



IMPERFECCIONES

I ERRATAS MANIFIESTAS DE LA EDICION AUTÉNTICA DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO



(Continuacion)

ART. 1699

«*Instrumento público* o *auténtico* es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario.

«Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama *escritura pública*.»

Nuestro *Código* mira como equivalentes los calificativos *público* i *auténtico* que se atribuyen al instrumento.

Hago esta advertencia porque hai jurisconsultos que establecen ciertas diferencias entre ambos términos; i talvez por esto mismo nuestro lejislador creyó conveniente dar al instrumento en este artículo las dos denominaciones indicadas.

Don Joaquin Escriche, en su *Diccionario razonado de lejislacion i jurisprudencia*, al hablar de la palabra *Instrumento*, dice a este respecto lo siguiente:

«Algunos dividen los instrumentos en *auténticos*, *públicos* i *privados*; pero esta division trimembre carece de exactitud i

precision, pues que todo instrumento auténtico es tambien público, respecto de que no hai verdadera autenticidad que no dimane de autoridad pública, i todo instrumento público es igualmente auténtico por razon de la fe o crédito que merece.»

Regularmente, el *Código Civil* se vale de la espresion *instrumento público* para designar en jeneral el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario; pero no faltan casos en que emplee tambien la locucion *instrumento auténtico*, como se ve en el artículo 2123.

La *escritura pública* es una especie de instrumento público, que se otorga ante notario (1) i se incorpora en un protocolo o registro público.

Para que el instrumento público sea válido, debe estar autorizado por el *competente* funcionario, segun lo advierte el *Código*.

La competencia de un funcionario puede estar limitada para este efecto a la autorizacion de ciertos actos o contratos i restringida a un lugar determinado.

Si el funcionario traspasa de algun modo sus atribuciones, deja de ser competente.

Ahora bien, con estos antecedentes voi a tratar de un caso dudoso, que ha dado orijen a mas de un litijio.

Segun el artículo 272 de nuestro *Código Civil*, el reconocimiento de un hijo natural debe hacerse *por instrumento público entre vivos o por acto testamentario* (2).

¿Cuál es el funcionario competente para autorizar el instrumento público entre vivos a que se refiere este artículo 272?

Es evidente desde luego que este reconocimiento puede hacerse en una *escritura pública*, es decir, ante notario.

Pero ¿será ésta el único instrumento público entre vivos apto para otorgar reconocimientos?

Si así fuera, el *Código* habria hecho mal empleando la espresion jenérica *instrumento público entre vivos* en lugar de la específica *escritura pública*.

(1) Digo *ante notario* i no *ante escribano*, como se espresa en el *Código*, porque los notarios son los únicos escribanos que entre nosotros tienen protocolo o registro público.

(2) El artículo 36 habla solo de *instrumento público*, i por lo tanto no está en perfecta armonía con el 272.

Puedo citar varios casos en que el *Código*, refiriéndose únicamente a ésta, habla de *escritura pública*.

Así, para que produzca efecto la promesa de que trata el artículo 1204 se dice que debe hacerse por *escritura pública entre vivos* (1).

Segun el artículo 1400, para que valgan la donacion entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces i la remision de una deuda de la misma especie de bienes, es menester que se otorguen por *escritura pública*.

El mismo requisito se exige en el artículo 1404 para dejar establecido que la donacion es con causa onerosa o a título de dote o por razon de matrimonio, so pena de que se considere como donacion gratuita.

Las donaciones a título universal tambien deben otorgarse por *escritura pública*, segun el artículo 1407.

Para que produzcan efecto contra terceros la prohibicion i la condicion a que se refiere el número 1.º del artículo 1432, es menester que consten en *escritura pública*.

Para que se efectúe la subrogacion por ministerio de la lei en el caso de que trata el número 6.º del artículo 1610, se necesitan dos *escrituras públicas*: una en que conste el préstamo i otra relativa al pago.

Para que valgan las capitulaciones matrimoniales, cuando los bienes aportados por ambos esposos ascienden a mas de mil pesos i siempre que en ellas se constituyan derechos sobre bienes raíces, el artículo 1716 exige que se otorguen por *escritura pública*.

Segun el artículo 1787, las promesas que un esposo hace al otro ántes de celebrarse el matrimonio i en consideracion a él, o que un tercero hace a uno de los esposos en consideracion al matrimonio, deben constar por *escritura pública* o por confesion del tercero.

(1) El complemento *entre vivos* es, a mi juicio, una redundancia, porque toda escritura pública es entre vivos; salvo que tambien se considere como tal el testamento abierto otorgado ante notario.

Atendiendo a la definicion que el *Código* nos da de la *escritura pública*, podria sostenerse esta última opinion; pero no creo que el lejislador haya tenido intencion de incluir el testamento en la espresion *escritura pública*.

En conformidad al inciso segundo del artículo 1801, la venta de los bienes raíces, servidumbres i censos, i la de una sucesion hereditaria, no se reputan perfectas ante la lei, miéntras no se ha otorgado *escritura pública*.

Lo mismo se aplica a la permuta de estas cosas, segun el artículo 1898.

El artículo 1962 concede efectos importantes al contrato de arrendamiento otorgado por *escritura pública*.

El artículo 2027 exige *escritura pública* para la constitucion de un censo.

Igual cosa se requiere para los contratos de renta i censo vitalicios (artículos 2269 i 2279).

La hipoteca, dice el artículo 2409, deberá otorgarse por *escritura pública*.

Ahora bien, el artículo 272 del *Código* habla de *instrumento público entre vivos* i no de *escritura pública*; lo cual hace creer que, no solo ha querido referirse a ésta, sino a algun otro instrumento público adecuado para el objeto de que se trata.

Recorriendo estos diversos instrumentos, ninguno parece mas apropiado para este efecto que la partida de nacimiento.

¿Será válido un reconocimiento hecho en esta especie de instrumento?

Considero el punto controvertible.

La *Lei de Registro Civil*, que comenzó a rejir el 1.º de Enero de 1885, no habla de que el espresado reconocimiento pueda hacerse en la partida de nacimiento.

En el número 11 del artículo 3 se limita a colocar, entre las inscripciones que deben hacerse en el Registro, «las declaraciones de lejitimacion i reconocimiento de hijos naturales, o de muerte por desaparecimiento» (1).

¿Significa esto que la lei permite que se hagan estas declaraciones ante el oficial del Registro Civil?

(1) Cuando se promulgó la *Lei de Registro Civil*, este número 11 del artículo 3 hablaba únicamente de «las declaraciones de lejitimacion de hijos naturales, o de muerte por desaparecimiento.»

El decreto de 3 de Enero de 1888 enmendó la redaccion de la manera que he indicado, salvando la omision en que se habia incurrido al promulgar la lei.

Parece que nó, si hemos de atenernos al decreto que copio a continuacion:

"Santiago, 3 de Enero de 1888

"Teniendo presente:

"Que por decreto supremo de esta fecha se manda tener como número 11 del artículo 3 de la lei de 17 de Julio de 1884 el siguiente:

"*Las declaraciones de legitimacion* I RECONOCIMIENTO *de hijos naturales, o de muerte por desaparecimiento;*

"Que la escritura pública o el testamento en que se haga el reconocimiento de hijos naturales debe inscribirse en el Registro de los nacimientos, a que se refiere el artículo 2 de dicha lei por la misma razon que en ese libro se inscriben los instrumentos públicos en que, conforme a lo dispuesto en el artículo 208 del *Código Civil*, se hacen las declaraciones de legitimacion;

"Visto el dictámen del fiscal de la Corte Suprema de Justicia i oido el Consejo de Estado,

"Decreto:

"La escritura pública o el acto testamentario en que se haga el reconocimiento de hijos naturales, debe inscribirse en el Registro de los nacimientos.

"Anótese, publíquese e insértese en el *Boletín de las leyes i decretos del Gobierno*.

BALMACEDA

Pedro Lucio Cuadra"

Nótese que en el decreto precedente se habla solo de *escritura pública* i no de *instrumento público*, como dice el *Código*.

ART. 1705

"La nota escrita o firmada por el acreedor a continuacion, al márgen o al dorso de una escritura que siempre ha estado en su poder, hace fe en todo lo favorable al deudor.

«Lo mismo se estenderá a la nota escrita o firmada por el acreedor, a continuacion, al márgen o al dorso del duplicado de una escritura, encontrándose dicho duplicado en poder del deudor.

«Pero el deudor que quisiere aprovecharse de lo que en la nota le favorezca, deberá aceptar tambien lo que en ella le fuere desfavorable.»

Bien puede suceder que la nota a que se refiere este artículo no esté ni a continuacion, ni al márgen, ni al dorso de la escritura, sino sobre ésta en direccion transversal, como es costumbre poner las cancelaciones.

El lejislador no ha considerado este caso; pero la disposicion del artículo precedente no puede ménos de estenderse a él.

ART. 1708

«No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligacion que haya debido consignarse por escrito.»

ART. 1709

«Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga mas de doscientos pesos.

«No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se espese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho ántes, o al tiempo o despues de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma.

«No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida.»

ART. 1710

«Al que demanda una cosa de mas de doscientos pesos de valor no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda.

«Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de ménos de doscientos pesos, cuando se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito i no lo fué.»

ART. 1711

«Esceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litijioso.

«Así un pagaré de mas de doscientos pesos en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que por medio de testigos se supla esta circunstancia.

«Esceptúanse tambien los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, i los demas espresamente esceptuados en este Código i en los Códigos especiales.»

Supongamos que se trata de uno de aquellos casos en que el *Código* no acepta la prueba testimonial; que no se ha trabado cuestion previa sobre si es o nó admisible esta prueba en la litis pendiente; que la causa se ha recibido a prueba en la forma ordinaria; i que se han presentado i examinado testigos.

¿Esa prueba testimonial es nula i sin valor alguno?

¿Puede el juez rechazarla de oficio cuando no ha sido impugnada, o cuando ha sido consentida por la parte contraria?

Existe bastante discrepancia acerca de esta materia en nuestros tribunales i en las opiniones de nuestros abogados.

Sucede lo mismo en la jurisprudencia francesa.

Jueces i comentadores están igualmente discordes.

Dalloz, para no citar mas que uno por cada lado, acepta la prueba.

En el número 4615, página 985, del tomo 33 del *Répertoire*, dice a este respecto:

«Uno de los principales motivos de la lei prohibitiva de la prueba testimonial (el temor al soborno de los testigos) desaparece cuando la parte consiente en que ellos sean oídos. Quedaria aun el temor de multiplicar los procesos, que ha sido tambien otro de los motivos de la prohibicion; pero ¿cuál es la parte que, teniendo el derecho de oponerse a una prueba i ganar así su litijio, quiera correr las eventualidades i los inconvenientes de esta prueba?

«No se ve, pues, razon seria para sostener que el órden público está interesado en la prohibicion cuando interviene el consentimiento de las partes: hai ahí por otro lado una especie de contrato judicial mui lícito en sí.»

Demolombe (1) sostiene la tésis contraria.

A su juicio, debe desestimarse por completo la prueba testimonial en los casos en que el lejislador la ha declarado inadmisibile.

Alega para ello que no se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesan al órden público.

Por lo demas, la forma imperativa de la lei se refiere en este punto, no a las partes, sino a los jueces que no pueden aceptar, ni recibir, ni admitir la prueba que se les ofrece.

Aunque la mayoría de los jurisconsultos franceses se inclinan al parecer de Dalloz, creo irrefutable la argumentacion de Demolombe.

La prueba testimonial rendida en contravencion a la lei no puede ser considerada por el juez, aun cuando los litigantes la acepten espresamente.

No se admitirá prueba de testigos... dice el artículo 1708 de nuestro *Código*.

No será admisible la prueba de testigos... añade el artículo 1709.

(1) Véase *Cours de Code Napoleon*, tomo 30, párrafos 213 i siguientes, páginas 201 i siguientes.

No se admitirá la prueba de testigos... Tampoco es admisible la prueba de testigos... agrega el artículo 1710.

La prohibicion es absoluta.

El artículo 10 del *Código Civil* dice testualmente:

ART. 10

«Los actos que prohíbe la lei son nulos i de ningun valor; salvo en cuanto designe espresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravencion.»

El preámbulo del *Código Civil* corrobora la idea de que la prohibicion ha sido introducida por motivos de interes jeneral.

No estimo correcta la práctica de recibir una causa a prueba con la salvedad de que el juez apreciará despues si es o no precedente el exámen de testigos.

Un tribunal no puede reservar para mas tarde un fallo que debe pronunciar desde luego.

No se admitirá, no es admisible la prueba testimonial en tal o cual caso, dice la lei.

El juez no puede contrariar este precepto, poniéndose a disposicion de los litigantes.

ART. 1712

«Las presunciones son legales o judiciales.

«Las legales se reglan por el artículo 47.

«Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas i concordantes.»

Un ilustrado jurisconsulto chileno ha dado a la palabra *precisas* empleada en el inciso tercero del artículo precedente el significado de *necesarias, lójicas*, esto es, conjeturas que se desprendan indispensablemente de los antecedentes conocidos.

Otros le dan la acepcion de *determinadas, concretas*, es decir, conjeturas que se apliquen clara i distintamente al hecho que se trata de averiguar.

Se sabe, sin que exista la menor duda a este respecto, que el referido inciso tercero está tomado del artículo 1353 del *Código Civil Frances*.

Don Andres Bello lo ha declarado en una nota escrita de su puño i letra.

Pues bien, veamos lo que dice Rogron, comentando el artículo indicado:

"*Graves, precisas i concordantes*. Graves: es menester que el hecho conocido sobre que reposa la presuncion haga sacar la consecuencia casi necesaria del hecho desconocido. Precisas: es indispensable que la presuncion no sea vaga, i susceptible de aplicarse a muchas circunstancias. Concordantes: las presunciones no deben destruirse unas a otras."

Don Joaquin Escriche asienta lo mismo, al hablar de la palabra *presuncion*, en su *Diccionario razonado de lejislacion i jurisprudencia*.

"El magistrado (dice) no debe admitir sino las presunciones que sean graves, precisas i concordantes: graves, porque es preciso que el hecho conocido en que se apoya la presuncion haga sacar la consecuencia casi necesaria del hecho desconocido que se busca: precisas, porque la presuncion no debe ser vaga ni capaz de aplicarse a muchas circunstancias: concordantes, pues las presunciones no deben destruirse las unas a las otras."

Marcadé, en el comentario al artículo 1353 del *Código Civil Frances*, sostiene que los tres calificativos *graves, precisas i concordantes* por la fuerza de las cosas se resúmen en el primero.

Por lo demas, la opinion de don Andres Bello acerca de esta importante materia, se halla majistralmente espuesta en el trozo que sigue:

PRESUNCIONES O CONJETURAS

"La sesta especie de prueba es la que se hace por presuncion o conjetura; i nuestras leyes tratan este punto con tanta lijereza, que cuanto dicen sobre él está reducido a que, esceptuando un cierto número de casos, no puede librarse fallo alguno por este medio sin el auxilio de los indicados, confesion, testigos, instrumentos, etc. La razon que para ello se tuvo presente, fué,

sin duda, la necesidad de trabar la arbitrariedad de los jueces, arbitrariedad que debió aparecer temible, admitiéndose entre los medios plenamente probatorios, los tan difíciles de calificar con exactitud, como las conjeturas o presunciones. Sin embargo, examinado el punto en esta parte con detención, se verá que nuestros legisladores no acertaron tan bien, como en otras. ¿Qué se entiende por presunción o conjetura? Nada más que una inferencia más o menos próxima i más o menos remota o probable. Veo, por ejemplo, a *A* i *B* lidiando a puñaladas; dejo de mirarlos por intervalo corto; oigo después un grito, vuelvo a mirarlos i diviso a *A* huyendo con un cuchillo ensangrentado i a *B* tendido en el suelo i bañado en sangre. El argumento en favor del homicidio perpetrado por *A*, es fuertísimo, i cualquiera se sentirá inclinado a calificarlo de evidencia; mas en realidad, solo es una conjetura. Pudo en aquel momento acercarse un tercero en defensa de *A* i dar la puñalada a *B*. Pudo *A* socorrer al herido arrancándole el cuchillo; i temiendo después ser confundido con el verdadero homicida, tratar de huir i esconderse. Pudo ser también que, acosado *A* por *B*, tratase solo de amedrentarle con el cuchillo, sin la menor intención de herirle, i que *B*, ciego de cólera, se arrojase imprudentemente sobre el arma de su contrario. De esta clase, hai muchas conjeturas o presunciones que, sin ser una verdad palpable, constituyen una prueba bastante poderosa para fundar sobre ella una sentencia. El legislador parece desecharlas i nuestros comentaristas las admiten solamente en concurrencia de la declaración de un testigo o de lo que se llama semi-plena probanza. Esta resolución es enteramente infundada, porque, en muchos casos, las presunciones tienen más fuerza que la confesión, los instrumentos i las declaraciones de los testigos, i porque, si se analizan bien estos capítulos, deben reducirse a la misma clase de aquellas. En efecto, la fe en los instrumentos es una consecuencia de estas dos proposiciones: el instrumento no ha sido forjado i el instrumento da tal derecho a *A* o *B*. La de la confesión resulta de este raciocinio: la confesión debe ser cierta por ser contra el que la rinde, i la confesión produce este o el otro derecho. La del testimonio resulta del siguiente: los testigos presentados no han podido engañarse ni querido engañarnos,

i los testigos dan por cierto el hecho que produce el derecho en *A* o *B*. Contra una de las premisas de estos tres raciocinios, pueden presentarse razones que debiliten su valor, i las consecuencias son verdaderas presunciones mas o ménos claras i evidentes.

«Lo dicho manifiesta la íntima relacion de este capítulo de prueba con todos los demas. De su importancia solo podemos decir que algunos autores lo prefieren a las declaraciones de los testigos de que se hace tanto mérito en nuestras leyes. Conviene, por lo mismo, detenernos en él aunque solo sea para manifestar su estension i la manera con que debe emplearse. La prueba por conjetura resulta de un raciocinio por el que de la existencia de un hecho deducimos la existencia de otro que da lugar a la aplicacion de la lei. Cuanto mas íntima sea la relacion entre estos dos hechos, tanto mas fuerte será la conjetura; i por el contrario. Esta valuacion se hará por el conocimiento de las leyes de la naturaleza, así en lo físico, como en lo moral. Pedro ha dado a Juan una bebida de que le ha resultado una muerte súbita, la corrupcion del cadáver i demas señales del envenenamiento. La proposicion: Pedro ha envenenado a Juan, es cierta, porque, atendidas las circunstancias de la buena salud de Juan, de no haber tomado cosa alguna que pudiese matarle i haber seguido la muerte a la toma de la bebida, no cabe otra esplicacion, sino la de que la bebida era un verdadero veneno. Pedro ha querido envenenar a Juan con la bebida que le ha administrado, ya este es otro caso en el que de la existencia del primer hecho, es decir, del envenenamiento de Juan, se quiere sacar por consecuencia la determinacion de envenenarle. Este es un hecho interno, que solo puede conocer directamente el mismo Pedro, como que ha pasado en lo interior de su alma, i para averiguarlo es preciso examinar la conducta de Pedro, i discurrir, partiendo de este principio, que Pedro revelará sus intenciones por los mismos medios que los demas hombres. En esta suposicion, si se ha visto a Pedro componer el mismo veneno, i si consta que la naturaleza o cualidades de los materiales debian ser conocidas de Pedro, inferimos necesariamente que Pedro fabricó veneno sabiendo que lo era, i puesto que se lo administró a Juan, su intencion

fué envenenarle. La valuacion, pues, de los hechos sujetos a las leyes exige de parte del juez los conocimientos de que hemos hablado. Exige mas: un talento particular para descomponer los hechos, clasificarlos, aplicar a ellos las reglas de la lójica i sacar una consecuencia exacta. Cuando decimos aplicacion de las reglas de la lójica, no queremos hablar de silojismo. La lójica legal no consiste tanto en la intelijencia de la lei, como en el conocimiento del hecho a que se aplica; conocimiento que mas es obra de la observacion i el análisis que de la deduccion. No será, por lo mismo, importuno establecer los principales cánones que han de dirijir al juez. Hai hechos simples i complejos. Llamamos simples a los que se hallan tan ligados con el principal o legal que entre ambos solo hai una relacion sin ningun otro hecho intermedio. El que acabamos de esponer es simple. Pedro ha administrado a Juan una bebida de que ha muerto súbitamente; Pedro ha envenenado a Juan. Administracion de bebida i muerte súbita; envenenamiento; aquí no cabe mas que una relacion de falsedad o verdad, de accion o separacion de estos dos hechos. El juez solo tiene que averiguar si el primer hecho está unido en el caso presente con el segundo. Podemos representarlo por esta fórmula *A* es *B*. Complejos son los que se componen de muchas relaciones o de muchos hechos ligados al principal. De éstos hai dos clases, que es preciso distinguir: unos ligados de por sí i directamente al principal; otros ligados a éste no directamente, sino en virtud de su encadenamiento reciproco. Manifestaremos su diferencia por ejemplos. Se han robado de un aposento una alhaja de valor; las sospechas recaen sobre Pedro, i son las siguientes: Pedro ha dicho a un amigo que en el aposento existia semejante alhaja i que él pensaba robarla. Se ha visto a Pedro entrar i salir del aposento, cuando no habia en él persona alguna; se sabe por un testigo que Pedro ha preguntado por la morada de un joyero que compra alhajas de la misma clase que la perdida, etcétera. Cada uno de estos hechos es un argumento que por sí prueba mas o ménos la criminalidad de Pedro; i todos juntos arrojan una probabilidad mui fuerte, que raya casi en certidumbre. Supongamos ahora que las sospechas son estas: turbacion de Pedro despues de

descubierto el robo i fuga inmediata suya; arribo a una posada donde se le vió con una cantidad de dinero que ántes no tenia; embarco de Pedro para otro país. Cada uno de estos hechos nada o mui poco significan considerados aisladamente, pero reunidos a los demas forman un argumento probable en favor de la criminalidad del supuesto delincuente. Representaremos estas dos clases de hechos complejos por las fórmulas siguientes: primero, en que hai tres hechos probatorios unidos inmediatamente con el principal: B es A ; C es A ; D es A ; el segundo, en que hai otros tres ligados entre sí i por el último con el principal, D es C ; C es B ; B es A . El cálculo de todos estos casos es mui sencillo. En el hecho simple, se reunen todas las razones que obran en favor de la union del hecho supuesto con el principal; se reunen tambien las que obran en contra; se comparan entre sí; i el resultado es la espresion del valor de las pruebas. En el hecho complejo de la primera clase, se hace este trabajo con todos los hechos probatorios que se presentan; se toma despues el conjunto i se examinan las razones que este conjunto arroja en pro o en contra de la union del hecho supuesto con el principal. En el complejo de la segunda clase, se practica la misma operacion, porque la única diferencia que media entre ambos es que los hechos que componen el complejo de la primera clase prueban por dos vías, a saber de por sí i considerados aisladamente i tambien por su conjunto; i los de la segunda prueban solo en su conjunto, i si se valúa separadamente su probabilidad es para averiguar su existencia. Valuar estos datos es obra del talento del juez i no una operacion aritmética; pero la facilitan el análisis de los hechos legales i el conocimiento anticipado de las razones que puedan presentarse en pro o en contra de la existencia de estos hechos. //

(Continuará)

MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI REYES
 Profesor de Gramática castellana en el Instituto Nacional

