

7000

Revista

de

la

Asociación

Escuela

de

Derecho

UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL ECUADOR
BIBLIOTECA

Nº 10

SUMARIO

EDITORIAL

Estado sobre el Concepto de la
Obligación.

Dr. René Bustamante M.

La Condonación del Dolo Futuro

Dr. L. Neptali Ponce

La Terminación del Contrato del
Trabajo.

R. P. Carlos Vela M. S. J.

La Prueba en el Código del Trabajo
Ecuatoriano.

Dr. Pedro José Larrea Peñaherrera
Unidad e Indisolubilidad del

Matrimonio

Dr. Juan I. Larrea H.

Las Misiones Jesuíticas en América
Iván Restrepo Eusse.

Dos Congresos de Alta Cultura en
Santiago de Chile

José I. Donoso Velasco

ALEGATOS

Dr. BELISARIO PONCE BORJA

Dr. JULIO TOBAR DONOSO

Dr. ALEJANDRO PONCE BORJA

SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR

ABRIL DE 1954

DIRECTORIO DE LA ASOCIACION

PRESIDENTE: R. Eduardo Burneo B.
VICEPRESIDENTE Y SECRETARIO DE CULTURA: José María Egas R.
SECRETARIO DE ASUNTOS SOCIALES: Gonzalo Zambrano.
SECRETARIO DE PUBLICACIONES Y PROPAGANDA: José A. Tobar Ribadeneira.
SECRETARIO DE TESORO: Estuardo Merino G.
SECRETARIO DE DISCIPLINA Y DEPORTES: Pedro Montero.
BIBLIOTECARIO: Eduardo Samaniego.
SECRETARIO GENERAL: José Vicente Troya.
REPRESENTANTES POR ECONOMIA: Beatriz Ormaza — Soledad Montero
REPRESENTANTES SUPLENTE: Vicente Haro, Enrique Cobo, Conto Patiño, René de la Torre, José Rephanani.

Máquinas de Escribir **HALDA**

Suaves como una pluma

La máquina perfecta por su sólida construcción de acero sueco.
el mejor del mundo.

HALDA



- BELLA
- DURABLE
- SILENCIOSA

Todas las empresas que han adquirido estas máquinas se hallan completamente satisfechas de su magnífica calidad, su espléndido rendimiento en el trabajo y su atractiva presentación.

Confíe Ud. también en **HALDA** y asegure su inversión

**RECUERDE QUE SIEMPRE DISPONEMOS DE
REPUESTOS Y SERVICIO GARANTIZADO**

— Solicítenos una demostración —

M. Ribadeneira Sáenz

García Moreno 1224 — Apartado 625 — QUITO

BANCO DE ABASTO

Compañía Anónima

Capital \$ 4'000.000,00

Préstamos con prenda agrícola e industrial

Servicio de cobranzas para el Interior y Exterior

Magnífico servicio de cuentas corrientes con saldos diarios.

Atendemos al público en nuestro moderno local en la esquina

Guayaquil y Espejo.

QUITO — ECUADOR

LEONARDO COBO

OFICINA DE MANDATO

**Venta haciendas, casas, terrenos, chalets, ganadería
maquinaria agrícola.**

Arriendo chalets y haciendas.

Colocación de capitales con hipotecas o firmas solventes.

SUCRE 265

Teléfono 69.

FABRICA "TEXVAL"

DE TEJIDOS DE PUNTO

F. N. VALENCIA

Depósito: Venezuela 417.

Telf. 10438

Dirección: Galte 332.

Telf. 10439.



LA LIBRERIA CIENTIFICA

Venezuela frente al Hotel Savoy

Tiene el más completo surtido en Textos de Colegios,
Libros de Derecho en general, Enciclopedias
y Diccionarios Jurídicos, etc. etc

ESTUDIO JURIDICO

L. NEFTALI PONCE

Asuntos Civiles, Comerciales y
de Trabajo.

Gestiones Judiciales y Extrajudi-
ciales en el Ecuador.

Plaza de San Blas. Edificio Montaña,
3er. Piso.

Teléfono Prov. 10156

EDITORIAL

"CHIMBORAZO"

Del Dr. V. Arturo Cabrera M.

Imprenta - Papelería - Rayado
Encuadernación.

Utiles de Escritorio, etc.

Atenderá en adelante en su nue-
vo local: BENALCAZAR 687. Fren-
te al Correo.

GUSTAVO ROMERO ARTETA

A B O G A D O

Estudio:

Mejía 453. 5º piso

Telf. 12619.

JOSE ALFONSO TROYA

CEVALLOS

A B O G A D O

Sucesiones y Contratos
Atiende de 10 a 12.30 y de 3 a 7
Benalcázar N° 943
Telfs. Despacho 11215
Domicilio: 12031

JOSE FEDERICO PONCE M.

A B O G A D O

Estudio:

Mejía 453. 5º piso.

Telf. 12619

PEDRO JOSE LARREA

A B O G A D O

Especialidad: Legislación de Trabajo.
Venezuela 573 y Sucre
(Casa Azul)

Telf.: 11582. Apartado N° 3126

VICTOR HUGO BAYAS VALLE

A B O G A D O

Estudio: Bolívar 343. Telf. 11719

Domicilio: Sosaya 232. Telf. 30247

Dr. JAIME FLOR V.

A B O G A D O

Estudio: Guayaquil 926 y Espejo

Domicilio: Flores 650
Teléfono Despacho: 12518

Dr. JOSE IGNACIO ALBUJA

Telf. 10889

Dr. JUAN BOADA PEREZ

A B O G A D O S

Estudio: Venezuela 1029

Telf. 11079

DR. OSWALDO GONZALEZ C.

ABOGADO

Atiende especialmente asuntos de
trabajo, civiles y comerciales.

Estudio: Olmedo 228

Teléf. N° 11759

REVISTA

DE LA

ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO

DE LA

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

DIRECTOR: R. Eduardo Burneo B.

Apartado 2184

CONSEJO DE REDACCION:

Jefe-Administrador: José Tobar R.

QUITO — Bolívar 343

Gonzalo Zambrano José M. Pérez

Conto Patiño René de la Torre

VALOR \$ 3

AÑO V

Abril 1954

Nº 10

Salva Cruce Liber Esto

Va corriendo el octavo año de vida de nuestra Universidad, y paralelamente a ella marcha la existencia de la ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO. Vida corta en verdad, principio de existencia apenas, si se tiene en cuenta que se trata de aquellas creaciones a largo plazo, para las cuales los años que pasan son tan sólo días, dentro de su dilatado y paulatino desenvolvimiento.

Pero sus frutos no se han hecho esperar: dos contingentes de jóvenes que son las primicias de la Universidad Católica del Ecuador, han salido ya a estrechar filas en esa dura, azarosa e incierta batalla de la vida humana; su puesto es de vanguardia y su ruta, de dirigenes, de mucha responsabilidad, pues es el pelotón abanderado —blanco de todas las miradas— en cuyo comportamiento van comprometidos el nombre y prestigio de la Institución a que se deben. Esperamos que ellos, como hasta aquí, sabrán honrar a su Universidad, la que colmó su mente con las luces inextinguibles de la verdad y la ciencia, especialmente con aquella que está sobre todas porque es su punto de partida y su fin, la Verdad eterna y sobrenatural. Y supo también orientar su espíritu y formar su corazón, elementos esen-

ciales para la modelación del hombre íntegro.

Este año, por otra parte, la Universidad ha marcado una nueva e importantísima etapa dentro de su desarrollo institucional. Nos referimos a la creación de la Facultad de Pedagogía, destinada a llenar un gran vacío que venía haciéndose sentir por mucho tiempo en nuestro País. Porque es un hecho comprobado que el Ecuador adolece del grave mal de la crisis de juventudes bien preparadas, con la indispensable educación verdadera, sobre la base de conocimientos profundos, espíritu de sacrificio, convicción en el cumplimiento del deber, probidad y rectitud absolutas en el obrar. En suma, lo que la Patria necesita, son nuevas generaciones de ciudadanos conscientes y responsables, capaces y resueltos a la acción común, gobernados siempre por la concepción de una acertada jerarquía de valores. Mas, si ha de ser esta ordenación verdadera y realista, tiene que partir de su punto central, origen y fin de todas las cosas, el Creador Supremo. De donde se desprende, como consecuencia necesaria, una relación de dependencia ontológica que exige acatamiento por parte del hombre, así en su vida privada como en el ejercicio de la ac-

ción pública dentro de la Sociedad Política. El medio de ejercer ese acatamiento a la relación de dependencia del hombre para con Dios no es otro que la Religión verdadera.

Mas, para formar católicamente a un pueblo es preciso comenzar formando nuestros católicos; y para tener éstos es indispensable la existencia de un Instituto Superior de Pedagogía, íntegramente católico. A llenar este cometido se orienta la creación de esta nueva Facultad de nuestro Plantel y no dudamos que lo cumplirá con igual acierto, con el mismo éxito como lo va haciendo hasta aquí con su Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y su Escuela de Economía.

A más de llenar este vacío, el nuevo paso de avanzada que acaba de dar en este año nuestra Universidad, representa la confirmación de su mismo sentido histórico y el complemento indispensable del plan que se trazaron los que al fundarla a costa de grandes sacrificios y vencimientos, se consagraron como ejemplar entregamiento a llevar a su realización esta obra fundamental. Confirmación de su sentido histórico, pues nace la Universidad Católica del Ecuador hace ocho años —a raíz del Decreto de 2 de julio de 1946 expedido por el ilustre Mandatario de ese entonces que hoy ocupa nuevamente el solio presidencial, Dr. José M. Velasco Ibarra, el mismo que consagra la verdadera libertad de enseñanza—, como el símbolo de la liberación de esa gran mayoría de ecuatorianos que constituye el pueblo católico, liberación que rompe de una vez por todas el aprobioso monopolio que el Laicismo— que no es neutralidad absoluta, como se pregona, sino privilegio en beneficio exclusivo de los que no profesan religión alguna—, había mantenido injustamente en nuestra Patria durante más de cincuenta años, respecto de la enseñanza. Liberación que no sólo responde a las exigencias de la dignidad de la persona humana, sino también a la realidad histórica de la nación ecuatoriana; porque debemos recordar para quienes tratan de olvidarlo, que... católicos fueron: el intrépido Colón y los valientes conquistadores que colonizaron las tierras de América; católicos hasta su médula, la gloriosa España que en fecunda acción civili-

zadora nos legó su raza, su religión y su cultura; católica la primera Universidad ecuatoriana que en seguimiento de las de Méjico y Lima, fué también de las primeras de América Latina; católicos los libertadores que nos hicieron Estado Independiente; y porque católica es, por fin, ha sido y será, la gran mayoría del pueblo ecuatoriano.

Somos depositarios de una valiosa misión de libertad.

“Actuar el ejercicio de tan preciosa libertad, hacer tomar conciencia al Ecuador de lo que significa esa actuación liberatoria, es la misión presente de nuestra Universidad. Es ella una pública y tangible rectificación de criterio en un punto de inmensa trascendencia. Se ha dicho que el laicismo era la liberación de la ominosa esclavitud mental impuesta por la Religión; y nosotros decimos que la Universidad Católica encarna la liberación de la esclavitud mental que impone el laicismo”.

La nueva Facultad de Pedagogía, ahora en servicio, es, además, el necesario complemento que le hacía falta a nuestra Universidad para ser una obra completa. Con maestros católicos, suficientes en número y capacidad, tendremos ciudadanos católicos; y no es buen católico el ciudadano que no cumple estrictamente con sus deberes patrios. Así, al calor de los dos amores más sublimes que pueden abrasar el corazón humano, el amor a Dios, sobrenatural y eterno, y el noble y generoso amor a la Patria, vamos todos en marcha hacia la acción por nuestra meta, aquella que ya en la época gloriosa de la independencia, los patriotas quiteños dejaron esculpida en piedra para perenne recuerdo de las generaciones venideras:

“SALVA CRUCE, LIBER ESTO”. Hacia la libertad, bajo el signo de la Cruz.

La Asociación Escuela de Derecho, cuya finalidad converge en último término con la Universidad misma, en la cual y por la cual vive y desarrolla sus actividades, se congratula sobremanera al presenciar el surgimiento de esta nueva etapa del desarrollo institucional, y ofrece desde ahora todo su apoyo y actividad para la consecución de sus elevados y provechosos fines.

Estudio sobre el Concepto de la Obligación

(Continuación)

RENE BUSTAMANTE MUÑOZ
Profesor de Código Civil

LAS CAUSAS EXTRINSECAS

CAPITULO IV

CAUSA FINAL

52.—EL FIN O CAUSA FINAL DE LA OBLIGACION. GENERALIDADES: hemos dicho en la definición que analizamos que la prestación es "para satisfacer un interés privado digno de protección" que tiene el acreedor. Este es el fin que se persigue con la obligación puesto que satisfecho ese interés se extingue, llega a su fin. De ahí que la prestación no es debida por la prestación misma sino como MEDIO, para la satisfacción del interés del acreedor, lo cual es el FIN. Por esto no es esencial en el crédito que la prestación sea ejecutada por el mismo deudor, pues siempre que se satisfaga idénticamente el interés del acreedor, puede cumplirse por un tercero (Arts. 1609 1º, 1628 inc. 1º); pero no, si solo la ejecución por el mismo deudor lo satisface (por ej. el artista a quien en consideración a sus personales cualidades se le encarga que pinte un cuadro), consecuencia y distingo que claramente admite nuestro C. C. en el Art. 1628, inc. 2; y lo aplican, por ej., las sentencias de Mayo 24 de 1887 y Septiembre 29, 1878 (38) Ni tampoco es menester que la prestación se ejecute con el consentimiento del acreedor, pues el fin de ella interesa también al deudor en cuanto significa para éste la libera-

ción del vínculo jurídico, deconformidad con los Arts. 1628 y 1654 principalmente.

53.—DERECHO DE OBLIGACION Y OTROS DERECHOS PRIVADOS, ESPECIALMENTE DE FAMILIA.— Una de las cosas que caracteriza a la obligación propiamente tal, de que aquí tratamos, de otras obligaciones jurídicas, aun de derecho privado, es precisamente que se contrae con vocación de extinguirse por el cumplimiento. Esta nota, relacionada con el fin de la obligación, ha sido destacada por los autores. CLARO SOLAR dice a este respecto, refiriéndose a los Derechos de Familia, que "estas relaciones son de naturaleza esencialmente durable, como que derivan de la situación que ocupa una persona en el Estado o en la familia; y por lo mismo no están destinadas a extinguirse, como la obligación, por el hecho mismo de su ejecución". Y agrega otra diferencia más: "además, la existencia de un vínculo obligatorio entre dos personas modifica necesariamente la composición de sus respectivos patrimonios; mientras que los derechos de familia no entran en la categoría de los derechos apreciables en dinero..." (39) Este carácter transitorio del vínculo obligatorio, ha sido también puesto de relieve por muchos otros autores, como DE BUEN, "para quien la obligación vive para morir, y muriendo cumple con su existencia" (40); PE-

(38) CORTE SUPREMA, Gaceta Judicial, Serie II, Nº 120 y 126 respectivamente.

(39) CLARO SOLAR, Explicaciones de Derecho Civil..., Tomo X, pág. Nº 7.

(40) Cit. por PUIG PEÑA, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, VOL. I, pág. 15.

REZ GONZALEZ y ALGUER (41); CUQ, "que, haciendo referencia a la obligación romana hace ontar que ya en este Derecho la obligación presenta este carácter..." (42)

54.—EL INTERES DEL ACREEDOR.—Dentro del análisis de la definición que venimos haciendo, importa intentar al menos un acercamiento a la precisión de los términos que hemos empleado para designar la causa final. Y en primer lugar expliquemos brevemente qué es lo que entendemos aquí por "interés". El hombre tiene múltiples necesidades ya de orden económico, ya de orden cultural, ya de orden meramente psicológico; tales necesidades pueden ser satisfechas mediante las cosas que se encuentran en la naturaleza, o que los procesos económicos de la producción ponen a su alcance, o mediante los servicios que hacen posibles la convivencia social y la estructura general de una civilización. La inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia tales objetos y servicios que satisfacen las necesidades del hombre, es lo que aquí entendemos por INTERES.

55.—CLASES DE INTERES.—La obligación generalmente tiene por fin satisfacer un interés de orden "económico o pecuniario" y sobre este punto no hay dificultad pues unánimemente se reconoce que tal interés puede ser y de hecho es el más frecuente en la obligación. Pero también los intereses no pecuniarios, o sea los llamados MORALES, MERAMENTE PSICOLOGICOS O AFECTIVOS pueden ser objeto de satisfacción mediante un vínculo jurídico. Esto parece que ya lo había admitido el mismo Derecho Romano. POTHIER enseñaba que una obligación civil debe ser siempre medio para satisfacer un interés apreciable en dinero, pues si no se la cumple, sólo en tal caso es posible obtener la indemnización de daños y perjuicios; en cambio una obligación natural podría ser medio para satisfacer intereses de

"justa afección" o morales (43). LAURENT igualmente decía que "en materia de obligaciones el interés debe ser apreciable, es decir que un interés moral o de afección no es bastante para obrar; no habría medio de condenar al deudor a daños y perjuicios, de lo que se seguiría que la obligación quedaría sin sanción y, por consiguiente, sin vínculo de Derecho". PLANIOL Y RIPERT, COLIN Y CAPITANT, y DEMOGUE, en cambio, ven contrario a los fundamentos de una civilización avanzada el que se restrinja a los intereses económicos el fin de la obligación y sostienen que ella puede dirigirse a los intereses morales. IHERING sostuvo igual doctrina. Los intereses, decía, son las condiciones de la vida en sentido amplio. Estos intereses son variables y rechaza el querer determinarlos en forma abstracta, pues no admiten la misma solución para todos los pueblos y todos los tiempos. "Un campesino de la Antigua Roma no habría comprendido la posibilidad de establecer una servidumbre predial no sólo para la utilidad sino también para el simple agrado" (44). En el § 241 del C. C. Alemán, que da un concepto de la obligación, "toda mención de un interés pecuniario ha sido evitada adrede y es opinión general de los juristas alemanes la de que el interés pecuniario no es requisito de la obligación". (45). La tendencia parece ser la de la doctrina que defiende la posibilidad de un interés moral. Según las ideas ya expuestas por nosotros no hay inconveniente alguno para que un interés puramente moral pueda ser finalidad de una obligación. De suyo, es suficiente la sanción primaria de la persistencia del vínculo para que haya obligación jurídica perfecta. Y, contra POTHIER, no vemos por qué sólo obligaciones naturales puedan servir a los intereses morales o que sean naturales las obligaciones que sirvan esa clase de intereses, pues no es este el criterio para la clasificación de las obligaciones en civiles y naturales sino primordialmente el que den o no acción para exi-

(41) PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, Anotaciones a Enneccerus, en Tomo II, Vol. I, pág. 7.

(42) Cit. PUIG PENA, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, Vol. I, pág. 15.

(43) POTHIER, Tratado de las Obligaciones, N° 140

(44) Cits. por CLARO SOLAR, Derecho Civil Chileno, Tomo X, pp. 8 y sigs.

(45) ENNECCERUS-LEHMANN, Derecho de Obligaciones, Vol. I, pág. 5.

gir su cumplimiento, ya sea el interés pecuniario, ya sea moral; en todo caso nuestro C. C. no hace referencia alguna a tal distinción.

56.—LA CUESTION DE LA INDEMNIZACION POR LA INSATISFACCION DEL INTERES MORAL.— Si la prestación que satisface un interés puramente moral no se obtiene en su naturaleza ¿cómo obtenerla en su equivalencia pecuniaria— indemnización de perjuicios— cuando es irreductible a términos monetarios? Para contestar a esta cuestión nos parece que es posible hacer un distingo:

a) Interés moral reductible a una apreciación pecuniaria; en este caso el interés pecuniario es indirecto, y puede constituir la finalidad de una obligación; en definitiva representaría un interés pecuniario. Por ej. si para gozar de un paisaje obtengo de mi vecino que se obligue a derribar una pared que me impide su vista; si él no cumple con este compromiso, puedo hacer efectiva la obligación mediante un tercero cobrando el costo al vecino (Art. 1609, 1º)

b) Interés moral irreductible a dicha apreciación: pero bien se ve en el ej. anterior, que el solo costo de la destrucción de la pared es insuficiente para indemnizar el perjuicio moral sufrido por la privación del panorama durante la mora. Parece que no hay manera de apreciar monetariamente ese perjuicio, puesto que median consideraciones de orden subjetivo, psicológico, que son variables. "Por ej. dice POTHIER, si yo hubiese convenido con vos que vendriais a Orleans a estudiar derecho durante un año, esta convención sería nula, por cuanto este hecho del cual yo no puedo tener interés alguno, no puede ser objeto de una obligación para conmigo" (46) Aquí el interés moral que yo pudiera tener parece que no es suficiente para el citado autor. Pues si la persona que a ello se compromete no cumple ¿en cuanto se podría apreciar el interés afectivo mío de que estudie derecho un año en Orleans otra persona, para determinar la indemnización correspondiente? En casos co-

mo estos hay quienes sostienen que no sería cobrable la obligación ni aún por vía de indemnización y que por consiguiente el interés moral irreductible no sería susceptible de protección eficaz, ni, por ende, de ser satisfecho mediante un vínculo obligacional.

En nuestro concepto, primeramente, el que el cumplimiento de una obligación no permita el cumplimiento por equivalencia económica, no es sino una cuestión secundaria que no nos puede servir de criterio para decidir si en tal caso hay o no obligación. En segundo término, pensamos que no existen intereses morales esencialmente irreductible a una apreciación pecuniaria, bien que accidentalmente existen serias dificultades en determinados casos. De hecho, hay una indiscutible forma de llegar a esa apreciación en cualquier caso, a saber, por la AVALUACION CONVENCIONAL DEL PERJUICIO procedente de la insatisfacción del interés moral. Tal sería el caso del siguiente ej. puesto por POTHIER: "Se ha juzgado válida—dice— una promesa por la cual un sobrino había prometido a su tío no jugar más, bajo pena de 300 libras que se obligaba a pagarle caso de que faltara a su promesa" (47). La cláusula penal viene a desempeñar aquí un importantísimo papel en su función de evaluación anticipada y convencional de perjuicios, función que ha destacado la sentencia de Junio 20 de 1947 (48). A falta de evaluación convencional vendrían las reglas de la AVALUACION JUDICIAL. Primeramente las reglas generales sobre la comprensión de la indemnización (daño emergente y lucro cesante) y sobre las clases de perjuicios (directos e indirectos, previstos previsibles e imprevistos) Arts. 1612 y 1614. Y respecto a la apreciación cuantitativa—cuestión de hecho— no es imposible conseguirla. En efecto, en casos en que no se haya producido un perjuicio pecuniario en el patrimonio del acreedor, el perjuicio moral podría medirse, ya en forma que podemos llamar ESTIMATORIA, mediante el juramento estimatorio y la facultad moderadora del juez, que consigna el Art. 164 del C. P.

(47) POTHIER, Tratado de las Obligaciones Nº 139

(48) CORTE SUPREMA, G. J. VII — 4 — pág. 342 y sigs.

C., el cual en forma sumamente clara deja ver la posibilidad de indemnizar un daño moral (49) Ya en forma que podemos llamar REFLEJA —y esto ya no se desprende directamente de nuestra legislación sino que es una sugerencia de carácter doctrinario —mediante lo que hubiera costado al deudor la satisfacción de ese interés. En el ej. primeramente citado de POTHIER, si el estudiante no va a Orleans, se podría medir la indemnización correspondiente al interés puramente efectivo por lo que habría costado al estudiante ir a Orleans a estudiar allí un año; en ese valor se habría afectado el patrimonio del estudiante si hubiese cumplido su obligación; en ese mismo valor se lo debería disminuir por no haberla cumplido, y avaluaríamos así pecuniariamente el interés efectivo del acreedor. Se me puede objetar que el acreedor se enriquecería pecuniariamente con esta indemnización, enriquecimiento que no percibiría con el cumplimiento de la obligación ni respondería a daño patrimonial alguno. Pero se puede contestar a esto que no es esencial en un sistema de indemnización de perjuicios que ella, la indemnización, represente exactamente el enriquecimiento no obtenido o el empobrecimiento sufrido como consecuencia del incumplimiento. Y esto no es esencial ni aún tratándose del daño patrimonial, pues una cláusula penal puede llevarse a efecto aun cuando exceda del perjuicio real (Art. 1598). Con mayor razón no es esencial tratándose del perjuicio moral. La indemnización de perjuicios no tiene una sola función reparadora del daño económico; también es una sanción al incumplimiento; y no vemos inconveniente en que el daño moral se indemnice con un equivalente o compensación económica que sea una sanción para el deudor, produciendo al mismo tiempo un restablecimiento patrimonial indirecto, que es como una reserva para cualquier consecuencia económica que puede causar el daño moral, pues los intereses morales y los económicos se hallan íntimamente vinculados. Por fin, la cuestión de indemnizar daños morales puede también re-

solverse mediante reglas de AVALUACION LEGAL, en los casos en que la política jurídica de un tiempo y pueblo concretos considere conveniente establecer tal evaluación. Política que se ha manifestado ya en ciertas evaluaciones de indemnizaciones laborales que se han establecido sin sujeción estricta a los posibles daños pecuniarios que puede sufrir el trabajador, sino a los daños que llamamos morales, pues éstos son tan amplios que comprenden todo lo que no sea directamente pecuniario, como son los sufrimientos corporales y morales causados por un accidente. La protección a la persona misma, cuerpo y alma, más que la de su patrimonio, es la que ha dictado la nueva política de indemnizaciones laborales.

57.—EL INTERES ES DE CARACTER PRIVADO.— Transcribiendo a PUIG PEÑA (50) podemos decir que en el mundo de la voluntad humana “EL DEBER abarca distintos planos. “Hay en primer lugar, un DEBER MORAL, caracterizado por la ausencia de coercibilidad del Estado... Por encima del deber moral... figura el DEBER JURIDICO, caracterizado porque puede hacerse efectivo mediante la coacción y porque tiene una validez absoluta independientemente del asenso del llamado a cumplirlo... pero no todas las obligaciones jurídicas son las “obligaciones” en el sentido estricto de la palabra. Habrá que apartar en primer lugar aquellos deberes que, surgidos en el campo del derecho público, satisfacen sólo intereses de este orden (la obligación de ser testigo, de cumplir el servicio militar, etc.) Estas no son obligaciones jurídico-privadas, y el Estado reacciona contra su incumplimiento con medidas de la más fuerte intensidad jurídica. “Pero aun en un Derecho “más privado” también hay que separar otros tipos de obligaciones. Nos referimos, por ej. a la obligación de fidelidad entre los cónyuges, a la de obediencia de los hijos respecto a los padres, a la de vigilancia del autor respecto del pupilo etc. Aquí, ciertamente, hay una esencia privada; pero no cabe duda que en ello se injerta un matiz público por la trascendencia

(49) “Si... no hubiere medio de acreditar... el valor de los daños y perjuicios...”

(50) PUIG PEÑA, Tratado del Derecho Civil Español, Tomo IV, vol. I, pág. 12.

que los mismos tienen para la comunidad". Debemos, pues, ceñirnos, a la obligación propiamente dicha... que representa un interés privado exclusivo y que puede hacerse efectiva, cuando media incumplimiento, por un equivalente económico"...

58.—EL INTERES DEBE SER DIGNO DE PROTECCION.—Esta dignidad la encontraremos vinculada con los conceptos de realidad y licitud de la causa final que se fijan en el Art. 1523 al tratar de los requisitos de los actos y declaraciones de voluntad. Conviene hacer las siguientes observaciones:

a) El C.C. exige causa real y lícita como requisitos de la OBLIGACION en el inc. 1º del Art. 1523 aun cuando este Art. se halla en el Tit. II, Lib. IV que trata de los requisitos de los actos y declaraciones de voluntad;

b) Da con el concepto de causa con referencia al ACTO o CONTRATO y no con referencia a la obligación, en el inc. 2º;

c) Nosotros tratamos de la causa final de la OBLIGACION en general y no sólo con respecto a aquellas que tienen por frente un acto o declaración de voluntad —contrato o cuasicontrato—.

Ahora bien, si un interés digno constituye para nosotros la causa final de la obligación, podemos decir de tal interés lo que el Código dice de la causa en cuanto a requisitos, sea de la obligación misma, sea del acto o declaración de voluntad. Por tanto, es para nosotros interés digno el interés real y lícito.

REAL es el interés que existe. Un interés ficticio no es digno de protección. Así, la obligación de dar algo en pago de una deuda que no existe, no tiene por fin un interés verdadero y por consiguiente no hay en el acreedor de esa promesa un interés protegible.

La causa final debe ser también LICITA, y no lo es "la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público". Por tanto, si el interés del acreedor consiste en que se cometa un delito o un hecho inmoral, tal interés no puede encontrar protección y no vincula al deudor.— "El Estado no tiene por misión sa-

tisfacer caprichos, ni forzar a aquellos actos de carácter puramente religioso, moral o de cortesía"... "... debe denegarse la asistencia de los tribunales si falta todo interés digno de protección... (51)

59.—DISTINCION ENTRE CAUSA FINAL DEL ACTO Y CAUSA FINAL DE LA OBLIGACION.— El C. C. establece los requisitos antedichos para la obligación pero da el concepto de causa (final) con referencia al ACTO o contrato. Esto puede conducirnos a una confusión que hay que desvanecer pues no es lo mismo causa final del acto que causa final de la obligación. La causa de un acto es el fin que al ejecutarlo se persigue. "Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato", dice el Art. 1523. El comprador compra para obtener una cosa, y así la causa del ACTO de comprador es la adquisición de la cosa que compra y que adquiere mediante ese título. Pero la causa de la OBLIGACION del comprador es satisfacer el interés del acreedor de él, o sea del vendedor; ¿cuál es ese interés? Obtener el precio mediante el título de la venta. La causa del ACTO es por consiguiente la satisfacción de un interés propio. La causa de la OBLIGACION —que nace de ese acto— es la satisfacción de un interés ajeno, del interés del acreedor. En el ej. de la compraventa, el FIN del ACTO del comprador se cumplirá cuando obtenga la cosa; el fin de su OBLIGACION, cuando haya satisfecho el precio al vendedor.

CAPITULO V

CAUSA EFICIENTE

60.—LA CAUSA EFICIENTE DE LA OBLIGACION.— Hemos dicho en la definición, cuyo análisis venimos haciendo, que es un vínculo jurídico establecido "a virtud de ciertos hechos o de la sola ley".

61.—LA FUENTES DE LA OBLIGACION.— COMENTARIO AL ART. 1493

(51) ENNECCERUS-LEHMANN, Derecho de Obligaciones, Vol. 1, pág. 5.

DEL C.C. ART. 1493.— LAS OBLIGACIONES NACEN, YA DEL CONCURSO REAL DE LAS VOLUNTADES DE DOS O MAS PERSONAS, COMO EN LOS CONTRATOS O CONVENCIONES; YA DE UN HECHO VOLUNTARIO DE LA PERSONA QUE SE OBLIGA, COMO EN LA ACEPTACION DE UNA HERENCIA O LEGADO Y EN TODOS LOS CUASICONTRATOS, YA A CONSECUENCIA DE UN HECHO QUE HA INFERIDO INJURIA O DAÑO A OTRA PERSONA, COMO EN LOS DELITOS Y CUASIDELITOS; YA POR DISPOSICION DE LA LEY, COMO ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS DE FAMILIA”.

Fuente de una Obligación es la causa eficiente de ella.

Según el precedente texto del Art. 1493 las fuentes de las Obligaciones son 5:

- 1.—Los Contratos;
- 2.—Los Cuasicontratos;
- 3.—Los Delitos;
- 4.—Los Cuasidelitos; y
- 5.—La Ley.

62.—NOTICIA HISTORICA.— Según expresa GAYO, las fuentes de las obligaciones en el Derecho Romano primitivo eran dos, pues ellas nacían “ex contractu” o “ex delicto”. Posteriormente la jurisprudencia vino a reconocer otras causas de las obligaciones que no eran propiamente un contrato o un delito, y se decía que eran como figuras variadas de las causas legítimas de las obligaciones; o sea que la obligación nacía como si hubiese nacido de un contrato. —“quasi ex contractu”— o como si hubiese nacido de un delito —“quasi ex delicto”— Se reconoció además que había otras obligaciones que la misma ley imponía, como las provenientes de la constitución de la familia, y que eran las obligaciones “quae ex lege nascuntur”. Por consiguiente las cinco clases de fuentes de las obligaciones que enumera nuestro C. C. ya se habían establecido en el Derecho Romano. Posteriormente y por una corruptela vino una transposición de términos. Y en vez de hablar de “quasi ex contractu” se habló de “ex quasi contractu”; y en vez de “quasi ex delicto”, se habló de “ex quasi delicto”; de esta manera, a las fuentes que no tenían

una sustantividad propia, se les dió esta sustantividad, erigiéndolas en fuentes nuevas y no considerándolas tan sólo como figuras variantes (*variae causarum figurae*) de los contratos y delitos, y es así como venimos a parar en las fuentes que menciona nuestro C.C. (52)

Sin embargo las doctrinas modernas no se hallan conformes con esta enumeración tradicional, y es así como se ha propuesto otras enumeraciones y clasificaciones de las fuentes de las obligaciones. Veamos las principales:

63.—DOCTRINA ALEMANA.— Esta doctrina divide a las obligaciones con respecto a la causa en dos clases: MEDIATAS e INMEDIATAS. Las obligaciones inmediatas son las que provienen directamente de la ley. Las obligaciones mediatas son las que tienen como fuente remota la ley y como fuente próxima un hecho jurídico. No satisface esta doctrina, porque en realidad todas las obligaciones tienen como fuente remota la ley y como fuente próxima un hecho jurídico. Aun las mismas obligaciones legales —que tienen por fuente la ley según el C. C.— suponen alguna situación de hecho. Así, la obligación de los padres de alimentar a los hijos, es una obligación legal, y sería por consiguiente una obligación inmediata, pero en este caso, a más de la ley es necesaria la relación de parentesco entre ese padre y ese hijo, o sea un hecho jurídico.

64.—DOCTRINA BIPARTITA DE PLANIOL.— Sostiene que solamente hay dos fuentes de obligaciones: LA VOLUNTAD Y LA LEY, o sea el contrato y la ley, quedando involucrado dentro de ésta las demás fuentes. Esta doctrina ha tenido mayor acogida que la anterior. En Chile la aceptan ALESSANDRI Y SOMARRIVA (53), fundándose en el Art. 613 del cual se desprende que las obligaciones tienen dos fuentes: el hecho del deudor y la disposi-

(52) ORTOLAN, Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, Tomo Segundo, pág. 108 (Ed. de Gorchs, Barcelona 1847).

ción de la ley. Es criticable esta doctrina, porque el hecho del deudor ("un hecho suyo") puede ser de distinta naturaleza, puede ser un contrato o un delito, etc., pues no todo hecho del deudor es un contrato.

65.—DOCTRINA TRIPARTITA DE COLLIN Y CAPITANT.— Estos juristas sugieren una clasificación de tres miembros, a saber, el contrato, la voluntad unilateral del deudor y la ley. Esta doctrina se aproxima, en cierto sentido, a lo que dice el Art. 2303, pues según este texto legal, podría decirse que las fuentes de las obligaciones son el contrato o convención; y cuando no nacen de una convención, pueden hacer ya del hecho voluntario de una de las partes, ya de la Ley. Pero en realidad no es posible confundir el "hecho voluntario" de una de las partes con la "declaración unilateral de voluntad".

66.—DOCTRINAS DE CONTENIDO AMPLIO.— DEMOGUE.— Para este autor la obligación resulta de la combinación de muchas condiciones. El asunto está en elegir la más fecunda en consecuencias para clasificar las fuentes. La ley es una condición común a todas las obligaciones y por consiguiente es una condición que no presenta utilidad en ese aspecto. En cambio, la diferente forma o intensidad en que intervienen las voluntades privadas, permite llegar a una clasificación útil de las fuentes, que para DEMOGUE es la siguiente: 1. Contrato—intervención de las voluntades de deudor y acreedor— 2. La voluntad unilateral del deudor.— 3. Los hechos ilícitos, o sea delitos y cuasidelitos; en los primeros interviene la voluntad dolosa y en los segundos la voluntad culposa del deudor.— 4. Cuasi-contrato, en que la intervención de la voluntad del acreedor es más decisiva en la creación de la obligación, en muchos casos.— 5. El simple hecho, prescindiendo de la voluntad, como la obligación alimenticia entre parientes, que emana del simple hecho del parentesco sin intervención de la voluntad;

corresponden a las obligaciones que tienen por fuente la Ley. Estas doctrinas de contenido amplio son las que más satisfacen.

67.—CONCLUSION.— Cualesquiera que sean las doctrinas sobre las diversas fuentes de las obligaciones entre nosotros no cabe la discusión por el texto claro del Art. 1493 que las agrupa en cinco clases. Y acaso se las podría reducir a cuatro, porque podríamos comprender el delito y el cuasidelito bajo la denominación de "hechos ilícitos", pues estas dos fuentes producen idénticos efectos no diferenciándose sino en que el delito requiere dolo y el cuasidelito sólo culpa.

68.—CONCORDANCIA ENTRE LOS ARTICULOS 1493, 613 y 2303.— Estos 3 Arts. se refieren a las fuentes de las obligaciones, tratando formalmente de ellas el primero de los citados. Del Art. 1493 aparece que las fuentes de las obligaciones son las 5 ya enumeradas. Pero el Art. 613 parece que estableciera sólo dos: el hecho voluntario del deudor y la Ley. Y el Art. 2303 acaso insinúa otra clasificación, pues según él, las obligaciones se contraen con convención o sin convención; y éstas a su vez nacen, o de la Ley o del hecho voluntario de una de las partes; y estas últimas a su vez pueden ser cuasicontratos, delitos, cuasidelitos. ¿Hay desarmonía entre estos artículos? De ninguna manera. Son armónicas sus disposiciones y vienen a complementarse unas con otras para contribuir a esclarecer más la cuestión. En efecto, según el Art. 613 las fuentes pueden ser: el hecho del deudor o la Ley; y el Art. 2303 viene a aclararnos que ese hecho puede darse en una convención o en otra forma que no sea convención; y que no habiendo convención pueden también nacer las obligaciones de la Ley o de un hecho voluntario no convencional; y que el hecho no convencional puede ser cuasicontrato, delito o cuasidelito, llegando así a la enumeración sucesiva que hace el Art. 1493. Un cuadro sinóptico nos permitirá ver con toda la claridad posible la correlación que existe entre los tres artículos citados:

Hecho del deudor	Convención o contrato	Hecho voluntario de una de las partes	Lícito —	Contrato
	No convencional		Ilícito	Cuasicontrato Delito Cuasidelito
Ley		Ley		Ley

69.—CONCEPTO DE LAS DIVERSAS FUENTES DE OBLIGACIONES.— CONTRATO O CONVENCION.—Es la principal fuente de las obligaciones, y según el Art. 1494 “es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Pero es indispensable añadir que ese acto consiste en el “concurso real de las voluntades de dos o más personas”, como dice el Art. 1493. A “real” se opone ficticio o simulado (por ej. venta ficticia).

70.—CUASICONTRATO: Con los elementos que nos proporcionan los textos legales de los Arts. 1493, 2303 y 2305, podemos dar el siguiente concepto: “Es un hecho jurídico, voluntario, no convencional, lícito, por el cual una persona se obliga para con otra u obliga a otra persona, sin el consentimiento de ésta”. De este concepto se desprende que los cuasicontratos pueden obligar a la persona que ejecuta el hecho voluntario u a otra persona que no lo ha ejecutado, como sucede en el caso del cuasicontrato de agencia oficiosa (Ats. 2305 y sgtes); y por consiguiente no es exacto lo que dice el Art. 1493 que en todos los cuasicontratos la obligación nace del hecho voluntario de la persona que se obliga. En este punto es también algo oscura la redacción del C. C. porque parece que la fuente de la obligación es propiamente el “hecho voluntario de la persona que se obliga”, y que de esta fuente no son sino ejemplos la aceptación de una herencia o legado y todos los cuasicontratos. Pero los antecedentes históricos nos dan base para sostener que la fuente son propiamente los cuasicontratos, de los cuales la ley no hace una enumeración taxativa, cuasicontratos entre los cuales se cuentan la aceptación de una herencia o legado, así

como entre aquellos la contaban las Instituciones de Justiniano (haereditatis aditio) (Instit. Lib. III, Tit. XXVII, V), y las Partidas. La aceptación de una herencia o legado impone al aceptante, o sea al que ejecuta el hecho voluntario de la aceptación, la obligación de pagar las deudas testamentarias. La aceptación de una herencia no es fuente de obligación con respecto a las deudas hereditarias que viene obligado a pagar el aceptante, pues tales deudas nacieron ya en vida del causante que las contrajo y el heredero simplemente sucede en ellas.

Pero es fuente de obligación con respecto a las deudas testamentarias, que se imponen en el testamento, que no las contrajo el difunto y sí el heredero o legatario aceptante (ver Arts. 1162 y 1416) Así, dice POTHIER: “Por ejemplo, la aceptación que un heredero hace de una sucesión es un cuasi-contrato enfrente de los legatarios: pues es un hecho permitido por las leyes, que obliga al heredero para con los legatarios, a pagarles los legados señalados por el testamento del difunto, sin que haya intervenido convención alguna entre este heredero y los legatarios”. (Tratado de Obligaciones, N° 113).

No hay que entender este artículo 1493 en el sentido de que se pueda definir la aceptación de la herencia (o legado) como un cuasicontrato o fuente de obligaciones, pues no es este su fin propio sino el de hacer definitiva la calidad de heredero (o legatario) y solo resulta un efecto que puede producirse o no el de obligar al asignatario con respecto a otros asignatarios o a los acreedores testamentarios, pues no siempre habrá los unos o los otros; efecto que por otra parte se producirá normalmente aún cuando no sea esencial a la aceptación. En

la aceptación de una herencia testamentaria no existe ni mucho menos contrato. Podría acaso decirse que en el acto por el cual el testador asigna y el heredero acepta hay un concurso real de voluntades que constituye un verdadero contrato. Pero no es así. En el contrato la obligación nace en razón del concurso de las voluntades, pero en el caso de la aceptación de la herencia testamentaria es la muerte del testador el hecho que desempeña el papel primordial y sin el cual nada significarían las voluntades de testador y aceptante en orden a obligar a éste mediante el acto de la aceptación. (sobre la aceptación véanse, principalmente los Arts. 1281 a 1290 y 1295).

EL CUASICONTRATO ¿ES UN HECHO O UN ACTO JURIDICO?

Lo hemos definido como un hecho jurídico, y hecho es según los Art. 1493 y 2303. Pero el hecho jurídico es un concepto genérico que abarca como una especie al acto jurídico; el contrato es esencialmente y siempre un acto jurídico. ¿Lo será también el cuasicontrato? Creemos que no es esencial al cuasicontrato la calidad de acto jurídico; por ej. en el pago de lo no debido, el que recibe (accipiens) está obligado a restituir en virtud del acto de haber recibido indebidamente; este es un hecho jurídico y acto humano, pero no es un acto jurídico porque no es esencial a él que se haya recibido con la intención de restituir, sino más bien al contrario, con la intención de quedarse con lo recibido; la comunidad puede producirse sin la intención de producirla por parte de los comuneros, etc. Con todo, no queremos decir que no pueden existir cuasicontratos que sean actos jurídicos; si incluimos en su noción la declaración unilateral de voluntad, éste es un acto jurídico. La aceptación de una herencia o legado también lo es, aun cuando creemos que en ella el efecto de obligar al aceptante al pago de las deudas testamentarias, se produce más bien ex-lege que ex-voluntate, siendo lo propio que el acto jurídico produce sus efectos ex-voluntate, y el cuasicontrato —al menos por regla general— ex-lege; por ello dice POTHIER: (ver N° 114 — Tratado de las Obligaciones) “En los contratos, el consentimiento de las partes contratantes es lo

que produce la obligación; en los cuasicontratos, no interviene consentimiento alguno, y es la ley sola o la equidad natural lo que produce la obligación”...

Pero debemos observar que no es la ley sola o la equidad natural suficiente; en los cuasicontratos siempre encontraremos además un hecho, generalmente voluntario, pagenerar la obligación, en el sentido en que ya se ha explicado.

Digamos también, que esta fuente de obligación se la considera en crisis, la combate la doctrina y la desechan muchos códigos modernos. Su misma denominación se presta a confusiones, pues parece que se tratara de algo que se asemeja a los contratos, y es en realidad cosa enteramente distinta. Dentro de ella se incluye una serie de hechos de difícil clasificación. Sin embargo, yo encuentro que esta amplia receptividad de esta fuente es una ventaja que abona en su favor. Su fundamento principal se encuentra en el sencillo principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena, y esta idea es la que informa o se encuentra en el fondo de todos los cuasicontratos.

71.—DELITO.— Sobre la base de los textos de los Arts. 1493, 2303, podemos dar de esta fuente el siguiente concepto: “Es un hecho jurídico voluntario, no convencional e ilícito, cometido con la intención de dañar y por el cual se ha inferido injuria o daño a otra persona y que obliga a su autor a indemnizar a quien lo ha padecido”. Con este concepto ponemos de relieve el aspecto subjetivo (intención de dañar), el aspecto objetivo (injuria o daño) y el efecto (obligación de indemnizar), elementos que hemos tomado de los Arts. citados.

72.—CUASIDELITO.— Sobre la base de los mismos textos legales podemos decir que es: “Un hecho jurídico voluntario, no convencional e ilícito, cometido sin la intención de dañar, y que ha inferido injuria o daño a otra persona y que obliga a su autor a indemnizar a quien lo ha padecido”. Como se ve, entre delito y cuasidelito no hay otra diferencia que la del aspecto subjetivo, siendo idénticos en lo objetivo y en los efectos, por lo cual se puede comprender a estas dos fuentes bajo la denominación genérica de “hechos ilícitos”.

73.—LEY.— Está definida en el Art. 1º. Por el mismo ejemplo que pone el C.C. en el Art. que comentamos, se ve que las obligaciones que tiene por fuente a la Ley son las de familia y en general aquellas que nacen de un simple hecho, sin referencia a la voluntad particular como en las otras fuentes, según ya expusimos al tratar de la doctrina de DEMOGUE.

74.— CABE EN NUESTRA LEGISLACION CONSIDERAR ALGUNA OTRA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES, ADEMAS DE LAS ENUMERADAS EN EL ART. 1493.—La Jurisprudencia se ha pronunciado sobre este punto, pues la Corte Suprema ha resultado en una sentencia que no hay más fuentes de las obligaciones que las enumeradas en el Art. 1493. (G. J. VI-7 de Marzo 5, 1941) y acaso da a entender de esta manera que la enumeración es taxativa (54). Frente a un texto legal semejante al nuestro, en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español. (S. Abril 25, 1924) (55). Sin embargo, existe una fuerte corriente doctrinal, particularmente en la escuela alemana, que admite una fuente más, a saber, la "declaración unilateral de voluntad", de la que vamos a tratar en seguida.

75.—LA DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD.—En el Derecho Romano, por excepción, se reconocían dos casos en que la sola voluntad del deudor tenía fuerza vinculante: la "policitatio", que era una promesa hecha en favor del Municipio en agradecimiento a un honor recibido u otra causa semejante; y el "votum", que era la promesa a favor de los dioses con un fin piadoso. De estos casos se aprovechó la escuela alemana para sostener que una persona tenía poder suficiente para imponerse una obligación, para obligarse por sí sola, sin necesidad del concurso de otras voluntades.

Ya hemos visto que en el contrato la obligación nace del concurso real de las voluntades de dos o más personas. Aquí se trata

(54) CORTE SUPREMA, G. J. VI-7.— Ver comentario de PEREZ GUERRERO, "Jurisprudencia Civil Ecuatoriana, Tomo II.—

(55) Cit. Anotaciones a Enneccerus, Derecho de Obligaciones Vol. 1, pág. 140.— por PEREZ y ALGUER.

de saber si es posible que nazca una obligación de la declaración unilateral de voluntad, aun cuando no sea conocida ni aceptada por la persona a quien se dirige la declaración. Y antes de seguir adelante debemos aclarar: 1º.—No tratamos de que si la declaración unilateral produce, en general, efectos jurídicos, pues es claro que ciertas declaraciones unilaterales los tienen, por ej. la revocación de un mandato, la facción de un testamento, la renuncia de una herencia. Queremos saber, específicamente, si puede producir el efecto jurídico particular de crear una obligación. 2º.—No debemos confundir "declaración unilateral de voluntad con la expresión que usa el C.C. "hecho voluntario de la persona que se obliga", pues éste puede ser una declaración unilateral de voluntad. En ésta existe "voluntad de obligarse" en el sentido en que se emite la declaración y con la intención de contraer una determinada obligación. En el hecho voluntario de la persona que se obliga, si bien existe "voluntad que obliga", no hay "voluntad de obligarse" por ej., en el pago de lo no debido, el que ha recibido algo que no se le debía contrae la obligación de devolver; en recibir hay un hecho voluntario, hay voluntad que obliga; pero no hay la voluntad de obligarse a devolver en quien recibe lo que no se le debe, pues de existir esta intención normalmente, no lo recibiría. Agreguemos a esto que en la declaración unilateral de voluntad además de haber, como nota característica, voluntad de obligarse, hay también desde luego voluntad que obliga. No así en el hecho voluntario donde no existe sino voluntad que obliga.

Aclarando así el asunto, pasemos a ver las dos posiciones extremas que existen en la doctrina con respecto a la declaración unilateral de voluntad.

a) Según una doctrina, se acepta la declaración unilateral como fuente de las obligaciones y llega al extremo de afirmar que en definitiva es la única fuente de las obligaciones, sin dar importancia al concurso de voluntades, pues la razón de obligarse está, según esta doctrina, en haber declarado la voluntad de obligarse.

b) Frente a esta doctrina hay otra diametralmente opuesta, para la cual la decla-

ración unilateral no puede ser fuente de las obligaciones, y para sostener esto se funda principalmente en el argumento de que nadie puede adquirir derechos contra o sin su voluntad; por consiguiente no se puede prescindir de la voluntad del acreedor.

Entre estas doctrinas hay una intermedia que acepta la declaración unilateral como fuente de obligaciones únicamente en aquellos casos en los cuales así lo exige el tráfico jurídico, como son las ofertas de contrato, las promesas de recompensa, los títulos a la orden y al portador. Esta doctrina ha sido acogida por algunos códigos modernos.

En nuestro concepto hay que estudiar este asunto desde el punto de vista filosófico y desde el punto de vista de nuestra legislación.

Filosóficamente, no se opone a ningún principio filosófico ni moral el que una persona se obligue por su sola voluntad, pues ésta tiene poder suficiente para determinar nuestra conducta y nuestros actos. Pero la fuerza vinculante de esta declaración unilateral depende de si puede ser revocada, porque de ser así, la revocabilidad es contraria a la idea de vínculo. Consideramos que una vez manifestada la voluntad de obligarse, debe ser irrevocable, porque esta declaración puede promover en otras personas un interés, que las determine a realizar una modificación en su patrimonio o en su actividad (gastos, etc.) que les da suficiente título para exigir el cumplimiento de la obligación que ha prometido el declarante; y además, porque socialmente sería inconveniente la falta de seriedad, que restaría toda eficacia, toda confianza social, a la declaración unilateral si fuera revocable. Por ej., desde el momento en que se ha hecho pública una oferta de recompensa, para quien descubra el remedio de una enfermedad, ya no se la puede revocar, porque este ofrecimiento puede determinar a los científicos a realizar estudios, gastos, etc. para hacerse acreedores al premio. Pero aún en el caso de que alguien que sin saber de esta promesa hubiese realizado los requisitos para su obtención, tiene derecho a exigirla.

En nuestra legislación se pueden citar algunos casos en que la declaración unilateral es fuente de obligación, por ejemplo:

a.—La oferta de un contrato: hecha ésta,

hay cierto plazo dentro del cual la persona a la cual va dirigida la oferta debe contestar. Durante este plazo y mientras no haya aceptación no hay sino voluntad unilateral del que hizo la oferta. Si en este tiempo se retracta el oferente, contrae la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fué dirigida la propuesta hubiere hecho y los daños y perjuicios que hubiere sufrido (Art. 144 C.Cm.) Ahora bien, ¿por qué está obligado a esta indemnización el oferente que se retracta? No porque no haya cumplido el contrato ofrecido, pues éste se forma aún por falta de aceptación. Sin porque desde el momento en que hizo la oferta contrajo la obligación de mantenerla hasta recibir la respuesta. Y es el incumplimiento de esta obligación el que le acarrea la de indemnizar. Hay autores que dicen que la fuerza vinculante de la oferta no nace de la declaración unilateral de voluntad, sino que una persona queda obligada a mantener su oferta en razón de que crea una fase pre-contractual, cuya fuerza nace del poder vinculante del contrato prometido.

b)—Los títulos a la orden y al portador están admitidos por nuestra Ley. Si a éstos se consideran casos de declaración unilateral de voluntad, serían otros en que también la reconocería nuestro Derecho Positivo como fuente de obligaciones.

c.—En el Art. 665 se cree ver un caso de oferta de recompensa que obliga en virtud de la declaración unilateral de voluntad.

Pero aceptando nosotros la existencia de la declaración unilateral como fuente de las obligaciones ¿nos divorciamos de la solución dada por la jurisprudencia nacional? A mi parecer no, porque tal declaración puede incluirse en la expresión "hecho voluntario de la persona que se obliga" de que nos habla el Art., 1493, sólo que éste es un hecho voluntario particular que implica voluntad de obligarse; y así la declaración unilateral podría caber dentro de la fuente llamada cuasicontrato cuya amplitud es muy grande en nuestro código, y con cuyo nombre pueden designarse muchas fuentes de obligaciones que no encajan en el contrato, ni en el delito, ni en el cuasidelito, ni en la Ley, como fuente. Con esta solución nos conciliamos con la jurisprudencia. Después de todo, es sólo cuestión de nombre.

SUMARIO

DEL ESTUDIO SOBRE EL CONCEPTO DE LA OBLIGACION

En el N° 9 de esta Revista:

CAPITULO I.— INTRODUCCION

1.—Sistematización sobre la base de la doctrina de Aristóteles sobre la causa. 2.—Importancia del concepto de la obligación. 3.—Acepciones de la palabra "obligación". 4.—Definición de Obligación. Definición etimológica y definición real. Causas intrínsecas y extrínsecas. 5.—Concepto correlativo: El Derecho personal o crédito.

ANALISIS DE LA DEFINICION:

Capítulo II.— Causa o Elemento Material.

6.—Elementos primos. 7.—1º. Elementos personales o subjetivos: las partes a) Parte o sujeto pasivo, el deudor. Tratamiento favorable. b) Parte o sujeto pasivo, el acreedor. 8.—Cuestiones: Primera: El acreedor es puramente acreedor y el deudor es sólo deudor? 9.—Segunda: ¿Hay derecho de pagar? 10.—Doctrina de PEÑAHERRERA. Discusión. 11.—Doctrina de ENNECCERUS.— Consecuencias. 12.—Excepciones. 13.—Requisitos de las partes. 14.—Parte determinada. 15.—Parte determinable, sujeto futuro. 16.—La Obligación y el derecho real. 17.—Derecho personal inscrito. 18.—Teoría antijuridista. 19.—2º Elemento real u objetivo, la prestación. 20.— a) El objeto inmediato. 21.— b) El objeto mediato. 22.—Requisitos de la prestación. Reducción de los requisitos sobre la base del Art. 1517 a dos: determinación y posibilidad. 23.— a) Determinación. 24.— a') Prestación determinada. 25.— b') Prestación determinable. 26.—Determinación por tercero. 27.— b) Posibilidad. 28.— a') Física y futura. 29 b') Moral o lícitud. 30.—Jurídica. 31.—Realidad o existencia, presente y futura. 32.—Incomerciability, relativa y absoluta.

CAPITULO III.— CAUSA O ELEMENTO FORMAL

33.—El vínculo jurídico. 34.— A) Naturaleza. 35.—1º Verdadero vínculo. 36.— 2º vínculo moral. 37.—3º Vínculo social. Alteridad. 38.— 4º Vínculo jurídico. 39.— a) Su formación. 40.— b) Su sanción. Acción, coacción y aseguramiento. 41.—La protección al cumplimiento. 42.— Facultad de exigir en

la obligación natural y doctrina de la actuación potestativa. 43.—Otros efectos de la obligación natural. Resolución en contratos bilaterales que las producen. 44.—La acción es normal no esencial al vínculo. 45.— B) Objeto. 46.—Deuda o schuld. 47.—Responsabilidad o haftung. Prisión por deudas.—Responsabilidad patrimonial universal, específica y limitada. Patrimonio y actividad o fuerza de trabajo en la responsabilidad. 48.—Coexistencia de deuda y responsabilidad.— 51.— Deber moral y obligación.

En el número 10 de esta revista:

CAPITULO IV.— CAUSA FINAL

52.—El fin o causa final de la obligación. Generalidades. 53.—Derecho de Obligación y otros derechos privados, especialmente de familia. 54.— El interés del acreedor. 55.—Clases de Interés. 56.—La cuestión de la indemnización por la insatisfacción del interés moral: posibilidad en la legislación ecuatoriana sobre la interpretación del Art. 164 C. P. C. y la aplicación de la cláusula penal. Otras sugerencias. 57.—El interés es de carácter privado. 58.—El interés debe ser digno de protección. 59.—Distinción entre causa final del acto y causa final de la obligación.

CAPITULO V.— CAUSA EFICIENTE

60.—La causa eficiente de la obligación. 61.— Las fuentes de la Obligación, Art. 1493 C.C. Iniciación de su comentario. 62.—Noticia histórica: GAYO. 63.—Doctrina alemana. 64.—Doctrina bipartita de PLANIOL. 65.—Doctrina tripartita de COLIN Y CAPITANT. 66.—Doctrinas de contenido amplio: DEMOGUE. 69.—Concepto de las diversas fuentes de obligaciones. Contrato o convención. 70.—Cuasicontrato. Obscuridad e inexactitud del texto legal. Sentido en que lo es la aceptación de herencia o legado. Crisis.— ¿Es un hecho o un acto jurídico? 71.—Delito 72.— Cuasidelito. 73.—Ley. 74.—¿Cabe en nuestra legislación considerar alguna otra fuente de obligación? Jurisprudencia. 75.—La Declaración unilateral de voluntad. Doctrinas.— Posibilidad filosófica. Casos en que probablemente se presenta en nuestro Derecho positivo. ¿En cuál de las fuentes que enumera el Art. 1493 se la podría incluir? La expresión "hecho voluntario de la persona que se obliga".

La Condención del Dolo Futuro

DR. L. NEFTALI PONCE

Es frecuente la inclusión en ciertos contratos de cláusulas por las cuales una de las partes exonera a la otra de responsabilidad por cualquier grado de culpa o negligencia. Así, por ejemplo, tenemos a la vista un contrato de transporte que dice textualmente: "Se conviene también en que, si los propietarios de la nave han puesto la debida diligencia en habilitarla para la navegación y la han dotado del personal, equipos y elementos adecuados, dicha nave, sus propietarios, agentes o empleados, no serán en caso alguno responsables por pérdida o daño que sufiere la carga transportada en cámaras de refrigeración, sea que ello se deba a defecto o insuficiencia en la maquinaria en las cámaras, o en los materiales empleados en el proceso de refrigeración, aunque esa pérdida o daño tenga por causa la negligencia, falta, error de juicio del piloto, oficiales, ingenieros, tripulación, o cualesquiera otros empleados de los propietarios de la nave".

Tenemos en la anterior una cláusula cuya segunda parte desdice radicalmente lo que se establece en la primera. Mientras en ésta se compromete la diligencia necesaria para el buen cumplimiento del servicio de transporte que se contrata, en la segunda parte de la cláusula se conviene en que puede faltar esa diligencia y ceder su lugar a la negligencia misma, y en que los daños y perjuicios que se derivaren de ésta no serán imputables a nadie. Lo que equivale a una autorización contractual que permite la comisión de dolo al amparo de la impunidad. En una expresa condonación del dolo futuro.

Pero, nos preguntamos, ¿cabe tal condonación dentro del sistema de la ley ecuatoriana? La respuesta tiene que ser negativa: una cláusula como la que hemos copiado, debe ser tenida por nula en cuanto determina la irresponsabilidad por un acto u omisión dolosos.

El Art. 633 del Código de Comercio establece la responsabilidad civil del capitán por culpa, impericia o negligencia en el cumplimiento de sus deberes. Y el art. 637 le declara responsable del deterioro o pérdida que sufre la nave o el cargamento, a menos que provengan de vicio propio de la cosa, o de culpa del embarcador, de casos fortuitos o de fuerza mayor. A su vez, el Art. 628 responsabiliza a los propietarios de nave de los actos del capitán y de las obligaciones que contraiga con relación a la nave y a la expedición. De acuerdo con el Código Civil, la responsabilidad estatuida en estas disposiciones alcanza a la culpa leve, ya que "culpa o descuido", sin otra calificación, significa culpa o descuido leve". (Código Civil, Art. 34). ¿Se podrá exonerar contractualmente de responsabilidad por culpa leve? Creemos que no; y, desde luego, parece indiscutible que no es procedente la exoneración de responsabilidad por culpa grave: "que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios" (Cod. Civil, Art. 34). Y añade la ley que la culpa grave "en materias civiles, equivale al dolo", el cual consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

La culpa grave, negligencia grave, culpa lata, constituye un delito civil, porque se la equipara a la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Repugna la exoneración anticipada de responsabilidad por un delito futuro, por un hecho ilícito voluntario que causa daño apreciable en dinero.

El Doctor Luis Felipe Borja, en sus Estudios sobre el Código Civil Chileno, dice que: "La Justicia no permite en ningún caso se exonere a nadie de la responsabilidad

proveniente de no emplear en los asuntos ajenos al esmero del buen padre de familia". Y el jurista chileno Don Luis Claro Solar se expresa así: "La responsabilidad que impone el dolo es perfectamente clara e imperiosamente exigida por la justicia, porque nadie puede aprovecharse de su propio delito y no indemnizar el daño que ha tenido la intención positiva de causar".

Si por la naturaleza de la falta no es admisible la anticipada exoneración de responsabilidad por negligencia, conviene investigar si realmente no existe en la ley ecuatoriana una disposición expresa prohibitiva de aquello; o, lo que es lo mismo, si lo que hemos sostenido se desprende del sistema legal nuestro, mas no tiene a su favor una expresa norma de derecho positivo.

Creemos a este respecto que el Art. 1521 del Código Civil nos dá la respuesta adecuada. Dice: "El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale".

No pueden ser ni más claras ni más terminantes las palabras finales de ese artículo: "La condonación del dolo futuro no vale"; y sólo encontramos una limitación posible en cuanto a su alcance. Se podrá decir que este artículo se refiere exclusivamente al caso de una cuenta aprobada o se puede sostener que es una disposición general respecto de la condonación del dolo futuro. En el primer caso de interpretación la solución la encontramos en el Art. 13, regla 7ª del propio Código, que dispone que a falta de ley se aplicarán las que existen sobre casos análogos. En consecuencia, por

extensión analógica se aplicaría al contrato de transporte la prohibición de condonar el dolo futuro. En la segunda interpretación, la cosa es más directa y sencilla, se considera simplemente que el Art. 1521 prohíbe toda condonación de futuro dolo. Este punto de vista sostienen los juristas chilenos Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undarraga, quienes escriben: "El perdón o renuncia anticipada del dolo no vale; adolece de objeto lícito. Y así, por ejemplo, no se puede estipular en un contrato que si la otra parte deja de cumplirlo dolosamente, no podrá ejercerse acción en su contra; tal cláusula sería nula. El dolo sólo puede perdonarse una vez cometido o conocido por la otra parte. De otra manera sería corriente la inserción en los contratos de una cláusula liberatoria del dolo. Por eso el Art. 1465 (del Código Civil de Chile, que corresponde al 1521 del ecuatoriano), dispone que la condonación del dolo futuro no vale".

En conclusión, creemos que no cabe ante la ley ecuatoriana la anticipada exoneración de responsabilidad por negligencia grave, ya que tal falta equivale al dolo y constituye delito civil y la condonación está desconocida por el Art. 1521 del Código Civil; y que tampoco cabe la exoneración de responsabilidad por culpa leve, porque compromete la moral y el orden público la autorización para que alguien maneje negocios ajenos o atienda bienes ajenos sin la diligencia o cuidado ordinario: el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de la culpa leve.

La Terminación del Contrato del Trabajo

"POR LAS CAUSAS LEGALMENTE DETERMINADAS EN EL CONTRATO" (Art. 106 n. 1), Y APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DEL ABUSO DE DERECHO. DERECHO.

Por el P. CARLOS VELA M., S. J.
Profesor de Derecho del Trabajo en U. C.

1. La norma del Art. 106 N. 1, que dejamos transcrita en el Título, constituye la derivación lógica del principio de derecho: "Pacta sunt servanda", consagrado en el Art. 1601 de nuestro Código Civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Como se ve, el acuerdo es perfecto entre la norma laboral que comentamos y la que dejamos citada del Derecho común; de tal suerte que, aplicando los términos de este último, podríamos decir: "toda causa de terminación del contrato legalmente determinada es una ley para los contratantes".

Mas, he aquí que esta misma perfecta concordancia despierta una inquietud. ¿No estaremos manteniendo en esta norma del Código del Trabajo el individualismo del antiguo derecho civil, que a título de absoluta igualdad en el contrato, abandonaba a sus propias fuerzas a la parte más débil, condenándola de este modo a ser víctima indefensa de una ficticia libertad contractual?...

Así lo comprendió la actual Ley Española sobre contrato individual que, conservando esta causa de terminación constante en la ley del 31, introdujo sin embargo una modificación importantísima con la que se destacó la profunda diferencia entre el contrato de trabajo y los clásicos contratos del derecho común. Dice así:

Art. 76. "Los contratos de trabajo terminarán por alguna de las siguientes causas: Primera. Las consignadas válidamente en el

contrato, salvo que el ejercicio de la facultad contractual constituya manifiesto abuso de derecho por parte del empresario".

De este modo se pone en claro que si bien en los contratos del derecho común, "es válida la libertad de estipulación, sin otros límites que las leyes y, en parte, la moral o las buenas costumbres; en cambio, en las relaciones laborales, aun convenida la terminación de un contrato en su estipulación inicial, dentro de condiciones que no sobrepasan aquellos límites, puede ocurrir que la cláusula contractual de extinción entraña una especie de desigualdad jurídica. Es decir, que si del sentido de la referida cláusula se deduce que las facultades conferidas al patrono para dar por terminado el contrato son abusivas, dicha parte del contrato será nula". (Pérez Botija, El Cont. de Trab. pág. 253).

Así corrige la Ley española esa "irritante desigualdad" que dominó en la época de la "dictadura contractual del empresario". Si éste, como observa el autor antes citado, ha celebrado un contrato prevaleciéndose de su posición de superioridad, imponiendo condiciones para darlo por terminado cuando al mismo plugiere, dicho contrato, aunque aparentemente sea de válida estipulación, en el fondo entraña vicios del consentimiento.

Según Pérez Leñero, la nueva redacción del precepto admite la equidad y la justicia como norma superior a la voluntad de las partes; e importa (Hernáiz Márquez o c. pág. 268) en definitiva una aplicación al Derecho del Trabajo de la tan interesante

doctrina general sobre **abuso del derecho**.

Mas es verdad que la expresión "manifiesto abuso de derecho," puede suscitar controversias en torno a la recta aplicación de la norma; ya que ésta, si bien en su primera parte, que es la única consignada en nuestro Código, no da lugar a dudas, pues la frase: "causas legalmente determinadas en el contrato", (texto ecuatoriano), en forma clara indica que **esas causas se considerarán válidamente estipuladas si no contrarían las disposiciones del Derecho In-boral**, pero en la segunda parte de la norma: "salvo que el ejercicio de la facultad contractual constituya manifiesto abuso de derecho. . . ." es muy difícil encontrar una respuesta precisa y categórica sobre cuáles sean las circunstancias especiales que implican ese abuso del derecho, con lo cual —así se puede argüir— se abrirá ancho margen a la arbitrariedad judicial, toda vez que será incumbencia del Juez determinar en cada caso si se dan o no esas circunstancias especiales.

La misma noción de "abuso del derecho", aun cuando ya va adquiriendo contornos definidos, es todavía materia de controversia entre los juristas de las diversas ramas. "Cuándo se puede decir en efecto, que un sujeto abuso de su derecho, incurriendo por ello en responsabilidad civil?... 2. De acuerdo con el exagerado concepto de libertad, proclamado en forma irrestricta por la filosofía francesa del siglo XVIII, se creyó por mucho tiempo que el principio **qui iure suo utitur neminem laedit** vedaba en forma absoluta el que se pudiera responsabilizar al titular de un derecho por el uso que de él hiciera.

La misma definición de **dominio o propiedad** que trae el Art. 616 de nuestro Código Civil: "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno", muestra a las claras que la facultad se extendía aun al uso arbitrario, sin más barreras que la ley o el derecho de los demás.

Pero en los últimos años, la jurisprudencia principalmente, y también la doctrina jurídica, fueron poniendo al descubierto que ese libre arbitrio en el uso del derecho im-

portaba a veces verdaderas injusticias que había que corregir o atenuar; y surge así la **teoría del abuso del derecho** de la que no se habló siquiera en el siglo XIX.

Hay sin embargo quienes quieren reivindicar la mayor antigüedad de esta doctrina sosteniendo que se encontraba latente en los principios **alterum non laedere y suum cuique tribuere** tales como los entendieron y aplicaron los jurisconsultos romanos, quienes ni soñaron en la definición de dominio considerado como **ius abutendi**, obra posterior de los comentaristas y glosadores.

La verdad es que sorprende a primera vista el intento de esta doctrina: que el titular de un derecho no pueda ejercerlo a su arbitrio, sino que debe someterse en su ejercicio a límites sancionados con la nulidad del acto.

Mas no podrá ser la Ley la que defina el buen o mal uso que se puede hacer de un derecho, ya que escapa al carácter abstracto y apriorístico de sus normas la noción esencialmente concreta que ello importa; deberá hacerlo el Juez quien, llamado a conocer del caso concreto, podrá apreciar si se usó o no del derecho dentro de los límites de lo lícito.

Se ha observado (Jean Brethe de la Gressave, Introducción Generale a L'Etude du Droit, pág. 403) que esta apreciación por el Juez, supone el examen no del acto en sí mismo, sino en la intención del actor o titular del derecho, es decir, supone una investigación de carácter psicológico. ¿Cómo hacer este examen?...

El Escritor antes citado señala al efecto tres teorías:

1) La primera, llevando la investigación psicológica hasta su último extremo, pretende descubrir el abuso del derecho en los **móviles personales** que han determinado al actor a usar de su derecho de tal o cual manera.

2) La segunda, más superficial en su examen de introspección, juzga del valor del acto en relación con el **fin social** de la institución, es decir, del fin perseguido o intentado por el legislador al reglamentar el derecho; y

3) finalmente, la tercera teoría trata de caracterizar el abuso del derecho refiriéndose a la **noción de interés**, puesto que el inte-

ría es fundamento del derecho. Hay entonces abuso del derecho cuando el titular ha usado de él sea sin ningún interés legítimo, sea en vista de un interés que no es el sancionado por la ley.

Analizándolas a la luz de los conceptos de *finis operis* y *finis operantis* de la Filosofía escolástica, no hay duda que la de los móviles, sostenida por Josserand (*Theorie dite de l'abus des droits*, Paris 1927), atiende al *finis operantis*, esto es, a lo que intenta al ejercer su derecho el titular del mismo. Busca el abuso del derecho en elementos enteramente subjetivos, y pretende en cierto sentido escudriñar la conciencia del actor para invadir la esfera de la moral.

Las dos teorías restantes, son a saber, la del fin social de Saleilles y Geny y la del interés (Lalou, Colin y Capitant), consideran un aspecto parcial del *finis operis*, pues la una atiende al fin e interés social, y la otra al fin o interés individual, fines ambos que, armónicamente enlazados, persigue, en materia laboral al menos, el ejercicio de un derecho.

Hemos sostenido que en las instituciones laborales de tal manera se entrecruzan el interés social con el interés individual, o en otros términos, el carácter público con el privado, que no es posible aislarlos sin destruir la institución misma; por lo cual, para encontrar el abuso de un derecho laboral debería atenderse conjuntamente a los dos aspectos: a su finalidad social e individual, que armónicamente integran el *finis operis*.

3. No se puede negar que han sido la jurisprudencia francesa, y la alemana sobre todo después del Art. 226 del Código Civil, las que más impulsaron la teoría del abuso del derecho.

La jurisprudencia francesa siguió dos caminos paralelos: en el Derecho Administrativo por medio del Consejo de Estado, que admite el recurso del **abuso de poder** encaminado a obtener la anulación de una resolución administrativa dictada con otro fin que el bien del servicio público; y en el Derecho Civil, mediante la excepción de **abuso del derecho**, consistente en que el titular lo ejercitó, aunque permaneciendo dentro de los límites externos del mismo, haciendo un mal

uso contra el fin legítimo que es su fundamento.

ED este modo, en el campo civil, la jurisprudencia obliga a reparar el daño, considerando como abuso del derecho, en casos como el de un propietario que construye sobre el techo de su casa una falsa chimenea únicamente con el fin de quitar la vista al vecino.

En materia laboral, sobre todo tratando de las relaciones entre patronos y sindicatos obreros, esta jurisprudencia ha considerado las medidas de coerción (huelga principalmente) como reguladores cuando están justificadas por la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores; y, por el contrario, ha juzgado que constituyen un **abuso del derecho** cuando se originan por un fin de hostilidad, por un deseo de venganza. Quizá esta jurisprudencia francesa estimula a Benítez de Lugo a reclamar de la norma española (Art. 76 N° 1) que se limita a considerar el **abuso del derecho por parte del empresario**, cuando con la misma razón debe también reconocerlo si se da por parte del trabajador, como es frecuente para desgracia en los casos de huelga.

También hay una jurisprudencia abundante con respecto a la resolución del contrato de trabajo. El principio es que cada una de las partes puede dar por terminado el contrato; mas esta libertad ha sido limitada por la jurisprudencia, jurisprudencia que quedó consagrada por la Ley de 29 de Julio de 1928, modificatoria del Art. 23 del Libro I del Código del Trabajo. El abuso consiste tanto en la intención de hacer daño (despido de un obrero por ser miembro de un sindicato) como sencillamente en un motivo ilegítimo (despido de un obrero que ha dejado de ser grato). De este modo, la aplicación de la teoría del abuso del derecho constituye en esta materia importante garantía contra la arbitrariedad patronal.

En Alemania, el Código Civil de 1900 dispone en su Art. 226: "Cualquiera que use de su derecho **únicamente con la intención de su derecho únicamente con la intención de dañar a otro**, comete un acto ilícito".

Caso claro de abuso del derecho en el sentido del texto legal, es el citado por Oertmann (Introducción al estudio del Derecho

Civil, Barcelona 1933): el propietario de una casa, en cuyo zaguán se ha refugiado un transeúnte durante una gran tormenta, obliga a éste a salir de allí sin pretexto razonable, por el sólo placer de verlo empaparse en la lluvia torrencial.

Sin embargo, estima Legaz Lacambra (Introducción a la Ciencia del Derecho, pág. 558), y es sin duda la opinión más generalizada, que "la concepción de la disposición alemana era **insuficiente**, aunque sea sólo porque en la práctica no son muchos los casos que se presentan de abuso del derecho en el sentido exigido por el criterio individualista del Código".

Fué pues obra de la jurisprudencia le venir en remedio de la poquedad de la ley. "En una ocasión —lo recuerda el autor antes citado—, el propietario de una finca prohibió a su hijo, con quien estaba enemistado, que entrase en ella, ni siquiera para visitar la tumba de su madre, enclavada en su término. La razón alegada por su padre era que al encontrarse con su hijo surgían altercados que alteraban su salud, ya resentida. No había, por tanto, abuso del derecho en la disposición tomada por el padre, en el sentido del Código Civil. Sin embargo, el Tribunal Supremo del Reich anuló dicha decisión y autorizó al hijo para visitar la finca en los días de fiesta".

Esta célebre sentencia acota Legaz, dictada en 1909, fué el punto de partida de la evolución jurisprudencial y doctrinal alemana en sentido opuesto al individualismo del *ius abutendi* tan reñido con el desarrollo de la teoría sobre abuso del derecho.

Iniciada por este camino, la jurisprudencia alemana ha llegado a conclusiones atrevidas como las varias sentencias del Tribunal Supremo que consideran que el accionista que ejerce abusivamente su derecho de oponerse a los acuerdos de la Junta General para fines egoístas, viola su deber de lealtad social y, por tanto, se opone a la buena fe en el tráfico jurídico, siendo en consecuencia procedente la excepción de abuso de derecho.

4. ¿Hasta dónde va entonces, en el terreno doctrinario, esta figura jurídica de abusos del derecho?....

Alessandri y otros (v. Curso de Derecho

Civil, Nascimento 1945, T. I. pág. 358), algo así como colocándose tímidamente dentro de los límites restringidos que concede al abuso del derecho la norma positiva del Código Alemán, sostienen que tal abuso "es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil; ese abuso no es sino una especie de acto ilícito. Debe, por tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito; habrá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza **dolosa o culpablemente**, es decir, con intención de dañar o sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los actos o negocios propios". Es verdad que el Código Alemán sólo se refiere a la **intención de dañar**; de manera que la **culpabilidad civil** es una ampliación, todavía restringida, que concede Alessandri al abuso del derecho.

Legaz Lacambra concede mucho más. Para él (I. c.) hay abuso de derecho "en la comisión de un acto que, sin constituir infracción del deber estatuido en la norma correlativa, viola el contenido de un principio jurídico fundamental del cual deriva su sentido la norma que se individualiza como facultad y como deber. Así, aun cuando el acto no se halle expresamente "prohibido", sin embargo no es siempre "permitido"; se abusa del poder jurídico que a uno compete usándolo para fines contrarios a los que justifican su existencia en concreto; se abusa de la pretensión (y recordemos entre paréntesis que la **pretensión** es para este autor "la posibilidad de que un acto del sujeto de derecho sea precisamente la causa directa de que el orden jurídico se vuelva contra otro sujeto, haciéndole sufrir las sanciones o consecuencias desfavorables de la infracción de un deber, cuyo contenido ha podido ser fijado o directamente por las normas del Derecho o por la misma voluntad de los sujetos de la relación jurídica") cuando al hacerla condición de la aplicación del Derecho contra un tercero se somete a fines notoriamente egoístas y antisociales. Pero no es preciso que este abuso esté definido como ilícito en la norma que establece la situación básica de derecho subjetivo; sino que la limitación ha de derivar más bien de un principio superior de Derecho que ha hallado cabida en

el sistema jurídico en cuestión, informando todas sus particulares disposiciones”.

Citaremos finalmente la opinión de Benítez de Lugo, que nos interesa aun más por tratarse de un especialista en materia laboral. En su obra (Extinción del Contrato de Trabajo, Editorial Reus, 1945 pág. 77) escribe: “la figura del abuso del derecho debe ser apreciada en cada caso por el Juez, tomando en consideración las circunstancias del negocio, atendiendo en unos a la intención de dañar o a la ausencia de interés económico en el actor del acto, o a la falta de motivo legítimo, y en otros, observando el exceso del ejercicio del derecho, que al traspasar los límites de él, impone al autor del abuso la indemnización del daño producido. Es una institución basada en la solidaridad humana, que tiende a conseguir que los derechos se ejerzan, no sólo jurídica, sino social, ética y equitativamente, evitando que, a pretexto de usar de nuestro derecho, penetremos en el ajeno, atentando contra él y causando un daño que es justo y equitativo reparar...”

Cuál sería nuestra solución... Hay que meditarla hondamente. Se trata de una materia sumamente difícil y deleznable. En primer lugar, estamos de acuerdo en que ha de ser el Juez quien resuelva en cada caso concreto si existe o no abuso del derecho; mas rechazamos la opinión de Josserand (aceptada no como exclusiva, sino como complementaria, según parece, por Benítez de Lugo), según la cual la investigación judicial se ha de hacer a base de inquirir los móviles personales del actor. Muchas veces el móvil personal queda enteramente oculto en el secreto de la propia conciencia; y las cerro, es fácil que tomen por caminos muy conjeturas que se puedan hacer para establecerlos.

Por otra parte, todo derecho tiene un aspecto social, un interés social permanente, y soporta, por otro lado, las limitaciones que le impone el derecho de los demás. Su ejercicio queda, pues, lógicamente limitada por tres barreras objetivas: a) el **fin propio** del mismo derecho, que llamamos también el **interés individual**, según el cual no podrá por menos que considerarse como ilegítimo el uso que se haga de tal derecho cuando

atenta contra la dignidad y perfeccionamiento de la persona del titular; b) el **derecho de los demás**, y c) finalmente, el **bien común o interés social**, es decir el bien o interés de toda la sociedad civil, institución natural que persigue la obtención del conjunto de facilidades que ayuden a todos y cada uno de sus miembros a realizar, por lo menos en la medida indispensable, su verdadera felicidad terrena.

Con respecto a concretar lo que constituya abuso del derecho, descartamos desde luego, como elemento extraño a la teoría, el derecho de los demás, barrera que de ser invadida en el ejercicio del propio derecho, da lugar más bien a la **colisión de derechos**: figura específica distinta, en que varios derechos concurren de tal suerte que el ejercicio de uno de ellos imposibilita o perjudica el ejercicio de los otros.

Quedan, en consecuencia, como elementos para determinar el abuso del derecho, las dos limitaciones objetivas: el **fin o interés individual**, y el **fin o interés social**. Si en el ejercicio de un derecho se atentase contra uno solo de estos fines, se daría abuso del derecho; y si ese abuso no perjudica sólo a la propia persona del titular, sino que —sea dolosa o culpablemente— causa de alguna manera perjuicio a otro o la causa a la sociedad misma, puede estimarse que hay lugar a la acción y excepción del abuso del derecho siempre que agregaríamos —el interés perjudicado sea de indiscutible importancia en relación con el beneficio que ha reportado con su uso el titular del derecho.

5. ¿Hay alguna posible aplicación de la teoría del abuso del derecho con respecto a la norma del Art. 106 N° 1 de nuestro Código del Trabajo?...

Recordemos que esta norma existe, sustancialmente idéntica, en la Ley Española del 31, en la que se lee: “Art. 89. Los contratos individuales de trabajo terminarán por una de las causas siguientes:

1ª—Las consignadas válidamente en el contrato”.

He aquí por qué será de interés, como orientación para nosotros, ver qué posibilidades tuvo en la jurisprudencia española, la teoría del abuso del derecho en la apli-

cación concreta de la norma del Art. 89 antes citada.

Al respecto, la verdad es que la jurisprudencia española no encontrando asidero en las propias leyes laborales, le buscó en disposiciones del Código Civil, en el que no podría dejar de encontrarlos ya que, aún cuando no se consignen principios generales como el citado Art. 226 del Código Alemán, en todas las legislaciones civiles existen preceptos encaminados a corregir de alguna manera el abuso de derecho.

Efectivamente, aparte de disposiciones del tipo de las consignadas en los Arts. 520 y 529, por ejemplo, del Código Civil español, relativas a abuso de las cosas objeto del usufructo, uso o habitación, por parte del usufructuario, usuario o morador, que guardan alguna correspondencia con nuestro ramo, disposiciones que más que a abusos Arts. 839 y 842 del Código del mismo derecho pueden referirse de acuerdo con los conceptos ya expuestos, a colisión de derechos, aparte de estas disposiciones, digo, hay otras en las que pudo apoyarse el Juez para aceptar la acción o la excepción de abuso de derecho.

Tales son, entre otras, las del Art. 1258 que dice: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias, que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley"; la del Art. 1287 que invoca el uso o la costumbre para la interpretación de los contratos; y del Art. 1289 que manda inclinarse, en la interpretación de los contratos onerosos, caso de que hubiere duda, por la mayor reciprocidad de intereses.

Estas normas, en las que hay que realizar esfuerzo para hallar el esbozo, casi imperceptible, de la figura de abuso del derecho, dieron sin embargo lugar para que el Juez español la aceptase, como acción o excepción, sobre todo en materia laboral aun que, hay que reconocerlo, con verdadera timidez en sus principios.

Así se originan en la jurisprudencia administrativa, las resoluciones del Ministerio de Trabajo del 16 de Julio y 10 de Noviembre de 1932 y la del 1º de junio de 1933, que aceptan la citada figura de abuso

de derecho cuando la facultad rescisoria consignada en bases y contratos de trabajo se ejerce abusivamente, desnaturalizando la finalidad para la que fué establecida.

La resolución del 2 de Diciembre de 1933 del mismo origen, estima que aun avisado un despido con tres meses de anticipación, si no existe justa causa, ha de afirmarse se ha utilizado la facultad rescisoria del preaviso inmotivadamente, procediendo declarar injusto el despido.

La resolución del 27 de Febrero de 1932 sentaba la doctrina de que únicamente podrá considerarse abusivo el empleo de la facultad rescisoria, mediando circunstancias de suma gravedad e ilicitud, concepto que estiman los comentaristas como Benítez de Lugo o. c. pág. 79— si bien admisible cuando el legislador no preveía la existencia de esta figura jurídica, resulta hoy excesivamente rígido una vez que se la admita en el Art. 76 N° 1 de la nueva Ley sobre contrato de trabajo.

El Tribunal Supremo por su parte dicta también algunas sentencias relacionadas con esta materia, como son las del 13 de Diciembre de 1942, y del 10 de Marzo, 5 de Junio y 21 de Septiembre de 1943. La primera de las indicadas sienta esta doctrina:

Contratada una menor para producción de películas para tres años siendo facultad de la empresa rescindir el contrato al primero si la artista no diere rendimiento conveniente, tal facultad rescisoria no podrá ejercitarse libremente por unilateral resolución de la empresa, sino que habrá de subordinarse libremente por unilateral resolución de la empresa, sino que habrá de subordinarse a que esta hubiere procurado todas las enseñanzas que ofreció en el contrato. (Medina y Marañón, Leyes Sociales de España, Instituto Reus, pág. 66).

Y la de 21 de Septiembre dice: La negativa de un médico a que se sustituyese lo estipulado en su contrato de trabajo con una mutualidad, el pago de un sueldo mensual que percibía por un tanto por ciento por cada asociado asistido, no puede estimarse que justifique el despido. (Medina y Marañón, l. c.

Con estos antecedentes de la jurisprudencia española, podemos conjeturar ya las posibilidades que ofrece nuestra legislación

para aplicar la teoría de abuso de derecho en materias laborales.

Desde luego, revisando brevisísimamente algunas normas de nuestro Código Civil, encontramos bases más firmes que las indicadas en el Código Español, para que el de qué deducir aplicaciones concretas de la Juez la pudiera aprovechar como premisas teoría del abuso de derecho.

Tenemos desde luego, el Art. 1602 que dice: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligar, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella". Norma es ésta muy semejante a la española antes citada, pero mucho más amplia que aquella, pues no se refiere a los contratos consensuales sino a todos los contratos en general.

Además los Arts. 1619 que establece la regla de que "deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato"; y 1622, que "se interpretarán las cláusulas contiguas a favor del deudor".

Pero, sobre todo, estimamos de la mayor importancia las normas 6ª y 7ª del Art. 18 que prescriben: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por obscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 6ª . . . se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural"; 7ª A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal".

Disposiciones como estas, en que se recurrir a la buena fe en los contratos, a las cosas que pertenecen a la naturaleza de los mismos, a la interpretación de la ley conforme al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, bien pueden dar lugar a una jurisprudencia en que se acepte

la teoría del abuso del derecho, y de manera especial en las relaciones laborales en las que, si bien estas normas tienen solo aplicación supletoria, encuentran ambiente propicio en razón de las peculiaridades tan características del Derecho laboral.

Es en efecto fácil de comprender cómo un Derecho nuevo, nacido en reacción contra el individualismo liberal, caracterizado por su intento de protección y tutela, de salvaguardia de la dignidad personal y humana del trabajador; derecho de contextura mixta público-privada, con indiscutible predominio de su dimensión social, con marcado intervencionismo administrativo, con procedimientos propios de creación, aplicación interpretación y fiscalización de sus instituciones, con principios peculiares como la irrenunciabilidad de derechos y la interpretación pro-operario; un Derecho como éste, en suma, es fácil de comprender que para no traicionar a su espíritu y a sus finalidades, ha de dar amplia cabida a todos los recursos jurisprudenciales que dentro del marco de la justicia social se revelen como aptos para expulsar el abuso del derecho en las relaciones entre patronos y trabajadores.

Notemos para terminar que setas razones son valederas no solamente con respecto a la causa de terminación del contrato constante en el Art. 160 N° 1, sino con relación a todas aquellas en que el patrono ejercita su derecho reconocido por la ley. Su aplicación directa y primaria es, pues, en protección y tutela del trabajador.

No olvidemos, sin embargo, que el poderoso mecanismo de la huelga, última ratio concedida en defensa de los derechos obreros, se torna en ocasiones, ejercido por manos inescrupulosas, contra la paz y la justicia social, atentando contra los intereses de la comunidad, por una parte, y entrando a saco, por otra, en legítimos y razonables derechos del patrono. ¿Por qué en éste terreno, como lo hace la jurisprudencia francesa, no se ha de aplicar también la teoría del abuso?....

La Prueba en el Código del Trabajo Ecuatoriano

Dr. PEDRO JOSE LARREA PEÑAHERRERA

(Fragmento de una tesis doctoral)

PRUEBAS ESPECIALES E INNOVACIONES. INVERSION DE LA PRUEBA. ACCIDENTES DEL TRABAJO, FILIACION. JURAMENTO DEFERIDO LA SANA CRITICA

II.—*Inversión de la prueba.*—La realización de los postulados del Derecho del Trabajo, se hace efectiva no sólo con las normas que consiga el Derecho Sustantivo, sino también con las disposiciones del Derecho Adjetivo o Procesal, según hemos anotado en el aparte relativo a "Jurisdicción y Procedimiento".

El Ecuador, aunque no ha expedido un Código de Procedimiento del Trabajo, que cumpla con las finalidades técnicas anotadas, ha estatuido en el Código del Trabajo, disposiciones que regulan el Procedimiento, (cuyo estudio consta en el número seis de esta Tesis) con ventaja y eficiencia, llenando todos los principios científicos que informan un técnico y acertado Derecho Judicial Material, salvo ciertas modificaciones que deben introducirse y que serán anotadas en las conclusiones.

Igualmente, hemos visto cómo operan los principios reguladores de la prueba en Materia del Trabajo, frente a la clásica Teoría General de la Prueba, innovando el dogma de la igualdad de las partes, por el de la desigualdad, porque: "el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades", como lo anota el Profesor Couture. Es así como nuestra Ley, establece por principio general, la prueba de los puntos fundamentales o centrales de la relación del trabajo como carga para el trabajador, de los cuales se deudce una obligación del patrono. Es decir, la Ley ha permiñado el sistema de presunciones legales que amparan al trabajador y si el patrono quiere destruirlas, tiene que probar lo contrario, efectuándose de este modo la inversión de la prueba. Luego, la Teoría ha sido innovada

en estos puntos, bajo un sistema de inversión de prueba que obliga al patrono a producir pruebas para desvirtuar las presunciones legales con que la Ley ampara al trabajador, parte débil, haciendo producir la desigualdad jurídica entre los litigantes, en el Derecho Procesal del Trabajo.

Es natural y lógico, conforme hemos visto, que en el sistema de presunciones legales se debe probar los hechos que efectuados, dan lugar a la presunción o lo que algunos autores llaman prueba de indicios o hechos secundarios. Por lo mismo, el trabajador tiene esta única carga, que por cierto es liviana.

El sistema indicado, se hace presente en varias disposiciones del Código del Trabajo, que pasamos a estudiar: el Art. 3º, inciso 2º, dice: "Todo trabajo debe ser remunerado". Esta es una presunción "juris et de jure", que por lo mismo, no admite prueba en contrario. Aquel que trabajó tiene derecho a su salario y sobre esto, nada puede refutarse. Por lo tanto, el trabajador demandante tiene que demostrar únicamente la existencia del contrato de trabajo o la simple relación contractual, para que de derecho, se obligue al patrono al pago. Si éste ha pagado, tiene que probar este aserto o sea la extinción de la obligación. Luego, el trabajador no está obligado a demostrar que el patrono le debe sus salarios sino que, justificada la relación contractual (hecho central y básico), opera la presunción legal de que el patrono adeuda los salarios, porque la presunción de derecho ordena que "todo trabajo debe ser remunerado", y de este modo se realiza la inversión de la prueba.

De la misma manera, la inversión de la prueba se hace presente al tratarse del despido intempestivo (Arts. 114 y 134 del C. del T.). El trabajador debe probar el contrato laboral y el hecho del despido para que se presuma su calidad de intempestivo, porque la Ley ha previsto que para despedir legalmente al trabajador en contratos de tiempo indefinido, se le debe notificar, con el desahucio le-

do, se le debe notificar con el desahucio legal del Art. 113 y según el trámite del Art. 451 del C. del T. o bien darse por terminado el contrato por las causas puntualizadas en el Art. 107 y el trámite del Art. 450 del propio Código y si no hay esta demostración del patrono, o la prueba del abandono intempestivo del trabajador (Art. 115 C. del T.), es aceptable la calificación del despido como intempestivo y en consecuencia, da derecho a las indemnizaciones legales.

El Art. 119 del Código del Trabajo determina la presunción de que todo cambio de ocupación actual sin consentimiento del trabajador será conceptuado como despido intempestivo. De lo cual se concluye que únicamente debe probarse el cambio de ocupación para apreciar este hecho como despido intempestivo. El patrono podrá probar que hubo consentimiento del trabajador para ese cambio, y si prueba tal extremo, destruirá la presunción caso en el que también opera la inversión de la prueba.

Otro aspecto interesante de inversión de la prueba, establece la Constitución de la República en su Art. 185, numeral p), que dice: "La privación sin justa causa, del huasipungo se considerará como despido intempestivo".

La disposición constitucional transcrita, determina igualmente una presunción legal en virtud de la que, es suficiente que el trabajador demandante pruebe la privación del "huasipungo" para aceptarse dicha privación con el carácter de injusta, y opere como despido intempestivo. Por virtud de la inversión de la prueba, el patrono deberá demostrar, que hubo causa justa, es decir que esa privación del huasipungo la realizó en ejercicios de las normas legales pertinentes que amparan al patrono para la terminación de los contratos de trabajo agrícola.

Esta protección al trabajador agrícola, la estimamos de enorme trascendencia y efectividad, pues ampara a la gran mayoría de campesinos ecuatorianos cuyo "huasipungo", pedazo de tierra de cultivo, con su choza pajiza de vivienda, es el alma y el objeto más querido del trabajador campesino que desde tiempos inmemoriales ha sido

el motor decisivo que ha impulsado la producción agraria del país.

Señalemos también que el Art. 77 del Código de la Materia establece dos aspectos de la carga de la prueba que se someten a la regla de la teoría general, según se desprende de su tenor literal: "Si el obrero sin justa causa dejare de trabajar las ocho horas de jornal ordinario, perderá la parte proporcional del salario".

"En caso de labores urgentes, paralizadas por culpa del trabajador, el patrono tendrá derecho a que le indemnice el perjuicio ocasionado. Tocarà al patrono probar la culpa del trabajador".

El inciso 1º como se ve, establece la rebaja de la parte proporcional del salario al obrero que sin justa causa deja de trabajar la jornada legal; por lo tanto, el patrono que afirme ese hecho, debe probar tal aserto, estando en consecuencia sujeto a la regla de que "debe probar el que pretende innovar". De otro lado al trabajador le ampara la disposición legal del Art. 79 del propio Código cuando dice: "Para efecto del cómputo de las ocho horas, se considerará como tiempo de trabajo efectivo aquel en que el trabajador se halle a disposición de sus superiores o del patrono cumpliendo órdenes suyas".

El inciso 2º del Art. 67 preinserto, en forma expresa obliga al patrono a probar la culpa del trabajador para el caso de reclamaciones sobre indemnizaciones de perjuicios por la paralización de obras urgentes a realizarse, imputables a culpa del trabajador.

II.—Riesgos del Trabajo.— La inversión de la prueba es, en consecuencia el método más efectivo que la Ley ha establecido para proteger al trabajador. Este método, lógicamente tiene que operar en su plenitud al tratarse de riesgos del trabajo, que siendo las eventualidades dañosas a que está sujeto el trabajador con ocasión y por consecuencia de su labor, comprende a las enfermedades profesionales y a los accidentes del trabajo.

Es conocida la trayectoria que en el Derecho del Trabajo ha sufrido la responsabilidad patronal, hasta concebirla como actualmente se le acepta. Varias importantes teo-

rías surgieron en esta evolución. Desde la teoría subjetiva de la culpa del patrono, cuya prueba tocaba al trabajador, y como consecuencia dejaba al margen la protección social del riesgo a un sinnúmero de víctimas en infortunios del trabajo, hasta las más completas teorías como la de la responsabilidad objetiva del riesgo profesional, que exonera de la responsabilidad sólo en caso de culpa grave del trabajador o fuerza mayor ajena a la relación contractual.

El Código del Trabajo ecuatoriano tiene como fundamento para determinar la responsabilidad patronal en infortunios del trabajo, la teoría últimamente indicada, que representa una etapa culminante y justa en esta materia.

Los artículos 289 y 290 del C. del T. definen lo que debe entenderse por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. El Art. 291 del propio Código establece el derecho a indemnización para toda clase de trabajadores a excepción de los domésticos; estableciendo el Art. 292 del mismo Cuerpo de Leyes, la responsabilidad del Estado y los Municipios para el efecto de las indemnizaciones por accidentes del trabajo de sus servidores públicos, a excepción de los miembros del Ejército y de los que ejercen funciones militares.

El Art. 293 del C. del T. dice:— “El patrono está obligado al pago de las indemnizaciones establecidas en este Título en todo caso de accidente o enfermedad profesional, excepto en los casos contemplados en el artículo siguiente: Y el Art. 294 del C. del T., ordena: “El patrono quedará exento de toda responsabilidad por accidentes del trabajo:

1º—Cuando hubiere sido provocado intencionalmente por la víctima o se produjere exclusivamente por culpa grave de la misma.

2º—Cuando se debiere a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por tal la que no guarda ninguna relación con el ejercicio de la profesión o trabajo de que se trate; y,

3º.—Cesará igualmente la responsabilidad del patrono respecto de los derecho-habientes de la víctima que hayan provocado voluntariamente el accidente u ocasionándolo por su culpa grave, sin perjuicio de la

responsabilidad criminal a que hubiere lugar.

La prueba de las excepciones señaladas en este artículo, corresponde al patrono.”

Del tenor de esta disposición legal se desprende que el trabajador víctima del accidente, o en su caso, sus derecho-habientes, tienen que probar sólo el hecho del siniestro en el momento en que el trabajador desempeñaba su actividad laboral y con tal justificación, opera plenamente la responsabilidad patronal en todo lo que se refiere a cubrir los riesgos profesionales. Mas, si el patrono se excepciona, viene la inversión de la prueba y debe demostrar la culpa grave del trabajador, la fuerza mayor extraña al trabajo, etc. De no haber esta prueba, queda en pie la responsabilidad patronal. Debemos anotar que para juzgar acerca de la culpa grave es necesario tomar en cuenta la disposición contenida en el Art. 295 del Código de la Materia que dice: “La imprudencia profesional o sea la que es consecuencia de la confianza que inspira el ejercicio habitual del trabajo, no exime al patrono de responsabilidad”, texto del cual, se concluye que la culpa del trabajador consistente en la imprudencia profesional originada por el hábito, la costumbre, la mecanización de la actividad, al extremo de hacerse subconsciente la labor habitual, no es suficiente por sí sola para exonerar al patrono de la responsabilidad. Esta ocurre únicamente en caso de **culpa grave**.

Es preciso, también, tomar en cuenta que el Código del Trabajo ha contemplado el caso en que un accidente o enfermedad se deba a **culpa del patrono**, y establece una presunción del derecho, que, como tal, no admite prueba en contrario, cuando la causa del accidente o enfermedad ha sido la infracción de la Ley por parte del patrono. Es de notar que en la teoría del riesgo profesional, se establece una responsabilidad sin culpa para el patrono; pero en el caso que analizamos, la responsabilidad se origina en la culpa patronal, la misma que se actualiza el momento de la infracción de la Ley, y no es sino la sanción determinada en la misma, para el caso de violación legal.

Esta responsabilidad culposa se encuentra consignada en el Art. 88 del C. del T., que dice: “En caso de accidente o enferme-

dad de una mujer o de un varón menor de 18 años, si se comprobare que la causa es un trabajo de los prohibidos para ellos o que el accidente o enfermedad se ha producido en condiciones que signifiquen infracción a las disposiciones de este capítulo, se **presumirá de derecho** que el accidente o enfermedad se debe a culpa del patrono."

Por consiguiente, el trabajador accidentado o sus derecho-habientes deben probar sólo que el accidente se produjo con ocasión o por consecuencia de la ejecución de un trabajo prohibido a mujeres o menores o que se efectuó en condiciones que contravienen a lo estatuido en el capítulo VII, del Título I del Código del Trabajo, sobre "Trabajo de Mujeres y Menores", para que, de derecho se presuma la culpa del patrono, y en tal caso, no quepa prueba alguna en contrario capaz de exonerar la responsabilidad patronal como sería la alegación de culpa grave del trabajador.

Jurisprudencia.— a) "... 1º — Que el actor ha comprobado que sufrió el accidente cuando trabajaba por cuenta de su patrono en la fábrica de Calzado "Ecuador" el día 16 de julio de 1942 y ganaba tres sueros diarios, sin que el demandado a quien correspondía, hubiese justificado la culpa del actor y sin que las circunstancias de haber ingresado a la fábrica Jurado como meritorio le prive de la calidad de trabajador que le reconoce el Art. 9 del Código del Trabajo: 2º Que la obligación de indemnizar por los accidentes del trabajo pesa sobre el que es calificado de patrono por el Art. 10 del propio Código que, en el caso de que se trata, lo es José Duque Yépez . . ." Juicio Numa Pompilio Jurado — José Duque Yépez, Ejecutoria 3ª Instancia, 11 de Noviembre de 1943. Primera Sala.

c) "... 9º—Que por regla general el patrono leen, en su defensa, es que el accidente que ocasionó la muerte de Urbano Ordóñez V., fué debido exclusivamente a culpa del fallecido: c) Que esta circunstancia de la culpa en el incidente, imputada exclusivamente al fallecido, debió ser justificada por quien la alegó, al tenor de lo estatuido en el Art. 294 del C. del T.; d) Que, por lo prescrito en el Nº 1 del citado Art. 294, no cualquiera culpa, sino la culpa grave de la víctima en el accidente exime al patrono de toda responsabilidad; e) Que el demandado no opuso como excepción la culpa grave, ni de las declaraciones de los testigos presenciales puede inferirse esta culpa de parte de la víctima, porque de todas las circunstancias del accidente aparece que no fué posible prever el golpe dado por Ordeñana al escontrete tenía que lanzarlo contra su cabeza, ya que bien pudo el mismo golpe y en virtud de cualquier cambio de fuerza, dirección, colocación, etc., producir otro efecto distinto; f)

Que si bien los testigos Villén, Arbeláez y Espin contestan afirmativamente a la pregunta 8ª del interrogatorio del demandado — fs. 22 — en orden a la prohibición impartida a Ordeñana de que diera el golpe, los propios testigos, repreguntados con las preguntas 21, 24 y 33 del interrogatorio de fs. 27, expresan que las únicas advertencias de Marillio a los trabajadores fueron "las de mucho cuidado", lo que manifiestamente enerva el mérito de la contestación principal, en la que, de otro lado, tales testigos no dieron razón de sus dichos . . ." Juicio Lucrecia Vera v. de Ordeñana — Héctor Martínez Torres, Ejecutoria 3ª Instancia, 25 de Junio de 1940. — Tercera Sala

c) "... 9º — se por regla general el patrono responde de los accidentes que sean consecuencia del trabajo, entre los que figura la muerte del obrero, quedando sin embargo aquel libre de toda responsabilidad, conforme prevee el Art. 294, cuando tales accidentes se han producido exclusivamente por culpa de la víctima, cuya excepción ha sido alegada por el demandado y la ha justificado plenamente, con la circunstancia de que se ha infringido el Trabajo, que le impone la obligación al trabajador de abstenerse de todo cuanto pueda poner en peligro su propia seguridad, la de sus compañeros de trabajo u otras personas, y hay constancia de que ocurrió la muerte del referido Carlos Celleri Zea, por haber explotado el camión, en el que éste emprendió un viaje de Cuenca a la Parroquia Baquerizo Moreno, por asuntos personales de él, llevando un empleado de la Jefatura de Pesquisas y al Ayudante Alberto Pesantes Luna, quien declara que al regresar en el camino, le advirtió por varias veces, el peligro de un circuito producido en la dirección del carro, al pie del tanque de gasolina, y que le contestó Celleri que no valía la pena de preocuparse, habiendo efectivamente ocurrido la explosión del referido tanque y luego después la de los tarros de pólvora que aquél los conducía. Por estas consideraciones que, en su mayor parte, divergen de los fundamentos de los fallos de primera y segunda instancias y en mérito a las pruebas sufragadas que se aprecian, en conjunto, por este tribunal, según las reglas de la sana crítica, deduciendo de ellas que la muerte del chofer Celleri Zea se debe a culpa grave de la misma víctima, por que así lo demuestran sus propios actos imprudentes y omisiones que ocasionaron los accidentes . . ." — Juicio Nectarío Celleri—Lorenzo Semería, ejecutoria tercera Instancia, 28 de Octubre de 1940. Primera Sala.

III.—Pruebas Especiales.— Las Comisiones Calificadoras de Riesgos Especiales y las Comisiones Centrales de Calificación, organizadas en los términos previstos en los Arts. 339, 341 y 343 del C. del T., constituyen organismos técnicos de carácter pericial, que tienen por objeto dictaminar los grados de incapacidad que producen en los

trabajadores las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo.

El Art. 340, establece las atribuciones de esos Organismos y el alcance de los informes que emiten, según este tenor: "además de las otras atribuciones conferidas por este Código, será competencia de la Comisión Calificadora informar ante los Jueces y Autoridades administrativas en todo juicio o reclamación motivados por riesgos del trabajo, acerca de la naturaleza de las enfermedades lesiones sufridas y clase de incapacidad superviniente. Este informe será la base para determinar la responsabilidad patronal, de conformidad con las prescripciones de este Título".— "En caso de muerte bastará el informe del médico que atendió al paciente informe que podrá ser revisado por la Comisión Calificadora si el Juez lo creyere conveniente."

El artículo anterior determina la validez de los informes, los mismos que en juicio tienen valor de prueba plena sin que ninguna otra prueba pueda oponerse y destruir a la indicada.

El informe de estas Comisiones establece el grado de responsabilidad mayor o menor del patrono, según la gravedad del siniestro, y sólo cuando la cuantía de la demanda pase de cinco mil sucres, la parte que se creyere perjudicada con un dictamen de la Comisión Calificadora de Riesgos o de la Comisión Especial podrá solicitar que dicho informe sea revisado por las Comisiones Centrales de Calificación, en su caso.

Para estos fines, la Comisión Central de Quito tiene autoridad en las provincias de la Sierra y Oriente y la de Guayaquil en las de la Costa y el Archipiélago de Colón (Art. 344, regla 2ª del C. del T.)

Las antedichas Comisiones vienen a constituir, pues, como hemos indicado, Organismos periciales técnicos con intervención forzosa en lo que se refiere a los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, que como hemos indicado, innovan lo referente a prueba pericial en materia civil.

La Ley ha querido proteger especialmente el riesgo del trabajo a cuyo efecto ha dictado las normas analizadas y otras que las complementan, determinadas en el principio

de la actividad inquisitiva del Juez del Trabajo, le otorgan en forma amplia la facultad de obrar de oficio. Esto último estatuye el Art. 462 del C. del T., que dice.— "Si se tratare de demandas provenientes de riesgos del Trabajo, el Comisario, de oficio o a solicitud de parte, en la providencia que ordene citar al demandado, mandará también que se agreguen todos los datos que justifiquen el jornal o sueldo mensual de la víctima del accidente o enfermedad profesional y los informes a que se refieren los Arts. 340, 341 y 342. Todos estos documentos se tendrán en cuenta para la conciliación en la audiencia y en caso de no observársela se apreciará el mérito de ellos sin necesidad de que sean reproducidos en el término de prueba".

Esta facultad y deber otorgado al Juez, tiene suma importancia y sería de desear que se arbitren las medidas del caso por parte de las Autoridades del Trabajo y del Poder Judicial, para que esta disposición legal se haga efectiva, pues, en la práctica se observa que debido al trámite verbal sumario de los juicios del trabajo, los Comisarios del Ramo han confundido en su actividad judicial predominantemente instructiva, de oficio, con la actitud pasiva propia de los jueces civiles.

Anotemos también que el principio dispositivo que informa el juicio verbal sumario ha sido combinado con normas fundadas en el principio inquisitivo, instructivo o de oficio, como es la contenida en el preinserto artículo, que da validez a los informes de la Comisión aunque se hayan adjuntado fuera del término probatorio, y sin necesidad de que sean reproducidas en el mismo.

En los lugares en donde no existen Comisiones Calificadoras de Riesgos, el Comisario de oficio en la providencia que ordene citar la demanda nombrará peritos que informen sobre todo aquello que es incumbencia de la Comisión, y en armonía con las normas contenidas en el Art. 462 transcrito (Art. 463 C. del T.)

Jurisprudencia.— " . . . 49—Se halla corroborado con el informe médico-legal de fs. 25, con el posteriormente emitido, a fs. 32 por la Comisión Calificadora de Riesgos, integrada por el Director General del Trabajo y por los Doctores Carlos Andrade Marín, Médico de la Caja del Seguro y Vir-

gillo Páez, Médico de Higiene Industrial, quienes han constatado la impotencia funcional de Salazar, ocasionada por el traumatismo y la fractura de la pierna derecha, con el acortamiento de ésta, a consecuencia del accidente de que fué víctima, determinando técnicamente que aquéllas lesiones han ocasionado la disminución permanente de capacidad para el trabajo, con el derecho para ser indemnizado sólo con el 40% que es el máximo señalado en el numeral 57 del Cuadro Valorativo de Disminución de Capacidad para el Trabajo, computando con exactitud numérica el porcentaje fijado de acuerdo con el Art. 308 de la Ley de la Materia, sobre el importe del sueldo o salario de tres años, no siendo aplicable, por lo tanto, el Art. 307 en que se basa la demanda y que trata de "la incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo". Con la indemnización respectiva a tal situación: 5º —En esta clase de juicios, tiene fuerza de prueba decisiva el dictamen de la Comisión Calificadora de Riesgos, acerca de la naturaleza de las enfermedades, lesiones sufridas y clase de incapacidad supervenientes del obrero, cuyo informe sirve de base para determinar la responsabilidad patronal, conforme así lo prescribe imperativamente el Art. 340 del C. del T. . . ."

Juicio Gonzalo Salazar; — I. Municipio de Quito.— Ejecutoria 3ª instancia, 4 Setiembre 1940.— Primera Sala.

" . . . g) Que no puede apreciarse la aseveración que contiene el informe de la Comisión Calificadora de Riesgos, acerca de la culpa grave de Ordeñana en el accidente, porque esta calificación es un concepto jurídico cuya apreciación y declaración sólo competen al Juez, y porque las atribuciones de esta Comisión se reducen a informar sobre la naturaleza de las enfermedades, lesiones sufridas y clase de incapacidad superveniente de acuerdo con el Art. 340 del antedicho Código . . ."

Juicio Lucrecia Vera v. de Ordeñana — Raúl Martínez Torres. — Ejecutoria Tercera Instancia. — 25 de Junio de 1940. Tercera Sala.

IV.—Filiación.— En la vida jurídica de las personas naturales tiene una trascendencia indiscutible el estado civil de ellas porque de su calidad y parentesco depende su situación de herederos en el sistema de nuestro Código Civil, si se atiende a los bienes, y en el aspecto humano a la organización de las familias y a la ubicación social de las personas así como del goce de todos los derechos y obligaciones en las respectivas calidades de padre, hijo, etc.

La institución de la herencia fundada en el derecho a la propiedad que se trasmite en virtud de la última voluntad del causante o sus herederos, o que se suple por la Ley en caso de falta de este acto de voluntad, llamando a los herederos inmediatos a la sucesión, ha desempeñado y desempeña

un papel importante en la organización social moderna. Pero, este aspecto de regulación de la propiedad privada en materia sucesoria, representa el ejercicio de un derecho de minorías, si se considera la enorme población que carece de bienes suficientes, capaces de que puedan estimarse como un patrimonio hereditario.

Al fallecer un trabajador que generalmente pertenece a una clase modesta en recursos económicos, no deja, por lo general, a sus herederos más patrimonio económico que los derechos conferidos por la Ley. Así, si fallece por accidente de trabajo, dejará a sus derechohabientes el derecho a reclamar las indemnizaciones previstas en la Ley con ocasión de la muerte a causa del accidente; sus salarios devengados, los fondos de reserva, etc. Señalemos, además, que el Código del Trabajo asigna también estos derechos, en falta de herederos legítimos a las personas que hayan dependido económicamente del trabajador fallecido. (Arts. 313 y 315 del C. del T.)

De lo indicado se deduce la importancia que el parentesco o filiación va a tener en el Código del Trabajo, pues es determinante del derecho que la Ley asigna a los herederos. Por lo mismo, con lógica se desprende que las pruebas del estado civil van a determinar la filiación y por consiguiente a hacer efectivo el derecho. Pero acontece que por las múltiples circunstancias de orden social, económico, etc. una gran mayoría de personas se han encontrado en un momento determinado imposibilitadas de acreditar sus respectivas calidades bien sea de hijo legítimo o ilegítimo, etc., y esta imposibilidad ha podido angustiar el derecho consiguiente a sus respectivas calidades; y es por tal motivo, a fin de evitar injusticias y atendiendo a la dependencia económica que tienen los parientes de un trabajador fallecido que el Código del Trabajo ha consagrado pruebas especiales sobre la filiación, para demostrar el parentesco de las personas. Estas pruebas, se basan fundamentalmente en presunciones judiciales que quedan a la apreciación del sano y amplio criterio judicial, a fin de que, con los datos procesales del caso, pueda declarar la filiación que estimare justa, la misma que surte

efectos únicamente para las prestaciones originadas en la relación de trabajo. Examinemos dichas pruebas:

a) Según lo dispone el artículo 313 del Código del Trabajo, si el trabajador víctima de un accidente del trabajo, o enfermedad profesional fallece, los herederos tienen derecho a la indemnización (o renta vitalicia), en el orden, **proporción y límites fijados en** las normas civiles que regulan la sucesión intestada, salvo las excepciones determinadas en el artículo siguiente y que en esencia se contraen a excluir de ese derecho a los herederos que por razones de edad, solvencia económica, ya por tener bienes propios, ya por estar sujetos a potestad marital, tendrían la indicada solvencia económica y por consiguiente, no dependían del fallecido, así como también por razones que atienden a la moral, (abandono de la madre al hijo en su infancia, abandono al marido por culpa de la mujer en época anterior al siniestro, etc.) Estas excepciones tienen lugar sólo para efecto de las indemnizaciones por fallecimiento en accidente del trabajo o enfermedad profesional.

Al tratarse de la filiación, es lógico que los herederos deberán probar su derecho según las normas del Código Civil, para la prueba de su estado civil, según lo dispone el Artículo 294 del Código Civil que dice:—"El estado civil es la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles", — y el artículo siguiente del propio Código expresa: "El estado civil de casado o viudo, y de padre o hijo legítimo, podrá probarse por las respectivas partidas de matrimonio, de nacimiento o bautismo, y de muerte."

"El estado civil de padre o madre o hijo ilegítimo, deberá probarse por el instrumento que al efecto hayan otorgado ambos padres, o uno de ellos, o por la sentencia inscrita en caso de declaración judicial, inscripción que deberá hacerse en un libro especial que se llevará en la Oficina del Registro Civil."

El artículo 299 del Código Civil, complementa en lo dispuesto en el artículo 296, transcrito con el siguiente texto: — "La falta de los referidos documentos, podrá suplirse, en caso necesario, por otros docu-

mentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil, de que se trata y a falta de estas pruebas, con la posesión notoria de su estado civil.—Con todo, al hijo ilegítimo que demandare alimentación o una herencia, o al hijo legitimado por un matrimonio posterior a su nacimiento, que aleguen un derecho, fundados en sus respectivas calidades, **no se les admitirá demanda** si no presentaren la prueba de su estado civil."

Las prescripciones del Código Civil transcritas, elocuentemente determinan la rigidez de las pruebas, justificadas del estado civil de las personas y que son instrumentos públicos que deben reunir los requisitos legales.

La posesión notoria del estado civil, es prueba supletoria y bastante difícil de establecer; pues, debe reunir los requisitos señalados en los artículos 300, 301, 302 y 303 del Código Civil. El artículo 302 del Código citado, dice que: "para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de tal estado, deberá haber durado diez años continuos".

Como se ve, estas normas legales tienen un carácter rígido e inalterable, propio del derecho común, para acreditar la filiación legítima o ilegítima. Pero la realidad humana nos da un enorme porcentaje de hijos ilegítimos que, si bien han sido reconocidos legalmente, por circunstancias de diverso orden, como pérdidas de matrices de libros de Registro, etc., no pueden establecer la filiación, o en otros casos, de otras personas que siendo hijos ilegítimos, no tienen el carácter de tales por no haber sido reconocidos en las formas indicadas por la Ley, ni haber sido declarada judicialmente su paternidad y por lo mismo, se hallan privadas de gozar de los derechos que la Ley confiere a los hijos ilegítimos.

Igualmente, aunque con menos frecuencia, puede ocurrir que por varias circunstancias se dificulte o imposibilite determinar la filiación legítima de una persona, y siendo las normas consignadas en el Código Civil preponderantemente rígidas, pueden originar la angustia en los derechos de los here-

deros del trabajador fallecido, en vista de lo cual, el Código del Trabajo ha consignado disposiciones muy acertadas que innovan en la esfera y para los efectos legales de la Ley del Trabajo, las pertinentes del Código Civil sobre filiación.

b).—Las innovaciones antedichas se contienen en los artículos siguientes del Código del Trabajo: 467.—“El estado civil se probará de acuerdo con las prescripciones del derecho común, pero el Juez tendrá la facultad de apreciar las circunstancias y tomar en cuenta cualquier clase de pruebas que, en su criterio, fueren suficientes”. — 316.—“Los jueces podrán prescindir de las normas comunes de la Ley en lo que respecta a las pruebas del estado civil en que el deudo o deudos funden su derecho a la indemnización y apreciar libremente las que presenten los interesados, ya para demostrar su parentesco legítimo o ilegítimo con el trabajador fallecido, ya para justificar la identidad personal o el nombre de unos y otros.— Se aceptará la existencia del parentesco ilegítimo aún cuando no existan el reconocimiento, aceptación y más requisitos prescritos por el Código Civil, cuando, a juicio del Juez, se haya probado suficientemente, por otros medios, dicho parentesco.”

Las disposiciones legales preinsertas determinan: 1º — Como regla general, la aceptación de la prueba determinada en el Código Civil para establecer la filiación, y 2º El criterio judicial amplio y libre, para apreciar cualquier clase de pruebas, sin someterse a tarifa legal alguna, ni orden preferencial para apreciar dichas pruebas, y como queda indicado, según el sano juicio del Juez, establecer y declarar la filiación sea legítima o ilegítima.

Es también de valor la disposición que el Art. 316 última parte el inciso 1º, asigna al Juez en orden para que pueda determinar la identidad personal o de nombre ya sea del trabajador fallecido o del reclamante.

De lo anterior se deduce que pueden ser simples cartas, tarjetas, declaraciones de testigos, reconocimiento hecho ante el patrono de la existencia de un hijo ilegítimo, por parte del trabajador, etc., lo que a juicio del Juez puede tener el valor de prueba plena, en armonía con los otros datos pro-

cesales que consten de autos, en mérito a lo que asignándose al reclamante la filiación invocada, hará efectivo su derecho a las indemnizaciones o prestaciones conferidas por la Ley a los deudos del trabajador fallecido.

En resumen: lo que de acuerdo con el Código Civil sería de todo punto imposible determinar lo es de acuerdo con el Código del Trabajo que, en definitiva, contempla una realidad tanto más humana como justa.

Como complemento del espíritu que informó al Legislador para determinar las normas anteriores, tenemos la consignada en el Art. 317 del Código del Trabajo que dice: — “La madre ilegítima o calificada como tal, según la atribución señalada en el artículo anterior — aunque fuera menor de edad — tendrá la representación de sus hijos para los efectos señalados en este Título, sin que sea menester que se le haya nombrado guardadora de los mismos y aún cuando hubiere otro guardador”.

La disposición anterior tiene un alcance y contenido social muy grande, demostrativo de lo que el derecho social es capaz en su evolución constante, como lógica consecuencia de la realidad económico-social de estos tiempos. En nuestro concepto, al aplicar el artículo anterior, creemos que al reclamante menor de edad que represente a sus hijos, desde la iniciación del juicio de trabajo, puede presentarse sin necesidad de que demuestre la calidad de madre ilegítima, pues, si en la prueba va a demostrarlo, es lógico que en sentencia se declare y reconozca esa calidad y por lo tanto, no sería aceptable la excepción de ilegitimidad de personería que en su concepto pudiese alegar el patrono demandado.

Por último, señalemos que el Art. 315 del Código del Trabajo es otra de las normas humanas y benéficas que amparan a las clases desposeídas y que también en el orden de apreciación de las pruebas dejan operar al libre criterio judicial. Este artículo establece el derecho a las indemnizaciones por accidentes del trabajo a las personas que vivían bajo la dependencia económica del trabajador fallecido, y dice: — “A falta de herederos o si ninguno tuviere derecho, la indemnización corresponderá a las personas que comprueben haber dependido económi-

camente del trabajador fallecido, y en la proporción en que dependan del mismo, según criterio de la autoridad competente, quien apreciará las circunstancias del caso".

Las disposiciones legales anteriores, constituyen un aspecto más de esta innovación que va realizando cada día el derecho social al derecho civil.

V.—**Juramento Deferido**.— a) La norma legal contenida en el artículo 468 del Código del Trabajo, establece la prueba del juramento deferido, según el tenor literal siguiente: "En general, en esta clase de juicios, el Comisario y los Tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica. DEBIENDO DEFERIR AL JURAMENTO DEL TRABAJADOR CUANTAS VECES SETE NECESITE PROBAR EL TIEMPO DE SERVICIO Y EL SALARIO PERCIBIDO: SIEMPRE QUE DEL PROCESO NO APAREZCA OTRA PRUEBA AL RESPECTO CAPAZ Y SUFICIENTE PARA COMPROBAR TALES PARTICULARES."

Del texto transcrito, concluimos que: la primera parte, regla la apreciación de la prueba en general, la que será materia de estudio en el número siguiente, y la segunda que establece el antedicho juramento del trabajador, determina las condiciones y requisitos para que esa prueba pueda ordenarse por el Juez.

Conocido el texto legal, analicemos esta prueba en su contenido y extensión.

El juramento deferido es una prueba especial creada por la Ley, la que determina los puntos sobre los cuales debe versar dicho juramento para que sirva como prueba; tiempo de servicios y salarios percibidos. Luego veremos las condiciones necesarias para que el Juez ordene la práctica de dicho medio probatorio.

Esta prueba es especial propia del Código del Trabajo, porque no existe en la Legislación Civil y no cabe confundirla con el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, el juramento deferido establece una modificación o innovación a los Principios de la Teoría General de la Prueba en cuanto determinan que "Debe

Probar el que Afirma" (onus probandi incumbit actori) y tomando en cuenta que según hemos visto, en las excepciones formuladas por el demandante, que implican afirmación implícita de un hecho, debe ser probado por éste (reus excipiendi fit actor), pues, este juramento debe rendirlo sólo el trabajador y queda excluido para el patrono. Además, hemos estudiado en el trámite que establece la Ley para el Juicio Verbal Sumario en el cual la prueba deberá ser evacuada sólo durante la dilación o término probatorio pudiendo actuarse únicamente la confesión judicial una vez expirado ese término; mas, el juramento deferido puede ser ordenado por el Juez en cualquier momento y en cualquier instancia. Ya anotamos que en nuestro criterio, la Corte Suprema puede ordenar únicamente esta diligencia en tercera instancia y aparte de ella, ninguna otra. Creemos también, por otra parte, que si el Juez en sentencia sólo se limita a declarar el derecho y en muchos casos, no liquida el monto a que ascienden en dinero sus reclamaciones es procedente deferir el juramento del trabajador para probar los extremos señalados en el artículo 468 del Código del Trabajo.

Este juramento lo ordena el Juez de oficio y tiene la facultad y deber de hacerlo "siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto capaz y suficiente" para comprobar el tiempo de servicios y los salarios percibidos.

De lo anterior se desprende que hay requisitos que deben cumplirse para ordenar el juramento deferido y pueden ser dos o más, y que podríamos catalogarlos así: 1). El Juez debe ordenarlo previa vista de autos. —2) Esta orden se efectuará siempre que haya insuficiencia o falta de prueba. —3) La falta de pruebas puede existir por no haberse evacuado en el término respectivo, o porque evacuadas no han demostrado lo que se pretendió, y 4) Cuando hay resistencia del patrono o exhibir los libros o roles de pago a solicitud del trabajador, con el prueba se halla fundada en el principio fin de demostrar los extremos indicados.

En lo que atañe al primer punto, esta inquisitivo que debe primar en los juicios del trabajo, y en la dirección procesal que

puede y debe imprimir el Juez por estar facultado por la Ley, no es dable acusar como pretenden algunos civilistas al Juez del Trabajo, sosteniendo que ha prejuzgado al ordenar el juramento deferido. Es natural que, en materia civil, no existiendo esta prueba, y si el Juez lo ordenara, a más de no tener validez, implicaría prejuzgamiento, pues, el principio dispositivo que rige el juicio civil, nos daría esa conclusión ya que es rígido y terminante, basado fundamentalmente en la impulsión del proceso por las partes.

Lo anotado en los números 2 y 3 constituye un aspecto de lógica, pues, en la práctica, se observa esta clase de situaciones las que deben ser resueltas por el Juez; pero en todo caso, esta resolución debe inspirarse en los principios de justicia del Derecho del Trabajo y también en los de lealtad procesal y buena fe de ambos litigantes: patrono y trabajador. Por lo mismo, creemos que: 1) Si hay falta de pruebas por no haberlas evacuado el trabajador en el término probatorio correspondiente, es menester tomar en cuenta estas dos situaciones: a) que no se haya pedido la prueba porque de los términos en que se trabó la litis el patrono reconoció el título de la obligación y no hace falta sino saber los elementos: tiempo de servicios y salarios. En tal caso, el Juez debe ordenar el juramento del trabajador; b) que, si por los antecedentes procesales, se presume mala fe del trabajador, o abuso del derecho, sin estar probada la relación contractual del trabajo, el Juez no debe deferir el juramento. — 2) Si la prueba fué deducida en su oportunidad; pero es insuficiente, (prueba semi plena) debe ordenarse la práctica de la diligencia que estudiemos.

En lo que se refiere al número 4, resistencia patronal de exhibir al Juzgado los documentos que acrediten el tiempo de servicios y los salarios del trabajador, a solicitud de éste, la orden judicial que manda la recepción de dicho juramento, viene a constituir una especie de sanción procesal para el remiso en el cumplimiento de las providencias judiciales, a la vez que de protección al trabajador en sus derechos que no

podrán ser angustidos por contumacia del patrono.

Estudiemos otro aspecto de la cuestión. Del tenor literal del Art. 468 invocado, se concluye; que para ordenarse el juramento deferido del trabajador, debe estar probada previamente la relación contractual del trabajo, pues, el sentido natural y obvio de las palabras empleadas en la antedicha disposición legal demuestran este aserto así como el fondo lógico y jurídico de esta norma.

No sería dable que la relación, el vínculo o contrato de trabajo, fuente de derechos y obligaciones entre patronos y trabajadores, pueda ser demostrado por una declaración unilateral. Tanto más cuanto que los hechos que implican relación de trabajo son susceptibles de prueba testimonial, según oportunamente hemos demostrado, y de aceptarse el criterio opuesto daría lugar a innumerables abusos, aparte de constituir una aplicación ilegal del antedicho artículo.

En resumen, la aplicación del juramento deferido del trabajador tiene por objeto llenar en cualquier momento, que el Juez lo estime oportuno, un vacío procesal con fines protectores del derecho adquirido y tendientes a la efectividad de la justicia del trabajo, demostrada previamente la relación o el contrato de trabajo entre las partes litigantes.

b) Otro aspecto de importancia al tratarse de la prueba que analizamos es el de establecer el alcance del juramento deferido, en orden a si en las palabras "tiempo de servicios", comprenden únicamente la época de duración del contrato del trabajo, o también la duración de la jornada laboral.

Si aceptamos la primera interpretación, el juramento deferido probará únicamente la duración, el transcurso cronológico del contrato de trabajo, que puede oscilar de días a meses y años, y el monto de salarios percibidos durante el respectivo tiempo de labores y en cada período de tiempo en que ha debido hacerse el pago.

Al aceptar la otra tesis, tendríamos que con el juramento deferido, puede justificarse la ejecución de trabajos suplementarios; es decir, que exceden de las ocho horas fijadas por la ley como jornada diaria máxi-

ma del trabajo, salvo para el trabajo en minas.

En la práctica hemos observado que ambos criterios han sido sustentados en los juicios del trabajo.

Sobre este trascendental aspecto, nos inclinamos a sostener que de conformidad con el contexto de la Ley y la lógica jurídica esta prueba legal sirve sólo para justificar la duración del contrato del trabajo o relación laboral. Y sostenemos este aserto, fundándonos en dos razones: 1ª — El propio Código del Trabajo ha empleado la palabra "tiempo", asignándole la acepción de duración de contrato. Esto lo expresa el artículo 11, que dice: "El contrato de trabajo puede ser: expreso o tácito y el primero escrito o verbal, a sueldo, a jornal, en participación y mixto, **por tiempo fijo, por tiempo indefinido**, por obra cierta, por tarea y a destajo." 2ª — El trabajo en horas suplementarias (Art. 72 C. del T.), atiende a una alteración en la jornada de labor máxima" (Arts. 63-64 C. del T.) previstas en la Ley, y como el Código del Trabajo emplea los términos: "jornada diurna", "jornada nocturna" y "horas suplementarias" para designar la época del día o de la noche en la cual pueden realizarse las sesiones de trabajo, y las horas laborables que exceden de las determinadas en la jornada legal, respectivamente, dicho Código debió también emplear los términos: "horas suplementarias", "jornada diurna", "jornada nocturna", en la disposición contenida en el Art. 468 del Código del Trabajo para que pueda extenderse esta prueba a la demostración de los trabajos efectuados en horas suplementarias, y en las diversas jornadas, cosa que la Ley no lo ha hecho y por lo mismo dicha prueba no comprende los extremos mencionados.

Resumiendo, estimamos que la propia Ley ha determinado el alcance de los términos "tiempo de servicios" (Art. 468 C. del T.) como duración del contrato de trabajo (Art. 11 del C. del T.), ("tiempo fijo e indefinido") y los términos "jornada diurna", "jornada nocturna" y "horas suplementarias" (Arts. 63-64 y 72 C. del T.) como época en que se efectúe la prestación de los servicios, y duración mayor de los mismos

que la que fija la Ley, y por lo tanto, diferenciados los dos conceptos, no cabe extender el alcance del juramento deferido a la prueba de horas suplementarias que pueden ser realizadas en jornadas diurnas o nocturnas, y que cabe distinguirlas para efectos del pago con los recargos legales.

e;lel4.lde

Debemos anotar también, que el trabajo realizado en horas suplementarias constituye una excepción y para que exista, deben cumplirse los requisitos previstos en el artículo 72 del Código del Trabajo, o sea convenio escrito entre las partes, autorización del Inspector del Trabajo, límite de las horas suplementarias, que no podrán ser más de cuatro diarias y doce en la semana, recargos legales, según se efectúe en la jornada diurna o nocturna. etc.

Ahora bien, si estos requisitos no se cumplen, el trabajador no pierde derecho alguno según las normas estudiadas, y si ha realizado trabajos suplementarios, tiene derecho al pago desde el día en que la obligación se hizo exigible, lo cual hace que el trabajador pueda producir prueba testimonial, confesión de parte, exhibición de libros, etc., para justificar el trabajo en horas suplementarias.

Esto no acontece para la demostración de un largo tiempo de servicios, por ejemplo. 20, 30, o más años de trabajo, en que la prueba testimonial, sobre todo se torna muy difícil y entonces sí el juramento deferido cumple su rol legal, de amparar un derecho adquirido, como sería el de la jubilación por haber prestado sus servicios durante 25 años o más el trabajador que ha intentado la acción.

Es de notar que al tratarse de jornadas suplementarias de trabajo no hay razón alguna para que el trabajador no exija al patrono el inmediato cumplimiento de su obligación de pagar los salarios devengados en tales jornadas, como se exige la solución o pago por la prestación ordinaria de servicios. Este aspecto puede aún solucionarse dentro de un trámite administrativo por medio de la Inspección del Trabajo.

c) Conforme el análisis precedente, hemos determinado el alcance del juramento deferido del trabajador, en orden a lo que

debe entenderse como prueba del tiempo de servicios. Al referirnos a los salarios percibidos esta prueba es muy amplia y comprende en el término "salario o sueldo" la remuneración total percibida por el trabajador, incluyendo lo que hubiere percibido por trabajos suplementarios, a destajo, comisiones, participación de beneficios, derechos de usufructo, uso o habitación o cualquier otra retribución accesoria de carácter normal en la industria o servicio, según lo establece el Art. 55 del C. del T.

En tal virtud, el trabajador podrá en su juramento determinar su remuneración total, incluyendo sus retribuciones accesorias, bien sea en forma mensual, semestral, anual, etc. En uso de esta atribución legal, también puede indicar la producción anual de una parcela de terreno (huasipungo), cuyo rendimiento es parte del salario del campesino de la sierra ecuatoriana, y talvez la más importante.

Cuando la labor se hubiere efectuado a destajo, se acepta el promedio semanal o mensual de remuneración que indicare el trabajador en el juramento deferido.

d) Por último, anotemos que para el criterio civilista, que representa el individualismo económico, este artículo que comentamos y el 7º del Código del Trabajo, constituyen una injusticia y algo como una herejía jurídica. Pero es indudable que situado en este campo civilista el aspecto de que tratamos, no encontraremos la explicación necesaria, sino en los principios humanos y reales que informan el Derecho del Trabajo.

Sabemos que para corregir desigualdades, hay que crear otras desigualdades. Si en la realidad el débil lucha frente al fuerte, hay que proteger jurídicamente al primero creando esa desigualdad frente al segundo, con lo que se establece el equilibrio y la justicia social. Esta mira tiene los artículos mencionados, en el sistema del Código del Trabajo Ecuatoriano.

Jurisprudencia.— 1...3º—Los reparos de la demandada se refieren a la confesión del actor prestada a petición de ella y no al juramento deferido que es prueba del demandante, al rededor de los cuales reparos caben estas consideraciones: a) La confesión es prueba ciertamente para el que la solicita; pero no para el que la rinda. En tal caso, estuvo en su derecho el actor, y el Comisario en su

deber, al aceptar, no obstante la confesión prestada; el juramento conforme al artículo 468 del C. del T.; porque son dos diligencias de prueba de índole jurídica distinta, tanto en su contenido como en su efectos; en la confesión se trata de hechos personales, por lo que hace plena prueba contra el confesante; el juramento deferido versa sobre hechos preestablecidos por la Ley y que no son exclusivamente personales, por lo que su declaración jurada aprovecha al trabajador, probando en contra del patrono; con la confesión de parte se puede justificar la existencia de la obligación o derecho controvertidos, en lo principal; no así con el juramento, que para ser admisible presupone esa justificación y se contrae al tiempo del servicio y al salario percibido; en el juramento deferido, el Juzgado tiene la facultad de rebajar o que excediere la demandada: . . . — Juicio Joaquín Alvarez Macías.— Rosa Asplazu Valdez. — Ejecutoria 3ª Instancia. 23 de Octubre de 1943 — Tercera Sala.

2. — "... d). — Que supuesta la no existencia del contrato y relación jurídica, el juramento deferido a la actora, en cuanto al tiempo y salarios, no tiene objeto, ya que la comprobación de semejantes detalles, presupone la del derecho para cobrarlos; y e) Que, en verdad, por las diligencias y pruebas actuadas a petición de la actora no se ha demostrado ni el contrato de trabajo ni que entre el demandado y la actora hubiera habido relaciones jurídicas de trabajo . . ." — Juicio Blanca Rosario Pazmiño - Juan Gómez. — Ejecutoria tercera instancia, 5 de Julio de 1940. ----- -- Tercera Sala.

4. — "... 5.—Que a falta de prueba respecto del tiempo de servicio y del tanto del salario, el Art. 468 del C. del T., autoriza al Juez para justificar esos particulares, defiriendo al juramento del empleado . . ." — Juicio Miguel A. Nollivos R.— Ingenio Valdez.— Ejecutoria, 3ª Instancia, 23 junio 1939.— 3ª Sala.

3. — " . . . Justificados estos únicos fundamentos hechos, procede la acción procediendo asimismo para la comprobación del tiempo de servicio y salario el juramento deferido; pues, la Ley también prevee, en su artículo 135, numeral 4º el modo de fijar el salario aún en caso de imposibilidad de hacerlo: de donde se deduce que cualquier incidencia sobre estos particulares no puede dar motivo para desechar una acción si se han probado relaciones de trabajo y despido intempestivo, debiendo el Juez para la determinación de tiempo y salario ajustarse a la Ley . . . Juicio Hipólito Calderón C. - Pedro Maspons C. — Ejecutoria 3ª Instancia, 23 Octubre 1943. Tercera Sala.

5. — "... c) Que de las declaraciones de los mismos testigos (pregunta y contestación 1ª, 2ª, 3ª y 4ª) aparece que la actora ha prestado sus servicios a la Compañía durante veinte años, particular que, al igual que el salario percibido, pudo ser comprobado, como lo está, con el juramento deferido del trabajador, de acuerdo con el artículo 468 del C. del T.; tanto más aceptable cuanto que es clara la intención del reo de impedir la prueba del actor, negándose a la exhibición de sus libros, con fútiles pretextos . . ." Juicio Alberto

Castro - Compañía Frutera Sudamericana. — Ejecutoria Tercera Instancia, 25 julio 1941. Tercera Sala.

6. — "... 3º — según el artículo 468 del Código del Trabajo, débese deferir al juramento del trabajador, cuando del proceso no aparezca prueba capaz y suficiente para comprobar tiempo de servicio y salario percibido. — En el presente caso, las copias del libro de cuentas corrientes, exhibido por Delgado, demuestran las remuneraciones percibidas por Valladares desde el 7 de Noviembre de 1927 hasta el año 1942, y consiguientemente para este lapso de tiempo no es aceptable el juramento del trabajador sobre los particulares indicados. Tal juramento debió contraerse, atento el mérito de los autos, a los años anteriores a 1927, sin que sea aplicable la última parte del numeral 4º del artículo 134 de dicho Código, ya que no es imposible determinar los salarios del tiempo anterior a dicho año, una vez que el actor está fijándolos en su demanda, y por lo mismo, no pudo deferirse a su juramento, razón por la que es ilegal su aplicación que de este precepto han hecho el Comisario del Trabajo y la Corte Superior. Mas, como hay ausencia de datos sobre la remuneración anterior a 1927 antes de la liquidación, debe deferirse al juramento del trabajador, para la aplicación del artículo 55 de dicho Código, en cuanto al salario percibido en dinero, al precio de las mesadas en las diferentes reparticiones y el producto anual del huaspungo, todo esto en relación con cada período de tiempo de los determinados en la demanda, y en la inteligencia de que en ningún caso podrán exceder del límite fijado en ella, los valores de las mesadas y del producto del huaspungo. Atento los datos del número de cabezas de ganado que Valladares tuvo proceso, fs. 15 vuelta, 57 y 58, se fija en doce el derecho a conservar en la hacienda en estas reparticiones: 2 al rejo, 6 a la boyada, 4 al repeño y 20 en el páramo. Las demás retribuciones accesorias que se demandan, no han tenido carácter normal; pues no consta del libro correspondiente, como constan las que se mandan pagar . . ." — Juicio Toribio Valladares Mejía - José Fafael Delgado. — Ejecutoria 3ª Instancia, 14 Octubre 1943 Tercera Sala.

7. — "... 4º. — Que para el pago de las indemnizaciones se computa el sueldo de acuerdo con los asignados que ha probado haber tenido con artículo 55 del mismo Código, tomando en cuen-

carácter permanente y cuyo valor asciende a cuatrocientos sucres mensuales que nidos a los cuatrocientos en dinero, suma la remuneración de ochocientos sucres mensuales, pues, siendo tales asignados parte del sueldo, pudo probarse su monto con el juramento deferido, porque del proceso no aparece otra prueba capaz y suficiente para tal determinación . . ." Juicio Jorge Valarino omnge - Rosa y Alfonso Pérez Pallares. — Ejecutoria 3ª Instancia Junio 16 de 1943. 3ª Sala.

8.—" . . . 5º. — Que algunos testigos declaran que hubo interrupción en los servicios y en caso de duda acerca de su duración hay que atenerse al juramento del trabajador, al tenor del artículo 468 del Código del Trabajo, cuantas veces necesita éste probar el tiempo de servicio y el salario percibido, en caso de no haber otra prueba al respecto; por cuya razón se defiere a la declaración jurada que Espindola rindió ante este Tribunal, según la que consta que descontando nueve meses de interrupción en el año de 1927, ha servido desde Diciembre de 1916, mes fijado por los testigos, hasta el 15 de febrero de 1943, en que fué separado, es decir, más de 25 años . . .

Juicio Jorge Espindola. — Empresa del Ferrocarril del Sur. — Ejecutoria 3ª Instancia, 28 abril de 1944. — Primera Sala.

9. . . . 7º — Que son estrictamente legales los fundamentos de la Corte Superior, respecto a la denegación de las reclamaciones del actor por el 15% y por las horas excedentes de trabajo . . ." Juicio Juan Pingo — Julio Wickenhauser: — Ejecutoria Tercera Instancia. 2. Diciembre de 1941.— Primera Sala. — Segunda Instancia. — "... 4º— Tampoco hay prueba legal en el proceso respecto a las horas excedentes de trabajo, cuyo pago igualmente exige el demandante, ya que su declaración, rendida con el juramento que ilegalmente se le ha deferido, creyéndolo amparado en el Art. 468 del Código del Trabajo, no es eficaz para establecer en el caso, la requerida prueba, desde que consta en autos haberse rendido otra prueba testimonial que por su naturaleza, es capaz, y por el número de testigos suficiente ante la Ley, para el propósito de establecer el pretendido hecho; aunque en la práctica no se haya conseguido tal resultado, por que las deficientes declaraciones al respecto, no han correspondido a lo que pretendió el actor . . ." Corte Superior de Guayaquil Marzo 11 de 1941.

(CONCLUIRA)

Unidad e Indisolubilidad del Matrimonio

Dr. JUAN I. LARREA H.

Catedrático de la Universidad Católica

El genio jurídico de Don Andrés Bello, que no sólo sabía apreciar el valor de la tradición y de las creencias de una nación sino, ante todo, subordinar la norma jurídica a la moral, a la recta razón y a las verdades trascendentes de la religión, definió el matrimonio en la forma que ha perdurado hasta hoy en nuestro Código, a pesar de tantas y tantas modificaciones como ha sufrido ese cuerpo de leyes.

“El matrimonio es —dice el Art. 91— un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Esta definición que tan objetivamente corresponde al objeto definido, que tantos años inspiró realmente toda la legislación ecuatoriana sobre la familia, que ha sido respetada por los mismos audaces reformadores —o mejor dicho, destructores de nuestras leyes—, no es hoy más que un símbolo de lo que fué el matrimonio ante la legislación de este país, y como una meta a la que han de dirigirse nuestros esfuerzos para que vuelva a ser lo que fué.

No se podrá tachar este ideal de retrógrado. No se esgrimirá en contra suya el argumento —atrayerente para superficiales— del progreso. En efecto querer que coincidan las instituciones de una nación con sus creencias y costumbres, enraizar el derecho en la tradición, son exigencias del progreso mismo y de la técnica científica.

El Ecuador, país hondamente respetuoso de la razón y respetuosos de sus propias creencias religiosas, no puede aceptar que se le imponga por más tiempo en nombre de

un vacuo “progreso” instituciones contrarias a los principios lógicos y a su fé.

Y actualmente —decía— la definición del matrimonio como un contrato indisoluble, para toda la vida.. es tan sólo simbólica. Representa una gloriosa historia de lealtad a los principios de moralidad, de dignidad ennoblecida por muchos sacrificios; representa también lo que debe ser el matrimonio, pero de ningún modo, lo que de hecho es ante los poderes civiles encargados de tutelar la prosperidad y paz de las familias.

La realidad es muy distinta: el Ecuador ha admitido el divorcio, la disolución arbitraria de lo que es indisoluble. Y a la prevaricación de las leyes ha seguido, lógicamente, la de la sociedad, que cada día se connaturaliza más, encuentra más disculpable el divorcio por razones sentimentales que no dejan de impresionar.

Al escándalo legal ha seguido, pues, la lenta deformación de las conciencias, y hoy es preciso recordar aún a los católicos ilustrados, los principios de un dogma sobre este sacramento.

Y todavía más grave es que hay quienes creyéndose y llamándose católicos se atreven a sostener doctrinas contrarias a las de su religión; y también los hay que si bien manteniendo la integridad de sus principios, opinan que se debe tolerar, que no hay una obligación græ de modificar el actual estado de cosas.

La verdad es que, si queremos ser consecuentes no podemos admitir el error teórico, ni podemos tolerar el práctico.

Y esto no significa lo que correctamente se tacha de intolerancia. Intolerancia sería imponer por la fuerza a una población no católica los preceptos que obligan a los ca-

tólicos. Igualmente es intolerancia la imposición que sufrimos actualmente los católicos en el Ecuador, de una serie de principios reñidos con nuestra conciencia. Luchar por sacudir esa tiránica imposición es pues, luchar contra la intolerancia y sin la intención de sustituir una por otra. En efecto, la solución práctica es la siguiente: que cada cual contraiga matrimonio conforme a su religión y que la ley respete a todos y a todos atribuya los efectos civiles. No es otra la función del Estado en esta materia: reconocer los efectos civiles del matrimonio.

En cuanto al vínculo mismo, es algo mucho más profundo y sagrado y escapa a la competencia del Estado.

La primera razón evidentísima es la de que el matrimonio es anterior al Estado. La historia, la sociología y la razón misma demuestran que antes que el Estado —grupo político complejo y que exige gran población— aparece la familia —grupo natural, simplicísimo, imprescindible para la conservación misma de la especie.

Aquel progreso de la sociedad que permite la formación de los grupos políticos —de cuya evolución surge el Estado— sólo es posible en una comunidad en la que existe un orden en las relaciones sexuales, es decir organizada en familias.

Los pueblos que han degenerado al estado de salvajismo han sufrido profundas desviaciones de la organización familiar —poligamia y poliandria— y por eso normalmente no son capaces de salir de su estado de regrección por sus propias fuerzas.

En cambio los pueblos primitivos —muy distintos de los salvajes, aunque ciertas apariencias puedan seducir a los no científicos— tienen siempre una sólida organización familiar, patriarcal y unitaria, y en la que se observan rigurosamente las leyes morales sobre lo sexual. Tal cosa confirman, además de las observaciones hechas por notables etnólogos y antropólogos en pueblos primitivos supervivientes hasta hoy, las tradiciones de todos los pueblos que siempre hablan de una edad de oro caracterizada por la sólida estructura social y familiar; los libros más antiguos que conserva la humanidad como son los Vedas y la Biblia; y la historia documentadísima de otros pueblos

más modernos como los griegos y los romanos cuyos monumentos, de todos modos, se remontan a los siglos VII y X antes de Jesucristo.

Entre los documentos que prueban la anterioridad de la familia al Estado, he mencionado la Biblia alegando únicamente su valor como fuente histórica antiquísima. Mas para los creyentes, aquellos libros contienen verdades reveladas, y el testimonio del mismo Dios es el fundamento de nuestra creencia.

Ahora bien, según el Génesis, Dios creó un hombre y una mujer, y así estableció el primer matrimonio, único e indisoluble, y anterior al Estado. Este surge mucho más tarde, cuando la complicación de las necesidades y la crecida población hacen que la familia sea insuficiente para ordenar la sociedad; todavía podemos decir más: el Estado aparece cuando hay una oposición entre grupos, familias, tribus, etc... que debe ser conciliada por una entidad superior.

Pero hay todavía razones más importantes que esta, de la primacía histórica, para demostrar que el Estado debe mantenerse en sus justos límites frente a la familia, frente a la religión y contentarse con su propia nobilísima misión de buscar el bien común temporal y que en esta materia se concreta particularmente en atribuir justos efectos civiles al matrimonio. El matrimonio es una institución que se forma por contrato, es en todo caso una realidad social y jurídica, moral, religiosa, única. Es un ente. Una realidad existencial. Pero en ella se pueden observar diversos aspectos, dignos del estudio de varias ciencias, así como el hombre es un ser y admite divisiones intelectuales de sus varios aspectos dando origen a ciencias tan diversas como la anatomía, la psicología, la fisiología o la sociología. Grave error sería hablar de diversas realidades o de diversos seres en el hombre: el conjunto de órganos —objeto de la anatomía—, las operaciones del espíritu, objeto de la psicología — etc... No; el hombre es una sola realidad, un único ente.

Del mismo modo, hay que distinguir — y estudiar separadamente varios aspectos del matrimonio y no perder de vista que es uno solo.

Hay que observar en el matrimonio su

carácter de vínculo natural, de contrato sagrado, de sacramento, y los efectos civiles que produce.

La costumbre universal y de todos los tiempos de revestir al matrimonio de ceremonias religiosas, de acompañarlo de sacrificios, de realizarlo en los templos y con la intervención de sacerdotes, revela que en el fondo de la conciencia de los hombres de las más distintas razas y culturas ha latido el sentimiento, la idea de que el matrimonio es algo sagrado. Si hay un ejemplo de consentimiento universal de una verdad, es este.

Illuminados por la revelación podemos apreciar más claramente y sin temor de error, los fundamentos de aquel carácter sagrado.

Primeramente, la finalidad primordial del matrimonio, la procreación, es una participación de la obra de la creación. El hombre, a semejanza de Dios, produce seres, y son los más nobles, los más perfectos del mundo sensible. Es más, hay una verdadera colaboración con el Supremo Hacedor; es El quien crea el alma inmortal cada vez que los hombres engendran un nuevo ser de su especie. Dios que creó todo de la nada, sin concurso de ninguna creatura, ha dado a los seres vivos una participación de su poder, pero al hombre no lo deja solo sino que actúa con él, infunde un alma espiritual e inmortal en los cuerpos humanos. Participación tan santa de operaciones, dignifica sobremanera la institución en cuyo seno se realiza conforme a los planes de Dios: el matrimonio. De aquí también es fácil deducir la gravedad del crimen que altera esos planes de la Providencia.

Por otra parte, es esencial del matrimonio el derecho recíproco de los cónyuges sobre el cuerpo del otro en orden a la procreación; y el cuerpo humano es no sólo la creatura en la que se manifiesta con más esplendor la belleza, ni tan solo el organismo más perfecto y admirable, sino —a los ojos de la simple razón— el habitáculo y el instrumento del alma inmortal, y— con la luz de la fé— el templo del Espíritu Santo, la morada privilegiada de Dios que se recrea contemplándose en su creatura más perfecta.

Sagrado, deberá, pues, ser el vínculo que

dé un derecho sobre tan noble ser: el cuerpo humano. Además, el matrimonio fué directamente establecido por Dios, como lo relatan las Escrituras, y proviniendo de una voluntad expresa e inmediata del Creador, es evidentemente algo sacrosanto.

Finalmente, es doctrina de origen apostólico, siempre tenida y enseñada por el magisterio infalible de la Iglesia, que el matrimonio tiene un carácter sagrado porque simboliza —no de un modo arbitrario y externo—, sino en cierta misteriosa manera pero real e intrínsecamente, la unión de Cristo a su Iglesia. Este simbolismo es perfecto en el matrimonio consumado y entre católicos y menos perfecto en el realizado entre acatólicos y en el no consumado, de donde se derivan importantes consecuencias relativas a la indisolubilidad.

A parte de esta última razón, sólo limitadamente aplicable al matrimonio de los no católicos, todas las demás son igualmente valederas para todos los hombres. Dé aquí que todos por igual estén obligados a reverenciar, respetar el matrimonio, y a guardar con especial cuidado todas las normas del derecho natural ya que están evidentemente reforzadas por aquel carácter sagrado.

En cuanto al aspecto de institución de Derecho Natural, que cabe estudiar en el matrimonio, valga observar que aún entre los animales hay un cierto orden en las relaciones sexuales, y lo que en ellos es instintivo, en el hombre, dotado de razón y libre voluntad, debe ser más perfecto. También exigen un mayor orden, más precisa y estricta regulación, la más grande fragilidad fisiológica y la mayor fuerza de pasiones del ser racional. Si no hubiera normas, debidamente sancionadas por la razón, por la naturaleza misma y la moral aún antes que por las leyes positivas, la humanidad habría desaparecido hace milenios. Mientras más poderosas son las fuerzas de la creación más admirable orden se descubre en ellas. Y el hombre con su inteligencia y voluntad es el dominador de este mundo, pero también laten en su ser fuerzas de pasión capaces de dominarlo. El destino natural del hombre, es por otra parte incomparablemente superior al de los brutos. Está llamado al progreso, al perfecciona-

miento, lo cual también exige un mayor orden en toda su vida. Y nada digo del destino sobrenatural del hombre por no salirme de este aspecto del derecho puramente natural.

Con claridad se impone, pues, la necesidad de que el matrimonio esté regulado por el derecho natural por el modo mismo de ser de la naturaleza humana. Entre los aspectos del D. N. se destacan las propiedades esenciales y los fines del matrimonio.

La complementariedad de los sexos no sólo física sino también moral, la imposibilidad de que subsista la especie sin esa correlación, la fragilidad del niño y sus cualidades y aptitudes de aprendizaje y colaboración etc. indican sin lugar a dudas, los fines connaturales del matrimonio: la conservación de la especie, el perfeccionamiento del individuo y el remedio de sus debilidades: procreación, educación y mutuo auxilio.

Error sería dar menos importancia de la debida a los últimos.

La educación es la continuación y coronamiento de la procreación. El hombre abandonado a sus instintos, sin el auxilio de sus semejantes, en poco se diferenciaría del bruto, y los llamados por la fuerza misma de las cosas, a desarrollar el germen de perfección humana de un ser son primeramente quienes pusieron el cimiento de su ser corpóreo.

Y quienes están llamados a tan alta colaboración no pueden desentenderse mutuamente como extraños, tanto más cuanto que les une un vínculo poderosísimo puesto por la naturaleza para ayudar al cumplimiento de sus fines y para elevar y llenar de luz la creación: el amor. Esa finalidad natural, de la ayuda mutua, exige frecuentemente renunciamentos heroicos, nobilísimos sacrificios; es obligación que se vuelve más apremiante en el desvalimiento, en la enfermedad y la pobreza y la desgracia y todas las miserias humanas.

¿Pero qué cosa más natural, que quienes se aman, que quienes deben amarse, se sacrifiquen el uno por el otro?

De estos fines naturales se desprenden las cualidades esenciales del matrimonio: unidad e indisolubilidad.

Sería largo y árido entrar a examinar los argumentos biológicos y sociológicos que demuestran cómo la procreación es difícil y en casos extremos, imposible, sin respetar la unidad que excluye la poligamia, la poliantería, la promiscuidad sexual etc... y la indisolubilidad que tutela la permanencia del vínculo.

De observación empírica más fácil es el hecho de que sin las cualidades esenciales, el matrimonio es prácticamente ineficaz para la realización de sus otros fines: ¿qué educación cabe cuando los padres no pueden conocer con certeza a sus hijos? ¿Qué educación puede dar la madre que es esclava de los caprichos de un hombre, que carece de la autoridad de reina del hogar y no es sino una de tantas? ¿Qué educación será posible en un ambiente de desorden, de pasiones, de confusión, Y qué auxilio mutuo, cuando las relaciones son fugaces, cuando no existe seguridad de permanencia, cuando uno de los cónyuges puede ser abandonado lícitamente en cualquier momento, es decir, cuando seguramente será abandonado cuando más necesita de apoyo, cuando la enfermedad o la vejez o cualquier desdicha o capricho le hagan más indigente y menos deseable?

Evidentemente sólo el matrimonio unitario entre un solo hombre y una sola mujer, e indisoluble, por toda la vida, es el dispuesto por la naturaleza del mismo hombre para satisfacer perfectamente esos nobles fines. Y hasta los instintos y las tendencias humanas —cuando no están artificialmente corrompidas—, impulsan hacia ese tipo de matrimonio; ¿qué otra cosa significan los celos sin un deseo de exclusividad? y la índole misma del amor es la de una entrega plena, absoluta, incondicional, que no admite, pues distribución, partición, ni límite de tiempo. El amor es tan fuerte como la muerte, y el pretendido amor que pueda ser vencido por otra cosa que la muerte, no sería verdadero amor.

El hombre halla en el ser amado el complemento de su ser y a su vez él es parte integrante del ser amado. Todo lo que rompa esta perfecta compenetración dispuesta por la naturaleza sea, permitiendo la unión de un hombre con varias mujeres, o vice-

versa, es lógicamente contrario a la esencia misma del amor, fundamento del matrimonio, es pues, contrario al derecho natural.

Los fines y cualidades del matrimonio adquirirían todavía mayor solidez cuando se añada a la consideración del aspecto del simple derecho natural, el de ese carácter sagrado que ya descubrimos en las nupcias.

Pero hay algo, que las eleva incomparablemente más. Se trata de una elevación que exigió nueva intervención directa de Dios. Una intervención — me atrevería a decir — más importante y más sublime que aquella al principio de los tiempos... es la elevación del matrimonio a la dignidad de sacramento. Es una nueva creación: no de la nada sino de algo preexistente, pero una creación, porque aparece un nuevo ser; el sacramento; el medio específico de santificación; el símbolo real e intrínseco de otra realidad; la señal sensible de la gracia que se da a los hombres: participación de la vida divina.

Este es el sacramento, o misterio del matrimonio. Misterio profundo — "grande" le llamó el Apóstol — que es preciso conocer aunque nunca se llegará a aquilatar toda su magnitud.

Exigió, pues una institución expresa del Hijo de Dios, y así fué colocado al lado del Bautismo o de la Eucaristía, entre los siete sacramentos, confiados por Jesucristo a su Iglesia para que santifique a sus fieles.

Como sacramento, desarrolla y eleva todo lo grande y noble, del simple matrimonio natural. Es la eterna operación de la gracia: elevar la naturaleza. Si antes era algo sagrado, hoy lo es más, si antes servía para engendrar hombres, hoy es para crear hijos de Dios, destinados a la gloria, hermanos de Jesucristo, miembros de su cuerpo; si antes era instrumento de educación, hoy lo es para la plena educación del hombre para el tiempo y la eternidad; si antes imponía mutuo auxilio, hoy triunfa la caridad que suavemente supereleva el amor, lo hace todo fácil y perfecto; si antes significaba ya la unión de Cristo a la Iglesia, hoy lo hace de modo perfecto y simboliza también la unión de las dos naturalezas, — humana y divina — en Jesús.

Y a todo esto se acompañan, los tesoros de gracia, de ayuda divina, para cumplir to-

dos esos fines y con un valor eterno. Aumento de gracia santificante y constante abundancia de gracias actuales para convertir todos los actos — hasta los más triviales — en medios de salvación.

Si se comprendiera bien todo esto, se admiraría con estupor la maravillosa vocación de divina santidad que significa el matrimonio; vocación sólo superada por la plena consagración a la virginidad y el celibato a Dios.

La dignidad supereminente del aspecto sacramental del matrimonio, convierte a dicho aspecto, en la realidad central, primordial, en torno a la cual giran las demás manifestaciones del mismo. Ante la grandeza del sacramento, no desaparecen los dictados del derecho natural ni el carácter originariamente sagrado, sino que ambos se consolidan, pero al mismo tiempo quedan como opacados, del mismo modo que la luna al pasar junto al sol, aunque reciba de este toda su luz.

Y la primera consecuencia de orden jurídico es la de que, si ya desde antes, el matrimonio era algo propio de la religión, hoy, elevado por el Hijo de Dios a Sacramento, está íntegramente confiado a su Iglesia. A ésta ya correspondería lógicamente velar sobre el matrimonio por el carácter sagrado y de institución de derecho natural, pero siendo un medio específico de santificación, un sacramento, es lo suyo, lo específico de su misión.

Se niega con esto toda intervención del Estado en materia matrimonial? De ninguna manera. Los efectos civiles le están íntegramente confiados, es propio de la sociedad política el regularlos conforme a la justicia y equidad, velando así por la prosperidad temporal — primordialmente — y de modo que redunde también en la espiritual y moral. Es más que lógico que exista, pues una perfecta concordancia entre las disposiciones civiles y las eclesiásticas; de no haberla, tampoco se puede hablar de verdadero orden jurídico, tampoco puede haber paz sólida, armonía, perfección.

El Estado debe en primer término avocarse con plena responsabilidad la regulación de los efectos civiles del matrimonio — cuestiones patrimoniales, referentes al domicilio y nacionalidad de los cónyuges, pa-

rentesco, subordinación, herencias, alimentos, patria potestad, tutelas, adopción, etc. etc. — y al mismo tiempo que satisfaga con todo celo esta su propia misión, no debe inmiscuirse en lo que no le corresponde, no debe invadir el campo de acción asignado a la Iglesia por la naturaleza, por el carácter sagrado del vínculo y por disposición expresa del mismo Autor de todas las cosas.

No corresponde al Estado legislar sobre el vínculo mismo, sobre el modo de contraerlo, sobre los impedimentos y dispensa de los mismos, ni sobre las propiedades fundamentales del matrimonio y otras materias por el estilo. Todo esto, no depende del arbitrio de los hombres, está impuesto por la naturaleza desde el principio de los tiempos y está confiado fundamentalmente a la tutela de la Iglesia. El Estado debe tan sólo prestar su apoyo para que se respeten las disposiciones de aquella, disposiciones que por otra parte deben siempre conformarse —y siempre lo serán por la protección del Espíritu Santo — al derecho natural.

Todavía corresponde al Estado, supuesta la pluriconfesionalidad, una responsabilidad más: es la de legislar sobre todo lo referente al matrimonio de quienes carecen de religión, disponiendo para ellos — y sólo para ellos — si es preciso aún una ceremonia que podemos llamar matrimonio civil; y vigilar que los matrimonios contraídos conforme a otra religión que no sea la verdadera, se ajusten también a las normas de la moral y el orden público, dejando en lo demás amplísima libertad a todas las confesiones y creencias religiosas en este punto como en todos.

Durante muchos siglos los estados comprendieron su misión y en general la cumplieron, con algunas excepciones, con tal o cual violación del derecho, que lejos de destruirlo o significar su negación, constituyen una prueba más de su realidad: no se viola la norma que no existe.

En la misma antigüedad pagana, el Estado dejó normalmente a las religiones el cuidado del vínculo matrimonial, limitándose a regular los aspectos temporales del mismo.

Con el triunfo del cristianismo la delimitación teórica de competencias se hace más clara y precisa, si bien algunas veces la I-

glesia tuvo que preocuparse aún de asuntos puramente civiles por la anarquía, por la falta de ejercicio de sus atribuciones por parte del Estado; y tampoco faltaron contadas intromisiones cesaristas en el campo eclesiástico.

En todo caso, la regla general durante los siglos III a XIV fué la armónica distribución de funciones entre la Iglesia y el Estado, conforme a la naturaleza, y al mutuo respeto de las mismas.

El protestantismo, que rompió la unidad del mundo occidental, quebrantó también aquella armonía, y al desconocer la suprema autoridad de la Iglesia, tuvo consecuentemente que laicizar el matrimonio, arrebatarse su legislación de manos de la Iglesia, y claro está, el único que podía heredar esas funciones era el príncipe secular. Así se inician una serie de intervenciones estatales en la regulación canónica del matrimonio, intervenciones aprobadas ampliamente por Lutero, y que como estimulaban el absolutismo en boga, fueron bien acogidas por monarcas despóticos. Así Enrique VIII; desgarró de las entrañas de la iglesia a su nación para poder atribuirse poderes despóticos en materia matrimonial y ser el primero en abusar de ellos en beneficio de su inmoderada concupiscencia. La historia de la intervención ilegítima del Estado en cuanto al matrimonio se refiere, es la historia de los despotismos y las dictaduras, los absolutismos y totalitarismos. Es lógico: qué más puede ambicionar el déspota que regir hasta la vida íntima de sus súbditos?

Fué el tiránico José II de Austria quien difundió por primera vez el sofisma de la distinción entre el matrimonio sacramento y el matrimonio civil, atribuyéndose plena jurisdicción sobre éste. Es algo así como querer sostener la existencia de dos soles: el sol en cuanto fuente de luz y el sol en cuanto fuente de calor, luego hay dos soles!

No bastó que los Papas proclamaran repetidas veces que para los católicos el único matrimonio verdadero es el sacramento, que si no es sacramento tampoco es contrato ni verdadero matrimonio; el argumento de José II se difundió fácilmente porque permitía justificar la usurpación por parte del Estado, de los derechos de la Iglesia.

El matrimonio civil fué pues sucesivamente aceptado en muchas naciones. Impuesto en Francia, en el período más violento de las dictaduras de la Revolución, se franqueó la entrada en los países europeos por la fuerza de los cañones imperiales.

Muchas naciones, sin embargo, tras las amargas experiencias de desmoralización, disminución de la natalidad, propagación de la delincuencia han vuelto sobre sus pasos y han restaurado en sus legítimos derechos a la Iglesia, entre otros han realizado tal regreso al orden por medio de concordatos los siguientes: Francia en 1805 y 1819; Las Dos Sicilias en 1818; Rusia en 1847; Costarrica, Guatemala en 1852; Austria en 1855; Wurtemberg (estado de mayoría protestante) en 1857; Baden el 59; Honduras y Nicaragua el 61; El Salvador y el Ecuador y Venezuela el 62; Colombia en 1877, Servia en 1914; Lituania el 27; Italia en el 29; Austria el 33; Portugal el 40 y España que casi siempre había respetado los derechos de la Iglesia en esta materia, acaba de comprometerse también por un concordato el año que acaba de transcurrir.

Algunos de los solemnes convenios internacionales que acabo de enumerar han sucumbido nuevamente a la violencia de los tiranos: Alemania Nacista al invadir y anexarse Austria en 1936 desconoció el concordato celebrado pocos años antes por la víctima de su imperialismo e impuso leyes racistas antihumanas a ese católico país; Lituania sufre aún en nuestros días la esclavizante férula comunista; asimismo las tropas rusas al invadir esa nación mártir, dejaron en la nada sus compromisos internacionales, y muy pronto reemplazó una legislación disolvente a las normas canónicas hasta entonces plenamente respetadas por Lituania. Qué mejor manera de aniquilar un país que atacar a la familia?

Pero si todo esto nos causa horror y lástima. Qué pensaremos de nosotros mismos, de nuestra patria que desde hace 50 años sufre los mismos efectos que esas naciones invadidas por dominadores extranjeros?

También el Ecuador se mantuvo fiel a sus creencias y tradiciones hasta que a principios del siglo le fué impuesto el matrimonio civil y con él el divorcio.

Nada habría habido que objetar si se hu-

biera introducido el matrimonio civil en el Ecuador para los sin religión. El Estado habría cumplido así con un deber suyo. Si nuestra patria en 1902 hubiera sido un país de ateos, tampoco tendríamos nada que decir si a todos los ecuatorianos se hubiera impuesto el matrimonio civil, reemplazando así la anarquía por la ley.

Pero las circunstancias eran y son muy diversas. Los ecuatorianos en su gran mayoría eran y son católicos, ya tenían su ley, y como ley de origen divino la respetaban y reverenciaban indudablemente más que lo que pudiera disponer un improvisado legislador humano. Y a ese pueblo católico se le impuso el matrimonio civil con la agravante de ser el que exclusivamente goza del favor y protección del Estado y de que ese mismo estado que se proclama neutral, laico, se atrevía a más todavía: a prohibir la celebración de un sacramento de la Iglesia de Dios a quienes no realizaban previamente las ceremonias impuestas a su capricho y que ante la conciencia de los católicos carecen absolutamente de valor alguno.

No importó, pues, al legislador ecuatoriano ni el caer en la contradicción más flagrante, cual es ésta de llamarse laico, neutral, y legislar en materia canónica, sacramental, pretendiendo crear un impedimento para el matrimonio católico.

¿Y cómo le iba a importar la falta de lógica, si no le importó nada la falta de justicia para con la gran mayoría nacional al desafiar la conciencia católica, el negar las verdades creídas y profesadas por todo el país?

Contra la lógica y la justicia triunfaron el snobismo de imitar a otros países — que tanto influjo ejerce sobre legisladores mal preparados y que tantos daños nos ha causado — y el intento ambicioso de poner en manos del Estado un instrumento más de dominación.

Con el matrimonio civil injustamente impuesto a los creyentes, vino como casi siempre sucede, el divorcio. En verdad podemos decir que la mayor parte de los intentos de establecer el matrimonio civil en las naciones se debe al deseo claro o velado de permitir el divorcio, es decir, de atentar contra la indisolubilidad característica del vínculo por derecho natural y divino y que ninguna

potestad sobre la tierra puede legítimamente atacar.

La introducción del matrimonio civil en nuestra Patria significó no sólo una injusta invasión de la jurisdicción propia de la Iglesia y una usurpación de algo legítimamente poseído y ejercido por ella con el asentimiento de la inmensa mayoría nacional, sino también un duro ataque a la unidad e indisolubilidad del vínculo, contrariando así el derecho natural, debilitando la base misma de la sociedad y abriendo el cauce para abusos cada día mayores.

El matrimonio civil ha venido también a originar mil confusiones en las conciencias. Ahora evidentemente no se manifiesta de modo espontáneo, intuitivo, como antes, la unicidad del vínculo. Se habla de matrimonio civil y de matrimonio religioso, son efectivamente dos ceremonias e inducen a pensar en dos vínculos válidos, siendo así que para los católicos sólo tiene valor el sacramental. Y de hecho, bien pueden darse casos de bigamia, de poligamia, por este infeliz sistema.

Por otra parte, el Estado ha querido dictar toda una legislación sobre impedimentos matrimoniales, muy imperfecta desde el punto de vista de la técnica jurídica, y que se halla a menudo en oposición con las disposiciones canónicas de modo que es fácil hallar casos de personas que pueden contraer matrimonio conforme a los cánones, y no, de acuerdo con la ley civil, o viceversa. Situaciones ambas igualmente lamentables, origen de múltiples conflictos y malestar social.

Pero hay una raíz más profunda de intranquilidad en el matrimonio civil: siendo una usurpación de derechos, siempre estarán los fieles conscientes de su responsabilidad, en actitud de reivindicación. La manera de evitar tal malestar, claro está que no consiste en hacer callar en nombre de la paz a quien tiene la razón, sino en restituir lo usurpado, en restaurar lo demolido, con lo cual el Ecuador restablecería también su fama de país respetuoso de los tratados internacionales, ya que la ley de matrimonio civil y divorcio violaba flagrantemente las estipulaciones solemnemente concordadas en 1862 y 1890 con la Santa Sede.

Y luego, hemos experimentado en casa

propia lo comprobado ya en muchos países: que el matrimonio civil propende a la corrupción de las costumbres; que el divorcio es la muerte lenta de la prosperidad social. No tenemos en el Ecuador estadísticas que demuestren lo dicho, pero la observación empírica parece hablarnos en ese sentido. En todo caso no hay razón para creer que nuestra patria sea una excepción, y en muchos países si hay estadísticas que confirman numéricamente lo indicado. Que el adulterio sea causal de divorcio parecería ser un remedio, una sanción para ese crimen, sin embargo, la experiencia demuestra que con los divorcios aumentan los adulterios, ¿no es el divorcio más bien una puerta de escape, un refugio para el crimen? Ante ese remedio fácil, no es más peligroso sucumbir, que sabiéndose ligado para toda la vida? ¿No habrá quienes busquen el delito, precisamente para librarse de la carga pesada de un matrimonio poco feliz?

Convenzámonos: el hombre no altera en vano las leyes de la naturaleza, la venganza de ella es terrible. Allí está la alarmante disminución de la natalidad, allí la pérdida de la autoridad de los padres, allí los infanticidios, allí la criminalidad en auge.

Se sustituye la institución natural y divina por una arbitraria convención de hombres; se cambian los sólidos cimientos por bases de arena ¿nos podremos quejar después de la ruina y destrucción? Si es difícil obedecer a Dios, más difícil es obedecer a los hombres, y con mayor razón si son ignorantes y se dejan llevar de las pasiones. La sociedad civil debe robustecer sus fundamentos, y el modo eficaz, no es sustituyéndose a Dios y tratando de matar las conciencias, despreciando el sentimiento religioso y moral de sus miembros sino precisamente acatando esas creencias confirmándolas en sus leyes, teniéndolas en cuenta si quiera sea como simple dato sociológico por un principio de prudencia política.

Fútiles han sido siempre y no pueden menos de serlo, los pretextos aducidos para defender el matrimonio civil: se ha dicho que es un modo de perfeccionar el registro civil, y de llevar bien la estadística de la población. Pero no podría exigirse como en Inglaterra, en los países escandinavos, en Bélgica, Holanda, en muchos de los Estados

de la Unión Americana y en tantos y tantos países la simple inscripción en el Registro de los matrimonios celebrados conforme a las respectivas creencias de los cónyuges?

Ese es un sistema, además de perfectamente democrático, técnico y nada reñido con las conciencias.

No se crea un nuevo "matrimonio", no se impone a nadie a celebrarlo contra sus creencias y el Estado conserva pleno control de sus ciudadanos y puede atribuir con precisión y justicia los efectos civiles.

Se defiende el matrimonio civil en nombre del progreso. Pero ya he dicho que el progreso es palabra vacía si no significa perfeccionamiento, adelanto, y no puede haberlo donde hay tiránica oposición, desconocimiento irrespetuoso de las convicciones de los ciudadanos, y menos aún se puede hablar de progreso donde no hay moral, donde se estimula únicamente los egoísmos, las pasiones desordenadas.

La completa separación de la Iglesia del Estado es otra falsa razón con que se pretende justificar el matrimonio civil. Falsa razón por muchos conceptos: falso es el principio y mal deducidas las consecuencias. Si el Estado y la Iglesia son sociedades distintas cuyas respectivas órbitas de acción deben estar bien delimitadas, no es verdad en cambio que puedan desentender de desconocerse mutuamente, los dos grandes poderes que velan por el bien común y temporal y eterno de unos mismos individuos no pueden contradecirse, no pueden destruirse, deben coordinar, armonizar su acción. Y en un Estado de mayoría católica, menos justificable es la absoluta separación de las dos potestades.

Luego, aún supuesto que de hecho se haya impuesto aquel falso principio, el desconocimiento del valor del matrimonio religioso y la despótica imposición del civil para todos, no es una consecuencia necesaria ni mucho menos. Al contrario, el mismo legislador laico debería respetar la conciencia de los católicos por lo menos al igual que la de los ateos. Y así como nosotros no queremos, no podemos imponer a los incrédulos la celebración de un sacramento, ellos no pueden imponernos un supuesto vínculo contra nuestra fé. Si se sostiene el matrimonio civil en nombre de la libertad de

conciencia se cae en crasa contradicción: se niega a los católicos —a la mayoría ecuatoriana — el derecho de proceder conforme a su conciencia.

En el fondo, la verdad es esta: todo lo que se diga para defender el matrimonio civil son sofismas que fácilmente se descubren; nada puede justificar lo que es contrario a la naturaleza y a la voluntad de Dios. La auténtica causa por la cual se propugna tal institución es porque permite dar rienda suelta a las pasiones, es, particularmente porque todo intento de corromper la disciplina canónica y obtener de la Iglesia el divorcio ha resultado vano, en cambio el legislador civil es tan condescendiente...

La Iglesia no ha cedido jamás ni podrá ceder en esta materia: el matrimonio es uno e indisoluble, no hay divorcio. Aunque los papas se empeñaran —suponiendo el absurdo— en destruir un matrimonio válido y consumado no lo podrían: sobre su poder está el de Dios, y El ha dicho: "lo que Dios ha unido el hombre no lo separe".

La manera más fácil y perniciosa de atacar las propiedades esenciales y naturales del matrimonio, de socavar las bases de la familia, es, por lo tanto, arrebatarse el matrimonio a la Iglesia y ponerlo en manos del Estado.

Así mismo, el modo más sensato de proteger nuestros hogares, de asegurar al matrimonio toda su dignidad, santidad y natural constitución, es sometiéndolo a su legítima autoridad: la eclesiástica; sin desconocer, por otra parte, en nada la función propia del Estado: regular los efectos civiles.

Procurando llegar a esto, si es preciso gradualmente, lograremos cumplir con un deber de creyentes, y evitar los múltiples males que acarrea el divorcio: la frustración de los fines del matrimonio, la disolución de las costumbres, la legalización del crimen. Erradicando el divorcio de nuestra Patria, evitaremos la disminución de la natalidad, muchos infanticidios y otros crímenes.

Reconociendo plenamente el carácter unitario e indisoluble del matrimonio, restableceremos la esencia de aquella institución creada para el amor y por el amor, y que por lo mismo debe tener toda la altura, toda la grandeza y solidez del más noble de los sen-

timientos humanos, más que humano, divino: esencia misma de la Divinidad es el Amor. Y así como Dios es inmutable y eterno, el amor de los hombres — imágenes del Creador — si es auténtico es imprescindiblemente único y perpetuo, aunque para mantenerse así exija los más duros sacrificios. Amor para un tiempo, amor mientras dure la prosperidad, amor mientras no haya que privarse, que negarse a muchas cosas, que sufrir, no es amor, es a lo más una sacrilega caricatura de lo más grande del hombre.

Pues bien, el matrimonio no sancionado con la indisolubilidad, es un *modus vivendi* propio para tales caricaturas deformes, pero no lo que exigen los verdaderos amantes.

Ni debemos pensar que es preciso permitir el divorcio en algunos casos extremos. Lo que no es justificable desde ningún punto de vista, en ninguna circunstancia se puede permitir. Muchos ejemplos desgarradores, trágicos, se podrá aducir que impresionarán sin duda los buenos sentimientos, pero la desgracia no se puede remediar por medios injustos, de otro modo habría también que permitir — en ciertos casos — muchos asesinatos, muchos perjurios, muchas traiciones y más crímenes... Además el divorcio atrae al divorcio, y si — contra la ley natural — se lo permitiera hoy en un caso, mañana sería en otro, y otro... como ha sucedido en varios países hasta llegar a las mayores abe-

rraciones, y las más grandes "facilidades" y "comodidades" para el divorcio.

La lucha contra las desviaciones de nuestra legislación debe pues, ser tenaz y ambiciosa; no podemos pararnos hasta conseguir la máxima meta: la plena conformidad de las leyes con la conciencia católica de este pueblo. Si es preciso, habrá que proceder gradualmente: primero eliminar lo más directamente contrario a la razón y justicia: la prohibición de contraer matrimonio eclesiástico si previamente no se celebra el civil y la existencia del divorcio pleno únicamente. Es preciso — como paso preliminar — obtener que se restituya el divorcio imperfecto, o semi-pleno para que los cónyuges católicos que tienen graves causas para separarse puedan hacerlo sin tener que recurrir, como sucede ahora, al divorcio pleno, contrario a su conciencia y que deja en libertad al otro de formar una diversa familia. Con estas dos medidas provisionales, no se ataca al derecho de nadie, ni siquiera se impondría a los católicos que cumplan con sus deberes religiosos, son dos medidas que puede tomar perfectamente el Estado laico sin desvirtuar su carácter laico.

Quiera Dios que, dado ese primer paso, pueda seguir después una reforma más profunda, a partir de principios ya no laicos, sino plenamente católicos, como corresponden a nuestra Patria.

Las Misiones Jesuíticas en América

Por IVAN RESTREPO EUSSE

Pocas veces se encuentra en la historia un esfuerzo más titánico que el realizado en América por los padres Jesuítas, y es por ello que el amante de la historia siente el vivo deseo de comunicar a los demás las impresiones que en él ha causado el conocimiento de estas hazañas heroicas.

Es mi intención hacer aquí un breve resumen de la labor social y económica realizada por las misiones jesuíticas en favor de los indios americanos.

Hay que tomar en cuenta que estos misioneros vinieron a la América española, mucho más tarde que las demás órdenes religiosas, tanto porque su fundación fué posterior al descubrimiento de América, cuanto por las dificultades que encontraron en España para venir a estas colonias.

A la colonia portuguesa del Brasil llegaron pocos años después de haberse fundado su orden, y los encontramos precisamente hace cuatro siglos o sea en 1553 en las ciudades costaneras. Después de haberse reunido un grupo considerable de misioneros, los vemos encaminarse al interior de las selvas brasileñas, dirigidos por los padres Luis de Gran y Nobrega, llevando consigo las armas del espíritu, con los medios de la cultura y con la predicación de la Palabra de Dios.

El P. Nobrega, con el instinto y la visión que lo caracterizaban, creyó mejor marchar hacia el sur para de allí continuar la penetración hacia el interior del país. En esta región funda en compañía del P. José Anchieta y en 1554 la actual ciudad de Sao Paulo y en ella una escuela, a donde atraen rápidamente a los indígenas que vieron en ellos amigos verdaderos. En esta región llevaron a cabo un vasto plan de civilización y evangelización de los indígenas.

Un Siglo más tarde, precisamente en 1653, encontramos a los misioneros jesuítas penetrando en las regiones de Mina Gerães y en el Bajo Amazonas. Aquí encontramos al gran Misionero Vieira, misionero que tuvo que luchar arduamente contra los blancos portugueses porque estos se dedicaron a esclavizar a los indios en forma verdaderamente salvaje, para utilizarlos como esclavos en sus plantaciones de la costa. Con todo, el P. Vieira en 1661 se adentró en la selva sobre el Río Pará y Guarupa en la Región del Amazonas. Subió por el Tocantines, el Xingo y el Tapajoz. Durante 9 años luchó este valeroso misionero en estas regiones y fundó 14 misiones en una extensión de unas 600 millas. Fué tal su labor que se le ha dado el merecido nombre de "ATILA DE LA FE". Al Norte del Amazonas fundaron los padres jesuítas 28 reducciones en la región de los tapuyas.

Ahora veamos su labor en la América española. Los encontramos por primera vez en Lima hacia el año de 1572 y doce años más tarde o sea en 1584 llegan al Río de la Plata, donde pocos años después llevan a cabo una de sus más grandes obras.

Al Paraguay llegan en 1588, pero su verdadera obra no la principian sino en 1607, en que el Gobernador de Buenos Aires y Paraguay, Hernandarias les presta toda clase de apoyo para que puedan principiar su elevada misión.

Dos son las regiones en que con mayor éxito se lleva a cabo la obra misional. La Zona del Paraná Medio sobre el Uruguay y el Tape y la Provincia de Guaira e Italia en el actual estado de Paraná. En esta región sobresale la persona del P. Diego de Torres, quien es el principal propulsor de estas misiones.

En 1609 se funda en Paraná la Misión de

San Ignacio de Guassu y se continúa con rapidez, hasta que en pocos años todo el territorio comprendido entre el Paraná y el Uruguay queda cubierto por una cadena de reducciones.

Hacia 1620 el P. Gonzáles, apóstol de los indios, llega hasta el interior del actual Estado de Río Grande del Sur, en donde funda varias misiones como la de Yapeyú.

En la región comprendida entre los ríos Parapanama, Paraná y el Iguazú, se funda una serie de reducciones que llegaron a tener más de 100.000 indígenas. Pero en 1622 los habitantes de Sao Paulo principian sus ataques contra las misiones de esta región, a tal punto que en unos 30 años los paulistas o mamelucos logran esclavizar a unos 40.000 indios. Los misioneros, en su desesperación, formaron un verdadero ejército de indígenas y construyeron hasta cañones de bambú con el interior de cobre, para poder resistir los ataques de los **bandeirantes paulistas** y así en 1641 infringieron a sus atacantes una total derrota que los libró para siempre de estos ambiciosos enemigos.

En el Oriente ecuatoriano entraron los Jesuitas en el año de 1637, año en que se inicia la Misión de Mainas. Encontramos en esta región las fundaciones jesuíticas divididas en tres períodos: en el primero, que va de 1636 a 1683, se establecen 33 reducciones; el segundo período abarca de 1683 a 1727 y en él se fundan 75 reducciones, esta es la época de mayor progreso. Y un tercer período, que va desde 1727 a 1768, se establecen unas 45 reducciones más.

Estos datos nos pueden dar a comprender cuál fué el alcance de la obra misional; era tan vasta la región que hoy pertenece a cuatro países (Brasil, Ecuador, Colombia y Perú). Según datos que tenemos el número de indígenas alcanzó a más de 100.000, número de gran significado, si se comprende que esta región tiene un clima sumamente fuerte.

Aquí se destaca la figura del más grande misionero de la región, el tan conocido P. Fritz, que en compañía de los padres Brayer y Richter fundó unas 40 reducciones. El P. Fritz levantó varios mapas de la región y fué un gran defensor de los derechos de España en estas regiones cuando

los portugueses principiaron a penetrar hacia el Alto Amazonas.

En estas reducciones se enseñaba a los indios toda clase de artes y oficios, como carpintería, herrería, etc. Además se fundaron escuelas, sólidas iglesias y se mejoró la vivienda del indio. Se les enseñó a los indígenas mejores métodos de cultivo y se llevaron semillas de nuevos frutos que sirvieron para mejorar la alimentación de esos infelices.

Estas misiones no se redujeron solamente a Mainas, sino que se extendieron a la cuenca del Río Mamoré, en la actual República de Bolivia, región que toma el nombre de estado misionero de Mojos. Esta era una región con un clima más benigno que el de Mainas, pero las inundaciones eran frecuentes. Para el año de 1644 encontramos en la región seis reducciones con unos 20.000 conversos.

A principios del siglo XVIII con la llegada de los misioneros alemanes, Mojos toma un nuevo impulso, a tal punto que para 1720 los indígenas reducidos pasan ya de los 30.000. Se establece una maravillosa ganadería que cuenta con 40.000 vacunos y unas 12.000 cabezas de ganado caballar.

También debemos hablar aquí del Estado Misional de Chiquitos, que principia en 1691. La primera fundación fué la de San Javier, a la que sigue una serie de nuevas fundaciones. En esta región existió un gran florecimiento, pues hubo completa paz. Se cultivó en gran escala el maíz y el tabaco, se fundaron numerosas escuelas y se les enseñó a los indígenas toda clase de oficios, además de mejorar considerablemente su manera de vida.

En el curso medio del Orinoco en la frontera entre Colombia y Venezuela encontramos a los misioneros jesuitas hacia el año de 1724. En esta época se fundan 16 reducciones con unos 4.400 conversos. Pocos años más tarde es tal el progreso que las reducciones ascienden a 30 y los indígenas pasan de los 30.000. Se les enseña la labranza científica y se hacen grandes plantaciones de plátanos, caña y cacao. Hoy, después de dos siglos de abandono, aún quedan como testigos mudos de una época floreciente, grandes bosques de cacao silvestre. No podemos olvidar tampoco el in-

terés que pusieron los misioneros por la ganadería, ya que las 16.000 cabezas de ganado que en estas regiones tuvieron son el origen de la gran ganadería que hoy existe en los llanos Orientales de Colombia y Venezuela.

En Chile, las misiones llegan mucho más tarde, porque la guerra de España contra los araucanos impidió a los misioneros la penetración en esta zona. Los araucanos tuvieron a los españoles en constante lucha durante más de un siglo.

En un principio los jesuitas vieron imposible la penetración a este pueblo guerrero y creyeron más útil permanecer en las tierras ya conquistadas y desde allí trabajar por el mejoramiento del indio. Fundaron en la región de Coquimbo y Arauco una floreciente zona agrícola, industrial y ganadera. Para promover el interés de los indígenas por las labores industriales y en general por todo lo desconocido para ellos, llevaron de Alemania varios artesanos y operarios que enseñaron a los aborígenes los oficios más dignos e importantes.

Dentro de lo industrial montaron grandes telares y entre ellos el de la Calera de Franco, que fué de mucho renombre por sus famosos paños. Fundaron también grandes fábricas de cerámica en que trabajaban cientos de indígenas, que aprendieron gustosos las nuevas enseñanzas de sus protectores. Toda esta obra fué realizada entre los años de 1748 y 1767.

En 1766, el P. José García levantó un mapa de la costa sur de Chile para poder comenzar la penetración a las tierras araucanas por esta región. Se estableció en la isla de Chiloé; y ya había principiado su obra, cuando en 1767 el Gobernador de Buenos Aires recibía la orden de expulsión.

Hasta aquí la obra misional en la América del Sur. No podemos olvidar que estos infatigables portadores de la Palabra de DIOS, también estuvieron en algunas regiones de la América Central y en Norte América, especialmente en México.

En Centro América y en general en la región del Caribe, los encontramos en la Martinica, en Guadalupe y en Haití hacia 1743. Estas misiones estuvieron dirigidas por el infatigable P. Margat.

En la Guayana Francesa entraron los padres Grillet y Béchamel en 1674 y en 1685 el P. Greuille quien trabajó durante 33 años y fundó muchas reducciones.

En Norte América la obra fué de gran fuste. Las más famosas misiones son las de México. Aquí encontramos un gran campo misional dividido en nueve grandes zonas. Estas fueron: Cinaloa, Misión del Carapao, Misión del Río Mayo, Misión del Río Hiaqui, Misión del Valle de Sonora, Misión de Sierra de Topía y Misión de Sierra de San Andrés que comprendía a la de San Ignacio de Aoya; y finalmente las Misiones de Tepehuanes y Tarahumares. Estas Misiones tenían más de 120.000 convertidos. Luego las misiones avanzan hacia el Norte, hacia la Baja California y Sonora. Esta última misión fué de mucha fama, pues entre 1638 y 1653 existían ya 23 reducciones con unos 25.000 habitantes.

También estuvieron los hijos de San Ignacio en el Canadá, en la región de los Grandes Lagos, la Bahía de Hudson y el Alto Misisipí, zona donde estaban los iroqueses y en la que convirtieron a unos 22.000 indios, por quienes realizaron una maravillosa labor.

Esta es a grandes rasgos la labor de los misioneros jesuitas que por razones injustificadas, fué destruída en virtud de la orden de expulsión expedida por los reyes de Portugal, Francia y España en el año de 1767. Quedó así destruída una de las empresas más formidables que el hombre ha sido capaz de realizar para el bienestar de la humanidad. Fué tal el retroceso económico y social que aún en nuestros días lo sentimos, pues de haberse terminado la labor de estos misioneros, grandes extensiones del territorio americano serían hoy, no selvas impenetrables, sino prósperas regiones incorporadas a la economía nacional. Otra habría sido también la suerte del indio americano. Habrían sido hombres libres, personas dignas, puntales del adelanto moral y social de estos países y no carga inerte de difícil civilización.

Se ha sostenido que la obra misional era una utopía, pues no habría podido subsistir por la inclemencia de la Naturaleza.

Es interesante anotar que los misioneros estuvieron generalmente en territorios hos-

tiles y a los cuales hoy es casi imposible penetrar; pero ellos dominaron las inclemencias naturales, demostrando que con la fe y con un espíritu de sacrificio que hoy se desconoce, se puede llevar a cabo grandes empresas.

La finalidad de las reducciones era sacar al indio de la ignorancia y el abandono en que se encontraba, para convertirlo en un hombre capacitado que pudiese sobrevivir en un mundo distinto, en un mundo que para él no tenía razón de ser, en un mundo que estaba centenas de años más avanzado que el suyo y al cual no se podría adaptar sin una educación especial.

Si las misiones hubiesen podido terminar su obra, el indio americano no estaría hoy en la angustiosa situación en que se encuentra, no sería el blanco de tanta injusticia e incompreensión.

El indio ha demostrado que sí es capaz de asimilar la cultura europea y esto lo podemos comprobar al mirar todas las obras por él realizadas.

Aún queda tiempo para reconstruir por lo menos en parte lo que la ignorancia y la pasión destruyeron de una plúmada. Aún le queda al indio la esperanza de que los gobernantes le tiendan la mano y lo saquen

de la miseria y el olvido en que se halla. Para ello es necesario un vasto plan de recuperación y regeneración, basado en las ideas que en esa época fueron puestas en práctica. Deben fundarse establecimientos especiales, en donde se prepara el indígena para la dura lucha de este siglo; institutos que deben estar a cargo de misioneros responsables y maestros capacitados, que enseñen al niño a valerse por sí mismo, que cambien su manera de pensar, que yo estoy seguro no es parte de su raza sino del ambiente en que se han criado.

Que los gobiernos desplieguen una campaña orgánica, a fin de convencer a los patronos que deben permanecer al lado del indio para cuidarlo, para no permitir que sean juguetes del vicio y de la inmoralidad, para enseñarles a trabajar; ayudarlos en sus necesidades económicas y velar por su salud.

Hay quienes creen que esto también es una utopía, y no niego que sea difícil realizar una obra de tal magnitud; pero si recordamos que con fé y sacrificio, pero sin medios económicos, los misioneros pudieron realizar su grandiosa obra, es lícito conjeturar que también los gobernantes de hoy están en la capacidad de realizarla.

Los Congresos de alta Cultura en Santiago de Chile

Dr. JOSE IGNACIO DONOSO VELASCO

Los chilenos son maestros en el bien hacer. Sinceros, francos y espontáneos, siempre dicen lo que piensan o sino más bien se callan. No son parcos en el hablar, pero nunca hablan más de lo que deben y hablan siempre cuando deben. Hacen más que hablan, pero con sencillez y naturalidad, sin alardes ni jactancias. Esta es la razón para que, con el corazón abierto a toda anchura, posean el raro secreto de hacer sentirse a todos como en su propia casa y por eso, sin duda, en esta era de las reuniones internacionales que se suceden con una frecuencia inusitada, el lugar casi siempre preferido sea ese noble y gran país.

Sin embargo, entre las reuniones celebradas últimamente en Chile, hubo dos, que no fueron dos congresos más de tantos, sino dos asambleas de la intelectualidad y del pensamiento, de lo más elevado de la cultura y del espíritu, que pusieron una nota de luz y de esperanza en la hora actual del mundo materialista, cargado de obscuridad y pesimismo.

Tales fueron, la Primera Reunión de Rectores y Delegados de las Universidades Católicas de la América Latina y el Segundo Congreso Universitario y Primera Asamblea General de la Unión de Universidades Latinoamericanas y Conferencia de Facultades de Ciencias Económicas Latinoamericanas. Referirse a lo Latinoamericano, es lo mismo que decir, la Civilización Católica en América y eso, relacionado con las Universidades, equivale a la Cultura Superior Católica de América.

La Pontificia Universidad Católica de Chile que, como todas las obras de Dios naciera pobre y humilde, hace sesenta y cinco años, en un mísero local de la calle Bandera de Santiago, con el primer curso de Derecho, pero que desde entonces tuvo un significado trascendental en la vida chilena, porque abrió nuevos cauces e imprimió la

orientación futura del país; esa Universidad que cuenta hoy con nueve Facultades, cinco Institutos Anexos, uno de los más modernos hospitales, granja para las prácticas agrícolas y numerosas obras especiales, entre las que no se ha descuidado ni siquiera los primeros ensayos de la televisión en Chile; Universidad Católica, catalogada como la tercera en su especie, después sólo de las de Lovaina y de Washington y antes que la de Roma, de Holanda, las dos de Francia y las otras de América, según declaración del propio Excmo. Cardenal Prefecto de la Sagrada Congregación de Seminarios y Universidades de la Santa Sede; esta Universidad fué la organizadora de la Primera Reunión de Rectores y Delegados de las Universidades Católicas de la América Latina, por cuya invitación y en cuyo seno se verificó el certamen, del 7 al 13 de Setiembre del año último, conforme a lo acordado el año anterior en Quebec, por la Federación Internacional de las Universidades Católicas.

De las catorce Universidades Católicas Latinoamericanas, pues la de Venezuela acaba de iniciarse en el presente curso escolar, concurren todas, excepción hecha de la de Puerto Rico; la de Cuba, la del Perú y las dos de Chile, estuvieron representadas por sus Rectores y las dos de Colombia, las cuatro del Brasil, las dos de México y la nuestra, por Delegados.

En la Reunión se aprobó el establecimiento de la Organización de las Universidades Católicas de América Latina, "para promover con medios adecuados el estudio de los problemas comunes, el fomento de las relaciones entre ellas y contribuir así a la defensa y mayor afirmación de la concepción católica de la vida y de la cultura, de acuerdo con nuestro común acervo histórico". Para este fin, fueron elaborados y a-

probados también los Estatutos correspondientes.

Se estudió y se hizo recomendaciones acerca de la situación y de los problemas de las Universidades Católicas en América Latina, habida cuenta de la condición jurídica en los diversos países; de las relaciones con otras Universidades nacionales e instituciones internacionales; de la formación y vida del estudiante universitario; del intercambio de profesores y fomento de las reuniones profesionales; del afianzamiento de la autonomía universitaria; de la coordinación de planes de estudio, reglamentaciones y sistemas docentes; de la atención a las residencias para universitarios foráneos y extranjeros; de la realización de escuelas de temporada.

Se acordó también la publicación de un Boletín periódico sobre legislación, actividades y problemas de las Universidades Católicas de América Latina.

Se procedió a la organización del Comité Ejecutivo, previsto en los Estatutos aprobados y fué designado Presidente el señor Rector de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Excelentísimo Señor Arzobispo de la Concepción Don Alfredo Silva Santiago, que lo fué también de la Reunión; Secretario, el Decano de la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación de la misma Universidad, Rvdo. P. Agustín Martínez O. S. A., quien fué también Secretario de la Reunión; y Consejeros, los Rectores de las Pontificias Universitarias Católicas de Río Grande Do Sul y de Lima. La sede de la Organización quedó establecida, conforme a los Estatutos, en Santiago de Chile y se determinó como lugar de la próxima Reunión, después de tres años según los Estatutos, la ciudad de Bogotá.

Cabe destacar que, no obstante haber sido una Reunión de Universidades particulares y católicas, dado el nivel de superación cultural de Chile, los Delegados no sólo fueron recibidos y atendidos oficialmente por su Eminencia el Cardenal Arzobispo de Santiago, el H. Señor Encargado de Negocios de la Santa Sede y la Universidad Católica de Valparaíso, que tan bien colaboró con la de Santiago, con el valioso concurso de su dinámico e ilustre Rector el Rdo. P. Jorge González Foster S. J., sino por el

Excmo. Señor Presidente de la República, los señores Ministros de Educación y de Relaciones Exteriores, el H. Señor Presidente de la Comisión de Educación del Senado de la República, la I. Alcaldía de Santiago y la Universidad Técnica Federico Santamaría de Valparaíso.

La Universidad Católica del Ecuador, mereció las distinciones, de que su Delegado presidiera una sesión, fuera designado para contestar el discurso en el banquete ofrecido por la I. Alcaldía, recibiera el honroso nombramiento de Miembro Honorario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Chile en solemne acto académico y dictara clase, en la Cátedra de Derecho Internacional Público.

Fueron jornadas memorables, que harán época en la historia de nuestras Universidades, en que se hizo ostensible la perfecta unidad de pensamiento y de acción de la inigualada fuerza espiritual de la docencia superior católica en todos los órdenes de la vida. El gran éxito de la reunión se debió a la previsión detallada de la bondad y cortesía sin límites de la Pontificia Universidad Católica de Chile, que comprometió la gratitud eterna de sus hermanas de Latinoamérica; y a sus ejecutores inmediatos, el Rector Magnífico Excmo. Señor Alfredo Silva Santiago, lustre y honra de la Iglesia y de la Educación chilenas, con su connatural gentileza y don de organización y el Secretario y el Relator de la Reunión, Rdo. P. Martínez y señor Rafael Hernández, este último Secretario del Consejo Superior de la Universidad, insignes figuras de la Pedagogía moderna y connotados filósofos, quienes con su entusiasmo, ilustración y talento, la prepararon y realizaron.

La otra de las reuniones referidas, el Segundo Congreso Universitario y Primera Asamblea General de la Unión de Universidades Latinoamericanas y Conferencia de Facultades de Ciencias Económicas Latinoamericanas, tuvo como antecedente inmediato, el Acuerdo N° 46 del Primer Congreso de Universidades Latinoamericanas efectuado en la ciudad de Guatemala, del 15 al 26 de Setiembre de 1949, que creó la Unión de Universidades Latinoamericanas el 22 de los dichos mes y año y que en el citado Acuer-

do, señaló como sede de aquellas, la ciudad de Santiago de Chile, con cuyo fin prestó gustosa su aceptación la Universidad de Chile. Esta Universidad, de glorioso origen y brillante tradición, que celebró por primera vez su fecunda vida secular en 1942; Universidad que fué la obra de arte del inmenso genio de Andrés Bello, su Fundador y primer Rector: Universidad que ha alcanzado con sobrada justicia, el título más alto en la estirpe de las Universidades de nuestro Continente, el de "la Universidad de América", porque han pasado por sus aulas, ya como maestros, ya como estudiantes, notables valores de cada uno de nuestros países, desde aquel mismo que, como hemos dicho, le imprimió, como el mejor augurio, el primer soplo de su venturosa existencia; y Universidad en fin, que, como un merecido blasón más, debe añadir el más noble de todos, el del "asilo intelectual y cultural", porque como para estar a tono, con la sublime misión que se asignó a Chile en su magistral Himno Nacional, de ser el "asilo contra la opresión, la Universidad de Chile, su fiel y celosa depositaria, ha sido el refugio permanente en nuestra América, ayalid de la cristiana institución del asilo, de los profesores y alumnos que eran impedidos de enseñar o estudiar en sus propias patrias.

Concorde con su aceptación, la expresada Universidad, en Marzo de 1952, nombró una comisión organizadora, compuesta del Rector, como Presidente y de tres distinguidos Decanos, para que cooperara con el Consejo Directivo de la Unión. Una vez de acuerdo sobre el anteproyecto de Temario y el plan general de la Reunión, el Consejo Directivo hizo la convocatoria, en Mayo siguiente, a todas las Universidades Latinoamericanas, con inclusión del citado anteproyecto y del plan de la Exposición de Motivos Universitarios Latinoamericanos que se realizaría simultáneamente con el Congreso, para que formularan las observaciones e hicieran las indicaciones que creyeran convenientes antes de la aprobación por el Consejo Directivo. En Abril de 1953, la Universidad de Chile, amplió la Comisión Organizadora con otras renombradas personalidades y en Julio, dirigió, a modo de Edicto-Cartel, la cordial invitación a todas las

Universidades Latinoamericanas. La invitación, fué seguida de una Circular del Señor Secretario General de la Comisión, en que se deja en claro, con la hidalguía y la dignidad características de la idiosincracia chilena, después de reiterar aquella, de establecer sus condiciones y de señalar los antecedentes de la Reunión que, "Al tomar a su cargo la Universidad de Chile la organización de esta importantísima reunión sabe perfectamente que contrae una gran responsabilidad, de la que depende su prestigio centenario, adquirido en un esfuerzo de constancia intelectual y cívica que la han distinguido por su amplitud para vincularse con sus hermanas de América. Es por esto que desca dejar establecido de la manera más absoluta que en el Congreso y Asamblea sólo se debatirán aquellos asuntos que específicamente forman las cuestiones de la vida universitaria en el plano más elevado de los ideales espirituales que han dado a nuestra Universidad la base de su organización, dignidad y prestigio. Abierta a todas las corrientes de la inteligencia ha excluido por sistema todo partidismo en cualquier orden de intereses transitorios, porque sólo busca lo permanente en el dominio de las ideas". Por último, su Excia. el Presidente de Chile Señor General Don Carlos Ibáñez del Campo, el 30 de Setiembre, hizo llegar su carta autógrafa a sus colegas de las demás repúblicas de Latinoamérica, para mediante su profesión de fe americanista, darles a conocer el apoyo que le merecía la iniciativa de la Universidad de Chile, con el seguro respeto de la más amplia autonomía de que goza, por la coincidencia de propósitos, aspiraciones e ideales con los suyos propios, a fin de estimularles a que apoyaran a su vez la concurrencia de sus Universidades respectivas.

El 22 de Noviembre se inauguró el Congreso en el Salón de Honor del Parlamento Nacional, con la asistencia del Primer Mandatario, a cuyo nombre presentó el saludo oficial el Señor Ministro de Relaciones Exteriores e hicieron uso de la palabra el Señor Rector de la Universidad de Chile, el Presidente de la Unión de Universidades Latinoamericanas, el Señor Secretario de la UNESCO y el Señor Rector de la Universidad del Brasil, quien agradeció a nombre

de los delegados. El discurso del señor Rector de la Universidad de Chile y Presidente del Congreso, constituyó una brillante pieza académica en la que precisó el verdadero concepto de Universidad y su obra decisiva en la vida de la humanidad.

Se había invitado a 83 institutos universitarios del Continente para que acreditaran sus delegaciones deliberantes y votantes y a las más antiguas y tradicionales Universidades de Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Italia, España, Francia y Alemania, para que enviaran sus observadores, quienes con voz, aunque no con voto, participaran en el torneo e hicieran escuchar sus sabias experiencias en los diversos problemas universitarios de la cultura occidental y pudieran ser aprovechadas sus acertadas enseñanzas. Alrededor de setenta Universidades habían adherido al torneo, con más o menos doscientos cincuenta delegados acreditados ante la Universidad de Chile y el Gobierno, lo que da una idea de la categoría e importancia del acontecimiento cultural, calificado con razón como uno de los de "mayor valor en el año 1953". Alemania envió al doctor Hans Marquardt, prestigioso biólogo de la Universidad de Friburgo, como jefe de la delegación; Gran Bretaña, al doctor Francis Humphreys, Vicecanciller de la Universidad de Birmingham y al doctor Richard Stone, de la Universidad de Cambridge; Francia, al famoso hispanista doctor Marcel Bataillon del cuatricentenario College de France y catedrático de la Sorbonne; España, a los destacados maestros don Alfredo Sánchez Bella, director del Instituto de Cultura Hispánica y don Luis Pericot, Decano de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Barcelona; Italia, a los eminentes catedráticos señores Francesco Flora de la Universidad de Bolonia, la más antigua del mundo y Francesco Vitto de la Universidad Católica del Sgdo. Corazón de Milán; Bélgica, al Secretario General de la Universidad Católica de Lovaina, doctor León Van der Eseen, autoridad intelectual del mundo contemporáneo; Estados Unidos, al señor Colgate W. Darden, Presidente de la Universidad de Virginia, señor Clifton Fulton, de la Universidad de Harvard, señor Joseph Solterer de la Católica de Washington, Rvdo. P. Eugene Korth S. J. de la de

Texas, señor David James de la de Brown y señor Carlos Quintana de la de Harvard. Algunas instituciones como la ONU, la Asociación internacional de Universidades, la UNESCO y la CEPAL, también enviaron sus delegados. Entre los de las universidades Latinoamericanas hubo varios Rectores y Decanos que presidieron e integraron sus representaciones y baste citar al célebre Rector de la Universidad del Brasil, Río de Janeiro, señor Pedro Calmon y al decano de los Rectores don Enrique Molina Garmendia de la Universidad de Concepción, Chile, ambos destacados valores del Hemisferio.

Escuchado el informe del señor Secretario General de la Unión, de acuerdo con el Temario aprobado con anterioridad y las nuevas ponencias presentadas, se distribuyó el trabajo en las cinco siguientes Comisiones: 1.— Coordinación de la enseñanza media, liceana o secundaria con la enseñanza universitaria; establecimiento de un Instituto Latinoamericano de Orientación Profesional. 2.— Estudio de la Carta de las Universidades Latinoamericanas. 3.— Coordinación de servicios y Unificación de informaciones estadísticas entre las Universidades Latinoamericanas. 4.— Estudio de las reformas a las Bases Constitutivas de la organización de las Universidades Latinoamericanas; financiamiento de la Unión; y establecimiento de la Orden al Mérito de la Unión de Universidades Latinoamericanas. 5.— Conferencia de Facultades de Ciencias Económicas Latinoamericanas; establecimiento del Centro Piloto Latinoamericano de Ciencias Económicas y del Departamento de Coordinación de la Enseñanza e investigaciones de las Ciencias Económicas de las Universidades Latinoamericanas. La Conferencia Especializada de Ciencias Económicas funcionó, por consiguiente, como una de las Comisiones de trabajo del Congreso.

Las Comisiones, para dar mayor facilidad, orden y eficiencia en la labor se subdividieron en subcomisiones, cuyos resultados, después del estudio por las Comisiones en pleno, fueron llevados a las sesiones plenarias del Congreso y Asamblea para su revisión y definitiva resolución. Así las recomendaciones de la Primera Comisión versaron sobre: 1.— Fines de la Segunda Enseñanza.

2.—Servicios de Orientación en los establecimientos de Segunda Enseñanza y en la Universidad. 4.—Articulación de la Segunda Enseñanza con la Universitaria. 4.—Formación de los maestros. 5.—Con relación al proyecto de creación del Instituto Latinoamericano de Orientación Profesional, la Comisión rechazó la iniciativa, por considerar que no hay por el momento estudios en qué basar una resolución objetiva al respecto. La Comisión Segunda adoptó conclusiones sobre: 1.—Docencia. 2.—Fomento de la investigación científica. 3.—Relación de la Universidad con los problemas nacionales. 4.—Extensión universitaria. 5.—Bases filosóficas de la Autonomía Universitaria, defensa de la misma, Autonomía económica. 6.—Colaboración con la UNESCO. 7.—Interinformación e intercambio Universitarios. 8.—Creación de la Biblioteca Americana. 9.—Cátedra de Lengua Portuguesa y Literatura Brasileña en las Universidades Americanas así como se estudia Lengua Española y Literatura Hispanoamericana. 10.—Cátedras especializadas para el estudio científico del pensamiento de Bolívar, fundador de la unidad Latinoamericana y medios conducentes a la implantación de estudios sobre las culturas originarias y Pre-colombinas de América. 11.—Asociación de profesores universitarios. 12.—Reformas a la Carta de las Universidades para afianzar la Autonomía Universitaria en lo interno y la independencia en lo externo. La Tercera Comisión formuló un programa mínimo de acción acerca del tema confiado a su estudio y señaló los procedimientos para alcanzarlo. La Comisión Cuarta se constituyó en cinco subcomisiones: La 1ª Para la reforma de las Bases constitutivas de la Unión. La 2ª para la determinación del financiamiento de la Unión. La 3ª para establecer la forma de integración del Consejo Directivo, cuya denominación se cambió por la de Consejo Ejecutivo. La 4ª Para tratar de la Orden al Mérito de la Unión. Y la 5ª Para considerar la sede del próximo Congreso. Las reformas a las bases las introdujo, siempre con miras al mantenimiento de la Autonomía Uiversitaria y al respecto a la independencia de los Estados; para el financiamiento propuso dos fórmulas alternativas:

indicó la manera de componerse del Consejo Ejetutivo; rechazó la creación de la Orden al Mérito de la Unión, porque cada Universidad tiene ya el privilegio de otorgar los grados honoríficos a personalidades que los merezcan y recomendó al Brasil para sede del próximo Congreso. La Quinta Comisión, se distribuyó en las siguientes subcomisiones: 1º De principios normativos y finalidades de las Facultades de Ciencias Económicas Latinoamericanas. 2º De organización de la enseñanza de investigación de las ciencias económicas en las Universidades Latinoamericanas. 3º De organización del Centro Piloto y del Departamento de Coordinación de la Enseñanza e Investigaciones de las Ciencias Económicas en las Universidades Latinoamericanas. Fué aprobada la creación de estos últimos para que funcionaran en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Chile. En la Comisión Cuarta, nuestro país, mereció la deferencia de que fuera elegido Secretario el Delegado de nuestra Universidad Católica.

El Segundo Congreso y Primera Asamblea de la Unión de Universidades Latinoamericanas, consideró en sesiones plenarias sucesivas, los proyectos de Acuerdos elevados por las Comisiones y los aprobó con algunas modificaciones. Negó la creación del Instituto Latinoamericano de Orientación Profesional, porque primó el criterio de que ese nuevo organismo podía interferir en la Autonomía de las Universidades y porque en general, la Carta de la Unión no debe acordar la creación de Escuelas Universitarias continentales para no afectar dicha Autonomía, aunque sí debe la Unión hacer conocer y relacionar los resultados de las diversas Escuelas de Orientación Profesional que se constituyan en el seno de las Universidades. Al discutir los principios básicos de un plan racional de las estadísticas universitarias y de los procedimientos para la aplicación de dicho Plan, predominó la idea de que no se debe pedir a los Gobiernos que legislen sobre la creación de servicios en las Universidades porque ello haría peligrar la Autonomía Universitaria. Los proyectos de creación de la Escuela Latinoamericana de Altos Estudios Económicos o Escuela Piloto y del Departamento de Coordi-

nación de las Facultades de Ciencias Económicas, en la respectiva Facultad de la Universidad de Chile, que habían sido acogidos dentro de la Comisión correspondiente, como paso previo al establecimiento ulterior de otras Escuelas y Departamentos similares, en otras Universidades de Latinoamérica, para las demás Facultades Universitarias, también fueron rechazados por atentatorios contra la Autonomía Universitaria y la independencia nacional, así como por estar en oposición con las mismas Bases de la Unión aprobadas antes y por entrañar odiosos privilegios antidemocráticos sobre las Universidades al hacer a unas de mejor condición que otras y establecer discriminaciones entre ellas. Por estas consideraciones, más bien se aprobó un Acuerdo que dice: "La Asamblea reconoce la necesidad de crear por las Universidades Latinoamericanas escuelas de altos estudios para *post-graduados*". En esta forma, cada Universidad podrá y deberá hacerlo dentro de su propio país y no con carácter internacional y de superfacultades como el que presentaban las proyectadas Escuelas Pilotos. Y así se aprobó también el voto, presentado por la Universidad Católica de Chile que expresa: "El Congreso de Universidades Latinoamericanas declara que la Escuela de Economía de la Universidad de Chile, a la que ésta le ha dado una orientación ajustada a las modernas concepciones de la docencia e investigación, llena una aspiración de las Universidades Latinoamericanas y merece el estímulo de todas ellas. Como consecuencia de lo anterior, el Congreso recomienda a las Universidades dar las facilidades necesarias para que esta experiencia sea aprovechada por todos los elementos universitarios." Por iguales o parecidas razones a las que anteceden, en los Acuerdos relativos a las representaciones estudiantiles en los organismos universitarios y a la reglamentación de la docencia, se hizo constar en cada caso, que será "conforme a las leyes orgánicas y estatutos universitarios" de cada Universidad, siempre con el propósito de salvaguardar el principio fundamental de la Autonomía que, por otra parte, en no pocos países como el nuestro, es de orden constitucional.

Se integró por votación el Consejo Ejecutivo de la Unión de Universidades Latinoamericanas en la siguiente forma: Presidente: Don Juan Gómez Millas, Rector de la Universidad de Chile, Vicepresidentes: Don Carlos Martínez Durán, de Guatemala, Presidente saliente de la Unión, y Don Octavio Méndez Pereira, Rector de la Universidad de Panamá. Vocales para el primer bienio: Don Tibor Carrillo, de México; Dr. Carlos Cueva Tamariz, Rector de la Universidad de Cuenca, de nuestro país; Don Salvador Massip, de Cuba; y Don Pedro Guerra Fonseca, de la Universidad de los Andes, Venezuela. Vocales para el segundo bienio: Don Pedro Valdivia, Rector de la Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia; Don Rodrigo Facio, Rector de la Universidad de Costa Rica; Don Leopoldo Arroyo, de Montevideo; y Don Pedro Calmon, Rector de la Universidad del Brasil. Secretario General: Don Guillermo Coto Conde, quien había ejercido dicho cargo desde que se fundó la Unión. Para sede de la Secretaría Administrativa, la votación favoreció a Guatemala, donde había estado hasta el presente.

Hubo una poderosa corriente de opinión, que hizo circular una lista, en la cual figuraba para una de las vocalías el Rector de nuestra Universidad Católica, pero ésta no estaba asociada a la Unión de Universidades Latinoamericanas.

En la Exposición de Motivos Universitarios, que se efectuó en la Universidad de Chile, para mostrar las principales realizaciones sobre todo en lo que se refiere a Ciudades Universitarias, publicaciones de sus editoriales, esquemas y gráficos estadísticos, cuadros de organización, distribución geográfica de las Universidades Latinoamericanas, etc., en la sección fotografías de los Rectores, experimentamos una intensa emoción al contemplar cómo se destacaba la figura venerable y señera de nuestro bien amado Rector.

Como balance general del Congreso, podemos concluir, que se consideró con la debida atención y seriedad y en el ambiente propicio por lo acogedor y familiar de la Universidad de Chile, todos los asuntos de la vida universitaria, capaces de establecer un campo adecuado a la recta orientación y al mejoramiento de esos laborato-

rios de investigación y fuentes de origen de la educación, la ciencia y la cultura superiores del mundo occidental, para la acertada solución de los graves problemas de la hora presente, en un esfuerzo mancomunado en pro del anhelo de todos por una paz social e internacional justa y definitiva cimentada en las incommovibles raíces cristianas.

Es inmensa la deuda de gratitud de las Universidades para con la de Chile, que no omitió nada para la feliz realización del Congreso tan efectivo en benéficos resultados

y para con sus dignos e ilustres personeros, el sabio educador y virtuoso cultor de la Filosofía, ejemplar Rector de la ejemplar Universidad y Presidente del Congreso, Don Juan Gómez Millas; el preclaro humanista e historiador y maestro, conservador de la Sala Medina de la Biblioteca Nacional, Secretario de la Universidad y del Congreso, Don Guillermo Felió Cruz, secundado con talento por el hábil y tesorero prosecretario del Congreso, Don Rafael Mery Berisso y para con el Relator General del Congreso, alma del mismo, la mujer de América, Señora Amanda Labarca.

ANEXOS

ANEXOS

NOTA EDITORIAL

Juzgamos de sumo interés y utilidad para los Profesores y Estudiantes de Jurisprudencia la publicación de los alegatos presentados en un sonado juicio de nulidad de disposiciones testamentarias, en las diferentes instancias del mismo, por los señores doctor don Belisario Ponce Borja, actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia, doctor don Julio Tobar Donoso, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Ecuador, y doctor don Alejandro Ponce Borja, prematuramente desaparecido del Foro en 1945. En esos célebres alegatos se estudian importantísimos

puntos relativos a la indignidad de suceder, a la interpretación de las disposiciones testamentarias, a la interposición de persona, a la asignación modal, y a otros trascendentales puntos jurídicos. Juntamente con los alegatos de las tres instancias publicamos la sentencia pronunciada por la Corte Superior de Quito, la misma que quedó vigente por haber concluido el juicio por transacción, y que constituye una pieza urídica de inmenso valor por el profundo conocimiento de las instituciones y la recta apreciación de los hechos.

Alegato de Primera Instancia

Dr. BELISARIO PONCE BORJA.

SEÑOR JUEZ TERCERO CANTONAL DE MAYOR CUANTIA

El Instituto Nacional de Previsión demanda al Excmo. Sr. Dr. Carlos María de la Torre, dignísimo Arzobispo de Quito, para que se declare que es indigno de suceder a la señorita Dolores Yépez Palacios, en calidad de heredero universal instituido en el testamento; que la institución de heredero es nula, y que, en consecuencia, el heredero universal abintestato de la señorita Yépez Palacios es el Instituto Nacional de Previsión; que por tanto, el heredero testamentario está obligado a entregar al Instituto la hacienda de "Yguiñaro" y la casa de Quito, y todos los demás bienes que pertenecieron a la sucesión; que son nulas y de ningún valor, y se las debe tener como no escritas las asignaciones contenidas en las cláusulas 5 y 7 del testamento, que no surten efecto alguno, y que no puede cumplirlas ni el heredero testamentario, caso de no declararse la indignidad, ni

el Instituto de Previsión, al reconocérsele su calidad de heredero. Para el evento de que no se acojan las pretensiones contenidas en esta primera parte de la demanda, se pide que el susodicho Instituto sea reconocido como sucesor abintestato de la señorita Yépez en la hacienda de "Yguiñaro" y en el resto del precio de la casa de Quito; y que, como consecuencia de este reconocimiento, el heredero testamentario deberá entregar al demandante el expresado fundo y el precio de la casa de Quito, deducido el valor de los legados y los gastos de funeral y entierro.

Funda el actor sus pretensiones en que el Ilmo. Sr. Arzobispo dizque es indigno de suceder, conforme al artículo 962 del Código Civil, que copiado a la letra, dice así: "Finalmente es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquiera forma, a una persona incapaz"; en que la asignación de la hacienda "Yguiñaro" es nula por tra-

tarse de un asignatario que no es persona cierta ni determinada: que también es nulo lo asignado al Ministro Provincial de los Franciscanos del Ecuador, a título de limosna, por ser incapaz de suceder, por haber sido un muerto civil el día que se abrió la sucesión, y por pertenecer a la Orden de que eran también miembros los religiosos con quienes se confesó la testadora durante muchos años y hasta su muerte. Por último, se afirma en la demanda que es, asimismo, nula la disposición relativa a la suma legada para misas en sufragio del alma de la testadora.

A esta celeberrima demanda se contestó en la forma siguiente:

1.—Niego los derechos que reclama el Instituto Nacional de Previsión, así como los fundamentos en que los apoya;

2. La disposición que la señorita Yépez hace en su testamento de los productos de la hacienda "Yguñaro" es válida; los objetos a que los destina no son ilegales, y la persona que ha de percibir en calidad de limosna la mitad de esos productos, está determinada por indicaciones claras del testamento. El Ministro Provincial de los Franciscanos no es incapaz de recibir limosna, ni lo era al tiempo de abrirse la sucesión. Caso de no ser válidas estas disposiciones, ello aprovecharía exclusivamente al Excmo. Sr. de la Torre;

3. Niego que el testamento de la señorita Dolores Yépez Palacios hubiere sido otorgado durante su última enfermedad, y que a sus disposiciones respecto del Ministro Provincial de los Franciscanos del Ecuador y de los padres Franciscanos, sea aplicable el Artículo 955 del Código Civil. Niego, asimismo, que la señorita Dolores Yépez Palacios se hubiese confesado con los franciscanos en los últimos años;

4. El testamento de la señorita Dolores Yépez Palacios instituye su heredero universal al Excmo. Sr. Dr. D. Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, y no le constituye persona interpuesta;

5. El Excmo. Sr. Dr. Carlos María de la Torre no ha prometido a la señorita Dolores Yépez Palacios hacer pasar sus bienes, ni parte de ellos, en ninguna forma a persona incapaz;

6. El Excmo. Sr. Dr. Carlos María de

la Torre es heredero universal de la señorita Dolores Yépez Palacios, su único sucesor, y la sucesión de ella es toda testamentaria, en ninguna de sus partes, en ninguna hipótesis es intestada.

De no ser válidas, de ser nulas y de tenerse como no escritas las disposiciones de la señorita Dolores Yépez Palacios, en punto a la hacienda "Yguñaro", a sus productos y a la casa de Quito, esto aprovecharía al heredero universal, al único sucesor instituido en el testamento; y en ningún caso, ni en parte alguna de los bienes, al Instituto Nacional de Previsión Social.

Planteadas en esta forma la demanda y la contestación, correspondíale al Instituto demostrar los hechos fundamentos de su acción, demostración que no aparece del proceso, como vamos a verlo brevemente.

I

Se afirma, lo primero, que el Excmo. Sr. Arzobispo es indigno de suceder a la señorita Yépez por haberle prometido hacer pasar sus bienes a persona incapaz; pero la prueba de este aserto no se ha producido, ni podía producirse por ser hecho destituido de todo fundamento, absolutamente falso.

Para que tenga aplicación lo prescrito en el artículo 962 del Código Civil, es condición indispensable que del testamento no aparezca que un incapaz cualquiera es favorecido con el todo o parte de los bienes del testador, debiendo constar únicamente el nombre de la persona instituida heredero o legatario, la que, según se descubre, ha prometido al testador beneficiar con el todo o parte de los bienes del incapaz. Prometer es obligarse de modo expreso y hacer algo o dejar de hacerlo; y para que la promesa de que habla el citado artículo 962 surta efecto, es preciso que entre el testador y el heredero o legatario haya mediado un pacto secreto, una promesa clandestina de entregar algún bien de la sucesión a un incapaz, de suerte que la institución de heredero o legatario tenga razón de ser sólo en cuanto el instituido ha prometido, se ha obligado a pasar el todo o parte de los bienes de la sucesión a persona o personas incapaces; obligación que para ser eficaz

y tener debido cumplimiento, ha debido contraerse con el testador de modo expreso y reservado. Si la asignación a favor del incapaz consta del propio testamento, es evidente que, siendo notoriamente nula por ilegal, ni el incapaz puede exigir su cumplimiento, ni puede ni debe cumplirla aquél a quien se haya impuesto esta carga en el testamento, por la responsabilidad para con aquellos a quienes beneficiaría el no cumplimiento de lo asignado al incapaz. De donde se sigue que, constando en el testamento de la señorita Dolores Yépez Palacios los nombres de los asignatarios a quienes se supone incapaces, no es aplicable a nuestro caso la disposición del artículo citado. Si los nombres de las personas que se dicen incapaces se hubiesen llamado en el testamento; y si el heredero, a sabiendas de la incapacidad, caso de que efectivamente lo fuesen, hubiese prometido transmitir el todo o parte de los bienes a dichas personas, entonces y sólo entonces, estaríamos en el supuesto del artículo, y la demanda tendría fundamento legal y debería ser acogida, si existiese prueba de la incapacidad de los ocultamente beneficiados y de la conocida promesa.

La consideración que precede, fundada en verdad incontrovertible, sería suficiente para que la rectitud del ilustrado Juez que conoce de la causa, rechace la acción relativa a la indignidad del heredero; pero, en gracia de la discusión, quiero suponer que la disposición del tantas veces citado artículo, debe aplicarse aún en el caso de que constasen en el testamento los nombres de las personas incapaces. En este supuesto, para que la acción sea acogida, debiera existir prueba plena de que entre la testadora y el heredero medió la promesa, el pacto expreso de que los bienes señalados en el testamento serían entregados a las personas designadas, y prueba plena, asimismo, de que tales personas son en realidad incapaces de toda herencia o legado. Y en nuestro caso, dónde tales pruebas en el proceso?

Tocante al primer punto, esto es, de que entre la testadora y el Excmo. Sr. Arzobispo medió el pacto, la promesa por partes de éste de hacer pasar los bienes a per-

sonas incapaces, a sabiendas de la incapacidad, ni sombra de prueba en el proceso; ni de la confesión prestada por el heredero, ni del testimonio de las personas que han declarado en calidad de testigos, puede deducirse, ni siquiera remotamente, que se haya realizado dicha promesa. En respuesta a la pregunta quinta, única que pudiera considerarse relacionada con el punto que nos ocupa, dice el Excmo. Sr. de la Torre: "La señorita Yépez Palacios vino a verme antes de la celebración del testamento, y me suplicó en que conviniera en ser su heredero universal, y se suplicó en que conviniera en ser su heredero universal, y yo acepté, naturalmente resuelto a dar cumplimiento a sus disposiciones testamentarias". Convino en que se le instituyera heredero, y al convenir, formó la resolución de cumplir las disposiciones testamentarias; pero del hecho de convenir en que se le designe heredero, y del propósito—acto interno— de llevar a efecto las disposiciones testamentarias, no se deduce, ni nadie pudiera deducir racionalmente, que hubo promesa explícita de hacer pasar los bienes a personas incapaces, a sabiendas de la incapacidad. El convenir en ser heredero y la intención o propósito de cumplir las disposiciones testamentarias, no constituyen promesa de ninguna especie, menos la de hacer pasar los bienes a personas incapaces a s a b i e n d a s de la incapacidad. Todo el que conviene en que se le nombre heredero, y, por el mismo hecho de convenir, resuelve cumplir las disposiciones del testador, sin que para esto sea necesario que conozca el proyecto de testamento, ni menos que prometa cumplir la voluntad del testador en todas sus partes. Y si es evidente que de la contestación transcrita no se deduce que hubo tal promesa, esta evidencia se hace más ostensible, si cabe decirse, con la aclaración que el absolvente hace a la respuesta a la pregunta duodécima. "En este estado, se lee al final de la diligencia, aclarando la contestación de la duodécima pregunta, dijo que aun después de leído el testamento no he tenido inconveniente en aceptar la herencia, por cuanto en ninguna de las cláusulas de dicho testamento, encuentro disposición alguna que sea contraria a l

moral, ni a la Constitución ni leyes de la República”.

Aun después de leer el testamento no ha tenido inconveniente en aceptar la herencia, quiere decir que leyó el testamento antes de aceptar la herencia, y como la aceptación no puede menos de ser posterior a la muerte del testador, la lectura se verificó, asimismo, después del fallecimiento de la señorita Yépez. Y si sólo entonces se impuso de la voluntad de la testadora en todos sus detalles, es claro que antes de la muerte de aquella no conoció el testamento, y si lo conoció fué tal vez de un modo muy general y vago. De donde procede que si no conoció el testamento en sus detalles, menos pudo haber promesa de hacer pasar los bienes a personas incapaces y a sabiendas de la incapacidad, queda, pues, plenamente demostrado que no existió tal promesa.

De otro lado, si no hubo la tan anhelada promesa, tampoco adolecen de nulidad las asignaciones constantes en la cláusula 5 del testamento, que se reducen a que el heredero ha de emplear la mitad de los productos de “Iguñaro”, en sostener el culto de la Santísima Virgen del Quinche y en la conservación de las escuelas católicas del propio lugar, y la otra mitad ha de entregar anualmente al Ministro Provincial de los Franciscanos del Ecuador, en **calidad de limosna**. La asignación para el expresado culto y para el sostenimiento de las escuelas, es una asignación modal, y como no es contraria a la ley ni a las buenas costumbres, es perfectamente válida y el heredero está en el caso de cumplirla. La frase aquella de que la mentada hacienda dedica para siempre a la Santísima Virgen del Quinche, no significa que la **asigna** la hacienda sino que la pone bajo su protección o algo así: tanto más, cuanto que la verdadera asignación, la constitución del legado modal está en la obligación que impone el heredero de emplear una parte de los productos del fundo en sostener el culto de la Virgen. El heredero invertirá parte de los productos en dicho culto; hé aquí a lo que se reduce la cláusula quinta en lo que se refiere a la Santísima Virgen del Quinche; y aquello de que la hacienda la dedica para siempre, o no significa nada, o ha de en-

tenderse en el único sentido racional anteriormente indicado.

Tampoco es nula la asignación modal en favor del Ministro Provincial de Franciscanos del Ecuador, en calidad de limosna; y no lo es, porque ni el testamento se quisito indispensable para que tenga aplicación el Art. 950 del Código Civil; ni los muertos civiles son incapaces de recibir limosnas, y, finalmente, porque el Ministro Provincial es persona cierta y determinada por indicaciones claras del testamento. Este se otorgó en el mes de Junio del año 1935, y el fallecimiento ocurrió el 6 de Marzo del presente año, a los diez meses de otorgado el testamento. La última enfermedad de la señorita Yépez, desde que se presentó con caracteres alarmantes hasta que sobrevino la muerte, duró alrededor de quince días, como lo indica el D. P. Agustín Vaca en la contestación a la pregunta cuarta del interrogatorio formulado para él y para el R. P. Nicolás Castro. Pretende el actor que la última enfermedad tuvo una duración de más de tres años, sin más fundamento que el de que en todo ese tiempo estuvo la señorita Yépez muy delicada de salud, pudiendo, no obstante, salir a la calle y entenderse en sus asuntos, como aparece de la prueba producida por el propio actor. Estuvo delicada de salud durante los tres últimos años de su vida; luego, la última enfermedad duró tres años; raciocinio que equivale a este otro: un paralítico de nacimiento vivió ochenta años, y murió paralítico; luego, la última enfermedad le duró ochenta años. La señorita Yépez cayó gravemente enferma quince días más o menos antes de su muerte; esta fué sin duda alguna su última enfermedad; y habiendo otorgado su testamento algo así como diez meses antes, en el mes de Junio de 1935, es evidente que no lo fué durante la última enfermedad, y que no es, en consecuencia, aplicable al caso la disposición del artículo 955 del Código citado.

Que los muertos civilmente no tengan derecho a la vida y no puedan, por tanto, percibir nada, ni a título de limosna, es un despropósito tan grande, que no merece siquiera el honor de refutarse. Viendo estamos a diario cómo en esta muy noble y piadosa ciudad de San Francisco de Quito, se

anda de acá para allá un leguito franciscano, seguido de su borrico y pidiendo una limosna para sus hermanos de religión y para más de cien pobres a quienes diariamente proporciona alimentos la benemérita e ilustre Comunidad, y a nadie que sepamos se le ha ocurrido hasta ahora decir que no tienen derecho a la limosna ni el leguito que la resoge, ni miembro alguno de la Comunidad franciscana, porque habiendo muerto civilmente no tienen derecho a la vida. A qué extremos conduce el sectarismo ciego y la desatentada codicia!

El tercer reparo a la asignación a favor del Ministro Provincial, es igualmente infundado. El artículo 1046 del Código Civil dice: "Todo asignatario testamentario deberá ser persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento"; y en el caso que nos ocupa, el testamento designa claramente la persona que ha de percibir la limosna, persona que en todo tiempo puede determinarse, con sólo investigar qué religioso se halle desempeñando el cargo de Ministro Provincial en la época del año en que deba entregarse la cantidad a que se refiere la asignación modal.

Resulta, pues, de la exposición que precede que las asignaciones modales a favor del culto de la Santísima Virgen del Quinche y de las escuelas católicas de la propia parroquia, como la establecida en concepto de limosna en beneficio del Ministro Provincial de Franciscanos del Ecuador, son perfectamente válidas y deben surtir efectos legales. Respecto de esta última asignación, débese, además, tener en cuenta, de que es válida, aparte de las razones anteriormente expuestas, por la de no haberse confesado la señorita Yépez, durante su última enfermedad, con religioso franciscano, particular en que están concordes dos testigos intachables, dignos de todo crédito, por sus condiciones personales y porque tienen pleno conocimiento del asunto sobre que declaran: los RR. PP. Vaca y Castro, quienes afirman que la señorita Yépez se confesó durante algunos años hasta el día de su fallecimiento con el R. P. Manuel Proaño de San Agustín, declaraciones confirmadas por el certificado conferido por el propio Padre Proaño. La

circunstancia de que religiosos de San Francisco hubiesen estado junto a la señorita Yépez en su última enfermedad, no quiere decir que se haya confesado con alguno de ellos; y las declaraciones de la señora Dolores Viteri de Larrea y de la señorita Carmela Viteri, a este respecto, no merecen fe por cuanto no afirman haberles constado el hecho de la confesión con un franciscano, en la última enfermedad de la señorita Yépez Palacios; lo supieron por referencia. Los otros testigos del actor nada saben acerca de este particular. Por donde se mire el asunto resulta, pues, que no hay razón alguna para que se declaren nulas dichas asignaciones modales.

II

Reconocida y declarada válida, como no puede menos de reconocerse, la institución de heredero Universal en la persona del Excmo. Sr. Dr. Carlos de la Torre, por el propio hecho debe rechazarse la acción propuesta como subsidiaria para el evento de que no fuese acogida la principal, acción subsidiaria concebida en estos términos: "en el evento —contemplado como mera hipótesis— de que no se declarase la indignidad del señor de la Torre, se reconozca al Instituto Nacional de Previsión como sucesor abintestato de la señorita Yépez Palacios, en los bienes consistentes en la hacienda de "Iguñaño" y en el resto del precio de la casa de Quito". Y afirmo que, reconocida y declarada la institución de heredero en la persona del Excmo. Sr. de la Torre, debe rechazarse por el propio, la acción subsidiaria, por cuanto, aun en el supuesto de que tal o cual legado fuese nulo, la nulidad beneficiaria exclusivamente al heredero testamentario Instituto Nacional de Previsión. El heredero universal, como lo es el instituido en el testamento de la señorita Yépez, sucede en todos los bienes, derechos y obligaciones del testador; representa la persona misma de su antecesor, y, por lo mismo, adquiere para sí la universalidad de los bienes, y aprovecha de las asignaciones que por cualquier motivo no surtieron efecto. A este propósito, el notable comentador del Código Civil francés, Baudry Lacantinerie, en el tomo XI de

su obra sobre Derecho Civil, al tratar sobre los efectos de nulidad, revocación y caducidad de los legados, se expresa así: "El principio es muy simple. El legado nulo, que se revoca o caduca se reputa como no escrito; *pro non scripto habetur*. En consecuencia, la nulidad, la revocación y la caducidad aprovechan a aquél que debía pagar el legado, en cuyo perjuicio habría redundado su ejecución. Así, habiendo el difunto dejado un hermano como más próximo heredero y un legatario universal, la nulidad, la revocación o la caducidad del legado universal aprovechará al hermano, porque a éste le habría perjudicado la ejecución del legado. Del mismo modo, si un testador deja un legado universal y un legado o título particular, la nulidad, la revocación o la caducidad del legado a título particular beneficiará al legatario universal, que se habría perjudicado al surtir efecto el legado particular. En el supuesto de que haya un legatario universal, un legatario a título universal de los inmuebles, y un legatario particular de un inmueble determinado, la nulidad, la revocación o la caducidad de este último legado aprovechará al legatario a título universal, que era el encargado de satisfacerlo. Se puede, asimismo, afirmar, en virtud de nuestro principio, que la nulidad, la revocación o la caducidad de un legado, puede aprovechar a un legatario particular. Así, la caducidad de un legado que el testador hace de una obra de su biblioteca, aprovechará al legatario de la biblioteca'.

Esta doctrina irrefutable, por arreglada a los sanos principios de jurisprudencia, es aplicable al caso que nos ocupa. El heredero universal de la señorita Yépez debe cumplir las cargas testamentarias, y si alguna de éstas, por cualquier motivo, fuese nula, el beneficio de esta nulidad reportaría el heredero universal, conforme al principio sentado por Baudry y admitido por todos los comentaristas: la nulidad aprovecha a aquél a quien hubiera perjudicado la ejecución del legado; y es claro que el perjudicado, en nuestro caso, es el heredero, cuya porción hereditaria disminuye en relación directa de las cargas que satisface.

Pero, hay otra razón, asimismo concluyente, que persuade que es inaceptable la singular pretensión del Instituto, de que se

le adjudiquen la hacienda "Iguinara" y el precio de la casa de Quito. Estos bienes, por su naturaleza misma, son cosas individuales, cuerpo cierto, la primera, y especie indeterminada del género, la segunda, y la asignación de estos objetos constituía un legado, esto es, una asignación a título singular, de acuerdo con el inciso 3 del artículo 942 del Código Civil, que dice así: "El título es *singular* cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos sucres, cuarenta fanegas de trigo". Y si la asignación de tales objetos constituiría un legado, una asignación a título singular, es evidente que, acogida la pretensión del Instituto tendría el carácter de LEGATARIO ABINTESTATO, lo cual es un contrasentido jurídico. Heredero abintestato reconoce la ley; pero legatario abintestato, sólo ha podido ocurrírsele al muy digno representante del tantas veces nombrado Instituto. Si no se declara indigno el heredero de la señorita Yépez, que se le adjudiquen la hacienda y el precio de la casa, se dice en la demanda; y esto en lenguaje jurídico, significara: que se declara que el dichoso Instituto es asignatario a título singular de tales bienes. Dígase si esto no es para reír!

Cierto que una sucesión puede ser parte testamentaria y parte intestada, y que las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han surtido efecto sus disposiciones; pero esto no sucede sino en ciertos casos, y jamás cuando hay heredero universal válidamente constituido, y a quien, como sucesor en todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del difunto, aprovecha la nulidad de tal o cual asignación. Si el testador, por ejemplo, nombra heredero para la mitad de sus bienes y la otra mitad no dispone en ninguna forma, los herederos abintestato sucederían en la mitad de la herencia de que no dispuso el testador, y tendríamos, en este supuesto, una sucesión parte testamentaria y parte intestada, porque el difunto sólo dispuso de una cuota de la herencia. Otro caso: si se declara nula la institución de heredero y en el testa-

mento hay asignaciones a título singular, la sucesión sería también parte testamentaria y parte intestada: Testamentaria, en lo relativo a los legados e intestada en cuanto los herederos abintestato reemplazarían al instituido en el testamento. Pero en nuestro caso, el heredero universal, válidamente constituido, lo sería también de los bienes comprendidos en las asignaciones que no surtirían efecto.

Y antes de terminar, dos palabras acerca de la suma destinada para misas, disputada también por el Instituto. Esta designación no constituye legado, como quiera que la suma destinada para misas, no es sino el estipendio que ha de pagarse a quien la celebre y es claro que esto no constituye legado, como no lo constituiría la suma destinada, por ejemplo, para que se compre un libro y se lo entregue a tal biblioteca, con la prescripción de que el libro se ha de comprar a fulano de tal: el legatario, en este supuesto, sería la biblioteca favorecida con el libro, más no para la persona a quien se lo ha de comprar.

RESUMEN:

1.—El Excmo. Sr. Dr. Carlos María de la Torre no es indigno de suceder como heredero universal a la señorita Dolores Yépez Palacios, puesto que, ni ha prometido hacer pasar parte alguna de los bienes a

personas incapaces, a sabiendas de la incapacidad, ni son nulas, por incapacidad de los asignatarios, las disposiciones relativas al fomento del culto de la Santísima Virgen del Quinche, a las escuelas católicas del propio lugar, al Ministro Provincial de Franciscanos del Ecuador y a la celebración de misas por el sufragio del alma de la testadora.

2.—Suponiendo que tales asignaciones fuesen nulas, la nulidad beneficiaría al heredero universal y en ningún caso el Instituto, el cual, no teniendo interés en dicha nulidad, que no redundaría en su beneficio, no ha podido siquiera intentar la acción subsidiaria, a que se refiere la letra d) de la demanda.

3.—Los bienes que el Instituto pide que se le adjudiquen caso de declararse válida la institución de heredero, constituirían un legado, y la ley no reconoce, ni sería posible que reconozca, legatarios abintestato.

Por todo lo expuesto, no dudo, ni es posible dudar que el inteligente, ilustrado y muy probo juez que ha de fallar esta causa, rechazará la temeraria demanda en todas sus partes, y condenará al representante del Instituto en las costas del juicio, por haber deducido una acción destituida de todo fundamento legal.

Belisario Ponce — E. Nájera E.

La Revista de la Asociación Escuela de Derecho agradece a la CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA y en especial a su Presidente, Dr. Benjamín Carrión, por la valiosa ayuda prestada para la publicación de este número.

Alegato

Del Dr. JULIO TOBAR DONOSO

Señores Ministros:

Con plena confianza en la integridad del Tribunal Superior, voy a examinar la sentencia de primera instancia, y el alegato que la parte contraria ha presentado en el juicio que el Instituto Nacional de Previsión inició contra el Excelentísimo y Reverendísimo señor doctor Carlos María de la Torre, dignísimo Arzobispo de Quito, por nulidad de varias asignaciones constantes en el testamento de la señorita Dolores Yépez Palacios.

Resumiré, en primer lugar, brevemente los

ANTECEDENTES

El Testamento

La señorita Yépez Palacios, por testamento otorgado ante el escribano doctor Rigoberto Guerra, instituyó heredero universal de sus bienes, consistentes en una casa de esta ciudad y en la hacienda "Iguinero", al Excelentísimo señor doctor don Carlos María de la Torre. En cuanto a la casa, mandó que se la vendiese para que se pagaran varios legados y que el sobrante se dedicara a misas. Respecto de la hacienda—que declara dedicarla para siempre a la Virgen del Quinche—, ordenó que se emplease la mitad de sus productos en el sostenimiento del culto de la misma Virgen y en el de las escuelas católicas de aquel lugar, y que se diese la otra mitad, en calidad de limosna, al Ministro Provincial de San Francisco.

La Demanda

Fundóse la demanda del Instituto, continuada hoy por la Caja del Seguro, en que el testamento contenía disposiciones a favor de incapaces, como eran la Virgen y las escuelas católicas del Quinche y el Ministro Provincial de los Franciscanos, Orden a la cual pertenece el individuo que confesó a la testadora en su última enfermedad. Y como el Excelentísimo señor de la Torre había prometido hacer pasar sus bienes a esos in-

capaces, se pidió que se le declarase indigno de la herencia.

La contestación

En la contestación negóse que se hubieran dejado los bienes a personas incapaces y que el Excelentísimo señor doctor de la Torre hubiera hecho promesa alguna de transferirlos a tales personas. Negóse, además, que el testamento hubiera sido otorgado durante la última enfermedad. Por último, sostuvo el demandado que, si fuesen nulas las disposiciones de la testadora en lo relativo a la hacienda "Iguinero" y a la casa de Quito, la nulidad aprovecharía solamente al mismo heredero testamentario.

El Instituto no pudo acreditar en el respectivo término ninguno de los hechos en que fundó su temeraria e injustificable demanda.

El Juez de primera instancia desecha casi todas las pretensiones del actor

El Juez de primera instancia declaró "la nulidad de la disposición en que se instituye asignatario modal de la hacienda "Iguinero" al señor doctor Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, por la obligación de entregar al Ministro Provincial de los Franciscanos la mitad de los productos de dicha hacienda"; y "que el señor doctor Carlos María de la Torre, heredero testamentario de la señora Yépez Palacios, se ha hecho indigno de suceder en los bienes de esa señorita, por haber convenido y estar resuelto, según el mismo confiesa, a hacer pasar parte de los bienes a una persona incapaz".

Mas, el mismo Juez reconoció que eran falsos muchos de los fundamentos de la demanda, a saber:

1º—"que la dedicación de la hacienda "Iguinero" a la Virgen del Quinche no significa una asignación de la propiedad a la Virgen, o sea a una persona incierta, que no es natural ni civil. Por la intención claramente manifestada por la testadora es u-

na simple consagración, una invocación, una forma de ponerla bajo la protección de la Virgen, sin que ésta pueda ser considerada como asignataria..."

2º.—"que la asignación de la hacienda "Iguñaro" a favor del doctor Carlos María de la Torre es una asignación modal, puesto que se le trasmite la propiedad de la hacienda, imponiéndole la carga de sostener el culto religioso y conservar las escuelas religiosas del Quinche, y entregar la otra mitad al Ministro Provincial de los franciscanos, perpetuamente, en calidad de limosna". El asignatario es capaz, y el modo, no establecido en beneficio de una persona determinada, sino para un fin que no es ni ilegal, ni inmoral.

3º.—que si el modo es legalmente imposible, los bienes pasan al heredero testamentario.

4º.—que no hay interposición de persona y que el Excelentísimo señor de la Torre, es asignatario real de la hacienda "Iguñaro".

Resolvió también el Juez a quo que no era procedente en este juicio la declaratoria del derecho del Instituto para suceder como heredero ab intestato, a la señorita Yépez Palacios.

En virtud de estos reconocimientos y declaraciones, el Instituto se vió obligado a adherirse a la apelación.

Con tales antecedentes, y siguiendo el orden del alegato de la Caja del Seguro, puedo ya entrar al examen de los hechos, artificiosamente falseados por ésta, para sacar erróneas deducciones.

LOS HECHOS

El testamento de la señorita Yépez no fué hecho en la última enfermedad

El testamento de la señorita Yépez Palacios fué otorgado el 5 de junio de 1935; y dicha señorita murió el 6 de marzo del siguiente año.

Entre el testamento y la muerte decurrieron, pues, nueve meses. Hace bien la Caja del Seguro de ocultar estos hechos, porque su esclarecimiento destruye el castillo de naipes de su defensa.

El testamento no fué otorgado durante la última enfermedad. La señorita Yépez

Palacios adolecía de una anemia crónica, según las mismas declaraciones de sus parientes y el adjunto certificado expedido por el doctor Maximiliano Ontaneda, que le atendió durante largo tiempo; y esa anemia no podía causarle la muerte.

Esta se debió, según el testimonio insospechable del notable médico doctor Aurelio Mosquera Narváez, a una bronconeumonía, que NADA TENIA QUE VER CON SU ESTADO ANTERIOR DE SALUD, como dice expresamente el certificado del doctor Ontaneda. El Padre Proño afirma también que la señorita Yépez murió con pulmonía y da razón de su dicho (fojas 114 v. y 115)

Queda, pues, demostrado que el testamento no se celebró durante la última enfermedad, la pulmonía: se otorgó nueve meses antes, cuando la señorita Yépez adolecía de dolores de cabeza. Estos y la bronconeumonía son enfermedades sin ninguna conexión causal entre sí. Cuando se quiera hablar de la última enfermedad, hay, pues, que referirse solamente a la bronconeumonía, que tiene un período conocido de desarrollo. La prueba del actor debió referirse solamente a esta enfermedad, y no confundir lastimosos y arteramente hechos y situaciones muy diferentes y distantes entre sí.

El Instituto pretendió demostrar que, durante los tres últimos años, la señorita Yépez Palacios no tuvo sino una sola enfermedad, continuada, y que ésta le impedía aun salir de su casa. A pesar de que los parientes ab intestato fueron los que promovieron la ocupación de los bienes de la expresada señorita por el Instituto de Previsión, cuando se les llamó a declarar, con el fin de atestiguar que la enfermedad con que murió fuese la misma que había tenido anteriormente.

La señora Dolores Viteri de Larrea se limitó a decir, en su declaración de fojas 25—26, que desde hacía tres años hasta cuando murió la señorita Yépez padeció dolores de cabeza y oídos, que la tenían muy fastidiada; pero que sí salía todos los días a sus prácticas religiosas. La enfermedad era, pues, de aquellas que ocasionan fastidio al paciente, pero que no matan.

Por su parte, la señorita Carmela Viteri afirmó que la testadora tenía anemia agu-

da y dolores de cabeza; lo cual no le impedía salir a sus prácticas religiosas todos los días.

La señorita Rosario Viteri no vió a su pariente doce años (foja 27 v.). El señor Francisco Larrea Viteri asevera igualmente que adolecía la señorita Yépez de las enfermedades preguntadas, y que esto no le obstaba a sus quehaceres religiosos.

En suma, todos los testigos están contestes en que la señorita Yépez experimentaba dolores de cabeza provenientes de su anemia, y que no podían originar una bronconeumonía.

La índole de una enfermedad no se acredita con testimonios de parientes, así sean veraces e imparciales. Se prueba con el de los médicos, que son quienes pueden apreciar la verdadera causa de la muerte.

Como el testamento se otorgó nueve meses antes de la muerte, era indispensable acreditar que la enfermedad que la causó fué la misma de que la testadora adolecía a la fecha de la celebración del testamento. De otra manera no se podía hablar de testamento otorgado durante la última enfermedad.

Las enfermedades crónicas no causan por sí solas la muerte; para que ésta sobrevenga, es menester que se origine algún otro accidente, que destruya el equilibrio orgánico mantenido a pesar del mal anterior. Este accidente, en tal caso, la última enfermedad.

Oigamos lo que respecto de la última enfermedad dicen los sabios profesores Bandry — Lacantinerie y Colin: "La determinación de la segunda condición, a la cual subordina la ley la existencia de la incapacidad, presenta alguna dificultad cuando el enfermo muere de una de esas enfermedades crónicas cuya evolución puede presentarse durante largos años.

En semejante caso, existe acuerdo en reconocer que es EL ÚLTIMO PERIODO AGUDO SOLAMENTE EL QUE SE DEBE CONSIDERAR COMO QUE CAE EN LOS TERMINOS DE NUESTRO TEXTO (el artículo 909 del Código Civil francés). *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des Donations entre Vifs et des testaments. Troisième édition Tome Premier. Pág. 247).*

La señorita Yépez no se confesó con franciscanos

Contra todos los datos contenidos en el proceso, el actor sostiene aun que la señorita Yépez se confesó con Franciscanos durante sus últimos años y en la postrera enfermedad.

Sorprende tan temerario aserto, pues manifiesta que, pese a la meritoria declaración del actor en su alegato de que no tiene prevención alguna contra las instituciones católicas no ha padido curarse de ella.

Lo que debió probarse, como luego veremos, es que el testamento se otorgó durante la última enfermedad y que durante ella o habitualmente durante los dos años anteriores a la muerte, la señorita Yépez se confesó con Franciscanos. Nada de esto se ha acreditado.

Examinaré, en primer lugar, los testimonios de los parientes de la señorita Yépez, aunque ellos, por circunstancias bien conocidas, nada signifiquen moral ni jurídicamente.

La señora Dolores Viteri de Larrea, a fojas 25 v., manifiesta que no sabe si la señorita Yépez Palacios se confesaría con Franciscanos en los últimos tiempos de su enfermedad. Añade que lo que le constó fué que el Padre Valentín Pérez, de la Orden de Franciscanos estaba constantemente en la pieza de habitación de la enferma durante sus últimos días. En fin, dice que supo, sin dar razón de ello, que la última confesión la hizo con un religioso Franciscano.

La señorita Carmela Viteri atestigua que hasta la muerte del Padre Aguirre (1919) le constó que se confesaba con religiosos menores; que éstos, y especialmente el Padre Fray Valentín Pérez, iban a casa de la señorita Yépez durante su última enfermedad; y que la confesión postrera la hizo con un religioso Franciscano.

La señorita Rosario Viteri ignora todos estos hechos. No se prestó a patrocinar las aspiraciones del Instituto.

El señor Francisco Larrea dice que, por referencias de personas de familia, sin nombrarlas, supo que la señorita Yépez se con-

fesaba con Franciscanos. Como esas personas de familia no atestiguan nada concreto sobre la confesión con Franciscanos, la declaración de dicho señor Larrea carece de importancia.

La señorita Carmela Viteri es, pues, la única persona que se atrevió a sostener que la señorita Yépez se había confesado la postrera vez con un Franciscano, sin nombrarlo. Mas, este hecho nada significa jurídicamente, porque el testamento no se otorgó durante la última enfermedad y, por consiguiente, el que la señorita Yépez se confesara con Franciscanos a la hora de la muerte nada habría importado. La coacción moral que la ley trata de evitar, no habría tenido efecto alguno.

Mas, la declaración de la señorita Viteri está desvirtuada por otros testimonios de alto valor. Comenzaré, en primer lugar, por manifestar que el hecho de la confesión es tan íntimo y secreto, que es muy difícil presentar prueba sobre él. ¿Cómo se puede saber si un sacerdote va simplemente a visitar al enfermo, a consolarle espiritualmente, o a confesarle? ¿Qué prueba testimonial cabe acerca de punto tan personal y reservado?

Quién confesó a la señorita Yépez

Consta de autos (foja 114 v.) la declaración del muy respetado Padre fray Manuel Proaño, Provincial de la Orden de San Agustín, quien afirma terminantemente que él —y sólo él— confesó a la testadora en sus dos últimos años porque ella era “muy difícil” para hacerlo con cualquier sacerdote. Su declaración terminante está corroborada, a fojas 38, por la del R. Padre fray Agustín Vaca, de la misma Orden, y por la del P. Nicolás Castro (foja 38 v.).

La declaración de este religioso es muy instructiva y aclara torcidas interpretaciones. El Padre Castro manifiesta, en efecto, que en abril de 1933, la señorita Yépez fué a confesarse, por vez primera desde que murió el Padre Aguirre. Como el fallecimiento de este eminente religioso y orador ocurrió en 1919, resulta que la señorita Yépez no se había confesado durante catorce a-

ños, ni se avenía con cualquier confesor, ni era de las que cambian fácilmente de directores espirituales. ¿Cabe creer que persona de esa condición pudiese confesarse en sus últimos días con religioso diverso del que habitualmente le dirigía?

Por su residencia en Loja no fué posible que declarase oportunamente el R. Padre fray Valentín Pérez O. F. M., acerca de la cita de la señorita Carmela Viteri. Mas, aunque no posea valor jurídico, si lo tiene plenísimo moralmente el adjunto certificado del mismo religioso, en que declara que nunca confesó a la señorita Yépez.

La confesión con franciscanos es, pues, una conseja indigna de la seriedad de una Institución. La señorita Yépez no volvió a hacerla con individuos de esa Orden desde el llorado fallecimiento del R. Padre fray José M. Aguirre. Antes y después del testamento— de ese testamento que no se otorgó durante la última enfermedad—, se confesó con un religioso agustino.

La absolución del Excmo. Señor de la Torre

Vengamos ahora a lo que constituye el eje de la acción: la supuesta promesa del Excmo. Señor Doctor Don Carlos María de la Torre a la señorita Yépez de hacer pasar sus bienes a incapaces. Aquella promesa es también otra fábula antojadizamente forjada. Desvanecida, queda derribada la acción misma.

En la absolución, constante a fojas 23 v., el Excmo. Señor Doctor de la Torre comenzó por negar lo que el Instituto pretendía demostrar a todo trance, o sea que la señorita Yépez, por sus malestares de cabeza, no podía salir a la calle. Manifestó, por lo contrario, que la expresada señorita fué al Palacio Arzobispal, con el objeto de hablar de su testamento.

Preguntado acerca del lugar donde la señorita Yépez le participó las disposiciones y asignaciones contenidas en el testamento que había otorgado o iba a otorgar, el Excmo. Señor de la Torre negó que se le hubiesen comunicado estos particulares en casa de la testadora; y, en respuesta a la quinta pregunta, o sea si el absolvente con-

vino en dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias de la señorita Yépez Palacios, respondió textualmente:

“La señorita Yépez Palacios vino a verme antes de la celebración del testamento y me suplicó que consintiera en ser su heredero universal y yo acepté, naturalmente resuelto a dar cumplimiento a sus disposiciones testamentarias”.

Como se ve, ni el Instituto preguntó al Excmo. Señor Doctor de la Torre si **había prometido** a la testadora hacer pasar sus bienes a incapaces, ni el absolvente pudo convenir en lo que no se le preguntaba.

La señorita Yépez se limitó a pedirle que consintiera en ser su heredero universal; y el Excmo. Señor de la Torre aceptó serlo, resuelto, como todo heredero debe estarlo, a cumplir las disposiciones de la testadora: hé aquí los hechos en su sencilla desnudez, sin tergiversación alguna.

Al fin de su absolución, el Excmo. Señor de la Torre manifestó que, “aun después de leído el testamento, no ha tenido inconveniente en aceptar la herencia, por cuanto en ninguna de las cláusulas de dicho testamento encontró disposición alguna que sea contraria a la moral, ni a la constitución y leyes de la República”.

Significa esta confesión que ni antes, ni después del testamento, ha creído el heredero que en él se contienen disposiciones a favor de personas incapaces. Por consiguiente, la supuesta e inverosímil **promesa** de transferir los bienes a aquéllas es totalmente infundada y calumniosa.

Ni siquiera se deriva de la confesión, que el absolvente conociese en detalle las disposiciones de la señorita Yépez, sino que ésta le manifestó que deseaba instituirle su heredero universal. La resolución de cumplir—acto meramente interno— las disposiciones de la testadora, no significa que se le hubiese otorgado **promesa de hacer pasar** los bienes a incapaces, que se hubiera celebrado el compromiso de simulación, de ser únicamente interpósita persona, un testamento para tal transmisión.

El Instituto y la Caja del Seguro han pretendido confundir dos hechos distintos, con el objeto de imputar un engaño a per-

sona de tan alta respetabilidad como el Excmo. Señor de la Torre: “no sabemos a qué atribuir, dice el alegato, la respuesta negativa del señor Arzobispo cuando dijo no haber ido a la habitación de la testadora y que las asignaciones se le comunicaron en la casa del contestante”.

Aquellos dos hechos son:

a) la traslación de la señorita Yépez Palacios al Palacio Arzobispal antes de la celebración del testamento, es decir **nueve meses antes de la última enfermedad**, con el fin de comunicar al Excmo. Señor de la Torre que le iba a constituir su heredero universal; y

b) la traslación del Excmo. Señor de la Torre, solicitado por los parientes de la señorita Yépez, a la casa de ésta, **durante su última enfermedad**, con el objeto, según dice expresamente, la señora Dolores Viteri de Larrea (respuesta a la quinta pregunta del Instituto) “de la forma de algunas asignaciones, de la **reforma consiguiente del testamento**”.

El verdadero objeto de esta visita del Excelentísimo Señor de la Torre a la señorita Yépez fué procurar que ésta le autorizara para mejorar las exiguas asignaciones que hacía a varios de los parientes, asignaciones que, aún después de la muerte de aquella señorita, el heredero estuvo dispuesto a aumentar, sacrificando si fuese preciso algo de las demás disposiciones hereditarias.

RESUMEN DE LOS HECHOS

De lo que acabamos de decir se desprende:

1º) El testamento de la señorita Yépez Palacios fué otorgado nueve meses antes de la muerte:

2º) la señorita Yépez adolecía de anemia y dolores de cabeza;

3º) la muerte se debió a una pulmonía, enfermedad que no guarda relación alguna con la dolencia crónica;

4º) la señorita Yépez no se confesó con Franciscanos desde el fallecimiento del Reverendo Padre Fray José María Aguirre, ocurrido en 1919;

5º) desde dos años antes de la muerte se confesó habitualmente con el Reverendo

Padre Fray Manuel Proaño, Provincial de la Orden de San Agustín;

6º) no hay prueba alguna de que durante la última enfermedad se hubiese confesado con Franciscanos;

7º) el Excelentísimo Señor de la Torre supo que la señorita Yépez le instituía su heredero y estuvo resuelto a cumplir sus disposiciones, que entonces y después las creyó legales; y

8º) Jamás otorgó promesa de hacer pasar sus bienes a incapaces.

LOS PROBLEMAS JURIDICOS

Entraré ya a tratar de los problemas jurídicos que se han suscitado. Procuraré ilustrarlos a la luz de la ley y de la doctrina de los juriconsultos, doctrina que el alegato de la Parte contraria ha omitido con razón, puesto que no hay un solo autor que sostenga las peregrinas tesis que propugna la Caja del Seguro.

La táctica del actor

La táctica del actor se ha encaminado a probar que la señorita Yépez Palacios hizo asignaciones a incapaces, y que el Excelentísimo Señor de la Torre es indigno de la herencia por haber prometido a la testadora transmitir esos bienes a esos incapaces.

Mas, en el testamento no hay asignación a ninguna persona inhábil para recibir. La señorita Yépez constituyó heredero universal al Excelentísimo Señor de la Torre, en su calidad de persona particular; y, en cuanto a la hacienda "Iguñaro", le hizo una asignación modal con la carga de emplear los productos en el sostenimiento del culto de la Virgen y de las escuelas católicas del Quinche y en dar limosna al Provincial de los Padres franciscanos.

"Instituyo, dice la cláusula quinta, como heredero universal al Excelentísimo Señor doctor Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, y declaro que mi hacienda Iguñaro queda dedicada para siempre a la Santísima Virgen del Quinche, con la condición que la mitad de sus productos se emplee en sustener su culto y en la conservación de las escuelas católicas del mismo lugar del Quin-

che, y la otra mitad de los productos sea entregada cada año personalmente al Ministro Provincial de los Franciscanos del Ecuador, en calidad de limosna".

La dedicación a la Virgen del fundo Iguñaro

-El Excelentísimo Señor de la Torre es, a la vez, heredero universal y asignatario modal de la hacienda "Iguñaro", que fué dedicada a la Virgen del Quinche, es decir puesta bajo su protección y amparo; porque esto y no otra cosa significa aquella cláusula, según lo reconoció, como ya anotamos, el Juez de primera instancia. La dedicación no es materia de una **disposición** testamentaria, sino de una **declaración**, que no forma parte propiamente dicha del testamento. Testamento "es un acto más o menos solemne en que una persona **dispone** del todo o parte de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días...", según el Art. 989 del Código Civil. La declaración relativa a la consagración a la Virgen, constituye un acto religioso, la manifestación de un anhelo de que la Madre de Dios tome bajo su patrocinio la hacienda que lega al Excelentísimo Señor de la Torre: mas, como disposición testamentaria no tiene significado, ni importancia algunos.

Absurdo sería pensar que la obligación de emplear los productos de la hacienda en determinados fines, se refiere a la Virgen del Quinche, pues, Ella, por sí misma, no podía cumplir la condición o modo establecido por la testadora. Hay que dar una interpretación racional y lógica a las disposiciones testamentarias, y ésta no puede ser otra sino que el modo se impone al heredero, al dueño de los bienes.

La asignación a Monseñor de la Torres es modal

Si se prescinde, pues, como debe prescindirse, de aquella dedicación —que no integra, jurídicamente hablando, el testamento—, queda sólo en la cláusula transcrita lo relativo a la asignación modal de la hacienda al Excelentísimo Señor de la Torre. "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un

fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo, y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada", dice el Art. 1.079 del Código Civil.

Evidentísimo que la asignación al Excelentísimo Señor de la Torre es modal, ya que se le instituye heredero, es decir se le dejan todos los bienes de la testadora, pero se le imponen cargas o gravámenes pecuniarios, cargas que, en lo concerniente a la hacienda, ceden en beneficio de las instituciones católicas del Quinche y del Provincial de los Franciscanos.

Por ser una asignación modal, el heredero llegó a hacer suya, inmediatamente de fallecida la testadora, la propiedad de la hacienda, porque el modo no suspende la adquisición de la cosa asignada.

Como existe una asignación modal de la hacienda con la obligación de emplear, no la propiedad, sino los productos en determinados fines especiales, para acreditar la nulidad de la asignación debió probar el Instituto que el Excelentísimo Señor de la Torre, es decir el asignatario modal, era incapaz de serlo. Mas, no se ha atrevido a tal cosa, y la capacidad de tan insigne ciudadano ha quedado fuera de tela de juicio.

La asignación fué, no al Arzobispo de Quito, sino a la persona de Monseñor de la Torre. Si se indicó su título, no es para manifestar, como supone el alegato de la Parte contraria, que el carácter episcopal del heredero fué la causa de la institución, sino que esa persona tiene una alta dignidad, de la cual no se puede prescindir al nombrarla. Si en un testamento se deja una hacienda al señor doctor N. N. abogado de la Caja del Seguro, ¿se podrá decir que su carácter de abogado ha sido la causa del legado, o que éste se ha hecho a la Caja del Seguro? El título es una manera de identificar más y más al heredero, no la razón de la asignación.

Quién es el asignatario

Si el asignatario modal es capaz, no hay por qué investigar si también tiene capacidad las personas en cuyo beneficio debe aplicarse el modo, porque ellas no son asigna-

tarias. Asignatario es el heredero o legatario a quien se impone el modo, nó el favorecido con la carga de la aplicación de los productos de un inmueble.

El Profesor Baudry - Lacantinerie señala el caso de un legado hecho por intermedio de una persona en provecho de una obra por crear, es decir de una persona que jurídicamente no existía al tiempo de la muerte del testador. El legado, dice, sería nulo, a juicio de algunos, por aplicación del Art. 911 del Código Civil Francés. Mas, añade, "la objeción podría conducir un poco lejos. Sería preciso declarar nulo el legado hecho con una carga, de la cual deberían aprovechar en último análisis, personas no concebidas al tiempo del fallecimiento del testador, por ejemplo el legado que hizo MMe. de Beaumont a la Facultad de Derecho de París con cargo de discernir todos los años un premio a aquel de los aspirantes al doctorado que presente la mejor memoria: lo que probablemente nadie se atrevería a sostener. Una sentencia de la Corte de Caen el 9 de julio de 1894 "declara válido el legado de una renta perpetua destinada a dotar cada año a una joven pobre y honrada de un Municipio determinado. Por otra parte, si se mira de cerca, se ve que no es la persona moral por crear el verdadero legatario, sino la persona escogida por el disponente, aquel a quien los bienes han sido legados. La persona moral por crear es tan poco legataria que no le reconocemos el derecho, una vez investida de la personalidad civil, de proceder contra el legatario para exigir la restitución de la carga, es decir la restitución de los bienes..." (Traité élémentaire de Droit Civil. Tome troisième, pág. 588).

Lo único que hay que estudiar es si son o nó lícitos los objetos o fines especiales a que debe aplicarse lo que se asigna a una persona.

El modo es lícito

Tanto la Constitución de 1907, como la de 1929, garantizan a los ecuatorianos "la libertad de conciencia", en todos los aspectos y manifestaciones, en tanto que no sean contrarios a la moral o al orden públicos" (Arts. 26, núm. 3 de la primera, y 151, núm. 13 de la segunda). Por consiguiente, el em-

pleo de la mitad de los productos de la hacienda "Iguñaro" en el sostenimiento del culto de la Virgen es perfectamente legal, como lo reconoció el Juez de primera instancia.

Asimismo, ambas Constituciones (Arts. 16 y 151, núm. 21, respectivamente) reconocieron la libertad de enseñanza. Por tanto, la conservación de las escuelas católicas del Quinche, es, igualmente, un fin amparado por la Ley.

Por último, las dos Cartas políticas aseguran el libre empleo de la propiedad (Arts. 26, núm. 4 y 151, núm. 14), del cual se deriva, en primer término, el derecho de dar a los bienes un fin tan noble como socorrer con limosnas a los necesitados. Favorecer con la mitad de los productos anuales, en calidad de limosna, al Provincial de San Francisco, para que la emplee en el sostenimiento de su Orden, no puede ser objeto más legal y socialmente benéfico.

La limosna no se da sólo a personas menesterosas para satisfacer **ocasionalmente** necesidades elementales de alimentación y ¿por qué no ha de ser permanente la dádiva? Y si esas necesidades son de muchos, vestuario. Si esas necesidades son constantes, como los que dependen del Ministro Provincial de San Francisco, ¿por qué no ha de ser la limosna proporcionada al número de los favorecidos, a su importancia social, al fin religioso y patriótico a que se dedican? ¿Podrá considerarse excesivo dar, por ejemplo, diez mil sueres anuales, como limosna, para la alimentación, vestuario y más menesteres, de cien personas, entre religiosos, hermanos legos y estudiantes, empleados en las misiones, etc. etc.?

Sostiene el actor que el Ministro Provincial de los Franciscanos no es persona determinada: y aunque esta indeterminación no significa nada en el presente caso, porque él no es asignatario, conviene manifestar que el carácter de Ministro Provincial es suficiente para determinarla, conforme al inciso 1º del Art. 1.046 del Código Civil. En efecto, ¿qué indicación más clara que la del Ministro Provincial de Franciscanos para señalar y precisar cuál es la persona a quien debe entregarse la limosna?

El hecho de la renovación de los Provin-

ciales, no priva a éstos de su carácter de persona determinada, como ya lo reconoció el Juez de primera instancia.

No es menester que la asignación para objetos de beneficencia recaiga en persona determinada

Por otra parte, es preciso observar que la ley civil quiere suscitar el ejercicio de la beneficencia; y por esto ha hecho en favor de tales objetos una excepción al principio general consignado en el inciso 1º del Art. 1.046 del Código Civil, o sea que todo asignatario debe ser persona cierta y determinada. El inciso 2º dice expresamente que "Valdrán, con todo, las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, aunque no sean para determinadas personas". Por consiguiente, si constituyese **asignación** la limosna al Provincial de San Francisco, y si éste fuese —que no lo es— persona indeterminada, la asignación sería válida, porque estaba destinada a un objeto de beneficencia.

La Corte Suprema de Colombia ha declarado que "los objetos de beneficencia, a cuyo favor se pueden hacer asignaciones testamentarias (Art. 1113, inciso 3º del Código Civil), comprenden todos los que el testador pueda contemplar, sin limitación alguna; y no solamente los **establecimientos** de beneficencia, los **pobres** y el alma del testador, de que hablan los incisos 3º y siguientes del Art. 1113 del Código Civil. (Casación, 29 de febrero de 1922: XXI, 19, 1ª Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia extractada, compilada y anotada por Fernando Garavito A. Bogotá, 1915, pág. 637).

El incapaz de ejercer el derecho de propiedad, no lo es para otros objetos, por ejemplo para recibir alimentos, según el Art. 315; menos puede serlo para recibir limosna. La incapacidad del religioso no era general, sino especial: no absoluta, sino relativa, según el Art. 1437 del Código Civil: no para todos los actos, sino para ejercer el derecho de propiedad. Por consiguiente, no se ha de aplicar a otras esferas u órdenes de actividad.

Si se hubiera dejado la mitad de los productos, para hacer limosnas, ¿habría sido i:

lícito el modo? Y porque esta limosna es para una Orden que, por regla e instituto, vive de ella, para una Orden mendicante, ¿se volverá ilícito?

La Orden Franciscana pudo ser favorecida con el modo

Si el asignatario, como lo declaró expresamente el Juez de primera instancia, es el Excelentísimo Señor de la Torre y no ningún otro, ¿cómo explicarse que el Juez, destruyendo radicalmente su propia doctrina, resolviera que el modo no puede aplicarse, por ser el beneficiado con una parte de los frutos, o sea el Vicario Provincial de los franciscanos, persona incapaz?

Con el decidido propósito de frustrar las disposiciones de la señorita Yépez Palacios, e insistiendo erróneamente en que el testamento contiene una **asignación** a los Franciscanos, sostiene el actor que la incapacidad de la Orden nace también de que aquella señorita se confesó en la última enfermedad con uno de dichos religiosos. Nada más contrario a la doctrina que tal afirmación injustificable.

Leamos, en primer lugar, la disposición respectiva del Código Civil.

El Art. 955 dice: "Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la última enfermedad, o habitualmente durante los dos últimos años anteriores al testamento; ni la orden, convento, o cofradía de que sea miembro el eclesiástico...."

Dos circunstancias son necesarias para que se declare incapaz al eclesiástico o a su convento:

- a) que el testamento en que se le instituya heredero o legatario haya sido otorgado durante la última enfermedad del difunto; y
- b) que el eclesiástico haya confesado a éste durante la misma última enfermedad, o habitualmente en los dos años anteriores al testamento.

Como ya hemos demostrado, el testamento se otorgó **nueve meses antes de la muerte**, la cual fué causada por una enfermedad distinta de la crónica que afligía a la señorita Yépez. No se ha realizado, consiguien-

temente, la primera circunstancia: el testamento no se otorgó durante la **última** enfermedad. Por eso, aún suponiendo que la señorita Yépez se hubiese confesado con Franciscanos en su **última** enfermedad — hecho de que sólo existe un testimonio, enteramente disconforme con los demás—, tal circunstancia no influiría en nada en el presente caso, porque el testamento no fué otorgado durante esa enfermedad.

En el estudio que el profesor de Derecho Civil en la Universidad del Uruguay, doctor Joaquín Secco Illa, dedicó a las Sucesiones en la **Revista Jurídica** de Montevideo, al comentar el Art. 839 del Código de ese país, idéntico al correspondiente del Chileno, dice: "La incapacidad no se determina por el simple hecho de ser el eclesiástico el que confiese o que haya confesado al testador; es necesario que lo haya confesado "en su última enfermedad", y que durante esa última enfermedad se haya hecho el testamento" (Octubre y Diciembre de 1929. Números 30-32. Pág. 233)

La misma doctrina expresa Baudry-Lacantinerie en su admirable **Précis de Droit Civil**. (Dixième édition. Tome Troisième Pág. 576). Este ilustre jurisconsulto manifiesta, asimismo, que la incapacidad sólo afecta al sacerdote que hubiese **confesado** al difunto, no a aquel que le ha visitado o que ha ejercido otros actos de su ministerio, por ejemplo la administración del viático. Aclaramos este punto, porque los parientes de la testadora hicieron hincapié en que los Franciscanos visitaron a menudo a la señorita Yépez en su última dolencia.

La Orden franciscana, como ya hemos advertido, no puede, según las reglas que desde su origen presiden su funcionamiento, poseer bienes: es Orden **mendicante**. Por consiguiente, aunque la ley civil ecuatoriana no hubiese establecido la muerte civil, carecería de capacidad canónica para recibir por testamento la **propiedad** de cosa alguna. Los testadores piadosos que quieren atender a esa mendicidad, tienen que servirse necesariamente, no por la supuesta inhabilidad legal, sino por la **institucional**, de la forma de una **modalidad** para que el asignatario pueda darles, **como limosna** y para los menesteres de la vida, alguna parte de

los frutos de los bienes a él asignados. Aun ahora, abolida ya la muerte civil de los religiosos y reconocida de nuevo formalmente por el *Modus Vivendi* la personalidad jurídica de las Comunidades Religiosas, la asignación a la Orden de Menores de la propiedad de una cosa cualquiera, sería **canónicamente** nula, aunque legalmente no lo fuera. Tal es la condición religiosa de ese ilustre Instituto.

No hay asignación en favor de los beneficiados con el modo

Hemos visto ya que, por ser modal la asignación de la hacienda "Iguñaro", no hay razón para examinar la capacidad de los **beneficiados con el modo**, sino únicamente la capacidad del **asignatario**, es decir del mismo heredero. Desde el punto de vista objetivo se llega a la misma conclusión, o sea la de que no existe **asignación** en beneficio del culto de la Virgen, de las escuelas católicas del Quinche y del Ministro Provincial de la Orden Franciscana.

"Toda asignación, dice el Art. 1.056 del Código Civil, deberá ser, o a título universal, o de especies determinadas o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros y cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo".

Al culto y escuelas católicas del Quinche y para limosna al Vicario Provincial de San Francisco, no se hizo asignación, ni a título universal, ni de especies determinadas, ni de géneros y cantidades que puedan, determinarse. No cabe, pues, hablar de verdadera disposición en favor de esos fines y objetos especiales, porque no se les dejó **bien** alguno de los que componían la herencia.

En esos fines y objetos especiales se mandó emplear, como **obligación para el asignatario**, los frutos de sus bienes, que, ipso facto, por el hecho de la delación de la herencia, fueron adquiridos por él, según el Art. 1.079 del Código Civil. El modo no es una asignación en pro de tales o cuales fines, es una carga para el asignatario, es decir para la persona a quien se deja alguna cosa, carga que constituye una restricción en su derecho al goce de la

misma. El asignatario modal adquiere la propiedad de lo que se le asigna, pero con esa limitación. En el presente caso —lo repetimos—, la testadora nada asignaba por sí misma **de lo suyo**, para aquellos fines; sino que imponía al asignatario el gravamen de emplear en el modo los frutos de lo que a él pertenecía ya.

Ni subjetiva, ni objetivamente considerado el punto hay, pues, a favor del culto y escuelas católicas del Quinche y de la limosna a los Padres Franciscanos, una asignación: nó subjetivamente, porque asignatario es únicamente el beneficiado con el legado de la hacienda; nó objetivamente, porque nada asignó la testadora **de sus bienes** para los fines tantas veces mencionados, sino que al asignatario le sujetó a una carga en pro de tales fines.

En la obligación de dedicar la mitad de los productos de la hacienda "Iguñaro" al sostenimiento del culto a la Virgen y de las escuelas católicas del Quinche hay, según la terminología del insigne profesor de la Universidad de París, Marcel Planiol, "una carga sin obligación hacia persona alguna". "Es posible, dice, que el legatario sea encargado de hacer funcionar una obra que no tenga la personalidad civil y que no constituirá un establecimiento distinto: así un legado a un obispado a condición de conservar un orfanato, ha sido declarado válido. El orfanato no estaba declarado de utilidad pública: era una obra privada conservada por el obispado. No había, pues, ante los ojos de la ley, una persona beneficiada con la carga". (*Traité élémentaire de Droit Civil. Tome Troisième. 1924. Pág. 796*).

El caso, como se ve, es idéntico: la carga fué impuesta al Excelentísimo señor de la Torre, no en favor de persona alguna, sino para la realización de un fin: el sostenimiento del culto de la Virgen y de las escuelas católicas del Quinche. Es, pues, válido, como lo era la disposición que cita Planiol, en beneficio de la conservación del orfanato episcopal.

El mismo ilustre profesor dice: "... cuando el intermediario desempeña el papel de donatario o de legatario, la **validez de la liberalidad debe apreciarse únicamente en**

su persona. Es lo que hace tan útil el procedimiento de la liberalidad con cargas: permite hacer llegar un don o un legado, por intermedio de una persona capaz, a otras personas que no podrían proveer directamente. Tales son: 1º **Las personas no concebidas**; 2º **Las personas inciertas** o más exactamente, las **personas indeterminadas**. Estas dos categorías de personas no están afectadas de una verdadera incapacidad: la ley no tiene prevenciones contra ellas; no se empeña en prohibir las liberalidades que los particulares deseen hacerles. Si estas liberalidades son imposibles, es únicamente por una razón de hecho: la **inexistencia actual** de estas personas o su estado de indeterminación: la devolución de los bienes que supone toda liberalidad es irrealizable. Pero, la interposición de persona viva y capaz levanta el obstáculo. Esta persona recibirá y guardará los bienes en interés de las personas futuras; o bien estará investida del encargo de elegir las personas actualmente indeterminadas que deben beneficiar de ellos. ¿Qué razón habría para prohibir tal combinación?" (Id. págs. 795—96).

Nada hay, pues, que se oponga a la asignación modal constituida por la señorita Yépez, para fines especiales que no constituyen personas o para hacer acto de beneficencia a una persona, cuyo carácter permite determinarla.

Ni cabe alegar, como ha hecho el actor, que la aplicación del predio a los fines determinados por la testadora es nula, porque se perpetúa. Hemos visto que la dedicación para siempre del fundo a la Santísima Virgen, no es una disposición testamentaria, sino una simple declaración, tendiente a colocarlo bajo el amparo y protección de Ella y que no constituye, en fin, una asignación, ni vínculo legal. Este acto religioso carece de significación en el orden jurídico, ni lleva consigo traba alguna en cuanto a la libre enajenación del inmueble asignado modalmente. La hacienda se legó al Excmo. Señor de la Torre, quien actualmente es legítimo propietario de ella: por consiguiente, sólo mientras él viva, tienen valor las cláusulas referentes al empleo de sus bienes. Para los herederos de Monseñor de la Torre no existe restricción alguna en cuanto

a la aplicación de los productos de la hacienda, ni tampoco en cuanto al dominio de ella.

Si, como lo reconoce el mismo actor en su último alegato, se puede considerar que hay asignación modal en el gravamen de la mitad de los productos del fundo en beneficio de la Virgen y escuelas del Quinche, es evidéntísimo que el asignatario modal, a quien no se impuso siquiera la limitación de la cláusula resolutoria para el caso de que no cumplierse el modo, puede hacer lo que le plazca con los bienes asignados.

La perpetuidad de las disposiciones es, pues, simple manera de referirse a la vida de Monseñor de la Torre. La testadora quiso solamente que el heredero durante su vida, o sea mientras fuese propietario de la hacienda, empleara los productos en los fines anhelados por ella.

Las objeciones de la Caja

Veamos ahora las objeciones de la Caja a la existencia de una asignación modal en favor del Excmo. Señor de la Torre.

Alega, en primer lugar, el actor que no hay asignación modal, porque nada se legó al Excmo. Señor de la Torre para que, conforme al Art. 1079 del Código Civil, lo tuviese por suyo. Sin embargo, poco antes afirmó terminantemente que el empleo de los productos en el mantenimiento del culto a la Virgen y de las escuelas católicas del Quinche, sí constituye asignación modal.

Si sólo los frutos de la hacienda debían aplicarse a determinados fines, es evidente que se le asignó al heredero el dominio de la cosa, con la carga relativa a dicha aplicación.

No es de la esencia de la asignación, que deje beneficio al asignatario

Ni se diga tampoco que no hay asignación modal, porque "nada queda al asignatario universal". En primer lugar, no es verdad que no quede cosa alguna al heredero, porque le pertenece el dominio, y aun podría pedir al Juez que le otorgase alguna parte de los frutos, conforme al Art. 1084 del Código Civil. Mas, aunque las cargas absorbieran toda la asignación modal, ésto

nada significaría, porque no es menester, para la existencia jurídica de un legado o herencia, que constituyan un beneficio económico para el asignatario.

Oigamos a Baudry-Lacantinerie: "Se dice que el legado hecho en provecho de un particular o de una persona moral con cargo de fundar una obra no es serio, porque, realizada la voluntad del testador, no quedará nada al legatario de los bienes que se le han transmitido por el testador. En primer lugar, la objeción se desvanece cuando la carga de la restitución no se aplica sino a una parte de los bienes legados. Y aunque se aplicase a todos, esto parece importar muy poco. No es de la esencia del legado que proporcione en definitiva un beneficio al legatario. Así nadie duda de la validez de un legado universal gravado de legados singulares, cuya ejecución absorbería todos los bienes del disponente, o de otras cargas que iguallen o aun sobrepasen el valor de los bienes legados" (Précis de Droit Civil. Tome Troisième, 1910, pág. 588)

A su vez, Planiol escribe: "...el legatario universal puede recibir todos los bienes o sólo una parte; puede no tener ninguno, si todos han sido legados a título singular. Encargado de ejecutar todos estos legados, el legatario universal no recibirá nada para sí y se encontrará, de hecho, pero no en derecho, en la situación de un executor testamentario.... La Corte de Casación ha decidido, en efecto, que "el legatario universal podía ser sometido a cargas y recibir un mandato cuya ejecución absorbiera en su totalidad la disposición hecha en su beneficio". (Traité élémentaire de Droit Civil. Tome troisième, pág. 696).

Para apreciar la naturaleza de un legado, dice Baudry Lacantinerie, "no se debe preocupar de saber lo que el legatario recibirá de hecho a la época de la muerte del testador, sino que es preciso investigar lo que está llamado a recibir eventualmente, es decir suponiendo la realización de las probabilidades que le son más favorables". (Id., Obra y Tomo citados, pág. 797).

Doctrina de nuestra Corte Suprema

Nuestra Corte Suprema, compuesta entonces de personajes como Villagómez, Albán

Mestanza, Cárdenas, etc., declaró que puede haber asignaciones modales no sólo a título singular, sino aun a título universal; y que era válida la disposición de la señora Ana Izquierdo, que constituyó al Presbítero señor Abelardo Ortega heredero del remanente, para que todo él se empleara en sufragios por el alma de la testadora, (Gaceta Judicial, 2ª Serie. Nº 115).

Una de las partes sostuvo entonces, como ahora la Caja del Seguro, que los sufragios no eran personas, ni valía la asignación porque nada quedaba al heredero. Pero el Juez declaró que "dicha disposición no implica la institución de heredero en favor de las almas, sino un precepto que está obligado a cumplirlo, en todas sus partes, el único heredero señor Ortega".

La paridad de los dos casos es completa, y decisiva la lección que de ella se sigue para el actual.

Contradiciéndose lamentablemente, ya que antes afirmó que no hay asignación modal, sostiene la Caja del Seguro que la asignación modal no tiene valor, porque el modo es inductivo a hecho ilegal, según el Art. 1083 del Código Civil. Ya hemos demostrado ampliamente que ninguno de los fines en que deben emplearse los productos de los bienes, es ilícito ni ilegal; y como vamos a probarlo, no es verdad que haya habido promesa de hacer pasar los bienes a incapaces. En consecuencia, la objeción del actor carece de todo valor, ya que es manifiesta petición de principio alegar como razón lo que, precisamente, se debe demostrar.

La supuesta indignidad del heredero

Examinemos ahora el punto fundamental: el de la indignidad del heredero. Se la ha sostenido fundándolo en el Art. 962 del Código Civil, cuyo inciso 1º dice:

"Finalmente es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz".

Supongamos, por un momento, que Monseñor de la Torre haya conocido anticipadamente, no sólo que se le instituía heredero —lo único que la señorita Yépez le co-

municó, según se colige de los términos de la absolución—, sino todas las disposiciones testamentarias. Aun en este caso, no habría incurrido en esta pena, porque el Art. 962 establece tres condiciones, ninguna de las cuales se ha cumplido.

a) que haya hecho una **promesa** al difunto;

b) que esta promesa sea de **hacer pasar sus bienes** a incapaces; y

c) que se haya hecho tal promesa a **sabiendas** de la incapacidad.

Como ya anotamos, el Excmo. Señor de la Torre se limitó a aceptar la institución de heredero y como tal **se resolvió** a cumplir las disposiciones de la testadora. No hubo, pues, **promesa** alguna, compromiso de ninguna clase entre él y la difunta.

Si a Monseñor de la Torre se asignó la propiedad de la hacienda, si se le impuso la obligación de conservarla mientras viviera y de emplear únicamente **los frutos** en los fines que el testamento designa, es absurdo hablar siquiera de una promesa de hacer pasar **los bienes de la testadora** a otra persona. Los bienes, como tales, fueron la materia de la asignación modal; y en virtud de ésta entraron al patrimonio del heredero, ipso facto, por la delación de la herencia. Ningún **bien** de la difunta debía aplicarse a los fines del modo: eran sólo los **productos de los bienes del heredero** los que habían de emplearse en ellos.

Por último, la promesa debió ser hecha a **sabiendas** de la incapacidad. Si la incapacidad no es conocida por el asignatario, éste no incurre en indignidad, aunque haya otorgado promesa de hacer pasar los bienes al incapaz.

Si la Constitución garantiza a los ecuatorianos la libertad de culto y enseñanza, si no prohíbe hacer limosna, ¿cómo podía el Excmo. Señor de la Torre imaginar que un día se le antojaría al Instituto de Previsión juzgar que existe incapacidad legal de aplicar los productos de los bienes a tales objetos y fingir que estos objetos son personas y asignatarios del legado?

Por otra parte, todos los autores franceses que estudian el Art. 911 del Código Civil están contestes en que, como dicen Baudry-Lacantinerie y Colin, "por inflexi-

bles que sean las precauciones escritas en este texto, cesarían sin embargo de recibir su aplicación en todos los casos en que sería materialmente imposible que la donación llegase al incapaz". (Obra y tomo citados. Pág. 274).

Entre estos casos está, sin duda alguna, aquel en que la supuesta incapacidad consta del mismo testamento. Si tal cosa ocurre, no hay ya la simulación, el fraude, la burla o escamoteo de la ley, que ésta castiga con la indignidad. ¿Para qué la promesa, si la incapacidad, que la ha de hacer inútil, aparece del testamento?

La disposición a favor de un incapaz es nula, según el Art. 956 del Código Civil, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona. Por consiguiente, la promesa que se hiciera al difunto de transferir sus bienes a ese incapaz, sería inofensiva, si en el mismo testamento se consignara la asignación al incapaz, si el propio testador destruye los efectos que se propuso con la interposición de persona, delatándola.

Lo que la ley sanciona e impide es la promesa **secreta** de hacer pasar los bienes a incapaces no mencionados en el testamento. "La persona interpuesta, dicen los eminentes jurisconsultos antes citados, es un intermediario escogido por el disponente para hacer llegar la liberalidad al incapaz; es testamento que recibe a cargo de transmitir; sirve de lazo de unión entre el disponente y el incapaz; de allí la denominación de **persona interpuesta**. Así, un padre natural que ha dado ya a su hijo todo aquello de que puede disponer en su provecho, y que quiere favorecerlo más allá de ese límite, hace una donación a un amigo con la **carga secreta** de restitución en beneficio del hijo". (Id. pág. 264).

La interposición no existe

Para que exista persona interpuesta es, pues, menester que haya promesa de restituir secreta y fraudulentamente los bienes del testador a un incapaz. Si la asignación al incapaz es pública, no cabe fraude. La interposición en tal caso viene a ser superflua y la promesa no tiene efecto alguno.

La simulación carece de gravedad; sería

una necesidad, no una infracción de la ley.

Tanto el juez de primera instancia, como el alegato del actor en la segunda reconocen que, por lo menos en parte, hay asignación modal en la aplicación de los frutos de la hacienda "Iguñaro" a los fines especiales indicados por la testadora. Mas, si hay asignación modal, esto es si se ha dejado ese predio al heredero, no puede hablarse de interposición de persona. Asignación modal e interposición son términos antagónicos. Si el heredero es propietario de la hacienda y si los frutos deben aplicarse a tales fines, no es interpuesta persona. Cabría hablar, tal vez, de interposición en el caso de que el heredero tuviera que desprenderse de la propiedad, para hacerla pasar a otras personas; pero si el dominio debe permanecer en el heredero, es antijurídico apellidar interposición.

Planiol la distingue perfectamente de la **asignación con carga** o asignación modal. "Hay interposición, dice, cuando los bienes o valores que constituyen el objeto de la liberalidad **considerados como cuerpos ciertos**, no deben permanecer en el patrimonio del donatario o del legatario, que no es propietario de ellos sino en apariencia, y **cuya propiedad**," según la intención común de las partes, es transmitida realmente por el disponente al tercero a quien ha pretendido beneficiar exclusivamente. Hay liberalidad con carga, cuando la **propiedad** de estos bienes o valores será realmente transmitida por la voluntad del disponente al donatario o legatario aparente, el cual estará simplemente gravado con una obligación hacia el tercero beneficiado. La interposición de persona tiene por fin la transmisión **de la propiedad** al tercero, la carga le hace solamente acreedor del donatario". (Traité Élémentaire de Droit Civil. Tome troisième, Pág. 779).

Tan clara distinción destruye radicalmente las absurdas objeciones de la parte contraria. Si la propiedad de los bienes corresponde al heredero, si debe emplear únicamente los frutos en los fines particulares designados por el testador, si ni siquiera se impuso a aquél la obligación de restituir en el caso de no cumplir el modo, resulta

evidentísimo que no cabe hablar de interposición de persona.

A quién aprovecharía la caducidad

En el absurdo supuesto de que no pudiese cumplirse por cualquier motivo, alguna de las disposiciones de la señorita Yépez Palacios, la nulidad o caducidad de ella no aprovecharía sino al heredero testamentario, a quien se le impuso la obligación de pagar los legados o aplicar los bienes heredados a determinados fines.

"El legado nulo, revocado o caduco se reputa no escrito, pro non scripto habetur", dicen Baudry — Lacantinerie y Colin.

"En consecuencia, la nulidad, la revocación o la caducidad benefician a aquel que estaba encargado de pagar el legado o en perjuicio de quien se realizaría su ejecución.

Así, si el difunto deja un hermano como más próximo heredero y un legatario universal, la nulidad, la revocación o la caducidad del legado universal aprovecharía al hermano, pues en su perjuicio el legado recibiría su ejecución.

De la misma manera, si un testador ha hecho un legado universal y un legado a título singular, la nulidad, la revocación o la caducidad del legado a título singular aprovecharía al legatario universal que se habría perjudicado con su ejecución....

Si se supone que hay un legatario universal, un legatario a título universal de los inmuebles y un legatario singular de un inmueble determinado, la nulidad, la revocación o la caducidad de este último legado aprovechará al legatario a título universal que está encargado de pagarlo". (Traité Théorique et pratique de Droit Civil. Des Donations entre vifs et des testaments. Tome Deuxieme. pág. 421).

Otros puntos

Tal es la doctrina uniforme de los jurisconsultos. No necesito hablar de otras elucubraciones de la Caja del Seguro, por ejemplo de las suposiciones acerca del origen de la asignación de la señorita Yépez a favor del Excmo. Señor de la Torre, suposiciones que no tienen otro fundamento

que una calenturienta fantasía. No le toca al actor investigar el por qué de las suposiciones testamentarias, ni los móviles que impulsaron a la señorita Yépez a dar tal o cual forma a su última voluntad. La ilustración y la serenidad del Tribunal desecharán los sofismas con que se ha pretendido oscurecer la verdad en este asunto.

CONFIRMACION DE LA DOCTRINA

Escrito ya lo anterior, he tenido el placer de encontrar la plena confirmación de mis asertos por la Jurisprudencia chilena.

Doña María Luisa Santander instituyó heredero del remanente de sus bienes al Ordinario Eclesiástico de Santiago de Chile, para que lo repartiera así: 'dará la mitad a la Universidad Católica, institución que debe depender de él mismo. Repartirá por partes iguales la otra mitad en las misiones de la Tierra del Fuego, la educación de niños pobres y la educación de niñas mujeres. Entregará la tercera parte de las Misiones de la Tierra de Fuego al Prefecto Apostólico de dichas Misiones, o al Sacerdote que esté a cargo de ellas. Conservará de un modo seguro y productivo los capitales destinados a la enseñanza de niños, que son las otras dos terceras partes, entregando únicamente los productos a la sociedad de Santo Tomás de Aquino. Esta Sociedad invertirá precisamente esos productos en escuelas de hombres dirigidas por los Hermanos de las Escuelas Cristianas y en escuelas de mujeres dirigidas por las Hermanas Carmelitas de Santa Teresa. Los convenios que haga la sociedad con estas dos congregaciones serán aprobados por el Prelado. De acuerdo con la Sociedad de Santo Tomás de Aquino, invertirá parte de esos productos en fomentar vocaciones en estas dos congregaciones, por ejemplo, en dotes de Hermanas Carmelitas o en alimentación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas. Si la Sociedad de Escuelas Católicas de Santo Tomás de Aquino dejare de existir o de ser una institución completamente dependiente del Ordinario Eclesiástico, éste elegirá la sociedad que debe reemplazarla en el goce de los derechos expresados. El Prelado hará esta elección de acuerdo con el Cabildo Eclesiástico. Si no se pusieren de acuerdo en

el término de un mes, decidirá el Rector del Seminario de los Angeles Custodios.

"... Cláusula 19.—Es mi voluntad que ningún particular ni **funcionario civil o autoridad cualquiera pueda intervenir** en lo concerniente a las obras que encargo al expresado Ordinario, tanto como legatario cuanto como heredero, ni **exigirle su cumplimiento ni pedirle cuenta**, ni en general ejercer derecho alguno a este respecto, **pues quiero dejarlo todo solamente a su conciencia y a la responsabilidad que pueda caberle ante nuestro Santo Padre el Romano Pontífice**".

El señor Pedro Nolasco Santander demandó, como el Instituto, la nulidad de las asignaciones testamentarias; y la indignidad del heredero por supuesta promesa de pasar sus bienes a incapaces. La similitud de los dos litigios es, pues, casi absoluta, pero el caso jurídico chileno tenía mayor gravedad: el asignatario modal debía traspasar, no los frutos, sino aún existencia legal. El respectivo Ministro de la Corte de Apelación de Santiago desechó la acción, fundándose en los siguientes considerandos:

"...3.—Que la obligación impuesta al heredero por la citada cláusula, de aplicar el remanente a los fines especiales, que ella misma determina, le dan, según el Art. 1.089 del Código citado (1.079 del ecuatoriano), el carácter de asignación modal".

"...11.—Que tratándose de asignaciones modales, los establecimientos y congregaciones indicadas para establecer o determinar el modo, no tienen ni por consiguiente, pueden asumir el carácter de herederos de cuota ni de legatarios, por lo que no pueden tener aplicación, en el caso de la cláusula 18, los preceptos consignados en los incisos 2º y 3º de los Art. 1.098 y 1.101 del Código Civil" (1.088 y 1.091 del Código Civil ecuatoriano).

"12.—Que no es atendible la indignidad que alega el demandante contra el heredero instituido y fundada en haber pasado éste la herencia a otros incapaces, por no constar de autos, ni haberse acreditado que haya existido la promesa hecha al difunto "de hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz" como lo quiere el Art. 972 del ci-

tado Código (962 del ecuatoriano) para que proceda la indignidad que se atribuye al heredero”.

El Superior confirmó la sentencia de este modo: “VISTOS... teniendo además presente: 1º— Que para que no valga la asignación modal se requiere que el modo sea por su naturaleza imposible, o sea inductivo a hecho ilegal e inmoral, o concebido en términos ininteligibles, conforme a lo dispuesto en el Art. 1.093 del Código Civil (1.083 del ecuatoriano): 2º—Que en el juicio actual únicamente se alega que el modo es inductivo a hecho ilegal, cual es el de hacer pasar a establecimientos o corporaciones que no tienen personería jurídica la mayor parte de los bienes de la testadora; 3º—Que cuando es modal la asignación no es dueño de ella el beneficiado con el modo, sino el asignatario a quien se impone la obligación de invertir en la forma ordenada por el testador, lo asignado con tal objeto; 4º—**Que las obras que se ejecutan o los servicios que se prestan por establecimientos o corporaciones que no tienen personería jurídica pueden ser promovidos, amparados o protegidos por medio de asignaciones modales con tal que los encargados de llevar a cabo las obras o servicios se mantengan dentro de lo permitido por la moral o por la ley.** 5º—Que los favorecidos con la asignación modal de que se trata, obran dentro de la ley en el ejercicio de lo que practican, ya que los fines primordiales que persiguen son la educación pública en sus diversos grados de desarrollo y la promoción de los intereses religiosos, fines ambos de alto interés social y de indiscutible moralidad; y no puede ser inductivo a hecho ilegal el modo que protege los servicios o trabajos de esa naturaleza; 6º—Que carece de fundamento la nulidad que se apoya en el Art. 966 del Código Civil (956 del ecuatoriano), si se atiende a que la disposición de la cláusula 18 es a favor del Ordinario Eclesiástico, persona capaz de suceder, como queda establecido en la sentencia de primera instancia, y que no se trata de hacer pasar a incapaces, por interposición del heredero, la herencia de la señora Santander; por cuanto la disposición es modal y válida, y son los agraciados, en consecuencia, capa-

ces de obtener el beneficio que se les dispensa con el modo”.

Propuesta la casación, el eminente Ministro de la Corte Suprema Don Leopoldo Urrutia dictaminó en los términos que se expresan a continuación:

“...III.—¿La calidad de heredero universal sufre alguna alteración jurídica porque el asignatario recibe el encargo de aplicar los bienes en todo o parte a un objeto designado por el testador? Nó; como quiera que la delación de la herencia en todo caso, se efectuó en la fecha de la apertura de la sucesión. El Ordinario Eclesiástico, en el caso de autos, entró válidamente en la posesión legal de la herencia en el instante mismo en que falleció la señora María Luisa Santander su causante. La aplicación de los bienes a un objeto determinado a favor de personas, instituciones o cosas, se halla expresamente permitido y reglamentado por el párrafo 4. Tít. IV. Libro III del Código Civil. Dicha aplicación es un modo lícito y no una condición suspensiva dice el Art. 1.089 de ese título, y, por lo tanto, el asignatario, que, como en el caso de que se trata, tiene la cosa como suya, es jurídicamente el continuador de la persona del testador, a quien lo representa en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. El modo como deben invertirse los bienes por el asignatario para cumplir la voluntad del causante, no es sino una de las tantas formas del ejercicio del derecho de propiedad por parte del testador en la persona de su continuador legal, y, respecto de este continuador, una de las muchas limitaciones lícitas del mismo derecho, contra quien lo deriva sólo del testamento cuyas disposiciones acepta.

“...La aplicación de los bienes a favor de personas extrañas al asignatario mismo, o de cosas de otro patrimonio, no pugna con la constitución de asignatario conferida en el testamento, ni puede importar el encargo de hacer pasar los bienes a otra persona en calidad de tal asignatario, ni menos el de dejar al arbitrio de un tercero la elección del verdadero asignatario, siempre que esta calidad aparezca radicada en la persona que designa el testador mismo, como acontece en el caso de estos autos. Siendo clara la

designación del testador se cumple la ley que, ante todo, respeta la voluntad del testador y no se infringe regla alguna puesto que, desde los más remotos tiempos, el modo de inversión de los bienes ha sido permitido al testador en la persona de su asignatario responsable personalmente".

"...Entiende el informante que lo que se deja al Ordinario Eclesiástico de una diócesis, en realidad se deja a la diócesis misma; la cual tiene personalidad jurídica bastante como corporación de derecho público reconocida por nuestro régimen constitucional y legal. Cualquiera que sea el diocesano, la institución que representa es persona cierta, jurídica y muy determinada, si como en el caso de autos se menciona. Entiende también que una asignación dejada para los fines que indica la testadora reviste a todas luces el carácter de asignación de beneficencia, pues propende a los más altos fines a que se encaminan las sociedades de derecho público, a saber: la instrucción y la cultura en todas sus formas materiales o piadosas. Asignaciones de esta índole son respetadas y fomentadas a tal punto que los artículos 1.056 y 1.066 del Código Civil las excepcionan del rigor del derecho que en general exige, para que valgan los legados y herencias, que se dejen a personas ciertas, determinadas y vivas a la apertura de la sucesión sea o no condicional el llamamiento, y que la asignación misma sea también de valor cierto y determinado. Para las piadosas y demás de beneficencia pública o privada, se permite a otro que el testador hacer la determinación del asignatario y de la asignación siempre que la indeterminación no sea absoluta y completa: basta que haya un punto de apoyo para hacerla".

"En este sentido, pues, la asignación modal de que se trata, valdría cualesquiera que fuesen las infracciones legales apuntadas en el recurso, pues al fin de cuentas, el fallo definitivo que debiera expedirse por

V. E. como Tribunal, ya no de Casación, sino de revisión en la Alzada, tendría que reconocer la eficacia de esas asignaciones."

"Por este motivo, y por otros que no hay para qué consignar, no puede prestarse asidero al capítulo que considera inmoral el modo en referencia, o que estima que la asignación testamentaria, hecha en beneficio de misiones y de la instrucción no es sino un disfraz empleado para hacer pasar bienes de un difunto a personas incapaces, etc. La sentencia recurrida rebate estos conceptos sobre los cuales no se difunde más el informante por creerlo estéril y perjudicial a la claridad del punto en estudio". (Dictámenes de la Corte Suprema de Chile, emitidos en los Recursos de Casación en el Fondo.—1907.—Santiago de Chile.— Imprenta El Debate.— San Francisco 183.— PAGINAS 1.305 a 1.317).

x x x

Tan fundadas opiniones disipan toda duda acerca de la doctrina jurídica que apoyado en los más ilustres comentaristas del Código Civil Francés, he tenido a honra sostener. En tal virtud, pido respetuosamente a ustedes que se dignen de desechar la temeraria demanda del actor, con las correspondientes costas, y declarar:

a) que la asignación al Excmo. Señor de la Torre es modal, y que, por tanto, sólo ha de atenderse a la capacidad legal del asignatario; y

b) que los fines en que el asignatario tiene obligación de emplear los frutos de la hacienda "Iguñaro", son perfectamente legales y lícitos.

Señores Ministros.

JULIO TOBAR DONOSO

EDUARDO NAJERA ESPINOSA,

Manifiesto ante la Corte Suprema

DEL DR. ALEJANDRO PONCE BORJA

SEÑORES MINISTROS:

La sentencia pronunciada por la Corte Superior de Quito en el juicio que la Caja del Seguro sostiene con mi representado, el Excelentísimo señor doctor don Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, con motivo del testamento, de la señorita Dolores Yépez Palacios, constituye una pieza jurídica que, en verdad, enorgullece al foro ecuatoriano y prueba elocuentemente que los Tribunales de Justicia la ejercen con profunda ciencia, absoluto respeto a la ley y severa apreciación de los hechos.

Aun cuando la parte expositiva del fallo constituye la mejor defensa de los derechos que represento, por el profundo conocimiento de las instituciones jurídicas concernientes y por la recta apreciación de los hechos; sin embargo dada la importancia de la controversia presentaré a la sabia consideración del Tribunal Supremo el siguiente manifiesto.

Después de recordar cómo se trabó el litigio, estudiaré las disposiciones testamentarias, su verdadera naturaleza jurídica y su absoluta validez ante la ley y la doctrina. Luego analizaré los fundamentos de la demanda y las excepciones.

I

LA CONTROVERSIA

EL TESTAMENTO.— La señorita Dolores Yépez Palacios otorgó su testamento el 5 de junio de 1935.

En él declara que sus bienes consisten en la hacienda "Iguñaro" de la parroquia de El Quinche, y en la casa situada en la de El Sagrario de esta ciudad.

En la cláusula quinta instituye como heredero universal al Excelentísimo señor doctor don Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, y declara que su hacienda "Iguñaro" queda dedicada para siem-

pre a la Santísima Virgen del Quinche, con la condición de que la mitad de sus producidos se emplee en sostener su culto y en la conservación de las escuelas católicas del mismo lugar, y la otra mitad sea entregada cada año perpetuamente al Ministro Provincial de los franciscanos del Ecuador, en calidad de limosna.

En la cláusula sexta la testadora ordena varios legados en dinero que han de pagarse con la venta de su casa.

Por último, dispone en la cláusula séptima que deducidos del precio de venta de la casa los gastos funerales, lo restante se empleará en estipendios de misas en sufragio de su alma, misas que han de celebrarse por los padres franciscanos.

La señorita Yépez Palacios falleció el 6 de marzo de 1936, nueve meses después de otorgado el testamento.

LA DEMANDA.— Procuraré resumirla con la mayor exactitud.

Como el primero de sus fundamentos, la demanda afirma que en el testamento se establece la asignación de la hacienda "Iguñaro" a la Santísima Virgen del Quinche, asignación que adolece de nulidad por contraria al Art. 1046 del Código Civil que estatuye que todo asignatario testamentario debe ser persona cierta y determinada, natural o jurídica.

Mantiene la demanda que la destinación de los frutos para las escuelas católicas del Quinche y para el Ministro Provincial de los franciscanos en el Ecuador, no tiene valor legal porque es hecha en beneficio de quienes ni son personas ciertas, ni capaces de suceder.

Añade el actor que el Ministro Provincial de los franciscanos era también incapaz de suceder, pues la señorita Yépez Palacios se confesó durante muchos años y hasta su muerte con los padres franciscanos, por lo que son asimismo incapaces para recibir lo

que el demandante llama la suma legada para misas.

Continuando el Instituto Nacional de Previsión su discurso sobre bases admirablemente sólidas, como la de que la señorita Yépez Palacios instituyó legataria de la hacienda "Iguñaro" a la Santísima Virgen del Quinche, afirma que las asignaciones de la cláusula quinta son nulas aunque aparecen hechas por intermedio del Excelentísimo señor de la Torre nombrado heredero universal, pues es nula la disposición a favor de un incapaz aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por intermedio de persona.

Con este antecedente, el actor expresa que el Excelentísimo señor de la Torre es indigno de suceder, por lo dispuesto en el Art. 962 del Código Civil que dice: "Finalmente es indigno de suceder el que a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz".

Concluye la demanda solicitando que se declare que el Excelentísimo señor de la Torre es indigno de suceder, y que, en consecuencia, el heredero universal abintestato de la señorita Dolores Yépez Palacios es el Instituto Nacional de Previsión. Pide, además, la declaración de que son nulas las asignaciones contenidas en las cláusulas quinta y sexta del testamento, y de que en el evento de que no se declare la indignidad del heredero universal, se reconozca al Instituto Nacional de Previsión como sucesor abintestato de la señorita Yépez Palacios en la hacienda "Iguñaro" y en el sobrante del precio de la casa de Quito.

Termina la demanda expresando que el heredero universal instituido en el testamento, es sólo mero intermediario para que las asignaciones pasen a incapaces.

LA CONTESTACION.— El demandado negó los derechos reclamados por el Instituto Nacional de Previsión, así como los fundamentos en que los apoya. La disposición que la señorita Yépez Palacios hace en su testamento de los productos de la hacienda "Iguñaro", es válida, los objetos a que los destina no son ilegales, y la persona que ha

de percibir en calidad de limosna la mitad de esos productos está determinada por indicaciones claras del testamento.

Negó la contestación que el testamento de la señorita Yépez Palacios hubiese sido otorgado durante su última enfermedad, y que a sus disposiciones respecto al Ministro Provincial de los franciscanos del Ecuador y de los Padres franciscanos, fuese aplicable al Art. 955 del Código Civil. Negó asimismo que la señorita Yépez Palacios se hubiese confesado con los franciscanos en los últimos años.

Añadió la contestación que el Excelentísimo señor de la Torre fué instituido heredero universal de la señorita Yépez Palacios, y que la sucesión de ella es toda testamentaria. Expresó la contestación que el testamento instituye al Excelentísimo señor de la Torre heredero universal, no persona interpuesta, y que el Excelentísimo señor de la Torre no ha prometido a la testadora hacer pasar sus bienes, ni parte de ellos, en ninguna forma, a persona incapaz.

De no ser válidas, dijo la contestación, las disposiciones de la señorita Yépez Palacios en punto a la hacienda "Iguñaro", a sus productos y a la casa de Quito, esto aprovecharía al heredero universal, al único sucesor instituido en el testamento, Excelentísimo señor don Carlos María de la Torre.

I I

LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Determinada la verdadera naturaleza de las disposiciones de la testadora y su valor ante la ley, como consecuencia necesaria quedarán desvanecidos los errores de la demanda, provenientes todos del desconocimiento de las instituciones jurídicas concernientes y de la falsa aplicación de la ley a lo ordenado en el testamento.

INSTITUCION DE HEREDERO.— En la cláusula quinta de su testamento la señorita Yépez Palacios instituye su heredero universal al Excelentísimo señor Carlos María de la Torre, y lo instituye heredero no en su calidad de Arzobispo de Quito, sino como persona particular.

La institución de heredero en la persona del Excelentísimo señor de la Torre, a-

sí como la validez del testamento, son hechos reconocidos en la demanda, y se hallan fuera de la controversia.

La demanda se dirige claramente contra su Excelencia el señor de la Torre, y no al Arzobispo de Quito.

Designado el Excelentísimo señor de la Torre heredero universal, fué por lo mismo constituido sucesor universal en todos los derechos de la testadora, en todo su patrimonio, en el dominio de todos sus bienes, en el de la hacienda "Iguñaro", en el de la casa, etc.

Después de instituir su heredero universal y de declararle, en consecuencia, sucesor en el dominio de la hacienda "Iguñaro", como en el de todos los demás bienes, la testadora dispone que parte de los frutos de aquel predio se ha de dedicar al culto de la Santísima Virgen del Quinche y a las escuelas católicas de ese lugar, y la otra parte ha de ser entregada al Ministro Provincial de los franciscanos del Ecuador, en calidad de limosna.

La institución de heredero universal y la necesidad absoluta de que exista una persona que como propietaria del predio obtenga los frutos para destinarlos a los objetos señalados en el testamento, demuestran de un modo incontrovertible que conforme al testamento la propiedad de la hacienda "Iguñaro" corresponde a su Excelencia el señor de la Torre.

ASIGNACION MODAL.— Como se ve, dos son las disposiciones de la testadora en punto al fundo "Iguñaro": que su Excelencia el señor de la Torre fuese sucesor en la propiedad de la hacienda, y que invirtiera los frutos en los objetos determinados en el testamento.

Dejar una cosa en propiedad, esto es para que el sucesor la tenga por suya, con la obligación de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, no es sino una asignación modal.

Así lo declara el Art. 1.079 del Código Civil: "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras, o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una

condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada".

Inconcuso es, pues, que respecto a la hacienda "Iguñaro" la testadora establece una asignación modal. El heredero universal tendrá por suyo el predio "Iguñaro", con la obligación de destinar los frutos a lo dispuesto en el testamento.

Así lo reconocieron las sentencias de primera y segunda instancia.

En la primera se lee: "la asignación de la hacienda "Iguñaro" a favor del doctor Carlos María de la Torre, es una asignación modal, puesto que se le trasmite la propiedad de la hacienda, imponiéndole la carga de sostener el culto religioso, conservar las escuelas religiosas del Quinche, y entregar la otra mitad de los frutos al Ministro Provincial de los franciscanos..."

La sentencia de la Corte Superior dice: "del examen de las sobredichas circunstancias y del tenor o texto literal de esa cláusula, bien claro aparece que lo que se propuso y quiso la testadora fué asignar la mencionada hacienda a su heredero universal, señor de la Torre, estableciendo e imponiéndole la obligación de invertir o emplear los productos de ella en los fines determinados en la referida cláusula..." Lo que contiene la tantas veces mencionada cláusula quinta del testamento de Dolores Yépez Palacios es una asignación modal de la hacienda "Iguñaro" al heredero universal doctor Carlos María de la Torre, a quien se le impone la carga u obligación como tal heredero, de emplear los productos de dicha hacienda en los fines señalados en la misma cláusula..."

VALIDEZ DE LA ASIGNACION MODAL
Dos son los puntos que deben considerarse respecto de la legalidad de una asignación modal: la capacidad del asignatario modal, esto es, de la persona a quien se asigna la cosa, para que la tenga por suya y la cualidad del modo para determinar si contiene algún vicio que lo deje sin valor.

El requisito de la capacidad refiérese sólo al asignatario modal, y no a las obras o cargas a que sefiera el modo, respecto a las que hay que estudiar no la capacidad, sino tan

sólo si contienen o no vicios que las ponen en contradicción con la ley.

En tratándose de la sucesión por causa de muerte, la capacidad dice relación a la persona que ha de suceder, ya sea a título universal o singular.

Para ser capaz de suceder, dice el Art. 953 del Código Civil, es necesario existir natural o civilmente al tiempo de abrirse la sucesión; y el Art. 954 declara que son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios o cualesquier establecimientos que no sean personas jurídicas.

Todas las disposiciones del Código concernientes a la capacidad se refieren a la capacidad de suceder como heredero o legatario—únicas formas de sucesión por causa de muerte.

En la asignación modal, el sucesor es el asignatario modal, la persona a quien se deja la cosa para que la tenga por suya. Esta calidad de sucesor de ninguna manera corresponde a las obras o a las personas en quienes se han de invertir las cargas impuestas por el testador.

Por esto, el distinguido comentador del Código Civil Chileno, don Barros Errázuriz, expone que el testador puede dejar sus bienes a una persona capaz para que los tenga por suyos, con la obligación de aplicarlos a un fin especial, como el de hacer ciertas obras. En este caso la capacidad existe en el asignatario modal, y la ley no exige que la obra a que se va a aplicar los bienes tenga personalidad jurídica. (Tomo V, pág. 88).

Tratando del modo, Savigny enseña que el testador puede imponer otras cargas a su heredero; por ejemplo, el levantar un monumento, fundar juegos o comidas públicas, visitar su tumba, en épocas determinadas, adornarla con flores, etc. Muchas de estas cargas son susceptibles de revestir la forma de condiciones, pero otras no lo son, y el testador puede en general preferir una forma de obligación nueva y permanente. Tal es el objeto del *modus*. (Saviguy Tomo II, pág. 300).

Los ejemplos que nos da el ilustre romanista confirma que en la asignación modal se ha de atender a la capacidad del asignatario, y que no cabe considerarla en relación

a las obras o cargas a que se refiere el *modus*. Si el modo en muchas ocasiones ha de consistir en que se eleve un monumento a la memoria de un personaje célebre o en que se adorne con flores la tumba del testador, es evidente que no se ha de investigar la capacidad jurídica del monumento o de la tumba.

En la destinación de los bienes constitutiva del modo, no cabe hablar de capacidad, lo que sólo se requiere en el asignatario modal que es el sucesor a título singular o universal.

En el presente caso, el asignatario modal, el heredero universal, el Excelentísimo señor de la Torre, es persona perfectamente capaz, y tanto que su capacidad ni siquiera ha sido discutida, ni es materia de la controversia.

Siendo capaz el asignatario modal, nos queda sólo estudiar si la destinación constitutiva del modo adolece de vicio.

El Art. 1083 del Código Civil dispone que "si el modo es, por naturaleza, imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición."

Según esto, los requisitos que debe reunir el modo son que el hecho sea posible, no contrario a la ley, ni a la moral.

La testadora impone al heredero universal la obligación de invertir los frutos de "Iguñaro" en el culto a la Santísima Virgen del Quinche, en las escuelas católicas de este lugar, y en limosnas que debe ser entregada al Ministro Provincial de los padres franciscanos.

Ninguno de estos objetos es inmoral, ni ilegal, ni imposible. Todo lo contrario, son hechos de alto valor moral, protegidos por la ley y la Constitución de la República que declara la libertad de conciencia y de educación.

Siendo como son los hechos constitutivos del modo, perfectamente posibles, legales y conformes con la moral, el modo es válido ante la ley.

Ni vale objetar que el Ministro de los franciscanos a la época de abrirse la sucesión era incapaz por su muerte civil, pues hemos visto ya que la capacidad hay que

estudiarla únicamente en el asignatario modal, y no en la entidad a la cual se refieren las obras o cargas que constituyen el modo.

El Ministro Provincial de los franciscanos era incapaz de ser instituido heredero o legatario; era asimismo incapaz de toda acción para reclamar la limosna constitutiva del modo; pero de ninguna manera es incapaz para recibir esa limosna si el heredero en cumplimiento del modo se la entrega. Ninguna ley prohíbe al muerto civil recibir una cantidad de dinero que se le entregue voluntariamente, en calidad de limosna o por otro concepto. El hecho de que el Ministro Provincial franciscano recibiera lo que le entregase el heredero universal, no es ni ilegal, ni contrario a la moral.

De todo lo expuesto aparece con absoluta claridad que la asignación modal relativa al fundo "Iguñaro" hállase en conformidad estricta con la ley.

Y si la asignación modal no tuviese valor, su nulidad aprovecharía sólo al heredero universal que como sucesor en todos los bienes de la herencia, sería también sucesor en el fundo "Iguñaro", sin las obligaciones determinadas en el modo. Su Excelencia el señor de la Torre sería propietario del predio, no por la asignación modal, sino como heredero universal.

Queda como se ve, demostrada ante la ley y la doctrina la perfecta legalidad de la asignación modal establecida en la cláusula quinta del testamento: capacidad del asignatario modal, y legalidad, moralidad y posibilidad del modo.

III

LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

DEDICACION A LA SANTISIMA VIRGEN.— Como ya hemos dicho, la señorita Yépez Palacios, persona de muy altas virtudes y de profundo espíritu religioso, expresó en su testamento que la hacienda "Iguñaro" queda dedicada para siempre a la Santísima Virgen del Quinche y que la mitad de los productos del fundo se emplearán en sostener su culto.

El primero de los muy célebres funda-

mentos de la demanda, es que esta dedicación constituye una asignación de la hacienda "Iguñaro" a la Santísima Virgen del Quinche, o en otras palabras que a la Santísima Virgen se le constituyó legataria del mencionado fundo.

Y como todo asignatario testamentario debe ser persona cierta y determinada, natural o jurídica, concluye el Instituto Nacional de Previsión que lo que él llama asignación testamentaria, un verdadero legado a la Santísima Virgen, adolece de nulidad por no ser hecha a persona determinada, natural o jurídica.

Tal aberración no merece los honores de ser refutada. El absurdo encuentra en sí mismo la muerte. Lo que repugna a la razón, al sentido común, por sí solo demuestra su absoluta falsedad.

La expresión de que la hacienda queda dedicada a la Santísima Virgen, es un acto de piedad cristiana, destinado a honrar con fe y amor a la Madre de Dios; pero no encierra en sí ninguna declaración de orden jurídico.

Con mucho acierto la Corte Superior en la sentencia subida en grado expone que "la dedicación de la susodicha hacienda a la Virgen del Quinche en la forma expresada en la cláusula quinta, no constituye ni puede constituir, jurídica y legalmente asignación testamentaria de ninguna clase. No significa otra cosa ni tiene otro alcance, conforme se anota y reconoce en la sentencia de primera instancia, que una simple consagración, una invocación, una forma de advocación que no encierra de ninguna manera una obligación jurídica, ni tiene, por lo mismo, ninguna eficacia legal".

Esa advocación corresponde al orden religioso no al jurídico.

DISPOSICION DE LOS FRUTOS .—

A la disposición que ordena que la mitad de los frutos se invierta en las escuelas católicas del Quinche, y la otra sea entregada al Ministro Provincial de los franciscanos del Ecuador, la demanda continuando en su tergiversación de los conceptos, la califica de asignación sin valor legal porque las escuelas no son personas jurídicas y el Ministro Provincial no es persona cierta, ni tiene capacidad civil.

Así como el Instituto confundió una ad-vocación con la institución de legatario, hoy confunde el modo con el asignatario modal. La disposición en lo tocante a los frutos no es asignación, no es institución de heredero o de legatario, que no otra cosa es una asignación, sino una carga impuesta al heredero.

El asignatario es el Excelentísimo señor de la Torre y la obligación que se le impone es la de destinar los frutos a las escuelas y a limosna para el Ministro Provincial de los Franciscanos. Esto constituye una asignación modal en que la capacidad ha de estudiarse, como ya hemos visto, en el asignatario modal, y no en las entidades u objetos que constituyen el fin del modo.

Aun cuando vimos ya con toda claridad que conforme a la ley y a la doctrina, en la asignación modal la capacidad de suceder cabe investigarla tan sólo respecto al asignatario modal, y de ninguna manera en las entidades u objetos a que se destina el modo, sin embargo conviene hacer hincapié en este punto, como quiera que la confusión de ideas sobre esta materia es la fuente de los errores de la demanda.

El Profesor Planiol enseña que es posible que al legatario se le encargue hacer funcionar una obra que no estaba revestida de personalidad jurídica y que no constituirá un establecimiento distinto. Así un legado hecho a un obispado, con la carga de tener un orfanato, ha sido declarado válido (Amiens 6 fevr. 1893, D. 94, 2. s. 93. 2. 253).

El orfanato no estaba reconocido como de utilidad pública; era una obra privada sostenida por el obispado: por consiguiente, no había ante la ley una persona beneficiaria de la carga (Traité Élémentaire de Droit Civil, pág. 796).

El ilustre profesor expresa asimismo que lo que constituye la especial utilidad del procedimiento de la liberalidad con cargas, es precisamente que este procedimiento permite hacer llegar un don por medio de una persona capaz, a otras personas que no lo podrían aprovechar directamente. Tales son: las personas no concebidas todavía, y las inciertas, o más exactamente las personas indeterminadas.

De esta sapientísima doctrina, interpretación fiel del pensamiento del legislador, del sistema de la ley, se ve con toda claridad que en nada obsta a la asignación modal, a la liberalidad con carga, el que la entidad a que se destina el modo no goce de capacidad jurídica, capacidad exigida sólo al heredero o legatario a quienes se les ha impuesto el modo destinado a la entidad u obra, respecto de las que no es necesario investigar la capacidad.

La razón de esto es muy obvia: ni la entidad, ni la obra a las cuales se destina el modo, son herederos, ni legatarios, ni, por lo mismo, sucesores. Si no son sucesores, no hay para qué estudiar la capacidad de suceder. El modo es una obligación impuesta al heredero o legatario de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas.

Si las obras o cargas no son en beneficio de una persona, como en el caso de que el testador imponga al legatario la obligación de levantar un monumento, es claro que el modo no constituye a la obra en sucesor del difunto. Nadie puede sostener que el monumento sea sucesor del difunto. El monumento es la obra a que se refiere la obligación del asignatario modal, y la obra no es heredero, ni legatario del testador, por lo cual no hay que hablar de capacidad de suceder.

Si las obras o cargas benefician a una persona o entidad esta persona o entidad no suceden al difunto; el sucesor es el asignatario modal. Ellas sólo tienen un derecho personal contra el asignatario modal; no son sucesores del testador, no hay para qué investigar su capacidad de suceder.

La carga, dice el Profesor Planiol vuelve al beneficiario acreedor del donatario o legatario.

Y caso de que la persona o entidad a quienes se destina el modo, como las escuelas, no tuvieren capacidad jurídica, corresponderá exigir el cumplimiento del modo al Ministerio Público, al Ordinario Eclesiástico, a los Municipios, etc., según los casos.

Por todo lo expuesto, se ve con absoluta claridad que en la asignación modal se ha de estudiar la capacidad de suceder únicamente respecto del asignatario modal, y que el requisito de la capacidad es de todo en to-

do extraño a las entidades a quienes se destina el modo.

En consecuencia la carga impuesta al heredero universal de destinar los frutos de la hacienda "Iguñaro" al culto de la Santísima Virgen del Quinche, a las escuelas católicas de ese lugar y a limosna para el Ministro Provincial de los Franciscanos del Ecuador, es absolutamente legal, tan legal, como el modo establecido a favor del orfanato de que nos habla Planiol, modo que fué declarado válido por la Corte de Amiens, sin que el orfanato tuviese personería jurídica.

Además, vimos ya que nada obsta a que el Ministro Provincial reciba del asignatario modal la limosna constitutiva del modo.

Lo repito, en la asignación modal hay que distinguir perfectamente el asignatario modal a quien se le dejan bienes para que los tenga por suyos, y la obra o cargas constitutivas del modo.

Con absoluta precisión distinguió estos dos conceptos el fallo de segunda instancia, en los siguientes términos: "En la asignación modal hay que considerar y distinguir dos cosas esencialmente diversas: una es la asignación testamentaria del bien o bienes, hecha a una persona para que los tenga por suyos, y otra es el modo, carga o gravamen, que la asignación lleva consigo. Así, pues, la persona llamada por el testador para recibir la asignación no es el beneficiado con el modo, sino el asignatario modal, al cual se le impone la obligación de aplicar, en la forma ordenada por aquél, lo asignado para tal objeto. El modo, por consiguiente, no es una asignación a favor de los fines, obras o cargas que lo constituyen o de los beneficiados con él; por lo mismo, los requisitos de existencia, capacidad y dignidad necesarios para suceder a título universal o a título singular, deben reunirse en la persona del asignatario modal, y no procede exigirlos a esos fines, obras o cargas, porque no son en ningún concepto asignatarios testamentarios".

JURISPRUDENCIA CHILENA.— La citada en el alegato de segunda instancia hállase en estricta armonía con esta doctrina. Recordémosla siquiera sea en parte. La Corte de apelación de Santiago resolvió lo

siguiente en el caso citado en dicho alegato:

"...3.—Que la obligación impuesta al heredero por la citada cláusula, de aplicar el remanente a los fines especiales, que ella misma determina, le dan, según el Art. 1089 del Código citado (1079 del ecuatoriano), el carácter de asignación modal".

"...11.—Que tratándose de asignaciones modales, los establecimientos y congregaciones indicados para establecer o determinar el modo, no tienen, ni por consiguiente pueden asumir el carácter de herederos de cuota ni de legatarios, por lo que no pueden tener aplicación, en el caso de la cláusula 18, los preceptos consignados en los incisos 2º y 3º de los Art. (1088 y 1091 del Código Civil ecuatoriano).

"...12.—Que no es atendible la indignidad que alega el demandante contra el heredero instituido y fundada en haber pasado éste la herencia a otros incapaces, por no estar de autos, ni haberse acreditado que haya existido la promesa hecha al difunto "de hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz", como lo quiere el Art. 972 del citado Código (962 del ecuatoriano) para que proceda la indignidad que se atribuye al heredero".

El Superior confirmó la sentencia de este modo: "VISTOS:... teniendo además presente: 1º—Que para que no valga la asignación modal se requiere que el modo sea por naturaleza imposible, o sea inductivo a hecho ilegal e inmoral, o concebido en términos ininteligibles, conforme a lo dispuesto en el Art. 1093 del Código Civil (1083 del ecuatoriano); 2º—Que en el juicio actual únicamente se alega que el modo es inductivo a hecho ilegal, cual es el de hacer pasar a establecimientos o corporaciones que no tienen personería jurídica la mayor parte de los bienes de la testadora: 3º—Que cuando es modal la asignación no es dueño de ella el asignatario a quien se impone la de ella el beneficiado con el modo sino es el asignatario a quien se impone la da por el testador lo asignado con tal objeto; 4º— Que las obras que se ejecutan o los servicios que se prestan por establecimientos o corporaciones que no tienen personería jurídica pueden ser promovidos,

amparados o protegidos por medio de asignaciones modales con tal que los encargados de llevar a cabo las obras o servicios se mantengan dentro de lo permitido por la moral o por la ley; 5º—Que los favorecidos con la asignación modal de que se trata, obran dentro de la ley en el ejercicio de lo que practican, ya que los fines primordiales que persiguen son la educación pública en sus diversos grados de desarrollo y la promoción de los intereses religiosos, fines ambos de alto interés social y de indiscutible moralidad; y no puede ser inductivo a hecho ilegal el modo que protege los servicios o trabajos de esa naturaleza; 6º—Que carece de fundamento la nulidad que se apoya en el Art. 966 del Código Civil (956 del ecuatoriano), si se atiende a que la disposición de la cláusula 18 es a favor del Ordinario Eclesiástico, persona capaz de suceder, como queda establecido en la sentencia de primera instancia, y que no se trata de hacer pasar a incapaces, por interposición del heredero, la herencia de la señora Santander; por cuanto la disposición es modal y válida, y son los agraciados, en consecuencia, capaces de obtener el beneficio que se les dispensa con el modo”.

LA CONFESION Y EL TESTAMENTO DE LA SEÑORITA YEPEZ PALACIOS.—

Aduce la demanda que el Ministro Provincial de los franciscanos era también incapaz de suceder por pertenecer a la orden o convento de los franciscanos, pues la señorita Yépez Palacios, afirma el actor, se confesó durante muchos años y hasta su muerte con los padres franciscanos, de manera que la asignación al Ministro Provincial es aplicable el Art. 955 del Código Civil que prescribe que por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma enfermedad o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; ni la orden, convento o cofradía de que sea miembro dicho eclesiástico.

El Art. 955 del Código Civil dice textualmente: “Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario, el eclesiástico que hu-

biere confesado al difunto durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento: ni sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive”.

El supuesto esencial para que exista la incapacidad establecida en este artículo, es que el testamento hubiere sido otorgado durante la última enfermedad. Si el otorgamiento no se hizo durante la última enfermedad, no cabe ni hablar de la incapacidad establecida en este artículo.

Como muy bien lo dice el profesor de la Universidad Católica de Santiago, don Alfredo Barros Errázuriz, la incapacidad “establecida en este artículo es relativa y se refiere sólo a la sucesión testamentaria, y al testamento otorgado durante la última enfermedad”.

En los alegatos de primera y segunda instancia, quedó perfectamente demostrado que el testamento no fué otorgado durante la última enfermedad. Basta recordar aquí que, según consta en los informes médicos, la señorita Yépez Palacios falleció de bronconeumonía. El testamento fué otorgado el 5 de junio de 1935; y la testadora murió el 6 de marzo de 1936.

Entre el testamento y la muerte transcurrieron nueve meses. La muerte obedeció a una enfermedad violenta, cuyo curso es de muy pocos días.

Si el testamento fué otorgado nueve meses antes de la última enfermedad, obvio es que no cabe aplicar a este caso el Art. 955 del Código Civil, y que este fundamento de la demanda es tan destituido de razón como los anteriores.

Además, como se dijo y demostró en el alegato de segunda instancia “la confesión por un franciscano es una conseja indigna de la seriedad de una institución. La señorita Yépez no volvió a hacerla con individuos de esa orden desde el llorado fallecimiento del R. Padre Fray José María Aguirre (1919). Antes y después del testamento —de ese testamento que no se otorgó durante la última enfermedad—, se confesó con un religioso Agustino”.

Por último, conforme a lo expuesto anteriormente, el beneficiado con el modo no es heredero, ni legatario.

LO DISPUESTO PARA MISAS.— La señorita Yépez Palacios dispone que de la venta de su casa se paguen ciertos legados, y que el resto, deducidos los gastos funerales, se empleará en estipendio de misas en sufragio de su alma, las cuales serán celebradas por los padres franciscanos.

La demanda empeñada en crear fantásticamente y por generación espontánea un sinnúmero de asignaciones a incapaces afirma que lo dispuesto para misas constituye un legado que, por serlo a favor de los franciscanos, adolece de nulidad.

La testadora al dedicar una parte de sus bienes a la celebración de misas en sufragio de su alma, no constituyó legado alguno, sino que dispuso que esa parte de sus bienes fuesen el estipendio de quienes la celebraren.

Mas, el actor olvidó el significado de la palabra estipendio, y lo confundió con el de legatario. Estipendio, según la Real Academia Española, conforme con el uso general, es: "Paga o remuneración que se da a una persona por su trabajo y servicio."

Conforme a la teoría del actor, si el testamento dispone que se contrate una obra para un objeto determinado, y que se entregue al artífice el estipendio correspondiente, este artífice sería un legatario.

Todos los fundamentos de la demanda carecen en absoluto de valor ante la razón y la ley.

LA INDIGNIDAD DE SUCEDER.— Afirma la demanda que el Excelentísimo señor de la Torre es indigno de suceder a la señorita Yépez Palacios, y funda su aserto en los artículos 956 y 962 del Código Civil.

Al fundarse en estos artículos, el actor imputa al Excelentísimo señor de la Torre el haber prometido a la testadora hacer pasar sus bienes a persona incapaz. Añade la demanda que el Excelentísimo señor de la Torre ha sido instituido heredero universal sólo como intermediario para que las asignaciones pasen a incapaces.

Concluye que el heredero universal es indigno de suceder a la señorita Yépez Palacios.

Este nuevo fundamento para el cual los otros sólo han servido de antecedente, tampoco tiene ningún valor: ha nacido, como

los demás, del desconocimiento de las instituciones jurídicas concernientes, de una verdadera confusión de ideas. Veámoslo.

El Art. 956 del Código Civil establece:

"Es nula la disposición a favor de una incapaz aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona".

El Art. 962 del propio Código dice:

"Es indigno de suceder el que a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquiera forma, a una persona incapaz".

Habiendo determinado el Código los casos de incapacidad para suceder, estableció al propio tiempo el precepto adecuado para que no se burlara la ley por medios que en apariencia se conformaran con ella, por procedimientos que ocultando el verdadero destino de los bienes, ocultando al incapaz realmente protegido por el designio del testador, impidieran a los legítimamente interesados ejercitar las acciones adecuadas para que los bienes no pasen al incapaz.

Por esto, el artículo citado prescribe que es nula la disposición a favor de una incapaz aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o por interposición de persona.

Quiso la ley evitar que la máscara ocultadora del incapaz, permitiese que los bienes pasaran a él; quiso impedir que el disfraz, el contrato oneroso, la interposición de persona, ocultadores del incapaz, frustrasen la acción de los herederos para que los bienes no pasen a quien no tiene aptitud de suceder.

En una palabra, este artículo establece que el ocultamiento por medio de contrato oneroso o por interposición de persona, del incapaz a quien en realidad se destina los bienes, no tenga valor legal, y los legítimamente interesados puedan ejercitar su derecho para destruir el contrato simulado, o para desenmascarar a la persona interpuesta.

PERSONA INTERPUESTA.— El Profesor Planiol, tratando de las disposiciones hechas en fraude de la ley, expone:

"En todo tiempo los particulares han

buscado eludir las prohibiciones de disponer o de recibir a título gratuito establecidas contra ellos. La mayor parte de los procedimientos que sirven a este propósito son desde largo tiempo conocidos y clasificados, y la ley los ha previsto para declarar la nulidad de las libertades hechas en fraude de sus preceptos. Los medios más frecuentes son el disfraz de la liberalidad y la **interposición de persona**. Simulando una donación bajo las apariencias de un contrato a título oneroso, se impide a los terceros reconocer su verdadera naturaleza, y por consiguiente no pueden demandar la nulidad que les interesa. Dirigiendo la liberalidad a un beneficiario puramente aparente, que juega el papel de **persona interpuesta**, se impide a los terceros interesados conocer el nombre del verdadero donatario o legatario, que es incapaz, y la nulidad se evita así de hecho".

Los Profesores Baudry-Lacantinerie y Colín exponen:

"La persona interpuesta es un intermediario escogido por quien dispone de los bienes para hacer pasar la liberalidad a un incapaz, es un testafierro, (prete nom) que recibe el encargo de transmitirlos, él sirve de lazo de unión entre quien dispone de los bienes y el incapaz; de ahí la denominación de **persona interpuesta**. Así, un padre natural que ya ha donado a su hijo todo lo que podía disponer en su provecho, y quiere beneficiarle más allá de este límite, hace una donación a un amigo con el **encargo secreto** de entregarla al hijo. Ocultando la liberalidad, él espera sustraerla a la nulidad. Si el fraude es descubierto, el hijo será considerado como el verdadero donatario, y en consecuencia la donación será nula". (Traité Théorique et Practique de Droit Civil, Tomo 10, pág. 264).

La esencia de la interposición de persona consiste, pues, en **ocultar** al individuo a quien en realidad va a beneficiar el acto o contrato.

La interposición, por su esencia, exige la intervención de tres personas: el testador, la persona que en apariencia es instituida heredera o legataria, y el incapaz a quien realmente están destinados los bienes.

En el testamento no figuran sino el tes-

tador y la persona interpuesta, y se mantienen ocultos la verdadera destinación de los bienes y el nombre de la persona del incapaz. Así se procura evitar la nulidad de la asignación.

La persona interpuesta es el lazo entre el testador y el incapaz cuyo nombre no figura en el testamento.

El célebre Profesor de la Universidad de Pisa, don Francisco Ferrara, en su notable obra la **Simulación de los Negocios Jurídicos**, escribe:

"Al celebrarse un negocio jurídico, cabe que se interponga una persona extraña **con el fin de ocultar** al verdadero interesado. Esta persona sirve de intermediaria, de eslabón entre los que quieren conseguir los efectos de un acto jurídico. Los caracteres que la distinguen, en general, son: 1º Ponerse entre los que deben ligarse directamente en el negocio, o entre los cuales deben descansar en definitiva el contenido patrimonial del mismo, sin que el intermediario tenga en el negocio un interés personal. 2º Su **función de ocultar** al verdadero dueño del negocio, que quiere permanecer entre bastidores. Esta figura genérica se llama **Persona interpuesta**"... Los fines que determinan la interposición de persona varían según los casos. O el contratante quiere ocultarse de la otra parte, o quiere **ocultarse de la ley** para burlar una incapacidad o una prohibición". (págs. 288 y 291)

Por las doctrinas expuestas se ve con toda claridad que la función esencial de la interposición de persona es **ocultar** en el acto o contrato al verdadero interesado, al individuo en quien en definitiva ha de recaer el beneficio patrimonial de ellos. El fin esencial de la interposición de personas es **ocultar ante la ley** para que los legítimos interesados no puedan solicitar la nulidad, al verdadero beneficiario del acto o contrato que permanece entre bastidores sin que de ninguna manera aparezca en el instrumento del acto o contrato.

El Art. 956 dispone que es nula la disposición a favor de un incapaz aunque se disfrace por interposición de persona, y el 962 establece que es indigno de suceder el que a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes,

bajo cualquiera forma, a una persona incapaz.

Las formas que la ley considera que se emplean para hacer pasar los bienes a un incapaz, son las señaladas por Planiol, el contrato oneroso y la interposición de personas, las mismas previstas en el Art. 956.

De estas dos formas de hacer pasar los bienes a un incapaz, la demanda se funda únicamente en la segunda, la interposición de persona. Hago hincapié, dice el Instituto Nacional de Previsión en su demanda, en que el señor de la Torre ha sido instituido heredero universal sólo como intermediario para que las asignaciones pasen a incapaces.

En definitiva, el Instituto imputa a su Excelencia el señor de la Torre el haber servido de persona interpuesta para que los bienes pasaran a personas incapaces.

Tal imputación desconoce en absoluto el verdadero concepto, la verdadera función, el verdadero fin de la interposición de personas.

Para que el testamento de la señorita Yépez Palacios constituyera a su Excelencia el señor de la Torre persona interpuesta, era indispensable que él hubiese sido colocado como intermediario entre la testadora y los incapaces cuyos nombres se hubiesen determinado confidencialmente al heredero sin que estos nombres constasen en el testamento.

La función esencial de la interposición de persona, como lo dice Ferrara, es ocultar al verdadero interesado en el negocio, interesado que permanece entre bastidores.

El fin esencial de la interposición de persona, como lo enseña el mismo autor, es ocultarse de la ley, ocultarse de quien pueda intentar la acción de nulidad, para por medio del ocultamiento del incapaz burlar una prohibición fundada en la incapacidad del interesado real.

Como con tanto acierto expresó la defensa del demandado en el alegato de primera instancia, "para que tenga aplicación lo prescrito en el artículo 962 del Código Civil, es condición indispensable que del testamento no aparezca que un incapaz cualquiera es favorecido con el todo o parte de los bienes del testador, debiendo constar

únicamente el nombre de la persona instituida heredero o legatario, la que, según se descubre, ha prometido al testador beneficiar con el todo o parte de los bienes al incapaz. Prometer es obligarse de modo expreso a hacer algo o dejar de hacerlo; y para que la promesa de que habla el Art. 962 surta efecto, es preciso que entre el testador y el heredero o legatario haya mediado un pacto secreto, una promesa clandestina de entregar algún bien de la sucesión a un incapaz, de suerte que la institución de heredero o legatario tenga razón de ser sólo en cuanto el instituido ha prometido, se ha obligado a pasar el todo o parte de los bienes de la sucesión a persona o personas incapaces; obligación que para ser eficaz y tener debido cumplimiento, ha debido contraerse con el testador de modo expreso y reservado".

Nada, absolutamente nada de esto existe en el presente caso. La testadora no quiso ocultar ni los objetos, ni las entidades, ni las personas a quienes habían de pasar los frutos de la hacienda "Iguñaro"; la testadora no quiso que su heredero universal fuese mera persona interpuesta para ejercer la función de ocultar a los incapaces. La señorita Yépez Palacios y su heredero universal tampoco persiguieron el fin esencial de la interposición de persona, ocultar de la ley, de los legítimos interesados, a los incapaces. Todo lo contrario. En el testamento se expresa con claridad, sin ocultamiento ante la ley, sin ocultamiento de ningún género, que los frutos de la hacienda "Iguñaro" se han de invertir en el culto de la Santísima Virgen, en las escuelas de la parroquia de El Quinche y en limosna a los Padres franciscanos.

Si la esencia de la interposición de persona consiste en que ésta sirva de intermediario entre el testador y las personas que permanecen ocultas, que no se expresan en el testamento, es a todas luces evidente que en el presente caso no existe interposición de persona que requiere necesariamente el ocultamiento del verdadero destino de los bienes.

Ocultamiento y expresión clara y determinante en instrumento público, son términos

contradictorios. La demanda se funda en la contradicción.

PROMESA OCULTA.— Como la interposición de persona tiene por fin esencial hacer pasar el todo o parte de los bienes del testador a individuos incapaces, cuyos nombres quedan ocultos, requiere necesariamente un acuerdo asimismo oculto entre el testador y la persona interpuesta, en virtud del cual ésta promete hacer pasar los bienes a los incapaces.

Esta promesa necesariamente tiene que ser oculta, porque de otra manera aparecería en el instrumento todo lo que debe permanecer oculto: el nombre de los incapaces y la circunstancia de que esos bienes están destinados a ellos. Todos los elementos constitutivos de interposición de persona desaparecerían si del propio testamento constase la promesa de hacer pasar los bienes. Sería el antifaz que llevara escrito el nombre de aquel a quien pretendiera ocultar.

Por esto, con mucha propiedad expone Ferrara que en la interposición de persona el contratante otorga un poder jurídico ilimitado a la persona interpuesta, aunque con la *inteligencia secreta* de que no usará del mismo en beneficio propio, sino que lo transmitirá a otro.

Veamos ahora si su Excelencia el señor de la Torre hizo a la testadora la promesa oculta, esencial en la interposición de persona, de hacer pasar los bienes a incapaces.

Desde luego, basta tener en cuenta que la promesa prohibida por la ley es la de hacer pasar los bienes a quienes para nada aparecen en el testamento, a las personas que deben permanecer entre bastidores, para convencerse de que tal promesa fué absolutamente imposible, ya que en el testamento constan los nombres de personas y objetos a quienes se destinan los frutos de "Iguñaro". La promesa oculta fué imposible por falta de materia u objeto sobre que versara, materia y objeto que habrían sido las personas que hubiesen permanecido ocultas, entre bastidores. Como nada quedó oculto, como no hubo bastidores, ni personas entre ellos, la promesa no habría podido realizarse por falta de materia u objeto.

La promesa ilegal, la sancionada con indignidad, debió ser en estos términos: Prometo a la testadora servir como persona interpuesta entre ella y los incapaces cuyos nombres no constarán en el testamento, porque se quiere proceder a ocultas de la ley. Prometo ser intermediario entre la testadora y las personas cuyos nombres no constan en el testamento.

Mas, como en el testamento nada se oculta, todos los nombres constan en él, nada hay ficticio, resulta verdaderamente imposible la existencia de aquella promesa de hacer pasar a personas u objetos ocultos en el absoluto silencio del testamento, ocultos por el velo de la persona interpuesta.

La obligación del heredero universal de entregar los frutos, no nace de promesa oculta, sino de la disposición clara, constante en instrumento público, en que la testadora ordena entregarlos. Su Excelencia no ha prometido hacer pasar a personas ocultas, sino que la testadora los hace pasar en su disposición testamentaria obligando al heredero la entrega.

Su Excelencia el señor de la Torre en su confesión dijo textualmente:

"La señorita Yépez Palacios vino a vernos antes de la celebración del testamento y me suplicó que consintiera en ser su heredero universal, y yo acepté naturalmente resuelto a dar cumplimiento a sus disposiciones testamentarias".

Su Excelencia aceptó ser heredero universal, naturalmente resuelto a dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias. Su resolución, que ni siquiera llegó a ser promesa, fué la de cumplir las disposiciones testamentarias, las que constasen en el instrumento público, no fué la de hacer pasar como persona interpuesta a personas ocultas, a personas que no constasen en el testamento.

FRAUDE DE LA LEY E INDIGNIDAD.

La promesa que vuelve indigno de suceder, es la promesa oculta, en fraude de la ley, de hacer pasar a personas que quedan ocultas, sin que de ellas se hable en el testamento, el todo o parte de los bienes.

La indignidad establecida en el Código es sanción de faltas muy graves contra la

persona del testador o de fraudes contra la ley.

El que a sabiendas de la incapacidad promete ocultamente al difunto hacer pasar sus bienes a persona incapaz cuyo nombre se oculta en el testamento para que, burlada la ley, los legítimos interesados no puedan pedir la nulidad de la asignación, procede en fraude de la ley, y por ello se hace acreedor de la sanción de indignidad de suceder.

Si por constar todo en el testamento no cabe fraude de la ley, ni que se realice aquello que prohíbe, porque los interesados pueden en vista del testamento pedir la declaración de nulidad de la disposición, es a todas luces evidente que no hay el fraude de la ley para el cual se ha establecido la sanción de indignidad.

INTERPOSICION Y ASIGNACION MODAL.— Persona colocada entre el testador y el incapaz que permanece oculto, es la esencia de la interposición de persona prohibida por la ley. Esto supone que el heredero instituido en el testamento no lo es sino en apariencia, y que el verdadero beneficiado es la persona oculta cuya capacidad hay que investigar.

En el presente caso, el heredero instituido, es realmente heredero; él es el verdadero dueño de los bienes de la herencia; la capacidad no cabe investigarse sino respecto del asignatario modal, y no cabe buscarla en el objeto, persona o entidad a quien beneficia el modo.

Resulta, pues, evidéntísimo que por esta nueva razón es inaplicable al presente caso el precepto de indignidad que supone necesariamente que se ha querido hacer pasar los bienes a incapaces en los casos en que la capacidad es indispensable. Si en la asignación modal no es un obstáculo para el modo o carga la incapacidad del que ha de ser beneficiado con el modo, es inconcuso que no es el caso de aplicar lo estatuido respecto de la indignidad.

Del todo conforme con tan obvios principios es la enseñanza del profesor Barros Errázuriz quien escribe lo siguiente "Será nula la disposición a favor de un incapaz aunque se disfrace bajo la forma de un

contrato oneroso o por interposición de persona (Art. 976).

"Conviene hacer constar que por este artículo no se prohíben las asignaciones modales, que están expresamente contempladas en la ley como asignaciones válidas. (Art. 976).

"El testador puede dejar sus bienes a una persona capaz para que los tenga por suyos, en la obligación de aplicarlos a un fin especial, como el de hacer ciertas obras. En este caso, la capacidad existe en el asignatario modal, y la ley no exige que la obra a que se van a aplicar los bienes tenga personalidad jurídica.

"Con arreglo a estos principios se declaró válida una asignación hecha al Ordinario Eclesiástico de Santiago, para que los aplicara a la Universidad Católica, institución esta última que no tenía entonces personalidad jurídica propia....

"Las dificultades suscitadas provienen de que no se hace la debida distinción entre el asignatario modal y el beneficiado con el modo. En la asignación modal, como ya lo hemos dicho, la persona llamada por el testador para recibir la asignación no es el beneficiado con el modo, sino el asignatario modal, al cual se impone la obligación de invertir, en la forma ordenada por el testador, lo asignado con tal objeto.

"Por medio de la asignación modal puede favorecerse cualquiera obra benéfica, establecimiento o corporación, aunque carezcan de personalidad jurídica, con la única limitación de que el modo no sea por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, y no puede considerarse como inmoral o ilegal la inversión de lo que deja el testador para fines de beneficencia, o piadosos o de enseñanza".

Una de las fuentes de los graves errores que constituyen la demanda, es la confusión entre la asignación modal y la interposición de personas, figuras jurídicas profundamente diferentes.

Recordamos la clásica distinción del Profesor Planiol: "Teóricamente, la distinción es fácil. Hay interposición de persona cuando los bienes o valores objeto de la liberalidad, considerados como cuerpo cierto, no deben quedar en el patrimonio del donata-

rio o legatario, que no son propietarios sino en apariencia, y según la intención común de las partes, la propiedad es transmitida realmente a un tercero que es el único beneficiado: hay liberalidad con carga, cuando la propiedad de estos bienes o valores es realmente transmitida por la voluntad del disponente al donatario o legatario, los cuales se encontrarán simplemente grabados con una obligación hacia el tercero beneficiario.

"La interposición de persona tiene por fin la transmisión de la propiedad a tercero. la carga le vuelve solamente acreedor del donatario".

RESUMEN.— La demanda afirma que el heredero universal es indigno de suceder por haber prometido como persona interpuesta hacer pasar los bienes a incapaces.

La indignidad, en el sistema legal, es una grave sanción para quienes, en fraude de la ley, prometen hacer pasar los bienes a quienes el legislador lo prohíbe.

La indignidad es una sanción a quien sirve de medio para que los bienes pasen de manera oculta a terceros incapaces, ocultamiento que tiene por fin el que los legítimos interesados no puedan intentar la acción de nulidad y triunfe así el fraude de la ley.

Una de las formas de este ocultamiento es la interposición de persona.

Los elementos esenciales de la interposición de persona son: Persona colocada entre el testador y el incapaz que permanece oculto, entre bastidores, para ocultar la destinación real de los bienes; y promesa secreta de la persona interpuesta al testador de hacer pasar los bienes al incapaz que de ninguna manera consta en el testamento.

En el presente caso, como hemos visto, no existe ninguna clase de ocultamiento, ni de los supuestos incapaces ni del destino de los bienes, como no existe ninguna promesa oculta.

La persona interpuesta no es sino asignatario en apariencia; en el presente caso el asignatario, el heredero universal, es en realidad heredero, el verdadero propietario de los bienes de la sucesión, con la carga de invertir los frutos de "Iguñaro" en ciertos objetos determinados.

Si el fundamento de la indignidad, según la demanda es la de que su Excelencia no es sino persona interpuesta; y si ninguno de los elementos de la interposición de persona existen en el presente caso, es evidente, de toda evidencia que no existe ni sombra de indignidad en el heredero.

En el presente caso es de todo punto imposible el fraude de la ley, sin el cual no puede existir la indignidad. Si las disposiciones testamentarias fuesen nulas, la acción de nulidad impediría el fraude de la ley. Imposibilidad de fraude de la ley porque en el testamento mismo se fundaría la acción de nulidad, e indignidad del heredero, son términos contradictorios. La indignidad no puede existir, sin el ocultamiento en fraude de la ley.

SUCESION PARTE INTESTADA. — Mantiene la demanda que de no declararse la indignidad del heredero, la sucesión de la señorita Yépez Palacios sería en parte intestada en lo referente a la hacienda "Iguñaro" y al resto del precio de la casa, pues que, según la demanda, son nulas las disposiciones de la testadora en lo referente a estos bienes.

Ya hemos visto que las disposiciones de la testadora son perfectamente legales.

Mas, aun cuando lo dispuesto respecto de los frutos de la hacienda "Iguñaro" y del resto del precio de la casa, adoleciese de nulidad, su declaración aprovecharía sólo al heredero universal, su Excelencia el señor de la Torre.

Según el Art. 942 del Código Civil, el sucesor a título universal, sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos como la mitad, tercio o quinto.

El Art. 1087 del propio Código, declara que el heredero representa la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

"El asignatario a título universal es llamado a suceder al testador en su patrimonio, esto es, a representar a su persona con todos sus derechos y obligaciones transmisibles, incluso las cargas testamentarias. Todos esos bienes y cargas forman lo que se llama **universalidad de derecho**, que es una

entidad abstracta, general, distinta de los bienes y cargas aisladamente considerados.

"El asignatario universal, llamado heredero, representa la persona del difunto; y aun ambos se consideran como una misma persona: *Hores consetur cum defuncto una eademque persona*" (Barros Errázuriz, Tomo V, pág. 13).

El heredero es el continuador de la personalidad jurídica del difunto, continúa como sujeto de la relación jurídica del patrimonio hereditario de la universalidad de los bienes, en la misma forma en que el testador fué sujeto de la relación jurídica.

Como exponen los profesores Baudry-Lacantinerie y Colín, la institución de heredero es la disposición testamentaria por la cual el testador da a una o varias personas la universalidad de sus bienes que dejará a su muerte.

La palabra universalidad expresa este ser de razón, ser colectivo, que se llama el patrimonio, y que tiene un activo y un pasivo: el activo, comprende todos los bienes; el pasivo, las deudas y las cargas impuestas sea por la ley, sea por la voluntad del hombre. Es esta universalidad así comprendida la que el testador da al heredero; pero no le da la totalidad de los bienes sino eventualmente.

Las circunstancias de que existan asignaciones a título singular o ciertas cargas que deba satisfacer el heredero, no le quita el carácter de sucesor a título universal. Precisamente el sucesor a título universal tiene este carácter porque sucede en el patrimonio, en todo su activo y pasivo, con la obligación de entregar esos legados y de sufrir esas cargas. Precisamente porque es heredero universal está sujeto a aquellas obligaciones, y porque está sujeto a ellas no siempre hereda la totalidad de los bienes.

Mas, como el heredero está llamado a la universalidad del patrimonio, a todo su activo y pasivo, si por tal o cual circunstancia desaparece una cifra del pasivo, aumenta el patrimonio activo del heredero. Asi el legado, el modo, partidas del pasivo desaparecen por declaración de nulidad, el heredero ve aumentar que el activo de la herencia, activo en que sucede, aumento que se verifica por la disminución del pasivo.

Por esto, enseñan los profesores citados, el heredero puede llegar eventualmente a heredar la totalidad de los bienes del difunto, entre otros casos, cuando caducan los legados establecidos en el testamento. Realizadas estas y otras eventualidades, el derecho del heredero no encontrará obstáculo alguno, se ejercerá plenamente y se extenderá a todos los bienes del testador. (*Traité Théorique et Practique de Droit Civil. Tomo II. págs. 192-194*)

Según esta evidentísima doctrina, el heredero ve aumentar su activo hereditario a medida que se declara la nulidad de las asignaciones a título singular, de las cargas que se le han impuesto, en una palabra de todo aquello que constituye el pasivo del patrimonio.

Recordemos en este punto la doctrina de los Profesores Baudry-Lacantinerie y Colín, citada en el alegato de segunda instancia presentado en defensa de su Excelencia el señor de la Torre.

"El legado nulo, revocado o caduco se reputa no escrito, pro no scripto habetur".

"En consecuencia, la nulidad, la revocación a caducidad benefician a aquel que estaba encargado de pagar el legado o en perjuicio de quien se realizaría su ejecución.

"Así, si el difunto deja un hermano como más próximo heredero y un legatario universal, la nulidad, la revocación, la caducidad del legado universal aprovecharía al hermano, pues en su perjuicio el legado recibiría su ejecución.

"De la misma manera, si un testador ha hecho un legado universal y un legado a título singular, la nulidad, la revocación o la caducidad del legado a título singular, aprovecharía al legatario universal que se habría perjudicado con su ejecución...

"Si se supone que hay un legatario universal, un legatario a título universal de los inmuebles y un legatario singular de un inmueble determinado, la nulidad, la revocación o caducidad de este último legado aprovecharía al legatario a título universal que está encargado de pagarlo" (*Traité Théorique et Practique de Droit Civil. Des Donations entre vifs et des testaments. Tome Deuxieme, pág. 421.*)

Idéntica doctrina expone el Profesor Pla-

niol cuando enseña que si se trata de un legatario universal a quien se le ha impuesto una carga, la nulidad de ésta le aprovecha a él.

De todo lo expuesto aparece con luz meridiana que, instituido único y universal heredero el Excelentísimo señor de la Torre, de declararse la nulidad de la disposición testamentaria relativa a los frutos de la hacienda "Iguinero" y a la inversión del resto del precio de la casa, la consecuencia sería que esa nulidad aprovecharía al heredero universal que no estaría ya obligado a invertir los frutos del predio y parte del precio de la casa en la forma indicada por la testadora, sino que podría disponer de los frutos y del predio con la absoluta libertad de absoluto dueño, como heredero universal.

Si la asignación modal fuera nula, el heredero universal vería aumentar el activo de su patrimonio, exento de las cargas constitutivas del modo. Y si todos los legados establecidos por la testadora fueran nulos, el heredero universal llegaría a ser heredero no sólo de la universalidad del patrimonio, sino de la totalidad de los bienes de la sucesión.

Pretender como lo hace la demanda, que los bienes objeto de las disposiciones que se declarasen nulas, serían materia de sucesión abintestado, es absolutamente antijurídica. La sucesión testamentaria a título universal excluye la sucesión abintestato, porque los bienes singulares objeto de la disposición declarada nula, aumentan el activo en que sucede el heredero universal.

EL ARGUMENTO DE ULTIMA HORA.

Herido el actor por la evidencia incontrastable de la argumentación que demuestra sin dejar lugar a duda que lo dispuesto en el testamento respecto del predio "Iguinero" y sus frutos constituye una asignación modal, acude al medio desesperado de argüir que no fué materia de las excepciones el que en el testamento se hubiera establecido aquella disposición modal.

Nada más intijurídico.

El que lo establecido es la parte pertinente del testamento constituye una asignación modal, es una de las razones que de-

muestran la legalidad de las excepciones propuestas, razón que no era necesaria manifestarla expresamente en la contestación de la demanda. Si de otro modo fuera, todas las razones de la defensa deberían comprenderse en la contestación y ésta se confundiría con el alegato.

La contestación negó los derechos que reclama el actor, así como los fundamentos en que los apoya. Y precisamente una de las razones que demuestran que ante la ley no existen los fundamentos en que se basa el actor, es la de que lo dispuesto en lo tocante a los frutos no constituye asignación a incapaces, como pretende el actor, sino una asignación modal.

La contestación expuso que el testamento instituye heredero al Excelentísimo señor de la Torre y que lo dispuesto en cuanto a los frutos es perfectamente válido. La razón científica que demuestra esa validez, es la de que lo dispuesto respecto de "Iguinero" y sus frutos constituye una asignación modal.

En las excepciones se expresó que su Excelencia el señor de la Torre, no ha prometido a la señorita Yépez Palacios hacer pasar sus bienes a persona incapaz; y una de las razones que demuestran este aserto es la de que no existe tal promesa, sino la obligación impuesta al heredero de cumplir con la asignación modal.

La contestación expuso que el testamento no le constituye al heredero persona interpuesta, como pretende la demanda. Y la demostración de que no hay persona interpuesta, es la de que lo establecido en el testamento es una asignación modal.

Las excepciones tienen la eficacia necesaria para destruir la acción. Las razones que justifican las excepciones son de fuerza incontrastable, razones entre las que figura la de que ni hay interposición de persona, ni indignidad, ni es nulo lo dispuesto respecto de los frutos, porque lo establecido en el testamento es una asignación modal.

Tan no es necesario que las excepciones contengan todas las razones legales y científicas que las demuestran, que el Art. 298 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con la doctrina, prescribe que "los jueces están obligados a suplir las omisio-

nes en que incurran las partes sobre puntos de derecho”.

Asimismo, nada vale el argumento de que lo dispuesto en cuanto a los frutos no es legal por el carácter de perpetuidad con que deben entregárselos. Según la clara intención de la testadora, aquello de la perpetuidad se refiere sólo a la vida del heredero. Y aun cuando esa no hubiera sido la intención, es obvio que la obligación concerniente a los frutos terminaría con la vida del asignatario modal por no tratarse de una obligación transmisible a los herederos.

CONCLUSION

La demanda pide la declaración de indignidad del heredero universal, fundándose en que no es sino un intermediario que ha prometido hacer pasar los bienes de la testadora a personas incapaces.

La indignidad de suceder es sanción para el que como persona interpuesta, en fraude de la ley, promete hacer pasar los bienes del difunto a persona incapaz.

La interposición de persona coloca al asignatario aparente entre el testador y el incapaz a quien realmente se destinan los bienes.

El fin de la interposición de persona es ocultar al verdadero interesado, al incapaz; es ocultar aismismo la verdadera destinación de los bienes.

El medio para conseguir que se realice esta destinación oculta de los bienes, es la promesa secreta de hacer pasar los bienes al incapaz, hecha al testador por la persona interpuesta.

Destinación oculta de los bienes, incapaz oculto a quien realmente han de pasar en virtud de la promesa oculta, tal es la esencia de la interposición de persona.

Su fin último es el fraude de la ley por

el procedimiento que ocultándose de ella pretende eludir la nulidad.

En el presente caso ninguno de estos elementos existen; pero sí todos los contrarios.

Del testamento consta con toda claridad la destinación de los bienes, el nombre y designación precisa de las personas y entidades a quienes se los destinan, y existe el heredero universal encargado de cumplir no promesas secretas sino las disposiciones claras del testamento.

La destinación de los frutos y del resto del precio de la casa no constituyen asignaciones a favor de incapaces, sino una asignación modal del predio “Iguñaro”, y la orden de pagar el justo estipendio a quienes celebren las misas en sufragio del alma de la testadora.

En la asignación modal la capacidad es requisito del asignatario modal, y de ninguna manera de los objetos o entidades a que se destina el modo.

Caso de que aquella destinación de los frutos y del predio no fuesen legales, la nulidad aprovecharía al heredero universal, llamado a la totalidad de los bienes en el evento de quedar sin efecto las disposiciones relativas a bienes singulares.

Lo expuesto demuestra que todos y cada uno de los fundamentos de la demanda son absolutamente contrarios a la ley, a la doctrina científica que la explica y a los hechos pertinentes a la controversia.

No puedo dudar de que el Tribunal Supremo desechará la demanda, confirmando con la máxima autoridad de su sabiduría la sentencia subida en grado, para el imperio del clarísimo derecho de mi representado, su Excelencia señor don Carlos María de la Torre, dignísimo Arzobispo de Quito.

ALEJANDRO PONCE BORJA

Sentencia Pronunciada por la Corte Superior de Quito

“Quito, a 8 de Septiembre de 1939; las cinco de la tarde.- Vistos:— El día seis de Marzo de 1936, murió en esta ciudad de Quito Dolores Yépez Palacios, habiendo otorgado el cuatro de Junio de 1935, y ante el Notario doctor Rigoberto Guerra, testamento cerrado o secreto, el que fué abierto el tres de Abril del año primeramente mencionado.— En ese testamento, la testadora después de manifestar que es soltera, que carece de ascendientes y descendientes y que sus bienes son: la hacienda “Iguñaro” en la parroquia del Quinche, y la casa en que habita, situada en la parroquia El Sagrario, hoy González Suárez de esta ciudad, instituye como su heredero universal al señor doctor Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, y declara que la hacienda Iguñaro queda dedicada para siempre a la Santísima Virgen del Quinche, con la condición de que la mitad de sus productos se emplee en sostener su culto y en la conservación de las escuelas católicas del mismo lugar del Quinche, y la otra mitad de los productos sea entregada cada año, perpetuamente, al Ministro Provincial de los franciscanos del Ecuador, en calidad de limosna (cláusula quinta).— Luego, en las cláusulas sexta y séptima del mismo testamento, dispone que se venda la indicada casa; que, con el producto de la venta, se paguen los legados que en la primera de esas cláusulas se determinan; y el resto, deducido el valor de los gastos de sus funerales y entierro, se invierta en el pago de misas en sufragio de su alma, las cuales serán celebradas por los padres franciscanos. El doctor Luis F. Cháves, a nombre del Instituto Nacional de Previsión y refiriéndose al testamento que se acaba de relacionar, expone en el escrito de las fojas 2—4; que el señor de la Torre ha aceptado la herencia de la señorita Dolores Yépez Palacios; que la asignación de la hacienda Iguñaro a la Virgen del Quinche es nula; como lo es, también, la asignación de los productos de la misma hacienda a las escuelas católicas del Quinche y al Ministro Provincial de los franciscanos del E-

cuador, porque contravienen a lo prescrito en el artículo 1046 del Código Civil; pues, la Virgen del Quinche y dichas escuelas no son personas ciertas y determinadas, ni naturales, ni jurídicas, y el Ministro Provincial, tampoco, es persona cierta y determinada; que, además, el últimamente nombrado, aun en el supuesto de que fuese persona cierta, era incapaz de suceder en el día que se abrió la sucesión; porque, entonces, era, “un muerto civil”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 del Código Civil, y los muertos civilmente no son capaces de suceder según el precepto contenido en el artículo 953 del mismo Código; que aquel Ministro Provincial era, asimismo, incapaz de suceder, por ser miembro de la Orden o Convento de los franciscanos, con cuyos religiosos Dolores Yépez Palacios se confesó durante muchos años hasta su muerte; que, por las dos causas o motivos anotados, es absolutamente nula la asignación de los productos de la hacienda Iguñaro al Ministro Provincial de los franciscanos; que, por lo mismo motivo de haber confesándose Dolores Yépez Palacios, desde algunos años antes hasta su muerte, con los padres franciscanos, éstos son incapaces de recibir la suma legada para misas; que las asignaciones de la cláusula quinta del testamento, aun cuando aparecen hechas por intermedio del señor de la Torre, nombrado heredero universal, son nulas, por disponerlo, así, el artículo 956 del Código Civil; que el señor de la Torre es indigno de suceder a la señorita Yépez Palacios, conforme a lo dispuesto en el Artículo 962 del citado Código, porque, a sabiendas de las incapacidades anteriormente anotadas, le prometió hacer pasar sus bienes a personas incapaces; que, por la indignidad del señor de la Torre, no puede cumplirse la disposición testamentaria en que se le instituye heredero, y, la designación de heredero de Dolores Yépez Palacios y su sucesión, en lo que atañe o concierne a la hacienda Iguñaro y al resto del producto de la venta de la casa de Quito, tienen que regirse por las leyes que re-

glan la sucesión intestada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 970 y 943, inciso 2º, del Código Civil; y, por último, que, como el testamento es válido, sólo tienen valor legal los legados a personas particulares determinados en la cláusula sexta, los mismos que deberían ser pagados por cualquiera que fuese el heredero de Dolores Yépez Palacios.— Fundándose aquel doctor en las consideraciones expuestas, a nombre del susodicho Instituto, demanda, en juicio ordinario, al prenombrado doctor Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, para que se declare: a)—Que este doctor es indigno de suceder a la testadora Dolores Yépez Palacios, en calidad de heredero universal; que la institución de heredero es nula, y que, en consecuencia, el Instituto de Previsión es el heredero universal ab-intestato, de Dolores Yépez Palacios; b).—Que el señor de la Torre está obligado a entregar, inmediatamente, a ese Instituto, la hacienda "Iguñaro" y la casa de Quito dejadas por Dolores Yépez Palacios, así como todos los demás bienes pertenecientes a la sucesión de ésta; c).— Que son nulas y de ningún valor, debiendo tenerse como no escritas, las cláusulas QUINTA y SEPTIMA del sobredicho testamento, las que, por lo mismo, no surten efecto alguno, y no pueden ser cumplidas ni por el doctor de la Torre, aun en el caso de que no se le declare indigno, ni por el Instituto Nacional de Previsión, al reconocércele la calidad de heredero universal ab-intestato de Dolores Yépez Palacios; d).—Que, en el evento de que no se declare la indignidad del señor de la Torre, se reconozca al Instituto de Previsión como sucesor ab-intestato de Dolores Yépez Palacios en la hacienda "Iguñaro" y en el resto del precio de la casa de Quito, que se menciona en la cláusula séptima; y, e).—Que, por consiguiente, el señor de la Torre debe entregar al Instituto Nacional de Previsión aquella hacienda y el precio de la casa de Quito, deduciendo de este precio el valor de los legados y el de los gastos de funeral y entierro.— Concluye la demanda haciendo hincapié en que el señor de la Torre ha sido instituido heredero universal sólo como intermediario, para que las asignaciones pasen a incapaces;

pues, como a tal heredero, dice, nada se le asigna; de heredero sólo tiene el nombre.— A esta demanda, el doctor Alejandro Ponce Borja, a nombre del señor doctor Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, opone las siguientes excepciones:— (Niega los derechos que reclama el mencionado Instituto, así como los fundamentos en que los apoya.— Afirma, que la disposición testamentaria de Dolores Yépez relativa a los productos de la hacienda "Iguñaro" es válida, porque los objetos a que los destina no son ilegales, y la persona que ha de percibir la mitad de estos productos está determinada por indicaciones claras del testamento.— Niega que el Ministro Provincial de los franciscanos del Ecuador, sea incapaz de recibir limosna y que lo hubiese sido al tiempo de abrirse la sucesión.— Niega que el testamento de Dolores Yépez Palacios hubiese sido otorgado durante su última enfermedad y que élla se hubiese confesado, en sus últimos años, con los padres franciscanos.— Niega, por lo mismo, que sea aplicable el artículo 955 del Código Civil a las disposiciones de ese testamento respecto de dichos religiosos y del Ministro Provincial de los mismos.— Expresa que el señor de la Torre no ha prometido a Dolores Yépez Palacios hacer pasar, en ninguna forma, los bienes de ésta, ni parte de ellos, a persona incapaz; y que él no es persona interpuesta, sino heredero universal de aquella, instituido en su testamento, y, como tal, el único sucesor de Dolores Yépez Palacios, cuya sucesión, por lo mismo es toda testamentaria, y en ninguna de sus partes, en ninguna hipótesis, es intestada.— Por último, manifiesta que, de no ser válidas, de ser nulas, las disposiciones del testamento de Dolores Yépez Palacios, en lo que atañe o concierne a la hacienda "Iguñaro", a sus productos y a la casa de Quito, esta circunstancia aprovecharía al señor de la Torre, heredero universal, único sucesor instituido en ese testamento, y en ningún caso, ni en parte alguna de los bienes, al Instituto Nacional de Previsión Social.— Trabada la litis en la forma que queda expuesta, se ha pronunciado la respectiva sentencia, de la cual ha interpuesto apelación el procurador del demandado, habiendo adherido a ella el actor para que

se revoque o reformen los considerandos y resoluciones desfavorables al Instituto y que se determinan en el correspondiente escrito (fojas 88).—Con todos estos antecedentes, para resolver la causa, en esta segunda instancia, se considera:— PRIMERO.— En el testamento, como en todo acto jurídico, se contiene una declaración de voluntad que crea derechos y obligaciones y que debe ser respetado mientras no contradiga a la ley; y, para conocer esa voluntad, cuando la expresión del testador o declarante no es suficientemente clara, esto es, cuando los términos o palabras que ha empleado para manifestarla son obscuras o ambiguas, hay que examinar el conjunto de antecedentes y circunstancias en las cuales fué concebido y realizado aquel acto, para averiguar y poner en claro la intención del agente y el alcance de sus disposiciones. es decir, lo que se propuso y quiso el testador, lo que, en consecuencia, ordenó como norma de su voluntad, y la exactitud o inexactitud con que manifestó o reveló ambas cosas con las palabras y forma de expresión general de sus disposiciones testamentarias.— Por esto el Código Civil, en el artículo 1059, prescribe que “para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido”; lo que quiere decir que dicho conocimiento ha de resultar o ser el producto de la combinación armónica y congruente de la intención y de las palabras del testador y no del predominio exclusivo, y menos alternativo, de uno de estos factores. SEGUNDO.—El presente proceso revela, entre otras circunstancias, que Dolores Yépez Palacios fué una persona profundamente creyente y sinceramente católica y piadosa; que otorgó su testamento el cuatro de Junio de 1935, nueve meses antes de que ocurriese su muerte y que padecía de anemia crónica y dolores de cabeza, enfermedades que no habían alterado ni menoscabado sus facultades psíquicas e intelectuales.— TERCERO.—En la cláusula quinta de ese testamento le instituye, según ya se dijo anteriormente, como su heredero universal al doctor Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, declarando, a la vez, que la hacienda “Iguñaro” que dedicada para

siempre a la Virgen que se venera en la parroquia del Quinche, con la condición de que la mitad de los productos de tal hacienda se emplee en sostener el culto de la misma Virgen y en la conservación de las escuelas católicas de la misma parroquia, y que la otra mitad sea entregada, perpetuamente, al Ministro Provincial de los franciscanos del Ecuador, en calidad de limosna. Del examen de las sobredichas circunstancias y del tenor o texto literal de esa cláusula bien claro aparece que lo que se propuso y quiso la testadora, fué asignar la mencionada hacienda a su heredero universal, señor de la Torre, estableciendo e imponiéndole la obligación de invertir o emplear los productos de ella en los fines determinados en la referida cláusula; pues, no es posible presumir, racional y lógicamente, ni menos admitir, que el pensamiento, la intención, la voluntad de Dolores Yépez fuese el asignarle o legarle, es decir, transmitirle la propiedad de la hacienda “Iguñaro” a la estatuta o imagen de la virgen del Quinche, que no es persona, ni cierta ni determinada, ni natural ni jurídica, para que ésta, a su vez, cumpla con aquella obligación o sea con los indicados fines, porque todo esto sería un absurdo, a no ser que, también, se presumiera y aceptara el desequilibrio, la alteración o mengua de las facultades intelectuales de la testadora, en el momento de otorgar su testamento, lo cual no aparece de ningún modo en el proceso.— La dedicación de la susodicha hacienda a la Virgen del Quinche en la forma expresada en aquella cláusula no constituye ni puede constituir, jurídica y legalmente, asignación testamentaria de ninguna clase.— No significa otra cosa ni tiene otro alcance, conforme se anota y reconoce en la sentencia de primera instancia, que una simple consagración, una invocación, una forma de advocación que no encierra de ninguna manera una obligación jurídica, ni tiene, por lo mismo, ninguna eficacia legal.— CUARTO.— Lo que contiene la tantas veces mencionada cláusula quinta del testamento de Dolores Yépez Palacios es una asignación modal de la hacienda “Iguñaro”, al heredero universal doctor Carlos María de la Torre, a quien se lo impone la carga u obligación, como tal heredero, de

emplear los productos de dicha hacienda en los fines señalados en la misma cláusula: pues que asignación modal es, según el artículo 1079 del Código Civil, aquella en que se destina o señala algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas; y se llama modal porque lleva inherente una obligación que la modifica.— El modo es una carga, en el sentido más general de esta palabra, que va unida a la adquisición de un derecho; es algo oneroso que al asignatario, heredero o legatario, se le impone, sin que esa imposición influya en la efectividad del derecho de éste, ya que, conforme al mismo artículo 1079, el modo no suspende la adquisición de la cosa asignada.— En la asignación modal hay que considerar y distinguir dos cosas esencialmente diversas: una es la asignación testamentaria del bien o bienes, hecha a una persona para que los tenga por suyos, y otra es el MODO, carga o gravamen, que la asignación lleva consigo.— Así, pues, la persona llamada por el testador para recibir la asignación no es el beneficiado con el modo, sino el asignatario modal, al cual se le impone la obligación de aplicar, en la forma ordenada por aquel, lo asignado para tal objeto.— El modo, por consiguiente, no es una asignación a favor de los fines, obras o cargas que lo constituyen o de los beneficiados con él; por lo mismo, los requisitos de existencia, capacidad y dignidad necesarios para suceder a título universal o a título singular, deben reunirse en la persona del asignatario modal, y no procede exigirlos a esos fines, obras o cargas, porque no son, en ningún concepto, asignatarios testamentarios.— En cuanto al modo, el artículo 1083 del precitado Código sólo exige que no sea por su naturaleza, imposible, esto es, contrario a las leyes de la naturaleza física; que no sea inductivo a hecho ilegal o inmoral, es decir, a un hecho prohibido por las leyes o contrario al orden público o a las buenas costumbres, y que no esté concebido en términos ininteligibles, esto es, cuando las palabras de que se ha valido el testador son de tal manera obscuras, que no pueda conocerse su voluntad.— Quinto.—Explicado la que

la disposición testamentaria de Dolores Yépez Palacios relativa a la hacienda "Iguñáño", es o constituye una asignación modal, puesto que no puede considerarse, en conformidad a lo dispuesto en los Arts. 942, 944 y 1056 del Código Civil, como verdadera asignación en favor o beneficio del culto a la Virgen y de las escuelas católicas del Quinche y del Ministro Provincial de los franciscanos, la obligación o carga de emplear en estos fines los productos de esa hacienda, precisa estudiar, en primer lugar, si el asignatario modal tiene la capacidad legal necesaria para serlo, y si el modo contraviene o no a lo prescrito en el precitado artículo 1083.— Dicha capacidad existe en el doctor Carlos María de la Torre, asignatario modal de aquella hacienda, porque es persona real, cierta y determinada, y, por el hecho de serlo, con la aptitud necesaria para ser sujeto en las relaciones de derecho.— Y no puede considerarse como físicamente imposible, ni como ilegal, ni como inmoral la inversión de los productos de la hacienda "Iguñáño" en el sostenimiento del culto a la Virgen del Quinche y en la conservación de las escuelas católicas del mismo lugar, porque éstos fines están permitidos y amparados por la ley, ya que no son sino la manifestación y ejercicio de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza, reconocidas y garantizadas por la actual Constitución de la República y por las que estuvieron vigentes cuando Dolores Yépez Palacios otorgó su testamento y cuando ocurrió su muerte.— Respecto a la entrega anual de la mitad de aquellos productos, en calidad de limosna, al Ministro Provincial de los franciscanos, esta obligación o carga es un fin de beneficencia, que está, asimismo, reconocido y permitido por la ley, en virtud del libre ejercicio del derecho de propiedad, y como consecuencia, de la facultad que tiene el testador de imponerla a quien trasmite todos sus bienes o una parte de ellos.— La circunstancia de que dicho Provincial no haya tenido, en el momento de abrirse la sucesión de Dolores Yépez Palacios, personalidad civil para el ejercicio del derecho de propiedad, porque, se dice, que estuvo muerto civilmente, no implica ni puede implicar que fuera o sea incapaz, co-

mo persona natural, como individuo de la especie humana, de recibir un beneficio, un favor, un socorro, o ayuda para sus necesidades de alimentación, etc., o para las de su comunidad, orden o convento.- Ciertamente que la ley no permite hacer pasar, bajo ninguna forma, los bienes del testador a una persona incapaz de suceder por causa de muerte, esto es, a la que no sea natural o jurídica, cierta y determinada; pero, no hay que olvidar que se sucedió por esa causa, únicamente, o a título universal, HERENCIA, o a título singular LEGADO (artículos 942 y 945 del Código Civil).- Aquí es del caso advertir que el modo, aunque puede beneficiar a un tercero, es cosa absolutamente distinta de la herencia y del legado.- El modo, como ya se ha dicho varias veces, no es una asignación testamentaria; en cambio la herencia y el legado si son asignaciones, hechas directamente al heredero o legatario, los cuales adquieren el dominio de los bienes o especies que constituyen la una o el otro sin que haya intermediario entre ellos y el testador.- Así, pues, la prohibición de hacer pasar los bienes del testador a una persona incapaz no puede referirse sino a la que es o sea incapaz de suceder por alguno de los indicados títulos, puesto que, conviene repetir, no cabe exigir capacidad jurídica para suceder a los fines, obras o cargas en que consiste el modo.- Además, ni la hacienda "Iguinero", ni parte alguna de ésta debe pasar al mencionado Provincial ni a ninguna otra persona o entidad incapaz de suceder por causa de muerte.- Son los productos de ella los que deben emplearse o invertirse en los fines señalados en la referida cláusula quinta del testamento de Dolores Yépez Palacios; y aunque es indiscutible que los frutos o productos son bienes, asimismo, es indiscutible que éstos pertenecen al heredero desde el momento de la delación de la herencia, o sea desde la muerte del testador, tanto más cuanto que, en el caso, hasta la existencia misma de aquellas, de los productos, depende del trabajo o laboriosidad del heredero.- No vale decir en contrario que en la disposición contenida en aquella cláusula se encierra la constitución de una especie de usufructo en favor de dicho Provincial,

porque en tal disposición no se hallan, en forma alguna, ninguno de los elementos esenciales de esa institución jurídica.- Sexto.— Acaso sea innecesario, por lo expuesto anteriormente, considerar nada acerca de la incapacidad del mismo Provincial para suceder a Dolores Yépez Palacios, incapacidad proveniente del hecho de pertenecer ese eclesiástico a la orden o convento de San Francisco, con cuyos religiosos, según se afirma, se confesó aquella durante muchos años hasta su muerte.- Sin embargo, conviene anotar: que Dolores Yépez otorgó su testamento algunos meses antes de su última enfermedad; y que no se ha demostrado la verdad de aquel hecho, esto es, que la testadora Yépez Palacios se hubiese confesado con religiosos franciscanos durante su última enfermedad, ni durante los dos últimos años anteriores al otorgamiento de su testamento; pues, si bien Dolores Viteri de Larrea y Carmela Viteri, parientes cercanos de Dolores Yépez Palacios, aseveran que ésta siempre se confesaba con religiosos franciscanos hasta la muerte del Padre Aguirre (1919), tres religiosos de la Orden de San Agustín, Fray Agustín J. Vaca, Fray Nicolás Castro y Fray Manuel Proaño, también aseveran que la misma Dolores Yépez se confesó desde el año 1933, hasta seis días antes de su muerte, con el religioso últimamente nombrado.- Y para apreciar el valor o fuerza probatoria de las declaraciones testimoniales, la sana crítica enseña que hay que tener en cuenta, además de la idoneidad de los testigos, la razón que éstos den de sus dichos, su situación y condiciones personales con relación al hecho o hechos sobre los que declaren, la naturaleza de éstos y las circunstancias que hayan acompañado a los mismos; por consiguiente, y teniendo en cuenta que la confesión es un hecho íntimamente personal y reservado y que no cabe confundirlo con el de prestarle a un enfermo ciertos auxilios espirituales, no hay ninguna razón para preferir y hacer que prevalezca el testimonio de aquellas parientes de Dolores Yépez sobre el de los nombrados religiosos.- Séptimo.— La disposición de la cláusula séptima del testamento de Dolores Yépez Palacios relativa a la inversión o destino de la cantidad que

sobrase del precio o producto de la venta de su casa de Quito, después de pagados los legados que se determinan en la cláusula sexta y deducido el valor de los gastos de sus funerales y entierro, en el pago de misas en sufragio de su alma, las que deberán ser celebradas por los padres franciscanos, es legalmente válida, puesto que cuando el testador quiere satisfacer fines piadosos de su espíritu religioso, ordenando sufragios en beneficio de su alma, establece, jurídicamente hablando, una asignación o legado SUB-MODO para un fin determinado. No instituye asignataria a su alma, sino en beneficio de ella.- Y las asignaciones de esta clase están expresamente contempladas y permitidas en los artículos 1046, inciso 4º y 1079 del Código Civil. La circunstancia de que las misas sean o deben ser celebradas por los frailes franciscanos, no les constituye a éstos en asignatarios o legatarios de dicha cantidad, ni establece ninguna liberalidad o beneficio en favor de ellos.- Es, simplemente, la remuneración o estipendio que se les deberá y pagará por el servicio de celebrar aquellas misas. Octavo.— El Artículo 956 del Código Civil, repetidamente citado, declara nula toda disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se la haga por interposición de persona o se la disfrace bajo la forma de un contrato oneroso.- Interponer una persona significa colocar una entre otros dos, que, en el caso, son el testador y el sucesor incapaz, heredero o legatario, a quienes se quiere hacer llegar la herencia o legado y cuyo nombre se oculta, y la persona que se interpone o en cuyo favor se aparenta hacer la institución o legado y por conducto de la cual han de llegar los bienes del testador al disfrute real de aquella.- Es preciso, por tanto, distinguir y no confundir el MODO con la interposición de persona, pues son dos conceptos fundamentalmente distintos. La doctrina científica y la jurisprudencia nacional y extranjera están unánimemente conformes en considerarse que hay interposición de persona, "cuando los bienes o valores que forman el objeto de la herencia o legado, considerados como cuerpo cierto, no deben quedar o permanecer en el patrimonio del heredero o legatario, el cual no es propie-

tario sino en apariencia, ya que, según la intención común de las partes, la propiedad de ellos es transmitida realmente por el causante al tercero al cual solamente ha querido beneficiar; y hay asignación modal, es decir LIBERALIDAD CON CARGA, cuando la propiedad de esos bienes es realmente transmitida por voluntad del causante o instituyente al heredero o legatario, el cual queda gravado con una obligación respecto del tercero o terceros beneficiados. La interposición de persona tiene por fin la transmisión de la propiedad al tercero; la carga le hace a éste solamente acreedor del heredero o legatario". En el caso que se estudia no se encuentra en la institución del señor de la Torre como heredero universal de Dolores Yépez Palacios, ni en ninguna otra de las cláusulas del testamento de ésta, concerniente a la disposición de sus bienes, ninguna de las condiciones anteriormente expresadas que caracterizan la interposición de persona. Al contrario, bien claro aparece la institución de aquel como asignatario modal de la hacienda "Iguñaro" y de la casa de la parroquia González Suárez de esta ciudad de Quito, que forman la herencia dejada por la testadora Yépez Palacios, ya que la propiedad de una y otra se le ha transmitido directa y realmente, con sólo la obligación o carga de invertir o emplear los productos de esa hacienda y el de la venta de dicha casa en los fines u objetos señalados en las cláusulas quinta, sexta y séptima del sobredicho testamento; pues, del tenor literal de todas y cada una de las cláusulas de tal instrumento no puede deducirse ni inferirse, de ningún modo, que la intención de la testadora haya sido o fuese la de transmitir la propiedad de aquellos bienes a otra persona distinta del señor de la Torre. No cabe argüir que este señor no sea verdaderamente heredero, porque no aparezca el beneficio que le quede al cumplir los fines o cargas que se le impone en las cláusulas citadas, ya que para determinar si una persona es heredera o legataria del difunto, no hay que atender a la cantidad de los bienes a que se contrae o se refiere su derecho, ni a la naturaleza ni al disfrute de los mismos, sino a la forma o manera cómo es llamada a suceder. La calidad de heredero

ro o legatario no depende, por consiguiente, del derecho que se adquiriera sino de la manera cómo se adquiriera, según sea a título universal o a título singular. Sabido es que el heredero sucede al causante de un modo indeterminado en toda clase de bienes, derechos y acciones trasmisibles y es el CONTINUADOR de su personalidad jurídica en el patrimonio hereditario, por lo mismo, mencionar los bienes, derechos y obligaciones materia de la sucesión, sean éstos más o menos, presentes o futuros. Así, en el caso de que la sucesión no tuviera activo, esta circunstancia no cambia el carácter de la institución de heredero, porque cabe la transmisión hereditaria en el pasivo, salvo, siempre, se entiende, el beneficio de inventario.- Por otra parte, la calidad de heredero o asignatario universal no se pierde ni se desnaturaliza por el hecho de que se le haya impuesto al asignatario la carga o gravamen de aplicar el todo o parte de los bienes a un fin especial.- Noveno.— Para ser admitido a la sucesión por causa de muerte es necesario, conforme a lo prescrito en el artículo 952 del Código Civil, que la persona llamada por la ley o por el testamento, a suceder sea capaz y que no sea indigna. Se llama INDIGNIDAD, en general, a la falta de mérito o de disposición para alguna cosa; pero, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 958, 959, 960, 961 y 962 del mismo Código, son indignos de suceder, como herederos o legatarios, aquellos que, por faltar a sus deberes con un difunto, en vida de él o después de su muerte, o por motivos de orden público, desmerecen sus beneficios y no pueden conservar la herencia o legado que se les había dejado.- Es una especie de pena o privación de derechos, pronunciada contra el asignatario culpable, en relación al causante o instituyente de la herencia o legado, o por la violación o burla de las disposiciones legales. La capacidad del señor de la Torre para suceder a Dolores Yépez Palacios como su heredero universal, es evidente y no ha sido desconocida ni discutida en ningún momento; y la indignidad que se le atribuye y cuya declaración se ha demandado a pedido, es la determinada en el último de los artículos, esto es, la del que a

sabiendas de la incapacidad haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos a un incapaz.- En los considerandos anteriormente expuestos se ha demostrado, de la manera más clara y amplia que ha sido posible: a) Que las disposiciones del testamento de Dolores Yépez Palacios relativas a la inversión de los productos de la hacienda Iguñaro y el de la venta de su casa de Quito, son legalmente válidas; pues, ellas constituyen una asignación modal hecha en favor del heredero universal, señor de la Torre, a quien le fué transmitida la propiedad de esos bienes con la obligación o carga de emplear o invertir tales productos en los fines claramente expresados en las respectivas cláusulas, los cuales son, por su naturaleza, posibles, y no son inductivos a ningún hecho ilegal o inmoral; b) que aquella inversión no constituye una asignación testamentaria a favor de los fines o modos señalados por la testadora, no siendo, por lo mismo, del caso exigir que concurren en esos fines las condiciones de capacidad necesarias para suceder por causa de muerte; c) que el señor de la Torre es real y verdaderamente heredero de Dolores Yépez Palacios, y no persona interpuesta entre ella y algún sucesor incapaz; y d) que ni la hacienda Iguñaro, ni ningún otro bien de la herencia dejada por Dolores Yépez Palacios debe pasar, en ningún tiempo ni caso, a ninguna persona incapaz.- Por consiguiente, no existiendo el fundamento esencial de la indignidad alegada es improcedente e inoportuno el examinar y discurrir sobre si el señor de la Torre prometió o no a la difunta Dolores Yépez Palacios hacer pasar sus bienes o parte de éstos a una persona incapaz.- Décimo.— Finalmente en lo que atañe a la cuestión relativa a la nulidad de la asignación de dos mil sucres al Monasterio de Santa Clara, sólo hay que observar que esta cuestión está resuelta en la parte final de la sentencia de primera instancia, y la resolución al respecto se halla ejecutoriada, en virtud de no estar comprendida entre los puntos determinados en el escrito de fojas 88, por el representante del Instituto Nacional de Previsión, como materia de su adhesión al recurso de apelación; por lo cual esta Sala no tiene competencia para rever

dicha resolución. Y aun admitiendo que hubiera adherimiento por parte del Instituto no sería procedente ni cabría admitírsele porque no fué materia de la demanda la nulidad de las asignaciones de que habla la cláusula sexta. Por el mérito de las consideraciones que anteceden, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, revocándose la sentencia de la que se ha recurrido, en cuanto declara la nulidad de

la disposición en que Dolores Yépez Palacios instituye asignatario modal de la hacienda "Iguñaro" al doctor Carlos María de la Torre, Arzobispo de Quito, y a éste indigno de suceder en los bienes dejados por aquella, y, en consecuencia, excluído de la herencia, se desniega la demanda del Instituto Nacional de Previsión.— SIN COSTAS Legalizado el papel, devuélvase.— G. Gallo Subía.- (V. S.).— N. Astorga.— José María Suárez M".

INDICE DEL VOLUMEN II DE LA "REVISTA DE LA ASOCIACION ESCUELA DE DERECHO"

A U T O R	A R T I C U L O	Nº	Pág.
Artajo, Martín:	Mensaje en la Canonización de Mariana de Jesús	6	58
Baquero, J. A.:	Hacia la Especialización en el Derecho Práctico	7	36
Bayas V., Víctor Hugo:	Dónde y ante quién debe efectuarse el Matrimonio Civil?	6	23
BIBLIOGRAFIA:	Tratado de Derecho Procesal Civil por el Dr. Antonio J. Pardo. (Antioquia-Colombia)	6	69
	"La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la Materia Civil" (Montevideo), por José A. Arias	6	72
	Del Arte Actual y su Existencia, por Gabriel Cevallos García	6	73
	"Visión Política del Ecuador", por Jorge Luna Yépez	6	74
Bustamante M., René:	Estudio sobre el Concepto de la Obligación (I)	9	35
	Estudio sobre el Concepto de la Obligación (II)	10	3
Crespo Zaldumbide, Ricardo:	Instantes de Roma	6	61
CRONICAS:	Actividad Cultural de la Universidad Católica	8	39
	Crónica de la Asociación Escuela de Derecho	6	67
	Crónica Internacional	9	72
De Guzmán, Manuel:	De la Legislación de Indias a la Moderna Legislación del Trabajo	7	20
Di Donato, Alfonso:	Del Individualismo al Corporativismo	8	31
Donoso Velasco, José I.:	Dos Congresos de Alta Cultura en Santiago de Chile	10	51
EDITORIALES:	Panorama de un Mundo sin Dios	6	1
	Ecuador, abanderado de Alto Ideal	7	1
	Puntualizamos un deber	8	1
	La Universidad en Marcha	9	1
	Salve Cruce Liber Esto	10	1
Espinosa Pólit, S. I., R. P. Aurelio:	Discurso Inaugural	6	3
	Misión de la Universidad Católica	9	3
Espinosa Pólit, S. I., R. P. Juan I.:	Qué pensar sobre el certificado prenupcial obligatorio?	9	23
Flores J., Renán:	Un detalle de París	6	59
	Noñas Históricas sobre el Terremoto de 1797	7	61
Giménez Caballero, Ernesto:	Isabel y Bolívar	8	36
Larrea Holguín, Juan I.:	El Intervencionismo Estatal	9	28
	Unidad e Indisolubilidad del Matrimonio	10	37
Larrea Peñaherrera, Pedro José:	La Prueba en el Código del Trabajo Ecuatoriano	10	24
Luna Tobar, Alfredo:	Problemas pendientes en la ejecución del Protocolo de Río de Janeiro	9	54
Mena V., Claudio:	La Buena Fe y el Error de Hecho en el Matrimonio Civil	6	27
Páez, José Roberto:	Isabel La Católica	7	59
Ponce Borja, Alejandro:	Alegato ante la Corte Superior, en el juicio por el Testamento de la Srta. Dolores Yépez Palacios	10	85
Ponce Borja, Belisario:	Alegato ante la Corte Superior en el mismo Juicio	10	61

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

Ponce y Carbo, Enrique: La Teoría de la Causa en el Derecho Comparado	8	21
Ponce Enríquez, Camilo: La Cuestión Social y un Esquema de los Tiempos	6	53
Ponce Miranda, L. Neptalí: La Condonación del Dolo Futuro	10	15
Publicaciones Recibidas:	7	63
Reglamento, sobre el arreglo de procesos y actuaciones	9	70
Restrepo Eusse, Ivan: Las Misiones Jesuíticas en América	10	47
Revistas Recibidas:	6	75
Ribadeneira G., Ernesto: La Historia como Método de la Acción....	7	50
Salvador Lara, Jorge: Pedro Albizu Campos: Héroe y Martir de la libertad de Puerto Rico	6	45
Salazar A., Francisco: Las Organizaciones Internacionales y los Derechos Humanos	7	45
Sentencia de la Corte Superior en el Juicio por el Testamento de la Srta. Dolores Yépez Palacios	10	104
Suárez Morales, Jaime: El Pacto de Bogotá.....	6	35
S. S. Pío XII: Alocución en la Navidad de 1950	7	9
Discurso sobre el Periodismo Católico	6	8
Discurso sobre el Concepto Cristiano del Comercio	6	13
Discurso ante los Congresistas de Estudios Sociales	6	14
Discurso sobre el Estado	6	19
Discurso sobre el Sindicalismo	7	3
Discurso a los Congresistas de Derecho Privado	6	17
Discurso de los Peregrinos Ecuatorianos	6	56
Homilia en la Canonización de Mariana de Jesús	6	55
El Papa condena la Fecundación Artificial	7	55
El Papa denuncia al Capitalismo y al Comunismo	7	16
Encíclica "Humani Generis"	8	3
Misión de las Universidades Católicas	7	18
Responsabilidad y Misión de los Intelectuales Católicos	6	21
Tobar Donoso, Julio: Alegato ante la Corte Superior en el Juicio por el Testamento de la Srta. Dolores Yépez Palacios	10	68
Derechos y Deberes de los Patronos y Trabajadores del Campo	9	9
Las Personas Eclesiásticas en el Ecuador	8	12
Vargas, O. P., R. R. José María: La Universidad de Santo Tomás	9	59
Vela M., S. J., R. P. Carlos: La Terminación del Contrato del Trabajo	10	17

**INDICE DEL Nº 10 DE LA REVISTA DE LA ASOCIACION ESCUELA
DE DERECHO DE LA UNVERSIDAD CATOLICA**

	Pág.
EDITORIAL: Salve Cruce Liber Esto -----	1
DERECHO CIVIL:	
Estudio Sobre el Concepto de la Obligación -- Dr. René Bustamante Muñoz -----	3
La Condonación del Dolo Futuro.— Dr. L. Neptalí Ponce -----	15
DERECHO DEL TRABAJO:	
La terminación del Contrato del Trabao.— R. P. Carlos Vela M. S. J. -----	17
La Prueba en el Código del Trabajo Ecuatoriano.— Dr. Pedro José Larrea Peñaherrera -----	24
DERECHO MATRIMONIAL:	
Unidad e Indisolubilidad del Matrimonio.— Dr. Juan I. Larrea H. -----	3
HISTORIA:	
Las Misiones Jesuíticas en América.— Ivan Restrepo Eusse -----	4
CRONICA:	
Dos Congresos de Alta Cultura en Santiago de Chile.— Dr. José I. Donoso Velasco -----	51
ANEXOS:	
Alegato ante la Corte Superior.— Dr. Belisario Ponce Borja-----	61
Alegato ante la Corte Superior.— Dr. Julio Tobar Donoso -----	68
Alegato ante la Corte Superior.— Dr. Alejandro Ponce Borja ---	85
Sentencia de la Corte Superior -----	104



LIBRERIA SELECCIONES

Calle Venezuela 589 y Sucre.

DISTRIBUIDORES DE LIBROS Y REVISTAS

- Lea mensualmente **SELECCIONES**.
- Lo mejor de revistas y libros.
- **LO MEJOR DEL CATHOLIC DIGEST**

La revista católica de mayor circulación.

“SUD AMERICA”

Compañía de Seguros sobre la Vida

SEGUROS DE VIDA -- SEGUROS EN GRUPO

“SUL AMERICA” Terrestres Marítimos e Accidentes

Seguros de Incendio — Seguros de Accidentes Personales

SUCURSAL EN EL ECUADOR: Guayaquil — Malecón 1400

Agencia General en Quito: Calles Venezuela y Mejía.

Señor Cliente :

EL ALMACEN DE LA EMPRESA ELECTRICA MUNICIPAL

situado en la calle Guayaquil N° 749, con el teléfono N° 11446, le ofrece a Ud. toda clase de materiales eléctricos de la reconocida marca Westinghouse, así como también lavadoras eléctricas de ropa, tanques eléctricos para agua, asadores, absorvedores de polvo, cocinillas eléctricas de dos y tres hornillas, radiadores etc., anunciándole a la vez la próxima llegada de refrigeradoras, mezcladoras de alimentos, planchas eléctricas último modelo y cocinas.

Si desea una instalación eléctrica con materiales de primera clase y efectuadas por electricistas competentes, rogamos solicitarla en el Almacén o por el teléfono N° 11446.

QUITO, Mayo de 1954.

ENRIQUE PONCE Y CARBO

ABOGADO



(Estudio Jurídico "QUEVEDO & PONCE Y CARBO")

CUENCA 570

TELEFONOS :

APARTADO 406

11564, 11323, 11324

METROPOLITAN TOURING

SU AGENCIA DE VIAJES, FRENTE AL CORREO.

Sí señor viajero, la solución para todos sus problemas de viajes.

Reservación de pasajes aéreos, marítimos o terrestres en las
líneas de su predilección.

Arreglo de sus papeles de viajes, reservación de hoteles etc.

Y NO LE CUESTA MAS !!!

Teléfonos: 10176—12006.

PATRIA

COMPañA ANONIMA DE SEGUROS

OFRECE AL PUBLICO ECUATORIANO:

SEGUROS DE VIDA

DE ACCIDENTES

DE TRANSPORTES

DE GARANTIAS PERSONALES (FIDELIDAD)

DE EMBARCACIONES (CASCO)

DE INCENDIO

DE ROBO CON FRACTURA

DE VEHICULOS

DE GANADO



ESTAMOS A SUS ORDENES EN QUITO: CALLE BOLIVAR N° 220
y Guayaquil (EDIFICIO "ROJAS")

Teléfono N° 10035; CABLE: LAPATRIA.

EN LA CIUDAD DE GUAYAQUIL: Calle "Pichincha" N° 410

BANCO DEL PICHINCHA

COMPañIA ANONIMA

CAPITAL PAGADO Y RESERVAS \$ 18'400.000.00

En sus dos locales de esta ciudad, atiende al público en forma esmerada y eficiente en todos los ramos autorizados por la ley.

Dispone de casilleros de seguridad, de un casillero para depósitos nocturnos y de amplias bodegas, así como de modernos equipos mecánicos que le permiten imprimir máxima rapidez y seguridad en su servicio a sus clientes.

En su afán de servir al pueblo, de manera preferente, ha dado extraordinario incremento a la Sección Ahorros, estimulando a sus clientes en toda forma, con el objeto de imprimir en las clases pobres el espíritu del ahorro familiar. De esta manera realiza sorteos mensuales y extraordinarios con premios en dinero, independientes de los intereses que devengan las libretas respectivas.

En la Sección Ahorros acepta depósitos desde un sucre, y reconoce el interés del 4% anual para las libretas ordinarias y hasta del 6% para las de plazo fijo.

Tienen opción a los sorteos las libretas constituidas por lo menos un mes antes, y que conserven un saldo mínimo de cinco sucres.

EDIFICIOS PROPIOS:

MATRIZ: Calles Venezuela y Espejo.

AGENCIA NORTE: Av. 10 de Agosto y Bogotá.

Dirección Telegráfica: "PICHINCH"

DIRECCION POSTAL: Casilla N° 261.