
PARTE LEGAL

DE LA

JURISDICCION Y DEL FUERO

APENDICE

EL DERECHO ADJETIVO MERCANTIL

ADVERTENCIAS RELATIVAS A LAS

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

87.—Los pueblos de la América latina viven aislados o incommunicados entre sí. De la evolución política de cada uno se sabe algo en los otros, porque los periódicos se encargan de darla a conocer, y porque los fenómenos relativos a ella suscitan la curiosidad frívola y los suspicaces cálculos de las ambiciones y recelos internacionales. Mas el movimiento y desarrollo jurídico es casi totalmente ignorado; y esto es un grave obstáculo para la fácil inteligencia de esos pueblos; para su colaboración en orden a los altos fines e intereses comunes, y especialmente para la fijación y afianzamiento de los principios relativos al Derecho Internacional Privado.

Sumo trabajo nos ha costado, por tal motivo, las concordancias con los Códigos de los países vecinos; pero hemos insistido en ellas, no sólo para el juicio crítico y comparativo de nuestra ley, sino para despertar en los jóvenes el interés por ese género de estudios, y estimularlos a la vida de comunicación y de relaciones con dichos pueblos, a los cuales nos ligan vínculos muy sagrados, cuya conservación y estrechamiento son de la más trascendental importancia.

No estamos seguros, por lo mismo, de que las leyes extranjeras a que nos referimos no estén tal vez derogadas o cambiadas por otras posteriores, o de que no haya inexactitudes en las ediciones que hemos podido tener a la vista.

88.—Con respecto a nuestras leyes, creemos convenientemente que los alumnos conozcan el origen histórico de cada una de las disposiciones; y a este fin mencionaremos el Código de 69, que es, hasta cierto punto, el tronco o raíz de nuestra legislación actual, y el que, en verdad, nos emancipó de la madre patria, en la materia sobre que versa.

Nuestro legislador ha expedido sólo dos Códigos de Enjuiciamientos Civiles, llamados así y discutidos y sancionados en conjunto: el de la Convención Nacional de 69, que empezó a regir el 10 de Agosto de 71; y el de la Asamblea Nacional de 78, vigente desde el 9 de Octubre de 79. Antes de 69, tuvimos diversas **Leyes de Procedimiento**, deficientísimas; precedidas siempre de la consabida fórmula sobre el orden en que debían aplicarse las leyes (a), y que dejaban inmenso campo a las tradiciones,

(a) Decía así aquella fórmula: "Art. 1º El orden con que deben obser-

"varse las leyes en todos los tribunales y juzgados de la República, civiles,

"eclesiásticos y militares, así en materias civiles como en criminales, es el siguiente:

"1º Las leyes o decretos expedidos o que en lo sucesivo expidiere el Poder Legislativo, y los decretos que expidiere el Gobierno para ejecución de las leyes:

"2º Las del Código Civil, mandado observar desde 1º de enero de 1861:

"3º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español, sancionadas hasta el 18 de Marzo de 1808, que estaban en observancia, bajo el mismo Gobierno español, en el territorio que forma hoy la República:

"4º Las de la Recopilación de Indias:

"5º Las de la Nueva Recopilación de Castilla:

"6º Las de las Siete Partidas:

"7º Los sagrados Cánones, en las cuestiones eclesiásticas.

condiciones y rutinas del Derecho Español; y después de 78, han dictado sólo reformas y más reformas, con las cuales se han hecho sucesivas ediciones oficiales; pero no ha debido a pensarse en un Código nuevo.

El de 78, es, por tanto, el que rige hasta ahora, con todas aquellas innumerables reformas posteriores; y por lo mismo, cuando no indiguemos en los comentarios el caso en que se haya dictado el artículo de que tratemos, entenderá que éste fué puesto en el Código de 78.

Código de Enjuiciamientos en Materia

Civil de la República del Ecuador

LIBRO PRIMERO

DE LA JURISDICCION DE LAS PERSONAS QUE LA EJERCEN Y DE LAS QUE INTERVIENEN EN LOS JUICIOS (a)

TITULO PRIMERO

DE LA JURISDICCION Y DEL FUERO

SECCION PRIMERA

DE LA JURISDICCION

Art. 1º La Jurisdicción, o el poder de administrar justicia, corresponde a los Magistrados y Jueces establecidos por las leyes.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS (b)

89.—Esta regla legal, copiada casi literalmente del

(a) Separada del Código de Enjuiciamientos la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta antigua fórmula que, copiada del Código del Perú, ha servido de rubrica del Libro I del nuestro, desde 1869, no corresponde exactamente a su objeto; pues de los jueces, que son las personas que ejercen la jurisdicción y figuran entre las que, como principales, intervienen en los juicios, no trata ya el Código. Mejor sería, como ya observamos, que este Libro se dejase sólo para la jurisdicción, y de lo relativo a las partes y los procuradores se tratase en un capítulo preliminar del Libro II, y de los peritos e intérpretes en la materia de las pruebas (Nº 13).

(b) Transcribiremos en las notas las disposiciones citadas en las CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS, cuando no sean enteramente iguales al artículo comentado, y la diferencia tenga alguna importancia, atento el asunto de que se trate.

Art. 1º del Código de Enjuiciamientos Peruano (a), modelo del nuestro, en gran parte (Nº 11), concuerda con el artículo 100 de la Constitución (b) y el 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (c); y contiene un principio de Derecho Público, propio de aquellos cuerpos de leyes; más bien que del Código de Enjuiciamientos (d).

Nuestro Código del año 69, plagado de definiciones (aunque no tanto como algunos de sus congéneres, el salvdoreño, por ejemplo) comenzaba así: "Jurisdicción es la potestad de que se hallan investidos los jueces y magistrados para administrar justicia y hacer que se ejecute lo juzgado" (e).

Los Códigos no deben contener definiciones, explicaciones ni clasificaciones propias de obras didácticas o tratados científicos, sino disposiciones o reglas prácticas que sirvan para decidir los casos que se presenten. *Omnis definitio in Jure Civile periculosa est*, decía el Digesto, Lb. 50, tít. 7, l. 202 (*De regulis juris antiqui*): El año 78 se substituyó aquel primer artículo del año 69 con el que hasta ahora se conserva vigente.

En la parte doctrinal estudiamos lo que es la jurisdicción; lo que significa la frase *administrar justicia*, y

(a) Todas las citas al Código del Perú se refieren al que se expidió en esa República en 1851, si no se advierte otra cosa.

(b) "Art. 100. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema, las Cortes Superiores y los demás Tribunales y Juzgados que la Constitución y las leyes establecen".

(c) "Art. 1º La justicia se administra por los Juzgados y Tribunales establecidos por la Constitución y las leyes".

(d) Como tal, figura en el Art. 1º de las Leyes de Org. Jud. de Chile, Buenos Aires, Bolivia y Honduras. Pero consta también en varios Códigos de Procedimiento.

(e) Esta definición, generalmente adoptada en la doctrina, consta en varios Códigos extranjeros. El de Nicaragua dice: "Art. 21. Jurisdicción es la potestad de conocer y sentenciar en las causas civiles y criminales que compete por la ley".

Y el del Salvador: "Art. 21. Jurisdicción es el poder de administrar justicia, conforme a las leyes".

las operaciones que comprende, entre las cuales figura, ya por su misma naturaleza, ya por el sistema general de nuestra legislación, la de **ejecutar lo juzgado** (Nos. 14, 16 y 17). De modo que la reforma del año 78, en que se eliminaron las últimas palabras del Art. del año 69, no significa que se haya cambiado de doctrina a este respecto; y lo único que en realidad se propuso el legislador fué quitar a esa regla legal la forma de definición que antes tenía (a).

90.—**Juez** se llama toda persona investida de la facultad de administrar justicia. **Hombres bonos que son puestos para mandar el facer derecho.** Part. 3°, tít IV. L. 1ª—(b).

Magistrado es, entre nosotros, el que tiene el cargo de administrar justicia en las Cortes Superiores, en el Tribunal de Cuentas y en la Corte Suprema. Todo Magistrado es Juez, pero no todo Juez es Magistrado.

Juzgado es la autoridad encargada de administrar justicia, considerada de un modo abstracto o impersonal. **Tribunal**, aquella misma autoridad, ejercida por una corporación o cuerpo colegiado, o bien la propia corporación o cuerpo.

Se emplea también esas palabras para significar la oficina o despacho en que se administra justicia, o la

(a) De acuerdo con esto, la Ley Orgánica del Poder Judicial dice: "Art. 7º Los funcionarios del Poder Ejecutivo están obligados a proporcionar el auxilio de la fuerza armada cuando lo soliciten los Jueces o Tribunales para la ejecución de sus disposiciones".

En la Ley Orgánica de Chile y de Honduras se declara también expresamente que al Poder Judicial compete la facultad de hacer ejecutar lo juzgado. Art. 1º.

(b) La Ley Orgánica Judicial de Bolivia dice: "Art. 10. Jueces son los que por Pública autoridad están puestos para conocer de los pleitos y decidirlos, como el juez de partido, el juez instructor"

Y el Código de Proc. Uruguayo: "Art. 9º Jueces son los que, por pública autoridad, están facultados para conocer de las causas civiles y criminales, y hacen ejecutar lo juzgado".

judicatura misma, es decir, el oficio o empleo de administrar justicia.

En el Derecho Romano, bajo el sistema formulario, se llamaba **Magistrado** el funcionario público investido de jurisdicción y de mando (el rey, los cónsules, los pretores, los procónsules, los pretores, etc., según los tiempos y lugares), ante quien las partes deducían sus pretensiones y fijaban la materia de la controversia; y Juez la persona que el Magistrado nombraba, para que, recibidas las pruebas y examinados los hechos, decidiese la cuestión, con arreglo a la fórmula que él le entregaba.

Cuando, al tratar del Procedimiento, hagamos un sucinto resumen de los tres sistemas que sucesivamente prevalecieron en Roma, se conocerá mejor la significación especial que esas palabras tenían en aquel Derecho.

En Francia se denominan Jueces o Magistrados los de Paz, los miembros de los Tribunales ordinarios de primera y segunda instancia, y los de Comercio. Los de la Corte de Casación se llaman *Conseillers*. En España se llaman también *Consejeros* los de la Audiencia.

Art. 2º Ejercen también jurisdicción las personas que los interesados nombran para que, como árbitros, conozcan en algún negocio particular.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

91.—La regla de este artículo—copia literal del segundo del Código Peruano—está comprendida en la del primero; pues los árbitros son también establecidos por las leyes, y como tales figuran en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si no la entenderíamos así, resultaría incompatible con la segunda parte del Art. 3º, que dice que el Poder Judicial no puede ejercerse sino por las personas que designan las leyes.

A voluntad de las partes queda acudir a la jurisdicción arbitral y elegir las personas que han de ejercer el cargo; pero la institución está fundada en la ley; y de la ley reciben los árbitros la autoridad judicial que da a sus fallos la fuerza de cosa juzgada (Nº 35).

Este artículo es, por tanto, innecesario y aun inconveniente, porque da lugar a confusión de ideas.

Art. 3º El poder de administrar justicia es independiente: no puede ejercerse sino por las personas que designan las leyes: y su ejercicio se distribuye en razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

92.—Este artículo, que, copiado también del Código Peruano (a), no consta en el nuestro de 69, tiene tres partes. La primera es un principio fundamental del Derecho Público, que debió estar en la Constitución, o en la Ley Orgánica del Poder Judicial, como generalmente se observa en las legislaciones extranjeras (b); pero no en el Código de Enjuiciamientos.

Nuestra Constitución actual no consigna de un modo explícito y terminante este principio, como lo hacen la de Chile, la del Perú y muchas otras; pero lo tiene sobreentendido y, por decirlo así, encarnado en todo el sistema

(a) Código Peruano: "Art. 4º El poder de administrar justicia es independiente: y no puede ejercerse sino por las personas señaladas en este Código.

"Art. 5º Ninguna persona o corporación ejerce este poder en toda su plenitud: su ejercicio se distribuye en razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados".

(b) La Ley Org. del Poder Judicial del Imperio Alemán empieza así: "Art. 1º El Poder Judicial se ejerce por tribunales independientes, sometidos únicamente a la ley".

Y la de Honduras: "Art. 1º La facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de justicia".

de las disposiciones, como que ha sido siempre una de las ideas esenciales de nuestra organización política. Así, en el Art. 4º declara que la Soberanía se distribuye en tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, cada uno de los cuales ejerce las atribuciones señaladas por la Constitución y las Leyes. En el 81 prohíbe al Poder Ejecutivo, entre otras cosas, detener el curso de los procedimientos judiciales y atentar contra la independencia de los jueces. Y por este orden, tenemos diversas disposiciones, así en la misma Constitución, como en las leyes secundarias (Nos. 18 y 19).

93.—La segunda parte pertenece también al Derecho Público, y es un principio tan obvio, que no era necesario consignarlo en ningún Código. Además, estaba ya comprendido implícitamente en el Art. 1º; pues si la jurisdicción corresponde a los Magistrados y Jueces establecidos por las leyes, síguese que no puede ejercerse sino por las personas designadas por ellas (a).

El propósito del Legislador, al insistir en esto, ha sido hacer resaltar la incompatibilidad de la delegación de la jurisdicción con la naturaleza y espíritu de nuestras instituciones, sin embargo de haber omitido la declaración expresa de este principio, hecha por el Código Peruano en su Art. 3º, y por muchos otros Códigos (Nº 85) (b).

Al tratar de las garantías individuales y políticas,

(a) El Código Judicial Colombiano decía: "Art. 139. Jurisdicción es la facultad de administrar justicia, la cual corresponde únicamente al Poder Judicial". Mas la Ley 72 de 1890 reformó así ese artículo: "Jurisdicción es la facultad de administrar justicia, la cual corresponde al Poder Judicial".

(b) La Ley de Organización Judicial de Bélgica dice: "Art. 138. Los jueces no pueden delegar una jurisdicción, pero sí encomendar a otros la instrucción de diligencias, en los casos determinados por la ley".—Id. la de Bolivia. Arts. 24 y 25".

Respecto del sentido lato de la jurisdicción, de los límites entre la judicial y los demás poderes públicos, y del concepto de la administrativa, recaudarse lo que dijimos en la PARTE DOCTRINAL Nos. 16, 18 y 22.

puntualiza nuestra Constitución, en el N° 10° del Art. 26, **la de no ser juzgado por comisiones especiales, ni privado de sus jueces naturales.** A esto alude también, quizá, esta parte del artículo que estudiamos.

94.—En la tercera, partiendo del antecedente, declarado de modo expreso por el Código Peruano, de que el poder de administrar justicia **no corresponde en toda su plenitud a una sola persona**, determina las bases para la distribución de la jurisdicción, empleando la palabra **cosas** en vez de **materia**, que es más propia y generalmente usada en el lenguaje jurídico (a); y silenciando la **cuantía**, que es también, como ya lo sabemos, una de las bases de dicha distribución (Nos. 21 y 26).

Art. 4° La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria o propia, prorrogada, acumulativa, privativa o especial, legal y convencional.

Jurisdicción voluntaria es la que ejercen los jueces en las demandas que por su naturaleza, o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contienda.

Jurisdicción contenciosa, es la que se ejerce por los jueces sobre las pretensiones opuestas de dos o más partes que contienden en juicio.

Jurisdicción ordinaria o propia es la que se ejerce sobre todas las personas o cosas sujetas al fuero común.

Jurisdicción prorrogada es la que ejercen los jueces sobre las personas que, no estando sujetas a ellos, consienten en someterseles o quedan sometidas por disposición de la ley.

Jurisdicción acumulativa o preventiva es la que puede ejercerse por dos o más jueces, quedando el conocimiento de la causa con quien se anticipó a conocer de ella.

Jurisdicción privativa o especial es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de causas, o al de las causas de cierta clase de personas, con inhibición de los demás jueces.

Jurisdicción legal es la que nace únicamente de la ley.

Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes.

(a) El Código de Procedimiento Italiano dice: "Art. 67. La competencia é determinada per materia o valore, per territorio, per commissione o continenza di causa". Literalmente igual es la regla del Art. 23 del Código de Venezuela y 79 de Honduras.

Y Mattirolo critica justamente esta regla del Código Italiano, por haberse omitido en ella los **grados**, y puesto la **conexidad** que no es base general para la distribución de la jurisdicción. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, N° 8).

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

95.—Al leer este artículo no parece sino que tenemos entre manos un mal texto de enseñanza o libro de doctrina. Enumeraciones y definiciones de esta clase no se encuentran ya sino en muy pocos Códigos modernos. Nuestro Legislador del año 69 quiso, empero, superar en este punto al peruano, procurando hacer un extracto más fiel de Escriche.

Estudiamos separadamente cada uno de los incisos.

Inciso 1°—Tiene el defecto de no contraponer los términos correlativos, como exige la lógica al tratarse de divisiones. Debíó decir (a): **contenciosa o voluntaria; ordinaria o especial; acumulativa o privativa; legal o convencional; propia o prorrogada** (N° 28).

No es el caso de una simple enumeración de las varias jurisdicciones, sino de verdaderas **divisiones**, cada una de las cuales tiene sus términos contrapuestos y considera el asunto desde diverso punto de vista.

Además, confunde o identifica cosas que son entre sí distintas y corresponden a diferente orden de ideas, como las calidades de **ordinaria y propia, privativa y especial**; pues puede muy bien la jurisdicción ordinaria no

(a) El Código Judicial Colombiano, observando esta regla, dice: "La jurisdicción se divide en ordinaria y especial, en privativa y preventiva, en prorrogable e improrrogable, y en contenciosa y voluntaria" Art. 139.

El nuestro del año 69 decía: "Art. 2° La jurisdicción es contenciosa, voluntaria, ordinaria o propia, prorrogada, acumulativa, privativa, legal, convencional, y especial".

El Peruano (Art. 69) y el Salvadoreño (Art. 22): "La jurisdicción es ordinaria, privativa, voluntaria o extraordinaria".

ser propia, y la propia no ser ordinaria; así como puede también la privativa no ser especial, y la especial no ser privativa, como ya lo sabemos. (Nos. 33 y 34).

96.—**Inciso 2°— Voluntaria.**— La definición de **jurisdicción voluntaria**, copiada literalmente de Escriche en el Código de 69 y conservada hasta la fecha, es más obscura que el objeto definido; pues no se sabe, según ella, cuáles son esas demandas que, **por su naturaleza o por el estado de las cosas, se resuelven sin contradicción.** En la parte doctrinal hemos estudiado ya en qué consiste verdaderamente esta jurisdicción. (Nos. 29, 30, 31 y 32) (a).

97.—**Inciso 3°— Contenciosa.**— La definición de la **contenciosa**, tomada también de Escriche desde el año 69, tampoco es muy exacta; pues hay casos en que, promovido un litigio, el demandado no deduce ninguna oposición ni hace nada por defenderse, y, a veces, reconoce y confiesa paladinamente la justicia de la demanda; sin que nada de esto obste a que la jurisdicción sea contenciosa. (N° 29) (b).

98.—**Inciso 4°— Ordinaria o propia.**— Siguiendo a Escriche, incurre aquí otra vez el Código en el palmario error de confundir la **jurisdicción ordinaria con la propia.**

(a) El Código Judicial Colombiano dice: "Art. 147. Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en asuntos que requieren una decisión judicial, pero que no constituyen controversia".

• En el Código Peruano y otros, siguiendo el lenguaje de algunos autores, se denomina jurisdicción voluntaria la que en nuestro Código lleva el nombre de convencional.

El Salvadoreño incurre en manifiesta confusión de ideas, diciendo: "Art. 26. Tienen jurisdicción voluntaria los árbitros y los jueces ordinarios en asuntos en que no hubiere contención de partes".

(b) Código Judicial Colombiano "Art. 146. Jurisdicción contenciosa es la que se ejerce en asuntos en que hay contradicción o controversia que se decide por una sentencia".

Código de Enjuiciamientos de Portugal "Art. 1° Es contencioso el procedimiento cuando mantiene los derechos cuestionables".

La definición corresponde a la ordinaria; pero no es verdadera definición; porque decir que jurisdicción ordinaria es la que se ejerce sobre las personas y cosas sujetas al fuero común, equivale a que se dijera: la que se ejerce sobre las personas y cosas sujetas al fuero ordinario; ya que jurisdicción ordinaria y fuero común son cosas idénticas.

El Código de 69 decía: "Jurisdicción ordinaria es la que ejercen los jueces comunes en virtud de las facultades inherentes a su empleo" (a).

Recuérdese, con respecto a estos puntos, lo que hemos observado en los Nos. 33 y 36.

99.—**Incisos 5° y 6°— Prorrogada.— Acumulativa.**— Respecto a la **jurisdicción prorrogada** y de la **acumulativa** o **preventiva**, definidas en estos dos incisos, nos limitaremos también a referirnos a lo expuesto en los Nos. 34 y 36.

Las definiciones legales son absolutamente idénticas a las del Código de 69, y no constan en el Peruano (b).

100.—**Inciso 7°— Privativa o especial.**— Aquí se confunde otra vez la **jurisdicción privativa con la especial**, que corresponde a un orden diverso de ideas, según lo hemos observado en los números 95 y 98.

Lo privativo de la jurisdicción depende de ser uno solo el juez a quien corresponde el conocimiento del asunto; lo especial, de estar éste separado o exceptuado del fuero común. Puede, por tanto, la jurisdicción especial ser privativa o acumulativa, según que para el conocimiento

(a) El Código Peruano dice simplemente: Art. 7° La jurisdicción ordinaria se ejerce sobre todas las personas y cosas del fuero común. Id. el Salvadoreño. Art. 24, y Colombiano. Art. 140.

(b) El Colombiano dice: "Art. 144. Jurisdicción prorrogada es la que puede extenderse a negocios que comunmente no le corresponden". "Art. 145. "Jurisdicción improporrogable" la que no puede salir de la esfera que le traza la ley".

miento de los asuntos que a ella conciernen, se haya establecido uno solo o dos o más jueces.

Así, la jurisdicción de los Jueces de Comercio, especial para los asuntos mercantiles, era también privativa, porque había un solo juez en cada lugar; pero si hubiera habido dos o más, como hay dos o más Alcaldes, aquella jurisdicción, sin dejar de ser especial, habría sido acumulativa o preventiva, como efectivamente lo era para la segunda instancia en los asuntos de menor cuantía, que, fallados por los Jueces Parroquiales, podían ir en apelación al Juez de Comercio o a los Alcaldes Municipales (a).

101.—Incisos 8° y 9°—*Legal y convencional.*—Hay impropiedad en decir que la jurisdicción convencional nace de la convención de las partes; porque nadie puede dar lo que no tiene, y el poder de administrar justicia corresponde, no a los particulares, sino a la autoridad social. Lo que ellos hacen es adoptar voluntariamente este medio de terminar sus diferencias, y designar la persona y la materia; pero es la ley la que reviste a los árbitros de autoridad judicial, y a sus laudos de la fuerza de sentencia. (35).

La viciosa redacción de este artículo hizo necesaria en el Código de Enjuiciamientos Criminales la declaración de que la jurisdicción en esa materia nació siempre de la ley, para significar que en dicha clase de asuntos no podía recurrirse en ningún caso al medio de arbitramento.

(a) El Código de 69 definía separadamente la jurisdicción privativa y la especial. Decía así: Jurisdicción privativa es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de causas, o al de las de cierta clase de personas, con inhibición de los demás jueces.

"Jurisdicción especial es la que se ejerce sobre personas o asuntos particularmente determinados por la ley".

Y más sencilla y claramente el Colombiano: "Art. 141. Es jurisdicción especial la que sólo se ejerce sobre determinados asuntos, como la militar.—Art. 142. Jurisdicción privativa es la que se ejerce por un Tribunal o Juzgado, con absoluta exclusión de otro".

Art. 5° La jurisdicción contenciosa se ejerce sobre las personas que, no estando de acuerdo entre sí, acuden al juez para que decida los puntos sobre que se hallan desacordes.

Se ejerce la misma jurisdicción sobre los asuntos en que están conformes las partes, pero que exigen resolución judicial para que se pueda obligar a una de ellas o a entrambas.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

102.—Con este artículo, que es el tercero del Código de 69, quiere el legislador suplir la claridad que falta en su definición, debido a que en ésta no se da a conocer la esencia de la cosa definida. Pero la explicación tampoco es satisfactoria, por cuanto la conformidad de que habla el inciso segundo, que tiene lugar cuando el demandado confiesa la justicia de la demanda, es sólo aparente; pues hay, por lo menos, una resistencia de hecho, una inacción lesiva del derecho reclamado, que el juez necesita vencer por medio de su fallo condenatorio y la consiguiente coacción judicial. El caso es contencioso, dice justamente Merlín, siempre que se trata de mandar a una de las partes lo que de ella exige la otra.

Art. 6° La jurisdicción voluntaria se ejerce en todos los casos en que no hay contradicción de parte, ni se trata de exigir el cumplimiento de una obligación; pero en que se requiere la intervención judicial, como la apertura de testamentos; el nombramiento de tutores o curadores y aprobación y discernimiento de las guardas; el remate voluntario de bienes raíces; la licencia que concede el Juez a las mujeres casadas para contratar y comparecer en juicio, y otros casos semejantes.

La jurisdicción voluntaria llega a ser contenciosa desde que se presenta una parte contradiciendo las pretensiones de la otra.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

103.—Sin dar a conocer la esencia de la jurisdicción voluntaria, emite este artículo, para explicarla, un concepto meramente negativo: **no hay contradicción de parte, ni se trata de exigir el cumplimiento de una obligación.** No dice qué es lo que hay, ni de qué se trata; y si bien agrega que se requiere la intervención judicial, no dice tampoco la razón por la cual ésta sea necesaria; y termina aduciendo varios ejemplos que pueden servir para aclarar los casos prácticos.

Entre esos ejemplos, el de la licencia a las mujeres casadas requiere una distinción: si se pretende obtenerla contra la voluntad del marido, el caso es contencioso; si se trata sólo de que el juez supla esa voluntad, por estar el marido ausente o impedido, el asunto es de jurisdicción voluntaria.

104.—La regla del inciso primero está sujeta a la restricción que indicamos en el N° 31; y la del segundo a la expresada en el N° 30.

La primera de estas restricciones (la de que la jurisdicción voluntaria no puede ejercerse sino en los casos determinados por la ley) fué reconocida y declarada por la Corte Suprema en sentencia de 9 de Agosto de 1893 (a).

Este artículo, que es el 4° del Código de 69, fué modificado en el 1207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 (1811 del Código actual), con los ejemplos que emplean Escriche, Caravantes y otros autores españoles.

De ese Código se lo ha copiado también, con más o menos exactitud, en el Mexicano (Art. 1358), en el de Honduras (Art. 772) y en otros modernos.

Art. 7° En el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, el Juez debe proceder observando los trámites prescritos por la ley, según la naturaleza del

(a) Gaceta Judicial N° 20, Pág. 158, Serie I.

Art. 8° En el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, el Juez procederá con conocimiento de causa, cuando tenga que hacer indagaciones para asegurarse de si es o no fundada la demanda que se ha interpuesto; y en los demás casos procederá sin figura de juicio.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

105.—Código de 69, artículos 5° y 6°

Los trámites prescritos por la ley tienen que observarse estrictamente, ora se trate de la jurisdicción contenciosa, ora de la voluntaria; y la diferencia que a este respecto ha querido establecer el legislador entre estos dos artículos, tomados también de la doctrina de Escriche, no es sino la que expusimos en el N° 32.

Art. 9° Ejercen jurisdicción ordinaria los Juzgados y Tribunales comunes que componen el Poder Judicial de la República.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

106.—En este artículo (7° del Código de 69) nada dice el legislador; porque si sustituimos la palabra **comunes** con su equivalente **ordinarios**, quedaría el artículo así: Ejercen jurisdicción ordinaria los jueces y tribunales ordinarios que componen el Poder Judicial de la República.

¿Pero cuáles son esos jueces **ordinarios** o **comunes**, que, por el hecho mismo de ser tales, ejercen la jurisdicción **ordinaria** o **común**?—Nos lo dice la Ley Orgánica del Poder Judicial, en estos términos: "Art. 11.—Los Jueces son ordinarios o comunes, especiales y árbitros. Son ordinarios los que componen las Cortes Suprema y Superiores, los Alcaldes Municipales y los Jueces Civiles de parroquia."

Y si algo dice el artículo, es algo que no es exacto; porque, tal como está redactado, da a entender que los

Jueces que no son ordinarios no forman parte del Poder Judicial de la República; lo cual es absolutamente falso, como lo manifiestan el Art. 20 de este mismo Código, el tercer inciso del artículo 11 de la Ley Orgánica, el 64 de la propia Ley, etc.

107.—Como cuestión de orden lógico, observemos también que este artículo ha debido estar inmediatamente antes del 20, para guardar la contraposición de ideas entre la jurisdicción ordinaria y la especial.

108.—Notemos, por último, que en este artículo no quiso ya el legislador confundir la jurisdicción ordinaria con la **propia**, para no incurrir en el absurdo de dar a entender que los jueces especiales no tenían jurisdicción propia

Art. 10. Solo la jurisdicción ordinaria es prorrogable.

La jurisdicción de los Jueces privativos sólo se prorroga en asuntos y sobre personas que corresponden a su fuero, aunque el Juez propio sea de diverso territorio.

La jurisdicción de los Jueces no se prorroga para conocer en las instancias y Grados que corresponden a otros Jueces superiores o inferiores.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

109. En el Código de 69, este artículo, que era el 8°, tenía un solo inciso, el primero. Los otros dos incisos se agregaron el año 78, copiando literalmente los artículos 88 y 89 del Código Peruano.

El concepto consignado en el inciso 1°, en términos tan generales, es inexacto; pues la jurisdicción especial puede también prorrogarse casi en los mismos casos que la ordinaria. Relacionando este inciso con el segundo, comprendese que el legislador quiso decir, siguiendo la doctrina más generalmente admitida por los expositores antiguos (N° 76), que la jurisdicción ordinaria podía prorrogarse para asuntos de fuero especial, mas no la espe-

cial para los de fuero ordinario. Pero como aquella doctrina refiérese sólo a lo que nuestro legislador llama **prorrogación voluntaria**, la regla de este inciso, puesta en términos tan generales que comprenden ambas especies de prorrogación, es falsa en cuanto a la legal.

Así, seguida una ejecución ante un Juez de Comercio (cuando lo teníamos), éste conocía, por prorrogación legal, de las tercerías civiles propuestas en el juicio mercantil, en virtud de que **el juez de lo principal es juez de los incidentes**.

Y conforme al mismo principio, el juez de lo penal conoce de las reclamaciones civiles sobre indemnizaciones pecunarias debidas en razón del hecho criminal.

Aun con respecto a la prorrogación voluntaria, la regla no tiene razón de ser y aplicación sino en una esfera muy limitada, como lo veremos al tratar del inciso final del Art. 16, expedido por la legislatura de 1890. Por la cual, sería conveniente eliminarla del Código, o enunciarla con la limitación que le corresponde, respetando el principio prevaliente en la doctrina moderna de que tan incompetente es el juez ordinario para asuntos especiales, como el especial para los ordinarios.

110.—El inciso tercero contiene un principio inconcuso de Derecho Práctico, cuyos fundamentos y aplicaciones conocemos ya (N° 79) (a).

(a) La Ley de Enj. de España dice: "Art. 54. La jurisdicción civil podrá prorrogarse a Juez o Tribunal que, por razón de la materia, de la cantidad objeto del litigio y de la jerarquía que tenga en el orden judicial, pueda conocer del asunto que ante él se proponga".

La Org. Jud. de Honduras tiene artículo idéntico (143), agregando: "La jurisdicción criminal es improporrogable".

La de Chile: "Art. 237. La prórroga de jurisdicción sólo puede tener lugar cuando el tribunal a quien se otorga ejerce una jurisdicción análoga a la del tribunal a quien por la ley corresponde rigurosamente el conocimiento del asunto".

Art. 11. La prorrogación puede ser legal o voluntaria, y ésta expresa o tácita.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

111.—Es el Art. 9º del Código de 69.

La prorrogación legal, si tiene alguna utilidad en teoría, para la más clara y metódico exposición de los principios, ha sido universalmente omitida o silenciada en las legislaciones modernas. Ella, en efecto, no es sino, como ya lo hemos visto, la aplicación de algunos de los axiomas fundamentales de la competencia; y, por lo mismo, consignados o admitidos esos axiomas en la ley, es innecesario que ésta entre en distinciones y clasificaciones que la complican, sin ninguna utilidad práctica. (Nos. 71 y 83).

Ni en el Código Peruano ni en otro que sepamos, excepto el Colombiano (a), se da el nombre de prorrogación a esa ampliación de la jurisdicción, fundada en la misma ley; y lo único que se conoce con ese nombre es lo que en nuestro Código se denomina prorrogación voluntaria.

Así la Ley Orgánica de Chile dice: "Art. 235.— Un Tribunal que no es naturalmente competente para cono-

Análogos reglas tienen México (Art. 160), Salvador (Art. 30), Bolivia (Art. 56), Costa Rica (Art. 124).

El Código Argentino de Proced. dice simplemente: "Art. 1º. La jurisdicción conferida a los Tribunales de Justicia de la Capital es improporgrahia. Exceptuase la jurisdicción territorial que podrá ser prorrogada de conformidad de partes".

(a) Código Judicial Colombiano: "Art. 165. En cuanto a los asuntos en que se atiende a la naturaleza de la causa, la jurisdicción se prorroga únicamente en los casos de reconvencción, tercera y acumulación legalmente decretada".

cer de un determinado asunto, puede llegar a serlo si para ello se le prorroga la jurisdicción.

La prórroga de jurisdicción se verifica cuando las partes expresa o tácitamente convienen en ser juzgadas por un tribunal diverso de aquel a quien según la ley corresponde el conocimiento del asunto."

Y en análogo sentido se expresan generalmente los Códigos modernos.

Hasta Escriche, mentor habitual de los legisladores hispano-americanos, dice: "Jurisdicción prorrogada. La que siendo incompetente se hace competente por voluntad de los litigantes."

Nuestro legislador siguió en esta parte el método de Dalloz, Caravantes y otros autores, como lo indicamos en la Parte Doctrinal. (Nº 71).

Art. 12. La prorrogación legal se verifica cuando las personas sujetas a la jurisdicción de los Jueces de una sección territorial determinada, tienen que someterse a la de los Jueces de la sección más inmediata, por falta o impedimento de aquéllos.

También se verifica esta prórroga cuando el demandante es reconvenido por el demandado ante el mismo Juez, siempre que éste no sea incompetente por razón de la cuantía o de la materia sobre que versa la reconvencción.

Sin embargo de lo dispuesto en el inciso anterior, se prorroga la jurisdicción de los Jueces Municipales sobre los asuntos de menor cuantía que se les someten por reconvencción, o que llegan a ser incidentes de la causa principal.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

112.—De estas reglas se hacían dos artículos en el Código de 69; el diez, con los dos primeros incisos, y el 11. Mas lógica es la forma actual, porque el último inciso se refiere al mismo supuesto considerado por el anterior, y establece sólo una modificación o excepción de la propia regla.

El inciso primero podría más bien consignarse en artículo aparte, si no se prefiriera eliminarlo completamente.

Estudiemus cada uno de los incisos:

Inciso 1°—Según nuestro actual sistema de organización judicial, este inciso concuerda con los artículos 38 y 62 de la Ley Orgánica, y con el 256 del Código de Enj. en Mat. Criminal, relativo al Jurado.

El estudio que hicimos de la prorrogación (N° 70) y de las diferencias esenciales que la distinguen de la subrogación (N° 84), evidencia que lo que en este inciso se llama **prorrogación**, no es sino una verdadera **subrogación**.

Al organizar el Poder Judicial, es indispensable determinar quienes han de reemplazar a los jueces territoriales cuando éstos falten accidentalmente o estén impedidos. Atendiendo a esta necesidad, dispone nuestra Ley Orgánica que a los Magistrados de las Cortes les subroga el respectivo Ministro Fiscal, y que, si también éste falta o está impedido, el Tribunal (o la sala, en su caso) nombre para Conjuez a un abogado. Y para el evento en que no haya ningún abogado expedido en la provincia en que reside la Corte Superior, dispone en el artículo 38 que se remita la causa a la Corte más inmediata.

En el artículo 62 atiende a la misma necesidad con respecto a los jueces de parroquia, ordenando que, por falta o impedimento del uno, le **subroga** el otro; que si ambos faltan o están impedidos, intervengan los suplentes, y que, si no hay principales ni suplentes hábiles, pase la causa al juez de la parroquia más próxima.

El artículo 256 del Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal da una regla análoga para las causas de Jurados, disponiendo que, cuando no haya suficiente número de éstos en la provincia respectiva, pase el proceso a la inmediata.

Con respecto a los otros jueces y a los demás funcionarios del Poder Judicial, la Ley Orgánica adopta diversos medios. Así para el caso de faltar o estar impedidos todos los Alcaldes Municipales de un cantón, manda

que sean subrogantes los Concejeros Municipales, según el orden de su nombramiento.

Pero a quién pudiera ocurrírsele decir que cuando un Concejero reemplaza a los Alcaldes, hay prorrogación de jurisdicción?... ¿Puede acaso prorrogarse jurisdicción a quien no es juez?...

Recordemos los demás axiomas o reglas de la prorrogación. El juez a quien se ha prorrogado la jurisdicción—dijimos y lo dice también el Código en el artículo 17— excluye a cualquier otro; lo cual significa que, radicada la causa ante el juez prorrogado, éste ha de conocer de ella hasta el fin. Si A, domiciliado en Quito, es demandado en Ambato, y prorroga la jurisdicción, el juez de Ambato se hace juez de la causa, y el de Quito queda definitivamente excludido de ella.

Por el contrario, si por falta de los jueces de una parroquia, conoce de una causa el de la parroquia inmediata, la intervención de éste es enteramente precaria, y cesa al momento en que desaparece la falta o impedimento, como lo prescribe expresamente el mismo Código en el N° 2° del artículo 29.

Los jueces de la parroquia inmediata no son, pues, para el efecto de que tratamos, otra cosa que suplentes en segundo grado.

Y precisamente porque tienen el carácter de suplentes, ocupan el lugar del principal, aunque no viajen materialmente, es decir, ejercen jurisdicción en el territorio éste, y pueden practicar allí inspecciones, etc.; así como el Alcalde Cantonal, que reemplaza al juez de Letras, se hace, para ese efecto, juez provincial. (N° 84, 5°).

Todo lo contrario de lo que pasa en el caso de prorrogación. Así, en el ejemplo anterior, el juez de Ambato no podría absolutamente ejercer actos jurisdiccionales en Quito.

La intervención de los jueces de la sección más inmediata puede tener lugar en cualquier estado de la cau-

sa, y aplicarse simultáneamente a todos los juicios pendientes en un juzgado; mientras la prorrogación no puede efectuarse sino al contestar a la demanda, y se refiere siempre a un asunto determinado.

Es, por tanto, un error palmario, no sólo contra los principios jurídicos, sino contra el sistema del mismo Código, declarar que hay prorrogación en el caso de que tratamos.

En la Ley Orgánica Judicial de Bolivia (Art. 28), en la de Chile (Art. 125), en el Código de Portugal (Art. 31), etc., se adoptan análogas formas de subrogación, sin incurrir ni remotamente en la confusión de ideas en que cae nuestro Código en este punto.

113.—Consideremos ahora una cuestión práctica que ha ocasionado dudas en el foro. Según la Ley Orgánica del Poder Judicial, si falta uno de los Alcaldes Municipales, debe subrogarle cualquiera de los otros; si todos faltan, siguen como subrogantes, por su orden, los Concejeros. Pero si llegan a faltar todos los Alcaldes y Concejeros, ¿deberá, según el artículo que analizamos, pasar la causa a los jueces de la sección territorial inmediata? El artículo no lo dice ni puede decirlo, porque establecer y reglar la subrogación de los jueces es asunto esencialmente orgánico, y propio, por lo mismo, no del Código de Enjuiciamientos, sino de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No dice, pues, el artículo que cuando falten los jueces de una sección, serán reemplazados por los de la inmediata, sino que cuando tiene lugar ese reemplazo, hay prorrogación de jurisdicción. En otros términos, el artículo no establece reemplazo: lo supone ya establecido por la respectiva ley; y se limita a declarar que dicho reemplazo importa prorrogación de jurisdicción; lo cual, en nuestro concepto, es erróneo, según acabamos de verlo. A la Ley Orgánica debemos, por tanto, recurrir para resolver la cuestión propuesta; y en esa ley no encon-

tramos regla general de que, por falta de los jueces principales y suplentes de una sección territorial, han de conocer de la causa los de la inmediata.

Para llenar la necesidad de la subrogación, la Ley Orgánica adopta diversos medios o sistemas: a los Jueces Letrados les subrogan los Alcaldes; a éstos los Concejeros; a los Parroquiales los de la parroquia inmediata; pero sin que pueda aplicarse a los unos lo que se establece respecto de los otros. Por tanto, no hay razón alguna legal, a no ser la de una remota analogía, para aplicar a los Alcaldes lo que el legislador ha dispuesto sólo respecto de los Jueces Parroquiales y de las Cortes Superiores, en los artículos 38 y 62.

La observación de que la causa quedaría sin jueces, sólo significa que la previsión del legislador no ha sido ilimitada, como no lo es aun en casos más graves, v. gr. en la subrogación del Presidente de la República. Tanto más, cuanto, siendo considerable el número de los Concejeros principales y suplentes, se explica que el legislador no se haya preocupado de prever la difícil hipótesis de que todos ellos lleguen a faltar.

Mas ya que ésta se ha realizado, convendría que el legislador la tomase en cuenta al reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial.

114.—Incisos 2º y 3º—El inciso segundo concuerda con los artículos 127 y 463 de este Código, que permiten y reglan la **reconvencción**, conexas o inconexas, cuya significación jurídica ya conocemos (Nº 48); y el tercero, con el 565, que aplica a las tercerías el principio jurídico de que el juez de lo principal es juez de los incidentes.

Relacionados los dos incisos, redúcese la doctrina del Código a las siguientes conclusiones:

1.—La reconvencción, conexas o inconexas, da lugar a la prorrogación de la competencia territorial;

2.—Prorroga también la competencia de la jurisdicción de mayor cuantía para asuntos de menor cuantía; pero no viceversa;

3.—Puede prorrogarse la jurisdicción por la cuantía, en virtud del principio de que el juez de lo principal es de los incidentes;

4.—Puede haber a la vez prorrogación por el territorio y por la cuantía;

5.—No hay prorrogación legal por la materia.

Hagamos ahora algunas observaciones con respecto a cada una de ellas.

115.—1.—La regla de que el juez de la demanda principal es competente para la reconvencción, se encuentra consignada generalmente en las legislaciones antiguas y modernas. Sólo que algunas de ellas la limitan, como ya observamos (Nº 48), a la reconvencción conexa; y a esta opinión nos inclinamos, en el campo de los principios, por creerla más conforme a la razón y a la justicia.

Si puede o no admitirse en un proceso reconvencción inconnexa, aun supuesta la competencia del juez, ha sido cuestión discutida y de distintos modos resuelta en el derecho francés. Las leyes vigentes nada dicen al respecto de un modo claro, y la doctrina se ha dividido en tres sistemas diversos; pero la resolución negativa, sostenida por la generalidad de los expositores modernos, está prevaleciendo en la actual jurisprudencia. El Código Italiano consigna de un modo expreso la misma resolución negativa, en el artículo 100; y algunos Códigos del nuevo mundo, como el de Costa Rica (Art. 240), han seguido ese ejemplo.

El Derecho Español, por el contrario, ha dado ancho campo a la reconvencción; y en él se han inspirado nuestro Código y la mayor parte de los hispano-americanos.

Nuestra opinión, someramente enunciada en la parte doctrinal, es intermedia entre los dos extremos. Juz-

gamos, que supuesta la competencia del juez, debe admitirse la reconvencción inconnexa; que se la puede admitir también, cuando la incompetencia del juez se subsane por la prorrogación voluntaria; pero que la virtud de prorrogar la jurisdicción por el ministerio de la ley, es decir, la **prorrogación legal**, debe reservarse sólo a la conexa. Aclaremos la doctrina con ejemplos:

X, domiciliado en Ambato, demanda en Quito a Z, domiciliado en esta ciudad, para el pago del precio de una alhaja; y Z reconviene a X por la entrega de ésta o por la resolución del contrato. Tenemos una reconvencción conexa. Si las dos demandas se pusieran separadamente, siguiéndose en cada una de ellas el fuero del reo, podría pedirse después la acumulación de autos; y si al fin se hubieran de reunir las acciones, por medio de tan largo y engorroso rodeo, nada más racional que permitir esa misma reunión, por medio de la reconvencción.

La unidad o conexidad de los asuntos hacen necesaria la unidad del juicio, aunque por ellas se sacrifique el principio de que el actor ha de seguir el fuero del reo; y queda así justificada la prorrogación legal.

Ahora supongamos el caso de la reconvencción inconnexa, es decir, de que la reclamación de Z contra X nada tenga que ver con el negocio de la alhaja, y verse sobre un asunto enteramente extraño. Nosotros decimos que si el juez es competente para ambas demandas, sea por el domicilio de las partes, sea por sometimiento voluntario de ellas, etc., no hay inconveniente, y sí más bien algunas ventajas, para que se las sustancie y decida en una sola cuerda. Mas, si el fuero de las dos partes es diverso, como supusimos en el primer ejemplo, nos parece que el reclamante Z debiera respetar el fuero de X, así como éste respetó el de aquél. Es decir, no debiera en este caso haber prorrogación legal de jurisdicción.

Nuestro Código, siguiendo la doctrina española, no entra en estas distinciones; y da aún a la reconvencción

inconexa el efecto de prorrogar la jurisdicción, exceptuando sólo el caso de incompetencia por la cuantía o por la materia.

El erudito y notable expositor español López Moreno, sosteniendo esa doctrina, dice así: "Se ha discutido largamente por los tratadistas la razón que pudiera existir para obligar al actor a someterse en la reconven- ción a la competencia del juez ante quien interpuso su demanda.

"No parece difícil encontrar el motivo que lo justi- fique. Sólo el afán casuístico y escolástico pudo obscur- recerlo.

"La defensa ha de hacerse en donde el ataque se produce, siendo simultánea de él. La defensa autoriza, "no solamente para rechazar los ataques dirigidos, pa- rando los golpes asestados, sino también a dirigir nue- vos golpes al adversario para debilitarle. El actor no puede quejarse ni extrañarse de que se le ataque en el mismo estadio y ante los jueces mismos que él acata, sea cual fuere la causa de su acción. El los eligió al pro- poner su demanda. Si son buenos para juzgar las accio- nes que le favorecen, ¿por qué no ha de serlo igualmen- te para aquellas que le perjudican?" (Principios funda- mentales del Procedimiento Civil y Criminal. T. I., Pág. 556).

Esta argumentación, empleada también, aunque con menos galanura, por otros autores españoles, nos viene desde Alfonso el Sabio: "Et esto tovieron por bien et por razón los sabios antiguos, porque bien así como al demandador plogo de alcanzar derecho ante aquel jud- gador, que así lo sea teniendo de responder antél"..... de- cía la L. 32, T. II., Part. 3.

No es, empero, en nuestro concepto, satisfactoria esa argumentación, por cuanto el actor no hace elección del juez, y tiene que seguir el fuero del reo, sacrificando muchas veces sus facilidades y conveniencias. No hay ra-

zón, por tanto, para suponer que, por el mero hecho de dirigirse a ese fuero, el actor ha renunciado el suyo para las demandas que contra él se propongan. Y lejos de haber fundamento para imponer al actor tal renuncia, una justa reciprocidad, basada en el principio de la igualdad de medios y facilidades que deben procurarse a las dos partes, exige que el reo, que pretende demandar al actor, tenga también que dirigirse al domicilio de éste.

Otros, con Escriche, alegan el argumento de que la prorrogación de que tratamos es beneficiosa para el mis- mo actor reconvenido; pues tiende a evitar que el reo, por distraerle la atención y de un modo tal vez estratégico y malicioso, le obligue a seguir a la vez otro juicio en dis- tinto lugar. Argumento falso, por cuanto al reo le es ple- namente facultativo proponer su demanda en forma de reconvencción, o bien por cuerda separada en el domicilio de su contrincante; y además porque, si se tratara de mirar por los intereses de éste, lo racional sería dejarle en libertad de prorrogar voluntariamente la jurisdicción o alegar la incompetencia.

Otros, en fin, fundan la prorrogación en la econo- mía de gastos y molestias para las partes y la reducción del número de litigios; en lo cual están interesados la paz pública y el bienestar social. Observación cierta, pero de aquellas que por probar mucho nada prueban; e insufi- ciente para justificar la privación del importante dere- cho del fuero y de las facilidades y medios de defensa con que cada uno cuenta en su domicilio. Aparte de que, por lo tocante al interés de los litigantes, la economía de gas- tos y molestias (compensada con desventajas de otro gé- nero) debía dejarse siempre al criterio y voluntad de ellos.

Prescindiendo, pues, de la conexidad de los asuntos, no es fácil justificar la prorrogación legal de la jurisdic- ción en el caso de reconvencción; la cual puede llegar a ser simplemente una represalia odiosa e injusta, si el actor,

Hay más: la prorrogación de que tratamos tendría lugar aun en el caso en que expresamente se determinara en el contrato de venta el lugar del cumplimiento de las obligaciones. El juez de ese lugar tendría entonces jurisdicción propia para conocer de la acción de saneamiento; pero, sin perjuicio de esa jurisdicción, cabría, según el artículo que nos ocupa, la prorrogación legal en favor de cualquiera otro juez ante quien el tercero reivindicante pudiese demandar al comprador: lo cual no es razonable. Tanto más, cuanto podría haber hasta convivencia entre el comprador y el tercero para plantear el litigio donde menos facilidades y medios de defensa tuviera el vendedor.

La citación al vendedor tiene por objeto el que pueda éste alegar sus excepciones. Así lo dice el artículo 120 de este Código. Y si el vendedor, convertido en demandado, puede deducir todas las excepciones que le favorezcan, ¿por qué se le niega una sola de éstas, en muchos casos de importancia decisiva, la declinatoria de jurisdicción, basada en el tradicional e inconcuso principio de que el actor ha de seguir el fuero del reo?...

En el Derecho francés se llama **garantía** la obligación impuesta por la ley a ciertas personas de defender a otras de un perjuicio que les amenaza o de indemnizarles un perjuicio ya realizado (a). En este sentido, el vendedor es garante del comprador a quien un tercero le disputa la cosa vendida; los codendores solidarios o indivisibles, del codendor contra quien se ha dirigido el

(a) "L'exception de garantie est une exception par laquelle un plaideur demande que l'examen de la question litigieuse soit retardé jusqu'à l'intervention, dans la cause, d'une autre personne qui lui doit garantie."

"La garantie est, dans un sens général, l'obligation dont une personne est tenue envers une autre de la mettre à l'abri d'un préjudice dont elle est menacée, et de l'indemniser si elle n'y réussit point. On appelle garant la personne tenue de cette obligation, garanti la personne envers laquelle elle existe". MOURLON PROCEDURE.—Nº 470.

acreedor por la totalidad de la deuda; y el deudor principal, del fiador a quien el acreedor le exige el pago de la deuda.

El comprador a quien un tercero suscita demanda sobre la cosa vendida, puede hacer uso de la garantía contra el vendedor, de dos modos: como acción, promoviendo juicio aparte contra el vendedor; o como excepción dilatoria, en el mismo juicio que contra él ha promovido el tercero. En el primer caso, el comprador debe sujetarse al fuero del vendedor, conforme al principio jurídico **actor sequitur forum rei**. En el segundo, la cuestión se ventila ante el juez de la demanda original, según los axiomas de que el **juez de la acción es juez de la excepción, y el juez de lo principal es juez de los incidentes**; pues en este caso las responsabilidades del vendedor se ventilan en la misma cuerda, como incidentes de la cuestión principal. La propia regla se observa en los demás casos de garantía.

Sin embargo, cuando aparece con evidencia que la demanda principal ha sido propuesta con la mira de arrancar de su fuero al garante, el artículo 181 le concede a éste el derecho de pedir que se envíe la causa al juez de su fuero. Restricción muy justa, pero ocasionada a numerosas y complicadas incidencias y aún a arbitrariedades y abusos.

El criterio de que las cuestiones sobre garantía constituyen mero incidente o accesorio de la demanda original, y como tales, deben estar sujetas al juez de esa demanda, ha inspirado en la generalidad de las legislaciones modernas, reglas análogas a la francesa, como lo manifiestan las disposiciones citadas al principio de este comentario. Y el Código Uruguayo, siguiendo ese mismo

crierio, extiende de un modo expreso la regla al caso del vendedor citado de evicción (a).

Entre nosotros el llamamiento al vendedor constituye también un incidente, pero para el mero efecto de la presentación o no presentación del vendedor. Si éste se presenta, se convierte en demandado, como si contra él se hubiera propuesto directamente la demanda; y la intervención posterior del comprador es enteramente accidental y secundaria en el juicio. Si no se presenta, nada más hay que hacer con él en ese juicio; y en uno y otro caso las responsabilidades o prestaciones mutuas del vendedor y el comprador se ventilan en juicio separado, entre las dos partes.

No existe, por tanto, en nuestro procedimiento, la razón de la unidad del juicio en que se basan los axiomas susodichos; y parece que sería más razonable respetar el fuero propio del vendedor, según las reglas generales.

Si la cosa demandada es raíz y la acción se propone ante el juez de la situación (*forum rei sitae*), con arreglo al inciso 4° del artículo 35, desaparece toda dificultad; pues, sin necesidad de prorrogación, a ese juez están sujetos comprador y vendedor. Pero, según el sistema de nuestro Código, el tercero puede elegir entre el fuero de la situación y el del domicilio del demandado (elección que no se le concede en el Derecho francés ni en la generalidad de las legislaciones); y al elegir el fuero del domicilio, surgen todas las dificultades que hemos notado en esta disposición legal.

122.—Observemos, además, que, a ser razonable la prorrogación que nos ocupa, no debiera limitarse la regla legal a la compraventa; siendo así que la obligación

de saneamiento puede tener también lugar en la permuta, en el arrendamiento, en la cesión de derechos, en las particiones, en las donaciones con causa onerosa, etc.

Esa acción, la de saneamiento, debería además, establecerse en favor del fiador, del tercer poseedor de la cosa hipotecada, del deudor solidario, etc., como en el Derecho francés, a fin de que la sentencia judicial pueda surtir efecto de cosa juzgada respecto de todas las partes en el negocio. Y en todo caso, el juicio de indemnización, que el comprador evicto necesita seguir contra el vendedor, convendría fuese verbal sumario y se siguiese en la misma cuerda del principal.

En el lugar correspondiente volveremos a tratar de este importante punto y de otros a que da lugar la consabida garantía.

123.—Notemos, por último, que los términos generales del artículo, y especialmente sus palabras finales: **“sea cualquiera el fuero del vendedor o de la persona obligada,”** dan a entender que la prorrogación de que se trata no se refiere únicamente al territorio. Si, por ejemplo, subsistiendo el fuero mercantil, el vendedor estuviera sujeto al juez de comercio, propuesta la demanda reivindicatoria ante el juez civil, a este mismo juez quedaría sometido el vendedor. Del propio modo, si el vendedor fuera el Fisco, propuesta la acción de un tercero ante la judicatura ordinaria, a ella estaría sujeto también el vendedor.

Art. 14. Se prorroga la jurisdicción del juez nombrado por tiempo determinado, hasta el día en que el sucesor entra a desempeñar su oficio.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

124.—Que la jurisdicción de los jueces nombrados por tiempo determinado continúa hasta que el sucesor

(a) “Art. 47. Los que hubiesen sido citados en garantía de cualquier especie, serán obligados a comparecer delante de los Jueces o Tribunales donde pende la demanda principal. Lo mismo sucederá si el vendedor citado de evicción saliere al pleito”—Cgo. Uruguayo.

entra a desempeñar el cargo, es un principio de Derecho Público que debería estar más propiamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en el Código de Enjuiciamientos; pero llamar a eso prorrogación de jurisdicción es incurrir en una palmaria confusión de ideas, (Nº 81).

Establecida en nuestras instituciones políticas la regla fundamental de la alternabilidad en el ejercicio de los poderes públicos (Art. 4º de la Constitución), las funciones de los jueces están sujetas a duración limitada; y para que no pueda llegar el caso de quedar vacantes esos cargos y en acefalía el país, se ha establecido también, como parte complementaria del sistema de la alternabilidad, la regla de que, vencido el período legal, deba continuar el funcionario en el ejercicio del cargo hasta que el sucesor entre a desempeñarlo.

Pero esta continuación precaria del juez o de cualquier otro funcionario no puede de ningún modo confundirse con la prorrogación de jurisdicción.

Con arreglo a su mismo nombramiento e institución: conserva el juez el carácter de tal hasta que se posea el sucesor; y subsistiendo el título, continúan también todas las atribuciones que le son anexas, como es la facultad de juzgar.

Si en esto hubiera prorrogación, sería en favor de quien no es ya juez, contra la definición consignada por el mismo Código en el Art. 4º, y contra el primero de los axiomas de la prorrogación, la cual supone esencialmente que hay un juez incompetente que pasa a ser competente por una circunstancia accidental.

En otros términos, si el individuo a quien, según nuestro artículo, se le proroga jurisdicción, es todavía juez, por el mismo hecho tiene jurisdicción propia, y si no lo es, no puede tenerla prorrogada.

De lo expuesto se sigue que, en el caso del artículo, la jurisdicción se extiende a todos los asuntos pendientes

o que en seguida se promuevan antes de que el sucesor se posea del cargo; siendo así que la verdadera prorrogación se refiere sólo a un asunto determinado. Y el juez que continúa hasta que le reemplaza el sucesor, no le excluye a éste ni avoca definitivamente el asunto, y su intervención es puramente transitoria: lo cual es también contrario a los axiomas de la prorrogación y a lo que el mismo Código declara en el Art. 17.

El Código peruano da la propia regla respecto de la continuación del juez; pero no la considera como prorrogación (a).

Art. 15. La prorrogación voluntaria **expresa** se verifica cuando una persona que, no estando por razón de su domicilio sometida a la jurisdicción de un juez, se somete a ella expresamente, bien al contestar la demanda, bien por haberse convenido en el contrato.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

125.—La regla jurídica de que es juez territorial competente aquel a quien las partes se han sometido voluntariamente, basada en los principios fundamentales que rigen la competencia, es de derecho universal; y, en una u otra forma, consta en todos los Códigos antiguos y modernos (b).

Nuestra regla legal, consignada en el Art. 12 del Código de 69, da lugar a las siguientes observaciones:

(a) Sólo en el Código Uruguayo (Art. 27) hemos encontrado que se denomina prorrogación de la jurisdicción esa continuación del juez.

(b) Hay muchos Códigos que, como el Peruano actual (Art. 40), el Mexicano (154), el Español (56), etc., sin entrar en distinciones sobre jurisdicción propia o prorrogada, comienzan sencillamente las reglas de la competencia, diciendo: "Es juez competente aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente".

1°—La prorrogación voluntaria expresa se refiere exclusivamente a la competencia territorial. Si el juez es incompetente por la materia, por la cuantía, por las personas o por el grado, no puede haber esta prorrogación, atento el tenor de este artículo (a).

En orden al fundamento de esta regla legal, y a las conclusiones a que pudiera llegarse en el terreno científico y de la conveniencia práctica, al tratarse de reformar la ley, debemos recordar lo expuesto en la parte doctrinal, Nos. 23, 40, 54, 76, 77, 78, 79, 80, 83, etc.

126.—2°—Aun la prorrogación relativa al territorio no puede tener lugar, según este artículo, sino cuando la incompetencia del juez proviene del **domicilio del demandado**; lo cual es manifiestamente contrario a los principios jurídicos que ya conocemos, y a la doctrina unánimemente seguida por las legislaciones y los expositores.

Una persona puede estar sujeta a determinado juez territorial, no sólo por su domicilio, sino por la situación de la cosa, por el lugar del cumplimiento de la obligación, etc. La demanda de pago de deudas hereditarias, por ejemplo, debe proponerse ante el juez del lugar de la apertura de la sucesión; las posesorias o relativas a linderos, curso de aguas, etc., ante el juez de la situación de la cosa (Art. 37); y en estos casos y otros análogos, ni con el consentimiento de las dos partes puede seguirse el juicio en otro lugar, según nuestro Código. Lo cual, respecto, es contrario a los principios científicos y a la doctrina generalmente seguida en otras legislaciones; y, tanto más censurable, cuanto, según ya lo vimos, puede en estos mismos casos, haber prorrogación legal por reconvencción.

(a) En lo tocante a la materia, emitiremos nuestro parecer al comentar el inciso tercero del artículo siguiente.

La incompetencia territorial es **relativa**, como ya lo sabemos (N° 40): atañe sólo al interés y conveniencia de las partes; pues ningún interés público exige que una cuestión civil se ventile en determinado lugar, y no en otro. Por tanto, no hay razón suficiente para restringir la libertad de los interesados de ventilar judicialmente sus cuestiones en el lugar que más les convenga.

Las palabras **por razón de su domicilio** debieran, pues, sustituirse con **por razón del territorio**.

127.—3°—Según la parte final de este artículo, hay prorrogación cuando, **al tiempo del contrato**, se somete una persona a un juez distinto del de su domicilio; mas, según el N° 3° del Art. 35, este mismo caso es de jurisdicción propia, o sea de **fuero competente**.

Esta anomalía depende de haberse seguido, aunque no con mucha exactitud, al Código peruano, en el cual figura también el caso, así entre los de **prorrogación**, determinados por el Art. 81, como en los del **fuero competente** de que tratan los Arts. 121 y 123.

Cuando estudiemos el Art. 35 volveremos a tocar este punto.

Art. 16. La prorrogación voluntaria tácita se verifica por contestarse la demanda sin declinar la jurisdicción, o por no acudir el demandado a su juez para que entable la competencia.

También se verifica esta prorrogación respecto de la persona y bienes del que contrae una obligación subsidiaria, para asegurar la del deudor principal, a no ser que se hubiere pactado otra cosa en la escritura de la obligación subsidiaria.

Se prorroga, asimismo, la jurisdicción de los jueces ordinarios, si habiéndose propuesto ante ellos una demanda propia de un juzgado especial o privativo, el demandado no ha alegado expresamente esta falta dentro del término de proponer excepciones.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

128.—**Inciso 1°**—Que el consentimiento tácito puede, como el expreso, prorrogar la jurisdicción, es axioma

jurídico universalmente reconocido, y consta en todas las leyes que establecen la prorrogación expresa.

El consentimiento tácito se revela por hechos positivos o negativos que legal o lógicamente lo suponen; y en esto hay alguna discrepancia en las diversas legislaciones. Según nuestro artículo, esos hechos son: **contestar la demanda sin declinar la jurisdicción, o no acudir al juez propio para que entable la competencia; es decir, no emplear la excepción declinatoria ni la acción inhibitoria, cuyo significado conocemos ya (Nº 40).**

El uso de la disyuntiva o en la ley es impropio, puesto que para la prorrogación se requieren conjuntamente las dos condiciones negativas: que no se decline la jurisdicción, ni se acuda al juez propio con la acción inhibitoria.

Al contrario, para evitarla, basta uno sólo de esos medios, disyuntivamente; y la lógica enseña que, cuando para que una cosa suceda se requieren dos condiciones disyuntivas, para que la misma cosa no suceda, deben concurrir las condiciones contrarias, conjuntivas.

Debió, pues, decirse ni en vez de o.

Si el reo que no usa de ninguno de los dos medios, y se limita a guardar silencio, prorroga o no la jurisdicción, es problema que debemos resolver, comparando este artículo con el 31, después de estudiar el principio jurídico consignado en el 30.

Lo reservamos, por tanto, para ese lugar.

El Código del 69 establecía uno solo de los dos medios de prorrogar la jurisdicción, contestar la demanda ante el juez incompetente.

129.—Este Código decía así:

“Art. 13.—La prorrogación voluntaria tácita se verifica cuando la parte demandada contesta la demanda ante un juez ordinario incompetente **por razón de domicilio.**”

En el Código del 79 se modificó sustancialmente esta regla, haciendo mención, como era razonable, de la acción inhibitoria, por medio de la frase **o por no acudir el demandado, etc.**; y suprimiendo también con mucha razón la palabra **ordinario**, ya que entre jueces especiales del mismo orden cabe la prorrogación territorial voluntaria, lo mismo que entre los ordinarios. Pero, al propio tiempo, se suprimió la parte final **por razón de domicilio.**

A pesar de esto, parece indudable que la prorrogación voluntaria tácita debe entenderse limitada al mismo caso que la expresa, esto es, al de incompetencia por razón del domicilio; pues sería absurdo suponer que las partes pudieran hacer, por su consentimiento tácito, más de lo que pueden con el expreso. La naturaleza de la prorrogación tácita de que tratamos, es la misma que la de la expresa, y no puede aplicarse sino a idéntico género de casos.

Hasta nos inclinamos a creer que la supresión de pendió sólo de haberse considerado innecesaria aquella frase, ya por estar consignada en el artículo anterior, ya porque el inciso siguiente de este mismo artículo, relativo a la obligación subsidiaria, se refiere también a la incompetencia por razón del domicilio, sin necesidad de que lo diga la ley. Lo cual manifiesta que el legislador procedía en el supuesto de que sólo respecto del domicilio podía caber prorrogación voluntaria.

130.—**Inciso 2º**—Dice aquí el Código que el fiador por el hecho de la fianza, queda sujeto al fuero territorial del deudor principal, y consiente en ser demandado donde éste pudiera serlo; a menos que expresamente se haya reservado su propio fuero al tiempo del contrato.

Tal es el sentido de esta regla legal, no muy clara, inspirada por el inciso 6º del artículo 81 peruano (a) :

(a) Código Peruano, “Art. 81. Se prorroga la jurisdicción del juez que no es propio: 6º Por otorgar fianza una persona de otro fuero. a 116”

pero su fundamento científico y razonable no hemos podido encontrarlo; pues no hallamos motivo suficiente para suponer que, por el mero hecho de la fianza el fiador ha asociado o aunado de tal manera su suerte a la del deudor, que se le deba reputar existente donde el deudor exista, como si los dos formaran una sola persona.

En el intervalo entre el contrato y la demanda, puede el deudor cambiar de domicilio, y constituirse en un lugar distante, que nadie pudo prever al tiempo del contrato, y en donde el fiador no cuente con medio alguno de defensa. ¿Qué razón habría, pues, para suponer que éste, sólo por dar la fianza, ha renunciado el importante beneficio del fuero y consentido en que se le pueda demandar donde quiera que el deudor principal fije su domicilio?

Y si el deudor ha renunciado el domicilio, como ordinariamente acontece, ¿cómo hemos de suponer que el fiador ha convenido en que se le pueda demandar en cualquier punto de la República en donde accidentalmente se encuentre al deudor?...

La voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos, como ya lo hemos recordado otras veces; y la primera de las reglas de interpretación de éstos es la de buscar ante todo aquella voluntad o intención.

En el caso de que tratamos, puede suceder que las partes hayan determinado el lugar para el pago o el en que haya de hacerse efectiva cualquier acción judicial proveniente del contrato, es decir, que hayan constituido el domicilio especial de que hablan el artículo 66 del Código Civil y el 35 N.º 3º del de Enjuiciamientos. Aun así, el acreedor tendría derecho de demandar al deudor princi-

— ser que ésta se hubiese reservado expresamente en la escritura el privilegio de su fuero".

El Colombiano enuncia la idea con más claridad: "Art. 169. El fiador se somete implícitamente al juez competente para conocer de las demandas contra el principal obligado. Pero en el contrato mismo puede establecerse expresamente otra cosa.

pal, y por consiguiente, al fiador, no ante aquellos fueros especiales, adoptados en el contrato, sino en el domicilio general que el deudor tuviere a la fecha de la demanda, contra la intención de las partes clarísimamente manifestada en aquellas estipulaciones.

Si, conforme a nuestras leyes, las acciones del acreedor contra el deudor principal y contra el fiador deberían ventilarse en la misma cuerda, como se establece en otras legislaciones, la unidad del proceso haría indispensable la unidad del fuero; y podría quedar justificada la prerrogación, pero ni aun así como voluntaria, sino como legal. Mas como tal unidad de proceso no existe, y las acciones del acreedor deben ventilarse separadamente, no hay razón alguna que abone esa renuncia de domicilio que tan infundadamente se le atribuye al fiador (a).

La renuncia de un derecho concedido por la ley debe ser expresa, dicen los expositores; y no puede presumirse o deducirse sino cuando las circunstancias del caso lo establezcan de modo indubitable. (Dalloz, T. I., N.º 443; Pothier, Des Oblg., N.º 393; Laurent, T. 17, N.º 446).

Sabemos ya (N.º 121) lo que significa en el Derecho Francés la regla "en matiere de garantie, devant le juge ou la demande originaire sera pendente, consignada en los artículos 59 y 181 del Código de Procedimiento; según la cual, el fiador, demandado por el deudor principal, tiene derecho de hacer citar a éste para que comparezca a defenderle, pagando la deuda o proponiendo las excepciones que le asistan: derecho análogo al del comprador, del arrendatario, del cesionario, etc., en los casos de sa-

(a) La intervención simultánea del deudor principal y el fiador en el proceso promovido por el acreedor, podría ser muy conveniente desde varios puntos de vista, como lo observaremos oportunamente: ya para reglar las necesidades jurídicas de los dos, entre sí, y las de ellos con el acreedor, sin necesidad de dos o más procesos sucesivos; ya para la fácil aplicación de los principios relativos a la cosa juzgada, que tan graves problemas suscitan a este respecto.

neamiento por evicción, y muy conforme con la naturaleza de esos contratos y con el sistema general de la legislación sustantiva. (Mourlon Procedure, 470 y siguientes; Garsonnet, T. II. S. CCCLXXXVII; Bonfils, 674 y siguientes).

Las demás legislaciones modernas, ampliando aquella regla, y considerando que la reclamación del acreedor contra el fiador es accesoria de la propuesta contra el deudor principal, la han sometido, de modo más o menos explícito, al juez que conoce en la demanda contra dicho deudor (a).

No es lo mismo **obligación accesoria** que **question judicial accesoria**. La obligación del fiador es, en verdad, accesoria, respecto de la del deudor principal; pero la reclamación que contra él dirige el acreedor, constituye entre nosotros juicio aparte, y no mero incidente del juicio contra el deudor.

131.—Si hubiera razón para someterle al fiador al fuero del deudor principal, el caso debería ser de jurisdicción propia, agregándolo al Art. 35; o por lo menos, de prorrogación legal, como, según el Art. 13, es el del vendedor llamado a la defensa del comprador.

Todos los casos de **jurisdicción propia** o de **prorrogación legal** requieren algún hecho voluntario, en virtud del cual la ley determina o extiende la jurisdicción, sin que por eso pueda decirse que hay **prorrogación voluntaria**.

(a) El Código Español dice: "Art. 63. 3º En las demandas sobre obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores, será Juez competente el que lo sea para conocer, o esté conociendo, de la obligación principal sobre que recayere".

Y en los mismos o análogos términos consignan la propia regla, el Código de Bélgica, Art. 50; el Italiano, 100; el Peruano actual, 48; el Uruguayo, 47.—El de Venezuela dice más claramente: "Art. 41. En materia de fiadores o garantías y en cualquier demanda accesoria, conocerá el tribunal donde esté pendiente la causa principal".

Y casi lo mismo el Argentino, 5º; el de Nicaragua 31; Honduras, 97; Costa Rica, 143.

ria. Voluntario es también el hecho de domiciliarse en determinada sección de la República, del cual se sigue la jurisdicción propia del juez de ese lugar; mas la prorrogación supone que, suscitada una cuestión judicial, el juez incompetente ante quien se la ha promovido, llega a ser competente por voluntad de las partes o por disposición de la ley, (Nº 177).

132.—Hasta en el uso de las palabras **persona y bienes**, es impropia la redacción del Código, porque en ningún caso se atiende para el fuero a los bienes con que el deudor ha de verificar el pago; y por el hecho mismo de estar una persona sujeta a un juez para el cumplimiento de su obligación, lo está con todos sus bienes.

133.—El Código no le libra al fiador de la pérdida de su fuero, sino cuando la reserva de éste se ha pactado en la **escritura de la obligación subsidiaria**. Es decir, existe prueba escrita de esta estipulación, independiente de la cuantía del asunto y de las otras pruebas que puedan rendirse respecto de la obligación misma. Por medio de una absolución podría el fiador comprobar que se estipuló la reserva de su fuero; o pudiera también suceder que, no existiendo documento alguno que acredite la obligación, el acreedor se valiera de testigos o de la confesión del fiador, y que de estas pruebas resultara a la vez la estipulación de la reserva. ¿Qué razón habría para que no se le admitiese al fiador aquellas pruebas?...

El art. debió decir "a menos que se haya pactado otra cosa en el **contrato** relativo a la obligación subsidiaria:" es decir, debió emplear la palabra **contrato** en vez de **escritura**, como se hace en el Cgo. Colomb, Art. 169. Y quizá en este sentido debiera interpretarse la disposición, para evitar tan absurdas consecuencias.

Por cualquier medio legal que el fiador pruebe la obligación de que tratamos, su excepción debería ser admisible.

Así opina el Dr. Borja (José María) en su *Manual*, página 438.

134.—Si el acreedor demanda en el lugar del cumplimiento de la obligación, o en el de la situación de la cosa, o ante el juez a quien las partes se han sometido expresamente en el contrato, el juez tiene jurisdicción propia, tanto respecto del deudor principal, como del fiador, por cuanto el hecho constitutivo del fuero afecta igualmente a los dos; y no hay lugar a objeción ni dificultad.

135.—Si, con posterioridad al contrato, el deudor proroga jurisdicción, voluntariamente o por reconvencción, la prorrogación no afecta al fiador; pues los términos de este artículo —y más claramente los de su modelo, el Peruano— dan a entender que someten al fiador sólo al fuero propio del deudor; y esto mismo es, según lo hemos visto, exagerado, duro y poco conforme con los principios.

Tenemos, por otra parte, el principio fundamental de que la prorrogación voluntaria no puede perjudicar a terceros, conforme al axioma jurídico *res inter alios acta aliis prodesse aut nocere non potest*. (N° 72) (a).

136.—Inciso 3°.—Tenemos aquí la prorrogación voluntaria tácita por razón de la materia; siendo así que, atento al tenor del Art. 15, no cabe la expresa; y según el 12, ni aun la legal, que es a veces imperiosamente exigida por la unidad de la cuestión y del juicio.

Para explicar esta anomalía en el sistema de nuestro Código, necesitamos conocer la historia de este inciso, agregado por la legislación de 1890.

(a) La Ley Orgánica de Costa Rica consagra expresamente este principio, diciendo: "Art. 122. La prórroga de jurisdicción sólo surte sus efectos entre las personas que han concurrido a otorgarla, mas no respecto a otras personas, como los *fiadores* y *codeudores*".

Desde nuestro primer C. de Enjuiciamientos, hasta la ley reformativa de 1879, la incompetencia por la materia causaba en los procesos nulidad inallanable, que debía declararse de oficio en cualquier estado de la causa, tal como lo establece el Código Francés; lo cual, aunque rigurosamente ajustado a los principios, ocasionaba eternas dilaciones y graves inconvenientes prácticos, mientras teníamos jueces y procedimientos especiales para los asuntos mercantiles; y para ver de atenuarlos en algún tanto, el Código de 79 dispuso en su Art. 596 que, si propuesta ante un juez ordinario una demanda propia de uno especial, no se reclamaba en primera instancia, no se declarararía la nulidad. Según esto, durante toda la primera instancia subsista en las partes el derecho de alegar la incompetencia, y en el juez el deber de inhibirse aun de oficio.

En el Código de Comercio promulgado en 1882, hallamos la misma disposición (Art. 1101); y en los de Enjuiciamientos Civiles posteriores al del año 79 se la conservó también, hasta que la Legislatura de 1890 la suprimió, y agregó al Art. 16 el inciso que nos ocupa.

Esta doctrina introducida en este inciso, dió a entender el legislador que la incompetencia del juez ordinario para asuntos especiales no afectaba sino al interés privado de los ligantes; y como no se cuidó de armonizarla con las demás disposiciones que el Código contenía, quedó establecida la prorrogación tácita *ratione materie*, siendo así que el Art. 15 —que no fué reformado— no permitía la expresa.

Pero como sería absurdo suponer que el consentimiento tácito de las partes pudiese valer más que el expreso, debemos admitir que esta reforma, introducida respecto de la prorrogación tácita, se extiende y aplica también a la expresa.

137.—Observemos, además, con respecto a este inciso:

1°—Que el mal que con él se creyó remediar se con-
juró sólo en muy pequeña parte, porque no se estableció
ni cabía establecerse prorrogación de la jurisdicción del
juez especial para asuntos ordinarios; y así, aunque no
podían anularse, por ser consideradas mercantiles, las
causas seguidas ante jueces civiles, podía suceder y se-
guía aconteciendo lo contrario: se anulaban las causas
mercantiles, porque otro juez o un Tribunal Superior las
consideraba civiles.

Quedaban, además, subsistentes las excepciones di-
latorias ante ambos fueros y las acciones inhibitorias, con
sus correspondientes recursos de apelación y tercera ins-
tancia, y con las eternas demoras que en ellas sobreve-
nían. Y el mal no se curó radicalmente, sino cuando la
Legislatura de 1909 acogió por unanimidad de votos y
con verdadera complacencia la proposición que, como Se-
nador, tuvimos la honra de hacerle de la abolición com-
pleta del fuero y del procedimiento mercantil, como ya
explicaremos en el capítulo final de este tomo.

138.—2°—Que habiéndose tenido en mira par-
te de la forma, única y exclusivamente, el evitar que se
repetieran los procesos seguidos sobre asuntos mercantiles ante
jueces ordinarios, se redactó la regla en términos mucho
más generales, permitiendo la prorrogación de la juris-
dicción ordinaria para los asuntos correspondientes a
cualesquiera jueces **especiales o privados**. Por manera
que, si ante el Alcalde Municipal se propone una deman-
da que debiera ser conocida por el Juez de Letras (una
demanda contra el Fisco, por ejemplo), cabría la prorro-
gación voluntaria; lo cual, aunque admitido por respec-
tas expositores, como Caravantes (T. I., pág. 389), nos
parece contrario a los principios jurídicos; ora por tra-
tarse de una institución de orden público, como es el fue-
ro especial de que el Fisco goza; ora porque el represen-
tante legal de este tiene muy limitadas atribuciones, las

cuales, en nuestro concepto, no le autorizarían para esa
renuncia. N° 72, 5°.

139.—3°—Que para esta prorrogación no exige el
Código que el demandado **conteste** sin declinar la juris-
dicción. Basta la condición puramente negativa de que no
alague la incompetencia.

140.—4°—Que, según el texto literal del Código, el
tiempo de poder alegar la incompetencia es el de propo-
ner excepciones. Pero como esa excepción es, por su na-
turaleza, **dilatatoria**, deberá entenderse que el artículo se
refiere al término de las **dilatorias**.

Art. 17. El Juez a quien se haya prorrogado la jurisdicción excluye a
cualquier otro, y no puede eximirse del conocimiento de la causa.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Código de 69, Art. 14.—Código Peruano, Art. 82.—
L. O. de Chile, Art. 196.

141.—Ningún reparo tenemos que hacer en esta
disposición legal, en la que se consignan dos de los prin-
cipios jurídicos que rigen la materia de la prorrogación.
(Nos. 70, 2° y 3°).

El juez a quien se haya prorrogado la jurisdicción,
excluye a cualquier otro; es decir, hecha la prorrogación,
queda la causa definitivamente radicada ante el juez
prorrogado, hasta su conclusión, sin que tenga que con-
tarse para nada con el que tenía jurisdicción propia en el
asunto. Principio importantísimo que nos ha servido pa-
ra establecer una de las diferencias esenciales entre la
prorrogación y la subrogación, y para poner de manifies-
to la confusión de ideas en que el Código incurre en el
inciso 1° del artículo 12 y en el Art. 14.

En la segunda parte declara nuestro artículo que para la prerrogación de la jurisdicción no se necesita contar con la voluntad del juez a quien se la hace, ni tiene éste facultad de negarse a ejercerla; condenando así la antigua doctrina que sostenía lo contrario.

Art. 18. La jurisdicción acumulativa se ejerce por los Jueces Parroquiales, Alcaldes Municipales, Jueces Letrados, Tenientes Políticos, Comisarios Fiscales e Intendente de Policía entre sí: de modo que el uno excluye al otro por la prevención.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Código del 69, Art. 16.

142.—Hasta la Legislatura de 1904 conservóse el artículo del Código de 69, que mencionaba sólo a los Alcaldes Municipales y Jueces Parroquiales; y para nada hacía falta la agregación de que esa Legislatura se preocupó. Hay más, el artículo mismo era innecesario; pues, definida la jurisdicción acumulativa, nadie podía ignorar que jueces la ejercían, en cualquier lugar o tiempo.

A ser útil la tal reforma, debía consignársela en el Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal y en el de Policía, que tratan de la jurisdicción y de los jueces que la ejercen en su respectivo ramo.

Aun en la redacción resultó desgraciada la reforma. El **entre sí**, del antiguo artículo refiérese a empleados de la misma clase: Alcaldes **entre sí**; Jueces Parroquiales **entre sí**. Mas si ahora entendemos del mismo modo el artículo, tropezamos con la dificultad de que en parte alguna de la República hay dos o más Intendentes de Policía, ni dos o más Tenientes Políticos. Y si el **entre sí** se refiere a empleados diversos, resulta que del mismo asunto pueden conocer todos los mencionados en el artículo, desde los Jueces Civiles hasta los Intendentes.

El Intendente, el Comisario y el Teniente de la respectiva sección territorial tienen jurisdicción preventiva: pero no había para qué introducir en el Código de Enjuiciamientos reglas propias del de Policía, consignadas también en éste.

Art. 19. En causas civiles tiene lugar la **prevención** por la notificación de la demanda al demandado. en la forma legal y en las criminales. se verifica. según el caso. bien por sorteo. bien por haberse anticipado en el conocimiento de ellas. o bien con la notificación del auto cabeza de proceso al demandado. al Fiscal y al Defensor de reos presuntos.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

143.—Código de 69, Art. 17.—Código Peruano, 92.—Honduras, 99.—Salvador, 42.—Venezuela, 43.—Nicaragua, 36.

Como este Código es de Enjuiciamientos Civiles, el artículo que comentamos trataba, hasta 1904, sólo de la prevención en lo civil, tal como el Código de 69. La agregación que hoy tiene, hecha también por el Congreso de ese año, debía constar en el Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal, que da a conocer en lo que consiste el auto cabeza de proceso y la manera cómo puede incoarse el juicio criminal; y por lo que respecta a los asuntos de Policía, en el Código de esa materia.

Cuando del procedimiento penal tratemos, daremos la explicación correspondiente a la parte agregada.

Con respecto a la **prevención** en lo civil, nos referimos a lo expuesto en el N.º 34.

Ahora notemos sólo, de acuerdo con lo que allá observamos, que la regla consignada en dicho artículo desmiente en algún tanto el tenor literal de la definición de jurisdicción acumulativa; pues el conocimiento de la causa queda, no precisamente al juez que se anticipa a cono-

cer en ella, sino al que se anticipa a hacer citar al demandado.

Art. 20. Ejercen la jurisdicción especial o preventiva los Jueces especiales, como los de Hacienda, de Cuentas, de Comercio, etc.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

144.—Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 11, inciso 3°; Código de 69, Art. 18.

Aquí confunde también el Código la jurisdicción especial con la **privativa**; y, lo mismo que en el Art. 9°, incurre en una repetición de palabras sin expresar idea alguna: **ejercen jurisdicción especial los Jueces especiales, etc.**

La Ley Orgánica del Poder Judicial hace la enumeración de los jueces especiales (a); y por ella se ve lo absurdo de confundir la jurisdicción especial con la **privativa**; pues los Jueces Letrados de Hacienda, sin embargo de ser **especiales**, ejercen jurisdicción acumulativa, como el mismo Código lo declara en el Art. 18.

Mas esto último es verdad sólo cuando existen dos o más Jueces Letrados, como pasa en algunas provincias. Si no hay sino uno, su jurisdicción, especial también, es al propio tiempo **privativa**, en los asuntos cuyo conocimiento a él exclusivamente corresponden.

Art. 21. Ejercen la jurisdicción **legal** tanto los Jueces ordinarios como los especiales.

Art. 22. Ejercen la jurisdicción **convencional** los Jueces árbítrros.

(a) "Son especiales los que componen el Tribunal de Cuentas, los Jueces, los Jueces Letrados de Hacienda, los Jueces de Comercio y todos aquellos a quien la ley concede el ejercicio de la jurisdicción coactiva". Ley Orgánica del P. J., Art. 11, inc. 3°.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

145.—Código de 69, arts. 19 y 20. Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 11, inciso 4° (a).

Definidas la jurisdicción legal y la convencional, estos dos artículos eran absolutamente innecesarios, y ninguna falta harían en el Código, al suprimirlos. Recuérdese lo expuesto en los Nos. 35 y 101.

Art. 23. La jurisdicción legal se adquiere por elección o nombramiento hecho conforme a la Constitución o la ley; y la convencional, por compromiso.

Art. 24. Principia el ejercicio de la jurisdicción legal y de la convencional desde que los Jueces toman posesión de su empleo o cargo.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

146.—Código de 69, Arts. 21 y 22.—Código Peruano, Arts. 14 y 15.—Colombiano, 149.—Ley Orgánica de Costa Rica, 21 y 111.

Nuestro Código hace distinción, en estos dos artículos, entre **adquirir** la jurisdicción y **principiar su ejercicio**. Adquirir es obtener el título que confiere al juez la respectiva función; principiar el ejercicio es tomar posesión del cargo, aceptándolo en la forma legal. (N° 37).

Empleando la preposición **por**, quiere significar el Legislador en el Art. 23 que el nombramiento es la causa o la fuente, que, conforme al 24, empieza a producir sus efectos desde la aceptación y posesión (b).

(a) "Son árbítrros los elegidos por las partes para que decidan los asuntos que les someten voluntariamente". Ley Org. del P. J.

(b) La Ley Orgánica de Costa Rica dice más claramente: "Art. 21. Todo empleado de la administración de justicia deberá prestar el juramento requerido por la Constitución. Prestado éste, queda instalado en el ejercicio de sus funciones."

Y después: "Art. 111. La facultad de administrar justicia se adquiere con el cargo a que está anexa. Y se pierde o suspende para todos los negocios generales, cuando por cualquier motivo el Juez deja de serlo o queda suspenso temporalmente de sus funciones."

Por la misma razón, un abogado nombrado para juez queda impedido de ejercer la profesión, desde que toma posesión del cargo.

147.—Se toma posesión prometiendo ante la autoridad respectiva sostener y defender la Constitución y cumplir los deberes anexos al cargo. En nuestras Constituciones anteriores estaba prescrito el deber de todo funcionario de prestar esa promesa, que, por tal motivo, se la ha llamado siempre **constitucional**; en la vigente, de los años 1906 y 1907, se suprimió aquella disposición, por motivos que ignoramos.

Según el Art. 252 del Código Penal, el funcionario público que entra a ejercer sus funciones sin haber cumplido esa formalidad, incurre en la multa de cuarenta a cien sueres. Y según la ley especial de 28 de septiembre de 1905, el empleado público que no se posesiona dentro de treinta días, deja vacante el cargo, a menos que a la fecha del nombramiento esté ausente, en cuyo caso se aumenta a los treinta días el término de la distancia, que es de un día por cada treinta kilómetros.

148.—El **compromiso** de que trata la segunda parte del Art. 23, es el contrato en que las partes someten sus diferencias a la decisión de árbitros. En él debe hacerse la designación de las personas que han de desempeñar el cargo; pero, sea porque la omiten las partes, o porque las personas nombradas se excusan, o por otras causas, sucede con suma frecuencia que el nombramiento se hace por un acto posterior al compromiso.

Hay también casos en que hace el juez el nombramiento; sea por desacuerdo de las partes o por rebeldía de una de ellas, etc.

Los árbitros nombrados deben aceptar el cargo ante el juez, jurando desempeñarlo con rectitud; y desde entonces principia el ejercicio de su jurisdicción.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Arts. 73, 74, 78, 79 y 88.

Art. 25. La jurisdicción del Juez se suspende respecto de la causa sobre que se ejerce:

1º En los casos de excusa o recusación. En el primero, desde que la excusa conste de autos, hasta que se ejecutorie la providencia que declare sin lugar el impedimento. Y en el segundo, desde que se notifique al Juez recusado el decreto en que se le pida informe:

2º Por el recurso de apelación, desde que se concede y se elevan los autos al superior, hasta que se devuelven, siempre que sea en los efectos suspensivos y devolutivos: y

3º Cuando se promueve un juicio de competencia, desde que el Juez a quien se trata de inhibir, recibe el oficio en que se le provoca, hasta que se dirime.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

149.—Arts. 919 y 931 de este Código.—Código de 69, Art. 23.—Código Peruano, Art. 16.—Colombiano, 150 y 153.—L. O. de Costa Rica, 113.

Después de declarar el Código cómo se adquiere la jurisdicción, pasa a tratar de cómo se suspende y se pierde, inspirándose en el Código Peruano, que en todo esto le ha servido de modelo.

Divide la suspensión y la pérdida en **parciales y totales** (a). Las primeras se refieren a un asunto determinado, quedando el juez en pleno ejercicio de sus funciones respecto de los demás asuntos; por lo cual pudieran decir que atañen, más bien a la competencia, que a la jurisdicción. Las segundas, las totales, refiérense al ejercicio mismo del cargo, en general; y por tanto, a todos los asuntos comprendidos en las atribuciones del juez. Concretándonos ahora a la suspensión parcial, objeto de este artículo, fijemos la atención en cada uno de los incisos.

150.—**Inciso 1º**—El Código señala casos en que el juez debe abstenerse de intervenir en ciertos asuntos; y

(a) Más propiamente, tal vez, podría decirse **relativas y absolutas**.

a la vez, concede a las partes el derecho de separarle de ellos (Art. 919).

Si el juez, cumpliendo ese deber legal, propone la excusa, queda suspensa su jurisdicción en el asunto, hasta que aquélla sea calificada por el juez competente. Si éste acepta la excusa, la **suspensión parcial** se convierte en **pérdida parcial** (Art. 28, inciso 2°); es decir, queda el juez definitivamente separado del asunto. Si la niega, termina la suspensión, y el juez continúa conociendo.

Hasta la Legislatura de 1911, el Código guardaba silencio respecto del caso de excusa; en lo cual había un vacío manifiesto, y aun incoherencia con lo establecido sobre la **pérdida parcial** en el caso segundo del Art. 28 (a).

Si el juez no se excusa, pero una de las partes promueve la recusación, se ventila este incidente, comenzándose por pedir al juez informe sobre el motivo alegado para la recusación; y la jurisdicción del juez queda suspensa desde que se notifica a éste el decreto en que se le hace esa petición.

Admitida la recusación, conviértese en **pérdida parcial la suspensión** de la jurisdicción.

Si pendiente la recusación o excusa, sigue el juez funcionando, ocasiona la nulidad del proceso por incompetencia de jurisdicción, y se hace responsable de las costas, aunque no resulte legal el motivo alegado. Además, en el caso de recusación, incurre en **usurpación de atribuciones**, y queda sujeto a la respectiva sanción penal (b). Si teniendo el juez impedimento, no se excusa ni se le promueve recusación, la jurisdicción no se suspende;

(a) Decía así el inciso: "Por la recusación, desde que se notifica al juez recusado el decreto en que se le pide informe".

(b) El Art. 224 del Código Penal dice: "El empleado público o juez que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo, antes que se decida la competencia o recusación, será castigado con multa de cuarenta a cien sucos".

pero el juez, si ha procedido a sabiendas, incurre en pena de un mes a un año de prisión, según el Art. 238 del Código Penal.

151.—**Inciso 2°**—Por regla general, concedida la apelación de un fallo, suspéndese la ejecución de éste hasta que el juez o tribunal superior lo revoque o confirme; y eso significa, en el lenguaje jurídico, la **apelación en los efectos suspensivo y devolutivo**. Mas, por excepción, en ciertos asuntos urgentes, la apelación no impide que se ejecute el fallo, a condición de que, si el superior lo revoca, se deshaga o restituya ya lo hecho o recibido en virtud del fallo; y en tales casos se dice que la apelación se concede sólo en el **efecto devolutivo**. Art. 380 de este Código.

Cuando la apelación se concede en ambos efectos, se suspende la jurisdicción del juez desde que se elevan los autos al superior. Antes de esta elevación, puede el juez seguir funcionando, aunque esté ya concedido el recurso; pero deberá limitarse a remover los obstáculos para la inmediata remisión del proceso, y a despachar los incidentes cuya resolución requiere el estado mismo de la causa.

152.—**Inciso 3°**—El caso de este inciso es análogo al del primero, con la diferencia de que es otro juez quien, pretendiéndose competente para el asunto, promueve la separación del que ha empezado a conocer.

Ya sabemos en qué consiste la acción inhibitoria (N.º 40). Promovida ésta, el juez provocante oficia al provocado, exigiéndole que se inhiba del asunto; y así como en el caso del inciso primero, la suspensión comienza desde la notificación, en el del tercero empieza desde que el juez provocado recibe el oficio.

Si, recibido el oficio, sigue el juez funcionando, incurre en la sanción del artículo 224 del Código Penal, arriba citado, y el proceso es nulo, por falta de jurisdicción.

Art. 26. La jurisdicción del Juez se suspende totalmente:

- 1º Por declararse haber lugar a formación de causa contra el Juez;
- 2º Por licencia concedida al Juez por autoridad competente, desde que se obtiene hasta que termina; y
- 3º Por la suspensión de los derechos de ciudadanía, declarada judicialmente en última instancia.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

153.—Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 3º, N.os 11 y 12.—Const., arts. 15 y 101.—Código Peruano, Art. 16.—Colomb, 151.—L. O. de Costa Rica, 25.

Sabemos ya que la suspensión total o absoluta se refiere al ejercicio mismo del cargo, y por consiguiente, a todos los asuntos comprendidos en las atribuciones del Juez, o sea a la facultad de administrar justicia, sin relación a determinado negocio (a). Estudiemos ahora los casos en que tiene lugar:

1º—Según el N.º 1º del Art. 15 de la Constitución, por declararse haber lugar a formación de causa contra un funcionario público, se suspenden los derechos de ciudadanía, sea cualquiera la infracción de que se trate; y, suspenda la ciudadanía, no puede ejercerse la Judicatura, puesto que, ya por la Constitución (Art. 101), ya por la Ley Orgánica del Poder Judicial, para ser juez se requiere ser ciudadano en ejercicio.

Queda, por cierto, el juez investido del cargo; y torna a ejercerlo, si se pronuncia sentencia absolutoria o una condenación que no lleve consigo la pérdida de la ciudadanía.

(a) La Ley Orgánica de Costa Rica dice, con más propiedad: "Art. 23.—Las funciones de los que administran justicia se suspenden:

"1º—Por haberse dictado contra ellos auto que dé lugar a formación de causa criminal etc."

Si la pena es corporal, aunque no cause aquella pérdida, el juez queda inhabilitado para serlo, mientras dure la condena, atento el N.º 11 del Art. 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La declaración de haber lugar a formación de causa se llama técnicamente **auto motivado**.

154.—2º—El Código dice desde que se obtiene, pero creemos debe entenderse desde que se comunica la concesión al juez licenciado. Comunicada, los actos que ejecutara el juez serían nulos, por falta de jurisdicción, a menos que renunciara expresamente la licencia.

155.—3º—Este inciso guarda perfecta armonía con la Constitución Peruana (Arts. 39 y 40), pero no con la nuestra ni con nuestras leyes, según las cuales la suspensión de la ciudadanía no es en ningún caso materia de una declaración pronunciada por sentencia judicial (a).

Art. 27. El Juez pierde absolutamente la jurisdicción:

- 1º Por la pérdida de los derechos de ciudadanía, declarada judicialmente en última instancia;
- 2º Por renuncia del destino, desde que se notifica la admisión;
- 3º Por haber transcurrido el tiempo para el cual fue nombrado, salvo lo dispuesto en el Art. 14; y
- 4º Por admitir el Juez otro destino público.

(a) La Constitución dice así: "Art. 15. Los derechos de ciudadanía se suspenden:

"1.—Por haberse declarado que ha lugar a formación de causa contra un funcionario público, o por habersele suspendido de sus funciones en virtud de sentencia ejecutoriada;

"2.—Por no haberse presentado, dentro del término legal, las cuentas de los caudales públicos que se hubiesen manejado, o por no haberse satisfecho el alcance que hubiere resultado en contra;

"3.—Por interdicción judicial; y,

"4.—En los demás casos que determinan las leyes".

En ninguno de estos casos la suspensión de la ciudadanía es objeto de una declaración judicial; y se opera por el ministerio de la ley, en virtud de otro hecho al cual es anexa.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

156.—Const., Arts. 14 y 101.—Código de 69, Art. 24.—Código del Perú, Art. 17.—Bolivia, 27 (L. O.)—Colombia, 151 (a)—Perú (L. O. actual), 45.—L. O. de Costa Rica, 24 y 111.

No hay propiedad en decir que en los casos de este artículo el juez pierde la jurisdicción; pues lo que se pierde es el empleo mismo o cargo de juez. En otros términos, lo que acontece es, no que el juez queda sin jurisdicción, sino que la persona que era juez, deja de serlo.

Este Art. estaría, por tanto, mejor en la ley Org. del P. J. (como en la actual legislación peruana) (b) que en el Cgo. de Enj. Y lo propio podemos decir de la **suspensión total**, que se refiere también al cargo mismo de juez.

Estudiemos los casos de la pérdida.

1° De acuerdo también con la legislación peruana, exige nuestro inciso la condición de que la pérdida de la ciudadanía sea declarada en última instancia. Mas, según nuestras leyes, la pérdida más importante de la ciudadanía, que es la perpetua, no es judicialmente declarada, y se sigue por el ministerio de la ley, según el Art. 49 del Cgo. Penal, como efecto jurídico de toda condenación a reclusión o a prisión que pasa de seis meses (c).

(a) Este Código dice simplemente: "La jurisdicción se pierde absolutamente por cualquiera de las causas que privan del destino de Magistrado de Juez . . ."

(b) "Termina el cargo de Juez—dice el artículo 45 de la L. O. actual del Perú—: 1° Por separación; 2° Por jubilación o cesantía; 3° Por renuncia desde que es aceptada; 4° Por definición dictada en juicio criminal."

(c) Dice así el Art.: "Toda sentencia que condene a reclusión, o a prisión que pase de seis meses, causa la pérdida de los derechos de ciudadanía.

"Los jueces y tribunales podrán, en los casos que determine este Código, imponer la pérdida de dichos derechos, por un término de tres a cinco años, aun cuando la prisión no pase de seis meses."

Tal condenación es, según el pensamiento de nuestra ley, una causa de indignidad de la ciudadanía, que, por sí misma, produce el efecto de la pérdida de ésta.

Sólo la pérdida temporal que los jueces imponen con arreglo al inciso segundo del citado artículo 49; esa pérdida que, según el espíritu de nuestra Constitución, y según su propia naturaleza, es, tal vez, una mera suspensión, puede llenar el requisito de la declaración judicial mencionada en este artículo.

La resolución judicial que la Constitución exige en el caso tercero del artículo 14, tiene que versar, no precisamente sobre la pérdida de la ciudadanía, sino sobre los actos de violencia, falsedad, compra de votos, etc.; y, declarado este hecho en la sentencia, la pérdida de la ciudadanía se sigue por el ministerio de la ley (a).

157.—2°—El Cgo. Peruano dijo **desde que se admite**; y nuestro Legislador que, con mucha razón, corrigió a su modelo en este punto, olvidó la misma corrección al tratar de la regla segunda del Art. 26, que versa sobre la licencia.

Atenta la disposición de este inciso, el empleado que renuncia debe seguir funcionando hasta que se le notifique la admisión.

Por disposición especial, los Ministros o Conjueces que han asistido a la relación de la causa, quedan obligados a sentenciarla, aunque renuncien el empleo u ob-

(a) La Constitución dice: "Art. 14. Los derechos de ciudadanía se

"pierden:

"1° Por entrar al servicio de Nación enemiga;

"2° Por naturalización en otro Estado;

"3° Por haber ejecutado actos de violencia, falsedad o corrupción en las elecciones populares; y, especialmente, por haber comprado o vendido el voto; en cuyos casos será necesario que preceda resolución judicial;

"4° Por haber sido condenado por fraude en el manejo de los caudales públicos;

"5° Por quebra declarada fraudulenta; y,

"6° En los demás casos determinados por las leyes."

tengan licencia: es decir, conservan para ese solo efecto la jurisdicción. Exceptuáanse los casos de destitución, imposibilidad mental o física que exceda de un mes, recusación o ausencia fuera de la República, o impedimento de ejercer la profesión. Art. 42 de la L. Org. del P. Judicial.

158.—3°—Nos ocupamos ya en el Art. 14 (N° 126), y ningún comentario ni explicación requiere este inciso.

159.—4°—El Código Peruano decía a este respecto: “Art. 18. Termina la jurisdicción por admitir el Juez un destino público **permanente incompatible con la judicatura.**” Y nuestro Legislador suprimió las últimas palabras, para dar mayor extensión a la regla.

Cabe que un juez laborioso y cumplidor de sus deberes pueda desempeñar algún otro cargo que de hecho no le imponga ocupaciones incompatibles, y que así se utilicen aptitudes que, a veces, no es fácil encontrar en otro individuo. Pero lo más común en la práctica es que el empeño de gozar de mejores emolumentos, induzca a los empleados públicos a recargarse de atenciones diversas que no pueden ser bien desempeñadas simultáneamente.

Por esta consideración, sugerida por la experiencia, y con el propósito de cortar el mal por la raíz, consignése en la Carta fundamental la regla de que “nadie podrá gozar de dos sueldos, ni aún a título de contrato, aunque sean diversas las Tesorerías y Colecturías que los pague.” Art. 126.

En cuanto a los jueces, hemos tenido desde el año 78 la regla que comentamos; pero, según ella, si el que es nombrado juez tiene de antemano otro empleo, no lo pierde por el nombramiento, ni pierde tampoco la jurisdicción.

Con respecto a los Magistrados de las Cortes, la Ley Orgánica dice: “Art. 44. Los Ministros no pueden ejercer comisión alguna, ni tener otro empleo, conforme a la Constitución.” Y ésta: “Art. 110. Los Magis-

trados de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores y los Ministros Jueces de Cuentas lo serán por seis años e indefinidamente reelegidos: **más les está prohibido admitir otro empleo público durante el tiempo de su destino.**” (a)

160.—El Código Peruano (y ahora la Ley Org.) agrega el caso de destitución decretada por autoridad competente.

Al estudiar nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, nos ocupamos en el importante y fundamental principio de la inamovilidad de los jueces, que hace tanto tiempo ha venido luchando, ya contra las preocupaciones doctrinarias, ya contra los intereses de la política. En el Derecho Francés ha prevalecido desde muy antiguo, aunque no sin fluctuaciones; pero en la época actual, ardorosamente defendido por los publicistas modernos, va consolidándose en todas partes, y figura en las constituciones o leyes de casi todos los pueblos cultos, y hasta en la Turquía y la Rusia.

Entre nosotros, el artículo 109 de la Constitución consagra ese principio en los siguientes términos: “Los Magistrados y Jueces son responsables de su conducta... No puede suspenderseles de sus destinos sin que preceda auto motivado, ni destituirseles sino en virtud de sentencia judicial.”

Destituir es, según la Academia, “separar a uno de su cargo como corrección o castigo.” Y en este sentido, ni la Constitución ni las leyes establecen caso alguno de destitución de los jueces; y lo único que cabe, según el artículo 5° de la Ley Orgánica, es la **remoción** de los nombrados sin los requisitos o con los impedimentos que la misma Ley o la Constitución determinan.

(a) La Ley Org. de Costa Rica dice terminantemente: en su artículo

11: “Los cargos de Magistrado, Juez de la instancia y Alcaldes son incompatibles con todo otro empleo público”.

La inmovilidad de los jueces no significa que el cargo ha de ser precisamente vitalicio: lo cual es otro importante problema en que también nos ocupamos en tiempos.

En la legislación peruana se reconoce otro caso de pérdida de la jurisdicción o, mejor dicho, terminación del cargo, la jubilación, establecida en esta República hace mucho tiempo, como en los principales países de Europa y América.

El Juez pierde la jurisdicción por interdicción.

1.º En la causa para la cual ha sido declarado incompetente por sentencia de otro juez declinatoria.

2.º En la causa en que no le ha sido admitido el cargo y no ha declarado justa interdicción.

En la causa interdicción, cuando está efectuada la sentencia.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Cód. Peruan. Art. 19.—Colomb., 152.—Costa Ri-

ca, 112.

161.—La jurisdicción parcial es, como ya lo sabemos, la terminación de la jurisdicción respecto de un asunto determinado. Examinemos los casos de este artículo:

1.º—Declinada la acción inhibitoria, suspéndese la jurisdicción del juez contra quien se dirige; y si llega a pronunciarse el fallo favorable, la suspensión se convierte en pérdida. (N.º 150). Si se hace uso de la excepción

1.º En la Ley Orgánica de Costa Rica dice, Art. 111.—La jurisdicción se pierde en causas declaratorias.

1.º Cuando está interdicción la causa y ejecutada la sentencia.

2.º Cuando el juez ha sido declarado incompetente por otro de practicar algunas diligencias que son propias de su cargo.

3.º Cuando por ser incompetente o no haberse presentado a tiempo de la práctica.

4.º Cuando el juez ha sido declarado inhabil e interdicción o de

declinatoria, no hay suspensión, y conoce de ella el mismo juez; pero si éste se declara incompetente, ejecutoriado el fallo, termina también la jurisdicción.

2.º—Propuestas la excusa o la recusación, se suspende la jurisdicción del juez en el asunto de que se trata; admitidas, termina.

3.º—Causa fenecida es la que ha terminado definitivamente. La ejecución de la sentencia es un hecho completo, que puede dar lugar a incidentes y procedimientos posteriores, para todos los cuales conserva el juez la jurisdicción (Art. 342); v. gr., en los juicios ejecutivos, lo concerniente a la entrega de la cosa rematada, a la consignación de todo el contador, aunque estuviere ya pagado el acreedor, al cotejo de inventarios, complementario de aquella entrega, etc.

Si se tratare de exigir al rematante el pago de los dividendos a plazo, deberá seguirse ejecución separada.

Art. 20. Pierden también parcialmente la jurisdicción:

1.º El juez encargado por otro, conforme a la ley, de actuar algunas diligencias luego que las hubiere actuado; y,

2.º El juez suplente, luego que cesa la causa de su interdicción o es reemplazado por otro.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Cód. Peruan. Art. 20.—Colomb., 152.—Costa Rica, 112.

162.—Este artículo, copiado literalmente del Código Peruan. manifiesta la diferencia esencial que existe entre el juez suplente y el prorrogado, el cual, según el Art. 17, excluye a cualquier otro; y justifica las observaciones que hemos hecho respecto del inciso primero, del Art. 12 y del 14 (Nos. 112 y 124).

SECCION SEGUNDA

DEL FUERO COMPETENTE

163.—Nuestro Código sigue fielmente en esta parte al Peruano, hasta en la impropiedad del título o rúbrica que emplea para indicar la materia de esta sección. Si por fuero se entiende en el derecho moderno, como decía nuestro Código de 69, "la jurisdicción competente de un juez por razón de las personas, de las cosas y de la sección territorial en que se debe ejercer" (Art. 25), tenemos que significa lo mismo que **competencia**; y por tanto, la expresión **fuero competente** equivale a **competencia competente**.

Esa palabra tiene varias acepciones en el lenguaje jurídico, como ya lo observamos (N° 42); y los expositores peruanos, con el fin de evitar el inconveniente que acabamos de anotar, la toman en un sentido más genérico, equivalente a **jurisdicción**, diciendo que es la potestad que tienen los jueces y tribunales para admitir, sustanciar y resolver las cuestiones que se les sometan (a).

En este sentido, el calificativo de **competente** sirve para pasar de lo abstracto a lo concreto; es decir, para enunciar la idea de la **competencia**, que es la misma jurisdicción, concretada a ciertos asuntos o circunscrita dentro de ciertos límites (a).

(a) Así Dn. Miguel Antonio de La Lama, en su Diccionario de Jurisprudencia, dice: **Fuero competente**.—La facultad o poder que tiene un juez para entender en ciertas y determinadas causas".

Y García Calderón, en el suyo: **Fuero competente**.—La palabra fuere significa la jurisdicción o potestad que el juez tiene sobre ciertas personas y cosas.

"Se llama **competente**, cuando se ejerce sobre las personas y cosas que realmente están sometidas a la persona del juez; y es **incompetente**, cuando un juez intenta ejercer autoridad sobre personas y cosas que por la ley están sometidas a otro juez".

dición, concretada a ciertos asuntos o circunscrita dentro de ciertos límites (a).

Pero aun así resulta vicioso el sistema del Código en la nomenclatura; porque en esta sección se va a tratar, no de la competencia o de la jurisdicción competente, en todos sus aspectos, sino sólo de la que se limita y distribuye en razón del territorio.

Debido, por tanto, decir el Código: "Del fuero territorial" o "De la competencia territorial", para indicar con precisión la materia de que iba a tratar, y nada más (b).

Pasemos al examen de las disposiciones legales.

Art. 30. Toda persona tiene derecho para no ser demandada sino ante el juez de su fuero.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

164.—Copiando literalmente el artículo 116 peruano, comienza nuestro Código por reconocer y aplicar el axioma general actor sequitur forum rei.

El axioma establece una obligación, y nuestro artículo un derecho; pero es porque en toda relación jurídica existe un derecho correlativo a la obligación. Si el actor tiene el deber de seguir el fuero del reo, el reo tiene derecho para que el actor siga ese fuero.

(a) Recuérdese lo que dijimos en el número 38.—Matirrol, siguiendo a Daloz, dice: "Competencia es la medida con que la jurisdicción se distribuye entre las varias autoridades judiciales" Y después añade: "De lo dicho hasta aquí, se deduce que la jurisdicción y la competencia son, y deben ser, esencialmente distintas entre sí. Tal distinción es con frecuencia desconocida en los libros de los escritores y en las sentencias de los magistrados, y tampoco ha sido exactamente guardada en el lenguaje del legislador patrio, que confunde con frecuencia y emplea mezclados los dos vocablos"

(b) El Código de 69 decía simplemente: "SECCION II.—DEL FUERO".—El Código de Venezuela dice también: "DEL FUERO COMPETENTE".

Por otra parte, toda obligación reviste la forma de derecho, para que no se exija más de lo comprendido en ella. Y así, el que está obligado a comparecer ante cierto juez por lo mismo tiene derecho a que no se le demande ante otro.

Tal es la forma empleada por nuestra ley para la enunciación de aquel inconvencus axioma, reconocido de manera expresa o tácito por todas las legislaciones, y cuyo sentido y fundamento filosófico estudiamos ya en la Par- te Doctrinal N.º 43.

Art. 51. Demandada una persona ante un juez de distinto fuero, puede deducirse la jurisdicción, o serlo a su favor por las partes que, mediante comparecencia o prorrogación de jurisdicción, en el modo y casos en que puede hacerse, conformes a la ley.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

Cgo. Peruano, Art. 117

185.—Comulgada la regla general del artículo precedente, prevé el Código al caso de que se la viole; y le otorga al juez las tres causas que ya conocemos (Nos. 40 y 41). Objeto de la jurisdicción, es decir, según la frase jurídica, declarar la jurisdicción; promover ante el juez competente la acción inhibitoria, a fin de que dicho juez reclame el conocimiento del asunto y se oponga a que el otro siga conociendo de la causa; o bien prorrogar la jurisdicción.

Las palabras finales: en el modo y casos en que puede hacerse conforme a la ley, hacen relación a la doctrina que el Código sigue respecto a la prorrogación, y limitando indudablemente a muy limitado espacio, como ya lo observaremos.

160.—Si el reo no opone excepción alguna ni hace uso de la acción inhibitoria, y guarda silencio, es decir,

incurre en rebeldía, prorroga la jurisdicción.—Nos inclinamos a la afirmativa, por las consideraciones siguientes.

1.—Porque esta disposición legal da a entender claramente que, de acuerdo con los principios, propuestos una demanda ante juez territorial incompetente, el reo tiene que hacer una de las tres cosas que ella indica: deducir la jurisdicción, promover el juicio de competencia o prorrogar la jurisdicción. Lo primero y lo segundo requieren una gestión, un acto positivo del demandado; lo tercero se sigue por el ministerio de la ley, por el hecho de no hacerse lo primero ni lo segundo.

2.—Porque la incompetencia territorial en lo civil no afecta al orden público, ni puede ser declarada de oficio. Alegarla o no alegarla es un derecho del demandado; derecho que constituye una excepción dilatoria; y el no uso de ese derecho en tiempo oportuno, significa jurídicamente la pérdida o renuncia del derecho.

3.—Porque, como dijimos antes (N.º 73), aunque el juez no sea competente, no puede el demandado menoscabar la citación, que importa un llamamiento de la autoridad, y dejar que se hagan diligencias y gastos inútiles, y que el juez y demás empleados de justicia ocupen en vano su tiempo y su atención. El trasgredido de la demanda, le pone al demandado en el deber de obrar y hacer uso de sus derechos; y el no usar de ellos en el término respectivo, significa en este caso renunciarios.

En contra puede alegarse que el Art. 16 exige que el demandado conteste a la demanda sin deducir la jurisdicción. Mas esta objeción se debilita por la forma dictada en que el mismo artículo consigna los requisitos para la prorrogación; y además, porque, según el inciso tercero, es evidente que el reo rebeldía prorroga la jurisdicción por la materia (Nos. 150 y 159); y sería absurdo que la rebeldía surtiera ese efecto en la incompetencia ratione materiae, y no en la territorial.

Si se considera aceptable la doctrina que sostiene-
mos, convendría eliminar del inciso primero del Art. 165
las palabras por contestar a la demanda (a).

167.—Discuten los expositores si, siendo el juez in-
competente, a la vez, por la materia y por el territorio, el
hecho de alegar una sola de las incompetencias, importa
prorrogação tácita de la otra. Caravantes cree que no,
respetando la opinión de los que juzgan lo contrario (T. I,
pág. 272). Según nuestro derecho, deberíamos tal vez opi-
nar del mismo modo, teniendo en cuenta lo dispuesto por
el Art. 123, del cual trataremos en el lugar respectivo.

168.—Los dos medios que, según este artículo y el
16, tiene el demandado para impedir la prorrogação, de-
ben emplearse en el término de las excepciones dilatorias.
Con respecto a la excepción declinatoria, lo dice expresa-
mente el Código en el Art. 123, en el 458, etc.; pues se tra-
ta de una excepción dilatoria como cualquier otra. Cuan-
to a la acción inhibitoria, no tenemos regla expresa; pero
siendo, como es, sólo una diversa forma o manera de ejer-
cer el mismo derecho, debe sujetarse naturalmente a

169.—En el Derecho francés se llama *renvoi à l'ordre* declinatoria; y se pre-
scribe que al demandado sólo alegarla antes de toda otra excepción o decla-
ratoria (Art. 169); pero que, si la incompetencia es por razón de la materia, podrá ser
alegada en cualquier estado de la causa, y el tribunal tendrá siempre el deber
de declarar de oficio (Art. 169).

En el Código Español, se señaló expresamente la doctrina que sigue algu-
nos países para la prorrogação, diciendo así: "Art. 16.—Se entenderá hecha
la prorrogação tácita".

170.—Por el demandado, en el hecho de hacer, después de perjurado en el
juicio, cualquier escrito que no sea la de proponer en forma la declinatoria.
Y para declarar tal hecho, según la Ley Orgánica de Chile (Art. 241).
Y para declarar tal hecho en la República Latina, por algunos, como el Uruguayo
(Art. 169), y el Argentino (Art. 46), para entender que el silencio
del juez importa por sí la prorrogação.

171.—Art. Org. de Costa Rica (Art. 157) según quedan positivas en los juicios que
dependen de esta instancia, así demandado por el juez donde está hecha el ju-
ricamento en los tres días siguientes a la primera notificación.

idéntica regla. De otra manera, seguiríase el absurdo de
que, por medio de aquella acción, podría alegarse la in-
competencia y anularse la causa, en cualquier tiempo, y
aun después de haber, tal vez, manifestado el reo su
aquiescencia, procediendo a defenderse en cuanto a lo
principal.

A esta opinión se inclina Caravantes, siguiendo la
doctrina francesa y el Derecho romano, (T. I, Pág. 270).

Art. 25. El juez del lugar donde tiene su domicilio, el demandado, es el
competente para conocer de las causas que contra éste se promuevan.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

169.—Sentado en el Art. 30 el antecedente funda-
mental de que el actor debe seguir el fuero del reo, pre-
cede el Código a declarar en el 32 (37 del Código de 69)
de acuerdo con los principios jurídicos y la doctrina uni-
versal, que el fuero del reo es el de su domicilio.

Sabemos ya en lo que ésta consiste, considerado, ora
en su concepto esencial y filosófico, ora conforme a las
reglas expresas de nuestro Código Civil (N° 52); y su
insistencia misma desaparecería o no tendría razón de
ser en las leyes, si no debiera surtir el efecto de someter
al individuo a la jurisdicción del juez territorial res-
pectivo.

Excusado es que citemos las leyes extranjeras que
hacen la misma declaración, porque no hay Código algu-
no que no la contenga. Sólo que en algunos se limita a las
acciones personales, o bien a las muebles (según persona-
les o reales); y en otros se reúnen, como en el nuestro,
a más del fuero del domicilio, diversos otros fueros, en-
tales como el de la residencia, según lo veremos al
ocuparnos en el artículo 32.

En cuanto a esto, la variedad o discrepancia en las legislaciones es inmensa; por lo cual nos limitaremos a tomar en cuenta sólo ciertos tipos o modelos de los diversos sistemas.

El Código Peruano tiene, a primera vista, una diferencia notable en este punto; pues dice en el artículo 118: "El juez ordinario del lugar donde reside el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra él se promuevan." Pero los artículos siguientes dan a conocer que en aquél se ha confundido la residencia con el domicilio, el cual, según el Código Civil de esa República, "constitúyese por la habitación en un lugar con ánimo de permanecer en él" (artículo 45).

Art. 32. El que no tiene domicilio fijo puede ser demandado donde se le encuentre.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

170.—Nuestro Código Civil prevé el caso de que un individuo no tenga ánimo de permanecer en ningún lugar; y como no es posible que nadie esté exento de las relaciones jurídicas que entraña el domicilio, esto es, del sometimiento a determinada autoridad civil, dice en el Art. 65 que la **mera residencia** hará las veces de domicilio civil respecto a las personas que no lo tuvieran en otra parte.

En el lenguaje vulgar y según su etimología, la residencia entraña cierta idea de permanecer o continuar en un lugar. Viene de **residere**, volver a sentarse, tomar asiento; por lo cual el Diccionario Académico dice: "**Residir**. Estar de asiento en un lugar. Asistir uno personalmente en determinado lugar por razón de su empleo, dignidad o beneficio, ejerciéndolo."

Mas en nuestra ley sustantiva, conforme al pensamiento del Derecho francés, la residencia significa sólo el hecho de estar en determinado lugar; hecho que no produce el efecto jurídico del domicilio, sino cuando las circunstancias de que está rodeado hacen presumir el ánimo de permanecer (a).

El Código de Enjuiciamientos no ha hecho otra cosa en este artículo, que enunciar la misma idea del Civil, en términos más claros y más conformes con el lenguaje vulgar, copiados literalmente del Código Peruano, artículo 119.

En nuestro Código de 69 tenemos la propia regla en el artículo 27.

La Ley Orgánica de Costa Rica, artículo 137; el Código de Enjuiciamientos de Venezuela, artículo 22; el Colombiano, 160; y muchos otros tienen análoga regla. El de Alemania, artículo 21, dice: "La residencia que perezca prolongada hace veces de domicilio."

Art. 34. El que tiene domicilio en dos lugares distintos puede ser demandado en cualquiera de ellos.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

171.—Código de 69, artículo 28.—Código Colombiano, 160.—Peruano, artículo 120.—Ley Orgánica de Chile, artículo 218.

(a) *Thouren* explica en estos términos la diferencia entre el dominio y la mera residencia:

"El domicilio no debe ser confundido con la residencia. Aquel es un derecho, ésta un hecho.

"La residencia, en un sentido propio y riguroso, está en el lugar en que uno se encuentra actualmente: ella se adquiere por la habitación, y se pierde con ésta. Yo residí allí donde yo estoy y en tanto que yo estoy.

"El dominio, por el contrario, es independiente de la habitación: no se adquiere ni se pierde necesariamente con ella. Así se puede estar domiciliado en un lugar en donde jamás se ha residido y que ni se lo conoce...." (REPETITIONS ECRITES SUR LE CODE CIVIL, T. I, N° 321).

Todo cuanto expusimos acerca de la pluralidad de domicilios y de la división del domicilio en general y especial (Nº 53), nos sirve de explicación y comentario del artículo que nos ocupa; y no necesitamos repetirlo. Obsérvese, esta disposición legal, resultaría en discordancia con la del artículo 63 del Código sustantivo, que, de perfecta acuerdo con los principios científicos, dice: "Cuando concurren en varias secciones territoriales con respecto a un mismo individuo, circunstancias constitutivas de domicilio civil, se entenderá que en todas ellas lo tiene. Pero si se trata de cosas que tienen relación especial a una de dichas secciones exclusivamente, solo ésta será, para tales casos, el domicilio civil del individuo."

La restricción consignada en la segunda parte de este artículo deberemos hacerla también al aplicar el 34 del Código adjetivo, para procurar entre las dos leyes la respectiva correspondencia y armonía. Por tanto, si la demanda se refiere a un asunto que no tiene relación especial a ninguna de las dos secciones en que el demandado tiene el asiento de sus negocios, o que se relaciona con ambas, podrá el actor elegir entre esas dos fueros del req; pero si el demandado tiene sólo un domicilio principal, en donde se encuentra el centro de su actividad civil y el conjunto de sus relaciones y negocios, y además uno o más especiales para determinadas asuntos, la demanda no podrá proponerse en ninguno de los especiales, a menos que tenga relación con esos mismos asuntos especiales.

Respecto a una materia extraña al domicilio especial, puede decirse que éste no existe; y por lo mismo, no sería caso de aplicar el artículo 34 (a).

16) La Ley Org. de Cuba (Art. 119) establece, según sabemos a la sazón, que el domicilio, y habiéndose hecho en el Código observándose, según a la vez se dispone por el mismo, Dispuesto por el Poder Judicial, de España.

La más acertado habría sido, pues, en nuestro legislador omitir esta regla adjetiva, y dejar expedita la aplicación de la del Código Civil, que es suficiente y muy bien meditada.

Art. 34. Además del juez del domicilio, son también competentes:

- 1º—El del lugar en que deba hacerse el pago o cumplirse la obligación.
- 2º—El del lugar donde se celebró el contrato, si al tiempo de la demanda está en él presente el demandado, su procurador general, o el especial para el asunto de que se trata.
- 3º—El juez al cual el demandado se haya sometido expresamente en el contrato.
- 4º—El del lugar en que existiere la cosa raíz, materia del pleito. Si la cosa no hallare situada en dos o más parroquias o cantones, el del lugar donde está la casa del dueño, sea, si el pleito se refiere sólo a una parte del pleito, el del lugar donde existiere la parte disputada; y si toda perteneciere a diversos propietarios, el demandante podrá elegir al Juez de cualquiera de ellas.
- 5º—El del lugar donde hubiera cometido los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de ellos.
- 6º—El del lugar en que se hubiera administrado bienes siendo cuando la demanda versa sobre los sucesos de la administración; y
- 7º—El del lugar donde se hiciere la mayor parte de los hechos que constituyan el asunto, en que se hubiere obrado la acción, tal en que se comenzare a pagar las sumas, y del designado por el testador para dicho pago, cuando se trate de petición de legado.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

172.—Desde este punto nuestro Código se diferencia notablemente del peruano, y consulta algo mejor los principios científicos. Sentada la regla general de que el actor se ha de dirigir al juez del domicilio del req, pasa

señor José Bernardo Lira, que era a la vez uno de los autores del proyecto de ley, contentó explicando aquella regla en el mismo sentido que nosotros, es decir, limitado su alcance dentro de los términos del Código Civil.

De la siguiente manera resumí su exposición al someterlo jurídicamente. "En una palabra, dejando al Código Civil, a quien le corresponde, el señalar las circunstancias que determinan el domicilio civil de un individuo, esta Ley no hace más que dar la regla de la competencia del juez, cuando se trata de un domicilio, en que está en su pleito, porque así es de su naturaleza." (Boletín del 28 de Agosto de 1871.—Bullerías, T. II, Nos. 1885 y 1886.)

a formar dos series de casos, comprendiendo en la primera aquellos en que, a más del juez del domicilio principal del demandado, hay otro u otros jueces competentes; y en la segunda los en que cesa la regla del domicilio principal, y el actor debe seguir el fuero especial a que el asunto está sujeto.

Por manera que, según el sistema de nuestro Código, unas veces es aplicable sólo la regla del domicilio principal: otras tiene el actor la elección entre ese fuero y el especial del asunto, y otras no hay más fuero que el especial.

En el artículo que comentamos está contenida la primera de las dos series: examinemos, por tanto, cada uno de sus casos.

173.—1°—**El lugar del pago.** Con respecto al fundamento científico de este fuero, generalmente reconocido en las legislaciones (a), y a la limitación que, a nuestro juicio, sería conveniente ponerle, nos referimos a lo dicho en el N° 58. Ahora estudiémoslo brevemente en sus antecedentes históricos, en sus relaciones con la ley sustantiva y en sus aplicaciones prácticas.

La antigua y tradicional división de las acciones en reales, personales y mixtas sirvió de base al Código frances y luego a varios otros para la determinación del fuero territorial, ocasionando dudas y divergencias, ya sobre la extensión y los efectos de la regla concerniente al fuero.

Sin percatarse de aquellos inconvenientes, ya bien ponderados en la doctrina de los autores, nuestro legis-

lador de 69 adoptó la misma base, aunque sin tomar en cuenta las llamadas acciones mixtas; y dijo que, sin perjuicio del fuero del domicilio, las demandas por acción personal podrían proponerse ante el juez del lugar en que se hubiere ofrecido hacer el pago.

El 78 hizo un notable progreso, abandonando aquella antigua base de la división de las acciones, y adoptó el sistema que hasta ahora tenemos, no exento, por otra parte, de inconvenientes y defectos, como vamos a verlo.

La regla de 78 quedó así: "El juez del lugar en que se haya ofrecido hacer el pago o cumplir la obligación."

De este modo le regla era aplicable al caso en que las partes habían fijado expresamente el lugar del pago; mas no al en que, por haber guardado ellas silencio, debían aplicarse las correspondientes disposiciones del Código Civil. Y no había motivo suficiente para esta diferencia.

La razón del **forum solutionis** consiste en la necesidad de armonizar lo concerniente al lugar del cumplimiento de la obligación, con lo relativo al lugar del juicio. Seguirse éste en un lugar y cumplirse la obligación en otro—dijimos al exponer la doctrina—sería embarazoso y complicado; y nada más natural que suponerle presente al deudor allí donde deba responder de su obligación, y que los apremios reales y personales y todas las medidas coercitivas con que la autoridad protege y hace efectivo el derecho, se empleen también allí donde la obligación debe ser satisfecha, es decir, donde se deja sentir directamente la resistencia de la parte obligada.

Y esta razón es la misma, ora sea el convenio de las partes, ora la ley, lo que determine el lugar del pago.

Por otra parte, el Código Civil no hace esa determinación sino para el caso en que los contratantes la hayan omitido; de modo que su pensamiento es suplir el

(a) Código Español. Art. 62; Italiano. 91; Ley Orgánica de Costa Rica. 133; de Bolivia. 18; de Chile. 213, 216 y 217; Código de México. 185; Venezuela. 33; Colombiano. 161; Peruano actual. 45; Uruguayo. 35; Argentino. 4°.

En Francia se establece este fuero sólo para las obligaciones mercantiles (Art. 420 del Código de Procedimiento).

silencio de aquellos e interpretar del modo más razonable y equitativo la intención de los mismos.

En vista de estas consideraciones, la Legislatura de 1911 modificó el inciso, en el sentido en que hoy rige, cambiando las palabras **en que se haya ofrecido hacer el pago con en que deba hacerse el pago.**

174.—Puede acontecer que en el intervalo entre el contrato y el cobro, el deudor cambie de domicilio; y para este caso, el Código Civil, consecuente con su idea de interpretar la intención de las partes, dispone que el pago se haga en el lugar en donde, sin tal cambio, hubiera debido efectuarse. A falta de prueba en contrario, debe creerse que las partes supusieron que las cosas continuarían como al tiempo del contrato se encontraban; y el hecho material del cambio del domicilio del deudor, efectuado sin ninguna intervención del acreedor, no puede alterar los derechos de éste, ni las relaciones jurídicas creadas por el contrato.

Ahora bien, en esta hipótesis del cambio, tendría el actor, según la regla adjetiva que examinamos, derecho de escoger entre los dos fueros, el del domicilio actual del demandado, conforme al Art. 32 de este Código, y el que el deudor tuvo al tiempo del contrato, conforme a la dicha regla adjetiva, y al Art. 1579 del Código Civil; pero entendiéndose que el pago debería hacerse siempre en el domicilio que tuvo el deudor al tiempo del contrato.

175.—2°—**El lugar del contrato.**—Las observaciones que hicimos en el N° 59 nos sirven de suficiente comentario de este inciso, y ponen de manifiesto la inconveniencia de la enorme latitud que nuestro Código ha dado a dicho fuero.

Respecto de las obligaciones que deben cumplirse de pronto contado, bien está que se declare competente al juez del lugar donde se las contrae, no precisamente por razón del contrato mismo, sino por el cumplimiento; porque es de suponer que las partes han entendido que

éste debería efectuarse en el mismo lugar. Pero si una persona que está de tránsito o de modo casual en un lugar, celebra allí un contrato que debe cumplirse después de cierto tiempo, no hay ninguna razón para que, por la mera coincidencia material de volver a encontrarse algún día dicha persona en el mismo lugar, o presentarse allí su procurador, el juez de este lugar llegue a ser competente para conocer del asunto.

Todo fuero se funda, según sabemos, en algún hecho que importa sometimiento a la autoridad local; y no hay fundamento alguno para atribuir esa calidad al mereo hecho del contrato.

Y la sinrazón del Código sería más manifiesta si, en el caso que nos ocupa, las partes hubieran estipulado expresamente el cumplimiento de la obligación en otro lugar, y más aún, si se hubiera determinado para los efectos del contrato un fuero especial distinto del lugar en que éste se celebró. En todos estos casos y a pesar de todas esas estipulaciones, cabría, según el Código, el **forum contractus**; lo cual sería evidentemente contrario a los principios en que se funda la competencia territorial.

En este último supuesto, podría tener el actor hasta tres o cuatro jueces en que escoger: el del domicilio principal del deudor, el del contrato, el del pago y el determinado por las partes.

El Código Peruano no reconoce el **forum contractus**, ni nuestro Código de 69; pero sí el Español, Art. 62; Ital., 91; Méj., 188; Costarrig., 138; Venez., 34; Colom., 161; Boliv., 18; Urug., 35; Arg., 4°.

176.—3°—**El fuero convencional.**—Siendo la voluntad del individuo la base fundamental del domicilio, este fuero, que se apoya en la voluntad expresa de las partes, es el más evidente, el más natural e indiscutible de todos, y universalmente reconocido en las legislaciones (Nos. 52—54).

Muchas de éstas, por tal motivo, lo colocan en primer lugar en las reglas de la competencia territorial, y en términos que, cuando ese fuero existe, no se le permite al actor acudir a ningún otro. Mas nuestro Código le deja, aun en este caso, una amplia latitud de elección, entre tres o cuatro fueros, como en el caso del inciso precedente, a que se refirió nuestra última observación.

En terreno de los principios, esa latitud debería tener las restricciones que indicamos en el N.º 56.

El Código Peruano permite también la elección, atento el tenor de sus artículos 123 y 132, pero con menos latitud que el nuestro. Lo propio decimos de nuestro Código de 69.

Si la fijación de domicilio especial se ha hecho en interés y seguridad de ambas partes, permitirle al acreedor dirigirse a otro juez sería tan absurdo como concederle el derecho de violar la convención. Si se la ha hecho, como generalmente acontece, en beneficio y para facilidad del acreedor, aquella permisión nada tiene de extraña, puesto que, sin necesidad de que la ley lo diga expresamente, cualquier persona puede renunciar un derecho que a ella sola concierne.

La intención de las partes revelada en el contrato, debería ser, por tanto, la norma racional en este punto (a).

177.—La sección del fuero competente, que estamos estudiando, trata, como su nombre lo indica, de los jueces que tienen jurisdicción propia; y según este inciso, uno de los jueces propios del reo (ninguno más propio) es aquel a quien éste se ha sometido expresamente en el contrato. Mas, según el Art. 15, el mismo caso es de jurisdicción prorrogada. Anomalía que tomamos en cuenta en el N.º 127, y que hace necesaria una reforma en la ley.

(a) El Código Colombiano declara que cuando las partes prorrogan expresamente la jurisdicción, el juez prorrogado conoce privativamente Art. 167.

Según los principios, más natural nos parece considerar el caso como de jurisdicción propia; puesto que la prorrogación supone, por su naturaleza, que el juez competente, ante quien se ha planteado una cuestión, llega a ser competente por voluntad de las partes o por disposición de la ley (a).

Al estipular las partes su sometimiento a determinado juez, constituyen un domicilio especial para los efectos del contrato, conforme al Art. 66 del Código Civil; y el juez del domicilio especial es tan competente para los efectos de ese contrato, como para las acciones relativas a un inmueble, lo es el del lugar donde éste está situado.

En todos estos casos hay, en verdad, un hecho voluntario del individuo, como voluntario es también el hecho de fijar aquí o allá el domicilio principal; pero en virtud de ese hecho voluntario, se actúa, por decirlo así, la jurisdicción territorial propia, como consecuencia jurídica de su misma institución. (N.º 131).

178.—4.—La situación de la cosa.—Hay todavía, como dijimos (N.º 173), Códigos modernos que adoptan como base para la distribución de la jurisdicción territorial, la clásica división de las acciones en reales, personales y mixtas; pero en los más esa base ha sido sustituida por la muy más apropiada de la división en muebles e inmuebles; sin que falten algunos que hayan querido combinar la una base con la otra, estableciendo un fuero para las

(a) Así lo declaran los más respetables expositores: "La prorrogation volontaire suppose une contestation déjà née, un procès engagé. Elle diffère de la soumission de juridiction, par laquelle les parties, avant tout procès, déterminent quel tribunal connaîtra des difficultés futures, auxquelles pourra donner naissance le contrat qu'elles forment. L'article 59 N.º 2 la fait résulter de l'élection de domicile et attribue compétence au juge du domicile élu, contrairement avec celui du domicile réel du défendeur. Henry Bonfils. TRAITÉ DE PROCEDURE EN MATIÈRE CIVILE, & COMMERCIALE N.º 538.

acciones reales inmuebles, y otros para las personales inmuebles y para las reales muebles y las personales muebles: lo cual complica el sistema, sin responder a ninguna razón científica (b).

Nuestro Código, siguiendo las ideas modernas más conformes con los principios, establece en este inciso el *forum rei sitae* para las acciones inmuebles, sean reales o personales.

Puede perfectamente una acción ser mueble y real, así como puede ser inmueble y personal, según la naturaleza del derecho de que se derive. La acción del propietario de un caballo-contrata el que lo posee con ánimo de dueño, pertenece a la primera clase, porque se funda en el derecho real de dominio. La acción del arrendatario de un fundo para que el arrendador se lo entregue, y la del arrendador para que el arrendatario se lo devuelva, son personales, porque se fundan en las obligaciones mutuas provenientes del contrato de arrendamiento. Y la razón del *forum rei sitae* depende, no de que el derecho discutido sea real o personal, sino de que la cosa reclamada sea inmueble, como lo manifestamos en el N° 57.

Si la demanda versa sobre cosas muebles, el *forum rei sitae* no tiene razón de ser, aunque la acción sea real. No obstante, la situación de las cosas muebles en cierto lugar puede tener su influencia indirecta en el fuero, en cuanto de ella dependa el lugar del cumplimiento de la obligación, que sirve de base al *forum solutionis*, como ya lo observamos (a), o en cuanto ella arguya el ánimo del

(b) Código Francés. Art. 59; Belga. 42 y 46; Alemán. 25; Italiano. 90; Español. 62 y 63; Argentino. 4°; Chile. 213, 214, 215 y 225; Uruguayo. 28, 29 y 31; Boliviano. 18 inc. 1°, 2° y 3°; Peruano actual. 45; Colombiano. 161 y 162; Venezolano. 33, 34 y 35; Costarricense. 136 N° 10, 139, 140, 141 y 148; Hond. 83; Méj. 188, 189, 190, 191 y 193.

(a) Según el Art. 1578 del Código Civil, la obligación de entregar un cuerpo cierto debe cumplirse—salvo estipulación en contrario—en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación; y según el N° 1° del artículo que estudiamos, es juez competente el del lugar en que la obligación debe cumplirse.

dueño o poseedor de constituirse o radicarse en ese lugar, como cuando se abre un establecimiento de venta de mercaderías, de consignación, etc.

179.—Nuestro Código prevé el caso de que la cosa raíz pertenezca a dos o más secciones territoriales, mas no el en que la acción verse sobre dos o más cosas raíces. El Código Francés tampoco dice nada al respecto; pero los expositores enseñan que en tal caso la demanda puede proponerse en cualquiera de dichas secciones.

Esta doctrina se adoptó en la legislación española (Art. 5° de la Ley de 1856 y 62 N° 3° de la actual) pero es refutada por Caravantes y otros autores, porque puede subordinar los inmuebles más valiosos al fuero del de menor importancia.

Nosotros podríamos, tal vez, seguir la enseñanza francesa, teniendo en cuenta la analogía del caso con el previsto en la parte final del inciso; pero sería más seguro para el actor dirigirse al fuero del domicilio del reo, que subsiste y queda a elección de él en todos los casos del Art. 35 (a).

180.—Nada dice tampoco nuestro artículo sobre servidumbres; pero como éstas son inherentes a los bienes raíces, es indudable que podría aplicarse la regla del inciso que nos ocupa. Según el Código Civil, los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sean o no las cosas sobre que versan (Art. 569); y en tal virtud, las servidumbres, consideradas como bienes o cosas, pertenecen indudablemente a la categoría de raíces.

El Código Peruano sí prevé expresamente el caso, en el N° 2° del Art. 222.

(a) El Código Uruguayo dice: Art. 29. Si los inmuebles que son objeto de la acción real estuvieren situados en diversos distritos jurisdiccionales, será competente el Juez del lugar en que esté situado cualquiera de esos bienes, con tal que allí mismo tenga su domicilio el demandado; y no concurriendo ambas circunstancias, el Juez competente será el de la situación de la cosa de mayor valor, según las últimas evaluaciones para la Contribución Directa."

181.—La acción hipotecaria se dirige contra el poseedor de la hipoteca; y por lo mismo, puede proponerse, según nuestro Código, ante el juez del domicilio del demandado o ante el de la situación del inmueble. Según el Derecho Francés, español, etc., el juez de la situación es el único competente.

182.—Si se trata de una acción de nulidad rescisión o resolución de un contrato sobre bienes raíces, pero no se pide restitución de la cosa, creemos que no podría aplicarse la regla del *forum rei sitae*, atento el tenor de nuestro inciso, que quiere que la cosa raíz sea materia del pleito, y según los principios jurídicos en que dicha regla se funda.

183.—5°—Daños y perjuicios.—El hecho dañoso da lugar a la acción penal o de Policía, si está previsto en el respectivo Código, y a la acción civil en favor del perjudicado. Si hay lugar a la acción penal o de Policía, la civil puede intentarse, como accesoria, ante el mismo juez, como ya lo observamos (N° 61). En caso contrario, se la dirige al juez civil, con sujeción a las reglas de este Código.

El que es civilmente responsable de un daño, está obligado, en primer lugar, a la reparación, es decir, a restituir, si es posible, la cosa dañada al estado anterior; a componerla o reconstruirla y dejarla como antes. Si no es posible la reparación, debe pagar en dinero el valor del deterioro de la cosa; y esto se llama indemnización o resarcimiento. Además de lo uno y de lo otro, debe también, al dañado, a título de indemnización, el lucro cesante y el daño emergente. Tal es la ley sustantiva.

Nuestro Código de Enj., imitando a su modelo, el Peruano, estableció, entre los fueros de elección de este artículo, el llamado en el Derecho Romano *forum maleficii*, para el caso en que se exigiese la reparación; de modo que si pedía el actor sólo la indemnización pecuniaria, debía dirigirse al juez del domicilio del demandado.

La legislatura de 1911 no encontró razonable esa diferencia, y reformó la regla, haciendo extensivo el *forum maleficii* a uno y otro caso, como lo dice expresamente el actual inciso.

En el Derecho Romano fundábase este fuero en el axioma de que la reparación del mal causado por el delito debía tener lugar allí donde se lo había producido: axioma razonable y filosófico respecto de la acción penal, que en aquel Derecho estaba confundida con la civil y sujeta a reglas y trámites casi idénticos; porque, en verdad, para la realización del bien social de la pena, conviene que la acción ejemplar y tranquilizadora de ésta se deje sentir, directa e inmediatamente, en donde el delito causó el estrago moral del mal ejemplo y del sentimiento de inseguridad que en los asociados produce (Nos. 23 y 61).

Respecto de la acción civil no milita aquella razón, pero sí otras que no dejan de ser atendibles. Obligar al que ha sido víctima de un atentado a dirigirse al domicilio, tal vez muy distante, del autor del hecho dañoso, sería demasiado duro, y equivaldría, a veces, a volver ilusoria la responsabilidad civil. Por otra parte, en el lugar donde se han causado los daños es más fácil el esclarecimiento de la verdad, base fundamental de la recta administración de justicia, a que debe tender el ejercicio del derecho de defensa.

Finalmente, consultando la armonía con la ley sustantiva concerniente al lugar del pago, tenemos que la reparación debe hacerse en donde existe la cosa en que ha recaído el daño; y como la indemnización pecuniaria es una obligación exigible de contado, nada más justo que, al estar presente el autor del daño, pueda ser compelido al pago en el mismo lugar. (N° 58).

La ley, empero, no exige este requisito; y la latitud de su regla tiene el inconveniente que anotamos en el N° 61, esto es, el de que se le puede obligar a una persona, tal vez del todo inocente y extraña al hecho dañoso, a de-

jar su domicilio y sostener un litigio en un lugar distante, donde quizá no cuenta con medios de defensa.

Presupuesto el antecedente de ser el demandado autor del daño, la razón de ser del *forum maleficii* es indiscutible; pero precisamente puede ser ese el punto principal de la discusión; y para evitar, siquiera en parte, aquel peligro, creemos que la regla legal debiera limitarse al caso en que el demandado estuviese presente en el mismo lugar.

En la generalidad de los Códigos extranjeros no se establece este fuero, sea por la razón susodicha, sea porque, de ordinario, la cuestión civil se plantea ante la autoridad penal o de Policía; y, por lo mismo, queda fuera del alcance del Código de Enj. Mas esa autoridad es, en todo caso, la del lugar en que ha cometido el hecho dañoso.

El Código Colombiano lo tiene en el caso 6° del Art. 161.

184.—6°—Administración de bienes.—Conocemos ya el fundamento de este fuero, llamado en el Derecho Romano *gestæ administrationis* (N° 60).

Hasta 1911, nuestro Código lo establecía sólo para las cuentas de los tutores y curadores, cuya administración está sujeta, según la ley sustantiva, a severísimas reglas, una de las cuales es la de rendir cuenta, restituir los bienes y pagar el saldo, tan pronto como termine el cargo. Mas el legislador de ese año no encontró motivo o fundamento suficiente para hacer diferencia tan sustancial entre dicha administración y cualquier otra de bienes ajenos, y reformó, con razón, la regla, dándole la generalidad que tiene actualmente.

En el Código Peruano, en la Ley Org. de Chile y en otros Códigos modernos no encontramos este fuero. Nuestro Código de 69 lo tenía, pero no entre los fueros de elección; lo cual tampoco era razonable (Art. 32).

Lo tienen también: el Cgo. Belga, Art. 45; Esp., 63, 20 y 19; Ital., 97; Arg., 5°; Urug., 45 y 46; Voliv., 20;

Per., 45; Colomb., 162, 4°; Venez., 39; Hond., 88; Saiv., 38; Costarriq., 142; Meji., 198.

185.—7°—Petición de legados.—En la parte doctrinal reconocimos el *forum successionis* para todos los asuntos provenientes de la sucesión por causa de muerte, y uno de esos asuntos es la petición de legados. Ninguna razón había, a nuestro ver, para diferenciar, por este aspecto, la petición de legados de la petición de herencia, partición de bienes, cobro de deudas hereditarias, etc.; y por lo mismo, creemos que no debía hacerse de ella un caso especial.

Según nuestra doctrina, si el legado es de una cosa raíz, el legatario puede también dirigirse al *forum rei sitee*. Si el testador ha señalado el lugar del pago, tendría lugar el *forum solutionis*; y en todo caso, a elección del actor, el fuero del domicilio principal de los herederos; pero todo conforme a las reglas generales que determinan la competencia territorial.

Mas, según el Código, que, como ya lo sabemos, para las acciones relativas a una testamentaria reconoce un solo fuero (el de la apertura de la sucesión), la petición de legado puede intentarse en cinco: 1° en el domicilio de los demandados: 2° en el lugar donde esté la mayor parte de los bienes del difunto: 3° en el lugar donde se hubiere abierto la sucesión: 4° en el en que se comenzó el pago de las mandas: y 5° en el lugar designado por el testador para el pago.

No parece sino que algún famoso legatario hubiera dictado esta regla, a su sabor y contento.

Los fueros 2° y 4° no tienen, en nuestro concepto, fundamento científico.

En el lugar donde esté la mayor parte de los bienes o se haya empezado el pago de las mandas, podrán tener, a veces, facilidades los litigantes; pero ese vínculo jurídico de sujeción por parte del demandado, que es el fundamento esencial del fuero territorial, no existe ni tiene

razón de ser. Se reclama, por ejemplo, una casa situada en Quito, en donde también se abrió la sucesión; pero en Loja existen bienes de mayor valor; o, por cualquier motivo accidental, en esa ciudad se hizo el pago del primer legado: ¿qué razón habría, por sólo eso, para que la demanda de aquella casa pudiera proponerse en Loja?

Por manera que esta regla legal peca por exceso, en cuanto establece estos dos nuevos fueros; y por defecto, en cuanto prescinde del *forum rei sitae*.

El Código Peruano no habla de un modo especial de la petición de legados; pero respecto de las causas de testamentaria, en general, agrega el fuero del lugar donde se hizo el testamento (que no tiene ninguna razón científica), y el del lugar donde está la mayor parte de los bienes, para el caso en que el testamento se hiciera en viaje o de tránsito.

El Código de 69 (Arts. 36 y 37) distinguía el legado genérico del específico, para los efectos del fuero, pero sin cuidarse de armonizar esta distinción, que, en verdad, podía ser útil en esta materia, con las reglas concernientes al lugar en que debía hacerse el pago, ni con los principios jurídicos relativos a la competencia territorial.

Y el de 79 omitió aquella distinción, y refundiéndolas dos reglas en una, nos dió la que hasta la fecha tenemos.

El Código Colomb. (Art. 162 N.º 3º) tiene una regla análoga a la nuestra; pero los demás Cgos. extranjeros incluyen, como es natural, la petición de legados entre los casos sujetos al fuero de la sucesión, sin hacer distinciones que no tienen razón de ser.

Art. 86. La renuncia general de domicilio surte el efecto de que el demandado pueda serlo donde quiera que se le encuentre.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

186.—Terminada la primera serie de casos (la de aquellos en que, a más del fuero del domicilio principal del demandado, hay otro u otros, según la naturaleza del asunto, quedándole al demandante el derecho de elección), y antes de pasar a la segunda serie, reconoce el Código en este artículo la facultad de renunciar en general, el domicilio, y determina el efecto jurídico de la renuncia.

Es esa una renuncia de la institución del domicilio, contraria, por lo mismo, a los principios científicos; y como se la ha vuelto fórmula sacramental de los documentos, todos los deudores han llegado a convertirse en transeuntes o vagos, y se hallan expuestos a verse sumamente angustiados en el ejercicio del derecho de defensa.

Cierto que, por cautela, el deudor debiera abstenerse de tal renuncia; ¿pero cuál es el que puede oponerle a su acreedor ninguna resistencia u observación a ese respecto, exponiéndose a inspirarle sospechas o revelarle malas intenciones? . . . ¿No hemos visto millares de documentos en que personas muy prudentes y cautelosas han firmado la renuncia absoluta de todas las leyes que les favorezcan, consignada en algunas fórmulas de pagarés? . . .

El Código Peruano no contiene esta disposición, manifestamente contraria a los principios científicos, ni la hemos encontrado en ningún otro Código, excepto el de Venezuela (Art. 36). Tampoco la tenían el nuestro de 69 ni los anteriores; y no obtuvo carta de naturaleza en nuestra legislación, sino desde la legislatura del año 78, por obra de influencias interesadas, según se dice.

El Sr. Dr. Dn. Luis F. Borja, comentando el Art. 69 del Código Civil Chileno (66 del nuestro), se expresa en estos términos: "Los Códigos ecuatorianos de enjuiciamientos, en que se ha permitido la renuncia general

“de domicilio, se hallan en la más abierta pugna con el artículo que comentamos, y manifiestan en los legisladores o bien absoluta ignorancia del sistema del Código Civil en cuanto al domicilio, o bien que de propósito se ha querido derogar el Art. 66, preciosísima garantía para facilitar que los usureros persigan a sus deudores...”

Art. 37. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, si la demanda versare sobre asuntos para cuya resolución sean necesarios conocimientos locales o vista de ojos, como sobre linderos, curso de aguas y otras cosas análogas, se propondrá ante el Juez del lugar en que estuviere la cosa a que se refiere dicha demanda. Y si la cosa perteneciere a dos o más jurisdicciones, se observará lo dispuesto en el N° 4° del Art. 35.

Para el conocimiento de las acciones posesorias es competente el Juez del lugar donde las cosas están situadas, observándose lo dispuesto en los mismos número y artículo.

Las causas de inventario, petición y partición de herencia, cobranza de deudas hereditarias, y otras cosas provenientes de una testamentaria, se seguirán ante el Juez del lugar en que se hubiere abierto la sucesión.

En los casos de este artículo, así como en los de división de una cosa común, no habrá fuero privilegiado.

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

. Este artículo comprende la segunda serie de casos, es decir, la de aquellos en que no existe el fuero principal del domicilio del deudor, sino sólo el especial, determinado por la situación del objeto litigioso o por la apertura de la sucesión.

Analicemos las reglas concernientes a cada uno de dichos casos:

1°—Asuntos que requieren conocimientos locales o vista de ojos.

Fúndase esta regla, que no la encontramos en el Código Peruano, pero sí en el artículo 31 de nuestro Código de 69, y también en el del año 46 y los posteriores, en que, si por la naturaleza del asunto, es necesaria la presencia

personal del juez en el sitio discutido, sería inconveniente permitir que el actor pudiese plantear el juicio en otro lugar diverso.

La perfecta convicción que el juez llega a tener por medio de sus sentidos, y que en esa clase de asuntos es imposible reemplazar por ningún otro medio, constituye una preciosa garantía para la recta administración de justicia en favor de ambas partes; y no sería razonable que el actor le pudiese privar de ella al demandado.

La única observación que haremos a este inciso es la de que la demasiada generalidad y vaguedad de sus términos puede ocasionar dudas y dificultades en la práctica; con la circunstancia de que todo error en este punto causa la nulidad del proceso, por incompetencia de jurisdicción, puesto que ni aun la prorrogación voluntaria se permite por nuestro Código; lo cual es, como ya observamos, un grave defecto de nuestra legislación en esta materia (N° 126).

Las palabras **conocimientos locales** deben referirse naturalmente al juez; pues si éstos se necesitan sólo en los testigos que deben declarar, la regla no tendría razón de ser, ya que por medio de una comisión o deprecatorio, podrían recibirse las declaraciones.

Y como, con respecto al juez, los tales conocimientos tampoco serían muy útiles sino cuando se los obtuviera en el mismo juicio, es decir, por medio de la inspección judicial, ya que los asuntos contenciosos deben decidirse únicamente por lo que consta de autos; habría sido preferible omitir en la ley esas palabras y hablar sólo de la inspección judicial, llamada **vista de ojos**.

Y con respecto a esta diligencia, cabe también una distinción: la vista de ojos puede ser un trámite propio y necesario del juicio, como en las demandas de obra nueva, deslinde, etc., o simplemente una diligencia probatoria que las partes pueden pedir o no para la defensa de sus derechos; y lo racional sería que la regla de este in-

ciso se aplicase sólo al primer caso, a fin de evitar toda incertidumbre y vaguedad en punto tan sustancial como es el de la competencia. Mas las palabras **curso de aguas y otras cosas análogas** dan a entender que el Código la extiende también al segundo caso, ya que sobre el dicho curso y las tales cosas análogas no tenemos procedimiento especial que requiera necesariamente y como trámite del juicio la inspección del juez.

La importancia de la regla consignada en este inciso disminuye notablemente, si se tiene en cuenta que casi todos los jueces de primera instancia son legos y funcionan con asesor, el cual puede muy bien trasladarse a lugares extraños a la sección territorial de su juez, e intervenir con el juez deprecado, para el efecto de formar su convicción y obtener el pleno esclarecimiento de la verdad.

188.—Para el caso en que el inmueble pertenezca a dos o más secciones territoriales, el Código nos remite al N° 4° del Art. 35. Pero tampoco prevé aquí la posible hipótesis de que el juicio de deslinde, curso de aguas, etc. se refiera a dos o más inmuebles; y a este respecto reproducimos lo dicho en el N° 179, con la diferencia de que no le quedaría al actor el derecho de elegir el domicilio del reo en que no estuviese situado alguno de los fundos.

189.—2°—**Acciones posesorias.**—Esta regla, que tampoco existe en el Código Peruano, pero sí en el nuestro del año 46 (Art. 220), y en el del año 69 (Art. 34), se funda en que el objeto esencial de las acciones posesorias es reprimir las vías de hecho que se ponen al ejercicio de la posesión, y reparar de modo rápido y eficaz el trastorno que ellas ocasionan; lo cual sería embarazoso y difícil si el juicio no se ventilara en el lugar donde se encuentra el inmueble disputado, los testigos que han de declarar, las huellas materiales que a veces dejan esos hechos etc. El largo y embarazoso rodeo de los deprecatorios, para la práctica de esas diligencias y para el em-

pleo de medidas energicas y urgentes, sería muy incompatible con la naturaleza del juicio.

Tenemos, por tanto, aquí un caso del *forum rei sitae*, que no difiere del previsto por el N° 4° del artículo 35, sino en cuanto excluye todo otro fuero; de modo que el actor no tiene derecho de elección y no puede dirigirse ni al domicilio principal del reo (a).

Además, en este caso no cabe prorrogación voluntaria de la jurisdicción, según ya lo observamos, sin que haya razón alguna que lo justifique (N° 126).

190.—Nuestro Código de Enjuiciamientos coloca, sin razón alguna, entre las acciones posesorias el juicio de posesión efectiva, que es de jurisdicción voluntaria y de carácter esencialmente diverso del de las verdaderas acciones posesorias; confundiéndolo con los interdictos de adquirir, que reconocían el Derecho Romano y el Español antiguo. Por consiguiente, con arreglo a la disposición que analizamos, dicho juicio debe también seguirse ante el juez de la situación de los inmuebles.

Mas racional sería considerarla como asunto perteneciente a una testamentaria, y someterlo al fuero de la sucesión, conforme a la regla que vamos a analizar en seguida.

191.—3°—**Fuero de la sucesión.**—Mientras para la petición de legados establece el Código cinco fueros, como si no hubiera tenido otra mira que la de dar facilidades a los legatarios, para todas las demás acciones concernientes a una sucesión, no reconoce otro que el de la misma

(a) Los Códigos extranjeros comprenden al caso de las acciones posesorias en la regla general relativa a las acciones inmuebles, con excepción de algunos que, como el nuestro, establecen para aquellos, de modo especial, la regla del *forum rei sitae* (Esp., Art. 69 N° 15; Costarrico, 136 N° 1° y 149 Inc. 3°; Nicaragua, 55; Méjico, 183).

sucesión, esto es, el del último domicilio que tuvo el extinto (Art. 946 del C. C.) (a).

En cuanto a los juicios de inventario y partición que pueden comprometer intereses de terceros y tienden directamente a la liquidación y división de la herencia, la regla legal es indudablemente conforme a los principios; pues si el inventario judicial ha de permitir a los herederos gozar del beneficio de ese nombre, que tan graves consecuencias produce respecto de los acreedores de la sucesión, muy natural es que no quede al arbitrio de los herederos hacerlo donde les parezca, acaso para burlar la vigilancia de los terceros interesados.

Mas con respecto a la cobranza de deudas hereditarias, nos parece que el Código peca por exceso y por defecto. Por exceso, porque deja vigente el fuero de la sucesión, aun para el caso en que, hecha ya la división, haya desaparecido la necesidad de concentrar las atenciones de los herederos, encaminadas a la liquidación de la herencia (b). Y por defecto, porque excluye el domicilio principal de los herederos y los especiales a que el causante estaba sujeto; dando lugar, a veces, a evidentes violaciones de derechos perfectos, cuando, por ejemplo,

(a) El fuero de la sucesión se reconoce generalmente en las legislaciones, con diferencias de poca importancia en los detalles. Así, el Código de Méjico dice lo siguiente: "Art. 1711. Es Juez competente para conocer de los juicios hereditarios, haya o no testamento:

1º.—El del lugar del último domicilio del autor de la herencia:

"II.—A falta de domicilio fijo, el del lugar donde estuvieren situados los bienes raíces que formen la herencia:

"III.—Si hubiere bienes raíces en diversos lugares, el de aquel en que se halle la mayor parte de ellos, calculada por el pago de mayor suma de contribuciones directas:

"IV.—A falta de domicilio y de bienes raíces, el del lugar donde hubiere fallecido el autor de la herencia."

(b) El Código Francés somete expresamente al fuero de la sucesión sólo las demandas que se propongan antes de la partición (Art. 59); y lo mismo dicen generalmente los Códigos extranjeros.

el causante se había comprometido a cumplir la obligación en determinado lugar, o cuando en el contrato se había sometido a determinado fuero, distinto del de su domicilio. Recuérdese lo expuesto en el N.º 62.

El Código de 69 decía en el Art. 35 casi lo mismo que este inciso 3º del Art. 37 actual.

En la frase genérica y "otras cosas provenientes de una testamentaria" deben incluirse, en nuestro concepto, la fijación de sellos, el nombramiento de curador de la herencia yacente, las cuentas de albaceazgo y, en general, todo lo que proviene de una testamentaria o se refiere directamente a ella (a).

Con respecto a la acción de petición de herencia, tampoco hay mucha razón para que no se pueda proponerla en el domicilio del demandado. Esa acción es enteramente análoga a la reivindicatoria; pues sólo se diferencia en que el título de dominio del actor es la herencia, y el demandado posee también en calidad de heredero, y en que versa, no sobre una especie o cuerpo cierto, sino sobre esa colectividad denominada herencia.

El Código del año 46 decía: "La acción *expilatae hereditatis* (de herencia usurpada) se puede proponer en el lugar de la situación de los bienes o en el domicilio del demandado."

192.—4º—**División de cosa común.**—En cuanto a esta disposición legal, con que termina la segunda serie de casos, debemos observar:

1º—Que el Código no ha dado regla alguna acerca de la acción *communii dividundo*; por lo cual la advertencia resulta incoherente y casi sin sentido.

Por lo general, en lo tocante a la división de una cosa común, se aplican las mismas reglas de la división

(a) Así lo ha resuelto en varios casos la Corte de Casación francesa, aplicando el Art. 59, y es punto no discutido entre los expositores.

de las herencias (Art. 2295 del Código Civil); mas en cuanto al fuero, no podemos apelar a esta analogía, porque falta el hecho fundamental de la apertura de la sucesión. Si dos o más individuos, condóminos de una cosa, por donación, compra, etc., quieren dividirse, no hallamos en el Código ninguna regla especial para el fuero, sino sólo la advertencia de que no cabe fuero privilegiado; y tenemos que acudir, para resolver el problema, a los principios generales que establecen el *forum rei sitae*, si la cosa es inmueble, o al fuero convencional, si ha habido pacto al respecto, o al de la sociedad, si la disolución de ésta ha dado origen a la comunidad; o simplemente al domicilio del reo, según los casos (a).

2º—Que no se entienda claramente lo que ahora pueda significar aquello de que en los casos de este artículo no habrá fuero privilegiado; porque nuestras leyes no reconocen ningún fuero de esa clase; y la Constitución actual los prohíbe expresamente (Art. 18, inc. 1º).

Parece que esa regla se formuló cuando se reconocía en favor de los clérigos, de acuerdo con el Derecho Canónico, el privilegio del fuero, en virtud del cual, las causas civiles y criminales de ellos se ventilaban ante los tribunales eclesiásticos.

También a los militares se les concedía antiguamente en nuestras leyes (y se les concede todavía en otras legislaciones) fuero especial en ciertos asuntos civiles.

Para todos esos casos estaba bien la advertencia que hasta ahora se conserva en nuestro artículo.

En el mismo sentido, sin duda, dijo el Código de 46: "Aun respecto de las personas que gozan de fuero o privilegio, las demandas de despojo se intentarán ante los

(a) El Código Colombiano dice: "Art. 162. . . . 5º En los juicios sobre división de bienes comunes es juez competente el del lugar donde se encuentran los bienes".

"jueces civiles del lugar en que se haya cometido; debiéndose observar lo mismo en las de obra nueva." Pero el Código de 69 nada dijo al respecto; por manera que la regla que analizamos viene desde 1879 (b).

(b) El Código Peruano reconocía el privilegio de los clérigos y de los militares, en el Art. 124; y en el 134 establecía varias excepciones, entre las que figuraban los juicios posesorios y los divisorios. En el Código actual no existe nada al respecto.

Asimismo, la Ley Orgánica de Bolivia dice: "Art. 31: Las causas de despojo, sea el perturbador lego, eclesiástico o militar, están sujetas al juez ordinario"

Regla idéntica se encuentra en el Art. 35 del Código de Nicaragua.