

LAURO E. LARREATEGUI M.

Las Presunciones Legales Expres- sas del Código Civil Ecuatoriano

CONCURSO DE CODIGO CIVIL

(Primer Premio "Alfredo Pérez Guerrero")

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

(Conclusión)

IV

PRESUNCIONES LEGALES RELATIVAS

B) QUE ADMITEN DETERMINADA PRUEBA

Autorización general del marido:

Art. 176.—“Si la mujer casada ejerce públicamente cualquier profesión o industria, como la de actriz, posadera, etc., se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes a esa profesión o industria, mientras no haya reclamación o protesta del marido, notificada de antemano al público o especialmente al que contratare con la mujer.

La disposición de este artículo habilita a la mujer, en los casos que él contiene, para parecer en juicio sin necesidad de la licencia del marido”.

El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido, dice el inciso 2º del art. 154, precepto valedero para la época en que fué dictado, pero que ya es tiempo de desterrarlo, elevando la condición de la mujer en el ámbito de la familia del mismo modo que ha sido elevada en el ámbito político y estableciendo un plano de igualdad, donde las relaciones conyugales tengan el incentivo del afecto y de la estima y consideración recíprocas; donde la colaboración para la conquista de un porvenir risueño que los padres deben a sus hijos tenga la inspiración del mutuo respeto, y donde las iniciativas individuales de cada cónyuge tengan la acción eficaz y mancomunada de ambos.

La presunción legal que contempla el artículo que en transcripción antecede, se funda, indudablemente, en la re-

lación de obligaciones y derechos que competen a los cónyuges, y, principalmente, en la obediencia que la mujer debe al marido, al que está subordinada.

Sólo en el ejercicio de una profesión liberal la mujer tiene plena capacidad para todo acto o contrato, y si públicamente ejerce cualquiera otra profesión o industria, es porque ha obtenido permiso de su marido para ejercerla, pues no podría hacerlo en caso de mediar una prohibición de él.

Aquí sí vemos consagrada, en forma inequívoca, la tesis de la autorización general que algunos autores creen encontrar en el aspecto relacionado con la compra al contado de cosas muebles o compra al fiado de objetos destinados al consumo real y efectivo de la familia.

El hecho base de la presunción es el ejercicio de una profesión no liberal o de una industria, públicamente, por parte de la mujer. De ahí se infiere la conformidad del marido frente a esas actividades, conformidad que, en último término, traduce la autorización general, que es el hecho presumido por la ley. Esta solución adoptada por el legislador es muy razonable, identificando estos actos con los de comercio, pues sería evidentemente imposible que la mujer necesitase pedir la autorización marital para cada operación.

La presunción legal, en el caso que nos ocupa, no puede ser destruída o eliminada por cualesquiera pruebas, sino por una sola, que la misma ley ha señalado expresamente: la reclamación o protesta del marido, **notificada de antemano** al público o especialmente al que contratare con la mujer. En tanto no haya esta notificación de protesta o reclamo, la presunción tiene pleno vigor y difícilmente podría producirse prueba en contrario, pues ninguna podría enervar su vigencia, y en este sentido, la presunción legal relativa se identifica en cierto grado con la presunción legal absoluta, aunque la ley no la llama de derecho ni expresamente prohíbe la prueba contraria. Está en la esencia misma de esta presunción que la autorización general del marido ha sido concedida, en tanto en cuanto no haya su reclamación o protesta, notificada de antemano al público o de una manera especial al que contratare con la mujer, de donde se infiere que lo que existe en realidad, hasta entonces, es el consentimiento tácito del marido, más que una autorización presunta. Pero este carácter identificatorio (valga el vocablo por lo expresivo) sufre una total anulación dada la índole

transitoria de la presunción que examinamos, ya que perece y pierde eficacia ante un solo hecho: la protesta o reclamación del marido, debidamente notificada de antemano. La presunción absoluta, en cambio, tiene vida permanente, sin que la acción del hombre alcance a enervarla: es inviolable y es inmune.

Legitimidad:

Art. 203.—“El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido.

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el art. 68, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer”.

Ya en el Digesto (Ley 5, Tít. 4, Libro 2) se establecía: “Pater est quem justae nuptiae demostrant, filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur”. Y en las Siete Partidas (Ley 9, Tít. 14, Partida 3): “.....si pudiese ser probado que el fijo de alguna muger naciere della, seyendo casada con aquel marido, e non habiendo el marido estado alongado della tanto tiempo que podiesen verdaderamente sospechar segunt natura que el fijo fuera de otri,.....non le empece en ninguna manera lo que el padre o la madre dixiesen.....” Y la Ley 4, Tít. 23, Partida 4: “.....La criatura que nasciere hasta en los siete meses, que solo que tenga un día del seteno mes, que es complida e vividera, et debe ser tenuta tal criatura por legítima del padre e de la madre, que eran casados e vivien en uno a la sazón que la concibió”.

Si se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales y no más de trescientos días, como veremos oportunamente, y si esta presunción —como todas las de carácter absoluto— constituye una verdadera norma dispositiva de imperio inatacable, las presunciones legales que contiene este artículo son una lógica consecuencia de aquel precepto.

Dos son las presunciones que nos presenta el art. 203:

1) —El hijo se reputa concebido en el matrimonio.

El hecho base de la presunción es el nacimiento acaecido **después** de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, toda vez que la fusión de las células sexuales mascu-

lina y femenina se ha efectuado el 180° día ad quem anterior al nacimiento, sin que la ley admita demostración contraria de este hecho.

2) —El hijo tiene por padre al marido.

Esta presunción viene a ser el corolario de la anterior.

En cuanto se funda en el matrimonio como antecedente o circunstancia conocida que le sirve de base, la presunción es solamente relativa, ya que puede ser enervada justificando la absoluta imposibilidad física del marido de tener acceso a la mujer, durante todo el tiempo en que según ley puede presumirse la concepción: la prueba liberatoria se encamina a destruir la presunción misma, por más que se halle justificado el hecho base del matrimonio.

Mas, el texto del inciso 2° nos está demostrando que el legislador funda la presunción, de manera mediata, en el matrimonio, y de modo inmediato, en la cohabitación de los cónyuges. De ahí que, excepcionalmente, permite al marido no reconocer al hijo como suyo, si prueba absoluta imposibilidad física de acceso a la mujer, en los términos establecidos por dicho inciso. Desde este punto de vista, si la cohabitación constituye el hecho base de la presunción, ésta sería absoluta y no simplemente relativa, porque la prueba eliminatoria perseguiría destruir el hecho base y no la presunción en sí misma; pues, ante la imposibilidad de acreditar la no cohabitación de los cónyuges, nada absolutamente podría anular la presunción establecida por la ley.

Este ligero discrimen nos impele a adentrarnos acaso audazmente en el espíritu del legislador: el hecho base para él es el nacimiento después de los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio; la presunción es la cohabitación de los cónyuges inherente a ese estado, que, a su vez, engendra la presunción de paternidad del marido. Probada por el marido su absoluta imposibilidad física de acceso a la mujer, durante el período en el que se presume la concepción, queda eliminado el supuesto de la cohabitación y como natural consecuencia queda eliminada también la presunción de paternidad que pesa sobre el marido.

La **única prueba** admisible para excluír la presunción legal que proclama el artículo, es la **absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer**, dentro de los ciento veinte días anteriores a los trescientos fijados como el máximo período de gestación que comprende desde la unión de las cé-

lulas sexuales hasta la expulsión y completa separación del feto.

La absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer supone que ni por un instante siquiera sea posible la unión sexual de los cónyuges (que Marañón llama "abrazo amoroso"), y los casos más frecuentes serían: a) Ausencia real e ininterrumpida del marido o abandono de la mujer, que impliquen absoluta separación de cuerpos; b) Enfermedad grave del marido que haga imposible el acto generador, por razón de la enfermedad misma o por la presencia constante de personas extrañas, como acontecería con un individuo hospitalizado en salas generales; c) Reclusión en un asilo de alienados, que igualmente implique imposibilidad de acceso carnal, y d) Impotencia coeundi del marido. No es del caso mencionar la prisión del marido o de la mujer, sino de un modo excepcional, cuando en un régimen dictatorial tiránico se mantuviera al detenido en rigurosa y prolongada incomunicación; pues, nuestra Carta Fundamental prohíbe la incomunicación por más de veinticuatro horas, y las nuevas corrientes de régimen penitenciario propugnan la necesidad de resolver el problema sexual de los reclusos, procurando facilitar normalmente la función que impone el instinto genésico.

En cuanto a la impotencia, observamos que es impedimento dirimente para contraer matrimonio y como anterior a éste, es causa de nulidad del mismo. La impotencia superveniente es causa de divorcio.

Inspirado en los discursos franceses que combatían acerbamente la alegación de impotencia anterior para impugnar la paternidad, determinando la voluntad legislativa en ese sentido, o inspirado acaso en el Proyecto Español de 1851 que también excluía dicha alegación, pero que bajo este respecto no fué acogido por el Código, el doctor Luis Felipe Borja ataca duramente la admisibilidad de esta causa en el Código Chileno, "que permite estos litigios que ruborizarían a la desvergüenza", y observando que los Tribunales no los presencian, atribuye este hecho a que la causa es muy rara o que "la decencia pública protesta contra la inmoralidad de la ley".

Nosotros no creemos que el pudor está en los oídos. Estimamos que el pudor es algo más profundo: algo que hunde sus raíces en el espíritu y florece en actos de lealtad, de elevación moral, de justicia. La verdadera moral está siem-

pre del lado de la luz, de la verdad. Si el hombre, consciente de su impotencia coeundi, cometió el gravísimo error de contraer matrimonio sin poder dar de sí el hijo "que ha tenido la fraudulenta audacia de prometer a la mujer y a la sociedad", ese error, esa audacia —reprobables por todo concepto—, no autorizan ni justifican el crimen de imponer al marido un hijo que no es de él, porque le queda a la mujer el ancho camino de la nulidad del matrimonio o de su disolución: ese es el procedimiento leal y honorable.

El ataque del doctor Borja lo entendemos justo para su época: el Código Civil de entonces asignaba efectos civiles al matrimonio eclesiástico. No existía el divorcio vincular.

El Código Civil Ecuatoriano sólo contempla la prueba de absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer, quedando excluída —a nuestro entender— otra importantísima causa de impugnación de paternidad: **la impotencia generandi**, que en nuestros días puede ser establecida a través de la comprobación científica. La ciencia ha demostrado que el hombre, pese a su plena capacidad para cumplir el débito conyugal, para satisfacer el reclamo libidinoso y responder al llamamiento del sexo, puede no engendrar, y son numerosos los matrimonios sin hijos, en muchísimos casos por la incapacidad **generativa** del marido. Pero como éste tiene permanente acceso a la mujer, la facultad concedida por el inciso 2º del art. 203 no le favorece, pues lo que este precepto exige es la absoluta imposibilidad física de acceso a la mujer, situación que puede consagrar las más duras y afrentosas situaciones, proclamando a la vez una burlona impunidad del adulterio de la mujer. La dignidad del marido podrá rechazar al intruso, pero la ley —estimulando la deslealtad y la traición— le impondrá indefectiblemente la carga de un hijo que no es de él.

Esta impotencia generandi puede ser congénita, como puede ser también provocada mediante procedimientos científicos que tienden a la limitación de los nacimientos de acuerdo con la teoría neomalthusiana: en forma periódica, por medio de los rayos X, o definitivamente, por la Vasectomía, que produce la atrofia de los tubos seminíferos, sin destruir el poder sexual en ninguno de los dos procesos.

Es más que necesario, indispensable, una reforma que contemple este punto de vital importancia, determinándose en ella —con la debida cautela— las pruebas que en tales casos correspondan.

La reclamación contra la legitimidad del hijo, mientras vive el marido, es un derecho personalísimo de éste, según el texto expreso del art. 205.

Como consecuencia, se afirma que no procede la acción del Curador del marido interdicto por demencia, agudo problema contemplado por los tratadistas. Laurent, Colin y Capitant, Claro Solar y Borja, entre otros, sostienen esta tesis de manera categórica, fundándose en que la reclamación relativa a la irregularidad de un nacimiento atañe directamente a la dignidad y tranquilidad del hogar, de las que es dueño sólo el marido. Alessandri y Somarriva guardan un prudente silencio. Claro Solar dice a este respecto: "La ley tiene en cuenta los negocios, la administración de los bienes, el patrimonio del pupilo, en una palabra, y no los actos que suponen una decisión o declaración de voluntad exclusivamente personal y que tienen un carácter eminentemente moral, como la acción contra la legitimidad del hijo; la ley se refiere evidentemente a los intereses pecuniarios y no a los intereses morales del pupilo al hablar de actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y que pueden menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones". Y Laurent, oponiéndose abiertamente a la reclamación del curador a nombre y en representación del marido interdicto por demencia, afirma que se trata de un derecho moral que éste conserva, y en frase magistral expresa: "sería necesario que el alma del tutor (léase curador) absorbiera el alma del interdicto". Planiol señala que la jurisprudencia francesa parece definida y extiende su sistema hasta la interdicción legal, autorizando al tutor a establecer el desconocimiento en lugar del interdicto; sin embargo, expone su criterio de condenación a este sistema, "en virtud de las consideraciones de orden íntimo que el ejercicio de esa acción supone y de que no hay más juez que el propio marido".

La tesis sustentada generalmente por los tratadistas a este respecto —que no nos parece indiscutible— puede ser aceptada si consideramos que, según el texto legal, los sesenta días dentro de los cuales ha de interponerse la reclamación se cuentan desde aquél en que **el marido tuvo conocimiento** del parto, y que la demencia del marido, que ha determinado su interdicción judicial, supone **el desconocimiento** del parto, tanto más si se encuentra recluso en una Casa de Salud: el término de caducidad comenzará a correr desde el día en que sea levantada la interdicción (se entien-

de ejecutoriada la sentencia), pues sólo desde entonces —en sentido jurídico— podrá tener conocimiento del parto de su mujer. Esto no significa que menospreciemos el peligro de que hasta entonces desaparezcan las pruebas que se opondrían a la presunción legal, peligro invocado por la jurisprudencia francesa cuando resuelve que "el tutor del marido sujeto a interdicción judicial puede, en su nombre, entablar la acción de desconocimiento de la paternidad". ¿Y si se trata de un enfermo mental incurable? La acción corresponderá a los herederos, dentro de los sesenta días contados desde la muerte del marido.

Solamente desde este ángulo de contemplación del problema, la tesis es admisible. De otro modo, sería inaceptable.

Sea como sea, la situación es harto compleja. ¿Cómo ha de ser posible que la enfermedad mental del marido, su desvalimiento, sirva de amparo al adulterio reiterado y sea el conducto de un "regalo legal" de legitimidad que no existe?

Creemos que cuando el legislador, en el art. 205, dispone que "mientras viva el marido nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo", se refiere, indudablemente, tanto a la conservación física como a la vida consciente del sujeto, porque quien sufre una grave alteración mental ha muerto prácticamente para la vida intelectual en el campo del discernimiento: su conciencia está rota, ahogada la voz del espíritu y perdidas las facultades volitivas en la sombra fatal y desmesurada. Jurídicamente, el marido —en esas condiciones— no "vive" para el ejercicio de su derecho. Si la ley concede la acción exclusivamente al marido, lo hace bajo el supuesto de su plena capacidad intelectual que le permita discernir y pesar lo grave de su situación hogareña, y determinar su voluntad optando entre el silencio sacrificado y el perdón o la protesta y el reclamo contra la legitimidad.

Un grito potente de justicia proclama la admisibilidad del reclamo del curador a nombre y en representación del marido interdicto por demencia, por lo menos cuando ésta es incurable, sobre la base de absoluta imposibilidad física de acceso a la mujer. Y si el art. 205 es de dudosa aplicación debe ser reformado o aclarado confiriendo esta facultad al guardador, cuando el dictamen científico hubiere declarado que la enfermedad no tiene curación. La ley, que debe ser

justa y debe ser moral, no puede permitir que mientras el marido está encerrado en un hospicio, los hijos que nazcan de su mujer sean hijos legítimos de él ante el Derecho, sin que nada ni nadie sea capaz de detener la infamia.

El problema se torna más complejo, desde el punto de vista de los derechos de la mujer, que no pueden quedar olvidados, cuando consideramos que el vínculo conyugal, en este caso, no puede disolverse por divorcio, según la terminante prohibición del art. 146.

Según el art. 205, la acción personalísima —mientras vive el marido— se refiere sólo al caso de **concepción durante el matrimonio**; pero el art. 235 la hace extensiva también al caso de concepción anterior a él.

Conocimiento del parto:

Art. 206.—“Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días, contados desde aquél en que tuvo conocimiento del parto.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que, por parte de la mujer, ha habido ocultación del parto.

Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación, mencionado en el inciso precedente”.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

El plazo señalado en el inciso primero principia a correr desde el día mismo del nacimiento del hijo, si el marido reside en el lugar donde acaeció; pues, la ley infiere de este hecho conocido que el marido lo supo inmediatamente. Contra esta presunción legal sólo puede oponerse una prueba: la de ocultación del parto por parte de la mujer. Y en caso de ausencia del marido, dicho plazo se contará desde el día de su vuelta al lugar de la residencia de la mujer, hecho base de la presunción legal de conocimiento del parto, a la que puede oponerse igualmente una sola prueba: ocultación de ese hecho, por parte de la mujer.

La ocultación del parto, en uno y otro caso, es la única excepción declinatoria de la presunción legal, y la prueba de aquella ocultación —que pesa sobre el marido— tiene por objeto fijar la fecha desde la cual se cuenta el término de caducidad, o sea los sesenta días. Si en el caso del demente, que ha recobrado la razón y le ha sido reintegrada su

capacidad de ejercicio, ha habido ocultación del parto, el término se contará desde el día en que lo conoció, debiendo justificar dicha ocultación.

El doctor Borja afirma que el fundamento de la presunción legal radica en la obligación del marido de velar por la conducta de su mujer, y si la cumple, es natural que tenga conocimiento del parto, como es lo normal que regrese al hogar si ha estado ausente, ocasión en la que conocería el hecho del parto.

La ocultación estaría implicada en diversas formas: confiar la crianza del hijo a una persona extraña, pues la ocultación del hijo entraña la del parto, o atribuirlo al parto de otra mujer que no sea la del marido que deba reclamar contra la legitimidad, etc. El doctor Casares cree que la ocultación estaría significada en el simple y voluntario silencio de la madre, que se cuida de no comunicar al marido el hecho del parto. Lessona encuentra que "la ocultación del nacido constituye la prueba de la conciencia perfecta de la mujer de que el hijo no fué engendrado por el marido".

Art. 212.—"Durante el juicio se presumirá la legitimidad del hijo, y será mantenido y tratado como legítimo. Pero declarada judicialmente la ilegitimidad, tendrán derecho al marido, y cualquiera otro reclamante, a que la madre les indemnice de todo perjuicio que la pretendida legitimidad les haya causado".

Es norma de carácter imperativo, que **declara** la legitimidad del hijo hasta el momento en que se declara judicialmente la ilegitimidad del mismo, pues la sola demanda de impugnación no basta para privarle de esa calidad. El legislador usa el vocablo "presumirá" acaso para significar lo precario de la legitimidad del hijo, sujeta a reclamación del marido, mientras no transcurra el período de caducidad establecido en el art. 208, o mientras no haya el fallo judicial que decida dicha reclamación.

Legitimidad por legitimación:

Art. 225.—"El matrimonio posterior legitima ipso jure a los hijos concebidos antes y nacidos en él; menos en el caso del art. 224.

El marido, con todo, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la presunción, según las reglas legales.

Pero aun sin esta prueba podrá reclamar contra la legitimidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, o si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido.

Para que valga la reclamación, por parte del marido, será necesario que se haga en el plazo y forma que se expresan en el título precedente".

Hasta aquí habíamos visto que las condiciones esenciales determinantes de la legitimidad del hijo son dos: a) Que haya sido concebido durante el matrimonio (verdadero o putativo), y b) Que tenga por padre al marido.

Según las reglas generales de la legitimidad, no sería legítimo el hijo que es concebido antes del matrimonio y ha nacido en él; pero el legislador confiere a ese hijo la calidad de legítimo, en virtud del matrimonio **verdadero** posterior de los padres, que produce la legitimación ipso jure. El matrimonio putativo no la genera.

Igualmente, por el matrimonio **verdadero** de los padres, la ley extiende este beneficio a los hijos concebidos y nacidos fuera de él: a) Si se trata de hijos ilegítimos comunes, la legitimación es también ipso jure: se efectúa por el solo ministerio de la ley; y b) Si los padres o uno de ellos no han reconocido anteriormente a sus hijos, en forma legal, la legitimación es voluntaria y para que se produzca es necesario que aquéllos, por instrumento público, designen los hijos a quienes confieren este beneficio, ya estén vivos o muertos, entendiéndose que respecto de éstos últimos la legitimación sólo interesará en cuanto hayan dejado descendientes, pues de otro modo sería inútil o ineficaz, ya que no habría quien la acepte.

El artículo, en el fondo, presume la cohabitación de los cónyuges anterior al matrimonio, siguiendo en esto al Código Alemán, para el que la legitimidad se origina sólo en el nacimiento posterior al matrimonio, sea el hijo concebido antes o después de éste.

En principio, el legislador consagra la prueba liberatoria única: absoluta imposibilidad de tener acceso a la mujer, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción, según lo estatuido en el art. 68, como si se tratara de la situación contemplada en el art. 203 que examinamos anteriormente. Sin embargo, admite luego la justificación de que el marido ha ignorado la preñez de la mujer, al tiempo de casarse, y lo que es más, permite la reclamación con-

tra la legitimidad si por actos positivos no ha manifestado reconocer al hijo después de nacido: bastan para fundar la reclamación los actos negativos que envuelven el desconocimiento de la paternidad.

No sería admisible, por lo mismo, que a la reclamación del marido se oponga la prueba de su asistencia al parto y de haber sufragado los gastos del mismo, porque la ley se refiere, expresa y categóricamente, a los actos positivos que manifiestan reconocer al hijo **después de nacido**. No serían tales los actos inspirados en sentimientos de piedad y de protección a la vida de la madre.

En todo caso, la prueba liberatoria de la presunción está determinada por la ley: a) Absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante el período en que se presume la concepción, prueba que no es indispensable; b) Ignorancia de la preñez de la mujer al tiempo de casarse, y c) Ausencia de actos positivos que manifiesten el reconocimiento del hijo, después de nacido.

La última de las pruebas mencionadas es aplicable aún a los casos en que el marido, al tiempo de casarse, ha tenido conocimiento del estado de gravidez de su mujer —extraño a sus relaciones—, situación que puede ser muy rara aunque no extraordinaria. ¡¡Cuántas veces la novia ha sido arrancada de los brazos del amante, y cuántas veces la novia ha sucumbido o ha estado amenazada de muerte, por no desprenderse de ellos!!

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Paternidad ilegítima: declaración judicial:

Art. 298.—“La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada en los casos siguientes:

1º—Si notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el juez, si cree ser tal padre, lo confiesa expresamente;

2º—En los casos de rapto, violación, detención o secuestro personal arbitrario, siempre que hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro;

3º—En el caso de seducción realizada con ayuda de maniobras dolosas, con abuso de cualquier clase de autoridad, promesa de matrimonio, y siempre que, en cualquiera de estos casos exista un principio de prueba por escrito, en los términos del art. 1767, respecto a la paternidad;

4º—En el caso en que el presunto padre y la madre, hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción;

5º—En el caso en que el supuesto padre ha provisto o participado en el sostenimiento y educación del hijo, siempre que, con audiencia del supuesto padre, se probare que lo hizo en calidad de padre.

Las disposiciones de los números 2º, 3º y 4º de este artículo se aplicarán cualquiera que fuere la edad de la mujer de que se trate y aunque el hecho alegado no constituya infracción penal ni se haya seguido el juicio criminal al respecto”.

El artículo que antecede corresponde a las reformas dictadas por el Decreto Supremo N° 94, de 21 de noviembre de 1935, que han aportado al Derecho Ecuatoriano un notable capítulo de protección a los hijos, frente a la irresponsabilidad de los padres.

El Decreto N° 94 —que confiere derechos a los hijos ilegítimos— y la Ley del Seguro Social Obligatorio, en nuestro criterio, honran el momento inicial de una dictadura que, corrompida después hasta lo inverosímil, ha dejado a los ecuatorianos un recuerdo ingrato y repugnante de aquella época de nuestra vida política.

Anteriormente, sólo era admitida la indagación de la paternidad por el único medio de la confesión del supuesto padre, sin que sean permitidos otros procedimientos.

El precepto es más que todo imperativo, pero bien vale la pena examinarlo aunque en él no encontremos presunciones legales **expresas**, ya que se inspira en antecedentes y circunstancias conocidas para inferir de ellas la paternidad cuya declaración judicial se demanda. Las presunciones legales las encontramos en la esencia de la norma transcrita.

Conforme al numeral 1º, la **confesión expresa** del padre, rendida con juramento ante el juez, determina por sí misma —sin necesidad de otras pruebas— la declaración judicial de paternidad. En esta situación, el padre que no ha reconocido voluntariamente al hijo es compelido a hacerlo. Como el legislador no cuenta con hechos conocidos de los que puede inferir el de la paternidad, queda subordinado a la sola declaración del padre: si éste confiesa **expresamente** que es o cree ser tal padre, la paternidad ilegítima será declarada; si la niega o su confesión es ambigua o dubitativa, la demanda deberá ser rechazada, según lo resuelto por nuestro Tribunal Supremo, como puede desprenderse del fallo que contiene la Gaceta Judicial N° 106, Serie V.

Como hecho base de la presunción de paternidad, el numeral 2º considera el rapto, violación y detención o secuestro personal arbitrario, siempre que hubiese sido posible la

concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro. No se refiere este numeral a la época conceptiva, en cuanto se refiere a la violación, lo que viene a constituir un grande vacío de la ley, toda vez que este delito bien puede ser cometido sin las circunstancias del rapto o del secuestro. .

Violación, según el art. 487 del Código Penal, "es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en los casos siguientes: 1º Cuando la víctima fuere menor de doce años; 2º Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir; y 3º Cuando se usare de fuerza o intimidación".

Este delito supone siempre la ausencia de consentimiento de la víctima y la brutalidad del agente activo de la infracción.

El rapto, en cambio, puede unas veces estar significado en el arrebatamiento de la persona —con fines deshonestos— por medio de violencias, artificios o amenazas, y otras ocasiones puede estar implicado aun en el consentimiento de la raptada, si ésta es una joven no emancipada, mayor de dieciseis años y menor de veintiuno (arts. 504 y 506 del Código Penal).

Se afirma que "la violación es un delito teórico", porque "salvo casos muy excepcionales, el hombre no puede llegar hasta el acto sexual contra la voluntad de la mujer", invocándose para ello la observación de Bronardel, quien dice haber examinado más de mil quinientas supuestas víctimas de este atentado sin encontrar ningún caso típico de violación, y la observación que hace Chapotin: "Por lo general, el atacante es un hombre débil y la mujer no opone resistencia".

Estamos conformes con el criterio y las observaciones de los dos eminentes escritores, en cuanto se trate de un solo atacante y en cuanto la víctima no haya sido previamente reducida a la inconsciencia, como en los personajes de "El Crimen de Asnieres"; mas no cuando el delito es cometido en pandilla, caso en el que, naturalmente, no procedería la declaración judicial de paternidad porque no se podría saber a quien corresponde, o cuando se ha hecho uso de drogas, o se ha amenazado, efectivamente, con un mal gravísimo e irreparable. Observemos, nada más, que los casos de violación pueden ser ciertos e inconfundibles si los actos de

fuerza comportan golpes a cuyo peso cae la mujer en estado de inconsciencia momentánea o si se han utilizado narcóticos que la priven del conocimiento, actos para los cuales el delincuente no necesitaría del auxilio directo de otras personas para consumar la infracción.

El numeral materia de nuestro estudio puede dar origen —más o menos fundado— a que el protagonista de semejante drama eluda la declaración judicial de paternidad, puesto que la ley impone como una condición esencial que "hubiese sido posible la concepción mientras la raptada estuvo en poder del raptor o durante el secuestro", bastándole a aquél justificar que la violada nunca estuvo en su poder en calidad de raptada o que nunca fué secuestrada.

Por lo demás, lo que el Código Civil llama secuestro personal arbitrario, está ya involucrado en la estructura delictiva del rapto, ya que éste —como acabamos de ver— puede también ser realizado por medio de violencias, artificios o amenazas. Y si el legislador ha querido referirse a lo que en Derecho Penal se denomina plagio, que "se comete apoderándose de otra persona por medio de violencias, amenazas, seducción o engaño", hemos de apuntar que este delito se configura por finalidades diversas a la de una satisfacción sexual; pues, para que exista dicha infracción se requiere que el agente persiga fines económicos: vender a la persona secuestrada, o ponerla contra su voluntad al servicio de otro, u obligarle a pagar rescate o a extender, entregar o firmar un documento, etc. (art. 167 del Código Penal).

En el numeral tercero, el hecho base de la presunción legal es la seducción, siempre que haya un principio de prueba por escrito que haga verosímil la paternidad. El vocablo "seducción" es tomado por la legislación civil —por lo menos en este caso y en el del art. 90— para significar el acceso carnal, mientras en la legislación penal es considerado como **elemento** del delito de estupro, delito que la ley define como "la cópula carnal con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño, para alcanzar su consentimiento" (7)

(7) —El doctor Humberto Salvador, en su obra "Esquema Sexual" (pág. 203), incurre en el error —del que participan muchísimas personas— de considerar el estupro como la figura máxima de los delitos sexuales, asignándole el carácter de violación a una mujer impúber. El estupro nada tiene de violación, desde que se consuma por mutuo consentimiento y siempre en una mujer mayor de doce años, siendo sus elementos constitutivos: a) Honestidad de la menor púber, y b) Seducción o engaño para

El doctor N. Clemente Ponce, en un sustancioso estudio intitulado "Del Principio de Prueba por Escrito", que se halla publicado en la Revista de la Sociedad Jurídico Literaria, en el número correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 1915, Tomo XIV, nos habla de tres elementos de dicho principio de prueba: a) Debe haber un escrito; b) Debe ser de la persona contra quien se trata de probar, y c) Ese escrito debe hacer verosímil el hecho que se quiere acreditar. Apoyándose en la autoridad jurídica de Aubry & Rau, Frederic Murlon, Pothier, Laurent, Baudry Lecantineire, sostiene que cualquiera que sea la forma o el objeto con que hubiese sido redactado el escrito, y aunque no estuviese firmado por la persona contra quien se lo presenta, constando que viene de ella, constituye principio de prueba cuando por cualquier motivo y teniéndose en cuenta todas las circunstancias del caso concreto que se juzga, induce a pensar que es probable el hecho que con ese escrito se trata de justificar, aunque no sea prueba del hecho mismo ni siquiera parte de él, pues por eso la ley le llama "principio de prueba": es suficiente una relación aunque indirecta, que haga probable o creíble el hecho a probarse.

El concubinato notorio del supuesto padre y de la madre, durante el período legal de la concepción, es el fundamento o hecho base de la presunción de paternidad que encierra el numeral cuarto, con sobrada justificación, pues nada es más evidente que el hijo sea fruto de esas notorias relaciones. La cohabitación es un hecho innegable.

El quinto numeral funda la presunción en el hecho de que el supuesto padre ha proveído al sostenimiento y educación del hijo, o ha participado en ellos, siempre que, con audiencia de aquél, se probare que lo hizo en calidad de tal padre. Acreditándose que los actos del demandado, en lo que atañe a proveer por sí solo al sostenimiento y educación del hijo, o ha participado en éstos, en calidad de padre y no como un simple benefactor, se habrá probado el hecho base y si la defensa no anula la presunción legal por los medios que luego puntualizaremos, procederá la declaración judi-

alcanzar su consentimiento. Contrariamente, la violación puede consumarse aun en una meretriz si no presta su consentimiento, interviniendo en el acto carnal la fuerza o la intimidación, la inconciencia o enfermedad o cualquiera causa por la que no pueda resistir la víctima, y cuando ésta es menor de doce años, por razón de esa misma edad, hay ausencia de consentimiento.

cial de paternidad. El fallo de la Corte Suprema, contenido en el número 7 de la Serie VII de la Gaseta Judicial, sacrificando elementos de convicción moral de mérito sobresaliente, en homenaje a la letra de la ley, ha desechado una demanda porque la pensión mensual que ministraba el supuesto padre era para la madre y no expresamente para el hijo. Reconocemos, eso sí, el fundamento de caducidad de la acción, que también invoca ese fallo.

El último inciso prescribe que en los casos de raptó, violación, detención o secuestro arbitrario, "seducción", concubinato, las pertinentes disposiciones serán aplicables cualquiera que fuere la edad de la mujer de que se trate, aunque el hecho alegado no constituya infracción penal ni se haya seguido el juicio criminal al respecto. Es que para la investigación de la paternidad poco importa que se trate o no de un delito, o que haya sido o no castigado: lo importante es llegar a establecer el hecho de la unión sexual en el período legal de la concepción. De no haberse consagrado este principio, habrían quedado simplemente sin protección alguna los hijos nacidos de las mujeres mayores de veintiún años víctimas de seducción o engaño, pues estos elementos sólo constituyen delito cuando se trata de una mujer menor de esa edad, como quedarían desamparados los hijos nacidos de uniones libres, ya que, como señala el Dr. Francisco Pérez Borja, el concubinato (público, no simplemente notorio) nunca podrá ser perseguido como infracción penal, porque siendo un delito de acción privada, no hay quien pueda acusarlo.

Justificando el hecho base que corresponde a cada uno de los numerales 2º, 3º, 4º y 5º, la única prueba liberatoria que puede oponerse es la señalada en el artículo siguiente, o sea el 299, que dice: "Sin perjuicio de los otros medios de defensa, será rechazada la demanda en los cuatro últimos casos del artículo anterior, **si se prueba** que durante el período legal de la concepción la madre era de mala conducta notoria, o tenía relaciones de tal naturaleza que hagan presumible el trato carnal con otro individuo".

La prueba eliminatoria está determinada por la ley: a) Mala conducta notoria de la madre, y b) Sus relaciones de tal naturaleza que hagan presumible (praesumptio hominis) el trato carnal con otro individuo.

Cuando el precepto habla de "otros medios de defensa", no se refiere a otros medios probatorios que puedan oponer-

se **a la presunción legal en sí misma**, sino al **hecho base** en que ésta se funda, en cada caso. Los "otros medios de defensa" estarán dirigidos a establecer que no ha existido rapto, violación, detención o secuestro personal arbitrario, "seducción", concubinato notorio o provisión o participación en el sostenimiento y educación del hijo en calidad de padre, que son los fundamentos diversos de la presunción de paternidad. En cambio, la mala conducta notoria de la madre o sus relaciones con otro individuo —que hagan presumible el trato carnal— son pruebas que **se dirigen a enervar la presunción misma**, aun cuando el hecho base estuviese plenamente probado, en cada una de las diferentes situaciones.

Mucho papel y mucha tinta tendrían que correr para presentar una visión jurídica total de este artículo.

Falta de pago: mala fe:

Art. 1935: "La resolución de la venta por no haberse pagado el precio, da derecho al vendedor para retener las arras, o exigir las dobladas, y además, para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad, si ninguna parte del precio se le hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada.

El comprador, a su vez, tendrá derecho para que se le restituya la parte que hubiere pagado del precio.

Para el abono de las expensas al comprador, y de los deterioros al vendedor, se considerará al primero como poseedor de mala fe, a menos que pruebe haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado".

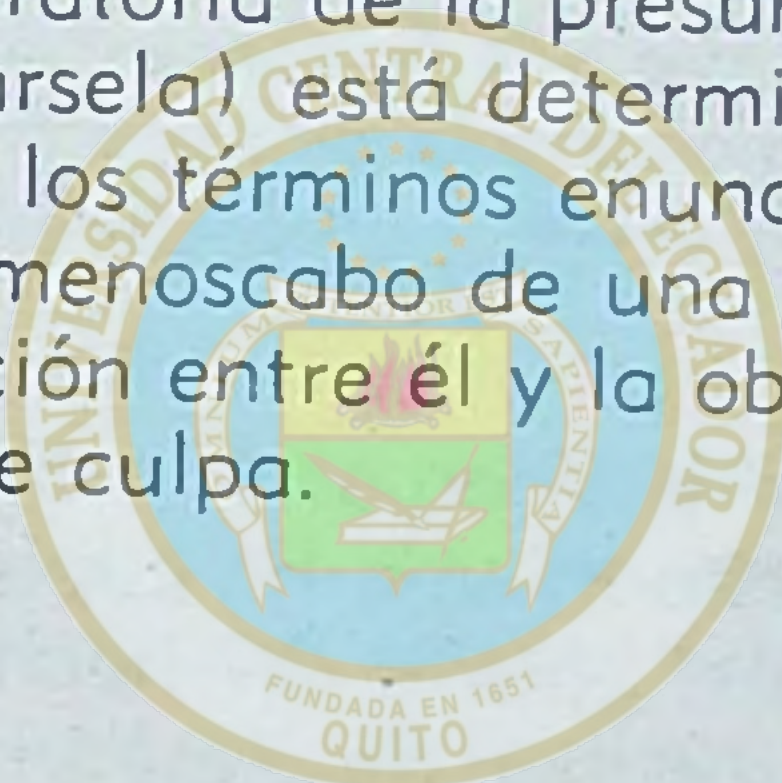
La falta de pago del precio por parte del comprador confiere al vendedor un derecho alternativo: exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios. Y si la restitución de los frutos recae siempre en el poseedor de mala fe, el comprador que no ha pagado el precio está siendo calificado como tal por el inciso primero del artículo, sin que nada pueda redimirlo de tal calificación ya que se trata de una norma dispositiva de imperio inatacable: la ley ordena esa restitución sin ningún criterio presuntivo.

La presunción relativa háse establecido solamente en lo que se refiere al abono de las expensas al comprador y de los deterioros al vendedor, y su importancia la encontramos en las reglas establecidas por los arts. 968, 969, 970, 971, 972 y 975. Su fundamento es la resolución de la venta por falta de pago del precio —hecho base del supuesto legal—

por haber faltado a la principal obligación que corresponde al comprador y haber violado la ley que para los contratantes significa todo contrato legalmente celebrado.

Pero más que una presunción legal propiamente dicha, el legislador establece aquí una sanción contra el comprador incumplido considerándolo poseedor de mala fe, de la que sólo puede liberarse justificando "haber sufrido en su fortuna, y sin culpa de su parte, menoscabos tan grandes que le hayan hecho imposible cumplir lo pactado". El quebranto de la fortuna del comprador, como excepción declinatoria, contiene dos elementos: a) Que sea proporcionado a la obligación que debía cumplir, determinando la imposibilidad de satisfacerla, y b) Que no provenga de su culpa, entendiéndose como tal, la culpa o negligencia grave y la culpa o descuido leve, puesto que el legislador al hablar de culpa sin otra calificación, excluye el descuido levísimo.

La prueba liberatoria de la presunción o de la sanción (como quiera llamársela) está determinada por la ley y debe ser aportada en los términos enunciados. No basta demostrar el grande menoscabo de una fortuna, sino acreditar también la relación entre él y la obligación a cumplirse, como la ausencia de culpa.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

V

PRESUNCIONES LEGALES ABSOLUTAS O DE DERECHO**Concepción:**

Art. 68.—“De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”.

El legislador, ante el arcano insondable de la concepción “que la naturaleza misma ha cubierto con un velo misterioso e impenetrable”, parte del hecho conocido del nacimiento para inferir la época de aquélla, exagerando, por así decirlo, los términos mínimo y máximo de lo que constituye la normalidad en la infinita variedad de los casos —ya que el período normal de gestación dura aproximadamente nueve meses—, para proteger de este modo los derechos de los nacidos prematura o tardíamente, inspirándose para ello en motivos de orden superior tendientes a evitar la grave y caótica incertidumbre que saldría a flote en muchos casos, ocasionando serios y escandalosos litigios. Sin embargo, esto no ha salvado al legislador de la crítica severa, aduciéndose que han nacido viables criaturas hasta de cinco meses de vida intrauterina, como en el caso de Richelieu, a quien le fué reconocida la legitimidad por el Parlamento de París (según cita que de Casanova hacen Alessandri y Somarriva), o que los partos se han efectuado después de los trescientos días.

Como bien observa el Dr. Borja, “la jurisprudencia acude en este caso a la fisiología, que fundada en las leyes naturales declara que si bien no puede conocerse nunca el ins-

tante preciso de la concepción ni determinarse, por lo mismo, la edad intrauterina de la criatura recién nacida, sí se sabe a ciencia cierta que la gestación tiene invariablemente un mínimun y un máximun". Y esta es la verdad, si atendemos al texto de la Ley 12 (Título 5, Libro 1) del Digesto: "Septimo mense nasci perfectum partum yan receptum es propter auctoritatem dictíssimi viri Hippocratis". Y en la Ley 4 (Título 23, Partida 4) de las Siete Partidas, se dice: "Ipocras fue un filósofo en el arte de la física, et dixo que lo más que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre son diez meses. Otrosi dixo este filósofo que la criatura que nasciese hasta en los siete meses, que solo que tenga su nascimiento un día del seteno mes, que es complida etvividera."

Absolutamente incompetentes en la materia, dejamos oír la voz de Ernesto Bumm, quien, respaldado por la autoridad científica de W. Preyer, His, Hecker, Issmer, Frack, Schultze, Gusserow y otros tantos, nos dice:

"En los fetos que salen a luz antes de la 28 semana del embarazo, la producción del calor es todavía tan incompleta y la capacidad de asimilación del intestino está tan poco desarrollada, que, con raras excepciones, se enfrían muy pronto después del nacimiento y sucumben por debilidad vital. Después de la vigésima octava semana aumenta de tal modo la potencia funcional de los órganos respiratorios, circulatorios y digestivos, que el feto puede salvarse siempre que se le rodee de condiciones externas muy favorables; pero solamente a partir de la cuadragésima semana es cuando el desarrollo de los órganos es **tan completo**, que el producto de la concepción puede vivir separado del organismo materno, afrontando con éxito la lucha por la existencia. En este último caso se dice que el feto es de todo tiempo o maduro".

Y en un nuevo Capítulo agrega: "Si la interrupción del embarazo tiene lugar en una época en la cual el producto de la concepción no es todavía viable, se dice que hay aborto; si el desarrollo del feto es tal que le permita vivir separado de la madre, se hablará de parto prematuro. **El límite de éste se encuentra en la vigésima octava semana del embarazo.** Los fetos nacidos **antes de este tiempo**, cuya longitud es inferior a 35 centímetros y su peso menor de 1.300 gramos, mueren prontamente por debilidad congénita. Los pocos casos en los cuales se han podido salvar fetos de 26 a 27 semanas y con un peso de 900 a 1.200 grms. son excepciones muy

raras que **no invalidan para nada esta regla**. Los niños nacidos después de la vigésima octava semana pueden sobrevivir; pero antes de la trigésima segunda semana no es esto muy probable, aun cuando sean objeto de los más asiduos cuidados; a partir de esta época, por el contrario, las probabilidades de vida aumentan tanto, que ya se puede contar con ella con cierta seguridad. Excepcionalmente el desarrollo del feto puede hacer progresos tan rápidos, que ya la trigésima sexta y hasta a la trigésima cuarta semana del embarazo nacen fetos que parecen completamente maduros tanto por su peso como por su longitud; en estos casos que, por lo demás, son muy raros, se habla de "embarazo precoz" y de "parto prematuro a término".

Los casos excepcionales señalados por Bumm y los eminentes científicos que él cita, de fetos nacidos viables de la vigésima sexta a la vigésima séptima semana, que en el peor de los casos representan una vida intrauterina de 182 días, han sido considerados por el Código Civil, en la presunción absoluta que comentamos, y aquello del nacimiento —con capacidad de vida— a los cinco meses de embarazo, bien puede ser una leyenda amparada por inconfesados secretos de alcoba, que no pueden desviar el criterio científico. Por lo demás, si a la cuadragésima semana (que representan 280 días) el producto de la concepción puede vivir la vida extrauterina con buen éxito completo, quedan veinte días de margen que proclaman el acierto de la presunción de la ley. Y si como observa Antonio Cicu "la ciencia moderna admite la posibilidad de gestaciones que excedan de los trescientos días", este exceso nada tiene de notable, cuando el Código Alemán —basado en esa posibilidad— apenas ha extendido el límite máximo a trescientos dos días.

Personalmente, estimamos que la presunción legal absoluta que consagra el art. 68 está en lo justo. Nos parece preferible el desamparo de la ley a un caso excepcional entre millones de casos, a la protección ilegítima y fraudulenta de miles de nacimientos, tanto más que la presunción de derecho que nos ocupa no es aplicable solamente a los hijos concebidos o nacidos en matrimonio, sino también a los que Enneccerus llama hijos extramatrimoniales. Cuántas más injusticias se consumirían si pudiera ser declarada la legitimidad o simplemente la filiación ilegítima de un hijo nacido antes de los ciento ochenta días o después de los trescientos!!...

Como el artículo habla de ciento ochenta días cabales, se excluye el día a quo en el límite mínimo, lo cual implica que, en rigor, la concepción debió efectuarse el 181º día anterior al nacimiento. Contrariamente, queda incluido el día a quo en el límite máximo, ya que la concepción no ha podido preceder al nacimiento más de trescientos días.

La presunción, según expresión de la ley, es de derecho, y como tal, no admite prueba en contrario para demostrar que la concepción se realizó fuera de estos dos términos. Sin embargo, Alessandri y Somarriva —entre los autores chilenos— y el doctor Casares —entre los ecuatorianos— afirman que dentro de estos extremos no hay inconveniente alguno en probar que la concepción tuvo lugar en una época dada, tesis que aceptamos con muchas reservas y sólo en el campo especulativo, ya que la presunción absoluta es **envolvente**, por una parte, y por otra, la prueba sería acaso imposible.

Posesión: mala fe:

Art. 738.—La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio.

Así, en los títulos translativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”.

Este artículo nos es ya conocido y nos fue dado examinarlo, con excepción del último inciso, en las páginas 41 y 42, aunque de manera incidental.

Si el justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe, el error en materia de derecho, en cambio, constituye presunción de mala fe que no admite prueba en contrario. Es una presunción legal absoluta consagrada como una lógica derivación de que la ignorancia de ley no excusa a persona alguna, precepto que arranca de las legislaciones más antiguas, como la romana, el Fuero Real, las Siete Partidas, la Novísima Recopilación, y que en nuestros días ha adquirido mayor consistencia e imperio más despótico; pues, hemos de recordar que los intérpretes del Derecho Romano adoptaron como regla que “la ignorancia del derecho

perjudica para adquirir lucro, no para evitar el daño", y si en las Siete Partidas se establece que "tal escusanza non debe valer: ca tenemos que todos los de nuestro señorío deben saber estas leyes", se consagraba por lo menos excepciones en favor del loco, del menor impúber, de los caballeros que defienden la tierra, de los aldeanos que la labran, de los pastores y de los moradores en lugares no poblados (Ley 21, Título 1, Partida 1), anotando que en los labradores "todo su entendimiento es en saber labrar las heredades" y que las mujeres "son de flaca et de liviana natura" (Ley 15). "Los caballeros más se deben trabajar en uso de armas que en aprender leyes" (Ley 31, Título 14, Partida 5).

Los códigos austriaco, bávaro y de la Luisiana contienen un precepto más elástico: "La ignorancia de la ley no puede aprovechar sino en los casos especificados, o cuando ha habido imposibilidad de conocerla".

El hecho base que ofrece esta presunción legal absoluta es nada menos que una ficción legal: la ley es conocida por todos y obliga a todos: su ignorancia no excusa a persona alguna. Pese a que el art. 6º usa la expresión "se entenderá" y no obstante que esta regla es calificada generalmente como presunción, hemos llamado **ficción** al general conocimiento de la ley —siguiendo a Lessona, Alfredo Palacios y otros— porque este supuesto es evidentemente falso, ya que se halla en franca contradicción con la realidad, en tanto que la presunción se acerca en lo posible a la verdad, se fundamenta en la probabilidad más acentuada.

Gluck llama ficción legal a "aquella disposición de la ley, por la que se acepta como verdadera una cosa que manifiestamente no lo es, sino que sólo hubiera sido posible", y Machiarelli la define: "Ficción jurídica es una equitativa disposición de la ley que supone existir en el orden natural de la verdad lo que en realidad no existe, sea por la esencia o por los efectos, a fin de que el Derecho desarrolle o alcance sus fines".

Las leyes se encuentran desperdigadas en un sinnúmero de ejemplares del Registro Oficial, en folletos, etc., y la vigencia de muchas de ellas es tan dudosa, que se requiere de un estudio repleto de tenacidad y de paciencia, apenas para establecer si tal o cual ley poco conocida se encuentra o no en vigor. Difícilmente habrá un abogado, por más dedicado que fuera a las investigaciones jurídicas, que conozca todas nuestras leyes. Y sin embargo, la ficción legal que

examinamos, atribuye el conocimiento de la ley a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros, sin que su ignorancia excuse a persona alguna...

(Menos mal que la Comisión Legislativa, cumpliendo su ardua labor, nos ha ofrecido ya y seguirá ofreciéndonos importantes codificaciones).

Y es que la ficción, en el ámbito de las relaciones jurídicas, tiene sobre todo una función creadora, modificadora o adaptadora del Derecho, y en el caso que nos ocupa, una función de verdadero equilibrio. Si esta ficción no existiera, si la ignorancia de la ley sirviera de excusa a los individuos, es indudable que el peso de ella recaería solamente sobre los más preparados en el campo intelectual, y los ignorantes o simuladores de su desconocimiento estarían colocados en situación privilegiada, invocando la ley que dirían conocer en situaciones de beneficio y renegando de su conocimiento en las posiciones adversas. Con oportunidad magnífica, Alessandri y Somarriva observan: "si para ser dispensado de conformarse a la ley, bastase alegar que se la ignora, ella a nadie obligaría".

Aceptación de asignación:

Art. 1286.—"Si un asignatario vende, dona, o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido, o el derecho de suceder, en él, se entiende que por el mismo hecho acepta"

AREA HISTORICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Alessandri y Somarriva sostienen que no es necesario que la presunción absoluta se exprese con fórmulas sacramentales. Aceptando con ciertas reservas este criterio, porque el art. 37 nos está diciendo que la presunción legal no admite prueba cuando la misma ley la rechaza **expresamente** o cuando emplea la expresión "se presume de derecho", tendríamos que el art. 1286 consagra una presunción legal absoluta, sobre todo si fijamos la atención en la frase: "se entiende que **por el mismo hecho acepta**". **Por el mismo hecho** de vender, donar o transferir el objeto deferido, o el derecho de suceder en él, que es el fundamento de la presunción —el hecho base— se entiende que el asignatario acepta. Ninguna prueba podría demostrar lo contrario, y la disposición tiene todo el vigor de una norma imperativa, que sustancialmente está rechazando la prueba contraria, por más que el artículo no la prohíba de manera expresa.

Pero examinando más detenidamente el precepto, encontramos que, en verdad, no se trata de una presunción sino de una aceptación tácita, según los términos del art. 1297, que dice: "La aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero".

Si se ha definido lo que es aceptación tácita, si ésta emerge de un acto que **supone necesariamente** la intención de aceptar, en el artículo que comentamos no puede hablarse de aceptación presunta, sino de inconfundible aceptación tácita: en aquella, la interpretación de voluntad del asignatario es solamente probable; en ésta, la interpretación es necesaria, conforme al clarísimo texto del art. 1297.

Es verdad que la norma del citado art. 1297 se refiere únicamente a la aceptación de una **herencia** y no a la aceptación de un **legado**; pero, en el fondo, trátase de aquélla o trátase de éste, hay un acto que **supone necesariamente** la intención de aceptar, y en uno y otro caso, hay aceptación tácita, si el asignatario realiza actos de disposición; pues, los actos meramente administrativos o conservativos, no implican aceptación por sí solos.

ÁREA HISTÓRICA

Donación por causa de matrimonio:

Art. 1849.—"Declarada la nulidad del matrimonio, podrán revocarse las donaciones que, por causa del mismo matrimonio, se hayan hecho al que lo contrajo de mala fe, con tal que de la donación y de su causa haya constancia por escritura pública.

En la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese.

Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge putativo que también contrajo de mala fe".

El artículo se refiere a una de las consecuencias de la nulidad del matrimonio, en lo relativo a los bienes de los pseudo-cónyuges.

Las donaciones hechas al cónyuge que se casó de buena fe —respecto del cual el matrimonio surte todos los efectos civiles— subsisten no obstante la declaración de nulidad del mismo, según lo dispuesto en el inciso 2º del art. 107. Pero en cuanto han sido otorgadas a quien lo contrajo

de mala fe, **pueden ser revocadas** por el cónyuge donante, siempre que éste se haya casado de buena fe, y siempre que ellas y su causa consten por escritura pública.

El precepto que examinamos, al **facultar** la revocación, claramente alude al matrimonio putativo, según se desprende del texto de los incisos primero y último, toda vez que niega esta acción revocatoria al cónyuge "putativo" que **también** contrajo de mala fe.

Alessandri y Somarriva anotan que "las donaciones efectuadas al cónyuge de mala fe caducan; pues respecto de éste no ha habido matrimonio y esta clase de donaciones suponen como requisito esencial para su existencia, la celebración del vínculo". Planiol cree que ellas se anulan, considerando también que el matrimonio no ha existido. No creemos que en nuestra legislación pueda hablarse propiamente de lo uno o de lo otro, porque la caducidad se produce de pleno derecho y la nulidad requiere decisión judicial; mientras que el art. 1849, de manera expresa, está concediendo una **facultad** al donante —cónyuge de buena fe— que puede ejercitarla por su sola voluntad, pues si la norma establece que "podrán revocarse las donaciones", hemos de entender que la revocatoria es un acto que compete al propio donante.

Como el inciso 1º exige para la procedencia de la revocatoria que la donación y su **causa** consten por escritura pública, el inciso 2º consagra una presunción legal absoluta: en la escritura del esposo donante **se presume siempre** la causa de matrimonio, aunque no se exprese.

La presunción aquí establecida está confirmando, una vez más, el criterio de los autores chilenos, cuando observan que no son necesarias fórmulas sacramentales para descubrir una presunción de derecho. El legislador proclama esa presunción legal como absoluta, con sólo emplear el adverbio "siempre", afirmando su pensamiento con la frase final del inciso: "aunque no se exprese" Nada puede enervarla y tiene el vigor de una verdadera norma imperativa.

Hacemos propicia la oportunidad para hacer una observación de carácter general: el art. 37 nos anunciaba que se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que **la ley misma rechace expresamente** esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias, o según su expresión, presume de

derecho. Sin embargo, en todo el proceso de nuestro estudio hemos advertido una modalidad contraria: el legislador, al tiempo que establece la presunción, consigna la salvedad de la prueba liberatoria:

Otra observación:

El matrimonio putativo, conforme al art. 107 parecía ser aquél que se ha celebrado con las solemnidades que la ley requiere y que ha sido contraído **de buena fe** por uno de los cónyuges, por lo menos, o por ambos. Así lo habíamos comprendido y lo comprendemos aun. Pero el inciso final del art. 1849 nos dice que el legislador concibe la existencia del matrimonio putativo habiendo mala fe de parte de ambos cónyuges, pues no otra cosa puede inferirse cuando dice: "Carecerá de esta acción el **cónyuge putativo** que **también contrajo de mala fe**".

La mala fe de ambos cónyuges excluye el carácter putativo del matrimonio: éste es simplemente nulo y no produce efectos civiles respecto de ninguno de ellos ni de los hijos, que son ilegítimos, pues la ley no puede amparar procedimientos dolosos que persigan el engaño a la sociedad. La legitimidad de los hijos se deriva únicamente del matrimonio verdadero anterior o posterior a la concepción y aun al nacimiento de ellos, o del matrimonio putativo, sólo en cuanto la concepción se ha efectuado en él.

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Retractación de los contratantes:

"Art. 1864.—"Si expresamente se dieren arras como **parte del precio**, o como señal de **quedar convenidos** los contratantes, quedará perfecta la venta; sin perjuicio de lo prevenido en el art. 1860, inciso 2º

No constando alguna de estas expresiones por escrito, se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes".

Arras, según la primera acepción dada por el Diccionario de la Real Academia Española, significan "lo que se da como prenda o señal de algún contrato o concierto", y en este sentido toma el vocablo el art. 1862 del Código Civil: "Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse: el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolo-

las dobladas". De paso mencionaremos que en este precepto no existe presunción alguna, aunque nos encontramos con la expresión "se entiende", pues la ley implícitamente está señalando los efectos de esa venta, de modo imperativo antes que presuntivo.

En el Fuero Viejo de Castilla hemos encontrado análoga disposición: "Todo ome que compra de otro bestia, o ropa, o otra cosa mueble cualquier, e da señal por ella, e después non quier comprir la paga, e quier desfacer la compra, deve perder la señal que ha dada e debe ser quito. E otro sí, si el que tomó la señal non quisier dar la cosa que ovo tomada, debe dobrar la señal, e non es tenudo".

Cuando las arras son dadas **en prenda** de celebración o ejecución del contrato, confieren a los contratantes el derecho a retractarse, perdiéndolas quien las dió y restituyéndolas dobladas quien las recibió.

El artículo contentivo de la presunción legal absoluta que nos corresponde examinar, no se refiere a las arras dadas en prenda de que se celebraría o ejecutaría un contrato, sino a las que se da como **parte del precio** o como señal de **quedar convenidos** los contratantes, y los resultados son diferentes según las dos situaciones que plantea: a) Si **expresamente** se han dado las arras con el objetivo ya señalado, la venta queda perfeccionada, salvo que se trate de bienes raíces, servidumbres o de una sucesión hereditaria, pues en tales casos se requiere de escritura pública o de auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito, y b) Si no consta **por escrito** que las arras han sido dadas como parte del precio o como señal de quedar convenidos, la venta no es perfecta y los contratantes se han reservado la facultad de retractarse, en los mismos términos del art. 1862, considerado, además, el plazo de la retractación contemplado por el art. 1863, que es el de los dos meses subsiguientes a la convención, si en ésta no se ha fijado plazo, y habida cuenta, por otra parte, que aquélla no tiene lugar después de principiada la entrega de la cosa.

La presunción se refiere al segundo caso y por ser presunción absoluta o de derecho, según la propia expresión de la ley, es inadmisibile la prueba contraria, encontrándonos, por lo mismo, frente a una norma de carácter eminentemente dispositivo, cuyas consecuencias no pueden ser alteradas por el hombre.

El legislador asimila este caso, en sus efectos, al de las arras que se dan en prenda de celebración o ejecución del contrato, por más que los contratantes hubieran pactado verbalmente y ante innúmeros testigos, que aquéllas fueron dadas y recibidas como parte del precio o señal de quedar convenidos; de lo cual se infiere que para la eficacia de la norma contenida en el inciso primero, **es indispensable** que el particular se haya expresado **por escrito**.

Se advierte aquí cómo la libertad contractual se halla limitada por la ley en cuanto dice relación a la forma, toda vez que **exige pacto escrito**, y faltando éste, la voluntad de los contratantes es insuficiente para determinar la venta perfecta.

Prescripción extraordinaria: buena fe: mala fe:

Art. 2528.—“El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1ª—Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno;

2ª—Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio;

3ª—Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1ª—Que quien se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por quien alega la prescripción;

2ª—Que quienu alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo”.

El precepto se refiere a la prescripción extraordinaria, como un modo de adquirir el dominio de las cosas comerciales, bajo las reglas que el mismo establece.

Esta Institución fué ya conocida en el antiguo Derecho. Los jurisconsultos romanos la justificaban por la necesidad o exigencia de dar certeza y seguridad a la propiedad, ante el presunto abandono de los bienes por parte del propietario.

La Ley 1ª (Título 29, Partida 3) de las Siete Partidas nos habla de sus fundamentos: “Moviéronse los sabios antiguamente a establecer que las cosas se pudiesen ganar o perder por tiempo por esta razón, porque cada un home po-

diese seer cierto del señorío que hobiese sobre las cosas; ca si esto non fuese, serien algunos homes negligentes et olvidarien sus cosas, et las ternien como por suyas, podrien ende nascer pleytos et contiendas en muchas maneras, de guisa que non serie home cierto cuyas eran. Et por ende por desviarlos de las misiones et de los daños que les podrien nascer de tales pleytos o contiendas, tovieron por bien señalar tiempo cierto sobre cada una cosa por que se podiese ganar o perder si fuesen negligentes en las non requerir a aquellos cuyas fuesen pudiéndolo facer, et otrosi porque el señorío de las cosas fuese en cierto cuyo era".

Y en la ley 21 (Título 19, Partida 3) leemos: "Treinta años continuadamente o dende arriba seyendo tenedor algunt home de alguna cosa por qual manera quier que hobiese la tenencia, que nol moviesen pleyto sobre ella en todo este tiempo, ganarla hie, maguer furtada fuese la cosa o forzada o robada, de manera que si el señor della gela quisiese demandar, dende adelante non serie tenuto de responderle sobre ella amparándose por este tiempo. Pero si acaesciese que él fuese desapoderado de la tenencia, perdiéndola o en otra manera, nol finca derecho para poderla demandar en juicio a aquel a quien la fallase, fueras ende si aquel que la toviere lo hobiese furtada o forzada, o robada a él mismo, o la hobiese recibido del en manera de empréstido o de logero.—... Otrosi decimos que quando alguno fuese tenedor a buena fe de alguna cosa que sea raiz por treinta años o más cuidando que era suya, o que fuera de su padre, o que la hobiera por otra derecha razón, que la puede ganar por este tiempo et ampararse él contra todos quantos gela quisiesen demandar. Et si acasciese que perdiese la tenencia della, puédela demandar a quien quier que la falle, fueras ende si la fallase al verdadero dueño, ca entonces si el señor la cobrase, et podiese probar el señorío que habie sobre aquella cosa, non serie tenuto de gela dar".

Las leyes 1 y 2 del Título 8, Libro XI de la Novísima Recopilación, posteriormente, reformaron la ley 21 de las Siete Partidas declarando absolutamente imprescriptibles las cosas hurtadas, robadas o forzadas, consagrándose desde entonces la inutilidad de la posesión violenta o clandestina.

Según la jurisprudencia española, la prescripción sirve a la seguridad general del derecho y a la paz jurídica, pues "está encaminada principalmente a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de

las relaciones y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aunque éstas no se ajusten siempre a principios de estricta justicia, que hay que subordinar como mal menor al que resultaría de una inestabilidad indefinida".

La prescripción extraordinaria —en la que es factor preponderante el transcurso del tiempo señalado por la ley— no hace más que consolidar una posesión prolongada e implica una sanción a la negligencia inexcusable del propietario, que esencialmente entraña un abandono de los bienes o una cesión del dominio en favor del poseedor de la cosa.

Valverde y Valverde nos dice que la prescripción adquisitiva "representa una fuerza creadora de derechos reales, operándose mediante ella la transformación de la posesión en derecho y en modo de adquirir", y agrega que si a primera vista esto parece injusto, desde que se priva a una persona del derecho que le pertenece, bien comprendida en sus alcances "es una regla de orden, de paz y armonía social impuesta necesariamente para dar seguridad y certeza a las relaciones jurídicas, y esto hace que sea indispensable en todos los pueblos cultos".

Héctor Lafaille, refiriéndose al Derecho Americano, expresa: "En los países americanos los títulos que acreditaban el dominio eran a menudo deficientes, cuando no fundados en la mera posesión prolongada. Se imponía sanear los unos y reconocer a los otros en forma legal. Es así como se ha llegado a mejorar en grado sumo la situación jurídica de la propiedad inmobiliaria, con ventaja para los dueños, para los terceros que con ellos negocian y para la economía de todas estas regiones. Las demandas reivindicatorias son cada vez más raras, porque los derechos están definidos y consolidados y se respetan asimismo, por este medio, los intereses surgidos, a través de una larga ocupación". "No es menos cierto que la prueba del dominio sería más que difícil, imposible, si no estuviera limitada en el tiempo; de manera que transcurrido el lapso prefijado pueda substituírsele por la relativa a la posesión".

Sanchez Román, entrando a fondo en la naturaleza jurídica de esta Institución, manifiesta que constituye una especie de conflicto entre el título del propietario y la posesión que otro tenga de sus cosas; pero "es indudable —dice— que la relación existente entre el propietario y la cosa objeto de esa propiedad se rompe desde el momento en que con

toda certeza se sabe que aquél la abandonó voluntariamente". Y refiriéndose especialmente a la prescripción ordinaria, encuentra que es justa, moral, conveniente y necesaria. Es justa, porque si desposee al propietario lo hace en virtud de una facultad innegable de éste, por efecto de su mismo derecho a la propiedad, al abandono o dejación de las cosas que la forman, deducido de su aquiescencia a la posesión de otro contraria a su derecho. Es moral, porque exige en el poseedor buena fe y justo título. Y es conveniente y necesaria al orden social, por los fines que realiza en cuanto a la certeza y seguridad que ofrece a la propiedad por el mero transcurso del tiempo, los litigios que evita, la paz pública que produce y el bienestar económico que origina.

Y para que estos mismos fundamentos de justicia, de moral, de conveniencia y necesidad sociales se hallen presentes en la prescripción extraordinaria, el legislador ecuatoriano consagra la **ficción legal** de la buena fe del "poseedor", sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio —que da a la posesión una objetiva calificación jurídica—, ficción que en el texto de la ley se halla revestida con el ropaje de una **presunción de derecho**, de imperio absoluto, siendo el simple lapso del tiempo el que viene a llenar la falta del título. Y como según el sistema de nuestro Código el título de mera tenencia no constituye posesión en ningún caso, la existencia de un título semejante acarrea la presunción de mala fe, que no da lugar a la prescripción, salvando las dos circunstancias determinadas en la regla tercera.

El artículo nos presenta, en esencia tres presunciones legales:

1) Presunción legal absoluta de la buena fe del prescribiente, aunque no tenga un título adquisitivo de dominio, cuando al propio tiempo el contradictor no pueda exhibir un título de mera tenencia, que destruiría el hecho base del supuesto legal.

2) Presunción legal absoluta de mala fe, que no da lugar a la prescripción, derivada de la existencia de un título de mera tenencia —el hecho base—, en no concurriendo las dos circunstancias mencionadas en la regla tercera.

3) Presunción legal relativa de buena fe —que por su contraria y como excepción establece la misma regla tercera—, presunción que se levanta sobre la prueba que debe

aportar quien alega la prescripción, de haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción, por espacio de treinta años, que es el antecedente inmediato de la inferencia del legislador. A esta presunción, quien se pretenda dueño, puede oponer la prueba de reconocimiento expreso o tácito de su dominio, en los últimos treinta años, por parte de quien alega la prescripción: si el prescribiente prueba la posesión pública, pacífica e ininterrumpida por treinta años —que es el hecho base de esta presunción legal relativa— y el supuesto dueño no ha podido probar el reconocimiento expreso o tácito de su dominio por el tenedor de la cosa —que es la justificación eliminatoria de la presunción misma— la prescripción opera plenamente, pese a la existencia de un título de mera tenencia.

La presunción de buena fe, que excepcionalmente consigna la ley en la regla 3ª, exige que la posesión (no como tal en derecho estricto sino con significado de tenencia) sea pública, pacífica e ininterrumpida. Debe ser pública, porque si faltara este elemento estaría ausente uno de los fundamentos de toda prescripción: el supuesto abandono del dueño. Debe ser pacífica, porque la violencia se opone a la buena fe que la ley presume. Y ha de ser ininterrumpida, porque la interrupción natural o civil, las más veces, hace desaparecer todas las consecuencias jurídicas de la posesión, y sólo cuando ha podido ser recuperada legalmente —según el art. 763— puede enlazarse la nueva posesión con la antigua: si la recuperación es de hecho, no produce ese enlazamiento.

Complejos son los problemas que se presentan en lo relativo a la prescripción extraordinaria de bienes inmuebles, y han sido motivo de prolongadas discusiones llevadas al campo del entusiasta debate público por distinguidos estudiantes de la Universidad Central, y no creemos que dichos problemas deban ser contemplados en este trabajo de extensión limitada, apartándonos quizá del tema central del mismo. Pero no podemos dejar de apuntar siquiera brevemente la colisión de las pertinentes disposiciones legales. En efecto, el art. 756 nos dice que al tratarse de inmuebles nadie podrá adquirir la posesión sino mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad, y el art. 761 en cierto modo la admite sin ese requisito, cuando expresa: "Si alguno, dándose por dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que **tenía la posesión** la pierde". El art. 2523 prescribe que "contra un título

lo inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o de derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo", y el art. 748 admite que en el caso de la regla 3ª del art. 2528, que nos ocupa, el simple lapso del tiempo es suficiente para mudar la mera tenencia en posesión.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

VI

EVOLUCION DE LAS PRESUNCIONES LEGALES E INVOLUCION DE LAS NORMAS DISPOSITIVAS PROPIAMENTE DICHAS

Ramponi ha observado que las disposiciones de la ley antes no eran más que presunciones, o sea, que la presunción simple se transforma en legal y después en disposición, paso evolutivo que Lessona explica por "el móvil que estimula la acción legislativa", apuntando, al propio tiempo, que también la norma jurídica —inversamente— desciende a mera presunción juris para llegar a ser nada más que presunción simple o del hombre.

La evolución anotada por Ramponi y la involución a que se refiere Lessona se manifiestan, efectivamente, en la vida del Derecho. En nuestra legislación podemos advertir una y otra, con ejemplos tomados al azar.

Comurientes:

A manera de excepción, en el Derecho Romano se presumía pre-muerto el hijo impúber si en el accidente había perecido juntamente con sus padres, y por el contrario, considerábase premuertos a éstos si el hijo era púber: el hecho base de la presunción era la pubertad o impubertad. En el Derecho Francés, para establecer la presunción legal, se atiende a los elementos de edad y sexo. Para el Derecho Inglés, también la edad es el antecedente de la presunción de pre-muerte. En el Derecho Alemán y en el Español, se presumen muertos todos al mismo tiempo.

El Código Civil Ecuatoriano, sobre este punto, sigue el mismo sistema de las legislaciones alemana y española, con la diferencia de que **no establece expresamente** la presunción de muerte simultánea. La norma de nuestro Código es simple y llanamente dispositiva: "se procederá, en todos casos, como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras".

Si en verdad el artículo 71 de nuestra ley, en el fondo, contiene la presunción de muerte conjunta, esto no le quita el carácter de norma dispositiva, en tanto en cuanto "no pudiese saberse el orden en que han ocurrido los fallecimientos"; pues, lo mismo acontece cuando el legislador dicta la norma que ha de regir en tales o cuales circunstancias, por ejemplo, cuando **no puede saberse** la voluntad del testador, o cuando los contratantes no han estipulado las modalidades de un contrato.

La premuerte admite justificación por todos los medios probatorios en derecho. Sin embargo, no desconocemos los graves inconvenientes que se presentarían para su demostración: la prueba de testigos, cuando entran en juego intereses económicos —grandes o pequeños— puede ser poco convincente contra la realidad objetiva, ya que, además, existen por desgracia los profesionales del testimonio ad-hoc. El informe médico pericial, a través de los signos de la muerte real, podría ser la prueba más eficiente, siempre que pudiera ser oportuno el examen de los fenómenos cadavéricos: lividez, enfriamiento, manchas, rigidez, putrefacción; siendo la reacción de la parenquimal la más aconsejada. Y hemos hablado de un examen oportuno, inmediato quizá, porque los dos últimos fenómenos de la muerte que hemos apuntado son de una extraordinaria variabilidad. Francisco Ríquez nos dice que la rigidez, normalmente, "aparece de las dos a las seis horas de ocurrida la defunción; no pocas veces de siete a diez horas después, y por rareza, antes de las dos horas o después de las once transcurridas". Agrega que "la rigidez cadavérica sobreviene algunas veces tan rápidamente, que algunos cuerpos conservan la actitud y hasta la expresión que tenían en el momento de la muerte". Las consecuencias que pueden obtenerse del examen externo, apenas podrán ser aproximadas y llevarnos a una *praesumptio hominis* —que en las Siete Partidas "quiere tanto decir como gran sospecha"— presunción simple que no conduciría por

sí sola a **"saberse"** de modo cierto el orden de los fallecimientos. Estas consecuencias aproximadas se acercarán a la evidencia en cuanto la necropsia demuestre la gravedad de las lesiones y los órganos afectados, de lo cual pueda inferirse la muerte instantánea o más o menos prolongada.

Después de todo, la expresión **"pudiere saberse"** que emplea la ley, supone el conocimiento pleno del orden de los fallecimientos y, por tanto, no pueden tener cabida simples indicios o conjeturas que sólo conduzcan a establecer un grado más o menos acentuado de probabilidad.

Cuidado de los hijos:

El art. 216 de las anteriores ediciones del Código Civil Ecuatoriano, que ha tenido que desaparecer en la codificación actual, establecía de manera expresa la presunción legal de la depravación de la madre y el consiguiente temor de que los hijos se perviertan, si el adulterio de aquélla había dado causa al divorcio; presunción legal de carácter absoluto para Alessandri y Somarriva y de carácter simplemente relativo para el doctor Luis Felipe Borja.

Las reformas dictadas al Código, que hoy se encuentran incorporados a la Codificación de 1950, nos presentan en estos momentos, en el numeral 4º del art. 130, una norma imperativa, sin carácter alguno presuntivo, pues de modo simple y llano dispone que **"tampoco se confiará a la madre el cuidado de los hijos si el divorcio se ha decretado por el adulterio de la mujer, etc."**



Por lo que respecta a la involución de las normas dispositivas que descienden al campo de las simples presunciones judiciales, pueden presentarse innumerables ejemplos, y ella se explica por la función interpretativa de los preceptos legales que no ofrecen la suficiente claridad. La involución de las normas dispositivas la encontramos siempre que en la doctrina o en el ejercicio de la magistratura se plantean las grandes interrogantes: de ahí los diversos criterios de los tratadistas o los fallos contradictorios del propio Tribunal Supremo.

Asignación modal.

Como ejemplo de obscuridad de la norma jurídica que induce a distintas interpretaciones, nos limitamos a citar el art. 1151 del Código Civil, que en el inciso 1º dice: "Si el modo es, por naturaleza, imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición".

La frase **no valdrá la disposición** puede ser entendida, ora en sentido de no validez del modo, ora del ningún valor de la asignación misma, ya que el legislador, en diferentes pasajes de la ley, usa el vocablo **disposición** como sinónimo de **asignación**, conforme se anota, entre otros, en los arts. 1115, 1117 y 1119 del Código Civil. Las dos tesis pueden ser sostenidas con el mismo vigor y con fundamentos de alto significado.

En cuanto a la oposición de normas legales entre sí, que debe ser explicada al amparo de la lógica jurídica, bastaría citar la que surge del texto de los arts. 1051 y 1247 del mismo Código.

Acrecimiento a las legítimas rigurosas.

El art. 1051 —referente a la sucesión intestada— dispone: "Si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo o sus padres ilegítimos, su cónyuge y sus hijos ilegítimos. La herencia se dividirá en tres partes: una para los ascendientes legítimos o los padres ilegítimos, una para el cónyuge, y otra para los hijos ilegítimos. etc."

El art. 1247 —relativo a la sucesión testamentaria— prescribe: "Acrece a las legítimas rigurosas la porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras, o con absoluta libertad, y no ha dispuesto, o si lo ha hecho, ha quedado sin efecto la disposición.—Aumentadas así las legítimas rigurosas, se llaman legítimas efectivas.—Este acrecimiento no aprovecha al cónyuge sobreviviente en el caso del artículo 1234, inciso 2º"

Los tratadistas chilenos apenas paran mientes en la oposición mencionada y prácticamente no le dan importancia alguna. En cambio, el doctor Alfredo Pérez Guerrero le dedica especial atención y hace un extenso examen al respecto, partiendo siempre del carácter mixto de la sucesión. Advierte que "pretender encontrar solución a estas contradicciones es pretender lo imposible". "Y por eso —agrega—

se apela al subterfugio de decir que cuando hay testamento, así el testador no disponga sino de un sucre, se seguirán las normas de las asignaciones forzosas; pero cuando no haya testamento, se seguirán las normas de la sucesión intestada. Solución acomodaticia que no decide el problema de ninguna manera".

Impelidos por la inquietud que en nosotros ha despertado el problema e inspirados únicamente en el anhelo de ofrecer nuestro aporte de error o de verdad para la mejor interpretación de las instituciones jurídicas —si de error, para que sea desechado y no caigamos en él, y si de verdad, para que nos acojamos a ella—, nos proponemos ensayar una solución acerca de este punto, que halla pleno acomodo al tratar sobre la involución de las normas dispositivas.

He aquí nuestra posición:

La sucesión testamentaria se deriva del testamento; la intestada, nace de la ley. La primera está implicada en la disposición de los bienes, por voluntad solemne, expresa y directa del testador, que la ley trata de respetar a todo trance, en no contrariando las limitaciones que el Derecho ha creado a la libertad de aquél; la segunda se fundamenta en la voluntad presunta del causante, según muchos tratadistas.

Sánchez Román, entre otros, afirma que uno mismo es el fundamento de la sucesión testamentaria y de la sucesión intestada: la voluntad real o presunta del propietario de los bienes materia de transmisión por causa de muerte. En aquélla, rige el principio de libertad del testador, y en ésta el principio de la necesidad de legislarla.

Rosmini, en cambio, desecha el fundamento de libertad y consagra el de la copropiedad familiar. Para él, la familia es un cuerpo social colectivo poseedor de derechos, por sus causas y relaciones naturales.

Enrico Cimbali, de modo magistral, analiza el carácter negativo de uno y otro fundamento: el condominio negaría el derecho a disponer, en homenaje a la copropiedad familiar, y la libertad negaría esa misma copropiedad familiar, porque sería la afirmación absoluta de disponer de los bienes, sin limitación alguna, hasta privar de ellos a los mismos hijos. Cree encontrar el fundamento de las sucesiones testamentarias e intestada, en la combinación de los tres llamados coeficientes personales del derecho de propiedad: individuo, familia y Estado.

Nuestro Código ha adoptado una posición eléctrica: confiere al testador libertad irrestricta en la mitad de los bienes no habiendo descendientes, o en la cuarta parte de los mismos, si los hay. Esa libertad le está negada, en mérito a la copropiedad familiar, por lo que respecta a la otra mitad, que obligadamente debe ser destinada a los legitimarios.

Ahora bien, "la sucesión en los bienes de una persona puede ser, parte testamentaria, y parte intestada", de acuerdo con el precepto contenido en el inciso 2º del art. 1014, de donde se desprende que no siempre que hay testamento la sucesión es exclusivamente testamentaria. Para ser tal, requiérese que el testador haya dispuesto, por norma general, de la universalidad de su patrimonio —mirado en su aspecto abstracto, en el continente antes que en el contenido— ya sea por institución de uno o más herederos universales, de dos o más herederos de cuota, o simplemente de uno o más herederos del remanente. Las asignaciones a título universal deberán, pues, integrar todas juntas la unidad entera, pudiendo aun sobrepasarla, porque de lo contrario habría lugar a la sucesión intestada en el remanente, conforme a la regla general consignada en el art. 1158. Pero hemos de observar, al mismo tiempo, que este artículo parece referirse principalmente a la institución de herederos extraños a los órdenes de sucesión que cuentan con legitimarios; pues no de otro modo puede entenderse que sean llamados al remanente —que puede ser mínimo en su cuantía en relación con las demás asignaciones— a los herederos abintestato. Concretamente, cuando el testador sólo ha dejado hermanos, por ejemplo.

Si el testador ha instituido como herederos a sus legitimarios, únicamente en la parte que les corresponde por su legítima rigurosa, guardando silencio respecto de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, podría acaso interpretarse ese silencio en el sentido de que el causante no ha querido favorecer a ninguno de sus descendientes legítimos o ilegítimos, con la cuarta de mejoras, como no ha querido favorecer a persona alguna con la parte de libre disposición.

Pero el Título V "DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS" comienza expresando, en el art. 1225, que son tales "las que **el testador está obligado a hacer** y que **se suplen** cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas", significando así que **la ley su-**

ple esas asignaciones en silencio del testador o cuando éste ha dispuesto contra las normas legales que reglan dichas asignaciones forzosas, entre las que se cuenta "la cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes legítimos, de los ilegítimos o de unos y otros.

Sentado este principio general que rige la sucesión testamentaria (desde que se habla "que el testador está obligado"), nos inquieta la duda de si puede entenderse, en derecho estricto, que en el caso contemplado nos encontramos frente a una sucesión mixta.

La ley **suple el silencio del testador**, tratándose de una asignación forzosa como la cuarta de mejoras, instituída expresamente en favor de los descendientes legítimos o ilegítimos, o de unos y otros, sean o no legitimarios (arts. 1225 y 1240) y, consiguientemente, el acrecimiento ordenado por el art. 1247 va en beneficio exclusivo de los **legitimarios** que sean tales **descendientes** y en ningún caso a favor de los legitimarios que sean ascendientes legítimos o padres ilegítimos, en cuanto dicho acrecimiento se refiere a la cuarta de mejoras que mencionamos. Respecto a la parte de que ha podido disponer libremente el testador y no ha dispuesto, es obvio que beneficiará por igual a los legitimarios que concurren a la sucesión, sean éstos ascendientes legítimos o padres ilegítimos, o hijos ilegítimos.

Creemos encontrar algo así como una intervención de la ley para completar el testamento en su parte dispositiva, y para descartar la sucesión intestada que podría motivar el silencio del testador.

Y llegamos a esta conclusión, porque si suponemos que el testador ha dejado la cuarta de mejoras a sus ascendientes legítimos de grado más próximo o a sus padres ilegítimos —si el causante es hijo ilegítimo— también en este caso **la ley suple** la asignación forzosa de mejoras a favor de los descendientes, aun con perjuicio de la disposición expresa del testador. Esta situación legal incontrovertible propone esta interrogante: ¿por qué la ley no ha de suplir esa **asignación forzosa** a favor de los descendientes, si hay el silencio del testador, cuando la ley **la suple** aun contra las disposiciones expresas de él? El art. 1247 está refiriéndose precisamente a las dos situaciones: el acrecimiento se efectúa cuando el testador no ha dispuesto, o si lo ha hecho, ha quedado sin efecto la disposición, y sin efecto queda la que asig-

na la cuarta de mejoras a otros que no sean los descendientes.

El citado art. 1247, al ordenar el acrecimiento de las dos cuartas no dispuestas, a favor de los legitimarios, **está completando, en sucesión testamentaria, las cuotas que integran la unidad**, para beneficio exclusivo de los legitimarios. Y para que el precepto no induzca a error, por aquello de que la porción conyugal es equivalente a la legítima rigurosa de un hijo legítimo (habiendo descendientes legítimos), por lo que falsamente pudiera entenderse que el cónyuge es también legitimario, en el inciso final prescribe que este **acrecimiento a la sucesión testamentaria** no aprovecha al cónyuge sobreviviente.

Creemos, a través del examen de las disposiciones legales contenidas en los arts. 1225, 1240 y 1247, que no puede hablarse de sucesión mixta, en caso de haber testamento por el cual se instituye herederos a los **legitimarios**, aunque las cuotas no completen la unidad según el testamento, porque estimamos que en esta especie de sucesión testamentaria, la ley, expresamente, **mediante el acrecimiento**, está ejerciendo una función integradora de esa unidad, protegiendo a la sucesión testamentaria frente a las normas francamente contradictorias de la sucesión intestada.

Fundamos nuestra tesis —que puede ser atrevida o puede ser razonable— en los siguientes motivos:

1º—La ley, en los casos de sucesión mixta, o sea, parte testamentaria y parte intestada, se refiere expresamente a ella, como en las dos situaciones que contempla el art. 1158 que anteriormente invocamos: a) Cuando habiendo solamente herederos de cuota, las designadas en el testamento no componen toda la unidad entera, y b) Cuando en el testamento no hay asignación alguna a título universal. El art. 1158, en este sentido establece un principio general relativo a la sucesión mixta.

2º—Igualmente, cuando la ley quiere remitirse a la sucesión intestada, lo hace en forma expresa, como en el caso del art. 1239.

3º—El legislador, al ordenar el acrecimiento a las legítimas rigurosas, de las dos cuartas no dispuestas (de mejoras y libre disposición), como ya hemos expresado, está completando la unidad no llenada por las disposiciones directas del testador, consagrando, de este modo, **una excepción** al principio general consignado en el art. 1158.

4°—Consiguientemente con lo que acabamos de anotar, este principio de excepción prevalece sobre la regla general establecida en el citado art. 1158 y, por lo mismo, quedan totalmente excluidas, para el caso que nos ocupa, las normas de la sucesión intestada.

5°—El legislador pudo simplemente referirse a las reglas de la sucesión intestada, como lo hace en diferentes pasajes de la ley —si tal hubiera sido su pensamiento— en no habiendo dispuesto el testador de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, o de una u otra solamente. Pero no lo hace, porque su espíritu, al dictar la norma del art. 1247, indudablemente, fue impedir que esas reglas rijan tratándose de un testamento en que los herederos instiuidos son los propios legitimarios del causante, y prefirió sentar una norma especial, norma de excepción, que, como hemos dicho, viene a integrar la unidad, dando a la sucesión el carácter de sucesión exclusivamente testamentaria.

No encontramos otra explicación frente a la honda discrepancia de los dos artículos sometidos a nuestra comparación y aplicación. En efecto, el art. 1051, que se refiere al segundo orden de sucesión intestada —si consideramos el problema como de sucesión mixta—, establece el derecho de suceder, por partes iguales, en favor de los ascendientes legítimos de grado más próximo o padres ilegítimos, cónyuge e hijos ilegítimos, todos los cuales concurren sin lugar a exclusión alguna entre sí. Contrariamente, el art. 1247 dispone que acrece a las legítimas rigurosas la porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras o con absoluta libertad y no ha dispuesto, o si lo ha hecho, ha quedado sin efecto la disposición, sin que este acrecimiento aproveche al cónyuge sobreviviente, porque no es legitimario, y porque si erróneamente pudiera ser considerado como tal, está expresamente exceptuado de ese beneficio.

Nos parece también poco menos que imposible llegar a armonizar los arts. 1051 y 1247, partiendo del concepto de sucesión intestada en la mitad de los bienes que no ha dispuesto el testador.

A base de las opiniones que dejamos expuestas, entramos a considerar los diversos casos que pueden presentarse dentro del segundo orden de sucesión:

PRIMERO.—Intervienen en la sucesión: a) Ascendientes legítimos de grado más próximo o padres ilegítimos; b) Cónyuge, y c) Hijos ilegítimos.

Solución: Suponemos que el valor distribuible hechas todas las deducciones y agregaciones ordenadas en las pertinentes disposiciones legales, es de \$ 100.000,00. Como solamente hay dos legitimarios (el cónyuge no lo es): ascendientes e hijos ilegítimos, la legítima rigurosa que corresponde a uno y otro —dado que sea uno solo el ascendiente y uno solo el hijo ilegítimo— es de \$ 25.000,00 para cada uno de ellos; la cuarta de mejoras, que representa la cantidad de \$ 25.000,00 acrece únicamente a la legítima rigurosa del hijo ilegítimo; la cuarta de libre disposición, que también representa \$ 25.000,00 acrece por iguales partes las legítimas rigurosas del ascendiente y del hijo ilegítimo. El cónyuge sobreviviente nada recibe, aparte de su porción conyugal —que debió ser deducida previamente— si es que ha tenido opción a ella por carecer de bienes o porque renunció los suyos propios, inclusive los gananciales.

En consecuencia, el reparto de los \$ 100.000,00 sería el siguiente:

Para legítimas rigurosas	\$ 50.000,00
Para cuarta de mejoras	25.000,00
Para cuarta de libre disposición	25.000,00
SUMAN	\$ 100.000,00

El ascendiente recibe: \$ 25.000,00 de su legítima rigurosa, más el acrecimiento que le corresponde en la cuarta de libre disposición, que es de \$ 12.500,00.	\$ 37.500,00
El hijo ilegítimo recibe: \$ 25.000,00 de su legítima rigurosa, más \$ 25.000,00 de la cuarta de mejoras, más \$ 12.500,00 que le corresponde por el acrecimiento de la cuarta de libre disposición	62.500,00
SUMAN	\$ 100.000,00

SEGUNDO.—El testador ha dejado: a) Ascendiente legítimo de grado más próximo o padre ilegítimo, y b) Hijo ilegítimo.

Solución: Igual que en el caso anterior, la cuarta de mejoras acrece únicamente la legítima rigurosa del hijo, y solamente la cuarta de libre disposición acrece por iguales partes las legítimas rigurosas del ascendiente y del hijo.

La distribución es, por lo mismo, completamente igual a la efectuada en el caso anterior. (8).

TERCERO.—En la sucesión concurren: a) Ascendiente legítimo de grado más próximo o padre ilegítimo, y b) Cónyuge.

Solución: Como el único legitimario es el ascendiente o el padre ilegítimo, a él solamente corresponde la mitad legítima que es de \$ 50.000,00 y a esta legítima rigurosa acrece la otra mitad no dispuesta, o sea, los otros \$ 50.000,

Consecuentemente, dicho ascendiente legítimo o padre ilegítimo recibe toda la herencia. El cónyuge sobreviviente nada recibirá, aparte de la porción conyugal, en los mismos términos puntualizados al examinar el caso primero.

CUARTO.—El causante ha dejado: a) Hijo ilegítimo, y b) Cónyuge.

Solución: Exactamente igual a la que antecede: el hijo recibe todo; el cónyuge, nada.

QUINTO.—Nos proponemos un nuevo caso que estimamos interesante analizar:

Conforme al art. 1274, el legitimario que ha sido pasado en silencio se entiende instituido heredero en su legítima. Si suponemos que tal legitimario es un hijo legítimo o ilegítimo, ¿tendrá derecho al acrecimiento prescrito por el art. 1247, o ha de entenderse rígida, inconvencible, la disposición del art. 1274?

(8) —No habiendo qué porción conyugal deducirse, en este caso, el acervo líquido sería mayor. Sin embargo, en homenaje a la claridad de la exposición, hemos considerado la misma cantidad de \$ 100.000,00

Solución: Creemos que tal legitimario tiene opción plena al acrecimiento, porque éste va a incrementar las **legítimas rigurosas** y como tal está definida la que la ley señala al legitimario que ha sido pasado en silencio. No hay ni puede entenderse, en este caso, la situación de inferioridad de dicho legitimario frente a los demás, como acontecería si el testador instituyera a sus hijos como herederos universales de todos los bienes (9) de su propiedad, omitiendo a uno de ellos. Aquí, sí, el legitimario pasado en silencio sólo recibiría su legítima rigurosa, sin que pueda tener participación alguna en la mitad de los bienes destinada a mejoras y libre disposición. Reconocemos, sin embargo, que esta solución es discutible.

Ahora, quizá con alguna razón pudiera sostenerse un punto de vista contrario al hasta aquí expuesto.

Se diría que el inciso 3º del art. 1240 parece consagrar una mera **facultad de disposición** (y encontramos una nueva discrepancia, aunque no sobresaliente, con el art. 1225) cuanto alude a la cuarta de mejoras, siempre que ésta vaya en beneficio de los descendientes legítimos o ilegítimos, y se diría que es mera facultad **dispositiva**, porque el inciso habla de que el difunto "**haya querido favorecer**", concepto de simple facultad acentuado por el art. 1247 que tantas veces obligadamente hemos invocado, cuando dice: "la porción de bienes que el testador **ha podido disponer** a título de mejoras. . . ." Se argumentaría — como ya lo previmos en líneas anteriores — que si el testador se ha eximido de disponer precisamente de aquello que podía disponer, ora con libertad relativa, ora con libertad absoluta, hay una autolimitación de su voluntad, la que ha sido manifestada de manera solemne, expresa y directa sólo en cuanto hay una norma imperativa, una norma rígida: las legítimas rigurosas, de las que el testador no puede apartarse; y que, por tanto, el silencio del testador puede interpretarse como tácita voluntad de no favorecer exclusivamente a los descendientes con la antedicha cuarta de mejoras: no ha querido beneficiarlos, contando con que las reglas de la sucesión intestada se encargarían de asignarles a ellos, como a los demás asignatarios, la porción no dispuesta.

Pero nosotros, a tales argumentos, opondríamos el de que mirada la cuestión partiendo del texto del art. 1225, no

(9) —Valga la redundancia en la expresión.

hay una simple facultad dispositiva respecto de la cuarta de mejoras, sino una verdadera norma imperativa. Por otra parte, con la misma razón que pudieran tener los supuestos opositores de nuestra tesis, afirmaríamos que el testador no dispuso de la cuarta de mejoras ni de la cuarta de libre disposición, contando con que el art. 1247 expresamente dispone el acrecimiento de esas porciones a favor de los legitimarios, y su voluntad presunta —si a ella nos atenemos— estaría quizá mejor interpretada.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

VI I

JURISPRUDENCIA

Nos limitamos a presentar, en forma sumaria tomada de la Gaceta Judicial, los fallos expedidos por la Exma. Corte Suprema de Justicia de la República, que de cualquier modo se relacionan con los diversos aspectos tratados en el presente trabajo. Respetamos absolutamente los números del articulado de las anteriores ediciones del Código Civil, ya que algunas sentencias invocan disposiciones legales que en la actualidad están derogadas o reformadas y al darles la nueva numeración se quebraría la unidad del pensamiento judicial de una época dada, trasladándolo al momento actual.

Estado civil: Investigación de la Paternidad:DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Serie I, N° 13:

La prueba testimonial no justifica la legitimidad de un hijo, cuando éste ha reconocido, por instrumento auténtico, su ilegitimidad. (Recomendamos la lectura de este fallo).

Serie I, N° 29:

Al tratarse de fijar el estado civil de una persona, el juez sólo puede admitir las pruebas especialmente determinadas por la ley, sin que le sea potestativo alterar la escala por ella establecida. Una prueba plena no se destruye por otra de igual clase, sino cuando concurren, en la segunda, circunstancias legales para creerla revestida de mayor fuerza probatoria.

Serie I, N° 105:

Sólo es admisible la prueba supletoria que acredite el estado civil de casado o de hijo legítimo, cuando se demuestre la imposibilidad de presentar las partidas de matrimonio o de nacimiento, respectivamente.

Serie II, N° 73:

Para que el matrimonio putativo surta efectos civiles, es necesario no sólo la buena fe de los contrayentes, sino, además, que se celebre con todas las solemnidades legales.

Serie V, N° 57:

La inscripción de un estado civil en el Registro correspondiente, da la posesión legal del mismo y faculta para ejercer los derechos concernientes a él.

Serie V, N° 105:

Prescribiendo el derecho de impugnar la legitimación, si no se ejerce en los trescientos días siguientes al en que nació el interés y pudo hacerse efectivo el derecho, no debe tenerse como tal fecha el día en que se pidió que continúe el juicio de apertura de la sucesión de uno de los legitimantes, sino el día en que ese juicio fue iniciado.—Correspondiendo sólo al supuesto legitimado, y en su caso, a sus descendientes legítimos, la impugnación fundada en el hecho de no haber sido notificada la legitimación, el impugnante que no se halle en esos casos no tiene el derecho de pedir que se decidan cuestiones tales como la de si la legitimación y su aceptación pudieron hacerse en un solo acto, supuesto que este haya sido uno de los motivos de la impugnación.—Si el estado civil de legitimado se ha establecido en fecha anterior a la Ley de Registro Civil que ordena inscribir la escritura de legitimación, esta falta no puede afectar al estado establecido.

Serie V, N° 106:

La intervención de una persona, a nombre de un impúber, en el juicio de investigación de la paternidad para el solo objeto de exigirle alimentos, es legítima si hay prueba de que ha cuidado de su crianza, según lo dispuesto en el inciso 1° del art. 278 del Código Civil.—No es admisible la indagación o presunción de la paternidad por otros medios que la declaración jurada del supuesto padre, de que se cree tal, o por el hecho de no haber comparecido el demandado a la diligencia de confesión (arts. 279, 180 y 281 del Código Civil).—En el caso de no comparecencia debe mirarse como reconocida la paternidad, conforme al art. 830 del Código de Enjuiciamientos Civiles, si, practicada la citación en la forma prescrita por el art. 289 del mismo Código, el demandado no comparece ni ha pedido prórroga para hacerlo.—Si el demandado expresa que por ciertas circunstancias se cree padre de un menor, pero que por otras duda de su paternidad, tal respuesta no implica confesión de este hecho, sino simple duda, sin que pueda aplicarse lo que dispone el penúltimo inciso del art. 270 del Código últimamente citado, para dar por reconocida la paternidad, ya porque debe ser expresa la confesión del demandado, ya por la naturaleza de la materia.

Nota:—Este fallo es de fecha 18 de mayo de 1934, y, por lo mismo, anterior a las Reformas de 21 de noviembre de 1935.

Serie V, N° 152:

El estado civil de una persona no puede someterse a arbitraje, según el art. 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.—Atento el art.

69 de las Reformas de 21 de noviembre de 1935, al Código Civil, muerto el padre no es procedente la indagación de la paternidad, ya que en el caso de paternidad disputada no hay otro contraditor legítimo del hijo que el padre.—El Decreto Supremo N° 166 no tiene el alcance de someter a arbitraje el estado civil de la menor B. sino el reconocimiento y declaratoria de los derechos de ésta en la mortuoria de su supuesto padre, según la prueba legal preconstituída de su calidad de hija ilegítima.

Serie V, N° 153:

El art. 68 de la Ley de 21 de noviembre de 1935, Reformatoria al Código Civil, para la constitución del estado de hijo ilegítimo por los medios que establece el caso 5° de la investigación de la paternidad, da efecto retroactivo para los nacidos antes del 1° de diciembre de 1935; pues el caso primero mencionado en el referido art. 68, no es sino continuación de uno de los dos únicos medios que desde antes reconocía el Código Civil.—El art. 67 de la mencionada Reformatoria se refiere únicamente a los derechos y obligaciones de los hijos naturales reconocidos como tales antes de la nueva ley que cambia la denominación dentro del nuevo sistema de clasificación de los hijos nacidos fuera de matrimonio; mas no comprende absolutamente la constitución del estado civil de hijo ilegítimo, mediante actos judiciales o extrajudiciales, cuya materia queda bajo el imperio del art. 68 en los casos a que él se refiere.—Basta justificar cualquiera de los casos previstos en el ordinal 5° sobre investigación de la paternidad, o ambos si así ha sucedido, para que sea aceptable la demanda; pues de otra manera se contrariaría a la letra y al espíritu de la ley, desconociendo los hechos y las realidades que, por una parte, demuestran la paternidad, y por otra, hacen posible esa misma demostración atenta la edad y más circunstancias que puede rodear en uno y otro caso o en ambos si coinciden.—Justificándose plenamente que el demandado ha manifestado, en muchas ocasiones, que el menor es su hijo, y que no solamente ha participado en su subsistencia, proveyéndole de vestido y alimentación, sino que aún comprometió personalmente a la obstetriz para el alumbramiento y buscó, asimismo, padrinos para el bautizo, es innegable la paternidad demandada y así se la declara, confirmándose, con costas, el fallo subido en grado.

Serie VI, N° 8:

Lo que constituye el estado civil de hijo natural es el instrumento respectivo, otorgado legalmente; y si éste ha desaparecido o se ha destruido, es admisible la prueba supletoria de testigos que declaren acerca de la existencia de dicho instrumento, en que se había reconocido al hijo natural.

Serie VI, N° 11:

Según lo dispone de manera explícita el N° 1 del segundo de los artículos innumerados posteriores al 19 del Decreto Supremo N° 94, de 21 de noviembre de 1935, reformatorio al Código Civil, la paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada, si notificado el supuesto padre, a petición del hijo, para que declare con juramento ante el juez, si cree ser tal padre, lo confiesa expresamente. En el caso del

presente juicio no existe tal confesión expresa, requisito indispensable para la declaración judicial de paternidad ilegítima, sin que pueda aplicarse lo dispuesto en la última parte del inciso 1º del art. 133 del Código de Procedimiento Civil, pues que en el asunto controvertido no se trata de apreciar si la prueba es pleno o no, porque para la declaración de paternidad ilegítima por propia confesión del padre, la única prueba exigida por la ley es la confesión expresa de éste; no pudiendo, por tanto, los jueces aceptar para tal objeto ni la confesión ficta ni menos otra prueba.

Serie VI, Nº 11:

El art. 21 del Decreto Supremo fechado el 21 de noviembre de 1935, reformativo del Código Civil, confiere capacidad legal a la madre ilegítima de impúberes, que no fuere casada, para intentar la acción de investigación de la paternidad, sin que sea necesario que se exprese en la demanda que la acción se propone en representación de los menores, porque al facultar el artículo citado a la madre ilegítima que se halla en las condiciones precitadas para que se intente la acción de que se trata, ipso facto le confiere la representación de los impúberes, sin que haya necesidad, por lo mismo, de que tal circunstancia se precise en la demanda.

Serie VI, Nº 14:

El estado civil conferido por el padre y madre legitimantes está probado con la presentación del respectivo instrumento público no objetado, así como porque no se probó la no identidad personal de aquella a la que dicho instrumento se refiere y ni se ha acreditado por el demandante de nulidad de la legitimidad que éste alega.

Serie VII, Nº 7:

La prueba rendida no justifica los fundamentos de la demanda, esto es el concubinato notorio durante el período legal de la concepción ni el haber el supuesto padre contribuido al sostenimiento y educación del menor en condición de tal padre; por lo cual no es admisible la demanda. La prueba testimonial producida por la actora, apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, justifica que en cuantas ocasiones accedía el demandado a suministrar cantidades de dinero, lo hacía expresando que era en beneficio de la madre, que no para el hecho alegado por la actora del sostenimiento y educación del menor, a quien aquél protestaba siempre no reconocer como hijo suyo; lo cual implica no haberse justificado ese fundamento de la demanda, la que es, por ello, inadmisibile. En el supuesto de que la prueba rendida hubiese justificado la participación del demandado en el sostenimiento y educación de su supuesto hijo, admitiéndose como tal participación el hecho de que la actora percibía periódicamente del demandado, por intermedio de tercera persona, una renta, la acción habría caducado, conforme al inciso 3º del art. 24 del Decreto Supremo Nº 94, de 21 de noviembre de 1935; caducidad que es declarable de oficio. En el proceso de investigación de la paternidad el conjunto de pruebas pudiera producir el convencimiento moral de la realidad del hecho investigado; pero, si de tales pruebas no aparece plenamente demostrado aquello que la ley exige que se justifique, el juez no puede declarar

legalmente establecida la paternidad del demandado, aun cuando su convicción moral fuere favorable a tal declaratoria.

Serie VII, N° 10:

La declaración formulada por el causante en su testamento sobre que los demandantes son sus hijos legítimos, justifica esta calidad de ellos, que ha sido corroborada, además, por el reconocimiento expreso hecho en este mismo sentido por la parte demandada en una absolución. En consecuencia, la falta de presentación de las partidas del Registro Civil para comprobar dicha calidad de hijos legítimos —falta que motivó en primera y segunda instancias el rechazo de la demanda de rendición de cuentas y entrega de los bienes hereditarios— no perjudica el derecho de los demandantes; y, por otra parte, aún cuando en el testamento no se instituye a éstos de modo expreso como herederos, de hecho y por el ministerio de la ley se los entiende instituidos como legitimarios (art. 1208 del Código Civil, puesto que han sido nombrados como hijos legítimos).

Curaduría:

Serie VI, N° 231:

El curador de bienes del ausente, cuyas facultades no son las de un curador general, tiene la de representar al ausente en las causas en que, por relacionarse con la administración de bienes, la ley le concede, expresamente, esa facultad.

Posesión:

Serie III, N° 50:

Según el sistema de nuestra legislación, el dominio sobre bienes raíces se adquiere por la inscripción del título en la respectiva Oficina. Por consiguiente, una persona puede reputarse dueña de un inmueble, mientras otra no justifica serlo, cuando su derecho se funda en la posesión efectiva inscrita del mismo.

Serie VI, N° 13:

En los juicios como el presente (sobre recuperación de la posesión) sólo puede presentarse títulos de dominio cuya existencia pueda probarse sumariamente, para justificar la posesión o coposesión de la cosa.

Mala fe:

Serie II, N° 38:

A contar que se adquirió la cosa de parte de quien no tenía la facultad de enajenarla, y sin observancia de los requisitos exigidos por la ley, se presume de derecho la mala fe.

Serie IV, N° 82:

Si para la buena fe es menester un justo título, la falta de este título o uno de ningún valor legal constituyen, por la misma razón, una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario, de conformidad con lo prescrito en el inciso 3° del art. 694 del Código Civil.

Repudiación de herencia:

Serie I, N° 109:

El silencio de la madre respecto de la aceptación de una herencia deferida a ella y a sus hijos, no surte el efecto de repudiación de dicha herencia, sino respecto de ella, mas no respecto de sus hijos. Arts. 250, 387 y 1226 del Código Civil.

Pago en general — Pago indebido:

Serie II, N° 133:

La presunción legal que establece el inciso 2° del art. 1585 del Código Civil presupone la base de haber sido pagado el capital.

Serie III, N° 164:

Quien confiesa haber dejado de pagar intereses por más de un año, confiesa el que la falta de pago ha tenido lugar por dos meses consecutivos.

Serie III, N° 173:

Existe presunción de pago en el hecho de encontrarse en poder del deudor la primera copia de una escritura de mutuo, con la respectiva nota de cancelación; pues, por la naturaleza misma del contrato, ella, la copia, debe hallarse en poder del acreedor.

Serie IV, N° 27:

Constando, con prueba plena, que el demandado recibió una suma de dinero que no le era debida, éste debe oponer, como medio de defensa, el motivo en virtud del cual le fue entregada esa suma. Por lo mismo, no constando esa prueba del demandado, éste debe restituir así el dinero como los intereses de la mora.

Serie IV, N° 57:

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Demandada la restitución de lo indebidamente pagado, el actor debe comprobar: a) Que el pago hecho no era debido, y b) Que el pago fue motivado por un error. A no probarse estos antecedentes, es inaceptable la demanda.

Serie IV, N° 156:

Si una persona declara en una escritura que únicamente se le queda adeudando para el completo del pago de una deuda, una suma de dinero, dicha declaración constituye presunción legal de que el pago de la restante cantidad de la declarada fue hecha por el acreedor. Dicha presunción debe ser destruída por el actor mediante la prueba correspondiente. La confesión del cedente sobre que fue el cesionario quien le pagó la restante cantidad de la declarada no constituye dicha prueba, la cual debe reunir las condiciones necesarias para destruir el mérito legal de la escritura.

Serie V, N° 35:

A la confesión rendida por el demandado corresponde un valor indivisible, según el cual no es dable admitir legalmente lo que favorece al cctor, desechando, al propio tiempo, lo que expone el demandado

en su defensa y que desvirtúa la obligación demandada. Por lo mismo, si el deudor confiesa un préstamo, hay que aceptar como verdad su afirmación respecto al hecho del pago.

Remisión de deuda:

Serie II, Nº 134:

La remisión constituye donación, conforme al art. 1643 del Código Civil, pero no por esto el deudor, a quien se perdona el crédito, se subroga al acreedor para hacer valer los derechos de éste contra terceros, a menos que se halle en los casos de los arts. 1690 y 1601 del Código citado.

Prenda común:

Serie IV, Nº 213:

Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor.

Culpa:

Serie II, Nº 60:

El art. 1936 del Código Civil sólo es aplicable a los casos en que, con arreglo a los arts. 1929 y 1930, se declara la terminación del arrendamiento.

Serie III, Nº 237:

A no afirmarse ni demostrarse que el arrendatario estuvo en mora de restituir las cosas arrendadas, el arrendador no puede exigir la entrega de esas cosas, si se hubiesen perdido sin culpa del arrendatario.

Serie III, Nº 31:

Si la especie o cuerpo cierto que se debe ha dejado de estar en poder del deudor, no por alguno de los motivos determinados en el art. 1660 del Código Civil, sino por un acto de su libre voluntad, no se extingue la obligación.

Serie V, Nº 115:

Según el inciso 2º del art. 1817 del Código Civil, la falta de entrega de la cosa vendida no da derecho al comprador para pedir la resolución del contrato, sino cuando esa falta proviene de hecho o culpa del vendedor, es decir, siempre que se pueda considerar a éste como causa de la enajenación de una de las obligaciones que la venta le impone, conforme al art. 1815 del propio Código; mas no cuando sobreviene una circunstancia de todo punto extraña al vendedor, y que, por lo mismo, no puede ser imputada a éste, como la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir la respectiva escritura, y, por tanto, la falta de tradición legal del dominio sobre lo vendido.

Prueba de obligaciones o su extinción:

Serie III, Nº 25:

Los hechos propuestos afirmativamente en la demanda, que no han sido negados por el demandado, no requieren prueba.

Serie III, N° 29:

El juez, para la admisión de pruebas, no puede hacer restricción alguna que no estuviere establecida por el legislador.

Serie III, N° 58:

El actor no tiene necesidad de probar los hechos afirmados en la demanda, si el reo no los ha negado en la contestación.

Serie III, N° 66:

Si el demandado, sin desconocer la obligación de pagar, se limita a deducir la excepción de pago, el demandante no está en el caso de justificar la demanda; pero el reo, sí, debe probar la excepción propuesta.

Serie III, N° 69:

El actor no tiene obligación de probar los hechos propuestos afirmativamente en la demanda, si el reo, al contestarla, los reconoce como ciertos, en los fundamentos aducidos en la contestación. Dado ese reconocimiento, no hay obligación de probar, por más que el reo, al concluir la contestación, niegue absolutamente aquellos hechos.

Serie III, N° 173:

Aun cuando en la contestación absolutamente negativa de la demanda, no se alegue ninguna excepción de las determinadas en el art. 1557 del Código Civil, el demandado tiene derecho de probar así contra los hechos afirmados en la demanda como contra las pruebas del actor.

Serie IV, N: 31:

El demandado, al proponer una excepción, se convierte, respecto de ésta, en actor, según el axioma jurídico "reus in exceptione actor est". Según esto, a él le toca la prueba de la excepción, caso de ser negada por el actor.

Bienes personales de los cónyuges.—Bienes de la Sociedad conyugal.—

Sobrogación.—Recompensas:

Serie I, N° 153:

Los aumentos materiales provenientes de edificación pertenecen al cónyuge propietario del inmueble, art. 1717 del Código Civil; por tanto, los herederos del otro no le pueden impedir que disponga libremente de dicho inmueble. Si tratan de asegurar las recompensas debidas a la sociedad por esos aumentos, y, al efecto, impedir la enajenación, deben proceder con arreglo a lo dispuesto en el Código de Enjuiciamientos Civiles.

Serie III, N° 46:

Los valores adquiridos por la mujer casada, forman parte del haber de la sociedad conyugal. El marido, como jefe de la sociedad conyugal, administra los bienes sociales y los de su mujer.

Serie IV, N° 1:

Tratándose de bienes inmuebles de los cónyuges, para que surta

la subrogación de un inmueble a otro, es necesario: a) La estricta observancia de lo dispuesto en el art. 1723 inciso 1º del Código Civil, y b) Que, conforme al art. 1724 inciso 4º, si hay saldo en favor o en contra de la sociedad conyugal, no sea tal que exceda de la mitad del precio de la cosa que se recibe. No concurriendo estos requisitos en la subrogación, el dominio del inmueble pertenece a la sociedad conyugal.

Serie IV, Nº 127:

La omisión de la autorización judicial, prescrita en el art. 1725 del Código Civil, para la subrogación de los derechos de la mujer casada en la compra de un inmueble, no produce la nulidad absoluta sino la relativa en orden a la subrogación, ya que dicha formalidad la establece la ley no para el **valor** de toda subrogación en bienes raíces, sino de aquella que se realiza en bienes de la mujer casada. Habiéndose establecido la formalidad de la autorización judicial en guarda de los intereses de la mujer casada, no corresponde al marido ni a sus herederos demandar la nulidad de una subrogación por falta u omisión de dicha formalidad, menos aun cuando es la misma mujer casada quien sostiene la validez de la subrogación.

Serie IV, Nº 199:

Si bien no es necesario para la subrogación de un inmueble a otro, que en la escritura de venta del primero se determine el predio que, con el precio de aquél, haya de comprarse, sí lo es que en una y otra escritura, en la de venta y la de compra, se exprese el ánimo de subrogar (art. 1723 del Código Civil). Por lo mismo, en la segunda escritura, esto es, en la de compra del nuevo inmueble, debe expresarse el propósito de que se lo compra en subrogación del que se vendió con igual propósito. Así, por las dos escrituras, deben quedar perfectamente determinados los inmuebles subrogados.

Serie IV, Nº 185:

Corresponde a la sociedad conyugal el dinero pagado después de la muerte de uno de los cónyuges, por hechos realizados durante esa sociedad (Arts. 1715 Nº 4, 1727 y 1729 del Código Civil).

Serie IV, Nº 229:

Según lo dispuesto en el numeral 2º del art. 1715 del Código Civil, a la sociedad conyugal corresponden los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, producidos durante el matrimonio.

Serie V, Nº 77:

Los gananciales no sólo son diversos de los bienes sucesorios, sino que la división de los primeros es previa a la de los segundos, conforme lo estatuye el art. 1331 del Código Civil.

Serie V, Nº 88:

La declaración hecha en escritura pública, por el mandatario del marido, no constituye prueba legal del dominio que se atribuye, en el caso, a la cónyuge, sobre el inmueble hipotecado y embargado, conforme lo establece el art. 1690 del Código Civil.—Si la cónyuge adquiere por compra un inmueble, durante el matrimonio, de acuerdo

con el art. 1715 del citado Código, dicho inmueble pertenece a la sociedad conyugal, siendo el marido respecto de terceros, dueño de ese predio, según lo prescrito en el art. 1740 del mismo Código.—No hay subrogación si, como en el caso, no hay prueba de que en la escritura de venta, se hubiese expresado el ánimo de subrogar, requisito necesario, entre otros, para que se entienda haber subrogación.

Serie V, N° 151:

Los inmuebles adquiridos durante el matrimonio, pertenecen a la sociedad conyugal, de acuerdo con el art. 1715 N° 5 del Código Civil. para que exista subrogación, es necesario que se exprese el ánimo de subrogar y que haya autorización judicial, con conocimiento de causa, como lo prescriben los arts. 1723 del Código citado.

Serie VI, N° 5:

Si realizada una partición de bienes hereditarios, en que el patrimonio del difunto está confundido con otros por razón de gananciales del cónyuge sobreviviente, y tenga que efectuarse ante todo la separación de patrimonios, en cumplimiento de lo prescrito por el art. 1331 del Código Civil, resulta que lo adjudicado a quien tenía derecho a la cuota de gananciales y también a una cuota hereditaria, es menos aún de lo que le correspondía por gananciales, es evidente la lesión grave que ese partícipe ha sufrido, y, por lo mismo, es procedente la acción rescisoria, sin que obste a ésta lo de haber vendido el partícipe contra quien se propuso la rescisión, la cuota a él adjudicada; pues, el art. 1341 del citado Código prohíbe intentarla sólo al vendedor.

Serie VI, N° 11:

Del art. 1735 inciso 2° del Código Civil, que dispone que el cónyuge debe recompensar a la sociedad por todas las deudas, cargas hereditarias y costas de adquisición que satisfaga, se deduce, como consecuencia, de que lo adquirido le pertenece a él y exclusivamente, salvada su recompensa a la sociedad. (Sólo por excepción en los casos señalados en el art. 1727 del Código Civil se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que de hecho se adquirieron después de disuelta la sociedad).

Donación entre cónyuges:

Serie I, N° 30:

Por tener siempre el carácter de revocables, no necesitan ser insinuadas las donaciones que el marido hiciese a su mujer.

Arrendamiento.—Retención.—Mora:

Serie III, N° 235:

Las relaciones jurídicas originadas por el contrato de arrendamiento, se refieren al arrendador y al arrendatario, sin consideración alguna al dominio en la cosa arrendada. Por esto, el derecho de exigir el pago del precio, corresponde al arrendador aun en el caso de no ser él, el dueño de la cosa arrendada. En consecuencia, propuesta demanda por el pago de pensiones por quien, sin ser arrendador, las pide fundado en ser dueño de la cosa arrendada, la demanda es improcedente.

Serie I, N° 19:

La retención judicial no implica orden de entrega de la cosa retenida.

Serie II, N° 79:

El decreto de retención basta para que se condene a la persona en cuyo poder se ha hecho a que entregue el crédito o cosa retenidos, omitiéndose todos los trámites y solemnidades que la ley ha prescrito como medios de obtener el cumplimiento de las obligaciones.

Serie II, N° 88:

La retención no puede ordenarse sino contra los deudores personales del que la solicitare.

Serie II, N° 94:

La retención debe pedirse al juez de primera instancia, aunque no fuere el mismo que conozca del juicio principal.

Serie II, N° 135:

Goza el arrendatario del derecho de retención de la cosa arrendada conforme al art. 1928 del Código Civil, para el caso de indemnización de daños y perjuicios, mas no para el pago de mejoras.

Serie V, N° 88:

La retención, para que surta su efecto, no necesita ser citada al cedente, conforme lo dispone el art. 1001 del Código de Enjuiciamiento Civil.—Obtenida la retención del crédito cuyo pago se demanda, por un acreedor del ejecutante, pierde éste el derecho de exigir el pago mientras ella subsista.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Serie V, N° 91:

Bien cabe que el mutuario retenga en su poder y se dé por recibido de lo que debe entregar el mutuante por otra causa.

Serie I, N° 85:

En los contratos en que se fija para el pago del precio un día determinado e incierto, el deudor no está en mora sino cuando ha transcurrido, sin efectuarlo, el indicado día, que ha de ser completo, de acuerdo con el art. 43 del C. C.

Serie II, N° 57:

La oferta de pagar lo que se debe es simple promesa de pago; y su rechazo no es suficiente para eximir al deudor de la mora en el incumplimiento de su obligación, mientras no conste haberse llevado a ejecución la promesa poniendo la cosa a disposición del arrendador y que éste se constituyó en mora de recibirla.

Serie II, N° 151:

No procede la acción resolutoria cuando ambos contratantes han faltado a sus obligaciones, porque ninguno de ellos se ha constituido en mora.

Serie V, N° 86:

Si se trata de una obligación que debe cumplirse dentro de un plazo, expresamente estipulado, vencido éste, el deudor se constituye en mora por el ministerio de la ley: inciso 1° del art. 1541 del Código Civil.—Para constituir en mora al depositario, respecto del contrato de depósito en que se ha fijado tiempo para la restitución, no es necesario previo requerimiento.

Serie VII, N° 1:

El art. 1528 del Código Civil establece claramente que, aun en el caso de haberse estipulado un plazo dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.—La mora, de acuerdo con el art. 1541 del expresado Código, necesita, para existir, en la generalidad de los casos, de la concurrencia de tres elementos: retardo en el cumplimiento de la obligación, culpa del deudor y requerimiento, refiriéndose los Nos. 1 y 2 a dos casos concretos y especiales y el 3 a todos los demás que puedan presentarse; este numeral que impone la necesidad del requerimiento constituye la regla general y los dos primeros los casos de excepción.

Serie VII, N° 4.

La cláusula penal es la apreciación anticipada de los perjuicios que pueden originarse del incumplimiento del contrato, y siendo la obligación de satisfacer perjuicios uno de los efectos de la mora, para hacer efectiva la pena es preciso que el deudor se haya constituido en mora.—Cuando se ha fijado plazo para el cumplimiento de la obligación, el deudor incurre en mora por el mero transcurso del plazo sin haberlo ejecutado, a menos que la ley exija, en casos especiales, que se requiera al deudor para constituirle en mora.—En los contratos bilaterales ninguno de los dos contratantes está en mora mientras el otro no cumpla su obligación o no se allane a cumplirla en el tiempo y modo debidos.

Precio de obra:**Serie II, N° 125:**

Si las partes no han convenido en el precio de la obra, éste debe ser avaluado por peritos.

Depósito:**Serie III, N° 169:**

Según los claros términos del art. 2213 del Código Civil, el señalamiento del plazo para la restitución del depósito no surte efecto sino respecto del depositario. Por lo mismo, el depositante puede exigir, a su voluntad, no obstante la falta de vencimiento del plazo, la restitución del depósito.

Serie V, N° 117:

En un contrato de depósito, aunque se estipule plazo para restitución de lo depositado, el depositante puede exigir en cualquier tiempo dicha restitución, renunciando el beneficio del plazo estipulado en su favor únicamente, conforme a la terminante prescripción del art.

2213 del Código Civil; y, con mayor motivo, si lejos de pactar los contratantes plazo para la duración del depósito, convienen de modo expreso en que él debe restituirse a voluntad del depositante.

Serie V, N° 129:

La estipulación de pagar intereses en el contrato de depósito, no es incompatible con la naturaleza de este contrato; pues el art. 2206 del Código Civil se refiere al caso de que se estipulase remuneración por la simple custodia de una cosa, ya que el inciso 1° de aquel artículo declara que el depósito propiamente dicho es gratuito; y, luego, en el inciso 2° se dispone que si se estipula remuneración por esa simple custodia, el depósito degenera en arrendamiento de servicio y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve; mas, bajo todo otro aspecto está sujeto a las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal.—No por pactarse intereses deja de ser gratuito el depósito, antes por el contrario, con este pago llega a ser doblemente gratuito, porque, a la guarda y custodia se añade el pago de intereses al depositante que resulta beneficiado así por los dos conceptos. Luego, si se trata de un contrato gratuito y de beneficencia, conforme al art. 1430 del Código Civil, no es posible apoyarse en el inciso 1° del art. 2206, para alegar que no es legal la estipulación de pagar intereses durante el plazo del contrato.—En el depósito de dinero, en las condiciones determinadas por el art. 2208 del referido Código Civil, el depositario tiene la facultad de emplear tal dinero en su provecho, con la obligación de restituir otro tanto en la misma moneda; y, nada se opone para que en cambio de esta facultad legal, dicho depositario se obligue a pagar intereses al depositante, desde luego que esta estipulación no altera el objeto esencial del depósito, como no lo cambia tampoco la facultad otorgada al depositario, de servirse de la cosa.—La sola estipulación de intereses no basta para que se considere mutuo el contrato que las partes calificaron de depósito; pero, si como en el caso, no sólo existe esta estipulación sino otras circunstancias, a saber la de un largo plazo y la de ser forzoso tal plazo para ambas partes, que manifiestan que la intención de los contratantes fue celebrar un contrato que cediera en utilidad de ambos, es decir un mutuo o préstamo de consumo y no un depósito propiamente dicho, no es posible considerar como depósito aquel contrato.

Transacción:

Serie I, N° 87:

La transacción no está sujeta a la acción resolutoria del art. 1479 del Código Civil, porque surte el efecto de cosa juzgada en última instancia. Art. 2442 del C. C.

Serie II, N° 146:

En cuanto la transacción se limita a declarar o reconocer derechos preexistentes, constituye título declarativo, y por tanto, no es necesario que se inscriba para que surta legalmente sus efectos.

Serie V, N° 87:

Aunque el epígrafe de un documento sea "transacción" —que es terminación de un litigio pendiente— no es tal contrato, si lo con-

venido es únicamente suspender un litigio, pero reconociéndolo como subsistente, puesto que esto no es terminarlo.

Véase, además, Serie I, N° 137.—Serie II, N° 151.

Prelación de créditos:

Serie VII, N° 9:

Los acreedores hipotecarios no están obligados a esperar los resultados de ningún concurso ni a tomar parte en él, porque tienen legítimo derecho a que mediante las acciones reales que ejerciten, se les pague con el producto de las hipotecas, bastando que, cuando hay déficit de bienes para satisfacer los créditos de primera clase, consiguen o afiancen para dicho pago una cantidad prudencial, tal como lo prescribe el art. 2461 del Código Civil.

Prescripción extraordinaria:

Serie IV, N° 184:

Para la prescripción extraordinaria de más de treinta años, no es necesario título alguno, y se presume de derecho la buena fe, de acuerdo con el art. 2492 del Código Civil. (Lote de terreno).

Serie V, N° 59:

La prescripción extraordinaria no se justifica con declaraciones de testigos, si éstos no establecen de modo inequívoco que el poseedor se hubiese dado por dueño del inmueble, cultivándolo por cuenta propia y aprovechándose de sus frutos, exclusivamente, por actos repetidos y constantes, durante treinta años por lo menos y que los hubiesen presenciado, ni dan cuenta exacta de la época inicial de la posesión. Carece de valor probatorio un instrumento privado, desde que objetada su legitimidad, los testigos que lo suscribieron a ruego de los otorgantes, si bien han reconocido sus firmas y rúbricas, no han declarado en juicio, como debieron hacerlo en cumplimiento de lo dispuesto por el N° 3 del art. 202 del Código de Enjuiciamiento Civil. Basta que el demandante haya reconocido el dominio de otro, aunque realmente éste no lo tuviere en el predio cuestionado, para que falte a aquél la prueba de su posesión, esto es, que haya tenido el predio con ánimo de señor o dueño.

Cuidado de los hijos:

Serie II, N° 151:

A la madre le corresponde el cuidado personal de las hijas de toda edad, y, por tanto, vivir con ellas, salvo el caso de excepción puntualizado en el art. 216 del Código Civil.

BIBLIOGRAFIA

- MARCELO PLANIOL y JORGE RIPERT.—Tratado Práctico de Derecho Civil.
- ROBERTO JOSE POTTER.—Obligaciones.
- F. LAURENT.—Derecho Civil.
- AMBROSIO COLIN y H. CAPITANT.—Curso Elemental de Derecho Civil.
- EDUARDO BONNIER.—Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal.
- CARLOS LESSONA.—Teoría General de la Prueba en Derecho Civil.
- LUDWIG ENNECCERUS.—Derecho Civil.
- DEMOFILO DE BUEN.—Introducción al Estudio del Derecho Civil.
- JOSE DE VICENTE y CARAVANTES.—Tratado Histórico Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil.
- FLORENCIO GARCIA GOYENA.—Código Civil Español.
- FELIPE SANCHEZ ROMAN.—Estudio de Derecho Civil.
- CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE.—Derecho Civil Español.
- FRANCISCO RICCI.—Tratado de las Pruebas.
- HECTOR LAFAILLE.—Derecho Civil.
- ARTURO ALESSANDRI y MANUEL SOMARRIVA.—Curso de Derecho Civil.
- LUIS CLARO SOLAR.—Explicaciones de Derecho Civil Chileno.
- ALFREDO PEREZ GUERRERO.—Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano.
- ALFREDO PEREZ GUERRERO.—La Sucesión por Causa de Muerte.
- LUIS FELIPE BORJA.—Estudios del Código Civil Chileno.
- CARLOS CASARES.—Instituciones del Derecho Civil Ecuatoriano.
- LUIS MIRAGLIA.—Filosofía del Derecho.
- PAUL OERTMANN.—Introducción al Derecho Civil.
- ALFONSO EL SABIO.—Las Siete Partidas.
- JUSTINIANO.—El Digesto del Emperador.
- CARLOS IV.—Novísima Recopilación.
- I. JORDAN.—Fuero Viejo de Castilla.
- LUIS JIMENEZ DE ASUA.—Libertad de Amar y Derecho a Morir.
- HUMBERTO SALVADOR.—Esquema Sexual.
- ERNESTO BUMM.—Tratado Completo de Obstetricia.
- LUIS ALOISE.—Tratado de Fisiología.
- KNUT WICKSELL.—Lecciones de Economía Política.
- FRANCISCO A. RISQUEZ.—Manual de Medicina Legal.
- CH. VIBERT.—Manual de Medicina Legal y Toxicología.
- LEYES: Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código Penal, Código de Comercio, Ley de Registro Civil.
- REVISTA DE LA SOCIEDAD JURIDICO LITERARIA.
- GACETA JUDICIAL.
- LUIS PASTOR C.—Concordancias del Código Civil Ecuatoriano.