

Derecho Procesal Civil (*)

(SEGUNDO CURSO)

(Continuación)

CAPITULO IX

GENERALIDADES SOBRE POSESION Y TENENCIA

1.—Posesión y tenencia. 2.—Acciones posesorias. 3.—Interdictos.

1.—Por razones fácilmente explicables el C. p. c. no guarda armonía con nuestro actual C. civil. Mientras aquel comprende bajo la denominación de interdictos, las garantías a la posesión y a la tenencia, este diferencia las acciones posesorias de los interdictos.

Para apreciar mejor este distingo, recordemos que conforme a los comentaristas existen sobre la posesión tres concepciones: la romana, la germánica y la canónica. Las dos primeras han inspirado la legislación vigente en muchos países.

Para los romanos, hay en la posesión dos elementos: el externo que se refiere a la parte física sobre la que recae la posesión y constituye la simple tenencia de la cosa o derecho que en el siglo XIII se llamó *corpus*, cuando se refería a cosas corporales y *cuasi-posesión*, cuando era posesión sobre derecho. El otro elemento es el interno o intrínseco que es fundamental en la posesión y que se le llamó *animus*.

La concepción germánica, la disputan dos eminentes juristas: Savigni e Ihering. El primero da gran importancia al elemento intrínseco, al *animus*, sosteniendo que sin él no hay pose-

(*) Véase el No. II del Año XII de esta Revista.

sión y que vivifica el *corpus*, que no puede haber sin dicho *ánimus*. Ihering no da al *ánimus* la anterior importancia sino que lo relaciona con el *corpus* y sostiene que se da siempre completo en el caso del dominio, pero que también existe en los casos del usufructuario, arrendatario, depositario, comodatario, etc. El criterio de Savigni ha inspirado las legislaciones que siguieron al Código de Napoleón, o sea las de los países latinos mientras que el criterio de Ihering, que da preminencia al aspecto objetivo, ha inspirado las legislaciones germana y suiza que admiten la posesión no sólo en el dominio, sino hasta en la más insignificante manifestación como en el caso del simple detentador.

En la tradición del derecho canónico, se distinguen ya, la posesión de la tenencia, distingo que también se advierte en la legislación española de la Edad media. Aún hoy, estas palabras tienen un significado diferente, tanto en el lenguaje jurídico, como en el común, corriente. *Tenencia* es la mera aprehensión o la ocupación material de una cosa (31). Posesión es la ocupación legítima de una cosa, mediante buena fé y justo título (32). En las Partidas (Ley 1.^a tít. 30, partida III) se define la posesión como la "tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo e del entendimiento". Es la tendencia legítima en la que debe haber *corpus* y *ánimus*.

Según Ruggiero, la palabra posesión procede del latín *possessio* y a su vez de *sedere* (sentarse) que con el prefijo *por* (asentarse o establecerse) significa *tenencia*; otras dicen que procede de *possessio* (*ponimiento de pies*, en las Partidas) que quiere decir ocupar o tener la cosa. El sentido etimológico coincide con el sentido vulgar. De allí que se defina la posesión como la "tenencia intencional" y en nombre propio "de una cosa corporal o derecho real, con abstracción del título de su adquisición".

La tenencia se refiere al *corpus* ya mencionado, tan importante en la posesión.

La palabra "intencional" significa el *ánimus*, pero habiendo una correspondencia y una ecuación entre *corpus* y *ánimus*.

Ha de ser en nombre propio, según Ihering y la doctrina alemana, porque la posesión, aún la del usufructuario y arrenda-

(31) Tenencia, acción y efecto de detentar o tener una cosa, sin que exista propiamente un derecho real sobre ella, porque si se tiene derecho, se puede hablar de posesión.—Orgaz Arturo.—Diccionario de Derecho y Ciencias sociales.

(32) Posesión, hecho por el que una persona, tiene una cosa bajo su poder, con ánimo de hacerla suya o de someterla a su dominio.—Id.

tario, se ejerce en nombre propio, aunque en cuanto a la propiedad representen al dueño.

Se dice de "una cosa corporal", porque generalmente se refiere a las cosas corporales ciertas o determinadas y que se hallen en el comercio.

Se agrega "o derechos" porque la posesión en sí constituye un derecho real, defendido por la ley.

Por último se dice "con abstracción del título por el que se adquiere", porque la posesión no debe mirar el título de adquisición, esto es, si constituye un traslado de dominio o sólo uno de goce o aprovechamiento. Cualquiera de ellos es suficiente para oponer a cualquier otro poseedor o detentador. Sólo claudica frente al propietario. De allí que también se diga que la posesión es provisoria o provisional, en expectativa del propietario que es el que vence definitivamente.

En la época actual, el profesor Enneccerus al que vamos a seguir transcribiendo párrafos de su notable obra sobre Derecho Civil, por la claridad de las ideas y su fácil estilo dice que "la posesión (en sentido de derecho de posesión) es un derecho provisional sobre una cosa, a diferencia de la propiedad y otros derechos reales que son definitivos. El poseedor no es protegido contra las intervenciones ajenas, sino provisionalmente. (33) La tenencia (como figura del Derecho penal) dice, no es posesión, pero sí señorío de hecho, aunque no se haya constituido para un plazo largo. Por regla general la tenencia no necesita ir acompañada de una voluntad de señorío. La tenencia viene a ser una pura relación de espacio".

Vale la pena anotar que en la posesión Enneccerus distingue la figura del "servidor de la posesión" que para él "no es poseedor, sino la persona colocada bajo la dependencia de otra, en mérito de relaciones complejas de señorío, de carácter privado, como en los casos de economía doméstica, la empresa agrícola o industrial, y sobre todo, la casa de comercio, a quien le es lícito ejercer -hasta más allá de los límites del derecho general de legítima defensa- los derechos de auto protección del poseedor, contra ataques extraños; le es lícito defender la cosa por la fuerza, tal como le sería lícito al poseedor mismo, tal como no sería lícito a otro tercero, pero no es el poseedor en el sentido técnico de esta palabra".

(33) Enneccerus.—Derecho Civil Tomo III pág. 19 y siguientes.

“Fuera de esta observación, muy interesante para nuestro estudio, trata de la posesión en nombre propio y en nombre ajeno. Es poseedor en nombre propio “el que posea una cosa como “a él perteneciente”. La explicación de esta creencia se halla en “la voluntad del adquirente. Si al adquirir “coloca su voluntad “como si fuera dueño (siendo indiferente que efectivamente le “pertenezca o no) es poseedor en nombre propio. La posesión es “en nombre ajeno, cuando expresa un derecho de posesión que “varía según la categoría de tal derecho. Así hay posesión a título de arrendatario, comodato, depósito, prenda, administración, “etc”.

Este distinguido explica también la diferencia entre posesión mediata y posesión inmediata. “La posesión mediata es la que “se tiene por la mediación de la posesión de otro. Entre el poseedor mediato y la cosa, media aquel que tiene la posesión misma (no es el servidor de la posesión); es el mediador posesorio o “subposeedor. El poseedor mediato es poseedor superior. Al que “posee sin mediador posesorio, se le llama poseedor inmediato”. Agrega que “la posesión mediata se basa en una decidida espiritualización del concepto de señorío sobre la cosa. A pesar “de la posesión inmediata, interpuesta entre la cosa y el poseedor “superior, la relación entre éstos aparece siempre como un señorío de hecho, actual, y no como una expectativa de un señorío futuro. La entrega en concepto de arrendamiento, prenda, “etc. no representa una renuncia al señorío, sino una atenuación “de éste; y la devolución al otorgante, no significa constitución “de un nuevo señorío, sino confirmación de uno ya existente. La “posesión del mediador tiene que ser expresión de un derecho de “posesión derivado”. Muchos dicen que el poseedor mediato es “la persona de la cual el poseedor deriva su derecho a la posesión”.

Estas formas de posesión claramente caracterizadas, las protege la ley, contra cualquier acto de tercero que sea manifestación de voluntad propia prohibida, o mejor -como dice Enneccerus- “actos de autoridad propia prohibida”; y las protege por que “a la sociedad le interesa, que aún las situaciones de hecho, no “se destruyan por actos particulares, sino que se impugnen por “vías de derecho. La protección posesoria es protección de la “paz general; reacción contra la realización del derecho por la “propia mano del lesionado y que una sociedad medianamente “organizada no puede tolerar. Nadie puede adquirir la posesión “de algo violentamente, por propia autoridad, actuando de juez

“y ejecutor del propio derecho, sino que debe pedir la posesión “a la autoridad competente, o en su caso al poseedor actual”.

Esta protección conforme a la doctrina y a nuestro Código civil, puede ser extrajudicial (830) o judicial (831). La primera permite al poseedor que repela la fuerza que se emplea contra él, o que recobre el bien sin intervalo de tiempo. La segunda se obtiene mediante las acciones posesorias que sólo se dan a ciertos poseedores, cuyas calidades hemos presentado.

3.—Pero el Código civil no sólo concede al poseedor derecho para que repela la fuerza y para que judicialmente discuta su derecho a poseer, sino que también garantiza al simple tenedor, mediante los interdictos, en los que solo se discute la simple ocupación material, que algunos llaman posesión pura y simple, posesión actual que alcanza aún al simple detentador.

En la acción posesoria se discute su derecho de posesión; en los interdictos, la simple posesión material. Pero el poseedor puede también interponer interdictos, sin el propósito de discutir su derecho de posesión. De allí que Lafaille dice que los poseedores tienen dos categorías de remedios judiciales: la de los interdictos que encaran la posesión actual; y las acciones, donde se discute el derecho de posesión (34). Pero en nuestra legislación las acciones posesorias no son etapa intermedia entre los interdictos y el juicio de propiedad. Ellas se hacen valer, en los interdictos de retener y de recobrar, sin discutir ningún derecho, como si se tratara de simples tenedores.

Con este distingio, estudiemos el Código de procedimientos civiles, en el punto relativo a los interdictos.

CAPITULO X

INTERDICTOS

- 1.—Significado etimológico y jurídico de la palabra interdicto. 2.—Su concepto. 3.—Enumeración de los interdictos. 4.—Reglas comunes a los interdictos: a) competencia; b) extinción de los interdictos; c) bienes objeto de los interdictos; d) partes en los interdictos; e) forma de probar la posesión; f) el juicio contradictorio.

1.—Etimológicamente se hace derivar la palabra “interdicto” de *interdicere* (prohibir, vedar) porque se dice que los primeros interdictos, tuvieron carácter prohibitivo. Otros sostienen que

(34) Lafaille.—Derechos Reales t. 1-2 p. 258.

viene de *interin dicere* (decir interinamente, dictar una resolución de carácter interino). También se afirma que el concepto jurídico de esta palabra encuentra su etimología en *inter duos edicere* (dictar una resolución, expedir un decreto entre dos personas, edicere inter duos).

Efectivamente en Roma, donde nacieron los interdictos y obtuvieron tan gran desarrollo al extremo que su número era mucho mayor que en las legislaciones modernas, el magistrado daba reglas de carácter general, obligatorias para todos los ciudadanos; pero, a veces, con motivo de una contienda entre dos partes, podía dar un edicto particular "Para ordenar o prohibir imperativamente algo", porque la cuestión surgida no estaba comprendida en la regla general. Y se dice que se ordenaba o prohibía imperativamente, porque el mandato del magistrado terminaba con palabras imperativas o prohibitivas. Esto es el *inter duos edicere*, o sea el interdicto.

Si no hay uniformidad en lo que se refiere a la etimología de los interdictos, tampoco la hay cuando se trata de explicar el porqué de dichas acciones. Es de advertir que la posesión desde época muy remota ha sido protegida, y nadie discute la necesidad de esa protección. Pero no todos están de acuerdo acerca del porqué de esa protección. Para unos la posesión es un derecho, mientras otros conceptúan que la posesión es un hecho simple, pero que sus consecuencias constituyen un derecho.

Los que consideran la posesión como un derecho, principalmente Ihering, explican la protección así: Todo derecho está protegido por su propia naturaleza. La posesión es un derecho autónomo; luego, hay que protegerla. Pero a los sostenedores de esta tesis se les objeta diciendo que la posesión de mala fé no es un derecho y que, sin embargo, lo sería gracias a este principio. Es evidente que esta explicación no satisface.

Los que creen que la posesión es un hecho simple, por ejemplo Savigny, y un derecho solo por sus efectos, explican la protección de la posesión así: La posesión es la exterioridad de la propiedad. El estado normal, externo, de la cosa bajo el cual cumple el destino de servir al hombre. Se protege la posesión, como se protege la propiedad. En la Exposición de motivos del actual Código civil, se estima "la posesión como la realidad viviente del dominio".

2.—Los interdictos son juicios especiales, sumarios y provisionales. Son especiales porque tienen una tramitación peculiar,

cualquiera que sea la cuantía o el valor del bien cuya posesión se discuta. Son sumarios porque tienen la tramitación breve del juicio de menor cuantía, ya que tienden a resolver situaciones urgentes, evitando que los interesados actúen por sí mismos. Y son provisionales, porque la sentencia que en ellos recae no produce, durante cierto tiempo, la excepción de cosa juzgada. Esto último no quiere significar que la sentencia no sea definitiva dentro del interdicto y que pueda iniciarse otro interdicto sobre el mismo asunto, sino que es posible acudir al juicio contradictorio en vía ordinaria, para que se deje sin efecto la sentencia expedida en el interdicto.

3.—Los interdictos conforme al C. p. c. en unos casos protegen la posesión contra simples perturbaciones (interdicto de retener); en otros, sirven para conseguir la restitución de la posesión perdida (interdicto de recobrar). Para Enneccerus hay la inquietación de la posesión y hay el despojo de la posesión. La inquietación de la posesión es toda lesión posesoria que no sea despojo. En unos casos el inquietante influye personalmente sobre la cosa por ejemplo produciendo ruido que llegue hasta la casa del vecino. En otros tolera influencias de un tercero p. ej. el que arrienda su finca a un tabernero en cuyo establecimiento se producen ruidos que molestan a los vecinos. En fin, se impide que el poseedor ejerza su posesión p. ej. el locador que impide que el conductor, reciba visitas en su piso. El despojo de la posesión es todo acto en virtud del cual, el poseedor pierde total o parcialmente la posesión, la coposesión o la posesión parcial. (35).

En realidad estos son los interdictos fundamentales; pero el legislador ha puesto en el grupo de los interdictos, las acciones posesorias como el llamado interdicto de adquirir, que no es para proteger la posesión actual, sino para adquirir la que no se tiene; y, permite tramitar como interdicto una acción posesoria en el verdadero y tradicional sentido de la palabra, puesto que los interdictos versan únicamente sobre hechos y, en este caso, en el interdicto de adquirir lo fundamental es el derecho, el título del que lo interpone; y también el de obra nueva y obra ruinosa que, respectivamente tienden a suspender en terreno ajeno una obra comenzada, hasta que en el juicio respectivo se decidan los derechos de las partes, o a conseguir que se asegure la estabilidad o demolición de la que amenaza ruina, y, es-

(35) Enneccerus ob. cit. t. V pág. 86.

tas acciones, salvo una excepción en el interdicto de obra ruinosa, sólo corresponden al propietario. Son verdaderas acciones posesorias.

4.—a.—La primera regla aplicable a toda clase de interdictos, establece que el conocimiento de estos juicios cualquiera que sea el valor de los bienes a que se refieran, corresponde a los jueces de Primera Instancia (988), porque como tienen por fin garantizar la posesión, separando este concepto del de propiedad, se considera que nadie está más capacitado para este conocimiento que un juez de primera instancia, quedando, en consecuencia excluidos los jueces de paz, que en su casi totalidad no son letrados.

Para Alsina en la discusión entre los que creen que la posesión es un hecho o un derecho, él cree que la opinión más "aceptada es la que considera que se trata de un derecho real y como consecuencia debe ser deducido ante el juez de la situación del inmueble" (36). Este principio lo consagra nuestro C. p. c. en el art. 45 inc. 2º.

b.—El punto relativo a la extinción de los interdictos hay que tratarlo con relación al demandante y con relación al demandado.

Respecto del primero, no puede interponer los interdictos de retener (1004 C. p. c.) de recobrar (1011) y de obra nueva (1012) si el hecho que motiva el interdicto tiene más de un año de realizado. Puede decirse que esta acción prescribe para el demandante al año.

Con relación al demandado hay en el C. c. normas expresas que le protegen. Son la 831 y la 875. La primera disposición, concede al poseedor el privilegio de no responder de la cosa en juicio sumario sino en juicio ordinario, si es que su posesión pasa de un año. Este principio figura también en el C. p. c. arts. 994, 1004 y 1019, relativos al interdicto de adquirir, al de retener y al de obra nueva, respectivamente. En el interdicto de recobrar no hay disposición expresa; pero en el 1011 se exige que se precise la fecha de la pérdida de la posesión, para relacionarla con el principio que referimos.

El 875 del C. civil actual establece que la prescripción adquisitiva se interrumpe si el poseedor perdió o abandonó la posesión de la cosa o fué privado de ella por más de un año.

(36) Derecho procesal civil y comercial t. II p. 457.

Todo esto significa que los interdictos no proceden cuando el demandado posee el bien por más de un año. La Ley no acepta actos que se practicaron desde hace más de un año.

c.—Sólo los bienes inmuebles o los derechos reales que pesan sobre estos están protegidos por los interdictos. Sobre esto en el derecho moderno hay criterio restrictivo. Solo se exige que tales derechos estén en el comercio de los hombres.

Los interdictos se refieren solo a inmuebles o a derechos sobre ellos, porque la ley crea en favor del poseedor de muebles, la presunción de propiedad (827 C. c.) presunción *juris tantum*, que para algunos tratadistas se enuncia así: "la posesión vale título". El poseedor de muebles no necesita probar su propiedad, como si la necesita el poseedor de inmuebles; ni necesita ser protegido en su posesión para complementar la presunción legal de su propiedad, puesto que para él, la posesión es la propiedad (849).

d.—Dentro de estos juicios se ventilan los interdictos propiamente dichos "que revisten -dice Lafaille- un carácter más sumario y rápido que las acciones" (37) y que son una defensa conferida a las personas que ocupan una cosa inmueble y, también, las acciones posesorias que tienen por fin garantizar al poseedor de un bien inmueble sea que tal bien le pertenezca o pertenezca a otro. Por lo mismo las acciones posesorias destinadas a proteger esa posesión deben, en principio, corresponder únicamente al poseedor. Esta regla la consigna el nuevo C. c. en su art. 831 que se refiere a poseedores de inmuebles que defienden su posesión por medio de los interdictos y de las acciones posesorias. Permite las acciones posesorias no sólo al que posee a título de dueño, sino a los que tengan el bien para disfrutarlo o conservarlo, perteneciendo el dominio a otra persona como el depositario, el anticresista, el arrendatario, el usufructuario, el usuario y el simple poseedor del bien y contra todo aquel que dé motivo a las acciones posesorias o a los interdictos.

Estas acciones tocan no solo al que posee un bien de modo exclusivo, sino también a quienes gozan en común de tal derecho. Por eso todo condómino puede utilizar los interdictos contra terceros (989) sin necesidad del concurso de los demás; y aún puede ejercitarlos en contra de cualquiera de ellos que le perturben en el goce común, excepto el caso que contempla el

(37) Derechos Reales t. I pág. 256.

art. 999 2º p. en el interdicto de adquirir; y es que si conforme a los arts. 895 y 896 del C. c. durante la indivisión de bienes, cada condómino tiene derecho a poseer y gozar, en razón de la parte que le toca, puede usar individualmente los interdictos, contra quienes le perturben en ese goce, ya sean sus condóminos o extraños.

También toca al usufructuario, al enfiteuta, quienes pueden promover los interdictos aún contra el dueño, ya sea que no le dé la posesión o que se la quite o perturbe (990).

Igualmente pueden ser objeto de los interdictos las servidumbres reales, siendo de advertir que no hay más limitación con respecto a ellas, que cuando se trata de hacer valer la posesión contra el dueño del predio sirviente en las servidumbres llamadas convencionales, caso en el que el actor debe acompañar a su demanda el título correspondiente (993). Pero si el demandado no es el dueño del predio sirviente puede interponerse el interdicto contra cualquiera, aún tratándose de servidumbre convencional.

Los que poseen para otro, como los arrendatarios, anticresistas y quienes disfrutan un bien en mérito de un contrato (827 C.c. y 990 C. p. c.) pueden así mismo promover los interdictos de retener y de recobrar, dentro de los límites de su respectivo contrato, porque tienen derecho a la posesión y deben ser protegidos.

Después de esta enumeración de casos en que proceden los interdictos, sólo hay que agregar que no se admiten los interdictos respecto de las cosas que no se pueden ganar por prescripción (992). Esto quiere decir que solo las cosas que pueden ser objeto de dominio privado, podrá reclamarse y defenderse mediante los interdictos. Aquellas de uso común, como las públicas, no pueden ser discutidas en estos juicios. Por eso se dice que las acciones posesorias y los interdictos, garantizan los derechos reales en que la posesión es capaz de conducir a la prescripción. Sólo se exige que esos derechos estén en el comercio de los hombres y que se refieran a inmuebles.

e.—La posesión de los inmuebles debe probarse por hechos positivos (991), como el corte de maderas, la construcción de edificios, el amojonamiento, las plantaciones, la crianza de ganado y otros de igual significación, ejecutados por el mismo poseedor o por orden o encargo suyo, y es que si el interdicto está destinado a proteger la posesión, es evidente que tal protección

no puede darse a quien no la acredite, en alguna de las formas en que las cosas se utilizan y que generalmente son las expuestas.

f.—Teniendo los interdictos una tramitación especial, su cuantía no modifica el procedimiento especial que el Código le ha señalado; pero el carácter breve del juicio sumario no permite muchas veces presentar y actuar todas las probanzas que una de las partes puede tener. De allí que se permite contradecir en juicio ordinario (1083) lo resuelto en un interdicto, dándose oportunidad al perjudicado para presentar elementos de convicción que no pudo ofrecer en el interdicto. Por esto se dijo antes, que las sentencias expedidas en estos juicios, no producían los efectos de cosa juzgada, sino después de seis meses sin que la contradicción se hubiera iniciado o cuando en el juicio contradictorio no se hubiera amparado la demanda.

CAPITULO XI

INTERDICTO DE ADQUIRIR (38)

1.—Concepto. 2.—Lo que puede ser objeto de este interdicto. 3.—Requisitos de la demanda. 4.—Examen del título. 5.—Tramitación. 6.—Pruebas. 7.—Sentencia. 8.—Recursos contra ella. 9.—El interdicto de adquirir y la masa hereditaria.

1.—Este interdicto sirve para conseguir la posesión real y efectiva de bienes que se hallan libres de posesión o en poder de tercero sin título suficiente, sobre los cuales tiene tal derecho el solicitante.

2.—Pueden ser objeto de este interdicto las cosas, patronatos, aniversarios o capellanías que no posee otro por más de un año (994). No hay limitación en lo que a bienes susceptibles de estas acciones se refiere. Pero no procede contra quien los posee públicamente por más de un año (831 últ. p. C. c.) (39). Sin embargo, esto no quiere decir que el que posee por menos de un año no pueda formular oposición, puesto que nuestra ley le permite hacerlo siempre que alegue insuficiencia de título, o que el suyo prevalece sobre el del demandante.

(38) Entre los romanos, los interdictos de adquirir formaban parte de un grupo denominado *adispicendae possessionis*, que comprendía el *quorum bonorum*, el *possessorium* y el *salvianum*.

(39) Revista Jurisprudencia Peruana. 1949. p. 81.

3.—El actor debe presentar con la demanda (995) el título que acredita el derecho con que solicita la posesión y debe decir, al mismo tiempo, quien es el poseedor o tenedor actual o la persona a cuyo cargo están los bienes. Estos dos requisitos son indispensables y sin ellos no procede ni debe tramitarse la demanda. La Corte Suprema ha declarado nulo e insubsistente un procedimiento en el que se advirtió esta omisión (40). La razón es sencilla. El solicitante para evitar oposiciones a su demanda puede silenciar el nombre del ocupante. Así obtendría sentencia fácil, pero al pedir que se cumpla contra quien no ha sido citado, oído, ni vencido, se presentaría el caso que el inc. 3.º del art. 1085 del C. p. c. considera como causal de nulidad.

4.—Presentada la demanda (996), el juez examinará el título que se acompaña. El examen debe referirse al fondo y a la forma. De este examen puede resultar que el título sea aceptable o que no lo sea.

Si en concepto del juez, el título no acredita fehacientemente la procedencia de la acción que se ejercita, bien porque el derecho no aparece claramente declarado o porque la forma carece de algún requisito, denegará la solicitud. Pero si en concepto del juez, el título es aceptable, le dará trámite.

5.—Cuando el título es suficiente, el juez tramitará la demanda, ordenando dos cosas: 1º que se ponga la demanda en conocimiento del ocupante nominado por el actor; y 2º que se publiquen avisos o edictos por 20 días (997) a fin de que se presenten los que tengan derecho a la misma posesión. Esto es lo que de la Plaza llama "proceso provocativo" porque al anunciarse la petición por edictos, se invita a los posibles contradictores, a ejercitar el derecho que pueda asistirles.

En los avisos se designarán claramente los bienes que son objeto del interdicto.

Durante la tramitación del juicio y con motivo de las publicaciones o edictos y notificación al ocupante puede presentarse alguna de estas dos situaciones: 1º que nadie se presente formulando oposición al interdicto; 2º que tal oposición se produzca.

En el primer caso o sea (998) cuando no hay oposición, el juez con la constancia de haberse publicado los edictos, después de estar vencido el término para formular oposición y siempre a petición de parte, pronuncia sentencia, amparando la deman-

(40) Revista del Foro.—año 1927 pág. 466.

da y mandando dar posesión a quien la había solicitado, ya que en su concepto al conocer la demanda y estudiar el título, lo encontró conforme.

En el segundo caso o sea cuando se formula oposición, hay que esperar la publicación de los edictos. Una vez que el interesado presente el primer y último ejemplar del diario que contiene las publicaciones, el juez manda citar a las partes a comparendo, observando los trámites del juicio sumario (1,000). Pero hay que tener en cuenta que conforme a nuestro Código sólo se puede alegar (999) para oponerse a la posesión: 1.º la posesión actual, pública y por más de un año por parte del opositor; 2.º la insuficiencia del título presentado por el demandante; y 3.º el mejor derecho a poseer.

La posesión por más de un año es base de oposición, porque conforme al art. 831 del C. c. el que posee por más de un año no está obligado a responder de la cosa en juicio sumario, sino en juicio ordinario. Esta es una garantía que la ley le otorga.

La insuficiencia puede significar un defecto no advertido por el juez al tramitar la demanda.

El mejor derecho a poseer significa mejor título. En este caso la ley quiere que el opositor presente el título correspondiente, pues sin tal requisito no podrá admitirse, mejor ampararse, su oposición, pero aunque aquí se discute el mejor derecho a poseer, esto no significa -según de la Plaza- "prejuzgar el resultado del juicio ulterior de propiedad". (41)

6.—En el acto del comparendo o con posterioridad a él, pero siempre dentro del plazo que la ley fija para los juicios sumarios, las partes presentarán las pruebas que acrediten sus puntos de vista, procurando la pertinencia de las mismas.

7.—Una vez vencido el término probatorio, el juez a petición de parte pronunciará sentencia, bien amparando la demanda o rechazándola, todo por el mérito de las pruebas actuadas.

8.—Contra ésta sentencia hay los recursos ya expuestos al tratar de la sentencia en el juicio sumario. De lo resuelto por la Corte Superior hay recurso de nulidad.

9.—En el capítulo que estudiamos existe el art. 1001 que parece que significara que el heredero debe tomar posesión de la masa hereditaria mediante el interdicto de adquirir; y que si hay juicios de desheredación o preterición, la posesión se concederá únicamente bajo fianza. Sin embargo en la práctica esto no

(41) Ob. cit. t. II pág. 45.

es así. La razón es clara. Si el heredero (657 C.c.) sucede en los bienes derechos y acciones de su causante, en realidad no hay razón para tomar posesión, mediante el interdicto de adquirir, lo que éste estaba poseyendo y en cuya situación o derecho sucede, se sustituye y continúa el heredero.

El heredero podrá interponer interdicto de adquirir para tomar posesión de un bien que el causante no llegó a poseer, no obstante tener derecho para ello; pero no está obligado a interponer esa acción cuando el bien que hereda lo ha estado poseyendo el causante. El profesor de la Plaza, cuya obra varias veces se ha citado, refiriéndose a este punto, en la legislación española, sostiene que un artículo similar al que estudiamos contempla el caso del heredero que quiere vencer la resistencia del albacea a la entrega de bienes.

Este artículo hay que relacionarlo con el 1222.

CAPITULO XII

INTERDICTO DE RETENER (42)

- 1.—Concepto. 2.—Cuando procede. 3.—Procedimiento. 4.—Pruebas. 5.—Sentencia. 6.—Recursos.

1.—El nombre de este interdicto significa que su objeto es conseguir que se conserve y sostenga a una persona en la pacífica posesión de una cosa, si es que tercero le perturba o inquieta en dicha posesión. De esto se ha tratado en el Capítulo IX.

2.—El art. 1002 del C. p. c. dice que “el interdicto de retener” procede cuando “el poseedor o tenedor de una cosa es perturbado en su posesión o tenencia”; pero esta acción debe ejercitarse antes de que trascurra el año contado desde que tuvieron lugar las perturbaciones. La palabra perturbación equivale a lesión posesoria que no implique despojo. Todo acto de molestia al poseedor da lugar al interdicto de retener; pero la inquietación debe ser reiterada. Si se produce aisladamente y ha pasado ya, la demanda solo se interpondría si hay ulteriores perturbaciones.

Este interdicto garantiza no sólo al poseedor, sino también al simple tenedor y este distingo no tiene mayor importancia en estos juicios, puesto que la ley ampara ambas cosas. Por eso en

(42) Entre los romanos se denominaba *retinendae possessionis* y el más importante era el *uti possidetis* para inmuebles y el *utrubi* para muebles.

este interdicto no se toma en consideración, ni el título ni el mejor derecho a poseer. Constituye únicamente una defensa a la posesión actual.

El interdicto de retener se tramita como un juicio sumario (1005). La demanda debe contener además de los requisitos ya conocidos, los siguientes datos: 1.º.—los actos materiales en que consiste la perturbación; 2.º.—la época en que dichos actos tuvieron lugar; 3.º.—si los ejecutó la persona contra quien se dirige la acción u otra por orden de ella (1003) distinguiéndose así entre el autor material y el autor intelectual; y 4.º.—la reclamación de daños y perjuicios a que tenga derecho (1008) porque no siempre la inquietación, supone necesariamente daño patrimonial. Esta última acción se halla tan íntimamente ligada a la posesoria, que si no se incluye en la demanda, no puede luego ser objeto de reclamo en procedimiento aparte, como lo han establecido ya varias ejecutorias de la Corte Suprema. (43)

La demanda debe ser objeto de inmediata apreciación por el juez. Si de su texto aparece que se halla interpuesta después de transcurrido un año desde la fecha del acto u actos que la motivan, o si dichos actos manifiestamente no constituyen una perturbación, el juez no la admitirá (1004); pero si la demanda se encuentra arreglada a la ley citará a comparendo (1005).

4.—Es precepto de nuestra legislación procesal (339) que las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga. Si en este interdicto se alega la posesión, los actos perturbatorios, la época en que se realizaron y se reclaman daños y perjuicios, sólo se admitirán las pruebas que tengan por objeto acreditar que el demandante tiene la posesión o tenencia que se atribuye, la verdad de los actos imputados al demandado, la época en que dichos actos tuvieron lugar, así como la efectividad de los daños y perjuicios. El dominio que se alegue y los títulos que lo acrediten, lo mismo que la prueba sobre el mejor derecho a poseer, no se tomarán en consideración (1006).

5.—Si el juez declara fundado el interdicto, ordenará que el demandado se abstenga de nuevas perturbaciones (1007) y si declara, además, que hay lugar al pago de daños y perjuicios, determinará el importe de ellos. Pero si en la sentencia no se hace esta determinación, el juez la fijará después que quede ejecutoriado el fallo, sin más trámite que un informe de peritos.

(43) Ejecutorias de 2 de junio de 1927, 8 de junio de 1927, 21 de mayo de 1932, 29 de noviembre de 1943.

6.—La sentencia expedida en este interdicto puede ser objeto de apelación y también de recurso de nulidad.

CAPITULO XIII

INTERDICTO DE RECOBRAR (44)

1.—Objeto. 2.—Cuando hay lugar a este interdicto. 3.—Demanda y tramitación. 4.—Pruebas. 5.—Sentencia. Recursos contra ella. 6.—El despojo judicial.

1.—El interdicto de recobrar tiene por fin reintegrar o reponer en la posesión material de un bien, a quien de hecho ha sido despojado de él. Debe hacerse valer también, antes del año de la desposesión. Y no precisa que la desposesión sea violenta. Puede producirse por astucia, mediante abuso de confianza. (45)

2.—El Código fija el concepto del interdicto de recobrar o de despojo (1010) declarando que procede cuando el poseedor o tenedor de una cosa, es desposeído de ella sin previo juicio. También en el art. 1014 se lee que si la sentencia ampara la demanda dispondrá que se reponga al demandante en la posesión de que fué privado. Todo esto quiere decir que los actos del demandado tienen que consistir en una privación consumada de la posesión.

Del art. 1010 parece deducirse que el interdicto de recobrar solo procede cuando la desposesión se realiza por acto privado de los particulares y sin la intervención de los funcionarios judiciales. Sin embargo, esto no es así, porque conforme al art. 1016 del mismo Código, la desposesión puede producirse también, en ejecución de una orden judicial. Estudiemos el primer caso.

El interdicto de recobrar constituye una garantía fundamental para el poseedor ya que nadie puede hacerse justicia por sus manos. Por él, se quiere, que el que haya sido despojado de un bien en forma violenta o clandestina, sea prontamente reintegrado en su posesión. Pero también mediante este interdicto se garantiza, en principio, los derechos del que se supone despojante para el caso de que sea molestado con una demanda injusta. Por eso el art. 1013 y el 830 del C. c. faculta al demandado a manifestar, en el acto del comparendo, que con los hechos que se le atribuyen, recobró -sin intervalo de tiempo- la cosa de la

(44) Entre los romanos se denominaba *recuperandae possessionis*. El más importante era el *unde vi*.

(45) R. J. P. 1949.—pág. 83.

cual había sido despojado por el demandante; y si lo acredita, se declara sin lugar la demanda.

La privación puede referirse al poseedor inmediato o al mediato. La acción posesoria corresponde a ambos; y, en cada caso, la recuperación posesoria se tiene dirigir a restablecer el estado anterior. Eso sí, el poseedor mediato, no podrá solicitar la posesión inmediata, sino en el caso de que el poseedor inmediato no pueda o no quiera volver a encargarse de la posesión.

3.—La demanda debe contener los requisitos que ya hemos enumerado en el anterior juicio (1011); y el procedimiento que se sigue es el que corresponde al juicio sumario (1012). Es decir, que el demandante debe: 1º precisar los actos en que consiste el despojo; 2º.—la época en que se realizaron; 3º.—si los ejecutó el demandado personalmente o por medio de otro; y 4º.—debe proponer también la reclamación sobre frutos y daños y perjuicios a que el demandante crea tener derecho (1015).

4.—En la estación probatoria el demandante debe acreditar dos extremos: 1º—que ha poseído; 2º—que ha dejado de poseer. Esto con relación al interdicto. Debe también probar los frutos, daños y perjuicios, para justificar la acción referente a estos hechos, si es que se ha reclamado en la demanda. Conforme a numerosas ejecutorias, no se necesita en este interdicto, documento justificativo de la propiedad. Es suficiente la prueba del hecho de la posesión por actos positivos, como, los enumerados al estudiar el párrafo 4.º del Capítulo X.

5.—Si es que se declara fundada la demanda, la sentencia ordenará que se reponga al demandante en la posesión de que fué privado (1014); y si se ha reclamado indemnización de daños y perjuicios, determinará el importe de ellos, o los fijará el juez después que quede ejecutoriada la sentencia, como en el interdicto de retener.

La sentencia puede ser apelada y hay también recurso de nulidad.

6.—Se ha dicho que puede también presentarse el caso de una desposesión por orden judicial. Entonces el despojado sólo puede interponer interdicto de recobrar, si es que la desposesión se ha ordenado por el juez, sin que este haya observado las formalidades prescritas en interés del poseedor, o contraviniendo disposiciones de la ley (1016). Esto quiere decir que si se trata de un juicio debidamente seguido y en el que hay una sentencia ejecutoriada, el interdicto de recobrar no procede.

El poseedor perjudicado con la orden judicial, debe acudir ante el juez que la expidió, solicitando su reposición. En este caso no obstante que la desposesión no es un simple decreto, sino una resolución, la ley permite su reposición.

Si el juez estima fundado el recurso, accederá inmediatamente a él y, en caso contrario, lo sustanciará y resolverá como interdicto de recobrar, considerando como demandado a la persona favorecida con la orden judicial (1017).

CAPITULO XIV

INTERDICTO DE OBRA NUEVA

- 1.—Su objeto. 2.—Significado de “obra nueva”. 3.—Cuando procede. 4.—Quien puede ejercitarlo. 5.—Oportunidad para interponerlo. 6.—Demanda y procedimiento: a) primera etapa; b) segunda etapa. 7.—Sentencia y recursos contra ella.

1.—La acción a que se refiere este capítulo, no parece ser un interdicto en el sentido técnico de esta palabra, porque no se concede al tenedor o simple poseedor de la cosa sino que está exclusivamente reservadas a los propietarios, salvo las excepciones que veremos al tratar del interdicto de obra ruinosa, por lo mismo que tienen por objeto evitar más que perturbaciones a la posesión, daños a la propiedad, bien por una obra no terminada aún, bien por la que amenaza destrucción, ruina o caída. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el propietario sólo persigue mantener el *Stato quo* o la intangibilidad en la cuasi posesión de un derecho, se puede concluir que estos interdictos tienen mucho del de retener la posesión. Si se inicia un interdicto de obra nueva para evitar que el edificio que se construya prive al demandante p. ej. de luz, o de visibilidad, es para retener la cuasi posesión de tales derechos. Si se demanda la demolición de una obra ruinosa, porque hay amenaza de daño a la persona o a la propiedad, es para conservar o retener los derechos que se invocan por el demandante. De manera que habrá lugar a este interdicto siempre que con la obra nueva realizada en propiedad del edificante, se perjudiquen los derechos del vecino. Para de la Plaza este interdicto constituyó en el Derecho Romano, principalmente en el justiniano, “una forma especial de la protección a la propiedad”. (46)

(46) Ob. cit. pág. 56 T. II.

2.—Para aclarar aún más el concepto del interdicto de obra nueva, conviene advertir que por “obra nueva” se entiende no sólo la que se edifica íntegramente desde sus cimientos, sino también la que se realiza sobre lo ya existente, bien para darle más extensión o elevación, o para variar la forma que tiene y origina el interdicto cuando por ella se causa un perjuicio.

3.—Por lo mismo se puede decir que mediante esta acción, se trata de impedir que se haga una edificación perjudicando al predio colindante, aunque los trabajos los realice en área o terreno que le pertenece, obligándole, a la vez, a demoler lo construído, o a suspender la ejecución de la obra. (47)

4.—De lo dicho resulta que esta acción sólo corresponde al propietario y en cuanto daña su propiedad. Por eso se lee en el artículo 1018 que el interdicto de obra nueva tiene por objeto impedir la continuación de una obra o conseguir la demolición de lo ya edificado, en cuanto daña la propiedad del demandante. Y precisa anotar que el actor no puede ir sino hasta donde es absolutamente necesario e inevitable, sin desconocer los derechos ajenos, igualmente respetables. Por eso hay que concluir que sólo hay lugar a este interdicto cuando se alegue un daño actual. Los simples temores no pueden servir de base para interponer la demanda.

5.—En aplicación de la regla general relativa a la prescripción de las acciones posesorias, para interponer este interdicto, se requiere que no haya transcurrido un año, desde que se ejecutó el trabajo que ocasiona el daño. Después de este tiempo prescriben las acciones sumarias sobre posesión (1019).

6.—La demanda debe tener los mismos requisitos que para la iniciación de un juicio sumario, pero en ella hay que pedir la paralización de la obra que al ejecutarse, daña la propiedad del demandante. Es posible también, reclamar indemnización de daños. La ley no lo prohíbe; y como lo hemos visto esta acción es acumulable a los interdictos de retener y de recobrar.

Planteada la demanda, y sólo para una mejor comprensión, puede decirse que en la tramitación hay dos etapas: La primera es una inspección ocular, casi una diligencia preparatoria, pero diferente de ésta puesto que en la inspección del interdicto, puede haber alguna resolución judicial, lo que no sucede en las diligencias preparatorias. La segunda etapa está constituida por el

(47) Ejecutorias 13 abril 1944 y 7 abril 1947 de R. J. P.

juicio mismo, o sea la tramitación que toca al juicio sumario (1025).

a).—Primera etapa.—Presentada la demanda, el juez ordenará que se practique una inspección ocular, designando el perito o peritos que deben intervenir y señalando día y hora para esta diligencia. Por ningún motivo dejarán de intervenir los peritos. Su falta trae consigo la insubsistencia del trámite y de lo que se resuelva, porque la apreciación del daño es una cuestión casi exclusivamente técnica.

En esta etapa hay una particularidad: no se permite recusar al juez ni a los peritos. Pero esto no impide a la parte dejar constancia de las situaciones en las que puede hallarse el juez o los peritos, situaciones que le llevan a dudar de su imparcialidad.

La providencia que ordena la realización de la inspección ocular se manda poner en conocimiento del dueño de la obra. Si éste no se halla presente en el lugar del juicio, se citará a su administrador o apoderado si es conocido (1021). A falta de estos se notificará al arrendatario o al encargado del inmueble, si lo hay; y en defectos de éstos, al director de la obra o persona que corra con la construcción. Esta disposición revela el propósito de realizar la diligencia previa al juicio, con la misma rapidez con que se debe evitar el peligro (1023). Y este propósito se aclara aún más, con el artículo 1024 que dispone que el mandato de inspección, no podrá ser objeto de oposición ni recurso alguno por parte del demandado, hasta que no se practique la inspección o se ejecuten las medidas que en dicha diligencia disponga el juez y, como se ha dicho, tampoco se puede recusar al juez, ni a los peritos.

En la diligencia de inspección, el juez y los peritos reconocerán la obra que se realiza y, a solicitud del interesado, puede aquel ordenar la suspensión de los trabajos y dictar medidas urgentes que eviten la continuación del daño o, denegar tales medidas. El cumplimiento de aquellos mandatos, se exigirá a la persona indicada en el art. 1021 y por su orden; y si estos no están o no cumplen el mandato, el juez autorizará (1023) al demandante para que realice lo ordenado, teniendo el derecho de exigir luego, el reintegro de lo gastado y concediéndosele aún acción, para solicitar el embargo y luego el remate de los bienes embargados a fin de obtener tal reembolso.

b).—Segunda etapa.—Practicada la inspección se procederá luego a tramitar la demanda conforme a lo dispuesto para

el juicio sumario, o de menor cuantía como le llama nuestro código (1025), es decir, que en esta etapa se entra ya al verdadero juicio.

7.—La sentencia puede amparar la demanda o desestimarla (1026). En este último caso una vez consentida o ejecutoriada la sentencia, se alzarán la orden de suspensión que se hubiera dictado y se condenará al demandante al pago de los perjuicios causados. El juez fijará el importe de estos, sin más trámite que un informe de peritos. En el otro caso, amparará los derechos del actor en la forma establecida en la sentencia.

8.—Contra la sentencia en estos juicios, hay apelación y también recurso de nulidad.

CAPITULO XV

INTERDICTO DE OBRA RUINOSA

1.—Su objeto. 2.—Significado de "obra ruinosa". 3.—Quienes pueden ejercitar esta acción. 4.—Demanda y tramitación.

1.—En el Derecho Romano se conocía este interdicto con el nombre de *caución de damno infecto*, o sea caución de daño no causado todavía, pero que se teme como futuro. Con este interdicto se puede perseguir alguno de los siguientes fines:

a) bien la demolición total o parcial de una construcción que amenaza ruina;

b) bien la adopción de medidas urgentes de seguridad, a fin de evitar los riesgos que puede ofrecer el mal estado de un edificio, canal, camino, árbol, columna o cualquiera otra cosa análoga.

2.—En ambos casos la acción se refiere no sólo a los edificios antiguos, sino también a los nuevos, cuyos cimientos se hunden o están defectuosa o delesnablemente hechos (860-861 C. c.).

3.—El daño puede amenazar bien a las personas (transeúntes), bien a las cosas (por razón de vecindad). En el primer caso el interdicto puede intentarlo cualquier persona que tenga necesidad de pasar o transitar por las inmediaciones del edificio, canal, camino, etc. (1028). En el segundo caso, sólo pueden ejercitarlo los dueños del inmueble que recibe o puede recibir daño, con lo que amenaza ruina.

Actualmente este interdicto es de poca aplicación, porque ca-

si siempre la autoridad municipal se preocupa de los edificios en mal estado, ordenando lo conveniente para evitar que su ruina cause daño a las personas o a las cosas.

4.—En cualquiera de los casos que quedan enumerados, el procedimiento a seguir, es el mismo que hemos expuesto al tratar del interdicto de obra nueva (1029).

CAPITULO XVI

JUICIO DE ALIMENTOS

- 1.—Significado de la palabra "alimentos". 2.—La demanda y su tramitación. 3.—Competencia. 4.—Casos que pueden presentarse: a) que el derecho se halle fehacientemente acreditado; b) alimentos provisionales; c) que el derecho no esté acreditado. 5.—Sentencia y recursos contra ella. 6.—Carácter de la sentencia y el juicio contradictorio. 7.—Naturaleza del crédito por alimentos. 8.—Hipoteca judicial. 9.—Otras acciones por alimentos. 10.—Litis expensas.

1.—La palabra *alimentos* significa en Derecho, la asignación que se hace a una persona de una suma de dinero, para que pueda satisfacer las necesidades de la vida, pero siempre que tal entrega sea consecuencia de las relaciones entre un hombre y una mujer o de las vinculaciones y deberes que existen entre los individuos de una familia. Puede decirse que el título para obtener alimentos es el parentesco, naturalmente dentro de la clase y grado que la ley señala. Este concepto lo establecen los arts. 439 y 369 del C. civil.

Con arreglo a lo expuesto, será acción para conseguir la prestación de alimentos la demanda que se interpone contra un padre o contra un esposo para que, respectivamente, suministren a su hijo o a su mujer, los recursos necesarios para atender las necesidades de la vida. En cambio no es acción de alimentos la que interpone el proveedor de víveres, reclamando de su consumidor el correspondiente precio.

Según el profesor Alsina (48) la obligación de prestar alimentos, "supone la concurrencia de tres elementos: 1.º determinación de la vinculación entre el alimentante y el alimentado; 2.º necesidad del alimentado; y 3.º posibilidad económica del alimentante. En efecto, siempre se parte de la base de que el que pide ali-

(48) Ob. cit. t. III pág. 483.

“mentos, los necesita y que el que debe prestarlos puede hacerlo “porque sus condiciones económicas lo permiten y su vinculación “con el alimentado lo exige”.

La acción para reclamar alimentos no prescribe, (49) ni tampoco puede ser objeto de transacción (50).

2.—El C. de p. c. no enumera las personas a quienes toca prestar alimentos, ni las que tienen derecho a reclamarlos. Tampoco fija normas para regular o determinar el monto de la asignación, ni para establecer la forma en que debe prestarse o cómo debe garantizarse su prestación. Estas cuestiones están tratadas en el C. civil (51). En el C. de p. c. sólo se fija la tramitación que hay que seguir, cuando se interpone una acción de esta naturaleza. También se establece la manera de no retardar el cumplimiento de la obligación a quien la solicita con derecho perfectamente acreditado. Por eso, dicho Código declara simplemente que “la demanda de alimentos se presentará y tramitará conforme a lo dispuesto para el juicio de menor cuantía” (1030) o sea en procedimiento breve. De manera que el juicio de alimentos es sumario y a la vez provisional, tanto por su tramitación rápida, cuanto porque lo que en él se resuelve, puede ser más ampliamente discutido en juicio ordinario.

La demanda, además, de los requisitos ya conocidos, mencionará el parentesco, la situación económica del demandado, las necesidades del demandante, conforme a lo dispuesto en el art. 449 del C. civil y, en mérito de todo esto, insinuará el monto de la asignación mensual que se reclama. Estos puntos son esenciales, porque el juez en la sentencia al amparar la demanda, tiene que referirse a ellos.

Interpuesta la demanda, ella se tramita —como queda dicho— como juicio sumario.

3.—Tratándose de una obligación de carácter personal, la competencia debía establecerse por el domicilio del demandado. No obstante esto, la Corte Suprema en constantes ejecutorias, teniendo en cuenta que el alimentado debe ser atendido donde se halla, ha establecido que es juez competente para conocer de estos juicios el del domicilio de éste.

(49) R. J. P. 1944 pág. 27.

(50) R. J. P. 1948 pág. 329.

(51) Arts. 158-165-166-367-386-389 inc. 1 399-450-451-453 y 454.

4.—En el juicio de alimentos puede presentarse alguno de estos dos casos: o el derecho del alimentado se halla acreditado con instrumento público (partidas, escrituras) que se pueden adjuntar a la demanda, o tal derecho no aparece acreditado en esa forma tan nítida.

a).—En el primer caso la acción para conseguir la prestación de alimentos, no presenta ninguna dificultad. Jamás se ve el caso de un hijo legítimo cuyo padre no se halle obligado a alimentarle; y es raro el caso de una mujer casada que no tenga acción alimenticia contra su esposo (165 C. c.). En este caso el juicio no tiene otro objeto que establecer en un procedimiento sumario, las necesidades del alimentado y las posibilidades económicas del alimentante, con las limitaciones que menciona el art. 449 2.ª p. C. C. para que el juez en la sentencia fije el monto de la pensión mensual, fundándose precisamente en estas pruebas. En este sentido el importe de la pensión alimenticia varía, según la posesión social del que debe recibirla y las posibilidades económicas del que debe prestarla.

b).—En este primer caso procede durante el juicio, y no obstante no haber todavía sentencia, la entrega de alguna cantidad de dinero, entrega que se denomina alimentos provisionales. Esta disposición se funda en que la prestación de alimentos, no puede ni debe retardarse cuando el derecho a percibirlos se halla acreditado en forma fehaciente. Además ellos están destinados a una necesidad perentoria cual es la conservación de la vida. Por eso se faculta al juez para señalar prudencialmente una cantidad que debe ser entregada de inmediato y antes, como queda dicho, que el juicio termine. Esta asignación se acuerda:

- 1.º—a la mujer que los pide del marido acompañando la partida de su matrimonio (127 C. c.).
- 2.º—a los hijos legítimos durante su menor edad, siendo varones, y siendo mujeres mientras estén solteras y que los pidan de su padre o madre, acompañando su partida de nacimiento y la de matrimonio de sus padres, o con los otros documentos que menciona el art. 311 C. c.
- 3.º—a los hijos adoptivos que los pidan del adoptante, acompañando el documento de la adopción, siempre que concurren las circunstancias del inciso anterior (337-340-344 y 347 C. c.).

- 4.º—a los hijos ilegítimos durante su menor edad, si los piden de su padre, acompañando los comprobantes de su reconocimiento, conforme al C. c. (380-384).
- 5.º—a los hijos ilegítimos, durante su minoría, que los pidan de sus padres acompañando la sentencia en que se declare su filiación, o documento emanado del padre o madre a quien se demanda, que acrediten verosíblemente la paternidad o maternidad (1034).

Estas entregas pueden ordenarse en el acto del comparendo o con posterioridad a él y en el curso del juicio, porque solo al contestarse la demanda se conoce la actitud del demandado. Si se allana a la prestación de los alimentos pedidos, en realidad ya nada hay que discutir. Pero si se opone a ella, mientras la oposición se sustancia, debe atenderse a quien acredita la efectividad del derecho que hace valer. Sólo hay una excepción a esta regla que la consigna el art. 247 inc. 4.º de la L.O.P.J. o sea durante las vacaciones judiciales. En dicha época las asignaciones proceden aún antes del comparendo, es decir con solo, presentar el recurso de demanda y solicitar, a la vez, tal asignación y su correspondiente entrega.

Además de esta primera asignación, puede el juez en caso de mediar circunstancias extraordinarias, ordenar una segunda asignación provisional de alimentos, pero únicamente a los comprendidos en los casos anteriormente expuestos. El monto de estas asignaciones las fija el juez prudencialmente (1035 1.º p.).

Dada la finalidad que se persigue con estas entregas o asignaciones provisionales, la ley no permite que el mandato de entrega, sea objeto de articulaciones. Por eso dispone que el auto que la ordena, es apelable en el efecto devolutivo (1036 últ. p.)

La suma de las asignaciones provisionales, se rebajará de la cantidad que deba pagar el demandado conforme a la sentencia. Si se rechaza la demanda, se devolverán las asignaciones pagadas por el demandado (1037).

b).—Si el derecho del alimentado no consta en forma indubitable (lo que generalmente ocurre en el caso de hijos ilegítimos), el juicio (367) tiene por objeto establecer la filiación del alimentario, la cuasi posesión del estado de hijo, o las relaciones entre la madre del alimentario y aquel a quien se demanda en la época de la concepción, además de las posibilidades económicas

del demandado y las necesidades del alimentario (52). Todo esto, dentro del procedimiento sumario. No precisa conseguir primero una sentencia que establezca algunos de estos hechos, para luego interponer la acción de alimentos. La prueba por lo mismo es varia.

5.—Cuando llega la oportunidad de sentenciar, en cualquiera de los casos expuestos, si es que en el juicio tienen interés menores de edad, debe oírse previamente al Ministerio Fiscal. Llenado este trámite el juez sentencia.

Si en la sentencia se ampara o acoge la demanda, se fijará el monto mensual de la pensión alimenticia, “teniendo en cuenta los gastos de subsistencia, de habitación, vestuario y asistencia en las enfermedades”. (53). Se declarará que ella se devenga desde la fecha de la primera notificación al demandado (1031) y que las pensiones deben abonarse por mensualidades adelantadas (1032).

La sentencia que se expida en cualquiera de los casos analizados, puede ser objeto de apelación y también de recurso de nulidad.

6.—Ya hemos dicho al fijar el concepto y naturaleza de este juicio, que la sentencia que en él se expide puede ser objeto de contradicción en vía ordinaria (1083); pero el juicio contradictorio debe instaurarse antes de seis meses desde que la sentencia quedó ejecutoriada. De manera que esta sentencia es definitiva en cuanto pone fin al juicio, y, al amparar la demanda, hay que cumplirla; pero a la vez, es provisional y no produce efecto de cosa juzgada, porque lo que en ella se ordena puede aumentarse, disminuirse o exonerarse, sin perjuicio de lo que se resuelva en el juicio contradictorio.

7.—El crédito que representa una pensión alimenticia es privilegiado. Para exigir su cumplimiento se puede embargar lo que con arreglo a la ley contra el agio y la usura (ley 1220) es inembargable, como emolumentos, sueldos, salarios de funcionarios, empleados y obreros, pero únicamente la tercera parte (617 inc. 4 C. p. c.). Y es que está destinado a satisfacer necesidades urgentes de personas que se hallan en situación difícil y que, sin esta garantía, quedarían burladas. A su vez de acuerdo con el art. 617

(52) Arts. 127 a 131-303 a 313-350-351-366-357-368-371-372 y 373 C. e.

(53) Alsina. Ob. cit. t. III pág. 495.

inc. 4.º el citado tercio es inembargable. De no tener este carácter no llenaría su objeto que es beneficiar al alimentario.

8.—Conforme al C. p. c. mientras está vigente la sentencia que ordena la prestación de alimentos, a solicitud de parte, mandará el juez se constituya hipoteca en bienes del responsable (1033). Esta hipoteca garantiza no sólo las pensiones devengadas, sino también las futuras.

Esta disposición guardaba armonía con el C. c. del 52. Pero el actual C. no se ocupa de las hipotecas judiciales. Trata únicamente de las voluntarias y legales. No obstante esto, la ejecutoria Suprema de 22 de noviembre de 1947 (54) aplica este art. de C. p. c. considerándolo vigente.

Pero el obligado en lugar de constituir hipoteca, puede prestar otra garantía real bastante, a juicio del juez. Puede también, una vez constituida la hipoteca sobre determinado bien, solicitar que se traslade a otro inmueble, siempre que sea suficiente para responder de la obligación, todo conforme a la segunda parte de dicho artículo.

9.—Puede demandarse el aumento, la disminución o la exoneración de la pensión alimenticia o el cambio en la forma de prestar alimentos. En cada uno de estos casos la acción se ventilará por los trámites del juicio sumario (1083).

10.—El art. 1038 dispone también que la misma tramitación se dá a la demanda de expensas para la litis. Pero la ejecutoria Suprema inserta a fs. 26 de la Revista del Foro del año 1929, circunscribió el ejercicio de esta acción únicamente a los casos en que hay divorcio, tramitándose entonces el pedido como incidente. El actual C. c. en sus arts. 282 y 283, consagra esta misma doctrina. De esto trataremos en su oportunidad.

CAPITULO XVII

EMANCIPACION

1.—Concepto. 2.—Competencia. 3.—Emancipación solicitada por los padres. Procedimiento. 4.—Emancipación del menor sujeto a tutela. Procedimiento.

1.—El C. c. derogado establecía que por la emancipación quedaba el menor exento de la patria potestad o de la autoridad

(54) R. J. P. pág. 542.

del tutor. El actual código sólo menciona la emancipación en el art. 11, declarando que la incapacidad de las personas mayores de 18 años, cesa entre otras razones, por la emancipación. Esto quiere decir que la emancipación sólo procede cuando el menor ha cumplido 18 años. Pero dicho menor, antes de la emancipación, puede estar bajo patria potestad o sujeto a tutela. En consecuencia, la emancipación puede solicitarla el padre o la madre que tiene al hijo bajo su potestad, el tutor y el consejo de familia. La tramitación que hay que seguir varía según la situación del menor.

2.—Es juez competente para el conocimiento de la emancipación, el del domicilio del menor (1042).

3.—Cuando la emancipación la solicita el padre o en su defecto la madre, no hay contención. La solicitud se presenta al juez expresando los motivos que la determinan, acompañándose la partida de nacimiento del hijo, o la del bautismo si es anterior a la promulgación del actual C. c.

El juez mandará que comparezca al juzgado el que ejerce la patria potestad y también el menor. El primero para que en su presencia ratifique su voluntad de emancipar al hijo; y el segundo no tan solo para que preste su consentimiento, sino para que el juez se dé cuenta de su capacidad. Según esto el juez resuelve; y el resultado de la diligencia se hace constar en acta, mandándose luego protocolizar el expediente.

4.—Aquí pueden presentarse dos casos: 1.º—que la emancipación la solicite el tutor; y 2.º—que la formule el consejo de familia.

En el primer caso se explicará en la demanda, los motivos que hacen útil la emancipación y se acompañará la partida de nacimiento del pupilo (1043). Al recibir el juez la solicitud, dispondrá que el consejo de familia nombre defensor (1043 C. p. c. y 644 C. c.). Verificado el nombramiento, el juez hará que el menor comparezca ante él a prestar su consentimiento (1044). Ese consentimiento se tomará en presencia del defensor, si concurre, con cuyo fin se le citará oportunamente; pero no se permitirá en dicho acto, la presencia del tutor (1045) para evitar coacción.

El art. 1046 expresa: “si el menor presta su consentimiento, el juez tramitará la causa en la forma indicada para el juicio de menor cuantía”, es decir, mandará citar a comparendo, debiendo citarse además con la demanda al Ministerio Fiscal quien puede asistir al acto, oponerse a la emancipación y ofrecer prueba (1047). Esta intervención del Ministerio Fiscal como parte, se

debe al interés especial que hay de que no se conceda la facultad de ejercitar derechos civiles, a quienes no tienen aún el discernimiento suficiente, ya que es posible un acuerdo entre el tutor y el consejo de familia, con inminente perjuicio para el menor. Al juez toca resolver este delicado asunto.

El mismo art. sólo se pone en el caso de que el menor preste consentimiento, pero no dice lo que debe hacerse, si el menor no acepta su emancipación. Todo hace suponer que en este caso, se hará constar su respuesta en la diligencia correspondiente y siempre se tramitará la acción, para que al fin el juez resuelva, tomando en muy seria consideración, lo que aparece de autos.

En el segundo caso, o sea cuando el consejo acuerde solicitar la emancipación, se procederá primero a nombrar el defensor del Consejo (1041 C. p. c. y 644 inc. 10 C. c.). Este defensor formulará la solicitud exponiendo las razones que la justifiquen y acompañará la partida de nacimiento del menor. Al recibir el juez la demanda, hará que el menor comparezca ante él a decir si desea emanciparse (1044). A esta diligencia puede concurrir el defensor, pero no el tutor. La conveniencia de la prohibición queda expuesta (1045).

Si el menor presta su consentimiento, el juez tramitará la causa como un juicio sumario, también con intervención del Ministerio Fiscal que puede oponerse y actuar pruebas como en el caso anterior.

CAPITULO XVIII

AUTORIZACION PARA EL MATRIMONIO DE MENORES

1.—A qué menores se refiere este juicio. 2.—Cuándo procede la solicitud de autorización. 3.—La demanda y su tramitación. 4.—La sentencia y su particularidad.

1.—La nueva legislación sustantiva en el título denominado "Del consentimiento para el matrimonio de menores", establece que "los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del consentimiento expreso de sus padres" y que "si uno de estos hubiese muerto, fuere incapaz, o estuviere privado de la patria potestad, bastará el consentimiento del otro" (89 C. c.). La misma legislación agrega (97) que "contra el disenso de los padres y demás ascendientes, no se dará recurso alguno". De acuerdo con es-

tos preceptos, el procedimiento judicial que se va estudiar se refiere a los menores que no tienen padres ni ascendientes vivos, o sea a los menores sujetos a tutela, porque los que tienen vivos a sus padres, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de éstos (90-91-93-94-99 C. c.).

La razón para exigir el consentimiento de los representantes del menor (padres o tutores), es clara. Según la técnica del Derecho, la capacidad jurídica es atributo de toda persona, pero la capacidad para obrar, de prestar consentimiento válidamente, por sí mismo, es propia únicamente de los mayores de edad. De allí que por los que no pueden prestar ese consentimiento por sí mismos, deben prestarlo, conforme a estos principios, el padre o la madre. A falta o por incapacidad de éstos, los ascendientes, y si tampoco existen éstos, el consejo de familia (91); siendo de advertir que al referirse la ley a los ascendientes, dá la preferencia al más próximo sobre el más remoto, pero sin distinción de sexos (90) y en igualdad de votos contrarios, la discordia entre los ascendientes, equivale al consentimiento (1050 C. p. c.).

El consentimiento se hará constar por escritura pública o por instrumentos auténticos (96) o por simple exposición ante el alcalde, que se hará constar en acta.

La anterior enumeración de personas que deben prestar consentimiento, se hace no tanto para recordar disposiciones sustantivas, sino y sobre todo, para establecer que la autorización judicial sólo procede en el caso de que el menor no tenga padres o ascendientes, o éstos sean absolutamente incapaces (91) y que habiendo consejo de familia, éste se niega a prestar consentimiento, disposición que modifica las pertinentes del C. p. c.

2.—La negativa del consejo de familia, puede apoyarse en alguno de los casos contemplados en el art. 98 del C. c., o ser infundada (irracional disenso, como se llamaba antes). Para que el juez aprecie el fundamento de la oposición y la ratifique o supla el consentimiento, se autoriza al menor a presentarse solicitando autorización.

3.—El menor presentará con la demanda, cuyos requisitos generales están expuestos, su partida de nacimiento o de bautismo y, además, los documentos que establezcan la muerte o incapacidad de sus padres y ascendientes que, por consiguiente, es al Consejo de Familia, al que toca otorgar el consentimiento.

Presentada la demanda, el juez la sustanciará conforme a lo

dispuesto para el juicio sumario, citando como demandado al Consejo de Familia, el que debe nombrar un representante para que intervenga representándolo (104).

4.—Antes de resolver, el juez oirá al Ministerio Fiscal. La sentencia tiene la particularidad de no contener parte considerativa que justifique la parte resolutive de la misma. Además, es inapelable conforme al art. 99 C. c.

Los casos anteriormente enumerados no comprenden al huérfano sin parientes, ni al expósito, para quienes, respectivamente precisa el consentimiento del Consejo Local de Patronato y de los superiores o directores de las casas de huérfanos, o de las personas que los amparan (93 y 94 C. c.). El Código no dice si los menores sujetos a estas tutelas, pueden solicitar autorización judicial ante el disenso de sus tutores. Pero si se tiene presente lo que dispone el art. 97 C. c. es indudable que tal acción procede.

CAPITULO XIX

PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD

1.—Concepto. 2.—Pérdida, privación, limitación y suspensión de la patria potestad. 3.—Privación de la patria potestad; quienes pueden solicitarla. 4.—Requisitos de la demanda y su tramitación. 5.—Situación del menor durante el juicio. 6.—Pérdida, limitación, suspensión de la patria potestad; como se producen. 7.—Los bienes durante el juicio. 8.—Acciones posteriores a la pérdida, privación, limitación y suspensión de la patria potestad.

1.—Patria potestad es la autoridad que las leyes reconocen en los padres, sobre la persona y bienes de sus hijos (390 C. c.). En mérito de esta autoridad, los padres sujetan y corrigen a sus hijos, los mantienen en su poder y los recogen del lugar donde estuvieren, aún con el auxilio de las autoridades. Deben alimentarlos, educarlos y cuidarlos, pero a la vez, aprovechan de sus servicios. Administran y cuidan los bienes de dichos hijos, pero también hacen suyos los frutos de dichos bienes, mientras dure la patria potestad.

2.—Mientras en el antiguo C. c. existían disposiciones que señalaban los casos en que los padres perdían la patria potestad, en el nuevo C. c. al lado de la pérdida de la patria potestad (427), se establece también la privación (428), la limitación (429) y la suspensión (434) de la patria potestad; pero lo que el C. p. c. lla-

ma "pérdida de la patria potestad", en realidad es privación de la patria potestad y vamos a estudiarla en este concepto.

En efecto, la pérdida de la patria potestad resulta de penas impuestas en el fuero penal que producen tal efecto (427 C. c.). Esta situación es distinta de la pérdida de la administración o usufructo legal (426). La privación de la patria potestad es una acción independiente y que hay que hacerla valer en el fuero civil. La limitación tiene lugar (428) cuando el padre de un menor que tiene bienes, contrae matrimonio. Entonces la patria potestad sólo la ejerce sobre la persona del menor, pero no sobre sus bienes. Por eso hay una limitación que reduce la patria potestad únicamente a la persona del hijo menor de edad. La suspensión (434) se presenta principalmente en los casos de divorcio, cuando los hijos son entregados al padre o a la madre y el otro no tiene ninguna facultad ni sobre el hijo, ni sobre sus bienes.

3.—La facultad de solicitar la privación de la patria potestad corresponde, conforme al C. c. al Consejo de Familia, el cual debe nombrar un curador para tal fin (432). Pero si el Consejo no hace ese nombramiento, el juez de oficio o a solicitud de parte lo nombrará (433). El C. p. c. faculta igualmente a la madre que no ejerce la patria potestad (y en su caso al padre que no la tiene conforme al art. 393 C. c.) y a cualquier otro de los ascendientes, seguramente por el hecho de que el Consejo de familia tiene un funcionamiento tardío y lleno de dificultades, a ejercer también esa acción que no debe aplazarse. Por lo mismo la acción puede ser ejercitada por el padre o la madre que no tiene la patria potestad; por el curador nombrado por el juez ya de oficio o a solicitud de algún pariente o por el curador nombrado por el Consejo de Familia.

Cuando la acción la ejercita el padre o la madre, no parece necesario que se nombre defensor o curador. Se trata de un derecho a ellos inherente y para cuyo ejercicio no precisa intermediario.

4.—Además de los requisitos propios de toda demanda, debe precisarse en ella, la causal o causales que la motivan (428 C. c.). Si se presenta el padre o la madre, acompañará la partida de nacimiento del menor. Si es el tutor acompañará el documento que acredite su nombramiento (ya se haya expedido de oficio o a solicitud de algún pariente) o, en su caso, copia del acta del Consejo de familia (1052).

Presentada la demanda, el juez la sustanciará con arreglo al procedimiento que toca al juicio sumario, citando como demandado al padre o a la madre que tiene la patria potestad. Y debe oír al Agente Fiscal antes de expedir resolución (1053).

5.—En cualquier estado de la causa y a criterio del juez, se pondrá al hijo en poder de una persona de honorabilidad notoria, prefiriéndose a los miembros de la familia. (1054 C. p. c. y 255 C. c.). También el juez fijará la pensión alimenticia con que debe acudir el demandado, la cual se hará efectiva por el procedimiento establecido para la ejecución de sentencias (1054 C. p. c.).

6.—El C. p. c. que guarda relación con el C. c. derogado, sólo fija el procedimiento que hay que seguir para solicitar la pérdida de la patria potestad, que conforme al C. c. actual debe entenderse como privación de la patria potestad. Pero este nuevo Código en sus artículos 432 y 433 establece que las acciones que tienden a privar, limitar o suspender la patria potestad y a privar a un padre de la administración de los bienes de un menor, deben tramitarse conforme a lo dispuesto en el C. p. c. para lo que se llama pérdida de la patria potestad que en realidad es privación de la patria potestad. Por consiguiente el procedimiento descrito en el párrafo No. 4, debe aplicarse a cualquiera de las acciones que se mencionan en este epígrafe, si es que no son consecuencia de determinadas situaciones que hemos señalado.

7.—Cuando el hijo tiene bienes propios, puede el juez —durante el juicio— ordenar el depósito o intervención de ellos, si la administración del padre no está garantizada con hipoteca o si esta es insuficiente (1054).

8.—El C. c. permite a los padres que no tienen la patria potestad y que contraen matrimonio, solicitar que se les otorgue la patria potestad sobre los hijos que nazcan (431) o que se les restituya tal derecho, si es que han cesado las causas que motivaron la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad (436). Esta acción no puede intentarse sino pasados tres años de la situación correspondiente (436 2.º p. C. c.). Pero vale la pena anotar que tal artículo no se refiere a los casos de privación de la patria potestad (428) omisión que revela, con toda claridad, que la resolución que la dispone, causa ejecutoria.

CAPITULO XX

REMOCION DE TUTORES

- 1.—Causales de remoción. 2.—Quien puede pedirla. 3.—Competencia. 4.—Tramitación. 5.—Protección al menor. 6.—Protección a los bienes. 7.—Impugnación del nombramiento de tutor. 8.—Remoción de curadores.

1.—La remoción de los tutores puede determinarla no sólo alguna de las acciones u omisiones que se enumeran en el art. 544 del C. c. en las que incurra el tutor durante sus funciones, sino también cualquiera de las situaciones que el mismo C. enumera como impedimentos para desempeñar el cargo de tutor (490), sea que dichas situaciones hayan sobrevenido, sea que se descubran después de admitido el pago.

2.—El C. c. distingue la remoción de los tutores dativos o sea los nombrados por el Consejo de familia, de la de los legítimos testamentarios, nombrados por el juez o designado por escritura pública.

Los primeros pueden ser removidos a su juicio por el consejo de familia (644 inc. 3). Los demás deben ser removidos por el juez, a solicitud del mismo consejo (644 inc. 4). Pero los acuerdos que adopte el consejo de familia declarando la incapacidad de los tutores dativos y sacándolos del cargo, podrán ser impugnados ante el juez en el término de quince días (646).

En el mismo C. se agrega que pueden solicitar también la remoción de los tutores los parientes del menor, el Ministerio Fiscal (548) y el mismo menor si ha cumplido catorce años (547).

Cualquiera del pueblo puede denunciar o acusar al tutor por causas que den lugar a su remoción (549); pero el denunciante carece de personería para intervenir en el juicio. La denuncia determinará la reunión del consejo de familia para que este provea al nombramiento de un defensor o curador, como le llama el actual C. c. Si no hay quien haga la acusación o la denuncia y el juez del domicilio tiene conocimiento de algún perjuicio que el tutor causa al menor, convocará de oficio al consejo de familia para que proceda, según las circunstancias, a usar de sus facultades en beneficio del menor (550).

3.—La demanda de remoción debe interponerse, según los casos expuestos, ante el juez del domicilio del tutor (44 C. p. c.)

4.—Presentada la demanda en la que debe precisarse la causal que la motiva, conforme al C. c. (1055), se sustanciará el juicio con arreglo al procedimiento establecido para las causas de menor cuantía, oyéndose al Agente Fiscal antes de expedir sentencia (1056).

5.—Al recibir la demanda, si el juez advierte que el menor o sus bienes corren peligro, puede, mientras dura la tramitación del juicio, suspender provisionalmente al tutor (545); y en este caso, así como en cualquier estado de la causa, puede, según su criterio, poner al menor en poder de un tutor legítimo y a falta de éste, en poder de uno dativo. Pero para suspender provisionalmente al tutor testamentario o legítimo, es necesario que éste haya contestado la demanda (546-480-482 C. c.).

El juez fijará la pensión alimenticia con que debe acudir el demandado, si es tutor de la persona y si, además cuida los bienes del menor.

6.—Cuando el menor tiene bienes propios, puede el juez ordenar —según las circunstancias,— el depósito o intervención de ellos, como en el caso de privación de la patria potestad (1056-1053-1054). Hay que anotar que el C. de p. c. dá al juez facultad para designar la persona que debe tener al menor durante el juicio (1056-1054); pero esta facultad que discrecionalmente podía usar conforme a dicho código, ha sido derogado por el C. c. que establece la entrega del menor y de sus bienes al tutor legítimo o a uno dativo, tan pronto sea contestada la demanda de remoción (546), norma inconveniente porque gracias a ella, mediante la simple presentación de una demanda, que a la postre puede ser infundada y utilizada sólo con el propósito de quitar la administración de los bienes al tutor, se privará de ellos p. ej. al tutor testamentario, designado por el padre o la madre, para que pasen a personas interesadas en su manejo y administración.

7.—Igualmente cualquier interesado y el Ministerio Fiscal, pueden impugnar el nombramiento de tutor hecho con infracción del art. 490 del C. c.

Si la impugnación precediera al discernimiento del cargo, se estará a lo dispuesto en el art. 1056 C. p. c. (945) o sea que la acción se tramitará como juicio sumario en el que el juez podrá

adoptar las providencias ya expuestas, para cuidar la persona del menor y también sus intereses. Si la impugnación es posterior constituirá en el fondo una acción de remoción.

8.—Conforme el art. 558 del C. c. son aplicables a la curatela, las reglas relativas a la tutela, con algunas modificaciones. Por consiguiente, pueden los curadores ser removidos, como los tutores (644 inc. 3 y 4 C. c.).

CAPITULO XXI

EXCUSA Y RENUNCIA DE LOS TUTORES

1.—Excusa. 2.—Oportunidad para formularla y ante quien se presenta. 3.—Competencia. 4.—Tramitación. 5.—El menor y la excusa. 6.—Renuncia de tutores. 7.—Excusa y renuncia de curadores.

1.—Aunque el cargo de tutor es obligatorio (496 C. c.) la persona que bien por disposición testamentaria, por escritura pública, por ministerio de la ley, por designación del juez o por acuerdo del consejo de familia, resulta llamada a desempeñar la tutoría de un menor y no quiere entrar a ejercer tal cargo, puede excusarse, exponiendo los motivos que determinan su excusa y que son únicamente los que enumera el art. 497 del C. c. Estas causas son aplicables a la excusa de toda clase de tutores.

2.—La excusa debe presentarse dentro de quince días contados desde que el designado como tutor, tiene conocimiento del nombramiento si es que fuere dativo, o del hecho que origina la tutela, si es testamentario o legítimo. Al plazo indicado se agregará el de la distancia, cuando el tutor se halla fuera del lugar (1058). Si no lo hace se tendrá por aceptado el cargo (498). No hay que olvidar que la excusa de los tutores dativos, debe presentarse al consejo de familia (644 2.º) y la de los otros ante el juez (1057).

3.—Es competente para conocer la excusa del tutor legítimo, escriturario o testamentario el juez del lugar donde está constituido el consejo de familia del menor, o donde debe constituirse por hallarse en él, la mayor parte de los miembros que deben integrarlo (1057); pero la excusa del tutor dativo se presenta al consejo de familia y dicha excusa no tiene tramitación.

4.—Presentada la excusa el juez ordenará que el consejo de familia nombre un defensor y verificado tal nombramiento se sus-

tanciará la causa por los trámites del juicio sumario, siendo parte demandada el representante del consejo de familia, debiendo escucharse al Ministerio fiscal antes de expedir resolución.

5.—En este juicio el juez también está facultado para proveer a la seguridad de la persona y bienes del menor en cualquier estado de la causa.

6.—El tutor dativo que desempeña el cargo seis años puede renunciarlo (542); y tanto este como los legítimos, testamentarios, escriturarios o nombrados por el juez, presentarán su renuncia si le sobreviene alguna de las causas que habrían impedido su nombramiento, aunque continuando en el cargo hasta que se les releve (543).

En la renuncia del tutor se observará el procedimiento señalado para la excusa esto es: 1.º se presenta la renuncia al juez del lugar donde está constituido o donde debe constituirse el consejo de familia, excepto el dativo que debe presentarse a este último; 2.º—el juez dispondrá el nombramiento de un defensor; 3.º—se tramitará el juicio como sumario; y 4.º—se oye al agente fiscal antes de resolver.

El juez está autorizado para proveer lo conveniente con relación a la persona y bienes del menor.

7.—Las reglas que hemos expuesto para la renuncia y excusa de los tutores, son aplicables a la excusa o renuncia de curadores (558 C. c.).

CAPITULO XXII

JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1.—Razón de este juicio. 2.—Cuando procede. 3.—Excepciones a la regla que consagra la responsabilidad. 4.—La responsabilidad y quien puede hacerla efectiva. 5.—Oportunidad para interponer la acción. 6.—Competencia. 7.—Tramitación. 8.—Efectos de este juicio en el proceso que lo origina y en la actividad del juez. 9.—Sentencia. 10.—El abandono en los juicios de responsabilidad.

1.—Casi todos los tratadistas están de acuerdo en que la independencia de los funcionarios, crea la arbitrariedad y el despotismo y que, en consecuencia, es necesaria una ley en la que se concedan garantías eficaces a los particulares para defenderse de cualquier extralimitación o prevaricato de la autoridad, en el ejercicio de sus funciones.

En nuestra legislación, la responsabilidad de los funcionarios aparece consignada en la ley de 28 de setiembre de 1868; y, como un capítulo de dicha ley, figura la responsabilidad de los miembros del Poder Judicial. El C. de p. c. ha independizado los juicios contra estos últimos y, en el título correspondiente trata de los casos en que procede su responsabilidad y de la tramitación que hay que seguir cuando ella es demandada. Es bueno anotar que esta responsabilidad es independiente del control que se ha establecido, en el derecho moderno, sobre la autoridad de que está investido un juez mediante los magistrados de apelación y la Corte Suprema o de Casación, pues no obstante estos recursos, siempre hay la posibilidad de daño a los particulares; y para exigir la reparación de ese daño, se fija el procedimiento al que deben someterse quienes la solicitan. En la actualidad el problema de la iniciativa judicial en el proceso, exige más que nunca conceder a los litigantes un medio que les permita, en un campo peculiar y propio, controlar lo que se llama el arbitrio judicial.

2.—El C. de p. c. principia por declarar que “la responsabilidad de los jueces es demandable, cuando en el ejercicio de sus funciones proceden por dolo, culpa y negligencia o ignorancia inexcusables” (1061).

En los términos trascritos, se comprende no sólo las acciones, sino también las omisiones, ya que tanto daño se puede causar al litigante “no tomando providencias o tomándolas a des-tiempo, que hiriendo su derecho directa y desembosadamente (55).

Si la responsabilidad puede provenir de dolo o culpa del funcionario judicial, antes de demandarla hay que estudiar sus acciones u omisiones con arreglo al concepto que sobre estas cuestiones establece la legislación civil. Pero como en este artículo se consigna además, la frase “ignorancia inexcusable”, hay que conocer el significado de ella, para precisar en tal caso la responsabilidad del juez.

La exposición de motivos del C. de p. c. explica la “ignorancia inexcusable” con la siguiente figura: “tipo del juez ideal: un “profesional inteligente y erudito, conocedor profundo de la ley “y de la doctrina que la informa, casi un sabio. Juez en la realidad: un profesional que casi siempre, en materia de conocimientos, está en relación con el medio profesional en que desenvuel-

(55) Exposición de Motivos del C. de p. c.

“ve sus actividades . Si está mejor preparado que los profesionales mediocres, tal situación no le originará ninguna responsabilidad, pero si sus conocimientos están por debajo de ese común de los profesionales y con tal bagage actúa, se tiene la ignorancia inexcusable”.

3.—No siempre hay responsabilidad en un juez cuando al expedir una resolución procede con dolo, culpa o ignorancia inexcusable. El código consagra las siguientes excepciones:

1.º—No hay lugar a juicio de responsabilidad, si el interesado no hizo uso, pudiendo hacerlo, de los recursos legales que procedían contra la resolución que le causó el daño; (1069 1.º p.).

2.º—Siendo el fundamento de la responsabilidad civil el hecho material, el daño y no la simple intención del juez, tampoco hay lugar a dicha responsabilidad cuando la resolución expedida fué anulada o revocada, antes de que produjera efecto alguno, es decir, antes de ejecutarse (1069 2.º p.) y

3.º—Si la resolución que causó el daño, ha sido confirmada, antes de ejecutarse, la demanda sólo podrá dirigirse contra los magistrados del Tribunal de mayor jerarquía que intervinieron en el asunto, quedando los inferiores exentos de toda responsabilidad (1070).

4.—El juicio de responsabilidad civil no puede referirse sino a los daños y perjuicios irrogados y sólo puede iniciarse a instancia de la persona perjudicada o de quien representa su derecho (1062).

5.—La demanda debe interponerse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución que ocasionó el daño, o a la fecha en que este se realizó, cuando el daño se ha hecho con omisión, es decir, cuando el agraviado no ha sido parte en el ejercicio o no se le notificó la resolución que causó ejecutoria. Transcurrido este plazo queda prescrita la acción (1063). Esta disposición se justifica porque es necesario librar al juez de una amenaza constante, si el plazo para interponer la demanda, fuera mayor.

6.—Es Tribunal competente para conocer de este juicio, el superior inmediato del funcionario responsable (1063). Esta disposición concuerda con el art. 52, § 2 de la L. O. P. J. que establece que la Corte Suprema conocerá en primera instancia y en

segunda instancia en los juicios de responsabilidad civil, contra los vocales y fiscales de las cortes superiores y de los miembros del Consejo de Oficiales Generales. En primera instancia conoce la Segunda Sala; y en segunda, la Primera. Concuerta también con el art. 80 § 2 del mismo cuerpo de leyes que dispone que las Cortes Superiores conocerán en primera instancia del juicio de responsabilidad civil por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones por jueces de primera instancia y agentes fiscales. Y, conforme a una ejecutoria de la Corte Suprema, a los jueces de revisiones, que son los jueces de primera instancia, toca conocer de la responsabilidad de los jueces de paz.

7.—Teniéndose en cuenta que este juicio es de por sí grave y delicado, la ley señala una tramitación rodeada de toda clase de garantías y solemnidades. Así se dispone que no se admita la demanda sin oír previamente al Ministerio Fiscal. Esta medida tiene por objeto poner un dique a los juicios manifiestamente infundados y que a veces no tienen otro propósito que mortificar o ver si se separa el juez del conocimiento de los juicios en que es parte el demandante.

Al cumplirse este requisito, puede presentarse alguno de estos dos casos: 1.º que la demanda sea rechazada; y 2.º que sea admitida. En este trámite previo no se dá audiencia al demandado (1064). En el primer caso se concede apelación al demandante. En el segundo, no hay recurso alguno contra la providencia que la admite. La acción se sustancia como juicio ordinario y se oye al Ministerio Fiscal antes de resolver (1065).

8.—La interposición de la demanda de responsabilidad no suspende en ningún caso el cumplimiento de la ejecutoria recaída en el juicio que la motiva, y ni la sentencia que declare la responsabilidad, puede alterar aquella ejecutoria (1068). Tampoco la interposición de la demanda, excluye al juez de seguir conociendo en el juicio.

Desde que se notifique la sentencia que declare la responsabilidad civil del funcionario (aunque se interponga apelación o recurso de nulidad) hasta que se expida la ejecutoria, y si esta es en el mismo sentido, hasta un año después, los funcionarios demandados se abstendrán de intervenir en el juicio que motiva la acción de responsabilidad, así como todos los demás en que tenga interés el demandante, su cónyuge, padres e hijos, bajo pena de nulidad de lo actuado (1071). Esta disposición tiende a evi-

tar que sin motivo justificable se recurra al juicio de responsabilidad para alejar al juez austero del asunto a él, sometido. También sirve para conseguir imparcialidad en la administración de justicia.

9.—Si la sentencia está expedida contra varios funcionarios, la responsabilidad se dividirá por igual entre los jueces demandados (1066), y es que la ley presume que el fallo, cada uno de los magistrados interviene por igual.

Puede suceder que al declararse la responsabilidad civil de un funcionario judicial, se encuentra en autos mérito suficiente para iniciarle una acción de responsabilidad penal. En este caso se manda iniciar la correspondiente instrucción, pero no se permite que con tal motivo, se suspenda la tramitación del juicio civil, con manifiesto perjuicio del agraviado (1067).

10.—En estos juicios el término para el abandono es breve. Así en primera instancia sólo se exige seis meses de paralización para declarar el abandono; en segunda, cuatro; y dos para el recurso de nulidad.

CAPITULO XXIII

JUICIO DE DIVORCIO

- 1.—El divorcio en nuestra legislación civil vigente. 2.—Legislación anterior. 3.—A que matrimonios se refiere; su retroactividad. 4.—Ejercicio de la acción de divorcio. 5.—Causales del divorcio y de la separación de cuerpos. 6.—Prescripción de la acción. 7.—Competencia. 8.—Tramitación del divorcio y también de la separación, cuando esta última no sea por mutuo disenso. 9.—Sentencia. 10.—Segunda Instancia; recurso de nulidad. 11.—La separación de cuerpos por mutuo disenso; tramitación y sentencia; su revisión. 12.—Transformación de la separación en divorcio. 13.—Reglas comunes a los juicios de divorcio y de separación de cuerpos. 14.—Efectos de la sentencia de divorcio; con la relación a los cónyuges; con relación a los hijos; con relación a los bienes. 15.—Modificaciones al régimen alimenticio. 16.—El juicio contradictorio.

1.—El decreto-ley No. 6890, remozó nuestra anticuada legislación civil implantando la institución del divorcio absoluto. El nuevo Código civil mantiene la institución. Tal cosa ha servido de pretexto para que defensores y detractores del divorcio se empeñen en dura contienda. La verdad es que el divorcio es tan antiguo como la Humanidad. Los pueblos antiguos lo practica-

ron y llegó a su apogeo durante el Imperio Romano. Precisamente para combatir los excesos de esta práctica, el Cristianismo estableció la indisolubilidad del vínculo y elevó el matrimonio a la categoría de sacramento.

En el Derecho moderno, el divorcio es una institución muy generalizada. Excepción hecha de Italia, donde posiblemente, la influencia de la Santa Sede impide su adopción, todos los países de Europa lo tienen establecido. En América igualmente existe. Hay en el Canadá, en E. E. U. U. aunque variando en cada estado, en México, Cuba, Ecuador, Uruguay, la casi totalidad de las repúblicas centroamericanas. No es una novedad en las legislaciones, ni una institución poco conocida o rara.

Conviene si advertir que el divorcio no es igual en todas partes. Sobre el particular, las legislaciones pueden estar comprendidas en alguno de los siguientes tres grupos:

- 1.º—Las que conceden el divorcio por causas taxativamente enumeradas y que fuera de ellas, no es posible conseguirlo;
- 2.º—Aquellas en las que a más de causas determinadas se establece el mutuo disenso. El mutuo disenso significa para algunos tratadistas, la ausencia de causa para el divorcio; pero la verdad es que más bien sirve para ocultar alguna causa que los cónyuges no quieren que se conozca o para separarse por alguna razón no contemplada en la ley, y que en concepto de ellos es suficiente para su divorcio. Dos personas que unieron su vida por amor y que siguen unidos por ese sentimiento, jamás irán al mutuo disenso; y
- 3.º—Aquellas en las cuales el divorcio se produce por la voluntad de uno sólo de los cónyuges. Es el tipo que virtualmente establece el amor libre.

2.—El C. c. de 1852, disponía con relación al matrimonio y al divorcio que se regían por las normas del Derecho Canónico. Esto quiere decir que no reconocía el divorcio vincular, absoluto, sino la simple separación de cuerpos, subsistiendo siempre el vínculo matrimonial.

El 23 de diciembre de 1897, se dió una ley referente al matrimonio civil de los no católicos. En dicha ley se mencionan los juicios sobre "separación de cuerpos divorcio relativo) y nulidad de matrimonio". De manera que ella tampoco implantó el divorcio para los no católicos.

El decreto-ley 6890 de 4 de octubre de 1930, estableció el divorcio vincular, absoluto; y el decreto 7282 lo amplió. El actual

C. c. mantiene el divorcio vincular y al lado de él, establece el divorcio relativo restringiendo en comparación con los decretos leyes mencionados, el ejercicio de éstas acciones. (55)

Los decretos leyes que damos mencionados, innovaron igualmente en cuanto al concepto mismo del matrimonio. Por ellos el Estado tomó a su cargo la constitución y la defensa de la familia. Para esto fué preciso derogar los arts. 156 y 138 del código del 52. El primero disponía que el matrimonio se celebrara con las formalidades establecidas en el Concilio de Trento; y el segundo, que los Tribunales Eclesiásticos, debían conocer de las causas relativas al matrimonio y al divorcio; y, los jueces seculares de las de esponsales, alimentos, cuidado de los hijos, litis-expensas, liquidación y devolución de bienes, criminales sobre adulterio y, en general, de todas las causas sobre los efectos civiles del matrimonio, y del divorcio. En cambio, conforme al art. 1.º del decreto-ley 6890 "para que el matrimonio produzca efectos civiles debe celebrarse en la forma fijada por la ley de 23 de diciembre de 1897" o sea ante los alcaldes; y, "los párrocos, sacerdotes y pastores que hagan sus veces exigirán, antes de celebrar el matrimonio religioso, el certificado del matrimonio civil"; y, conforme al art. 2.º del mismo cuerpo de leyes, los Tribunales Comunes conocen de los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio.

El C. c. reproduce sustancialmente esta reforma y permite que el matrimonio civil sea celebrado también por un sacerdote en presencia de un funcionario del Registro Civil, o que lo celebre sólo, dando inmediato aviso de su realización a la oficina respectiva, para su inscripción (124).

3.—Ni los decretos leyes ni el C. c. distinguen, cuando se trata de divorcio, a qué matrimonio se refiere. Por consiguiente

(55) Por ley 8305 se autorizó al Poder Ejecutivo a promulgar el actual C. c. introduciendo en el proyecto "las reformas que estime convenientes", suprimiendo esta facultad en lo que al matrimonio y al divorcio se refiere. En efecto; se dice al promulgar el nuevo código debe mantener "inalterables en dicho código las disposiciones que sobre el matrimonio civil obligatorio y divorcio contienen las leyes 7893, 7894 y las demás disposiciones legales de carácter civil, dictadas por el Congreso Constituyente de 1931". Ante la diferencia que se anota, en el C. c. con respecto a los decretos leyes referidos, especialmente en materia de divorcio, se ha hecho esta interrogación: ¿Las modificaciones introducidas, sin facultad para ello y antes bien, contra disposición expresa, pueden prevalecer sobre las leyes expedidas por el Congreso Constituyente, cuya vigencia e inalterabilidad se establece por la ley 8305?

La promulgación del C. c. se ha hecho mediante una ley. Si en ella ha habido extralimitación de atribuciones, tal cosa pudo haber originado una acción de responsabilidad a solicitud del poder que controla al Ejecutivo, pero el C. c. debe cumplirse.

habrá divorcio por disolución del vínculo no sólo de los matrimonios civiles, sino también de los religiosos anteriores a 1936.

Lo expuesto no impide que los Tribunales eclesiásticos, a instancia de parte y cuando se refiera a matrimonio religioso, dicten sentencias de separación en cuanto al lecho, mesa y habitación, según la doctrina de la Iglesia, sólo que tales sentencias no producen efectos civiles. Por eso el C. c. dispone en el art. 292 que sus normas respecto a este asunto, dejan íntegros los deberes que la religión impone.

De acuerdo con lo expuesto la institución relativa al divorcio se aplica a los matrimonios realizados de acuerdo con los decretos-leyes referidos y con el código actual y también a los anteriores a ellos.

4.—El C. c. establece el divorcio absoluto, vincular y la separación de cuerpos o divorcio relativo. Ambos pueden ser originados por las mismas causales, pero la separación puede producirse, además, por consentimiento mutuo (mutuo disenso), y esto ante los Tribunales civiles (56). El procedimiento es el mismo para el divorcio y para la separación, siempre que no se invoque el mutuo disenso caso en el que hay un procedimiento especial; pero la acción de divorcio o la de separación, corresponde únicamente al cónyuge inocente. Si este fuere incapaz de ejercerla, lo representará cualquiera de sus ascendientes. Si tiene curador, éste sólo podrá demandar la separación. Y el art. 249 del mismo cuerpo de leyes agrega—como ya lo hemos dicho—que ningún cónyuge puede fundar su acción en hecho propio.

Si el cónyuge no se presenta personalmente sino por medio de apoderado, es necesario que en el mandato haya encargo expreso para iniciar la acción. El poder general no es suficiente.

5.—Al enumerar el código las causas que justifican el divorcio o la separación reproduce alguna de los fijados por el antiguo código para la separación (192) pero también agrega otras. El mutuo disenso conforme a los decretos leyes conducía al divorcio. En el código sólo sirve para demandar la separación. Las causales las enumera el art. 247 y son las siguientes:

1.º—El adulterio.—Al relacionar esta disposición con el art. 250 se verá que se refiere no al facilitado o consentido por el cónyuge que lo invoca, porque la anuencia del cónyuge agravado, excluye la idea de dolo al cometer la infidelidad. Esta norma inspirada en el principio de la igualdad de

(56) R. J. P. 1944. pág. 35. Ejecutoria 8 enero 1944.

sexos, significa un gran avance con relación a lo que sobre este mismo punto contenía tanto el código del 52 como los decretos-leyes referentes al divorcio.

- 2.º—La sevicia.—Los hechos determinantes de esta causal son contrarios a la idea de socorro mutuo y de protección que son inherentes al matrimonio y constituyen parte de los deberes de los cónyuges.
- 3.º—El atentado contra la vida del cónyuge.—Este hecho en realidad, constituye un delito. La ley no puede permitir que convivan el delincuente y su víctima.
- 4.º—La injuria grave.—Las graves injurias son actos de desprecio o de vejamen de un cónyuge para con el otro. No son la incomodidad de un momento, el gesto de mal humor, la incontinencia de educación en el seno de un matrimonio o cualquier otro insulto banal o nimio. Es una causal que se presta a muchas interpretaciones. En la jurisprudencia francesa aparece interpretada con mucha amplitud. Así, puede motivar el divorcio una sólo injuria, inclusive privada, si es suficientemente grave como la abstención voluntaria y prolongada de consumar el matrimonio, por uno de los cónyuges, cuando no obedece a causas que lo impidan.
- 5.º—El abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos. Hay que advertir que el abandono debe ser culpable es decir con omisión de las obligaciones que a cada cónyuge toca.
- 6.º—La conducta deshonrosa que haga insuportable la vida en común.—Esta causal encierra una gran holgura y flexibilidad para fijar los motivos del divorcio, lo que no sucede con las otras causales que casi siempre se refieren a hechos concretos.
- 7.º—El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes.—Hay que advertir que este uso debe constituir un hábito para que motive el divorcio. Razones de orden científico y a la vez de orden moral, justifican esta causal.
- 8.º—La enfermedad venérea grave, contraída después de la celebración del matrimonio.—En el fondo esto representa una injuria grave al cónyuge inocente y demuestra, además la existencia de la causal señalada en el inc. 1.º
- 9.º—La condena, por delito, a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.—Esta causal, en sentido amplio constituye u-

na injuria para el cónyuge inocente y es una ruptura de la comunidad de vida (57).

10º.—Mutuo disenso.—Es principio de derecho que las cosas se desatan de la misma suerte que se atan. El mutuo disenso significa en concreto, un consentimiento contrario al anteriormente prestado. En mérito de él, los dos cónyuges, sin precisar causa, solicitan se les autorice a separarse. El mutuo disenso no se puede invocar para el divorcio absoluto.

6.—La acción de divorcio se extingue, como toda otra de carácter judicial, por prescripción. Cuando se funda en el adulterio, en la sevicia, en el atentado contra la vida, en la injuria grave y en la condena a pena privativa de la libertad, prescribe a los seis meses de conocida la causa por el ofendido; y en todo caso a los cinco años de producida la causal (252). En los demás casos procede la acción mientras subsistan los hechos que la motivan.

7.—Es competente para conocer de los juicios de divorcio, el juez del domicilio conyugal o el del demandado si están separados (583 C. p. c.).

8.—El procedimiento que se sigue al ejercitar una acción de divorcio o una simple separación de cuerpos por alguna de las causales, aplicables al caso, es el que corresponde al juicio sumario (278). Por lo mismo contendrá los requisitos generales ya conocidos o sea la enumeración de los hechos que motivan la demanda, los fundamentos de derecho aplicables, la clase de acción que se ejercita, es decir si se demanda divorcio o simple separación, los hijos habidos dentro del matrimonio y su edad; si hay menores, el régimen para ellos, agregándose que la acción debe entenderse también con el Ministerio Fiscal que es parte en estos juicios y cuya intervención, por lo mismo, es ineludible (280), al extremo de ser nulo lo actuado e insubsistente lo resuelto si no le citó. Con la demanda debe acompañarse la partida de matrimonio y, si es posible, la de nacimientos de los hijos, aunque estas pueden presentarse después.

A la acción de divorcio, se pueden acumular otras como la de alimentos para la mujer que no tiene bienes (260) o, en su caso, para el marido pobre (261) y que esté imposibilitado para el trabajo. La pensión puede solicitarse capitalizada (262). También se puede acumular la acción para indemnizar el daño moral (264).

El Juez manda citar a comparendo para el sexto día, diligencia a la que deben concurrir los cónyuges y el representante del Ministerio Fiscal.

El día y hora fijados sólo podrá realizarse la diligencia si se hallan presentes el demandante, el demandado y el agente fiscal. Si no concurren el demandado y el agente fiscal o alguno de ellos, se pide al juez señale nuevo día y hora para la diligencia, bajo apercibimiento de seguirse el juicio en rebeldía del inasistente. En esta segunda oportunidad se dará principio al comparendo, hallándose presentes demandante, demandado y agente fiscal. Si no llegan a la hora fijada, alguno de los dos últimos, hay que esperar la media hora de tolerancia para dar principio a la diligencia, con la intervención de los que hayan concurrido, como en los juicios sumarios. Luego se pide que el juicio se siga en rebeldía del inasistente.

Al concurrir los tres interesados o sólo los cónyuges, puede presentarse alguno de los siguientes casos:

- 1.º—Que el demandado convenga en la demanda.—En este caso, aunque la ley no lo dice, debe siempre actuarse pruebas, si la demanda tiende a conseguir el divorcio absoluto, porque el allanamiento significaría mutuo disenso, causal que no sirve de fundamento a esta acción;
- 2.º—Que el demandante niegue la demanda y se oponga a la acción.—Entonces se presenta un verdadero juicio sumario en el que igualmente, el demandante debe probar la exactitud de su acción; y
- 3.º—Que el demandado niegue la acción y a la vez reconvenga por otra causal.—También aquí se aplica la sustanciación del juicio sumario.

9.—Vencido el término aprobatorio, se pide que el expediente pase al Ministerio Fiscal para que dictamine y llenada esta formalidad, el juez expide sentencia.

Es interesante el permiso que concede el Código civil al demandante para transformar, en cualquier momento, la acción de divorcio absoluto que hubiera interpuesto en acción de separación de cuerpos (286). Pero en este caso, la modificación debe tramitarse con citación a comparendo, toda vez que la variación de la demanda implica una nueva acción que debe sustanciarse en forma. No puede haber sentencia válida sin contestación expresa o tácita de la nueva demanda. Así lo ha establecido una ejecutoria suprema.

La sentencia que declare el divorcio fijará necesariamente el régimen a que deben sujetarse los hijos menores, si los hay, ratificando o aceptando, siempre que sea conveniente, las medidas acordadas por ambos padres y cuidando de que no queden privados de comunicación con éstos (272-289). Se fijará también la suma con que cada divorciado debe contribuir al sostenimiento de los hijos menores de 18 años y al de las hijas aunque sean mayores de edad (258).

Si la madre carece de bienes de fortuna el sostenimiento corresponde sólo al padre. En la misma sentencia el juez dispondrá que si no es apelada se envíe en consulta a la Corte Superior (290). Esta disposición se funda en el concepto de que estos juicios son de interés público.

La sentencia debe resolver también las otras acciones que se hubieran acumulado en la demanda.

Al tratar de esta etapa del juicio, hay que tener presente que la sentencia puede dejar de guardar relación con la demanda, es decir que el juez puede autorizar la separación de cuerpos en lugar de declarar el divorcio que se hubiera demandado (287). Esta disposición tiende a restringir más, el ejercicio de la acción de divorcio vincular, pero se basa en la consideración suprema de que la investigación de la verdad interesa a la sociedad; y si en esa investigación el juez encuentra no sólo posible sino probable, una reconciliación, debe con su sentencia de separación provisional, aplazar temporalmente una solución que puede ser definitiva si la reconciliación no se produce dentro del año.

10.—Cuando la revisión de la sentencia es de oficio, la Corte Superior cita a comparendo a los cónyuges para auscultar nuevamente su voluntad. Creo que en muy contados casos se han hecho presente. Lo general es que no concurren. Se deja constancia en acta de esta inasistencia y luego se pide que pasen los autos al Ministerio Fiscal para que dictamine. Llenado este trámite, la Sala absolverá la consulta aprobando la sentencia si el procedimiento está arreglado a ley o declarando su insubsistencia, si hay algún vicio que produzca tal efecto.

Si la sentencia va a la Corte por la apelación de alguna de las partes, el Tribunal también cita a comparendo y sea que se realice o no, esta diligencia, escucha igualmente a su Fiscal y luego absuelve el grado, confirmando o revocando la sentencia (290).

La sentencia que expide la Corte Superior, puede ser objeto de recurso de nulidad. En este caso se envía el expediente a la Corte Suprema (291).

II.—La demanda de separación por mutuo disenso solo puede ser interpuesta, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio (270 2º).

La presentación al juez, la harán los cónyuges conjuntamente. No puede intervenir ningún mandatario si no tiene facultad expresa para prestar consentimiento para la separación por acuerdo recíproco. Si hay prole, fijarán el régimen a que debe sujetarse, la cantidad con que cada uno va a contribuir al sustento de los hijos menores. Como fundamento invocarán el mutuo disenso y pedirán que su solicitud se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal (280), porque el matrimonio y su conservación no solo interesa a quienes lo contraen, sino a la sociedad en general que tiene por base la familia. A la demanda se acompaña la partida de matrimonio y la de nacimiento de los hijos.

Recibida la demanda, el juez ordenará que los cónyuges y el Agente Fiscal se presenten a su despacho el sexto día de la notificación (278). El representante del Ministerio Público debe asistir a la diligencia y asumir las funciones que corresponde a las partes en juicio, conforme a ejecutorias supremas y al art. 280 ya citado. Si a esta diligencia no concurre el representante del Ministerio Fiscal, aunque estén presentes los cónyuges, no será posible realizarla. Precisa entonces pedir nuevo día y hora, bajo apercibimiento de realizar lo que la ley llama comparendo, con solo la intervención de los cónyuges que se presume, no dejarán de concurrir por la resolución expuesta en el recurso de presentación.

En la segunda oportunidad que fije el juez, se realizará la diligencia a la hora fijada, si todos se hallan presentes. Si no se presenta el Agente Fiscal, hay que esperar el vencimiento de la media hora de tolerancia y sólo entonces se dará principio a la diligencia, pero dejándose en el acta, constancia de tal espera.

En realidad el procedimiento seguido para la separación de cuerpos fundada en el mutuo disenso, no constituye un juicio en el verdadero sentido del vocablo. El comparendo es más bien una diligencia formal a la que deben concurrir forzosamente los cónyuges para que el juez investigue la existencia de una sincera y auténtica voluntad de separación, ya que puede pre-

sentarse el caso de que alguno de los cónyuges haya firmado la solicitud, por acción coercitiva o por cualquier otro motivo.

El resultado de la diligencia se hará constar en acta, quedando el expediente en poder del actuario durante treinta días (279). Dentro de este plazo cualquiera de los cónyuges puede desistirse de su primitivo propósito. En este caso queda terminado el procedimiento y sin efecto legal alguno.

Si trascurren los 30 días sin que las partes se desistan (cónyuges) lo que significa el propósito de separarse, cualquiera de ellos pedirá que lo actuado pase al Ministerio Fiscal para que dictamine. Llenado este trámite el juez resolverá declarando la separación, fijando el régimen a que deben sujetarse los menores y aceptando, en cuanto sea conveniente, las medidas que al respecto hayan acordado los cónyuges (288-289). La sentencia del juez que declara la separación debe, a la vez, disponer que se envíe en consulta a la Corte Superior (290).

La Corte Superior cita a los cónyuges a un nuevo comparendo (290). Realizado éste o con la constancia de la no concurrencia de los cónyuges, se pide que el expediente pase al Sr. Fiscal para que dictamine. Cumplido este trámite la Corte aprueba la consulta si el procedimiento está arreglado a la ley.

12.—Declarada la separación, es posible una reconciliación de los cónyuges dentro de un año, en cuyo caso lo harán presente por escrito. Pasado este término sin que la reconciliación se haya producido, cualquiera de ellos puede pedir al juez que declare el divorcio absoluto. El juez sin otra formalidad que la constatación de estar vencido el año, declarará el divorcio vincular (276).

Si la sentencia de separación de cuerpos no se funda en el mutuo disenso, su transformación en divorcio sólo podrá solicitarse también después del año, pero por el cónyuge inocente.

13.—Durante la sustanciación de un juicio de divorcio o de uno de separación, el juez puede dictar proveídos sobre los siguientes puntos:

1º.—Puede autorizar la separación de los cónyuges ya que sería contraproducente y hasta peligroso, que vivan bajo el mismo techo, durante el juicio (281) con la limitación de que trata el art. 283;

2º.—Puede, una vez declarada la separación provisional, asignar al cónyuge pobre, y a solicitud de éste, una pensión alimenticia (282);

3°.—Debe pronunciarse sobre el cuidado de los hijos (285) dejándolos bien en poder de la madre, bien en poder del padre, o de los dos o de un tutor provisional;

4°.—Señalará, a petición de parte, las expensas para la litis (282). Esta disposición se basa en el concepto de que el marido es el administrador de los bienes gananciales que toca por igual a ambos cónyuges; y

5°.—Podrá ordenar el inventario de los bienes del matrimonio, dictando cualquier medida que tienda a evitar que se perjudique la administración de ellos (284).

Sobre este último punto parece conveniente que el marido conserve la administración de los bienes de la sociedad conyugal, aunque sin poderlos enajenar, ni gravar, salvo conformidad de la esposa, hasta que el juicio termine, en cuya oportunidad se procederá conforme a la ley.

14.—Por el divorcio absoluto: 1°.—se disuelve el vínculo matrimonial (253); 2°.—quedan los cónyuges en libertad y pueden casarse, excepto la mujer que debe esperar el vencimiento de diez meses (85) con las excepciones de que tratan los arts. 87 y 88 del C. c.; 3°.—No se heredan (265); 4°.—pierden el derecho a gananciales; y 5°.—El culpable puede perder las donaciones recibidas.

Por el divorcio relativo o separación de cuerpos, el vínculo no queda disuelto (271). Por eso la mujer continúa usando el apellido del esposo, a no ser que se le autorice para no usarlo, o también que el esposo solicite el no uso de su apellido por ella (273). Esta situación dura un año. Dentro de este tiempo, los cónyuges pueden reconciliarse o no. En el primer caso, el procedimiento seguido pierde su eficacia. En el segundo, cualquiera de los cónyuges si la separación se declaró por mutuo disenso o el cónyuge inocente, en los demás casos, pedirá al juez, apenas vencido el año, que declare disuelto el vínculo del matrimonio (276); y el juez, por el sólo mérito de la sentencia y sin trámite alguno, declarará el divorcio absoluto.

La sentencia en estos juicios, modifica las disposiciones relativas a la patria potestad, porque si en ella se dispone que la madre tenga a los hijos, el padre que, en principio, tiene la patria potestad porque sus decisiones siempre prevalecen, no puede solicitar en ejercicio de tal facultad el auxilio de las autoridades para recoger a su hijo, ni tiene el derecho de aprovechar de sus servicios o de usufructuar los bienes de ellos (255-256-257) por-

que su patria potestad queda en suspenso; pero no puede ser privado de comunicarse con ellos (289). En caso de impedimento o muerte del padre al que se le confirió el cuidado de los hijos, el otro reasume de pleno derecho la patria potestad sobre ellos.

Declarado el divorcio o la separación debe practicarse un inventario de los bienes con el objeto de distinguirlos y preparar la partición de los mismos (200-201), porque por el divorcio o la separación, termina la sociedad legal de bienes (199 5º y 271).

15.—Hemos dicho que en la sentencia el juez debe establecer el régimen al que quedan sometidos los menores, tanto para su cuidado como para su sostenimiento. Pues bien; tal régimen puede modificarse en cualquier tiempo, ya a solicitud de alguno de los padres o también a solicitud de cualquier hermano de 18 años o del consejo de familia (259) si hay para ello motivos atendibles. El procedimiento que se sigue en estos casos es el que corresponde a los incidentes, o sea el que fija el art. 202 y siguientes del C. p. c.

16.—El art. 1083 del C. p. c. enumera los juicios cuyas sentencias pueden ser objeto de contradicción en la vía ordinaria. Entre ellos se halla el divorcio. De acuerdo con esto parece que toda sentencia expedida en un juicio de divorcio ya ampare o desestime la demanda, puede ser objeto de juicio contradictorio.

Si la sentencia ha amparado la demanda, no parece procedente el juicio contradictorio, por lo siguiente: Nadie duda que el juicio contradictorio puede durar un tiempo más o menos considerable y en el lapso comprendido entre la declaración del divorcio y la terminación del juicio contradictorio, alguno de los divorciados puede contraer matrimonio. Si en el juicio contradictorio se llega a invalidar la sentencia que declaró el divorcio, el que se volvió a casar se encontraría en una situación curiosa: casado dos veces y unido a sus respectivos cónyuges, después de haber actuado conforme a ley. Por eso no debe ser objeto de contradicción la sentencia que declara el divorcio.

En cambio, cuando la sentencia no declara el divorcio, puede irse al juicio contradictorio de conformidad con el art. 1083 ya citado. Los decretos leyes anteriores al C. c. permitían repetir la acción de divorcio hasta un año después de haber sido desestimada. Pero esta disposición no la ha reproducido el C. c. Por lo mismo hay que estar a lo que dispone el art. 1083 del C. c. p.

Vacío de la ley.—Fuera de la prescripción, en el código no se mencionan los casos en que puede extinguirse la acción de divorcio. Es evidente que esa extinción debe producirse con el fallecimiento de uno de los cónyuges; pero si se tiene en cuenta la situación producida entre ellos y que es la que origina el divorcio, cabe quien sabe permitir a los herederos que continúen la acción o reconvencción interpuesta por su causante, como en el caso de divorcio por adulterio, que priva al cónyuge responsable de derecho a gananciales.

CAPITULO XXIV

JUICIO DE NULIDAD DE MATRIMONIO

1.—Su objeto. 2.—A quien toca ejercitar la acción de nulidad. 3.—Prescripción de la acción. 4.—Carácter de esta acción. 5.—Diferencia entre divorcio y nulidad de matrimonio. 6.—Legislación anterior sobre nulidad de matrimonio en el país. 7.—Causas de nulidad. 8.—Competencia. 9.—La demanda y su tramitación. 10.—Sentencia y recursos contra ella. 11.—Efectos de la declaración de nulidad de matrimonio. 12.—Litis-expensas.

1.—La nulidad viene a significar la ineficacia de un acto para las consecuencias jurídicas que constituyen su fin. Esta ineficacia proviene de ciertos vicios que la misma ley menciona. Por lo mismo, la nulidad de matrimonio supone que el acto producido podría tener eficacia, si la ley no se la negara. La acción de nulidad es pues la manera de reclamar judicialmente la declaración de tal nulidad. Una vez declarada, se reputa que las cosas quedan en el estado que tenían antes del acto realizado.

2.—La acción de nulidad de matrimonio puede ser intentada naturalmente por los cónyuges, por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual, puede ser ejercitada también por el Ministerio Fiscal (134) y, si es manifiesta, el juez la puede declarar de oficio. Pero esta regla amplia tiene sus excepciones. Así:

Si una persona unida en legítimo matrimonio se vuelve a casar y, vigente el segundo matrimonio, fallece el primer cónyuge sin dejar descendientes de esa unión, la nulidad del segundo matrimonio sólo podrá intentarla el cónyuge actual y dentro de un año a partir del día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior (136). Transcurrido este término prescribe la acción.

Cuando se trata del matrimonio celebrado por una persona sin tener la edad requerida por la ley, la acción de nulidad puede

ser ejercitada por él o por sus ascendientes, y si no hubieran ascendientes, por el consejo de familia. Pero esta acción no procede si el menor alcanza la edad legal o si la mujer hubiera concebido (143).

La acción de nulidad fundada en la impotencia absoluta al tiempo de celebrar el matrimonio, sólo corresponde a los cónyuges (145).

3.—La acción de nulidad por error acerca de la identidad del otro contrayente, por ignorancia de algún defecto sustancial del mismo que haga insoportable la vida en común, y la del matrimonio celebrado cuando uno de los contrayentes, por una causal pasajera, no estuvo en pleno goce de sus facultades mentales al tiempo de contraerlo, así como también la nulidad del matrimonio contraído bajo amenaza de un mal grave o inminente para la vida, la salud, el honor, la libertad o una parte considerable de los bienes de la persona amenazada, de sus ascendientes o descendientes, no puede ser intentada sino por el cónyuge perjudicado y siempre que no hubiese hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa (146-147-148-149). En los casos de los artículos 136 y 141, prescribe al año.

No debe olvidarse que, en todo caso y con relación a estas causales, la acción de nulidad prescribe a los dos años de celebrado el matrimonio (149 2.ª p.).

4.—La legislación civil ha hecho de la acción de nulidad una inherente a la vida de los cónyuges o sea que sólo es posible ejercitarla en vida de éstos. Por eso cuando alguno de ellos fallece, la facultad de pedirla no pasa a sus herederos. Pero si el cónyuge fallece dejando iniciado el juicio, dichos herederos podrán continuar el procedimiento (151). Con éste mismo criterio la ley no permite que la acción de nulidad de matrimonio pueda ejercitarla un mandatario con poder general para pleitos. En el art. 52 dispone que tal nulidad no puede ser demandada por apoderado, si este no tiene poder especial en el que se exprese la causa que se invoca.

5.—De lo expuesto hay que concluir que hay sustancial diferencia entre divorcio y nulidad de matrimonio. El divorcio parte del principio de considerar el matrimonio válido y sólo persigue poner término a los derechos y obligaciones inherentes a tal estado, dejando a los cónyuges en libertad, inclusive de volver a casarse en mérito del principio que establece que no puede obligarse a vivir unidas a dos personas, cuyos espíritus están divor-

ciados. La acción de nulidad, en cambio, sirve para obtener la declaración de que no ha existido matrimonio (58). El divorcio no lo puede solicitar sino el cónyuge inocente, salvo el caso del incapaz, cuya "separación" (no divorcio) la puede solicitar algún ascendiente. La acción de nulidad la puede interponer cualquiera que tenga interés en ella.

6.—Lo expuesto al tratar del divorcio es aplicable a la nulidad de matrimonio. En un principio esta cuestión fué de la competencia de los tribunales eclesiásticos. La ley de 23 de diciembre de 1897, al establecer el matrimonio de los no católicos, dió jurisdicción a los jueces comunes para conocer de la nulidad del matrimonio celebrado con arreglo a dicha ley. Este estado de cosas continuó hasta el 4 de octubre de 1930 en que, por el decreto-ley 6890, se entregó el conocimiento de estas acciones a los jueces civiles. El nuevo C. c. ratifica esta disposición.

7.—Las causas para anular matrimonios pueden provenir de vicios de forma (falta de solemnidades esenciales) o de defectos de fondo (existencia de impedimentos dirimentes).

Las primeras tienen lugar cuando en la confección del pliego matrimonial, que como se sabe está destinado a establecer la voluntad de los contrayentes y a hacer público su propósito de unirse en matrimonio, se incurre en algún defecto u omisión o cuando se celebra ante funcionario que no es competente (133).

Las cuestiones de fondo se refieren a la condición misma de los contrayentes y a su capacidad para prestar consentimiento. El matrimonio es un contrato. Por lo mismo las razones que pueden determinar la nulidad de los contratos o sea la falta de capacidad y vicios en el consentimiento, pueden también determinar la nulidad del matrimonio. El C. c. en sus arts. 132, 140, 145, 146 y 148 enumera dichas razones.

8.—Es juez competente para conocer de los juicios de nulidad de matrimonio, el del domicilio de la sociedad conyugal o el del domicilio del demandado si se hallan separados.

9.—No precisa insistir acerca de lo que se demanda en este juicio. Sólo hay que tener en cuenta que conforme al art. 156 del C. c. a la acción de nulidad, se pueden acumular las de indemnización a título de pensión alimenticia o de reparación del daño moral (156, 260, 261, 262, 263, 264 y 268). Y en este juicio debe intervenir el Ministerio Fiscal por las razones expuestas al explicar su intervención en el juicio de divorcio.

(58) Fábregas.—Procedimientos judiciales p. 359.

En el decreto-ley 6890 se disponía que la acción de nulidad de matrimonio se tramitará como juicio sumario. El C. c. no reproduce esta disposición, ni dispone nada sobre el particular. Por lo mismo de acuerdo con el art. 296 del C. p. c. la acción debe tramitarse como juicio ordinario. No nos referimos al título VI del C. de p. c. que trata de los juicios de nulidad de matrimonio y divorcio, porque ese título, específicamente se refiere a los matrimonios celebrados conforme a las leyes de 23 de diciembre de 1897 y 23 de noviembre de 1903 (no católicos).

10.—Si al resolver el juicio, el juez declara la nulidad del matrimonio, debe al mismo tiempo determinar todo lo concerniente a la patria potestad, a las relaciones entre padres e hijos, aplicando lo expuesto en el título sobre divorcio (155). También se pronunciará sobre las indemnizaciones si se hubieran demandado (156, 157). Esta sentencia puede ser apelada; y hay contra ella recurso de nulidad.

11.—El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles respecto de los cónyuges y de los hijos, si es que se contrajo de buena fé (157). Si hubo mala fé en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efecto en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos, siendo de advertir que el error de derecho no perjudica la buena fé.

12.—Desde el punto de vista general “litis-expensas” significa gastos y costas de cualquier pleito, pero en lenguaje forense esta frase significa la cantidad de dinero que el marido debe entregar a la mujer, cuando él no la representa, para que atienda a los gastos de su defensa. El fundamento de este principio se halla en la comunidad de intereses entre cónyuges (59).

De la Plaza en su notable obra de Derecho procesal civil español dice que la litis-expensas es una institución “construída por la doctrina jurisprudencial” y que por eso, un recopilador español la llamó “institución de derecho honorario” por el inevitable recuerdo del derecho que en Roma *creaba* el Pretor (60).

Para Alsina “las personas a quienes la ley faculta a pedir alimentos, tienen también derecho a reclamar al alimentante una suma de dinero suficiente para atender los gastos de determinados juicios...” (61).

(59) López de Haro.—Diccionario de principios de Derecho: “La litis-expensas radica en la comunidad de intereses entre cónyuges”.

(60) Ob. cit. t. II p. 377.

(61) Ob. cit. t. III pág. 526.

Parece que este concepto de Alsina, es el que tuvieron los miembros de la Comisión encargada de preparar el C. de P. c. cuando colocaron esta institución, la litis-expensas, en el Capítulo sobre alimentos. De allí que en el art. 1038 se dispone que el procedimiento que toca a los juicios sumarios, es el que debe seguirse en la petición de litis-expensas. Pero una ejecutoria Suprema de 3 de mayo de 1929 (Revista del Foro p. 76) fijó la procedencia de la litis-expensas, únicamente en los casos de juicio de divorcio y de nulidad de matrimonio. El actual C. c. en sus arts. 154, 282 y 283 reproduce esta doctrina y por eso el primero principia así: "durante el juicio de nulidad de matrimonio"... procede esta solicitud, o sea como un incidente del juicio de nulidad y en su caso del de divorcio.

Aunque el fundamento de las expensas para la litis, es el expuesto y que el C. c. en su art. 188 consagra, creo que no siempre procede. Sobre el particular sigo la opinión de la Plaza quien dice "si bien la obligación de satisfacer las costas y gastos del litigio que en defensa cause la mujer, es indeclinable, no es de exigir cuando dispone de bienes o medios propios para lograrla; y, cuando no los tiene, se otorga en función de una verdadera necesidad, cuya exactitud, procedencia y aún la medida de su satisfacción, se entrega a la apreciación de los Tribunales de justicia", (62) los que pueden impedir que se inviertan los recursos de la sociedad conyugal en reclamaciones inútiles e injustas.

CAPITULO XXV

JUICIO EJECUTIVO

- 1.—Su evolución. 2.—Su concepto. 3.—Disposiciones generales aplicables a los juicios ejecutivos: obligaciones que se exigen en vía ejecutiva.
- 4.—Requisitos para interponer una acción ejecutiva: a) el título; b) obligación exigible; c) cantidad líquida; d) acreedor legítimo; y e) deudor legítimo. Formalidades que hay que observar en lo que se refiere a protestos. Convalidación de documentos que pierden su mérito ejecutivo. 5.—Competencia. 6.—Cuantía. 7.—La demanda ejecutiva y los cuadernos. 8.—Deudas por censos. 9.—Ejecución contra el Estado.

I.—Al tratar de la formación del proceso civil moderno, vimos como para determinadas obligaciones se introdujo en el derecho medioeval la costumbre de no citar o emplazar en un juicio

(62) Ob. cit. t. II p. 378.

al deudor, sino de obtener directamente del juez la orden prestación, como si ya hubiera habido juicio, y notificar ésta al deudor.

Esta forma de juicio llamado *sumario determinado o ejecutivo* era el resultado de aquellos contratos en los que las partes acordaban para el caso de incumplimiento por el deudor, la ejecución sin juicio previo (*pactum executivum*) y era una medida destinada a evitar las dilaciones del proceso ordinario. La orden de pago sin oír previamente al deudor, sólo admitía la oposición de éste que, decíase, justificaba la orden (*mandatum de solvendo cum clausula justificativa*).

En este juicio "sumariedad" significa reducción del conocimiento del juez, que no es lo mismo que "proceso sumario indeterminado" (juicio de menor cuantía entre nosotros) en el que sumariedad significa simplificación de los actos judiciales. Así se incorpora este procedimiento al Derecho Procesal, moderno, como forma de juicio diferente al juicio ordinario y al sumario o de menor cuantía.

De acuerdo con lo expuesto, cuando un derecho no se halla declarado, el juicio ordinario es una necesidad para que en la sentencia se haga tal declaración. Pero si la declaración está hecha en documento auténtico y con arreglo a ley, no precisa el juicio ordinario, sino una más breve que satisfaga el fin que se persigue: el cumplimiento de la obligación. Este procedimiento se denomina ejecutivo, término que explica la rapidez con que se procede.

"Despréndese del concepto expuesto la imposibilidad de confundir el proceso de cognición con el de ejecución (63); pero la "figura de éste queda más claramente diferenciada separándolo, como Chiovenda hace, de otras figuras afines, con las que no puede equipararse. No podrán pues, calificarse de actos de ejecución, "sino de *cumplimiento*, los que, sin necesidad de que intervenga "el órgano jurisdiccional, realice, de su propio motivo, el obligado; pues aún cuando, en el lenguaje corriente, actos de jurisdicción se llamen, nada tienen que ver con la ejecución procesal. "Tampoco serán propios de ésta, los que *obligadamente* hayan "de llevarse a cabo, por virtud de una disposición de la ley que, "a su realización, subordine la posibilidad de ejercitar una acción; en nuestro sentir, actos de cumplimiento son también, "aunque la *voluntad se decida optando* dentro de las posibilida-

(63) Es el proceso de conocimiento o sea el juicio declarativo, ordinario.

“des que el precepto legal le ofrece. Y, por parecidas razones, son ajenos a la ejecución procesal los actos de tutela del propio derecho (autodefensa) y los que, en el curso del proceso preventivo o de cognición se realizan, por su carácter *preparatorio* de la decisión y su subordinación a los fines propios y específicos que aquellos persiguen. Si se examinan a fondo todas esas situaciones, se alcanza bien que en todas ellas faltan las características esenciales del proceso de ejecución, que, para merecer ese calificativo, debe ser *forzoso, estar confiado a un organismo jurisdiccional y perseguir la adquisición efectiva de un bien que la Ley nos garantiza*”. (64)

La acción ejecutiva es la facultad que la ley confiere al acreedor para conseguir que el Estado haga cumplir los actos ejecutivos a que se haya obligado el deudor. La declaración de la cual resulta esa voluntad de la ley es a la vez el fundamento jurídico del derecho a ejecutar (es el título) y de la acción ejecutiva. Por eso se llama título ejecutivo. De manera que el título ejecutivo es el documento en el que consta el derecho que ha de hacerse efectivo por la ejecución y cuya cualidad (ejecutiva) la declara la ley aunque no falta quienes sostienen que no hay acción ejecutiva, sino acción real o personal que se ejercita en vía ejecutiva.

2.—De acuerdo con los anteriores enunciados el juicio ejecutivo es un juicio especial, sumario y provisional. Lo primero porque tiene tramitación propia; lo segundo porque es un juicio muy breve en su sustanciación; y lo último, porque la sentencia que en él recae, durante cierto tiempo no produce la excepción de cosa juzgada, ya que puede ser controvertida en juicio ordinario.

3.—Las obligaciones nacen de la ley o la voluntad del hombre. En el juicio ejecutivo, fundamentalmente son exigibles las obligaciones que provienen de los contratos (voluntad del hombre) y siempre que consistan en el pago de deudas de dinero, la entrega de cosas muebles y el cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer (599). La ley no se refiere a entrega de inmuebles y la Corte Suprema por reiteradas ejecutorias ha declarado que no se puede exigir ejecutivamente la entrega de inmuebles. La razón es clara. De un solo título no pueden desprenderse, a la vez, la propiedad y la obligación de entregarla. Y aún en el caso de que tal cosa fuera posible, siempre sería una incógnita

(64) De la Plaza, ob. cit. T. II pág. 504.

la situación del poseedor del inmueble, cuyos derechos la ley ampara, al extremo de que nadie puede perder la posesión sin ser citado, oído y vencido en juicio; y el que ha poseído por más de un año y un día, no puede responder del bien que posee, sino en juicio ordinario (470 C. c.).

4.—Ya hemos visto qué clase de obligaciones es posible exigir ejecutivamente. Pero, para que la acción ejecutiva proceda, es necesario que reuna, además, los siguientes requisitos:

a).—La acción ejecutiva sólo compete al acreedor que presenta título ejecutivo (590).

El “título ejecutivo” es la condición general para cualquier ejecución. Casi todas las obras sobre el particular, reproducen un precepto latino que así lo considera: “*nulla executio sine titulo*”. Es casi siempre una declaración por escrito. De este concepto parece resultar una confusión entre “título ejecutivo” y “documento”, confusión que hay que evitar. Por eso de la Plaza dice que el “ejercicio de la acción ejecutiva presupone que el título, en sentido propio consta de un documento (título en sentido impropio) adornado de determinados requisitos que cada “cuerpo legal especifica” (65). Entre nosotros el C. de p. c. en su art. 591 los enumera.

En mérito de lo expuesto puede decirse que en el título ejecutivo hay un significado sustancial y otro formal. Conforme al primero, el título ejecutivo en sentido propio es la declaración que sirve de base a la ejecución. Conforme al segundo, o sea título en sentido impropio, es el documento en el que consta tal declaración.

Pero no siempre la acción ejecutiva se concede solo al que presenta documento o sea título en sentido impropio. Hay casos de acreedores a quienes la ley les acuerda tal acción, sin necesidad de documento alguno (590). Ejemplo de ejecución con título es el del mutuante que con el testimonio de la respectiva escritura, demanda a su deudor para la devolución de la suma mutuada. Ejemplo del segundo caso es el del locador, a quien para cobrar ejecutivamente la merced conductiva, sólo le exige la ley que afirme en la demanda que el arrendatario ocupa actualmente la casa (396). En este caso el derecho de cobrar la renta a quien actualmente ocupa el bien locado, es el que la ley ampara para hacerlo efectivo en vía ejecutiva.

(65) Ob. cit. T. II pág. 512.

Estudiando los títulos que aparejan ejecución conforme al Código, distinguimos los que pueden llamarse títulos judiciales (1º - 3º - 10.) y títulos contractuales (2º, 4º, 5º, 6º, 7º; 8º; 9º). Pero vale la pena anotar que la ley no solo enumera los títulos que llevan aparejada ejecución, sino que señala al mismo tiempo los requisitos formales que cada documento debe reunir, para mostrar así su autenticidad sobre todos aquellos que derivan su mérito ejecutivo del protesto (592) como lo veremos luego.

1º.—La confesión judicial expresa o ficta.

En el art. 209 incs. 5º y 6º se faculta a una persona a pedir confesión fuera de juicio. Si con ella se pretende preparar acción ejecutiva, debe procurarse que el deudor declare acerca de aquellos hechos que informan o constituyen la naturaleza de la obligación que se va exigir. En la confesión expresa el confesante debe reconocer su obligación, por cantidad líquida y exigible. Esta declaración debe ser recibida por juez competente.

La confesión ficta apareja también ejecución porque en ella hay unos hechos que originan una presunción. Esos hechos son: 1º.—conocimiento por parte del que debe prestar confesión de las preguntas que tienden a preparar la acción ejecutiva; 2º.—apercibimiento para que concurra a contestar; y, 3º.—declaración del magistrado que manda tener por contestadas, en forma afirmativa, las preguntas del interrogatorio. Se presume que el citado a prestar confesión, al conocer las preguntas las habría ido a negar si fueran inexactas. Por lo mismo su insistencia significa conformidad con las referidas preguntas. Además es principio de nuestra legislación procesal civil que la confesión expresa o ficta prueba plenamente contra el que la presta.

La confesión puede ser pedida no sólo al deudor, sino también a sus causahabientes. En ambos casos hay acción ejecutiva (593). Eso sí, la confesión prestada en un juicio ordinario, no sirve de título para convertir en ejecutiva, la acción ejercitada en dicho juicio (594). El mérito de la confesión prestada en juicio ordinario, sólo puede ser considerada por el juez al dictar sentencia (66).

2º.—Los instrumentos públicos.

La ley se refiere a los consignados en los incisos 1º, 2º y 4º del art. 400, siempre que estén otorgados con todos los requisitos y formalidades. Es así que no aparejan ejecución las boletas, las copias certificadas, las de testimonios o testimonios no extendidos

(66) Alsina ob. cit. T. III pág. 151.

en el papel correspondiente. De manera que no basta probar por escrito determinados hechos, como la existencia de obligaciones de pago, de entregar cosas muebles, de hacer o de no hacer, sino que esa prueba debe figurar en determinada clase de documentos extendidos en la forma que la ley señala.

3º.—Los instrumentos privados cuando están judicialmente reconocidos o mandados tener por reconocidos.

Estos documentos aparejan ejecución, no por su condición de documentos privados, sino en virtud del reconocimiento de firma hecho bajo juramento, ante autoridad judicial competente. Puede decirse que el documento tiene fuerza ejecutiva por la confesión de su certeza y exactitud.

Reconocida la firma queda preparada la ejecución, aún cuando el compareciente tache de falso el contenido (593).

También aparejan ejecución los documentos mandados tener por reconocidos, por las mismas razones expuestas al tratar de la confesión ficta. Y el reconocimiento de un documento puede pedirse no sólo al, otorgante, sino también a sus herederos y si el reconocimiento se hace en forma positiva, hay acción ejecutiva (593).

El reconocimiento hecho en juicio ordinario, no sirve de título para convertir en ejecutiva, la acción ejercitada en dicho juicio (594).

4º.—Las letras de cambio, libranzas y órdenes para la entrega de frutos, contra el aceptante si se protestan por falta de pago; y contra el girador y endosantes, si se protesta también por esa causa o por falta de aceptación.

Conforme al art. 434 del C. de c. la letra comercial o de cambio contiene la obligación de hacer pagar o pagar a su vencimiento, una cantidad determinada de dinero al poseedor de ella. En el fondo la letra de cambio es un mandato escrito por el cual el girador ordena al aceptante pague una suma de dinero a la persona que designa o a su orden. La plenitud de los efectos de esta orden sólo se produce, cuando el girado la acepta y ofrece pagar. Antes de la aceptación la letra es un documento incompleto que puede negociarse, pero que solo trae responsabilidades al girador o a los endosantes. Por esto en ese estado, casi nadie la recibe. La aceptación es el acto por el cual, el girado asume la obligación de pagar su importe. En este momento se dice que desaparece el mandato y solo queda la obligación contraída por el aceptante en favor del tenedor de la letra. Si después de asu-

mir esta obligación, deja de cumplirla, procede el protesto de la letra, que es un acto matemático y solemne, destinado a acreditar la negativa del aceptante a verificar el pago. Es acto matemático porque solo puede ser realizado por un notario o un juez de paz a falta de éste. Es solemne porque debe realizarse con determinadas formalidades. La omisión de alguna de ellas invalida el acto y no hay ya mérito para la ejecución.

Hay comentaristas que con este motivo manifiestan que la cuestión relativa a las letras de cambio, hay que estudiarla en su aspecto económico y en su aspecto jurídico. En lo económico la provisión de fondos es fundamental. Cuando apareció la letra de cambio en el siglo XI el banquero al emitir la letra, que era un mandato de pago a su apoderado residente en el sitio donde debía hacerse efectiva, necesariamente tenía que proveerle de fondos. Por eso la letra fué un instrumento de cambio que envolvía instrucciones para hacer un pago y el dinero para cumplir con tales instrucciones. A partir del siglo XVIII la letra se convierte en un instrumento de crédito y, a partir de esa época, surge un nuevo concepto de ella. Es un instrumento de crédito. Entonces se supone que cuando un girado o librado tiene algún débito respecto del librador, está hecha la provisión de fondos. Por eso la provisión de fondos ya no se entiende en su sentido económico, o sea facilitando fondos, sino más bien en sentido jurídico, o sea cuando hay un crédito entre girador y girado aunque esté pendiente la liquidación. De allí que el art. 437 del C. de c. establece: "No será necesario que la letra comercial indique como se ha recibido o debe recibirse el importe, o la causa porque se gira, ni que se opere por su medio un trasporte de valores de plaza a plaza".

En este concepto de la letra, la aceptación por el girado es importantísima. Antes de la aceptación, es apenas un documento que circula por la garantía que le prestan las firmas del girador, endosantes o avalistas. Una vez aceptada surge una obligación extraordinaria que sirva de base, mediante la formalidad del protesto, para una ejecución, sin que en tal caso y en principio se acepten excepciones y ni siquiera la falta de provisión de fondos por el girador. La ley da en este caso al aceptante la acción de reembolso contra el que debió hacer la provisión.

Como decimos, una letra una vez girada puede no ser aceptada por el girado o puede dejar de pagarse, después de haber sido aceptada. Para acreditar la falta de aceptación o la falta de

pago la ley señala una sola forma para hacer constar tal cosa. Es forma solemne que la hace un notario o un juez de paz (489 del C. de c. y ley 1881) y que debe constar en el acta de protesto. En esta diligencia se encuentra el acto inicial del procedimiento ejecutivo y también el requisito fundamental para indicar dicho juicio. Desde el punto de vista procesal la diligencia de protesto es de máxima importancia y en ella deben cumplirse requisitos referentes al acto mismo y requisitos que se refieren al acta notarial. Ambos deben constar ineludiblemente para que proceda la vía ejecutiva.

Con relación al acto mismo, es fundamental anotar la época del protesto y el día y la hora en que se realiza (491 inc. 9º C. de c.) esto es, al día siguiente a su vencimiento hasta el octavo y antes de la puesta del sol (491 C. de c. inc. 1º) entendiéndose la diligencia de protesto con el girado (491 inc. 3º) a falta de éste con su mujer, o hijos, o criados o el vecino comerciante. Si no se hace con alguna de estas personas el requerimiento de pago, no produce efecto alguno. Repetimos el protesto es diligencia formal y solemne.

En cuanto al acta debe estar redactada indicándose la intervención personal del notario (491 inc. 2º C. de c.) transcribiéndose en ella el texto de la letra (491 4º C. de c.) para los fines a que se contraen los arts. 436 a 441 del mismo cuerpo de leyes, el requerimiento al librado, su respuesta (491 incs. 5 y 6) y la conminación para el pago, bajo apercibimiento de abonar también gastos y perjuicios (491 inc. 7); la constancia de haberse dejado copia simple (491 inc. 10), la firma del librado y dos testigos, etc.

La diligencia cumplida con observación fiel de estas formalidades, es la única que puede producir mérito para el cobro de una letra. Es además fundamental esta diligencia para que no se perjudique por los efectos que en el derecho cambiario produce únicamente el protesto (496 del C. de C.).

La situación de una letra protestada por falta de aceptación (453 C. de c.) es esta: no tiene más garantía que la firma del girador y de los endosantes y con tal motivo puede suceder: a) que el girado la pague, sin aceptarla. Supuesto muy raro; b) que no habiéndola aceptado, no la pague. En este caso el tenedor tiene derecho a exigir caución o depósito del valor de la letra con los gastos de protesto y recambio (502 C. de c.). Puede también exigir judicialmente (y esto en vía ejecutiva) el reem-

bolso de la letra con gastos de protesto y recambio. Al tenedor toca escoger lo que más le convenga.

Con relación a una letra protestada por falta de pago al tenedor puede proceder así: 1º.—puede ejercitar el derecho de reembolso de que trata el art. 498 del C. de c.; 2º.—puede obligar ejecutivamente al aceptante a pagarla conforme al art. 454 del mismo código previo protesto contra el que se negó a aceptarla, contra el girador y endosantes; y 3º.—puede ejercitar la acción por derecho de cambio de que trata el art. 505.

Como se ve, en este punto las disposiciones del C. de c. son las únicas que rigen y el cumplimiento de las formalidades expuestas es lo único que permite el cobro ejecutivo de las letras. A tal punto son imprescindibles sus formalidades que una letra adulterada, o con una aceptación en blanco, pero llenada después, o protestada sin dejar constancia de la intervención de las personas designadas por la ley, no presta mérito ejecutivo.

No siempre un protesto bien hecho produce mérito ejecutivo. La respuesta del requerido es fundamental para ello. Si éste manifiesta que la letra no es auténtica y que la firma que se le atribuye es falsificada, no hay ejecución, porque el fundamento de la acción ejecutiva acordada a las letras protestadas se halla en que se trata de una obligación existente y de una aceptación puesta por el propio aceptante. Cuando esta presunción desaparece por la respuesta del requerido, no hay ejecución.

5º.—Los vales y pagarés, sean o no a la orden, contra el otorgante o sus fiadores mancomunados, si se protestan por falta de pago; y contra los endosantes, si posteriormente se hace también el protesto por igual causa.

El vale o pagaré es un documento en el que quien lo suscribe se confiesa deudor de cierta cantidad, en favor de otra persona y se obliga a pagarle a su orden en un determinado plazo. No obstante que es un acto jurídico simple, como es, un documento a la orden, puede transferirse mediante endoso; y, en mucho, lo dicho para las letras es aplicable a los vales y pagarés, ya que conforme al art. 521 del C. de c. estos documentos producen los mismos efectos y obligaciones que aquellas, excepto en la aceptación que es privativa de las letras.

6.—Los cheques contra el girador, si por falta de pago se protestan sucesivamente contra el girado y girador y también contra los endosantes, si son girados a la orden de persona determinada y se protestan por la misma causa.

El cheque envuelve un mandato de pago, siempre con provisión de fondos. Esto le da un gran parecido a la letra de cambio; pero se diferencian: 1º.—en que en el cheque es indispensable la provisión de fondos. Sin ella no hay cheque. En la letra, una vez aceptada, aunque no haya provisión, procede su cobro ejecutivo; 2º.—el cheque es a la vista, porque hay fondos. La letra puede ser a la vista o a plazo. Pero aún así, la letra a la vista puede cobrarse hasta el año (475 y 497 C. de c.) mientras que el cheque debe cobrarse a lo más a los ocho días (526 C. de c.); 3º.—un cheque puede ser al portador, una letra no.

La redacción del inciso que estudiamos es tan clara que no precisa mayor explicación. Sólo precisa anotar que el protesto debe recabarse dentro de los ocho días de su giro, incluyéndose éste; que se le considera como un medio de pago y por eso algunos lo equiparan al papel moneda.

7º.—Cualesquiera títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos por los bancos, sociedades anónimas o corporaciones públicas, que representan obligaciones vencidas y cupones también vencidos de dichos títulos, contra la institución o compañía emisora, sí se protestan por falta de pago.

En este párrafo se comprenden, entre otros, los bonos hipotecarios, las pólizas de seguros, los cupones que contienen obligaciones emitidas por las compañías de ferrocarriles u obras públicas, siempre que se refieran a obligaciones vencidas.

8º.—Los conocimientos contra el capitán y también contra los endosantes, si están extendidos a la orden, para la entrega de sus mercaderías o su valor; y contra el consignatario o destinatario, para el pago de los fletes y gastos, previo siempre el respectivo protesto. Esta disposición no necesita mayor explicación.

9º.—Las cartas de porte, sí son protestadas.

Las cartas de porte son documentos en los que consta el contrato entre el cargador y el portador. Las cuestiones que surgen en su ejecución se resuelven por su contenido y no se admiten más excepciones que las de falsedad y error material en su redacción (348 C. de c.). La presentación de estos documentos sirva para reclamar el objeto porteado. Si no se entrega, procede el protesto y la ejecución.

10.—Cualquier otro título al que la ley da fuerza ejecutiva.

Son numerosos los casos que al respecto contempla la ley. Los más corrientes son: la ejecución al rindente de una cuenta

para que pague el saldo que resulta debiendo, conforme al juicio en el que se ha fijado ese saldo (511 C. P. c.); el cobro por los Bancos, de los saldos provenientes de un contrato de cuenta corriente (581); el cobro de las multas que se pactan en los juicios arbitrales.

Convalidación de documentos que pierden su mérito ejecutivo.—Queda dicho que la acción ejecutiva descansa en recaudos cuya principal condición consiste en la observancia de las formalidades que la ley quiere, de tal manera que una omisión cualquiera, invalida el referido recaudo para la ejecución. Algo más; en algunos documentos, el simple concurso del tiempo, les hace perder su mérito ejecutivo. Tal sucede con los que deben su mérito ejecutivo al protesto (595 C. p. c.). En tales casos es posible convalidar un documento perjudicado, pidiendo su reconocimiento judicial en diligencia preparatoria (593 y 596 C. p. c.); pero esta convalidación no produce en la letra el mismo efecto contra el girador.

b).—El título es un requisito previo, indispensable de la ejecución; pero no es el único. Otro de los requisitos para que proceda la ejecución se halla en que la obligación que se demanda sea exigible, por razón de tiempo, lugar y modo y que tampoco esté prescrita la acción ejecutiva (600). No se puede exigir el cumplimiento de una obligación, sin que se venza el plazo estipulado para cumplirla. Tal es el significado de exigibilidad por razón de tiempo. Si la obligación es condicional, no podrá exigirse hasta que la condición se cumpla. En todo caso, la prueba de la realización de la condición, toca al acreedor. Además de esto, el cumplimiento debe pedirse únicamente en el lugar convenido (1250 C. c.) y del modo acordado. Por eso cuando hay estipulación para pagar la deuda en armadas parciales, sólo procede la ejecución, por los plazos vencidos.

En este requisito hay una excepción a la regla que el C. c. consigna en el art. 1154 puesto que el juez puede de oficio, hacer valer la prescripción y rechazar la demanda.

c).—Cuando se trata del pago de deudas contraídas en dinero o en especies, es indispensable que la deuda sea líquida y mayor de veinte libras (601 C. p. c.). Cuando se habla de dinero se entiende que es en moneda nacional.

La ley considera como cantidad líquida, no sólo la que actualmente tiene este carácter, sino la que puede reducirse a cifras determinadas, mediante simples operaciones aritméticas ba-

sadas en los datos que constan en el título ejecutivo (602 C. p. c. y 1249 C. c.).

Si del título resulta una obligación líquida en una parte e ilíquida en otra, puede procederse ejecutivamente por la primera, reservándose el acreedor el derecho de reclamar el resto en la vía que corresponda (603 C. p. c. 1247 2.^a p. C. c.) (67).

d).—La acción debe ser ejercitada por acreedor legítimo o sea que el título establezca que la obligación demandada, es precisamente en favor del actor, ya sea porque el mismo pactó la obligación o ya porque ha adquirido el derecho de exigirla a título particular o a título universal. Alsina dice que la ejecución solo puede iniciarse por el titular de la obligación. (68).

e).—La acción debe estar dirigida contra el deudor o sus herederos. De la Plaza dice: "se requiere también que los intervinientes estén legitimados activa y pasivamente para su ejercicio. A la legitimación activa y pasiva en este proceso corresponden, respectivamente, el acreedor y el deudor, o más simplemente el que tiene derecho a exigir la prestación y el que tiene la obligación de cumplirla". (69).

5. El conocimiento de esta clase de juicios está reservado a los jueces de primera instancia, porque sólo ellos están en condición de apreciar la existencia de los requisitos que hemos enumerado.

6.—Para que proceda la acción ejecutiva es indispensable que el valor o mejor el monto de la obligación pase de doscientos soles (601).

7.—El art. 605 del C. de p. c. dispone que la demanda se formule como para un juicio ordinario, es decir, exponiendo sucintamente los hechos y fundamentos de derecho (306), fijando con toda precisión la especie o cantidad líquida, intereses y costas que se reclama, manifestando que se escoge la vía ejecutiva y adjuntando el título que sirve de recaudo.

Los requisitos hasta aquí expuestos se refieren a ejecuciones para el pago de deudas, para la entrega de cosas muebles y para el cumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer.

Pero el juicio ejecutivo tiene una particularidad. Con él no sólo se persigue el rápido cumplimiento de la obligación sino también -y sobre todo- asegurar mediante un embargo dicho

(67) R. J. P. 1947 pág. 473 Ej. 30 abril 1947.

(68) Alsina, ob. cit. T. III pág. 141.

(69) De la Plaza.—ob. cit. T. II pág. 511.

cumplimiento. Cada una de estas medidas se adoptan en sendos cuadernos. El primero se llama "cuaderno principal" y constituye el juicio propiamente dicho. El segundo es el "cuaderno de embargo" y contiene la medida garantizadora.

8.—El C. de p. c. reproduce la disposición del C. c. del 52 (art. 561) en el sentido de que se halla expedita la vía ejecutiva para cobrar los réditos de los censos, pero sólo por los últimos nueve años. Esta limitación hay que observarla.

9.—No nos vamos a referir a las acciones que se pueden interponer contra el Estado, ni a la limitación de casos para interponerlas. Nos referimos a la prohibición absoluta de demandar al Estado en vía ejecutiva (art. 604). La prohibición defiende el funcionamiento normal de las instituciones públicas. Si procediera el juicio ejecutivo contra el Estado, igualmente sería procedente la medida de embargo sobre las rentas públicas; y entonces el Estado no podría cumplir normalmente sus fines.

(Continuará).

MANUEL SÁNCHEZ PALACIOS.
