera la posterior a la referida sentencia: porque para aceptar esta doctrina, sería preciso que fuese aplicable al presente caso, el Art. 559 del Código de Enjuiciamientos Civiles, que, refiriéndose a los juicios ejecutivos que se han aparejado con sentencia ejecutoriada, dispone que sólo se acepten las excepciones que han sido después de la ejecutoria. En la actual controversia, se trata de un caso bien distinto, esto es, de un juicio ordinario, como lo es el de cerramiento, que se ha tramitado después de ejecutoriada la sentencia del litigio de apeo y deslinde; y por consiguiente, dada la diversidad de estos dos juicios, que pueden sustanciarse independientemente el uno del otro, no existe disposición legal que prohíba admitir la prescripción, fundada en actos posesorios, anteriores a dicha ejecutoria; y 13.—Siendo admisible la excepción de prescripción, en este juicio de cerramiento, es procedente examinar la prueba del demandado, relativa a los hechos posesorios en que funda su dominio. Y para esto se considera: a).—Que Chiriboga ha comprobado, mediante la prueba testimonial que

consta del proceso, que los dueños de la hacienda "Puculpala" han poseído, por más de cuarenta años, el terreno "Corral-huaso"; b).—Que esta posesión, por haber sido pública, pacífica y no interrumpida, durante dicho período de tiempo, reúne las condiciones legales para fundar el dominio del demandado, por título de prescripción, en el terreno mencionado; y c).—Que esta prescripción no ha sido interrumpida por el anterior juicio de apeo y deslinde, porque esta interrupción, sólo podría alegarla Alejandro Chiriboga, de conformidad con el Art. 2.485 del Código Civil, por haber sido su antecesora en el derecho quien promovió el referido juicio; y Chiriboga, lejos de alegar dicha interrupción civil, es precisamente el que ha propuesto la excepción de prescripción en este juicio de cerramiento. Por estas consideraciones y las más que contiene el fallo de primera instancia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, revocada la sentencia de segunda instancia, se confirma la de primera. Legalizado el papel de fojas 340, 341, 342 y 343, devuélvanse.—(f) José María Ayora.—(f) Manuel E. Escudero.—(f) José L. Román.—(f) Adolfo Páez.—(f) Víctor Orellana.

Los Ministros Drs. Ayora y Orellana, salvaron su voto, fundados en numerosas e importantes razones, cuyo estudio recomendamos a los estudiantes. Constan en el mismo número 78 de la Revista Forense.

Quito, noviembre 17 de 1915, a las dos de la tarde.—VISTOS:—Tanto los fallos definitivos como los autos que se expiden en el curso del juicio, pueden ejecutoriarse en los casos determinados por los artículos 336 y 338 del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, mas tal ejecutoria, por sí sola, no produce autoridad de cosa juzgada, sino únicamente los efectos declarados en los artículos 334. y 335. La autoridad de cosa juzgada, si bien supone un fallo ejecutoriado no tiene lugar sino cuando en él se ha resuelto sobre la cosa o derecho que ha sido objeto del juicio, como claramente lo estatuye el Art. 337; y, por lo mismo, ella es propia sólo de la sentencia, expedida en juicio contencioso, sin más excepciones que las que establece expresamente la ley. Los autos ejecutoriados sobre meros incidentes, por lo mismo que nada resuelven sobre lo principal, son providencias que forman parte de la substanciación, y, en consecuencia, no pueden hacerse valer sino en el juicio en que han sido pronunciados. Serie III.—Nº 103.

Quito, agosto 27 de 1920, a las dos de la tarde.—VISTOS:—Para admitirse la excepción de cosa juzgada, se requiere: 1º—identidad objetiva, esto es, que la demanda verse sobre la misma cuestión de derecho decidida en la sentencia en que la excepción se funda; y 2º—identidad subjetiva, es decir, que esa sentencia haya recaído en juicio seguido entre las mismas personas del nuevo litigio. Serie IV.—Nº 46.

Ejecutoriada una resolución no puede reverla ni el Superior ni mucho menos el mismo juez que la dictó. No correspondiendo al juez formar un juicio contencioso, por no haber puntos que las partes controviertan, es evidente que carece el juez de jurisdicción para conocer y resolver respecto de aquello en que no ha habido controversia. Dado caso de que hubiese quedado pendiente alguna observación consignada en el juicio de inventario, el juez no tiene jurisdicción para conocer de ella después de expedida la sentencia; puesto que, según el N° 2 del Art. 28 del Código de Enjuiciamiento Civil, se pierde parcialmente la jurisdicción en la causa fenecida cuando está ejecutoriada la sentencia.—Mayo 26 de 1926. Serie IV.—N° 230.

Admitir que puede solicitarse, en cualquier tiempo, la revocación del auto que declara la falsa procuración o la ilegitimidad de personería, con todo de hallarse ejecutoriado el auto sobredicho, sobre contrariar tanto el principio absoluto de que los fallos ejecutoriados producen efectos irrevocables, como lo prescrito en el Art. 334 del Código de Enjuiciamiento Civil, traería la consecuencia de que el condenado como falso procurador o como falso de personería, pudiera, a su arbitrio, retrotraer el estado de la causa, sin que se respete lo hecho en orden a la reposición del proceso, en virtud de fallos legalmente expedidos y ejecutoriados.—Junio 8 de 1926.—Serie IV.—N° 230.

La excepción de litis pendencia, cuando hay identidad de personas, cosas y acciones, tiene por fundamento el que no se sigan dos juicios que versen sobre la misma cuestión de derecho y entre las mismas personas, si la sentencia que se pronunciara en cualquiera de ellos, hubiese de causar, en el otro, instancia o excepción de cosa juzgada; mas, no habiendo identidad de personas y acciones, por ser distintas las primeras y basarse las segundas sobre cosas o motivos diferentes, la sentencia que se expidiere en el juicio ejecutivo no produciría la excepción de cosa juzgada en el ordinario, de acuerdo, con el inciso primero del Art. 528 del Código de Enjuiciamiento Civil; no siendo, en tal caso, admisible la excepción de litis pendencia.—Octubre de 1934.—Serie V.—N° 122.

V.—En la causa seguida por el Dr. Manuel Enrique Rengel contra Domitila Castillo; por disminución del precio de una finca, se resuelve:

1º—Que habiendo precedido un juicio entre el mismo actor y el causante de la demanda sobre entrega completa del predio vendido, la sentencia de este juicio surtió el efecto de cosa juzgada respecto del demandado y de sus sucesores acerca de la imposibilidad en que se puso el vendedor para completar la entrega;

2º—Que, puesto que no sólo la parte resolutive de una sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada, sino también los fundamentos

objetivos de ella, le bastó al actor presentar oportunamente la copia de dicha sentencia para justificar la entrega incompleta, ya que con tal fundamento objetivo es el reconocimiento que hace el vendedor de la entrega incompleta y de su imposibilidad de completarla;

3º—Que, por lo dicho y lo dispuesto por los incisos segundos de los Arts. 1.823 y 1.824 del Código Civil, la demanda es procedente.—Marzo de 1939.—Serie V.—Nros. 159—160.

(Continuará)



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL