

LECCIONES

DE

Derecho Práctico

CIVIL Y PENAL

POR

VICTOR M. PEÑAHERRERA

Profesor de dicha Asignatura, por oposición,
en la Universidad Central del Ecuador.
Presidente del Colegio y la Academia de Abogados en la Central
de la República.

MULTILIBRO J.V.C.

COMPRA VENTA DE LIBROS
NUEVOS Y USADOS

Av. 10 de Agosto N13-44 y Ante
Tel.: 2 547-834 Cel.: 065 621-481

TOMO PRIMERO

QUITO—ECUADOR

Talleres Gráficos de Educación.

Dr. Jorge M. Alvarado
ABOYADO

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

CONSIDERANDO:

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

ACUERDAN:

- 1º.—Dejar constancia de su agradecimiento por el apoyo prestado,
- 2º.—Enviar una copia de este Acuerdo al doctor Abelardo Montalvo; y
- 3º.—Publicarlo anexo al Primer Tomo de la obra.
Dado en Quito, a 17 de Abril de 1943.

F.) Francisca Alvarez, Nirma Herrera, Alberto de Gurrán Polanco, Olimedo Lupera, Jorge Cernejo E., Juan Francisco Sevilla, Francisco J. Salgado, César Espindola Pine, Octavio Denese Velasco, Rodrigo Alvarez S., Alvarez Ponce, Alfredo Denese D., Alfonso Mora V., Celón Morales, Carlos Ponce M., Gonzalo Cajise, Julio Oplina E., José Nájera E., Guadberto León, Hugo Avilés, Carlos Mendoza, José R. Zambrano, Cristóbal O. Mora, Jorge Almeida H., Luis Santillán, Juan Hermanson, Gonzalo Córdova, Alejandro Gallegos, Hugo Jativa, Vicente García, Miguel Dávalos, Anibal Cáceres A. Herracio Fabara.

LECCIONES

DE

DERECHO PRACTICO

CIVIL Y PENAL

Dr. Jorge O. M. ...
1802150

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

CONSIDERANDO :

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

ACUERDAN:

- 1º—Dejar constancia de su agradecimiento por el apoyo prestado,
 - 2º—Enviar una copia de este Acuerdo al doctor Abelardo Montalvo; y
 - 3º—Publicarlo anexo al Primer Tomo de la obra.
- Dado en Quito, a 17 de Abril de 1943.

F.) Francisco Alvarez, Nínfa Herrera, Alberto de Guzmán Polanco, Olmedo Lopera, Jorge Cerníde, Ki, Juan Francisco Sevilla, Francisca I. Salgado, César Espíndola Pino, Celavie Denece Velasco, Rodrigo Alvarez S., Alvarez Ponce, Alfredo Denece D., Alfonso Mora V., Celso Morales, Carlos Ponce M., Gonzalo Cajías, Julio Ospina E., José Nájera E., Gualberto León, Hugo Avilés, Carlos Mendoza, José H. Zambrano, Cristóbal O. Mora, Jorge Almeida H., Luis Santillán, Juan Hermanson, Gonzalo Córdova, Alejandro Gallegos, Hugo Játiva, Vicente García, Miguel Dávalos, Aníbal Cáceres, A. Heraldo Fabara.

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



PROLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero a la enunciaci6n y desarrollo de los principios generales, deben seguir la aplicaci6n de los mismos a las disposiciones, ilustrado por aquellos principios. Este tratado se dividirá, por tanto, en dos partes, en cada materia que, por su importancia, lo exija: la primera, para la teorí a del Derecho Práctico, o sea para la exposici6n sintética de los principios generales; la segunda, para el estudio analítico de las leyes positivas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Tomo 1.^o—N.^o 111.

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

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

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

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

V. M. PENAHERRERA.

LECCION PRIMERA

INSTALACION DEL CURSO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pública, están indudablemente preocupados de punto tan fundamental.

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

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

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

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

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

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

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

Tal es nuestro programa.

PARTE DOCTRINAL

NOCIONES GENERALES

JURISDICCION - COMPETENCIA

LECCION SEGUNDA

Noción General del Derecho Adjetivo y del Código de Enjuiciamientos Civiles

SINOPSIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Empléanse, empero, generalmente en el lenguaje jurídico estos términos, adoptados por Bentham, porque las instituciones y leyes de la segunda clase suponen la existencia de las de la primera, y sin éstas no tendrían razón de ser. Algunos autores franceses llaman Derechos Determinados a las primeras, y Sancionados a las segundas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo concerniente a la aplicación de la Ley Penal, en el Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal: En el Código de Policía lo tocante a la jurisdicción y al procedimiento establecidos para los diversos asuntos a que se extienden las atribuciones de las autoridades de esa clase:

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

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

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

W

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) "Hay dos especies de solemnidades judiciales: unas que pertenecen sólo a la sustanciación; por lo cual los juristas consultos las llaman ordinarias; otras que se refieren al derecho mismo, y cuya omisión neutraliza o extingue la acción, desahucaría litis." Merhin, *Et. retrc.* Sec. III, § VIII.

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

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

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

(1) Tomo IV.

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

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

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

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

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

(1) Art. 370 del Código de Enjuiciamientos.

(2) Art. 1035 del Código de Enjuiciamientos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Nuestro Código Civil señala cuatro fuentes de las obligaciones, en su Art. 1437: los contratos, las cuasicontratos, los hechos ilícitos y la ley; y cita, como ejemplo de la última, las obligaciones de los padres y los hijos de familia. Más aun en este caso concurren los dos elementos susodichos: para que el padre que A deba alimentos a B, en calidad de padre, regularme, por un parte, la ley que instituya esa obligación, y por otra, el hecho de la paternidad, que ponga a los dos individuos en el caso de la ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Cambios de jurisdicción, 6 que allí figura la reforma de 1888.
 (1) Conflictos de procedimiento, que ocurren con la reforma de 1888.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con esta doctrina, la Ley Orgánica de Chile dice en su Art. 103: "Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante el tribunal competente, no se altera esta competencia por causa sobreviniente". Y en el foro chileno se considera esta regla legal como un corolario del Art. 125 de la Constitución, según el cual, "ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley, y que se halle establecido con anterioridad por ésta".

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

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

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

En esta importante materia de los límites temporales de las leyes adjetivas, pueden consultarse los siguientes autores: Merlin, *Compétence* § III; Dalloz, *Comp.* Nº 55; Duvergier (Anotaciones de Toullier) Tomo I, pág. 83; Demolombe, Tomo I, Nº 67; Baudry-Lacantinerie, Tomo I, pág. 176; Garsonnet, Tomo I, pág. 634; Tomo II, pág. 11 a 14; Aubry et Rau, Tomo I, págs. 58 y 59; Bonnier (*Proced.*) Nº 12; Id. Pruebas, Tomo II, Nº 920; Savigny, Tomo VI (octavo de la edición francesa) § CCCXLIV y siguientes; Ballesteros, Tomo I, pág. 14; Tomo II, pág. 149; Borja, Tomo I, pág. 167; y muchos otros.

tado: "Si bien debe acatarse el parecer de jurisconsultos como Merlin, Duvergier, Baudry-Lacantinerie, no lo aceptamos en este punto; porque, lo repetiremos siempre, la verdad y los principios son más respetables que la opinión de los hombres, por distinguidos y eminentes que sean."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la forma legal de la soberanía y jurisdicción o procedimiento con libertades de orden público e interés social, las vigentes al tiempo del litigio prevalecen sobre las que existían cuando tuvo lugar el hecho que dió origen a él, sin que haya en las partes interesadas ningún motivo o derecho para que se observen respecto de las leyes modificadas o derogadas. De la misma manera, y por la misma razón de pertenecer al orden público, las leyes de jurisdicción y procedimiento del país en que se sigue el litigio, prevalecen sobre las existentes en el que acaeció el hecho motivador de la controversia.

A este respecto, el principio de Derecho Internacional Privado *locus regit actum* es perfectamente equivalente al *tempus regit actum*, que decide los conflictos entre los límites temporales. El juez no puede, pues, en ningún caso emplear formas de procedimiento no autorizadas por la ley nacional; así como no puede observar formas o trámites ya derogados por la misma. Por consiguiente, si se ha celebrado el contrato o realizado el hecho en un país en que están sometidos al derecho esos asuntos civiles, y la controversia se trabada en otro, que no reconoce tal institución o la aplica sólo en asuntos criminales, de ninguna manera podrán los interesados alegar la ley extranjera para que su causa sea juzgada por el jurado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nuestro Código Civil establece, empero, una restricción, con respecto a la prueba instrumental; pues en su Art. 17 dice: "En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas."

"Disposición acertadísima" —dice el comentarista del Código Chileno— "pues son de Derecho Público las disposiciones que determinan las solemnidades de los contratos, y que los tienen por no celebrados mientras éstas no se hubieren observado" (1).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y en el Código de Procedimiento, la siguiente:

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

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

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

(2) La Academia no ha querido todavía admitir este vocablo como bello y otros autores traducen el substativo francés.

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Esta voz técnica no tiene en el Diccionario académico ni en la legislación española la significación especial que le dan nuestro Código de Enjuiciamientos (art. 973), el de Costa Rica (art. 140) y otros.

dad o injusticia en contra de los extranjeros, la caución *judicatum solvi* no tiene otro objeto que el de igualarlos a los nacionales en cuanto a las contingencias del juicio.

Si un extranjero que litiga contra un francés triunfa en la causa, dicen, tiene seguridad de hacer efectivo su derecho por medio de los apremios y más medidas coercitivas, de las cuales el francés difícilmente podrá librarse; mas si sucumbe en el juicio, puede eludir por medio de la fuga todas las responsabilidades a que fuere condenado, sin que la fuga importe para él un desfuero, ni tenga los graves inconvenientes con que para ella tropiezan los nacionales o extranjeros domiciliados (1).

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

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

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

(1) Garsonnet, T. II, pá. 384; Bonnier, (Proced.) Nº 405; Bonfills, Nº 368; Boizard, T. I, pá. 397.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

procedimiento apropiado para su seguridad y cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Hubo también reformas en 1886, 86, 90 y 92, entre las cuales fué la más notable la de la separación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, decretada el año 90 y subsistente hasta la fecha. (Con estas reformas se publicó la edición de 1892.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LECCION TERCERA

DE LA JURISDICCION

SINOPSIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal vez para evitar toda duda al respecto y dejar explícitamente consagrado este principio, nuestro Código del año 69 comenzó definiendo la jurisdicción en los términos que ya recordamos (N° 16). El año 78 se reformó ese artículo, dejándolo como hasta ahora existe (2); pero el principio quedó radicado en nuestras instituciones; y las leyes de procedimiento que tratan de la ejecución de los fallos judiciales, lo aplican y desarrollan inalterablemente.

La Ley Orgánica de Chile comienza también, como

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les está especialmente vedado:

- 1º Ejercer o arrogarse atribuciones correspondientes a las autoridades políticas o administrativas, e impedir que las ejerzan los funcionarios a quienes corresponden:
- 2º Oponerse a la ejecución o aplicación de las leyes emanadas del Poder Legislativo, aunque parezcan inconvenientes o injustas. El juez que así las considere y no quiera proceder contra su convicción moral ni hacerse cómplice de la injusticia, debe dimitir el cargo; mas no puede, en ejercicio de él, eludir la ley o abstenerse de cumplirla:

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

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

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

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

(1) De l' Esprit des Loix.

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

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

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

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

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

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

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

Esa regla legal refiérese únicamente a los actos de los individuos en la vida civil, y de ninguna manera a las funciones de los empleados públicos, para los cuales la regla es enteramente contraria: no tienen otras atribuciones que las que expresamente les ha concedido la ley. Así lo declara la Constitución política de Chile en su Art. 151 (1) y sería de desear que también en la nueva se consignara tan fundamental e importante principio.

20.—Leyes inconstitucionales.—No puede el juez—dijimos—dejar de aplicar la ley, por reputarla inconstitucional o injusta. Pero si la cree inconstitucional? Los expositores franceses extienden la prohibición a este caso. “El juez no puede juzgar la ley”—dice Laurent—“pero ¿está obligado también a aplicarla cuando ella es inconstitucional? Esta cuestión corres-

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

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

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

"puede más al derecho público que al derecho civil. No
 "diremos sobre ella sino una sola palabra. Nuestra Cons-
 "titución prevé el caso en que decretos reales sean con-
 "trarios a la ley; ella establece el deber de parte de los
 "tribunales de examinar la legalidad de los reglamentos
 "que se invocan ante ellos, y de no aplicarlos si no son
 "conformes a la ley (Art. 107). Pero la Constitución
 "no da al juez el derecho de examinar la constitucional-
 "dad de las leyes, y esto basta para resolver la cuestión.
 "Y verdad es que el legislador está ligado por la Constitu-
 "ción; no puede derogar en ella disposición alguna, y en
 "teoría podría decirse que la ley que viola la Constitución
 "está viciada de nulidad, así como el decreto real que vio-
 "la la ley. Pero la Constitución no consagra esta teoría.
 "Desde el momento en que la ley es dictada según las
 "formas constitucionales, ella obliga a los tribunales del
 "mismo modo que al Gobierno y a los ciudadanos. Sería
 "menester una disposición formal en la Constitución que
 "autorizase al juez para no aplicar la ley, fundándose en
 "que ésta es inconstitucional. Por lo mismo que la Cons-
 "titución no confiere este poder a los tribunales, es evi-
 "dente que se le rehusa. Teme sin duda quebrantar el
 "respeto debido a las leyes, permitiendo atacarlas por el
 "motivo o pretexto de que son inconstitucionales (1)."
 Y de modo más terminante Garsonnet: "Los tribu-
 "nales no tienen el derecho de apreciar la constituciona-
 "lidad de las leyes y negarles el carácter obligatorio. Es-
 "ta es la consecuencia más grave del principio de la sepa-
 "ración de los poderes legislativo y judicial; pero se ha
 "convenido en admitirla, aunque ningún texto la procla-
 "me, porque de otro modo sería muy fácil atajar la eje-
 "cución de todas las leyes con el pretexto de que ellas
 "fuesen contrarias a principios legislativos o constitucio-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Posteriormente modificó la definición en estos términos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LECCION CUARTADE LA JURISDICCION

(Continuación)

SINOPSIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1° Que ningún juez puede ejercer jurisdicción fuera de su territorio;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Así lo han declarado repetidas veces nuestros tribunales. Gaceta Judicial, N.º 7, Serie 1.ª pag. 55; N.º 39, pag. 310, etc.

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

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

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

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

El erróneo argumento en que se ha basado entre nosotros la práctica contraria (sobre todo en el foro bajo y en los campos), dando lugar a gravísimos abusos, ha consistido en la absurda inteligencia y aplicación del Art. 8º del Código Civil, como lo anotamos en el lugar respectivo (Nº 19).

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

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

(2) Nuestra Corte Suprema lo declaró también expresamente, en sentencia de 9 de Agosto de 1893: y anuló a costa del juez todo lo actuado para dar posesión material al comprador de un inmueble.—Gaceta Judicial. Serie 1ª, Nº 20, pág. 158.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

34.—Tercera división: acumulativa o privativa.—

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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