

ERRORES DE FONDO Y FORMA DE NUESTRA LEGISLACIÓN¹

RICARDO HIDALGO JAÉN

*Sólo los candidatos son responsables
de las doctrinas consignadas en las
tesis. Art. 78 Reg.
Escuelas Derecho y Notariado.*

I. Preámbulo

La Corte Superior de California, considerando que la Carta de las Naciones Unidas tiene prelación sobre las leyes de los Estados signatarios, acaba de dictar una sentencia declarando sin efecto la Ley de Tierras de ese Estado porque excluyó del derecho de propiedad a los inmigrantes orientales. El Tribunal de Sacramento estima que esa ley cae bajo la sanción del Art. 1° de la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas que prohíbe hacer discriminaciones raciales.

Opiniones jurídicas expresadas en reputados rotativos de la prensa extranjera y nacional acogieron con grandes elogios la decisión del Tribunal californiano ante la trascendencia de que el fallo está llamado a sentar jurisprudencia en el mundo entero.

Y efectivamente así será, porque en adelante se sabrá que existe como derecho positivo, una Ley generadora de las leyes. Ya no habrá “ínsulas baratarias” donde impere el derecho de la fuerza en vez de la fuerza del derecho. A la luz del Derecho nuevo, profundamente humano y altamente jurídico, que se gesta en San Francisco, en Lake-Success, en Ginebra, en París, y se codifica en hermosas declaraciones como la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Sufragio Femenino, el Código del Niño, llegará el día en que un pueblo latinoamericano plantee la “inconstitucionalidad” de la propia Constitución que le rija, porque en Latinoamérica hay Constituciones “inconstitucionales”.

En una Democracia representativa la ley generadora de la Constitución es la libre voluntad del pueblo, que dicta los principios fundamentales para la organización del Estado.

¹ TESIS DOCTORAL, Para optar al título de DOCTOR EN DERECHO sostenida ante la Honorable Junta Directiva de la Facultad de Derecho y Notariado de Oriente y Mediodía, en su examen general publico por el universitario. Granada, Centro América, 1950.

Si esa voluntad no ha sido expresada en elecciones auténticas, producto genuino del sufragio universal e igual a como lo prescribe la Carta de los Derechos Humanos de París de 10 de Diciembre de 1948, la Constituyente que promulgue cualquier Constitución, usurpando derechos que no le corresponden, promulga un adefesio jurídico que de ley suprema, a manera de epígrafe, sólo tiene un epitafio sangriento que dice: "Constitución", porque lo que ha constituido es la sepultura de los derechos de un pueblo.

Duguit (Tr. D. Const. 2ª ed. T. III, pág. 660), nos enseña que una ley es inconstitucional, cuando es contraria a un principio de derecho, escrito o no en una ley superior; ley inconstitucional es sinónima de contraria al derecho superior. Hauriou (D. Cons. pág. 298), corrobora lo anterior, en estos términos: La superlegalidad constitucional comprende no sólo lo que está escrito en la Constitución, sino también a todo principio fundamental que está por encima de la Constitución escrita.

Y estos grandes maestros lanzaron esos postulados sosteniendo los cánones del derecho teórico. Cuánto más puede inferirse ahora que ese derecho se ha tornado positivo con carácter obligatorio, por ser nuestros países (Nicaragua sin reservas) signatarios de las Cartas, Convenciones y Tratados internacionales, ya ratificados, que lo recogen; y por haber organismos americanos y mundiales encargados de su observancia.

Influido por estas corrientes universales y en espera de los mejores tiempos que se avecinan como resultado de la evolución humana, al escribir la presente Tesis "ERRORES DE FONDO Y FORMA DE NUESTRA LEGISLACIÓN" nunca he creído que esté escribiendo una obra negativa. Pienso, que como sucede en álgebra, ($____ \times ____ = +$) menos por menos me dará más. Esto es, aspiro a que me resulte una obra positiva.

En efecto, reconocer y corregir nuestros propios errores significa que el Derecho en Nicaragua evoluciona buscando el ritmo de los tiempos y aspirando a llenar las exigencias y necesidades del hombre y de las sociedades modernas. Indica que la Universidad cumple la función rectora que está llamada a desempeñar en el destino de los pueblos.

He ahí la importancia positiva que aspiro tenga la presente Tesis, como una modesta contribución a que se establezcan reglas de derecho que propugnen por el mejoramiento de los pueblos.

Estos puntos de vista llevados al campo propio del tema de la presente Tesis, constituyen la finalidad suprema que me guió en su desarrollo. Su Campo de acción está delimitado por la frase "Errores de Fondo y Forma de Nuestra Legislación". Este tema tiene, tratándose de enmarcar mi estudio, el rígido significado de los Artos. 2057 y 2058 Pr. Cuando se a interponer un recurso de casación. Así, las palabras errores de fondo y forma determinan la materia del presente trabajo: para comprobar que hay un error, a semejanza de lo que sucede en el recurso de casación para demostrar que hay una infracción, debo citar la disposición transgredida o el principio de legislación violado.

Cuando se vean los ejemplos o casos de que se ocupan las hojas siguientes se tendrá material para generalizar las conclusiones especiales de cada punto y sacar una conclusión general referente a toda la Legislación. De ello se ocupa la sección última de este ensayo intitulada "Conclusión General".

II. Negativa Non Est Probanda

Art. 1080 Pr. "El que niega no tiene obligación de probar, a no ser que la negativa contenga afirmación".

Este es el artículo especial que en nuestra legislación constituye el principio básico, directriz, para salvar del cargo de la prueba al que simplemente niega. El que afirma es el que debe probar. El Art. 1079 Pr., que dice: "La obligación de producir pruebas corresponde al actor; si no probaré, será absuelto el reo, más, si este afirmare alguna cosa, tiene obligación de probarlo", complementa en nuestro derecho procesal la orientación fundamental sobre el orden de la prueba.

Este principio constituyó una de las máximas del derecho antiguo: "Negativa non est probanda"; y no podía ser de otro modo, porque como dice Aubry et Rau, "hay negativas de tal manera indefinidas o absolutas, cuya prueba se vuelve imposible"; y en esto están de acuerdo otros reconocidos juristas de gran prestigio como Bonnière y Garzoina. Claro está, como esos mismos autores sostienen que hay negativas que se resuelven fácilmente por una afirmación contraria, con lo cual se trata de atenuar el valor absoluto que en derecho antiguo tenían las negativas para salvar del cargo de la prueba a todo el que negaba.

Esta tendencia del derecho nuevo ya ha sido recogida por juristas patrios. Mi apreciado maestro el Dr. Joaquín Cuadra Zavala, como Magistrado del Supremo Tribunal, nos ha dejado un voto razonado visible en B.J. pág. 8103, donde se pronuncia en contra de la amplísima interpretación del principio de derecho de que "el que niega no tiene obligación de probar", abogando porque se proceda con un criterio restrictivo tratándose de ciertos asuntos como los del divorcio. Yo, me pronuncio por tal tendencia, pero pensando en la vida del Derecho y en su desarrollo evolutivo, que debemos plasmar en tangible realidad en la nueva legislación patria que a grito nos pide la demos a luz; mas, examinando nuestro actual Derecho positivo, debemos aceptar que es principio directriz en él, el "negativa non est probanda"; por lo cual, si encontramos en nuestro Derecho común disposiciones discordantes, en las cuales se deje el cargo de la prueba al que niega, tenemos forzosamente que concluir que tropiezan en nuestro sistema procesivo con el repetido principio de que el que niega no tiene obligación de probar. Si esto es así, lo cual afirmo que lo es, una vez que lo prueba, YA QUE POR AFIRMAR ESTOY OBLIGADO A LA PRUEBA, llegaremos a la conclusión de que en lo referente a la prueba negativa, existe en nuestras leyes una falta de técnica legislativa, consistente en la inobservancia de las condiciones básicas de toda ley general: criterio directivo uniforme.

Y esto no lleva al campo de los errores, por la discordancia o no conformidad del conjunto legal, por contrariar el principio de derecho incorporado en nuestra legislación en el Art. 1080 Pr. De que nadie está obligado a probar circunstancias negativas que no contengan afirmación. (B.J. pág. 8105).

III. Prueba

Art. 2069 C. “El que por error de hecho o de derecho, verifique un pago, puede repetir lo pagado, SI PRUEBA QUE NO DEBIA”. (Art. 803 C. Costa Rica).

Art. 2257 C. “Tratándose del cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos consanguíneos o afines del insolvente, la nulidad a que se refiere el artículo anterior (2256 C.), se extiende a los actos o contratos ejecutados o celebrados en los dos años precedentes a la declaración de insolvencia, y para que no proceda esa nulidad, el interesado tiene que probar, además de la efectiva entrega de la cosa, valor o precio, ciertas circunstancias de las cuales se pueda deducir que al tiempo del acto o contrato NO CONOCIA LA INTENCIÓN DEL INSOLVENTE DE DEFRAUDAR A SUS ACREEDORES”. (Art. 904 C. Costa Rica).

Art. 2878 C. “Si alguno de los arrendatarios prueba que el fuego NO PUDO COMENZAR por su habitación, quedará libre de responsabilidad”. (Art. 2978 C. México).

Art. 3453 C. “La omisión del requisito que prescribe el artículo anterior (Art. 3452), sujeta al deponente, en el caso de que se niegue o adultere el depósito, a la obligación de probar la realidad de éste, la adulteración que alegue haberse hecho en él O LA NO RESTITUCIÓN DE LA COSA DEPOSITADA”. (Art. 2549 C. México) (1).

Art. 3571 C. “La prueba de haber ocurrido el daño por caso fortuito. Y SIN CULPA DEL QUE LO EXPERIMENTO INCUMBE A ESTE”. (Art. 2736 C. México).

Ley de 17 de junio de 1920.

Art. 1. “Las personas que tuvieren interés en recibir el valor del seguro de casas o establecimientos incendiados no tendrán derecho a reclamo alguno sino después que esté resuelto de modo definitivo por las autoridades judiciales que ellas NO TIENEN RESPONSABILIDAD PENAL EN EL INCENDIO. A este fin la autoridad judicial respectiva, una vez verificado ese hecho, levantará inmediatamente la instructiva del caso”.

Estos son los artículos que a través de mi vida de estudiante, ya en la cátedra universitaria ya individualmente, he anotado como disposiciones que invierten el orden de la prueba. No dudo que existen otras que lo hacen en mayor o menor grado, como los Artos. 48 C y 760 Pr.; y 56 C. Y 764 Pr., que exigen la prueba de ciertas circunstancias negativas para la declaración de ausencia y para la guarda provisional y definitiva.

IV. Análisis

¿ Contendrán afirmativa las negativas de los artículos trascritos?

Las frases “ SI PRUEBA QUE NO DEBIA”, si prueba “QUE NO CONOCIA LA INTENCIÓN DEL INSOLVENTE DE DEFRAUDAR A SUS ACREEDORES”,

si prueba “QUE EL FUEGO NO PUDO COMENZAR EN SU HABITACIÓN”, si prueba “LA NO RESTITUCIÓN DE LA COSA DEPOSITADA”, que el daño ocurrió “SIN CULPA DEL QUE LO EXPERIMENTO”, esto es, QUE NO TUVO CULPA, y que “NO TIENE RESPONSABILIDAD” son evidentemente frases que no tienen nada de positivo.

Para una mejor exposición examinemos en detalle algunos de esos artículos. Sea, por ejemplo el Art. 3453 C.

Al pie de este artículo, los ilustres anotadores de nuestro Código Civil sólo le pusieron una escueta nota, que ya trascríbí en su lugar y la cual dice: “ La parte subrayada _____ de este artículo no la tiene el modelo. Se refiere a la frase “O LA NO RESTITUCIÓN DE LA COSA DEPOSITADA”. A esa nota cabe agregar, que la frase de la referencia es un agregado de nuestros codificadores, de esos que en lenguaje vernáculo forense denominamos “cabeceños”, el cual resulta impropio e innecesario.

Es impropio porque invierte el orden lógico de la prueba establecido por el citado Art. 1080 Pr., al obligar a probar la difícil negativa de “la no restitución de la cosa depositada”, que no contiene afirmativa y ni siquiera se resuelve fácilmente por una afirmación contraria; e innecesario porque crea una dificultad sin objeto ni beneficio práctico.

Ej.: A, en las circunstancias del Art. que nos ocupa deposita su automóvil en B.

B, niega el depósito.

A, para obtener su restitución queda obligado a probar.

- 1). La realidad del depósito;
- 2). la NO restitución de la cosa depositada.

Como en el modelo mexicano, Art. 2549 C., bastaría con probar el primer extremo, porque si el depositante A comprueba la entrega de la cosa al depositario B, prueba que desde entonces se había perfeccionado entre ambos un contrato real sinalagmático imperfecto (Artos. 3459 y 3461 C. Y 462 C.C. de Nic.), del que nace como obligación posterior del depositario restituir el depósito en cuanto le sea exigido, ya que el plazo es a favor del deponente. Si al exigírselo ya lo hubiere entregado, es a él a quien le corresponde excepcionarse con la afirmativa de que ya lo entregó. EXTREMO POSITIVO FACIL DE PROBAR.

En nuestro Derecho no se puede explicar siquiera esa complacencia con el depositario, que lleva hasta violentar los principios fundamentales del Derecho Procesal, diciendo que se trata de una disposición de derecho excepcional originada por la naturaleza gratuita del contrato. Eso hubiera tenido cabida en Derecho Romano, donde el Depósito era gratuito, no en el nuestro, ya que, por Art. 3451 C., puede estipularse

gratificación; por Art. 3522 C., el Secuestro es remunerado conforme a la ley, de lo que se ocupan los Artos. 27 y sgts. Aranceles Judiciales; y por Art. 461 C., el depósito mercantil es por su naturaleza oneroso. En todo caso el depositario puede resarcirse cualquier egreso cobrando daños y perjuicios.

Dije también que tal agregado además de impropio, defectuoso, era innecesario. Esto es así, porque si se niega o adultera el depósito, basta probar la realidad de éste o su

(1) La parte subrayada de este artículo, no la tiene el modelo.

adulteración y ninguna importancia tiene probar “ LA NO RESTITUCIÓN”.

Efectivamente, volviendo al ejemplo anterior: Si A comprueba que B le tiene su automóvil, con eso basta y sobra para que proceda la restitución.

Así suceda a la luz de todas las legislaciones serias, incluso la mexicana, que sin ser muy ordenada en otros aspectos en éste está bien, como se ve del modelo del artículo que nos ocupa.

Por las razones expuestas, resumo mi crítica haciendo el siguiente agregado a la escueta nota que los comentaristas de nuestro Código Civil consignaron al pie del referido Art. 3453 C. A la nota, que antes la transcribí, dice: “ La parte subrayada de este artículo no la tiene el modelo”, le adiciono: TAL AGREGADO ES ERRÓNEO Y ESTA LLAMADO A DESAPARECER. INVIERTE INNECESARIAMENTE EL ORDEN DE LA PRUEBA, OBLIGANDO A RENDIRLA SOBRE UNA DIFÍCIL NEGATIVA, QUE NO CONTIENE AFIRMATIVA, POR LO QUE PROVOCA CONFLICTO CON EL PRINCIPIO DE RECHO INCORPORADO A NUESTRA LEGISLACIÓN EN EL ART. 1080 Pr. DE QUE NADIE ESTA OBLIGADO A PROBAR CIRCUNSTANCIAS NEGATIVAS QUE NO CONTENGAN AFIRMACIÓN.

* * *

Para concluir examinemos otro de los artículos citados. Sea el 2257 C.

Sobre la negativa que encierra esa disposición, ha dicho el tratadista Alberto Brenes Córdoba, al comentar el Art. 904 C. Costa Rica, modelo del nuestro, lo siguiente: “Esta última exigencia de la ley ___ la de probar que no conocía la intención del insolvente de defraudar a sus acreedores____, no debiera existir a causa de la imposibilidad de probar esa clase de hechos negativos. Por eso las autoridades judiciales no deben ser muy exigentes al respecto”. (Trat. Ob. Y Cont. 2ª Ed. N° 538, pág. 291).

Tratándose de Nicaragua cabe agregar, que lo “QUE NO DEBIERA EXISTIR” en una legislación como la costarricense donde la prueba de hechos negativos es más factible por poderse comprobar por una afirmación contraria, es lo que copiaron

nuestros legisladores para incorporarlo a una legislación como la nuestra donde el “negativa non est probanda” es principio básico que no admite alternativa. De ahí, que si en Costa Rica es aconsejable que “las autoridades judiciales no sean muy exigentes al respecto”, en Nicaragua es muy aconsejable que los Tribunales, no obstante el Art. 2142 Pr., sean nada exigentes en la materia; y que el legislador, con la experiencia adquirida reflejada en la jurisprudencia, haga desaparecer tal y tales inconsecuencias por la pureza de la ley

V. Repeticiones innecesarias en el Código Civil que dificultan su estudio y recta aplicación

El Art. 3984 C., último de nuestro voluminoso Código Civil, que con los 196 de su anexo el Reglamento del Registro Público, suman 4180 artículos para llegar a ser uno de los primeros en cantidad de los códigos del mundo, le sigue en la tercera edición oficial la siguiente nota de derecho comparado: “Los códigos más recientes, en los cuales se han incorporado varias instituciones de derecho contemporáneo (contratos de trabajo, voluntad unilateral, prenda agrícola, etc.), no alcanzan ni a 2500 artículos. El Código Civil del Imperio Alemán, que contiene además varias otras materias, (corretaje, obligaciones al portador, etc.), que nosotros tenemos en el Código de Comercio, no llega a 2,400 artículos. El Código del Brasil no pasa de 1,800; los dos Códigos Suizos, de las Obligaciones y Civil, no suman juntos 1900 y el Código Civil de la República de China tiene 966 artículos. El Código Francés tiene 2281 artículos; el Código Italiano, 2147; el Código Español, 1976; el Código de Portugal, 2538; el de Costa Rica, 1410; el de Uruguay, 2366; el de Chile, 2524; el de México, 3823; el de Guatemala, 2444; el de El Salvador, 2263; el de Honduras, 2372; el de Venezuela, 2074; el de Colombia, 2684; el de Bolivia, 2825. EL CODIGO DE LA ARGENTINA, QUE EN SU VOLUMEN ES EL QUE MAS SE PARECE AL NUESTRO, CONSTA DE 4085 ARTICULOS”.

Si comparamos el volumen de nuestro actual Código con el del anterior, resulta que tiene 1460 artículos más, ya que el pasado tiene 2524 más uno transitorio.

Del artículo 3787 C., todo lo que existe en nuestro Código es lo siguiente:

ART. 3787 (SUPRIMIDO)

Fue derogado por la ley de 18 de febrero de 1906. Era una repetición literal del Art. 3782 C.

* * *

Laudable es esa ley de 1906, porque las repeticiones innecesarias sólo sirven para dificultar el estudio y recta aplicación de la norma legal, que deber ser clara y precisa, consultando la simplicidad ideal de la regla.

Criticable es, como un error de orden en la Legislación, que el gran volumen de nuestro Código Civil sea debido, entre otras faltas de técnica legislativa, a numerosas repeticiones ya literales, ya textuales, ya virtuales; y que en 46 años de vigencia no hayan sido suprimidas. La culpa no es tanto de aquellos ilustres codificadores ya muertos, que nos compusieron un código, más es de los legisladores posteriores que no han continuado depurando ese importantísimo cuerpo legal, lo que es corriente en países que avanzan.

* * *

En consecuencia, formularé aquí un proyecto de ley tendiente a salvar ese burdo error, el cual ojalá sea recogido por los que tienen iniciativa en la formación de las leyes.

VI. Proyecto

CONSIDERANDO:

I

Que es un deber del legislador remover los obstáculos que dificultan el estudio y aplicación de la ley, que debe ser clara, ordenada y precisa, lo mismo que tratar de su perfeccionamiento progresivo;

II

Que el vigente Código Civil de Nicaragua adolece en su articulado de repeticiones inútiles, ya literales, ya textuales, ora sustanciales, ora virtuales, reñidas con los principios universales de codificación;

III

Que los códigos son por definición y deben ser en la práctica, cuerpos de leyes dispuestos según un plan metódico y sistemático, debiendo consultarse en su formación la gran ley de la economía del trabajo.

DECRETA:

Art.- Del Código Civil de Nicaragua vigente suprímese el Art. 974 por ser una repetición textual del Art. 1212; el 1706 por no tener diferencia sustancial con el 1701; el 1709 por ser una repetición del 1705; el 1740 por serlo de la frac. 2ª del 1732; el 1720 por ser mutatis mutandi el 1762; el 1774 por ser repetición del 1716; el 1785 por disponer sustancialmente lo mismo que el 1739; el 2439 inc. 2º por ser una repetición del 1875; la parte final del 1890 por estar repetida en el 1895; el 1909 por contener una repetición del 1905 frac. 2ª, el 1932 por estar comprendido en el 1931 (a que se le sigue); el 1934 por estar contenido en el 1947; el 1946 por ser literalmente igual al 1936; el 1973 por estar comprendido en el 1980; el 1982 por contener la misma disposición mutatis mutandi del Art. 1994; el 1988 por contener sustancialmente la misma disposición del 1998; el 2003 por ser una repetición de lo establecido en el 1992; el 2007 frac. 2ª por estar repetido en el 2019 frac. 1ª; el 2012 por contener en el fondo la disposición del

2025; el 2017 por estar contenido en el 2018, que le sigue; el 2064 por estarlo en el 2065, que le sigue; el 2115 por estar contenido sustancialmente en el 2109 frac. Final; el 2141 frac 2ª por constituir una repetición del 2145 in fine; el 2181 por ser mutatis mutandi el 2195; el 2466 por estar contenido en el 2460; el 2462 por ser una repetición desordenada del 2455; el 2515 por ser una mala repetición del 2510; los Artos. 2651 y 2652 porque resultan una repetición inútil del Art. 2642; el 2797 a excepción de su fracción final, por ser una repetición casuística del principio general del 3950; los Artos. 2894 y 2896 por contener sustancialmente la misma disposición que el Art. 2920; el 3174 frac. 1ª por ser repetición inútil del 983; el 3368 por ser una repetición del 3351; el 3493 por ser una repetición desubicada del 3461 N° 2; el 3765 por ser una mala repetición del 3742; el 3743 por estar contenido en el 3751; el 3852 por ser una repetición del 3845 frac. 3ª; y el 3872 por estar contenido en el Art. 3844.

* * *

Para formar la anterior colección de repeticiones me han sido de gran utilidad las anotaciones y concordancias hechas al Código Civil por los doctores Joaquín Cuadra Zavala, Carlos A. Morales y Mariano Argüello; pero, el número de repeticiones anotados por ellos en forma dispersa ha sido ordenado y aumentado en el presente estudio con muchas observaciones personales del sustentante, así:

He observado que el Art. 1720 contiene la misma disposición mutatis mutandi que el Art. 1762. En efecto estos artículos dicen:

“Art. 1720 C.- La posesión se presume de buena fe en cuanto no se pruebe lo contrario, excepto en los casos en que la ley, expresamente, no admita semejante presunción”.

“Art. 1762 C.- Todo poseedor tiene para si la presunción de buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presuma”.

La posesión es de mala o de buena fe, no hay otra posesión. Por consiguiente, los casos en que la ley al tenor del Art. 1720 no admite la presunción de buena fe, son precisamente los mismos en que al tenor del Art. 1762, presume la mala fe. De ahí la igualdad de ambas disposiciones ya que por lo demás, ambas, textualmente establecen la misma presunción de buena fe con carácter de “juris tantum”.

Se citan como ejemplo para el Art. 1762, los casos comprendidos en los Artos. 1746, 2073 inc. 4º, 2664, 2791 inc. 2º y 2794 C. Estos ejemplos corresponden también al Art. 1720 y no se encuentra un ejemplo que sólo sea para uno de los artículos que anoto. Finalmente, en el proyecto he puesto al 1720 como el llamado a desaparecer por ser más claro el 1762. Este nos dice sin la vaguedad del primero, que los casos en que la ley no admite la presunción de buena fé, son precisamente los casos de mala fe.

He incluido al Art. 1932 C. Entre los que deben suprimirse porque al estar comprendido en el 1931 que le antecede, constituye una repetición casuística de los

aspectos por él considerados. El 1931 al decir: “El deudor solidario puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas. De las que personalmente correspondan a los demás, sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables”, nos está diciendo que la compensación, como una de tantas excepciones, puede ser opuesta como excepción personal del deudor cuyo crédito la produzca; y que con relación a la parte del otro codeudor puede servirse en la parte de que fuere responsable. Y esto, y no otra cosa, es lo que en términos casuísticos nos dice el Art. 1932, al prescribir: “La compensación sólo puede ser opuesta por el deudor cuyo crédito la produzca; pero con relación a la parte de tal codeudor en la deuda solidaria, la compensación se opera también en provecho de los otros codeudores, y cualquiera puede validamente oponerla”.

De ahí la necesidad de su supresión en obsequio al predominio de las reglas generales sobre esa innecesaria repetición que es tendencia de nuestro Código para cada caso en particular, olvidándose que tales principios generales son comunes a todos los casos individuales.

Y ya que me he pronunciado por la derogación del Art. 1932, como un caso de necesidad debo entrar a contemplar el problema planteado por los ya citados anotadores del Código que nos ocupa en la nota del Art. 2142. En resumen, sostienen los anotadores que entre el Art. 1932 y el 2142 existe notable rozamiento porque adoptan sistemas contradictorios, habiendo debido el Código adoptar uno u otro sistema.

Entonces, al opinar yo, que se suprima el Art. 1932 estaré opinando tácitamente que quede el sistema del 2142 C.

No, de ninguna manera, es que la cuestión planteada por los ilustres anotadores tiene otros aspectos que ellos no contemplaron. Si efectivamente el Art. 2142 rozara con el 1932, rozaría también con el 1931 por lo ya demostrado arriba de que este último comprende a aquel, rozamiento que sería más grave por tratarse de un principio fundamental o general. En este caso con la supresión del 1932 nada se adelantaría en la solución del conflicto que ellos han anotado, porque quedaría planteado siempre entre el 2142 y el 1931.

A mi entender, entre el 2142 y el 1932 y por ende el 1931 no existe un verdadero conflicto. Su armonización en la doctrina interpretativa es factible: El Art. 2142 en su primera parte que dice: “El deudor solidario puede invocar la compensación del crédito del acreedor con el crédito de él”, no es más que una repetición casuística de lo dispuesto con carácter común para todas las excepciones en el 1931, repetido también casuísticamente en el tantas veces citado Art. 1932. Por lo que hace a la segunda parte que dice: “o de otro de los codeudores solidarios”; esto es, que un deudor solidario puede invocar la compensación del crédito del acreedor con el de otro de los codeudores solidarios, en nuestro Código debe entenderse que esta compensación se opera hasta la parte de tal codeudor, por Art. 1932 C., o sea, hasta la parte que tal codeudor fuere responsable, por Art. 1931, que sustancialmente es lo mismo. En conclusión, el Art. 2142 es limitado o completado por cualquiera de los Artos. 1931 ó 1932, ya que las

leyes deben interpretarse como partes de un mismo cuerpo legal. Un artículo ni cae del cielo aisladamente ni sale solo del infierno.

Así como me he pronunciado contra la intrascendencia del aparente conflicto, tampoco encuentro la utilidad de la armonización anterior que para desvirtuarlo he formulado. Tanto el Art. 1932 como el 2142 quedan comprendidos y regidos por el 1931, de donde lo verdaderamente útil y técnico es la supresión de ambas disposiciones, y no de una de ellas como opinaron los anotadores.

En el fondo el 2142 nos dice **que se puede oponer** la compensación que corresponde a un codeudor solidario, y los Artos. 1931 y 1932 **hasta donde se puede oponer**; pero como el 1931 nos dice de una vez **que se puede y hasta donde**, de ahí su suficiencia y la inutilidad de las otras disposiciones. TENEMOS PUES, A MAS DEL ART. 1932 UN NUEVO ARTICULO LLAMADO A DESAPARECER: EL ART. 2142 C.

* * *

En el proyecto he enumerado el Art. 1982 como repetición del 1994. La comprobación resulta de su simple lectura por encontrarnos frente a una disposición que repite textualmente lo dispuesto en la otra. La frase "por sucesión o por contrato" que es en lo que más difiere la redacción del 1994, no tiene importancia frente al Art. 1831 C. Valga esta anotación como un nuevo caso de observación personal.

Otro caso semejante al anterior he encontrado en el Art. 2115, cuya disposición es sustancialmente igual a la del Art. 2109 frac. final.

* * *

El Art. 3743 C. dice: "Los gastos que el acreedor hiciera en la conservación de la prenda serán pagados por el deudor".

El Art. 3751 C. dispone: "El deudor debe al acreedor las expensas necesarias que hubiere hecho para la conservación de la prenda, aunque ésta pereciere después. El acreedor no puede reclamar los gastos útiles o de mejoras, sino aquellos que hubieren dado mayor valor a la cosa".

Este último artículo agota la reglamentación de las mutuas prestaciones de deudor y acreedor prendario en cuanto a la conservación de la prenda, por lo que el otro artículo transcrito resulta una *denique* repetición de alguno de sus aspectos. Esta razón lo llama a desocupar campo.

* * *

No dudo que a más de las repeticiones indicadas por los anotadores y a más de las muchas encontradas por el suscrito, hallan otras en nuestro Código. Completarlas es tarea que queda para cuando se trate de su corrección legal. Para demostrar la importancia de tal revisión las indicadas son más que suficientes.

En el presente trabajo no me he limitado a copiar simplemente artículos repetidos. He querido poner algo de mi parte respondiendo al llamado que los tantas veces citados ilustres anotadores hacen en el preámbulo de su estudio cuando dicen, que uno de sus propósitos ha sido plantear algunas de las dificultades para despertar en la juventud el interés por el estudio del Código, abrigando la esperanza de que sus notas y concordancias servirán de guía a otros trabajos.

Por eso, primero he reunido sus notas sobre la materia dispersas en todo el Código y luego las he aumentado con casos de observación personal, para después ordenarlas y someterlas a un examen de conjunto. El resultado es el proyecto de ley, finalidad primordial de este punto, que a mi entender trata de un aspecto nuevo, útil y trascendental: **La supresión de un gran número de artículos, desprestigio de la legislación y estorbo de una justicia pronta.**

Serio análisis me ha costado indicar cual artículo de dos o más repetidos es el que debe suprimirse, porque, no se trata solamente de repeticiones literales, sino también de repeticiones textuales, sustanciales, de disposiciones que "mutatis mutandi" dicen lo mismo, y finalmente de casos que los he calificado como repeticiones por estar comprendidos en otros. Además de lo anterior, para pronunciarme por cual debe quedar, he tenido muy en cuenta su debida ubicación en el tratado más apropiado.

En cuanto al criterio de los anotadores en materia de repeticiones he diferido en algunos casos. Al tratar en párrafos anteriores de los Artos. 1932 y 2142 expuse ampliamente esa divergencia de criterio. En este orden de ideas, no estoy de acuerdo con la nota del Art. 3765, que dice: "Este artículo que debió colocarse en seguida del 3763, es una repetición de lo que se dice en el Art. 3742 C." No cabe colocación en ninguna parte, debió suprimirse. Y esta es la única nota que procede sobre todo si se tiene en cuenta que dicho artículo es una mala repetición. Asimismo, no estoy de acuerdo con la nota del Art. 3872 C., que dice: "El Art. 5° de la Ley de 18 de febrero de 1906 reformó el artículo 3844 C., cambiando la palabra "consignar" por la de "depositar" que el legislador juzgó más apropiada. Era natural que el mismo cambio debía hacerse en el artículo que anotamos. En realidad este artículo es una repetición del 3844 C." El cambio no es aceptable, esa ley debió suprimirlo; y sobre todo, no estoy conforme con la nota puesta al pie del Art. 1896 C., que transcribiré a continuación: "El modelo español contiene un 2° inciso que omitieron copiar nuestros codificadores, y que dice así: "Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuando". Nuestros codificadores hicieron muy bien en omitir ese inciso porque si lo hubieran copiado habrían incurrido en una repetición más. El Art. 1092 C., que no aparece citado en las concordancias del 1896 C., da la definición de "día cierto", sea éste determinado o indeterminado.

En cuanto al remedio apuntado de suprimir repeticiones, como uno de tantos errores de nuestra Legislación, debo manifestar que es a falta de una revisión más científica, más técnica, que es lo que fundamentalmente necesitan nuestras leyes. Suprimir defectos, es REMENDAR, nada más. Lo trascendental, lo que necesita Nicaragua es una obra

legislativa nueva ubicada en el tiempo en que vivimos y en el espacio que ocupamos; pero confesando la realidad, para esta obra actualmente las circunstancias del país no son propicias. Prueba de ello es que muchas de nuestras últimas leyes son un adefesio.

Para mientras, remendemos siquiera, porque esas enmiendas indicarán que el derecho en Nicaragua evoluciona buscando el ritmo de los tiempos y aspirando a llenar las exigencias y necesidades del hombre y de las sociedades modernas.

He ahí la importancia, la vida del Derecho, de corregir errores como los de este punto de Tesis. Lapsus similares los encontramos en nuestras otras leyes, como en el viciado R.R.P., en el Pn., en el In., en el Pr., etc., todo acreedor a una corrección semejante a la señalada para el Código Civil.

EL REGLAMENTO DEL REGISTRO PÚBLICO NO ES LEY OBLIGATORIA DE LA REPÚBLICA, POR FALTA DE SU FORMAL PROMULGACIÓN

(Inexistencia Jurídica)

Art. I Tít. Prel. C.- “La ley no obliga sino en virtud de su formal promulgación y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella.

La publicación deberá hacerse en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termina la inserción”.

Art. 3984 C.- “El presente Código y SU ANEXO REGLAMENTO DEL REGISTRO PÚBLICO comenzarán a regir tres meses después que el Ejecutivo publique en el periódico oficial el decreto en que LOS declare promulgados”.

DECRETO POR EL QUE SE PROMULGA EL ACTUAL

CÓDIGO CIVIL:

“El Presidente de la República,

en uso de sus facultades y de acuerdo con los decretos legislativos de 3 de noviembre de 1899 y 14 de octubre del año próximo pasado.

D E C R E T A :

Hace por promulgado el nuevo Código Civil de Nicaragua, revisado definitivamente por la Comisión Legislativa compuesta de los Diputados doctor don Leonardo Rodríguez y don Santiago López y Abogados don Bruno H. Buitrago, don José Francisco Aguilar y don Francisco Paniagua Prado.

De conformidad con su artículo final, el nuevo Código Civil empezará a regir tres meses después de publicado el presente decreto en el Diario Oficial.

Dado en Managua, a primero de febrero de mil novecientos cuatro.

J. S. ZELAYA

El Ministro de Justicia,

J. IRIAS”

En todo caso hay un error subsecuente, el de legisladores, tribunales, abogados y de todos aquellos que han tenido y tienen por ley obligatoria a la que no tiene fuerza para regir como tal.

Sea como fuere, escuetamente el caso es, en puro derecho, que EL REGLAMENTO DEL REGISTRO PUBLICO POR INCONSTITUCIONALIDAD DE FORMA, NO ES LEY OBLIGATORIA DE LA REPUBLICA.

“RECONOCER UN VALOR CUALQUIERA A LO QUE FUERA DE LA LEY SE HACE, ES ABRIR LAS PUERTAS A LA ANARQUIA. POCO IMPORTA LA PUREZA DE LAS INTENCIONES. EL ORDEN SOLO DESCANSA EN EL RESPETO A LA LEY” (Gastón Jesé, Rev. De Droit Publ. Et de la Science Politique).

* * *

Ante este estado anómalo, en que una ley “putativa” ha reglamentado por más de 46 años toda nuestra organización registral, todo el ordenamiento de la propiedad territorial nicaragüense estableciendo procedimientos solemnes para su trasmisión y gravamen, creando un sistema de publicidad para terceros y que completando al Título XXV del Código Civil desarrolla la institución del Registro Público en forma tal que por su estructura técnica supera en mucho no sólo a nuestras anteriores leyes sobre la materia, las de Notarías de Hipoteca cuando en Nicaragua regía el Derecho Español y al anterior Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, tomado este último a través de Chile del criticable Sistema Francés, sino que por su eclecticismo entre ese Sistema Francés y el Germánico, éste el más perfecto, puede calificarse como un sistema registral bastante bueno, haciendo la salvedad de que tiene algunas imperfecciones doctrinarias que no cabe aquí tratarlas, lo interesante es determinar la situación legal de esta ley “putativa” y el valor de los actos ejecutados y de las sentencias pronunciadas con fundamento en ella, esto para lo pasado, buscando una legalización necesaria para el estado de hecho que ha creado; y para el futuro, se hace indispensable reconocer y enmendar el error cometido.

En la teoría del Derecho nos encontramos que el R.R.P. es un acto legislativo inexistente. La validez de una ley depende de que en ella concurren los elementos internos y externos indispensables para su formación, sanción y promulgación.

Si apreciáramos el presente caso con un criterio civilista, fácilmente llegaríamos a la conclusión de que el citado Reglamento ES SÍMBOLO DE LA NADA, que al invocar en juicio su invalidez, los tribunales no tendrían más que registrar su inexistencia.

El Lic. M. Borja Soriano, en su estudio sobre la “Inexistencia y Nulidad de los Actos Jurídicos según la Doctrina Francesa”, dice de esta clase de actos que por no reunir los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su objeto, lógicamente, en ausencia de ellos es imposible concebir su existencia; o en otros términos, “un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o más de sus elementos orgánicos, o quizá más exactamente específicos”.

Coincidiendo con esas ideas, el Art. 2201 de nuestro Código Civil, en su inc. 1º define esta clase de actos como aquellos que les “FALTA ALGUNA DE LAS CONDICIONES ESENCIALES PARA SU FORMACIÓN O PARA SU EXISTENCIA”. Esta nulidad es de orden público y no se subsana ni por la confirmación ni la ratificación.

A esa es la conclusión que se llega examinando el caso dentro de la órbita del Derecho Privado; pero haciéndolo desde el punto de vista del Derecho Público el caso varía, porque como dice el reputado y moderno autor del Derecho Administrativo, Lic. Gabino Fraga, al tratar de la invalidez de los actos legislativos, no es posible formar una teoría que pueda presentar lineamientos tan marcados como en el Derecho Civil. Cita la conclusión de Jesé, en el sentido de que en Derecho Público la teoría de las nulidades deber ser muy matizada, para poder armonizar los intereses que se ponen en juego con motivo de la actividad del poder público, y cuyos intereses no siempre exigen las mismas soluciones; que así, como el interés general exige la ineficacia del acto irregular porque el cumplimiento de los requisitos que la ley establece es una garantía del orden social, al propio tiempo, ese mismo interés reclama la estabilidad de las situaciones que un acto irregular ha hecho nacer. (Les Principes généraux du Droit Administratif).

Tal el caso que afrontamos ante esa ley irregular del Registro Público: por una parte la omisión de formas como causa de inexistencia, de esas formas cuya solemnidad aun en las legislaciones más espiritualistas se observan porque son una garantía del orden social, ya que el principio de la autoridad formal de la ley es inderogable; y por otra parte, nos encontramos con que la sanción de la irregularidad puede producir un perjuicio mayor que la misma irregularidad. Efectivamente, esa pseudo ley, como antes dije, ha reglamentado por más de 46 años el ordenamiento de la propiedad territorial nicaragüense, estableciendo, como una paradoja con su informalidad y su falta de solemnidad, procedimientos solemnes y formales. Hay pues, una situación de hecho, cuya estabilidad reclama el mismo orden social.

El caso no es único en las legislaciones latinoamericanas, en las legislaciones de esta América joven e inexperta, según opina el ilustre catedrático, juriconsulto Dr. Aníbal Solórzano, en cuya cátedra anoté el error que nos ocupa.

* * *

Efectivamente un ejemplo documentado lo encontramos en el Derecho Administrativo de Fraga, al tratar de “Los Actos Administrativos Irregulares – Inexistencia”. Ahí determina los elementos cuya falta producen la inexistencia, los cuales son: a) falta de

voluntad; b) falta de objeto; c) falta de competencia para realizar el acto, y d) omisión de las formas constitutivas del mismo.

El ejemplo se refiere al valor de los actos, (incluso leyes, ya que la ley es un acto legislativo), de una administración usurpadora, lo que podemos aplicar al caso en estudio en vista de que sea cualquiera la causa, lo que falta en este caso como en aquel es uno de los elementos orgánicos o específicos para la vigencia de la ley.

La teoría que se deriva de las Constituciones de las República representativas, como México, Nicaragua, es la de “que el pueblo no actúa ni puede ser obligado, sino cuando sus representante intervienen, y sus representantes sólo existen cuando tienen su investidura en los términos que establece la Constitución o las leyes que de ésta se derivan”. Si esto no es así, falta el elemento voluntad. Si esa voluntad no se expresa y se da a conocer en la forma debida, o no se da a conocer en ninguna forma legal, como el caso del R.R.P., el acto no tiene ninguna eficacia, es jurídicamente inexistente por omisión de las formas constitutivas del mismo. Tal es caso de Nicaragua.

Pues bien, el decreto N° 2 del 24 de Abril de 1913, expedido por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista de México, dispone en su artículo único lo siguiente; “Se desconocen a partir del día 19 de febrero del corriente año, todas la disposiciones y actos emanados de los tres poderes del llamado Gobierno del Gral. Victoriano Huerta, así como de los Gobiernos de los Estados que lo hubieran reconocido o reconocieren”. Luego, por decreto de 11 de julio de 1916, el mismo Gobierno ya consolidado, dio base legal para la revalidación de algunos de los actos desconocidos, como los del estado civil, actuaciones judiciales y contratos celebrados ante notarios y corredores. La exposición de motivos de este último decreto expresa las consideraciones que ha tenido en cuenta para suavizar la sanción decretada por el Plan de Guadalupe. Estas consisten en que no puede olvidarse la situación de los particulares en los lugares sometidos a la usurpación: que existen causas que están fuera de la voluntad, otras que dependen de ésta en pequeña proporción y otras que radican en esa voluntad. Dentro de la primera categoría se comprenden los actos del estado civil; dentro de la segunda los actos judiciales, en que la voluntad sólo se manifiesta en el hecho de recurrir a los jueces, y dentro de la última, los contratos y diligencias, casos en los cuales la falta consiste en haber solicitado o admitido esa intervención. Que en todos los casos señalados, los actos de que se trata se ejecutaron provocados por las necesidades de los individuos, ya con ese carácter, ya como miembros de la agrupación, siendo, por lo mismo, un acto de justicia reconocer las causales de esos actos. (Fraga, Derecho Administrativo).

Las enseñanzas prácticas que derivamos de los casos citados en relación con la situación del R.R.P., son las siguientes:

a) Que efectivamente el Reglamento del Registro Público de Nicaragua tanto a la luz de nuestro Derecho Positivo como lo indicamos al principio de este punto de Tesis, como en la teoría general del Derecho así como en Derecho Comparado, no es ley obligatoria de la República por falta de su formal promulgación. Legalmente nadie lo conoce, jurídicamente es inexistente.

La tesis de la jurisprudencia americana está orientada en el mismo sentido, dice Frank J. Goodnow refiriéndose a casos similares al que estudiamos en estos términos: “La mera circunstancia de que los actos oficiales sean leales y honrados, no puede conferirles ni validez ni eficacia” (Cases on Administrative Law).

b) Que por la estabilidad que recama el orden social, se hace indispensable que el legislador afronte de inmediato el problema de la legalización de nuestra organización registral: Entendemos que debe hacerlo así: 1) Reconocer el error cometido; 2) promulgar el Reglamento del Registro Público, y 3) ordenar la revalidación de los actos verificados con base en el R.R.P., para así darles una existencia que no tienen.

Desde luego aceptó que la solución del último número es más práctica que jurídica, porque en rigor la revalidación no se compadece con la inexistencia; pero es una solución satisfactoria que enmienda el error. Declarar la invalidez que en rigor corresponde produciría graves trastornos del orden social.

INCONSECUENCIAS CON EL BENEFICIO DE INVENTARIO

“In activis atque in pasivis” vs. “pro viribus hereditariis”

Art. 1254 C.- Toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario aunque no se exprese y cualquiera que sea la condición del heredero aceptante.

Por consiguiente, el heredero no responde de las deudas, de los legados ni de las demás cargas hereditarias, sino hasta concurrencia de la cuantía de los bienes que hereda. En esta disposición no se comprenden las obligaciones mancomunadas que hubieren contraído el heredero y el autor de la herencia. (Artos. 3701 – 3339 – 3702 C. México).

Esta disposición encierra el sistema fundamental adoptado por nuestra Legislación para reglamentar la responsabilidad del heredero en el pago de las deudas hereditarias y testamentarias.

Dos son, en la teoría del Derecho, los sistemas referentes a esta importante materia: a) El heredero representa al causante “in activis atque in pasivis”, es decir, se produce una confusión entre el patrimonio del heredero y la herencia, o mejor el heredero queda obligado a pagar las deudas del difunto aunque importen más de la herencia. Tal ha sucedido en las legislaciones de Chile, España, Italia, Francia; y b) La responsabilidad del heredero “pro viribus hereditariis” es limitada a la cuantía de los bienes que hereda. Tal la tendencia del derecho moderno adoptada por la legislación aragonesa, portuguesa, mexicana y otras muchas entre las que se cuenta la nuestra por lo que hace al transcrito Art. 1254 C., que constituye el principio directriz en nuestro Código.

Al adoptar este sistema procede muy bien nuestro Derecho patrio, ya que, como dicen los adagios jurídicos: “Donde hay deudas no hay herencia”, o mejor, “La sucesión es un modo de adquirir, no de perder”. Lo malo de nuestros legisladores ha

estado en su inconsecuencia de incluir en el mismo cuerpo legal del Código Civil varias disposiciones que responden al otro sistema, dejando así una dualidad de criterios que sólo puede salvar una ordenada reforma. Esta divergencia es un error legislativo, por lo que encuadrando en el plan de mi Tesis, la he hecho objeto del presente punto.

En efecto, en el Título XVII C., “Del Pago de las Deudas Hereditarias y Testamentarias” se encuentra el Art. 1407 tomado del Código de Chile, que habla de confusión entre bienes del heredero y de la herencia; en el Tratado del “Beneficio de Separación”, Título XXVIII C., se halla el Art. 1431 también tomado de Chile, cuya fracción final dice, refiriéndose a que una vez obtenida la separación de patrimonios, “el sobrante, si lo hubiere, se agregará a los bienes del heredero para satisfacer a sus acreedores propios, con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión que no gocen del beneficio”. Aquí, como muy bien observaron los anotadores del Código Civil, los legisladores olvidaron el beneficio del inventario, lo cual es así por haber copiado de un modelo que acoge el otro sistema gravando el haber propio del heredero con deudas de la sucesión, o sea, admitieron confusión entre los bienes del sucesor y del causante.

En igual lapsus incurrió el Código al tomar del Código italiano el Art. 1951 C., que admite confusión por título hereditario, lo que constituye un nuevo caso del conflicto que nos ocupa. La contradicción es palmaria con el Art. 1253 C., que dice: “La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero”. Es consecuente con esta última disposición el Art. 2044 No. 4 C y por consiguiente opuesto al Art. 1951 C., objeto de la crítica de este párrafo.

Igual rozamiento con el beneficio de inventario se encuentra en lo dispuesto por el Art. 3723 C., tomado de España, que habla de confusión entre la persona del deudor y la del fiador cuando uno de ellos hereda al otro, precepto que provoca en su aplicación el repetido conflicto de que tratamos porque tal confusión no puede realizarse en nuestro Derecho. El beneficio de inventario tiende principalmente a evitar todo gravamen por causa de la sucesión al patrimonio de la persona que hereda.

Observando los ejemplos anteriores se llega a la conclusión que la mayoría de los conflictos son provocados por artículos que se refieren a la “Confusión”. Esto me ha llevado a pensar que en la Confusión se confundió nuestro Código. Suceso que no es raro en nuestras leyes. En esta misma Tesis al tratar del Reglamento del Registro Público digo, que establece procedimientos muy solemnes y formales como una paradoja con su informalidad y falta de solemnidad. Si el espacio me lo hubiese permitido me habría referido a la acumulación para demostrar que paradójicamente, al tratado de la Acumulación de nuestro Procedimiento Civil hay que pedirle acumulación. La acumulación de la acumulación es un imperativo categórico en nuestro Derecho Procesal.

Y para terminar de ejemplificar transcribiré del importante tratado de la Hipoteca, el Art. 3805 C.: “La hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida ni por

la adquisición que el constituyente hiciere ulteriormente, ni por la circunstancia que aquel a quien el inmueble pertenece viniere a suceder al constituyente a título universal". (Art. 3160 C. Argentina). La parte que he subrayado sanciona un principio innecesario. En las legislaciones como la nuestra que han adoptado el beneficio de inventario, por esta sola circunstancia existe de pleno derecho la excepción, que como novedad, consigna este artículo, resultando nada más que una redundancia reñida con los principios de una buena codificación; y citaré del capítulo del Código Civil institulado "De las relaciones que la hipoteca establece entre los acreedores hipotecarios y los terceros poseedores de los inmuebles hipotecados", El Art. 3851 C.; del Reglamento del Registro Público el Art. 41, y del Código de Procedimiento Civil el Art. 1799 N° 3 Pr., en todos los cuales se olvidaron de la existencia del beneficio de inventario, con lo que ampliamente queda demostrada la inconsecuencia de nuestra Legislación con dicho Beneficio, error de fondo, porque el criterio legislativo debe ser uniforme. Dos doctrinas antagónicas respecto a una misma materia son irreconciliables. Como antes dije, se impone una ordenada reforma de las disposiciones que regulan la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias o testamentarias. No hay más, o según el lenguaje de las escuelas, el heredero representa al causante "in activis atque in pasivis" o su responsabilidad "pro viribus hereditariis" es limitada a la cuantía de los bienes que hereda. Por este último extremo ya nos pronunciamos ampliamente en el cuerpo de este punto.

EJEMPLIFICACIÓN LEGAL

Art. 1799 Pr.

Art. 1799 Pr. _ " Podrán también ventilarse conforme al procedimiento de las tercerías los derechos que hiciere valer el ejecutado invocando una calidad diversa de aquella en que se le ejecuta. Tales serían, por ejemplo, los casos siguientes:

1. El del heredero a quien se ejecutara en este carácter para el pago de las deudas hereditarias o testamentaria de otra persona cuya herencia no hubiere aceptado.
2. El de aquel que, sucediendo por derecho de representación, ha repudiado la herencia de la persona a quien representa y es perseguido por el acreedor de ésta.
3. El heredero que reclamare del embargo de sus bienes propios efectuado por acción de acreedores hereditarios o testamentarios que hubieren hecho valer el beneficio de separación de que trata el Título XXVIII., Libro II del Código Civil. Al mismo procedimiento se sujetará la oposición cuando se dedujere por los acreedores personales del heredero.
4. El heredero cuyos bienes personales sean embargados por deudas de la herencia, cuando estuvieren ejerciendo judicialmente alguno de los derechos que conceden los Artos. 1268,1269 y 1270 C.

El ejecutado podrá, sin embargo, hacer valer su derecho en estos casos por medio de la excepción que corresponda contra la acción ejecutiva, si a ello hubiere lugar”.

Es norma de buena legislación proceder por reglas puras. La ley manda, prohíbe o permite, debiendo llevar en sí misma la debida claridad para su aplicación. Si aun siendo bien puesto los ejemplos, la ejemplificación legal constituye una falta técnica legislativa, porque el legislador está reconociendo que el precepto de fondo no se presta a una comprensión adecuada, por una parte, y por parte vuelve casuística a la norma legal, la mala ejemplificación es algo más de un defecto de técnica es un error. Tal la ejemplificación del artículo que anoto.

El ejemplo del numeral tercero es erróneo en una legislación como la muestra, que como lo expongo en el Sección Sexta de esta Tesis, adopta el beneficio de inventario. En efecto, si a un heredero se le embargan sus bienes propios por acción de acreedores hereditarios o testamentarios, podrá hacer valer sus derechos, hayan pedido o no los acreedores el beneficio de separación; es decir, se reúnan o no las condiciones de ese inciso, porque el beneficio de inventario actúa de pleno derecho a favor del heredero para evitar toda confusión entre los bienes propios de éste y los de la herencia, limitando en consecuencia su responsabilidad hasta la concurrencia de los bienes que hereda. El lapsus se explica como un nuevo caso de la dualidad de criterios que existe en nuestras leyes por la inconsecuencia de tomar disposiciones aisladas de sistemas antagónicos.

Con el ejemplo del numeral 4º sucede lo mismo, el heredero puede reclamar victoriosamente contra el embargo de sus bienes personales, esté ejerciendo o no alguno de los derechos ahí enumerados.

Efectivamente, si el heredero haciendo uso de la facultad concedida en el Art. 1268 C., abandona judicialmente a los acreedores los bienes de la sucesión; o de conformidad con el Art. 1269 C., está rindiendo cuenta de haberse consumido los bienes de la misma en el pago de deudas y cargas hereditarias o testamentarias; o con base en el Art. 1270 C., opusiere la excepción de estar ya consumido el caudal sucesorial en el pago de dichas deudas y cargas, claro está, que puede salvarse del embargo por los trámites del Art. 1799 Pr.; pero la razón no es la que da el inc. 4º a que nos estamos refiriendo, de que el heredero esté ejerciendo judicialmente alguno de esos derechos, sino simplemente la de que se le hayan embargado sus bienes personales, los que están protegidos por el beneficio de inventario.

Para confirmar lo aseverado, supongamos lo inverso de los ejemplos del repetido numeral 4º del Art. 1799 Pr. En estudio:

A X, heredero de Y, le embargan sus patrimonio personal, sin estar ejerciendo judicialmente ninguno de los derechos concedidos por los Artos. 1268 y sigts. C. Claro está, que en este caso inverso, puede victoriosamente hacer valer sus derechos con solo invocar que su calidad es diversa de la que se le ejecuta y fundamentar su acción en el Art. 1254 C.

Como puede deducirse el inc. 4° referido por su forma casuística y su falta de encaje doctrinario, excluye indebidamente este caso inverso de mayor ocurrencia en la práctica forense. Tal es en escrito derecho la interpretación a “contrario sensu”.

En conclusión, por las faltas de técnica legislativa, por lo erróneo de los ejemplos y por los conflictos que provoca con los principios fundamentales que dominan nuestra legislación, el artículo más largo del tratado “De las tercerías” de nuestro Pr., debió redactarse sin ninguno de los ejemplos, así:

Art. 1799.- Podrán ventilarse conforme al procedimiento de las tercerías los derechos que hiciere valer el ejecutado invocando una calidad diversa de aquella en que se le ejecuta. Este podrá sin embargo hacer valer su derecho por medio de la excepción que corresponda contra la acción ejecutiva, si a ella hubiere lugar.

* * *

Saliéndome un poco del cuadro de esta Tesis, séame permitido contestar aquí dos preguntas que me formuló, con motivo de la presente crítica, un buen colega mío amigo de los ejemplos, (entiendo que su amistad no llega hasta los malos ejemplos).

Las preguntas se refieren, a que le diera un ejemplo distinto de los puestos en el Art. 1799 Pr. Y que cual es la excepción correspondiente de que nos habla la última parte del Art. que nos ocupa.

EL EJEMPLO: Se persigue a un fiador simple como solidario. Se excepciona invocando su calidad dicha de fiador simple.

LA EXCEPCION: La excepción que corresponde es la de falta de acción, que según lo sustentado por la Corte Suprema debe fundamentarse en el N° 2 del Art. 1737 Pr. Véase B. J. pág. 7263.

Para el presente caso yo encuentro mejor apoyo en el N° 7 del Art. 1737 Pr.

