

347.957

(023)

=6

134964

✓  
x  
VALENTIN LETELIER

---

# Recurso de Casacion

ENTABLADO POR DOÑA

**CELIA FUENZALIDA**

EN EL JUICIO SEGUIDO ENTRE LOS HEREDEROS DE DON

**FRANCISCO CORTEZ DE MONROY**

---

SANTIAGO DE CHILE

IMPRESA CERVANTES

BANDERA, 50

—  
1903



---

Con la vénia del señor Presidente, me propongo alegar por la tutora del menor Cárlos H. Cortez Fuenzalida, para concluir pidiendo a la Exema. Corte, que en mérito de las consideraciones que voi a desarrollar, tenga a bien casar la sentencia del 6 de Mayo confirmada el 2 de Julio, i en conformidad a lo solicitado por mi parte a f. 51, declarar que debe ser instalado en su cargo el juez partidior nombrado por la cláusula final del testamento.

Segun lo demostraré oportunamente, la sentencia atacada por mi mandante está viciada en la forma i en el fondo; i deseando probar que en ningun caso puede quedar subsistente, voi a poner de manifiesto los vicios de una i otra clase que la malean, a fin de que se vea patentemente que si no se la casara por haber infringido en su parte dispositiva leyes vijentes de la República, habria que invalidarla de oficio por haberse violado los procedimientos regulares al dictarla i ántes de dictarla.

## PRIMERA PARTE

### I

#### ANTECEDENTES

Consta en autos que don Francisco Cortez de Monroy falleció el 12 de Setiembre de 1902, bajo el imperio de un testamento que habia otorgado el 29 de Julio del mismo

año i en el cual, por la cláusula final, habia nombrado juez partidior al señor don Juan Rioseco Brito, i por la cláusula 20ª habia instituido heredero del remanente de la cuarta libre al menor Cárlos H. Cortez Fuenzalida.

Al tiempo de su fallecimiento, no tenia el señor Cortez de Monroy ni sociedad ni comunidad con nadie, porque aun cuando le sobrevivió su mujer la señora doña Mercedes Ceballos, de antemano, despues de largos años de pleitos ruidosos, ambos cónyujes habian liquidado la sociedad conyugal. Así consta en la escritura de f. 43, segun la cual, llamados ellos a comparendo por la Iltma. Corte, habian convenido el 11 de Enero de 1897 en transijir todas las cuestiones pendientes fijando en 125,000 pesos la mitad de gananciales correspondiente a la señora Ceballos i quedando el señor Cortez comprometido a pagársela. La transaccion se llevó a efecto segun consta de la escritura del 20 del mismo mes.

Al saber doña Celia Fuenzalida que su hijo habia sido favorecido con la cuarta libre, entabló jestioness para hacerse conferir la guarda del menor i poder aceptar la herencia i provocar el juicio de particiones. Pero cuando andaba en estas diligencias, con fecha 30 de Setiembre se presentó la señora doña Mercedes Ceballos, viuda del finado, ante el primer Juzgado a pedir *en el carácter de heredera* que se decretase comparendo de ella i sus hijos para proceder a designar juez partidior de los bienes de su finado marido. Espresamente declara la señora Ceballos en su solicitud que el finado habia designado testamentariamente al abogado don Juan Rioseco Brito para juez partidior de sus bienes, pero que habiendo sido derogado el artículo 1324 del Código Civil por los artículos 1, 5, 172, 176 i 181 del Código de los Tribunales, la designacion no podia tener efecto si todos los herederos no se conformaban con ella; conformidad que no existia.



Dos circunstancias llaman la atención en esta solicitud: es la primera la omisión en la nómina de los herederos, del principal interesado, cual es el impúber Carlos Humberto Cortez Fuenzalida, instituido heredero del remanente de la cuarta libre por la cláusula vijésima del testamento; i es la segunda, que la jestion se entablase ante un Juzgado que ni estaba de turno ni habia sido designado por el presidente de la Il<sup>ta.</sup> Corte de Apelaciones, i esto cuando doña Celia Fuenzalida agitaba su nombramiento de guardadora de su hijo como paso previo para instaurar el juicio de compromiso.

Citados a comparendo para el 16 de Octubre por el Juzgado del señor Ahumada los herederos designados por la señora Ceballos, se presentó la guardadora del menor Carlos Humberto Cortez F., el 10 del mismo mes ante el Juzgado de turno, que era el de don Eduardo Castillo Vicuña, a pedir que se notificase al señor Rioseco su designación testamentaria a fin de que espresara si aceptaba o no el cargo. Perfectamente procedente fué aquella solicitud, no solo porque la jestion anterior se habia entablado ante un juez que carecia de competencia sino tambien porque en esa jestion se habia omitido la notificación i aun el nombre del heredero de la cuarta libre, por manera que a él no podia afectar ni ligar lo que sus coherederos pretendian hacer a solas con absoluta prescindencia suya. Como era de preverlo, el señor Castillo defirió a la solicitud de mi parte por auto del 20 de Octubre despues de oír al defensor de menores i el señor Rioseco fué notificado i aceptó i juró el cargo (*a fs., 11 vta., i 13 del expediente del 4º Juzgado*).

En estas circunstancias, cuando ya estaba fallada la petición por el juez competente, se presentaron ante él los demás herederos entablando artículo de declinatoria de jurisdicción, fundados en que el primer Juzgado habia prevenido en el conocimiento del mismo asunto; mas, en virtud de lo

espuesto por mi mandante, el señor Castillo desechó el artículo el 20 de Noviembre (*a f. 25 del expediente seguido en el 4º Juzgado*). Apelado este fallo, la tercera sala de la Ilustrísima Corte lo revocó en 24 de Abril del corriente año i dió lugar a la declinatoria de jurisdiccion (*a f. 36 vta. del mismo expediente*). Mas adelante trataré de esplicar la causa de esta estraña revocatoria, i por ahora me limito a observar que a virtud de este auto, se sustrajo el conocimiento del asunto de manos del Juzgado de turno, sin declararse cuál era el Juzgado competente. Es éste un punto importante sobre el cual volveré a su tiempo.

Entre tanto, al saber mi mandante que los coherederos de su hijo habian entablado de antemano una jestion análoga ante el primer Juzgado, ocurrió tambien allá a oponerse al comparendo decretado para el 16 de Octubre, fundándose: 1.º en que el señor Castillo habia prevenido legalmente en el conocimiento del mismo asunto; 2º en que habiendo juez partidador nombrado por el testador, era improcedente el comparendo decretado; 3º en que por el hecho de oponerse ella a que se dejara sin efecto la designacion hecha por el testador, el asunto tenia que ventilarse en juicio de lato conocimiento ante el Juzgado que la Iltma. Corte designara; i 4.º en que la señora solicitante del comparendo, doña Mercedes Ceballos, carecia de personería.

En lugar de tramitar esta solicitud que le negaba la competencia, el señor Ahumada la proveyó: "téngase presente en el comparendo" (*a f. 31 vta.*); i como el comparendo no se celebrase el 16 de Octubre por inasistencia de uno de los herederos, lo decretó de nuevo para el 18, habiendo de paso desechado sobre tabla una peticion verbal formulada por mi parte para que préviamente fallase su precedente solicitud o para que en subsidio le concediese el recurso de apelacion (*f. 34 vta.*).

Ante la estraña persistencia del juez en seguir conociendo

del asunto cuando se le negaba la competencia, mi mandante ocurrió de hecho a la Ilmo. Corte i obtuvo de pronto orden de no innovar, especialmente en lo relativo al comparendo decretado para el 18 de Octubre. Pero burlando esta orden i desentendiéndose de las protestas de mi parte, el señor juez hizo llamar a los interesados para que celebrasen el comparendo, i cuando se le observó respetuosamente que la celebracion no podia tener efecto porque el Ilmo. Tribunal lo habia prohibido al ordenarle no innovar, él replicó en presencia del secretario i de los interesados que esas eran cosas entre él i la Corte. Aun fué inútil que mi parte se retirase, porque, como puede verlo V. E. a f. 35, el comparendo se llevó adelante i en su acta se estampó por primera vez la observacion de que doña Mercedes Ceballos se habia presentado en el carácter de cónyuge sobreviviente i de que no se la podia impedir que tomara parte en la designacion de liquidador de la sociedad conyugal (f. 35).

Antes de seguir adelante, debo llamar la atencion de V. E. a la alteracion intencional de la peticion de la señora Ceballos. Como quiera que ella se habia presentado (f. 3) *en el carácter de simple heredera*, no habia en su solicitud término alguno que diese pié para suponer que lo que habia pedido era la liquidacion de la sociedad conyugal; i con el propósito de tener este pié para alterar mas tarde la peticion, se celebró aquel comparendo cuando el juez habia ya recibido la orden de no innovar i se estampó la observacion aludida.

Por desgracia para los contendores, esta observacion (sobre no tener el carácter de peticion), es absolutamente nugatoria, no solo porque fué hecha en un comparendo cuya citacion habia quedado sin efecto por la orden de no innovar, sino tambien porque no está conforme con la solicitud de f. 3, al suponer que en ella se habia pedido por la señora Ceballos la liquidacion de la sociedad conyugal.

Como sabe V. E., según el sistema de nuestro Código Civil, el cónyuge sobreviviente tiene de ordinario dos derechos entre los cuales puede optar: el de copartícipe de la sociedad conyugal, i el de copartícipe de la comunidad hereditaria. Cuando opta por el primero, le corresponde la mitad de los gananciales; i cuando por el segundo, le corresponde una cuota equivalente a la legítima rigurosa de un hijo. De aquí viene que por regla jeneral el cónyuge sobreviviente tiene acción para pedir no solo la liquidación de la sociedad conyugal sino también la liquidación de la herencia; i de aquí mismo viene el empeño con que se quiso dejar constancia en el comparendo nulo del 18 de Octubre de que la señora Ceballos se habia presentado, no como ella lo habia declarado, en el carácter definido de heredera, sino en el carácter ambiguo de cónyuge sobreviviente. Pero es el caso, Excmo. señor, que a la fecha del fallecimiento del señor Cortez, lo único que habia que liquidar era la comunidad hereditaria i que su viuda no podia presentarse sino en el carácter de heredera, porque la sociedad conyugal estaba de antemano liquidada en fuerza de la transacción de f. 43 i en fuerza del testamento de f. 17. Por consiguiente, ella no provocó ni quiso provocar una liquidación que ya estaba practicada de la antigua sociedad conyugal, sino que provocó la liquidación i la partición de la herencia dejada por don Francisco Cortez de Monroy.

Pero, entre tanto, Excmo. señor, se habia celebrado el comparendo a pesar de la terminante prohibición de la *Ultima Corte* i a pesar de la fundada protesta de mi parte; i si es verdad que en él no se celebró acuerdo alguno, también lo es que se estampó allí una observación dirigida a alterar la petición discutida de f. 3; observación a que el juez *a quo* ha dado efecto jurídico porque tomó pié de ella para formular uno de los fundamentos de la sentencia atacada por mi parte.

Continuemos ahora la esposicion de los antecedentes del presente recurso.

Admitido por la Iltma. Corte el recurso de hecho, la apèlacion de mi parte se falló el 24 de Abril, esto es, el mismo dia en que se falló la entablada por los contendores contra una resolucion del señor Castillo, Conviene trascribir el fallo (que corre a f. 49) para estudiar sus términos testuales i su alcance; dice así: “Vistos: se declara que el juez de la causa debe pronunciarse como fuere de derecho i con audiencia de todos los interesados sobre la solicitud formulada por doña Celia Fuenzalida en el escrito de f. 31 i reiterada en el de f. 36, suspendiéndose entre tanto los efectos de la citacion a comparendo decretado, etc.”

Tales son los antecedentes judiciales del fallo recurrido del 6 de Mayo: con arreglo al auto precedente de la Iltma. Corte, el señor juez *a quo* debió fallar las escepciones i las peticiones formuladas por mi mandante en sus solicitudes de fs. 31 i 36; i qué es lo que ella pide en dichas solicitudes? Lo que ella pide en dichas solicitudes es: 1º que ántes de todo nuevo comparendo, se declare que se debe deducir accion en forma si se pretende anular la designacion de juez partidior hecha por el testador; 2º que habiéndose hecho contencioso el asunto se declare incompetente el señor Ahumada a fin de que la Iltma. Corte designe el Juzgado que deba conocer de la causa; i 3º opone a la señora Ceballos la escepcion de falta de personería en atencion a que desde 1897 estaba liquidada la sociedad conyugal i a que ya había recibido parte de los gananciales.

Ahora bien, fallando estas escepciones i estas peticiones el Juzgado resolvió el 6 de Mayo como sigue: “Vistos, i teniendo presente que la citacion a comparendo para los efectos de proceder al nombramiento de juez partidior se ha solicitado por doña Mercedes Ceballos en su calidad de cónyuje sobreviviente de don Francisco Cortez Monroy; que la designacion

testamentaria hecha en el testamento del señor Cortez, si puede tener eficacia respecto de sus propios bienes, en nada afecta al derecho que ejercita la señora Ceballos para liquidar la sociedad conyugal habida entre ellos; i que esta alegacion se formuló en el comparendo a que se refiere el acta de f. 35, se declara sin lugar la oposicion de f. 31, reiterada a f. 36, i sin lugar lo pedido en el escrito de f. 51. En consecuencia, ha lugar al comparendo, etc.”

Como ve V. E., esta resolucion, que si no fuese casada o invalidada pondria fin a la única cuestion de fondo que se ha ventilado entre mi mandante i sus coherederos, cual es, si se debe o no respetar la designacion de juez partidior hecha por el testador, no falla ninguna de las peticiones i escepciones formuladas por doña Celia Fuenzalida en sus escritos de f. 31 i 36. Se limita a desechar la oposicion interpuesta por mi mandante a la celebracion del comparendo; pero no falla ni la escepcion de falta de personería opuesta a la señora viuda, ni la de falta de competencia opuesta al señor Ahumada, ni las peticiones entabladas para que se declare que el asunto se debe tramitar como causa de lato conocimiento i que se debe elevar al Ilmo. Tribunal para que designe el Juzgado que debe conocer en ella.

Tal es el fallo (fallo dictado sin intervencion alguna del defensor de menores) que la Segunda Sala de la Ilma. Corte confirmó con costas el 2 de Julio último.

## II

### VICIOS EN LA FORMA: INCOMPETENCIA DEL JUEZ

La precedente esposicion de los hechos judiciales que han traído a mi parte hasta los estrados de la Excm. Corte, tiene por objeto no tanto fundar el recurso de casacion cuanto darme pié para manifestar los vicios de forma que

anulan la sentencia recurrida i que autorizan a V. E. para invalidarla de oficio (art. 949 del C. de P. C.) Paso a esponderlos.

En primer lugar, la resolucion del 6 de Mayo es nula en cuanto fué dictada por juez incompetente. Segun las leyes del 13 de Enero de 1897, i del 14 de Setiembre de 1898, es juez competente para conocer en los asuntos de jurisdiccion voluntaria el de turno, i lo es para conocer en los de jurisdiccion contenciosa el designado por el Presidente de la Iltma. Corte. Pues bien, el señor Ahumada se avocó el conocimiento de esta causa sin estar de turno; i cuando ella se hizo contenciosa, se desentendió en absoluto de la peticion que se le hizo para que declarase que se debia presentarla al Iltmo. Tribunal para los efectos de la designacion de Juzgado.

Es presumible que el señor Ahumada creyese que cuando la Iltma. Corte dió lugar a la declinatoria de jurisdiccion interpuesta contra el señor Castillo, juntamente dejó reconocida la competencia del primer Juzgado; pero de hecho no hubo tal reconocimiento, i legalmente no pudo haberlo. Lo que hubo fué algo mui diferente. Habiéndose hecho de antemano contenciosa la cuestion, el Iltmo. Tribunal pensó sin duda que ninguno de los dos Juzgados podia seguir conociendo en ella miéntras no fuese designado por el Presidente de la Corte, i que siendo ambos incompetentes, el que habia prevenido de hecho en el conocimiento era el llamado a fallar la peticion entablada por mi mandante en demanda de que se declarase que por haberse hecho contencioso el asunto, habia que ocurrir a la Iltma. Corte a pedir la designacion de Juzgado. Sea que se atienda a la letra de las dos resoluciones dictadas por el Iltmo. Tribunal con fecha 24 de Abril, sea que se atienda a los alegatos de las partes, tal es el alcance de dichas resoluciones. Suponer que los autos del 24 de Abril reconocieron la competencia del primer

Juzgado es achacar a la Tercera Sala una flagrante ilegalidad, la de haberse arrogado la facultad de dar competencia a un juez que no la tenia, porque ni estaba de turno al entablarse la jestion, ni fué designado por el Presidente de la Corte al trabarse la contienda. Como quiera que de la letra de los autos dictados el 24 de Abril no se infiere que la Tercera Sala cometiera tal usurpacion de facultades, es absolutamente injustificado suponer que ellos dieron competencia al primer Juzgado.

Mas, quiero admitir por un momento la suposicion de que al aceptar la declinatoria de jurisdiccion interpuesta contra el cuarto Juzgado, la Tercera Sala tuviera el propósito de dar competencia al primero. ¿Acaso por esto seria legal la resolucion dictada por el señor Alumada? Absolutamente nó. Por qué? porque si la Tercera Sala pudo darle competencia de hecho, no pudo dársela legalmente desde que el conocimiento de los asuntos de jurisdiccion voluntaria corresponde por ministerio de la lei al juez de turno sin prórroga posible (art. 239 del Código de los Tribunales) i desde que el conocimiento de los contenciosos corresponde al juez que el Presidente de la Corte designe.

Es ésta una incompetencia de Derecho Público que mira a la organizacion de la justicia i que no puede ser saneada por las partes. Las resoluciones judiciales dictadas por un juez que no estaba de turno al entablarse la jestion i que no fué designado por el Presidente de la Corte no pueden tener la calidad de obligatorias como no la tendrían si fuesen dictadas por el Presidente de República. Por qué? porque con propósitos bien conocidos el legislador ha querido quitar a los litigantes el derecho de elegir sus jueces, i porque para dar competencia al que no está de turno, ni ha sido designado por el Presidente de la Corte, habria que violar las leyes de 1897 i 1898.

En todo caso, sea porque la tercera Sala no dió compe-



tencia al primer Juzgado, sea porque no pudo dársele, la resolución del 6 de Mayo fué dictada por juez incompetente i debió ser anulada por la Segunda Sala cuando mi parte se alzó contra ella. No habiéndolo hecho el Ilmo. Tribunal, corresponde a V. E. invalidarla (art. 941, inc. 1.º del C. de P. C.).

### III

#### LA ESCEPCION DE FALTA DE PERSONERÍA

Si a virtud de alguna causa que se me escapa se tuviera por competente al señor Ahumada, no veo, sin embargo, cómo se podría mantener una resolución, cual es la del 6 de Mayo, que falló el asunto fundamental controvertido entre las partes sin haber tramitado previamente la escepcion de falta de personería ni haberse pronunciado sobre ella. Mas, como la infraccion de las leyes respectivas constituye uno de los fundamentos del recurso de casacion, dejaré este punto para tratarlo mas adelante con la estension que su importancia requiere.

Por ahora me limitaré a observar que si los fundamentos que espongo mas abajo no justificasen a juicio de V. E. la casacion de la sentencia, talvez seria llegado el caso de que para invalidarla de oficio, advirtiera V. E. que la cuestion de fondo se falló sin haberse tramitado ni fallado la cuestion previa de la personería i que la implícita aceptacion de la personería de la señora viuda implica una alteracion sustancial del testamento del señor Cortez sin haberse entablado ni discutido, ni fallado la accion de reforma. En efecto, la liquidacion de la sociedad conyugal, que fué convenida ante el señor Ministro Mora en 11 de Enero de 1897 i que fué formalizada en la escritura del 20 del mismo mes i año (f. 43) fué mas tarde ratificada por el testamento no solo

espresamente en su cláusula 13ª sino tambien implicitamente en todas las demas cláusulas, en cuanto suponen la absoluta eliminacion de la señora Ceballos. De consiguiente, si se queria darle personería a efecto de que pudiera pedir la liquidacion de la sociedad conyugal, se debió empezar por entablar la accion rescisoria para anular la transaccion de 1897 i la accion de reforma para dejar sin efecto la cláusula 13ª del testamento. Mientras no se haga esto, el testamento es una lei inviolable, no solo para los herederos sino tambien para los tribunales. Al reconocer personería a la señora Ceballos, el juez *a quo* ha prestado mas fe a la simple palabra que a una escritura pública.

#### IV

##### OMISION DE TRÁMITES ESENCIALES

En tercer lugar está viciado de nulidad el fallo del 6 de Mayo porque la causa se tramitó i se remató a la manera de los simples incidentes, cuando por su naturaleza es un asunto de lato conocimiento.

Para demostrar esta aseveracion, básteme observar que desde el momento en que mi parte formalizó su oposicion a la celebracion del comparendo, quedó trabada una contienda sobre si se habia o no de proceder al nombramiento de juez partidor, o sea, sobre si se habia o no de dejar sin efecto la designacion hecha por el testador. Una cuestion semejante no se puede tener por cuestion incidental de otra alguna. Así lo entendió i así lo espresó mi mandante en sus escritos de fs. 31 i 36, i por eso solicitó en ellos que se mandase a la parte contraria entablar su accion en forma, i por eso mismo se abstuvo doña Celia Fuenzalida de defenderse, pues nunca se imaginó que causa tan grave se fuese a fallar despues de una tramitacion sumarísima.

Segun el Código de Procedimiento Civil, son incidentes aquellas cuestiones accesorias del juicio que requieren pronunciamiento especial, i dada esta definicion, ellos tienen que versar necesariamente o sobre escepciones dilatorias o sobre asuntos que no miran al fondo de la cuestion como la acumulacion de autos, el privilejio de pobreza, la tasacion de costas etc., pero nunca puede ser objeto de una resolucion simplemente incidental el objeto capital de la contienda a ménos que medie avenimiento entre las partes. Aun las escepciones perentorias, fuera de los casos escepcionales enumerados en el artículo 294 del C. de P. C. se tienen que reservar para sentencia definitiva i someterse a la mas lata tramitacion.

Yo no ignoro que una cuestion de fondo puede ser objeto de un simple incidente; pero en tal caso la resolucion que lo finaliza no se pronuncia sobre el derecho sustantivo sino sobre la escepcion, dejando libre la accion de las partes para ventilar su derecho en juicio de lato conocimiento. Por ejemplo, si la señora Ceballos tiene o no derechos que hacer valer en la herencia de su finado marido, es una cuestion de fondo que se puede promover en un incidente negándole la personería, pero que no se puede resolver sino en juicio de lato conocimiento.

Pues bien, ¿cuál es en el presente caso el objeto capital de la contienda? No es la particion misma, puesto que todas las partes estan de acuerdo en que se puede proceder a practicarla i puesto que el juicio respectivo se tramita ante un juez árbitro. Sobre este punto no hai litijio. De consiguiente, a ménos que se quiera sostener que no hai cuestion principal i que todas son cuestiones incidentales, el objeto capital de la litis es el nombramiento de juez partidor. ¿Por qué entónces se ha tramitado la causa como mero incidente con arreglo al artículo 92 del Código de Procedimiento, i se la ha fallado sin demanda, sin contestacion, sin réplica, sin

dúplica i sin citacion para sentencia? ¿Acaso en cumplimiento de lo ordenado por la Iltma. Corte, en su auto del 24 de Abril? Nó, Excmo. señor, puesto que lo ordenado por aquel auto es que el juez *a quo* se pronuncie sobre las cuestiones incidentales promovidas por mi parte en sus escritos de fs. 31 i 36, i nunca se le ha ordenado fallar sin forma de juicio la cuestion principal.

La precipitacion con que el juez *a quo* tramitó la causa fué tan violenta que ni aun advirtió a citar a varias personas que legalmente tienen derecho de intervenir en ella. En efecto, segun el artículo 1295 del Código Civil, el albacea tiene derecho de parecer en juicio cuando se trate de la validez del testamento; i si en la presente cuestion se trata de dejar sin efecto una cláusula testamentaria ¿cómo negarle el derecho de hacerse parte? I si tiene el derecho de hacerse parte ¿no era lo mas correcto que el juez le citase al juicio por si queria ejercitar el derecho aludido?

En la misma omision incurrió el juez *a quo*, respecto del juez partidor designado por el testador. Esencialmente la cuestion ha versado sobre si se respeta o no el derecho que el testador dió al señor Rioseco para desempeñar el cargo remunerado de juez partidor. De consiguiente, él es el principal interesado i no se podia omitir su citacion al juicio porque ninguna persona puede ser privada judicialmente de sus derechos, sino despues de oírla o de condenarla en rebeldía i porque la Iltma. Corte habia ordenado, por su auto del 24 de Abril, que se oyese a todos los interesados. Que el señor Rioseco se habria quizas abstenido de defenderse, dada su delicadeza, es mui de creer; pero esta presuncion no autorizaba al juez *a quo* para omitir su citacion. Yo querria que se me citara alguna lei nacional que autorice a los Tribunales para pronunciar fallo sobre la validez de la designacion testamentaria de juez partidor sin oír al mismo juez partidor, esto es, al principal interesado, al único contra quien

puede surtir efectos apreciables en dinero la anulacion del nombramiento. Evidentemente se han infringido en este caso los incisos 2, 7 i 10 artículo 2º de la lei del 1º de Marzo de 1837, o mejor dicho, el art. 941, inciso 9, art. 966, incisos 1 i 6 i art. 970, incisos 1 i 5 del Código de Procedimiento Civil.

Se ve aun mas claramente la precipitacion con que el juez *a quo* puso remate a la causa en el hecho de que no advirtiese a dar intervencion o a pedir dictámen al defensor de menores. Como consta a f. 16 del expediente del primer Juzgado, el heredero a quien mi mandante representa es un impúber, i supuesto tal antecedente, era tan elemental como dar traslado de la demanda el pedir dictámen al defensor de menores. Sin embargo, tampoco se le citó ni se le oyó.

La omision de esta formalidad (enseña Dalloz) en aquellas causas en que la lei exige, no facultativa, sino imperativamente la intervencion del Ministerio Público da lugar a la *requête civile* en favor de la parte condenada (Dalloz *Supplement*, tomo XV, números 70 i 72); i es sabido que el recurso de la *requête civile* está instituido por el lejislador frances para muchos casos en que, segun la lei chilena, procede la casacion de forma.

Verdad es que en segunda instancia, despues de la vista de la causa, cuando el abogado de mi parte observó esta omision para demostrar los vicios de que adolece el fallo del 6 de Mayo, la Ultma. Corte dió vista al defensor de menores; pero aquella tardía citacion no saneó el procedimiento vicioso del juez *a quo*, tanto porque no le oyen los jueces (como la lei lo manda) con el hecho de que le oigan las Cortes, cuanto porque no estando autorizada por el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil, no puede producir efecto alguno.

A mi juicio, la Ultma. Corte no ha comprendido bien el alcance de la facultad que dicho artículo confiere a los tri-

bunales. Si no me equivoco, no tiene por objeto esa disposicion facultarlos para que corrijan los vicios de nulidad que en los alegatos se les denuncien. Seria absurdo suponer que si yo me alzo contra una sentencia porque se dictó en mi contra sin haberme dado traslado de la demanda, pueda la Il<sup>ta</sup>. Corte sanear la nulidad dándome traslado despues de la vista de la causa; i, sin embargo, no otra cosa es lo que ha hecho al dar vista al defensor de menores despues que se le pidió que suspendiera los efectos del fallo del 6 de Mayo, en atencion a que se habia omitido este trámite esencial. Yo creo firmemente, Excmo. señor, que, por medio de una ilegal estralimitacion de sus facultades, no pudo la segunda Sala del Il<sup>to</sup>. Tribunal suplir las omisiones de primera instancia ni revalidar el fallo que se proponia confirmar sin tener cuenta del dictámen contrario del defensor de menores.

Por último, Excmo. señor, nada caracteriza mejor la precipitacion del fallo atacado como la circunstancia de que él se dictara sin que las partes fuesen citadas para sentencia. Si se hubiera cumplido con este trámite esencial, mi mandante habria protestado contra la tentativa de fallar la cuestion de fondo cuando todavía estaban pendientes las incidentales.

Como es evidente que tanto en primera cuanto en segunda instancia se ha dado indebidamente a la causa la tramitacion de los simples incidentes, se ha pretendido amparar el fallo contra la invalidacion, arguyendo que la nulidad quedó saneada por el hecho de que mi mandante no entablase reclamacion, protesta ni recurso alguno. Pero esta alegacion carece en absoluto de fundamento no solo porque en mi solicitud de f. 36 pedí espresamente que ordenase a los contendores entablar su accion en forma sino tambien porque con arreglo a lo mandado por la Il<sup>ta</sup>. Corte en su auto del 24 de Abril, era de creer que se tramitaban las pe-

ticiones incidentales de mi parte cuando el juez *a quo* entendia tramitar la cuestion principal. No habiéndose citado a las partes para sentencia, ¿cómo habria podido adivinar mi mandante que se iba a fallar la cuestion de fondo?

Note V. E. que mi parte no entró jamas a la discusion de fondo, porque habiendo opuesto en sus escritos de f. 31 i 36 tres o cuatro escepciones de carácter previo i habiendo ordenado al juez por el auto del 24 de Abril que se pronunciara sobre ellas, nunca pudo imaginarse que sin forma de juicio i sin citacion para sentencia, se iba a dictar una sentencia definitiva cuando todavía no habia lugar mas que para una interlocutoria. En seguida, una vez dictada la sentencia, mi parte entabló contra ella el único recurso que el nuevo Código ofrece, el de apelacion, i su abogado demostró en los estrados de la Il<sup>ta</sup>. Corte que se habia fallado la cuestion principal sin haberse fallado las cuestiones previas, i que habiéndose dictado fallo definitivo sin forma de juicio i sin citacion para sentencia, lo mas correcto era anular todo lo hecho i ordenar al juez que se pronunciara sobre las escepciones de mi parte, como estaba mandado por el auto del 24 de Abril. Dado que el juez no se habia pronunciado sobre su propia competencia, ni sobre la personería de la señora Ceballos, ni sobre la tramitacion que se debia dar al asunto; ¿cómo habria podido yo protestar contra una tramitacion regular para fallar las cuestiones previas promovidas por mi parte? Exijir que se tramitara el asunto en la forma ordinaria, ¿no era aceptar que ya, esto es, ántes de que se fallasen las peticiones incidentales de pronunciamiento previo, habíamos entrado a discutir la cuestion de fondo? I semejante reclamacion no habria significado que mi parte renunciaba a la defensa entablada en sus escritos de fs. 31 i 36?

Pero (se objetará quizá) ¿i por qué doña Celia Fuenzalida no reclamó en segunda instancia contra la providencia

que mandó traer los autos en relacion? ¿Acaso esta conformidad no significa que la tutora del menor aceptaba la tramitación sumaria del asunto?

Ante la Iltma. Corte tampoco se podia reclamar, porque habiéndose ordenado al juez *a quo*, por el auto del 24 de Abril, que se pronunciara sobre las cuestiones previas entabladas en los escritos de fs. 31 i 36, era evidente que al mandar traer los autos en relacion, la Iltma. Corte dejaba entender que a su juicio no se podia tratar todavía de la sentencia definitiva, sino del fallo de las escepciones dilatorias; i con mucha razon se imaginó mi parte que no pudiéndose legalmente confirmar una sentencia definitiva sin el trámite de la expresion de agravios, el Tribunal suspenderia los efectos de la del 6 de Mayo en atencion a que no se habia todavía ni fallado las escepciones de incompetencia i falta de personería ni fijado la tramitacion que se debia dar a la causa. En otros términos, el trámite de la expresion de agravios era inomisible para confirmar la sentencia, pero el decreto en relacion bastaba para suspender sus efectos. ¿Cómo, entónces, habria podido reclamar mi poderdante?

V

OMISIONES DEL FALLO RECURRIDO

En cuarto lugar, Excmo. señor, es nulo el fallo recurrido porque se pronunció con abierta infraccion de los incisos 2, 3, 5 i 6, artículo 193 del Código de Procedimiento Civil.

Como quiera que en el presente juicio se ha debatido una cuestion de fondo que versa sobre la validez o la ineficacia de una cláusula testamentaria, el fallo del 6 de Mayo se debe tener por una sentencia definitiva, i como tal debe contener, so pena de nulidad, la enunciacion i el fallo de las acciones i de las escepciones de las partes, i la de las leyes que justifican la decision.



Acaso no es inoportuno advertir que en este punto el derecho chileno es algo diferente del derecho frances, i que nos espondríamos a cometer graves errores si nos inspirásemos en la jurisprudencia francesa. Efectivamente, en el derecho frances no siempre procede el recurso de casacion cuando el juez deja de pronunciarse sobre algunos puntos capitales de la causa, pues para salvar las omisiones se puede entablar otro recurso, el de la *requête civile* (Crépon, *Du Pouvoi en Cassation*, t. III, núm. 395 i siguientes). (1) Por el contrario, en el derecho chileno las leyes citadas mas arriban declaran espresamente que ha lugar al recurso de casacion cuando se cometen tales omisiones.

Entre tanto, en el fallo recurrido no se hace mencion alguna de ninguna escepcion. Quien lo lee sin estudiar los antecedentes se imagina que entre las partes no se ha promovido cuestion alguna de carácter incidental i que lo único que habia que resolver era si se debe respetar la designacion testamentaria o si los herederos pueden prescindir de ella i elejir otro juez partidor a pesar de la oposicion de uno de ellos.

Mi mandante llama mui especialmente la atencion de V. E. a la naturaleza de las peticiones que por via de escepcion o defensa ha entablado en el curso del presente juicio i que el juez *a quo* olvidó por completo en su sentencia. Como lo he demostrado mas arriba, en las solicitudes de fs. 31 i 36 mi parte opuso a doña Mercedes Ceballos la escepcion de falta de personería; opuso al señor juez la escepcion de falta de competencia; para el caso en que se le declarase competente, le pidió que diese al asunto la tramitacion de las causas de lato conocimiento i, por último, pidió que se

---

(1) En el *Répertoire du Droit français*, t. IX, verbo *Cassation* (ma civ.) núm. 3369 i siguientes, se reproduce testualmente a Crépon,

elevase el espediente a la Iltma. Corte para que designase el juzgado que tramitara la causa. ¿Acaso estas escepciones i defensas son tan injustificadas que legalmente se puedan omitirlas en la esposicion i en el fallo de la sentencia? ¿Acaso las dos primeras escepciones (la incompetencia i la falta de personería) no son las dos mas graves escepciones dilatorias de nuestro derecho procesal?

Por de contado no quiero yo sostener que el juez *a quo* debió aceptarlas, aun cuando creo firmemente que obrando en justicia no pudo dejar de admitirlas; lo único que ahora sostengo es que en su sentencia debió mencionarlas, enunciarlas i fallarlas, no solo porque así lo disponen las leyes citadas mas arriba sino tambien porque así lo ordenó la Iltma. Corte por el auto de 24 de Abril.

Si el juez *a quo* queria desechar todas las escepciones de mi patrocinada, para proceder correctamente tenia que dictar su fallo en esta forma: Vistos, declaro: 1.º que soi competente; 2º que doña Mercedes Ceballos tiene personería; i 3º que no habiéndose entrado todavía entre las partes al fondo de la cuestion, se debe tener la solicitud de f. 3 por demanda, i se comunica traslado de ella a doña Celia Fuenzalida. Pero en lugar de hacer esto, el juez *a quo* falló la cuestion de fondo i no se pronunció sobre las cuestiones incidentales.

En los tribunales franceses, Exemo. señor, se tienen por mucho mas graves estas omisiones cuando afectan al reo que cuando afectan al actor, porque si una Corte no se pronuncia sobre una de las peticiones de la demanda, esta peticion no queda fallada i el olvido se puede reparar, como acabo de demostrarlo, mediante el recurso ordinario de la *requête civile*, en tanto que si no hai pronunciamiento sobre uno de los medios de defensa o sobre una de las escepciones del demandado, estando ya fallada la causa, no le queda recurso ordinario para enmendar el fallo i por tanto tiene

que recurrir a la casacion. (Daloz, *Répertoire* t. VII, verbo *Cassation*, núm. 1,482).

Verdad es que en el presente caso mi mandante no ha dirigido su recurso de casacion contra los vicios de forma que malean el fallo; pero esta circunstancia no es razon para dejarlo subsistente porque la invalidacion de oficio procede precisamente cuando no media solicitud de parte. Lo único que mi parte, que es la parte interesada, pide a V. E. en este punto es que se sirva no ejercitar las facultades que el artículo 949 del Código de Procedimiento Civil le confiere sino subsidiariamente, o sea, en el caso en que V. E. niegue lugar a la casacion de fondo.

## SEGUNDA PARTE

### VI

#### PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION VENTILADA

Paso ahora, Excmo. Señor, a demostrar la admisibilidad del recurso de casacion entablado por mi parte; i a este fin, espondré previamente, con el espediente a la vista, los términos de la cuestion debatida.

Como he dicho mas arriba, la señora viuda se presentó al primer Juzgado, despues de haber obtenido la posesion efectiva para sí i para sus hijos, esponiendo que su finado *marido los habia dejado por herederos* i pidiendo que se procediera a constituir el compromiso con el fin de liquidar i partir los bienes que quedaron al fallecimiento del señor Cortez i de percibir la parte que en ellos la correspondia. Tambien he observado ántes que la señora peticionaria declara espresamente en su solicitud que el finado nombra testamentariamente al señor Rioseco para juez partidor; i añade que tal designacion solo vale por recomendacion porque el artículo 1324 del Código Civil fué derogado por los

artículos 1, 5, 172, 176 i 181 del Código de los Tribunales i por la jurisprudencia constante de fallos uniformes.

Como ve V. E., en aquella solicitud no se trata absolutamente de liquidacion de sociedad conyugal, liquidacion que se habia convenido i realizado en 1897. La liquidacion solicitada por la señora Ceballos es la que ella podia pedir en el carácter de heredera, es la única liquidacion que habia que practicar, la liquidacion de la herencia.

El señor Ministro ponente da tambien este alcance a la solicitud de fs. 3, si bien agrega que mas adelante se modificó la peticion. "Es verdad (dice) que la señora Ceballos comenzó sus jestionones pidiendo el nombramiento de partidor de los bienes de su finado marido; pero esta forma de peticion fué oportunamente abandonada i sustituida por la concreta que se formuló en el acta del comparendo a que se refiere la diligencia de f. 35".

Es éste, Excmo. señor, el hecho fundamental del recurso de casacion. Desde el momento en que los contendores confiaron su defensa al distinguidísimo catedrático de derecho civil, la discusion, no podia tener por objeto la vijencia del artículo 1324 del Código Civil i se la ha renovado ante V. E. sobre su aplicabilidad: si lo que se debe liquidar es la herencia, él tiene aplicacion; si lo que se debe liquidar es la sociedad conyugal, los interesados no están obligados a aceptar la designacion testamentaria.

Pues bien, Excmo. señor, yo afirmo de la manera mas categórica que en este espediente *nadie ha solicitado la liquidacion de la sociedad conyugal*. Con escepcion del escrito de f. 53 i de lo dicho en el comparendo de f. 35, que estudiaré en seguida, todos los escritos i peticiones de los contendores estan dirigidos a solicitar que se proceda a la liquidacion de la herencia, i para dejar sin efecto el nombramiento del señor Rioseco, alegan que el artículo 1324 del Código Civil no estaba vijente ántes del 1º de Marzo i que

el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil no se puede aplicar en el caso de una sucesion abierta ántes de aquel dia. Estas alegaciones, hechas i reiteradas en primera i en segunda instancia, prueban por sí solas que ántes de que se entablase el presente recurso de casacion, todos los interesados estaban concordes en que el objeto capitad del litijio era éste: si les obliga o no la cláusula testamentaria que instituye juez partidior al señor Rioseco.

En contra de este hecho fundamental, no hai, Excmo. señor, en todo el espediente otras piezas donde se hable de liquidacion de la sociedad conyugal que el acta del comparendo del 18 de Octubre i el escrito de f. 53. Por eso el señor Ministro ponente dice en su dictámen que “despues de varias incidencias respecto de estas peticiones, quedó *establecido en el acta de f. 35 vuelta i en otras piezas de los autos* que la peticion de la viuda Ceballos no tenia ya por objeto pedir el comparendo para nombrar juez partidior de los bienes hereditarios de su difunto marido sino para nombrar árbitro liquidador de la sociedad conyugal que existió en vida de ambos cónyuges. Sobre este punto ha dicho que vijente o nó el artículo 1324 del Código Civil, ninguna disposicion la priva ni puede privarla del derecho de concurrir con los herederos del difunto al nombramiento de liquidador que solicita”. Por consiguiente, si demuestro que lo dicho en el comparendo del 18 de Octubre i lo puesto en el escrito de f. 53 no cambiaron ni pudieron cambiar la peticion del escrito de f. 3, es evidente que quedará establecido que el objeto único de la contienda ha sido la liquidacion de la herencia.

No niego yo, Excmo. señor, que en el citado comparendo el mandatario de doña Emilia Cortez de Aguirre *hizo presente*, en vista de la oposicion formulada por doña Celia Fuenzalida, que el nombramiento de juez compromisario que *se habia solicitado* no debia suspenderse por cuanto la

designacion testamentaria del señor Rioseco no podia ser *obligatoria para el cónyuje sobreviviente*, que *tiene derechos propios en la sociedad conyugal*. El juez *a quo*, en su fallo del 6 de Marzo, alude a estas palabras i las califica con el nombre significativo de *alegacion*, i los contendores que las califican del mismo modo, las han citado ante V. E. para probar que la liquidacion de la sociedad conyugal ha sido objeto de la contienda.

Pues bien, Excmo. señor, de lo dicho en aquella ocasion no se puede deducir absolutamente el objeto del litijio. Porqué? por varias razones:

1º Porque habiéndose celebrado el comparendo cuando el juez habia recibido la órden de no innovar i habiendo mi parte protestado i retirádose, i no habiendo sido notificada de lo dicho allí, ello no puede afectarla ni alterar la cuestion que se venia ventilando entre los herederos.

2º Porque el objeto de cada litijio se determina por las solicitudes de las partes, i en aquel comparendo, doña Emilia Cortez no formuló una peticion, sino una *alegacion* como dicen los contendores, i el juez *a quo*;

3º Porque léjos de haber solicitado esta señora la liquidacion de la sociedad conyugal, sus palabras suponen que esto se habia solicitado de antemano i se limita a *hacerlo presente*; i

4º Porque siendo la solicitud de f. 3 la única que se habia presentado por la contraria ántes de aquel comparendo, nadie es mas competente que su autora, doña Mercedes Ceballos, para fijar su alcance; i esta señora ha declarado en su escrito de f. 58 no haber pensado jamas en pedir la liquidacion de la sociedad conyugal.

Si lo dicho en el comparendo de f. 35 no vale para determinar el objeto de la litis, ménos cuenta se puede tener para tal fin de lo espuesto en el escrito de f. 53 porque cabalmente lo ocurrido con motivo de la presentacion de este es-

crito es la prueba mas palmaria de que en este espendiente nadie ha entablado solicitud en demanda de que se liquide la sociedad conyugal. En efecto, como comprendiesen los hijos de la señora Ceballos que la justicia no habia de dar por derogado el artículo 1324 del Código Civil i en consecuencia, por nula la designacion testamentaria, hicieron que el procurador de su señora madre se presentase (a f. 53) advirtiéndole que el *compromisario de que se trataba debia partir los bienes entre los herederos* “después de liquidar la sociedad conyugal que existió” entre el señor Cortez i su mujer, i que siendo así *no podia siquiera discutirse la ineficacia* de la designacion de juez partidor hecha en el testamento por el señor Cortez, esto es, por uno de los socios sin voluntad del otro. “No altera esta situacion jurídica (observa dicho procurador) la circunstancia... de que la señora Ceballos estuviera separada de bienes de su marido, porque tal separacion no existió legalmente ni pudo existir puesto que fué acordada, no por resolucion judicial, sino solo por mútuo consentimiento de los interesados.”

Al tener noticia de estas graves declaraciones, declaraciones que a la vez comprometian la ventajósísima transaccion de 1897 i alteraban la accion entablada a f. 3, la señora Ceballos se alarmó i para poner a salvo sus derechos i aclarar sus propósitos, se presentó de nuevo a f. 58 i declaró que rechazaba i se debia tener por eliminada del escrito de f. 53 “la parte en que se pone en duda la validez i la legalidad de la separacion que existió entre ella i su difunto marido”. Agregó, por ultimo, que *cuando fuese oportuno, haria uso de su derecho de optar entre sus gananciales*, que ya estaban determinados por la escritura de transaccion de 1897, i los derechos que la correspondian como heredera renunciando a dichos gananciales.

Con esta aclaracion, el objeto de la litis quedó tan perfectamente definido que si el interes no estuviese de por me-

dio para perturbar el criterio, no se comprenderian los desesperados esfuerzos que se vienen haciendo para alterarlo. Dado que en el escrito de f. 53, tampoco se solicita la liquidacion de la sociedad conyugal sino que se da por sentado que hai que liquidarla para reforzar con un nuevo argumento la solicitud de f. 3, i dado que en esta parte el escrito de f. 53, fué rectificado por el de f. 58 i que si el juez *a quo* no alcanzó a tener presente esta rectificacion, no pudo prescindir de ella la Iltma. Corte al rever el fallo, yo pregunto: ¿qué valor se puede atribuir al citado escrito de f. 53 cuando se trata de determinar el objeto de la litis? A mi juicio, absolutamente ninguno.

Contra estos hechos, que son hechos fundamentales del litijio, que son hechos constantes del expediente, no puede prevalecer en manera alguna la errónea esposicion hecha por mi parte a f. 72 despues de fallada la causa en segunda instancia. Desde que no se trata de una declaracion de voluntad, lo dicho en el escrito de f. 72 no puede producir el efecto de alterar los términos reales del litijio, pues una esposicion de los hechos del expediente no vale sino cuando ellos son efectivos, i cuando son falsos, no tiene valor alguno.

Si el objeto de la litis se hubiera cambiado por lo dicho en el acta de f. 35 i en el escrito de f. 53 (como lo cree el señor Urrutia) ¿cómo se esplicaría que despues de esto se presentaran escritos a la Iltma. Corte para demostrar que por cuanto el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil no tenia efecto retroactivo, por tanto se debia suponer que no se podia dar por vijente el artículo 1324 del C. C.?

De las precedentes observaciones, se infieren dos hechos fundamentales, cuales son: 1º que todos los herederos de Cortez Monroy, absolutamente todos han solicitado la liquidacion de la herencia del finado; y 2º que ninguno de ellos, absolutamente ninguno ha solicitado la liquidacion de la sociedad conyugal, disuelta en Enero de 1897. Prueba



irrefragable de que nadie ha solicitado la liquidacion de la sociedad conyugal es que nadie puede indicar el escrito en que se haya formulado tal peticion. Para aclarar por completo mi pensamiento, agregaré que yo no niego que en el curso de la causa se haya hablado de que hai que liquidar ja sociedad conyugal; como acabo de recordarlo, de esto se habló en el escrito de f. 53 anulado por el de f. 58; lo que niego categóricamente es que álguien haya solicitado dicha liquidacion. La diferencia que hai entre lo uno i lo otro se puede apreciar con solo advertir que tambien se ha hablado de la reforma del testamento, al observar mi parte que dicha reforma va envuelta en la peticion de la señora Ceballos. ¿Crec V. E. que porque se ha hablado así de la reforma del testamento se habria podido resolver que se debe dejar sin efecto la cláusula 13<sup>o</sup>? Evidentemente nó. Pues bien, en términos parecidos es como se ha hablado de la liquidacion de la sociedad conyugal. Siendo éste el hecho positivo ¿cómo se puede sostener ante V. E. que la cuestion ventilada en este litijio es si se nombra o nó juez partidor para liquidar la sociedad conyugal? ¿Cuál de los interesados ha solicitado esta liquidación? ¿En cuál escrito? ¿O es que puede haber cuestion no habiendo habido solicitud? ¿O es que las cuestiones judiciales no se hacen ya por las partes sino por los jueces...?

## VII

INFRACCION DE LOS ARTÍCULOS 193, INCISO 6<sup>o</sup>, I 941 INCISOS  
4<sup>o</sup> I 5<sup>o</sup> DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Encerrados en este círculo sin salida, los contendores han recurrido a un arbitrio mui peregrino para demostrar que una de las cuestiones ventiladas en esta causa ha sido la liquidacion de la sociedad conyugal. Como quiera que no

han podido indicar el escrito en que alguno de ellos haya solicitado tal liquidacion, han intentado probar que éste fué uno de los puntos discutidos demostrando que éste fué el punto fallado.

La defensa es tan orijinal que quiero reproducirla textualmente para que no se me atribuya el propósito de adulterarla. Despues de decir que en un escrito de mi mandante se espresa que lo único que se ha ventilado en este litijio es si se debe nombrar partidior de la herencia cuando hai uno nombrado por el testador, continúan así: "Pues bien, tal no es la cuestion fallada en las resoluciones del 6 de Mayo i 2 de Julio. Las consideraciones en que se funda el primero de dichos autos, aceptadas por la Iltma. Corte al confirmarlo lisa y llanamente, no dan base para poder plantear en la forma que lo hace el recurrente la cuestion solucionada en la sentencia cuya casacion se persigue."

De esta manera se pretende probar que la cuestion ventilada no es otra que la cuestion fallada con la misma sentencia que se encuentra atacada precisamente entre otras causales por haber fallado arreesadamente la cuestion ventilada.

Si tal argumento fuese valedero, Excmo. señor, habria que concluir primeramente que es en las sentencias, aun en las sentencias atacadas, nó en las solicitudes de los litigantes, donde se debe averiguar cuáles son las peticiones que ellos han formulado, i cuáles las cuestiones que han ventilado. En segundo lugar habria que concluir que la Corte Suprema tiene que aceptar pasivamente i sin modificacion alguna los elementos esenciales de la causa en la forma en que son fijados i determinados por los jueces que la fallan i que su funcion se debe reducir a declarar si dados los hechos que sirven de fundamento al fallo, se ha aplicado bien o mal la lei. Por último, tendríamos que en todos aquellos casos en que se fallase *ultra petita*, i en todos aquellos en que la

sentencia no fallase el punto controvertido, i en todos aquellos en que se dejase de fallar peticiones i escepciones fundamentales, la casacion seria improcedente a virtud de la misma razon, esto es, porque el juez es árbitro soberano de fijar los elementos esenciales de la causa, o sea, de plantear el problema con los datos que se le ocurran, aun prescindiendo de instrumentos públicos como el testamento de f. 17 i la escritura de f. 43. Ante la enormidad de las consecuencias, creo difícil que V. E. ampare semejante doctrina.

En contra de semejante doctrina, cabe observar, Excmo. señor, que la regla que prohíbe a la Corte Suprema apreciar por sí misma los hechos no es regla de lei; es regla de la jurisprudencia francesa, establecida en fuerza de la peculiar organizacion que el recurso de casacion tiene en Francia. Como es sabido, cuando allí se entabla este recurso, no se lo acompaña con el espediente de la causa sino solo con las copias de las sentencias i de los documentos atinjentes, por manera que el tribunal supremo conoce del asunto sin tener de ordinario a la vista todos los antecedentes necesarios para decidir si los hechos han sido bien o mal apreciados (Dalloz, *Répertoire de Législation*, t. VII verbo *Cassation*, núm. 1645). Por el contrario, en Chile llegan hasta la Corte Suprema juntamente con los recursos de casacion, los espedientes de las sentencias atacadas. Aquí no hai razon para quitar de manera igualmente absoluta a este tribunal la facultad de apreciar los hechos con su propio criterio. Siempre que con la diferente apreciacion de los hechos no se convierta la casacion en simple apelacion, creo yo, Excelentísimo señor, que V. E. puede lícitamente dar un vistazo al espediente para determinar por sí mismo cuál es la causa que se ha sometido a su conocimiento. Especialmente tendrá que proceder así V. E. en estos tres casos particulares que se me ocurren *calamo currente*: 1º cuando sea necesario determinar si en la esposicion de la sentencia se han com-

prendido todos los elementos esenciales del litijio; 2º cuando sea necesario determinar si en ella se respeta o nó la fe que las leyes atribuyen a los documentos públicos; i 3º cuando sea necesario determinar si la cuestion fallada es la cuestion ventilada.

Por otra parte, se sabe que en la misma Francia, despues de algunas resoluciones contradictorias sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casacion en casos como el presente, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha uniformado absolutamente estableciendo que la esposicion errónea de los motivos o considerandos puede dar pié para casar el fallo cuando ellos ejercen influencia decisiva en la parte dispositiva i su falsedad consta en las piezas acompañadas al recurso; que la facultad judicial de apreciar los hechos no es tan soberana que permita a los jueces, verbigracia, cambiar o dejar sin efecto una transaccion so pretesto de apreciar sus cláusulas (Daloz ob. i loc. cit. núm. 1629); o burlar la voluntad del testador so pretesto de interpretarla; i que cuando en los considerandos *se sientan hechos contrarios* a los *instrumentos auténticos* que corren en el espediente, se incurre en un error de derecho que consiste en desconocer la fuerza de tales documentos. "Si en jeneral (dice Faye) se debe dejar la mayor libertad a los jueces para establecer i apreciar los hechos que se someten a su conocimiento, no se podría proceder de la misma manera euando se trata de determinar los puntos sobre que versa el litijio, o de verificar la regularidad, el alcance i los efectos jurídicos de los actos que se ejecutan en el curso del proceso, pues no es permitido al juez modificar arbitrariamente los términos de la contienda trabada ante él, i el control de la Corte Suprema seria ilusorio sino pudiera ella atenerse en este punto al testo mismo de los escritos contradichos. La jurisprudencia ha sido constante en este punto." Faye, *La Cour de Cassation*, núm. 180.

La misma doctrina enseña Crépon:

Núm. 32 “Así, se ha resuelto (dice) que en asuntos de aduanas i de contribuciones indirectas, la Corte de Casacion está obligada a reprimir la apreciacion errónea (*le mal jugé*) cuando los tribunales se permiten desnaturalizar los hechos acreditados en los sumarios (*procès verbaux*), base de toda accion tanto en lo civil como en lo correccional. En tales casos, la Corte casa porque se ha violado el principio que manda prestar fe a los sumarios.” (Crépon, *Du Pourvoi en Casation*, art. III, núm. 32).

Mas importante aun para la decision del presente caso es la doctrina que el mismo Crépon enseña mas abajo:

Núm. 56. “Hemos dicho que la regla que prohíbe a la Corte de Casacion revisar las apreciaciones del juez del fondo, cuando no hai principio de derecho afectado es de aplicacion ménos rigurosa en lo que mira a los errores de hecho que en lo que mira a las apreciaciones erróneas (*le mal jugé*) porque tales errores pueden dejenerar fácilmente en errores de derecho. En efecto, es necesario advertir que si el error de hecho cometido en la resolucion atacada está revelado i establecido por un acto que entra en el exámen i cae bajo el control de la Corte de Casacion, ésta puede poner pié allí para casar la sentencia. La teoría de esta restriccion.... se espuso en un auto del 20 de Diciembre de 1864. El auto atacado declaraba que *no se habia acreditado* que ciertos créditos fuesen anteriores al fallecimiento de la testadora, circunstancia de capital importancia en el litijio; pero esta afirmacion del auto atacado estaba en abierta contradiccion con el testimonio que resultaba del fallo i del auto que habian servido de base al mandamiento sobre cuya validez habia que fallar, pues en ellos constaba que los créditos.... correspondian al saldo de obligaciones i de condenaciones que habian precedido varios años al fallecimiento de la testadora.” La Corte casó la sentencia “considerando que las dos resoluciones judiciales copiadas a la cabeza del mandamiento, han estado bajo la

vista del juez del fondo juntamente con el mandamiento mismo i que en tales circunstancias la declaracion de hecho (*en fait*) del auto atacado constituye, no una simple apreciacion errónea, sino un error de derecho que cae directamente bajo el control de la Corte de Casacion.”

Por último, bajo el número 66 del mismo tomo III enseña Crépon que si la lei declara que todo documento auténtico hace plena fe del contrato entre los contratantes i sus herederos i cesionarios, toda sentencia de último término que contenga afirmaciones contrarias con las atestaciones de dicho documento cae bajo el control de la Corte de Casacion.

Se pueden ver en comprobacion de la misma doctrina las casaciones a que aluden los números 56, 95, 98, etc. del mismo tomo; i no otra cosa enseña Rivière en sus *Pandectes Françaises*, t. XIV, verbo *Cassation civile*, números 801, 826, 908, etc.

De esta doctrina se infiere, Excmo. señor, que la facultad de apreciar los hechos del expediente no es en los jueces tan soberana que por vía de apreciacion puedan desconocer lo acreditado por un documento auténtico estableciendo conclusiones contrarias. I por lo mismo, cuando corren en un expediente un testamento i una escritura pública que no han sido anulados i que acreditan la liquidacion de una sociedad conyugal, no puede el juez fundar una sentencia en un hecho contrario, cual es, el de que la sociedad conyugal no está liquidada. Si se diese (observa Dalloz) una aplicacion absoluta i jeneral a la doctrina que sustrae a la Corte de Casacion la apreciacion de los hechos i de las circunstancias, no solo se consagraria en muchos casos una apreciacion errónea (*un mal jugé*) de una injusticia notoria sino que hasta cierto punto se violaria la lei del contrato. Por esta causa, la Corte Suprema ha comprendido la necesidad de hacer una distincion i de modificar, en favor de aquellos hechos que se acreditan por medio de actos auténticos, el rigor de esta opi-

nion, i se inclina a abrir la via de la casacion contra los errores de hecho que aparecen demostrados por actos auténticos, bajo la inomisible condicion, sin embargo, de que el acto que demuestra el error se haya presentado ante el juez del fondo. En la hipótesis de que habiendo tenido a la vista el acto o instrumento, los jueces hayan cometido el error de hecho, la sentencia debe ser casada. Así, se ha declarado procedente el recurso: 1º contra una decision que ha rechazado la escepcion de incompetencia personal por no haber sido opuesta *in limine litis* cuando está probado por los actos recordados en el fallo que dicha escepcion se habia opuesto en tiempo oportuno..... 3º contra el fallo que declara que una mujer ha dejado ignorar su estado de mujer separada de bienes cuando consta que precisamente ha procedido en este carácter. Por último, cae tambien bajo la censura de la Corte de Casacion el error del juez sobre el carácter preparatorio o interlocutorio del fallo. (Daloz, *Répertoire de Législation*, t. VII, verbo *Cassation*, números 1438 i 1439, *Rivière, Pandectes Françaises*, Faye, *La Cour de Cassation*, número 154, t. XIV, verbo *Cassation Civile*, números 801, 826 i 908).

Como ve V. E., aun bajo el rigor de la jurisprudencia francesa, puede la Corte de Casacion apreciar los hechos por sí misma para determinar cuáles son los elementos esenciales que constituyen el litijio, i por consiguiente, cuál es la cuestion que se ha ventilado.

En conformidad con esta doctrina, mientras el testamento i la escritura de liquidacion corran en el espediente i no sean desvirtuados, ni veinte solicitudes de los contendores han podido autorizar a los tribunales para mandar que se liquide una sociedad conyugal que no existe desde 1897.

Pero hai otra razon, acaso mas poderosa que las anteriores, para que V. E. plantee por sí misma, con absoluta prescindencia del fallo atacado, la cuestion que realmente se ha ventilado entre las partes; i es que para dictar su sentencia,

el juez *a quo* no tomó en cuenta la mayor parte de los hechos mas decisivos que constan en el espediente. Es evidente, en efecto, que para determinar cuáles la cuestion que se ha ventilado entre las partes, se necesita tener presentes las solicitudes de f. 3 i de f. 47 i la aclaracion de f. 58 de doña Mercedes Ceballos, los escritos de téngase presente presentados en segunda instancia por algunos de los contendores, las solicitudes de fs. 31, 36 i 51 de mi mandante, i mas que todo, el testamento de f. 17 con su cláusula 13 i la escritura pública de transaccion i liquidacion de f. 43. Entre tanto, el juez *a quo* i la Illma. Corte han creído que de todos los hechos jurídicos del espediente, el único que debian tener presente para determinar la cuestion litijiosa es la alegacion (así la llama la sentencia) hecha por uno de los herederos en el comparendo nulo del 18 de Octubre! No se pide a V. E. de consiguiente, que aprecie los hechos jurídicos del espediente de diversa manera que el juez *a quo*, o que les dé efectos diversos de los que la sentencia les ha dado, pues ella no los menciona absolutamente i prescinde de ellos tan por completo como si no constaran en los autos. Lo que se pide a la Excma. Corte es que para plantear de nuevo la cuestion litijiosa, dé la importancia que corresponda a todas esas solicitudes i piezas que los jueces de primera i de segunda instancia dejaron en tan absoluto olvido, pues (dice Dalloz) por soberana que sea la facultad judicial de apreciar los hechos del espediente, el planteamiento de la cuestion ventilada está siempre sometido a la revision de la Corte Suprema. (Dalloz, *Répertoire* etc. t. VII, verbo *Cassation*, número 1586).

Ahora bien, Excmo. señor, si se reconstituye la cuestion tomando en cuenta todos los elementos esenciales que constan en el espediente, se llega necesariamente a la conclusion de que ella ha sido adulterada por los fallos de 6 de Mayo i del 2 de Julio. Sin duda, cuando solo se atiende a la parte dispositiva del fallo, él no aparece en desacuerdo con lo



solicitado, porque lo que se pidió fué un comparendo para nombrar juez partidor i lo que se resolvió fué que ha lugar al comparendo para nombrar juez partidor. Mas, para demostrar la discorformidad, basta advertir que este es uno de aquellos casos en que el fallo está difundido entre la cláusula dispositiva i los considerandos.

“A no dudarlo (observa Crépon) para que la casacion proceda, se necesita que la infraccion de la lei se haya cometido en lo dispositivo, i si lo resuelto está conforme con la lei, no ha lugar al recurso por causa de las doctrinas mas o ménos erróneas de los considerandos; pero esto es a condicion de que no exista una conexion íntima i necesaria entre los considerandos i lo dispositivo, porque si existe dicha conexion, si los considerandos no se pueden separar de lo dispositivo, en tal caso no es mas que aparente la conformidad de lo decretado con la lei, puesto que la decision del juez ha sido inspirada por una falsa interpretacion de la lei.” (Crépon, *Le Pourvoi en Cassation*, t. III, número 86).

La misma doctrina enseña Faye. “Solo lo dispositivo (dice) constituye el fallo i puede ser atacado; los considerandos en que el juez se funda no sirven mas que para ilustrar, para justificar su decision, i en ocasiones, para fijar su alcance..... Sin embargo, hai fallos en que ambos elementos se encuentran confundidos porque parte de lo dispositivo se ha colocado en los considerandos. En tales casos, es evidente que se debe atender al carácter decisivo de lo dispositivo i no al lugar que se le ha dado en la sentenciá. (Faye, *La Cour de Casstion*, núm. 31, páj. 55).

Pues bien, en el presente caso, la cláusula dispositiva no contiene el fallo completo; i si para completarlo volvemos a los considerandos, notamos al punto la disconformidad entre lo pedido i lo fallado, porque la sentencia manda que se proceda a nombrar juez partidor de la sociedad conyu-

gal cuando la peticionaria, doña Mercedes Ceballos, protesta a f. 58, de acuerdo con mi mandante, que lo que solicitó fué que se nombrase juez partidor de la comunidad hereditaria. Pero si los tribunales no estan facultados para alterar las peticiones que ante ellos se entablan, i si no corresponde a ellos, si corresponde a los interesados hacer las cuestiones, oponiéndose los unos a las solicitudes de los otros, es evidente que la disconformidad que resalta en esta causa entre lo pedido i lo fallado, no justifica (como lo solicita la parte contraria) la declaracion de improcedencia del presente recurso, sino que al contrario, autoriza juntamente la invalidacion de oficio i la casacion de fondo, porque al no decidirse el punto realmente controvertido, se violaron los artículos 193, inc. 6 i 941, incs. 4 i 5 del Código de Procedimiento Civil, i porque la infraccion de estos artículos fué causa de que no se diese cumplimiento al 1324 del Código Civil.

La nulidad del fallo resalta mas, cuando se advierte la imposibilidad de cumplirlo. Desde que la sociedad conyugal se liquidó, en 1897, la sentencia es nula de hecho i de derecho: es nula de derecho, porque infrinje las disposiciones legales que acabo de citar; i es nula de hecho, porque no existe la sociedad conyugal que se manda liquidar. De esta manera, si se dejara subsistente la sentencia atacada, se llegaria por un camino irregular al fin que se viene persiguiendo, cual es, el de entregar al juez *a quo*, so pretesto de liquidar la sociedad conyugal, la designacion del partido que liquide la comunidad hereditaria.

## VIII

### INFRACCION DEL ARTÍCULO 1324 DEL C. C.

Dados estos antecedentes, la cuestion jurídica que se ha

ventilado i que se ha fallado se reduce a saber si no estando de acuerdo la unanimidad de los herederos, se puede o nó dejar sin efecto la designacion testamentaria de juez partidor. En el fondo la cuestion enunciada está subordinada a esta otra, a determinar si el artículo 1324 del C. C. fué o nó derogado por la lei del 15 de Octubre de 1875 por que si hubo derogacion, la oposicion de uno solo de los herederos basta a dejar sin efecto el mandato del testador; i en el caso contrario, la voluntad de uno solo de los herederos basta a imponer a los demas el respeto de la cláusula testamentaria.

Inspirados en el propósito de cambiar el objeto de la contienda, los contendores ha venido a sostener ante V. E. que no está en tela de juicio la aplicacion o vijencia del citado artículo; pero mi parte no puede aceptar esta tardía alteracion del objeto litijioso. Si V. E. se da la molestia de recorrer el espediente, notará que sin escepcion alguna en todos los escritos de fondo presentados por los contendores, tanto en primera como en segunda instancia, se trató de demostrar que el artículo 1324 del C. C. fué derogado por la lei de los Tribunales; i como la resolucion del 6 de Mayo lo deja sin aplicacion al rechazar la peticion formulada por mi parte a f. 51, i no hai en el espediente hecho jurídico que autorice a los tribunales para no darle cumplimiento, debo pensar yo que el juez *a quo* i la ltma. Corte lo han dejado sin aplicacion injustificadamente, esto es, lo han infringido.

Pues bien, Excmo. señor, el artículo citado nunca dejó de estar vijente desde 1857 adelante porque a ménos de espresa disposicion contraria, las leyes adjetivas como la del 15 de Octubre de 1875 no derogan a las leyes sustantivas como el Código Civil, ni viceversa.

La lei 2, tít. 4, Part. 3, estatuye que los jueces árbitros "non pueden ser puestos sino por avenencia de ambas las partes"; i el Código Civil, que faculta al testador para nom-

brar juez árbitro compromisario, derogó aun en la parte que no le fueren contrarias todas las leyes preexistentes relativas a las materias que en él se tratan. ¿Quedó derogada la lei de las Partidas por el artículo final del Código Civil? Absolutamente nó. Por qué? porque la lei de las Partidas que trata de la institucion de los jueces árbitros es una lei adjetiva que no pudo ser derogada por medio de una referencia jeneral de una lei sustantiva que se limita a conferir una facultad al testador.

Por la inversa, despues de 20 años de vijencia del C. C., se dictó la lei de 15 de Octubre de 1875 que derogó por su artículo final todas aquellas disposiciones del Código Civil que son contrarias a ella. ¿I acaso porque la lei de 1875 trata de la institucion de los jueces árbitros se debe entender derogado el artículo 1324 del C. C? *Absolutamente nó.* Porqué? porque una lei adjetiva que trata de la manera de instituir los jueces árbitros cuando no los haya puede coexistir con la lei sustantiva que se limita a dar al testador la facultad de nombrar la persona que haya de partir sus bienes entre los herederos.

Como lo sabe V. E., la doctrina sancionada actualmente por las sentencias judiciales no es la sostenida por los contendores (como ellos lo aseveran a fs. 3 vta.); es la sostenida por mi mandante, porque despues de un breve tiempo de vacilacion de los tribunales durante el cual se dictaron algunos fallos contradictorios, la jurisprudencia se ha uniformado absolutamente en el sentido de que el artículo 1324 del Código Civil no ha sido jamas derogado. Con mui buen criterio han pensado nuestros tribunales que si el lejislador no ha quitado al testador la facultad de hacer por sí mismo las particiones de sus bienes (art. 1318 del Código Civil), no tenia porqué quitarle la de hacerlas por medio de una persona de su confianza, puesto que la voluntad del testador en lo tocante a la destinacion i a la distribucion de sus

bienes es soberana siempre que no vulnere las lejitimas; que la facultad conferida al testador por el artículo 1324 del Código Civil para distribuir sus bienes en conformidad con la lei i segun sus propios designios no está en pugna con la facultad conferida por el Código de los Tribunales a los herederos para nombrar árbitro cuando no se lo haya instituido por el dueño de la herencia o cuando traten de liquidar intereses de su esclusiva propiedad; que si los herederos traen sus derechos del testamento, tienen que aceptarlo tal cual lo dispuso i lo firmó el testador porque lei alguna les faculta para pretender que se les reconozca la calidad de tales herederos con prescindencia de las condiciones en que han sido instituidos; que así como los herederos a ménos de acuerdo unánime, no pueden nombrar administrador de la herencia cuando exista albacea con administracion de bienes nombrados por el testador, así tampoco pueden nombrar juez árbitro compromisario cuando exista partidor nombrado por el testador; que la facultad de nombrar juez partidor aparece mas clara si se contempla el caso de un testador que ha instituido herederos a personas estrañas porque no tenia lejitimarios; que con arreglo al artículo 13 del Código Civil, las disposiciones especiales relativas a la institucion de juez partidor deben prevalecer contra las disposiciones jenerales relativas a la institucion de jueces árbitros en todos los casos que puedan ocurrir; que si en el derecho español coexistian las leyes (lei 1<sup>ª</sup>, tit. 4, Part. 3 i lei 10, tit. 21, Lib. 10 de la *Novísima Recopilacion*) que reconocian al testador la facultad discutida con la lei 2, tit. 4, Partida 3 que estatuye que los jueces árbitros no puedan ser nombrados sino por avenencia de las partes, es evidente que no hai contradiccion entre ellas i que por consiguiente el Código de los Tribunales no ha derogado el artículo 1324 del Código Civil; que el artículo 176 del Código de los Tribunales dispone que las particiones se practiquen por jueces

árbitros, i si no se ha entendido que esta disposicion haya derogado el artículo 1318 del Código Civil que autoriza al de *cujus* para hacer por sí mismo la de sus bienes, no hai razon para entender que los artículos 172 i 181 del Código de los Tribunales haya derogado el artículo 1324 del Código Civil. En realidad, Excmo. señor, despues de las sentencias dictadas en los últimos años i despues de los dictámenes dados por los señores don Ricardo Letelier, don M. E. Ballesteros, don Adolfo Guerrero, Coa, Martínez i Palma Riveros, i que se publicaron en la *Revista de los Tribunales* el 1º de Enero de 1901, es ocioso volver a defender judicialmente la vijencia del artículo 1324 del Código Civil.

La señora Ceballos, que fundó su solicitud en el hecho de estar derogado dicho artículo, ha gastado mucho empeño en la tarea de demostrar que por cuanto el nuevo Código de Procedimiento Civil no tiene efecto retroactivo, por tanto no se debe aplicar al presente caso su artículo 802, imaginándose que si consigue que no se aplique esta disposicion, quedará sin efecto el nombramiento hecho por el testador. Hai aquí una paralojizacion i una ilusion. La paralojizacion consiste en creer que el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil ha hecho revivir el artículo 1324 del Código Civil. Es éste un error. El artículo 802 del Código de Procedimiento Civil da por sentado que el artículo 1324 del Código Civil está vijente. Esencialmente lo que el lejislador dice en el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil no es: "declárase vijente el artículo 1324 del Código Civil"; es esto otro: "como quiera que el artículo 1324 del Código Civil está vijente, yo dispongo que cuando el testador haya nombrado juez partidador se proceda de tal o cual manera". Así, pues, el artículo 802 envuelve en este punto una disposicion de carácter interpretativo i aun cuando el Código de Procedimiento no tiene efecto retroactivo, el artículo 1324 del Código Civil se tiene que aplicar en las sucesiones abier-

tas ántes del 1.º de Marzo porque nunca ha estado derogado segun el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil.

Por la misma razon, he dicho que la señora Ceballos sufre una ilusion al imaginarse que si no se aplicase el artículo 802 del Código de Procedimiento, quedaria si efecto la designacion de juez partidior hecha en el testamento. Como quiera que dicho artículo se limita en este punto a reglar la manera como deben instalarse los jueces partidiores nombrados testamentariamente, es claro que si el señor Rioseco no entrase en funciones con arreglo al artículo 802 del Código de Procedimiento Civil, entraria en ellas con arreglo a las prácticas tradicionales. Mas aun: suponiendo que no se hubiera dictado dicho código i que no rijera dicho artículo, no por eso tendria ménos fuerza el artículo 1324 del Código Civil como lo he demostrado mas arriba.

Si realmente hubiese estado derogado el artículo 1324 del Código Civil ántes del 1.º de Marzo, entónces acaso se podria sostener que la inexistencia del artículo 802 del Código de Procedimiento autorizaria a los coherederos de mi parte para dejar sin efecto la designacion hecha por el testador. Pero lo mas que se podria sostener es el hecho perfectamente positivo de que algunos creen que hubo derogacion i otros que no la hubo, i de que se han dictado sentencias contradictorias, hasta que el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil, que supone la no interrumpida vijencia del artículo 1324 del Código Civil, ha venido a sanjar la cuestion en términos de evitar nuevas dudas i contradicciones.

No está demas llamar la atencion de V. E. a la significativa circunstancia de que el fallo atacado reconoce en uno de sus considerandos la facultad del testador para nombrar partidior de su propios bienes, por manera que a virtud de la confirmatoria de la Iltma. Corte, no habiéndose alzado ninguno de los interesados contra la declaracion contenida en dicho considerando, la única cuestion que cabe resolver

en el presente recurso es si en este expediente hai o no algun hecho jurídico acreditado que haya autorizado al juez para dejar sin efecto la designacion testamentaria.

Pues bien, Excmo. señor, ni se ha aducido por los contendores ni se ha acreditado en esta causa hecho alguno de esa naturaleza, porque si es verdad que en el escrito de f. 53 se aduce la existencia de la sociedad conyugal i la nulidad de la liquidacion de 1897, tambien lo es que sobre ser ésta una alegacion tardía que no pudo alterar la naturaleza de la peticion de f. 3, al dia siguiente fué retirada por el escrito de f. 58, i que estando en pugna con la escritura de f. 43, solo podia servir de pié para tramitar i fallar la escepcion de falta de personería, mas no para anular la designacion testamentaria ántes de fallar la validez de la liquidacion.

Por último, quiero ponerme, Excmo. señor, en la peor de las situaciones; quiero suponer que todavía hoi, despues de haber empezado a rejir el Código de Procedimiento Civil, se puede dudar de la vijencia del artículo 1324 del Código Civil. Pues bien, para acabar con estas dudas está la autoridad de V. E., porque uno de los casos en que es mas procedente el recurso de casacion es aquel en que la jurisprudencia de los tribunales ha vacilado en sentidos contradictorios. En casos tales, la Corte Suprema casi asume la funcion soberana de Poder Lejislativo porque puede con su propia jurisprudencia dar a las leyes interpretaciones contrarias al espíritu del lejislador, declarar derogadas las que muchos creen vijentes, declarar vijentes las que los mas creen derogadas. Cuando la Corte de Casacion desempeña esta elevadísima funcion, es acompañada por la opinion jeneral del foro en sus fallos mas osados siempre que al dictarlos toma entre los varios caminos que se la ofrecen aquellos que tomaria si obrase en el carácter de verdadero lejislador. Así, por ejemplo, si se hubiera entablado el presente recurso cuando todavía podian dudar algunos de la vijencia del ar-



título 1324 del Código Civil, la solución más acertada habría sido evidentemente la de declararlo vigente, porque si en estos momentos volviese el legislador a legislar sobre la materia, no dejaría de conferir al testador una facultad que es inherente al derecho de propiedad i que evita a los herederos pleitos enojosos i pérdidas de tiempo i de dinero.

## IX

### INFRACCION DEL ARTÍCULO 802 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Como sabe V. E., el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil, que consta de dos incisos, se pone en dos casos diferentes: 1.º cuando sea menester nombrar juez partidor; i 2.º cuando haya juez partidor i sea necesario instalarlo en el ejercicio del cargo. En el primer caso, procede la citación a comparendo para hacer la elección. En el segundo, esto es, si hubiese juez partidor i fuere necesaria la aprobación judicial del nombramiento, bastará el fallo que la conceda para que el partidor pueda ejercer sus funciones previa su aceptación i el juramento legal.

Ahora bien, en el presente caso, como lo dejo demostrado más arriba, hai juez partidor, pues la cláusula final del testamento de f. 17 nombra al señor Rioseco para este cargo. Mas aun: en conformidad con las antiguas prácticas sancionadas por artículo 802 del Código de Procedimiento Civil, en el Juzgado del señor Castillo se procedió como dicho artículo lo prescribe, porque se aprobó la designación testamentaria i el partidor aceptó el cargo i prestó el juramento.

Entre tanto, ¿qué es lo que el fallo atacado dispone? lo que dispone es que se cite a los interesados a comparendo para que procedan a elegir Juez compromisario, esto es, viola

el artículo 802 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, en aquellos casos en que hai Juez partidador nombrado por el testador basta aprobar su nombramiento i notificarle para que acepte el cargo i preste juramento.

Es de todo punto absurda la teoría sostenida por los contendores para defender la legalidad del fallo, a saber que por cuanto el Código de Procedimiento Civil no tiene efecto retroactivo, por tanto, no estaba obligado el juez a respetar el artículo 802. Desde que la instalacion del juez partidador no se efectuó ántes del 1º de Marzo, es evidente que ella se debe efectuar con arreglo a la lei que empezó a rejir aquel dia, no porque el nuevo Código tenga efecto retroactivo, sino porque estando actualmente en vijencia, deben someterse a él todos los procedimientos judiciales civiles, la constitucion de los compromisos i la instalacion de los jueces árbitros.

Que la infraccion del inciso 2º, artículo 802 del Código de Procedimiento Civil justifica la casacion de fondo, no es menester demostrarlo. Por su naturaleza, dicha infraccion no constituye un vicio del procedimiento seguido para dictar la sentencia recurrida, sino que afecta a la parte dispositiva del fallo de manera absolutamente decisiva, pues si se respeta el inciso indicado, se da lugar a la peticion de mi parte, i solo violándolo, se ha podido dar lugar a la de los contendores.

La parte contraria ha tenido que suspender la vijencia del citado artículo 802, so pretexto de quitarle el efecto retroactivo para poder justificar la sentencia que infrinje abiertamente la disposicion.

X

INFRACCION DEL ARTÍCULO 1330 DEL CÓDIGO CIVIL I DE LA LEI 9, TÍTULO III I DE LA LEI 7, TÍTULO X, PARTIDA III.

Cuando mi mandante tuvo noticia de las jestioniones que la señora Ceballos hacia en el primer Juzgado para constituir el compromiso, se presentó entablado oposicion contra la celebracion del comparendo, primeramente porque el cuarto Juzgado habia prevenido legalmente en el conocimiento del mismo asunto (f. 31), i al dia siguiente, porque habiéndose liquidado en 1897, la sociedad conyugal habida entre el señor Cortez i su mujer, i habiendo ésta percibido ya parte de los gananciales (art. 1782 del Código Civil) no tenia ella personería para intervenir en el compromiso (a f. 36 vuelta i a f. 62). Quedaron entónces opuestas dos escepciones: la de falta de competencia del primer Juzgado i la de falta de personaría de doña Mercedes Ceballos, i apesar de que el auto dictado por la Illma. Corte el 24 de Abril a f. 49 mandó al juez pronunciarse sobre las solicitudes en que mi parte habia formulado dichas defensas, es el caso que la sentencia atacada no falla ni la una ni la otra.

Prescindiendo de la incompetencia del juez, que V. E. apreciará de oficio como lo juzgue mas correcto; tengo que estudiar particularmente las consecuencias de que no se tramitara ni se fallara la escepcion de falta de personería.

Por regla jeneral, Excmo. señor, las irregularidades de la tramitacion solo justifican el recurso de nulidad, esto es, el recurso que el nuevo Código, en mui mal castellano, llama recurso de *casacion en la forma*. Pero en algunos casos se las puede aducir tambien como causales del recurso de casa-

cion en el fondo si se demuestra que ellas han influido decisivamente en la parte dispositiva de la sentencia.

En esos casos, la parte agraviada puede entablar cualquiera de los dos recursos: o el de forma o el de fondo, así como ántes de la vijencia del Código de Procedimiento Civil se podía entablar a veces o el recurso de nulidad o el de apelacion, o ambos simultáneamente.

En conformidad con esta doctrina, el artículo 940 de nuestro Código de Procedimiento Civil concede el recurso de casacion del fondo contra toda sentencia que se ha pronunciado con infraccion de la lei, siempre que la infraccion haya influido sustancialmente en la parte dispositiva del fallo. Así, por ejemplo, si se dicta una sentencia en abierta pugna con otra anterior por causa de que el juez no tramitó ni falló la escepcion de cosa juzgada opuesta en tiempo, esta omision puede dar pié indistintamente o al recurso de casacion en la forma, o al recurso de casacion en el fondo.

De la misma manera, si por haberse entendido i espuesto erróneamente por el juez las peticiones de las partes, falla él una cosa en lugar de otra, la *ultra petita* justificaria en tal caso el recurso de casacion del fondo tan bien como el de casacion en la forma. Como quiera que el citado artículo 940 concede el recurso de casacion en el fondo siempre que en la sentencia se ha infringido alguna lei, si la infraccion ha influido sustancialmente en el fallo i como quiera que dicha disposicion no pone por condicion que la lei infringida sea de carácter sustantivo; es evidente que para determinar si un vicio de tramitacion da o no pié a la casacion de fondo, lo único a que se debe atender es a si él afecta o no sustancialmente la parte dispositiva de la sentencia.

Ahora bien, Excmo. señor, en el presente caso no hai la menor duda sobre que la sentencia atacada no habria dejado sin efecto la designacion de compromisario hecha por el testador si el juez *a quo* hubiese tramitado o fallado pre-

viamente la escepcion de falta de personería interpuesta por mi mandante. Desde que todos los herederos del señor Cortez estan obligados a respetar dicha designacion, es evidente que si la señora Ceballos no ha intervenido ni ha podido intervenir en este juicio como co-partícipe de la comunidad hereditaria, esto es, como heredera, i sobre todo si no ha podido intervenir ni en uno ni en otro carácter, no queda en el espediente el menor fundamento para dejar sin efecto la voluntad del finado. Pues bien, Excmo. señor, doña Mercedes Ceballos no ha tenido personería para intervenir en este juicio ni como co-partícipe de la sociedad conyugal, porque dicha sociedad fué liquidada en 1897 (f. 43 i 58 vuelta), ni como co-partícipe de la comunidad hereditaria, porque ya habia percibido parte de los gananciales (V. f. 62 i art. 1782 del Código Civil). ¿Cómo, entónces, dejar subsistente una sentencia que se ha dictado sobre la base implícita de que la señora viuda ha tenido personería para comparecer en el carácter de co-partícipe de una sociedad conyugal que se habia liquidado en Enero de 1897?

Nadie ignora que todas las escepciones opuestas por los litigantes deben ser falladas en la misma causa en que se las opone ántes o al tiempo de fallar las acciones principales. Es igualmente sabido que las de carácter dilatorio han tenido hasta hoi la virtud de paralizar la tramitacion de la causa, porque se las consideraba de previo i especial pronunciamiento. Entre tanto, el juez *a quo* no ha fallado la escepcion de falta de personería, ni en la sentencia, ni ántes de la sentencia, ni despues de la sentencia, infringiendo así, nó una, sino cuatro leyes. Permítame V. E. reproducirlas aquí testualmente, pues su repeticion manifiesta que en todos tiempos ha pensado el lejisiador que no es posible hacer justicia si se altera el procedimiento.

Lei 9, título 3, Partida 3.<sup>a</sup>: “Defiéndense los demandados a las vegadas de las demandas que les facen, poniendo de-

fensiones ante sí que son de tal natura que aluengan el pleyto, e non lo rematan. E llámanlas en latin *dilatorias*, que quiere tanto decir como alongaderas. E son éstas como..... si la una parte contradixesse la personería de la otra mostrando razon porque no deve ser personero, o diciendo que la personería que trae non era complida segun derecho, e por ende que non era tenuto de responder a la demanda que le facen; que a tales defensiones como estas, e otras semejantes dellas, poniéndolas el demandado ante que responda a la demanda e averiguándolas, deven ser cabidas”.....

Lei 7, título 10, Partida 3<sup>a</sup>: “Otro sí decimos que si alguno demanda a otri que viniessen a particion de alguna heredad, o de otra cosa cualquier que deve ser comunal entrellos por herencia, o por compañía, o por otra razon. Si aquel a quien facen esta demanda es tenedor de aquella cosa del todo, e niega que el otro non es su compañero, nin su aparcero, nin ha ningun derecho de aver parte en ella, que sobre tal demanda como esta non deve ir adelante, a menos de probar primero el demandador como ha derecho de demandar parte en aquella cosa sobre que face la demanda. E probado esto, deve ser oido en la demanda que face en razon de la particion”.

El artículo 1330 del Código Civil, que a virtud del artículo 2115 se aplica tambien a la liquidacion de las sociedades, corrobora i ratifica el procedimiento fijado por las dos citadas leyes de las Partidas disponiendo lo que sigue: “Antes de proceder a la particion. se decidirán por *la justicia ordinaria* las controversias sobre derechos a la sucesion por testamento o abintestato, incapacidad o indignidad de los asignatarios”.

Por último, estas terminantes disposiciones habian sido ratificadas, ántes que el juez *a quo* dictara su fallo, por el artículo 293, incisos 2.º i 6.º del nuevo Código de Procedimiento Civil, pues no otra cosa significa que se incluya la

escepcion de falta de personería entre las escepciones dilatorias.

Conocidas las disposiciones legales que reglan esta materia, observaré ahora que salva la escepcion de incompetencia reiterada cuatro o cinco veces, no hai punto en que mi parte haya insistido mas que en la falta de personería de doña Mercedes Ceballos. Opuso esta escepcion mi parte a f. 24 del expediente del cuarto Juzgado cuando la señora viuda pidió al señor Castillo que se declarase incompetente. Opuso esta misma escepcion mi mandante a f. 36 vta., del expediente del primer Juzgado en aquella misma solicitud que debió ser fallada en todas sus partes por el señor Ahumada a virtud de lo ordenado por la Iltma. Corte en sus autos del 24 de Abril. Opúsola de nuevo en segunda instancia a f. 46 al acompañar la escritura de liquidacion de la sociedad conyugal habida entre Cortez de Monroy i su esposa. I por último, los abogados que han defendido a doña Celia Fuenzalida en segunda instancia han hecho valer la misma escepcion en dos diferentes alegatos i ocasiones. Pues bien, esta cansada repeticion de una misma defensa no ha servido siquiera para llamar la atencion ni del juez *a quo* ni de la Iltma. Corte; i la cuestion de fondo se ha fallado sin tomar para nada en cuenta la escepcion de la falta de personería, la cual por su naturaleza tanto como por disposicion de varias leyes es de previo i especial pronunciamiento.

Aun mas, los mismos coherederos del menor Cárlos Humberto Cortez F. le han negado tambien la personería para comparecer como parte en estos juicios, i tampoco se ha tomado en cuenta esta escepcion opuesta por los contendores para regularizar el procedimiento.

Con grande injenuidad algunos de los contendores propusieron durante la contienda que se procediera a nombrar juez partidor reservando a mi parte su derecho para discutir en el compromiso la personería de la señora viuda; i se

gun parece, ha sido éste el camino que el juez *a quo* i la Iltma. Corte han creído mas recto i mas correcto. Pero semejante procedimiento no se puede imponer a las partes que no lo aceptan ya que las leyes trascritas mas arriba mandan que las cuestiones relativas a la personería se fallen por la justicia ordinaria ántes de constituir el compromiso.

I este orden, fijado por las leyes, es a la vez el que se impone por la justicia i por el sentido comun, pues no sería ni razonable ni justo que se diese accion para intervenir en la constitucion del compromiso a personas que no tienen derechos que hacer valer en él. En el presente caso, se impone aquel procedimiento con fuerza particular porque si la señora viuda carece de personería para pedir nombramiento de juez partidador, ninguno de los demas herederos puede exigirlo, i la justicia tiene que reconocer i declarar la subsistencia de la designacion hecha por el testador.

Dados estos antecedentes ¿cree V. E. que no está viciado de notoria nulidad el fallo que manda constituir el compromiso sin fallar las cuestiones relativas a la personería?

## XI

### NATURALEZA DE LA RESOLUCION ATACADA

Las consideraciones que preceden sobre cada una de las causales de invalidacion son, Excelentísimo señor, de tal manera decisivas que no juzgando fácil impugnar a fondo el recurso de casacion, los contendores han recurrido al arbitrio de negar su procedencia. Con este propósito, han sostenido que la resolucion atacada no vale por sentencia definitiva; que el recurso de casacion no procede jamas contra sentencia interlocutoria sino en los solos dos casos en que la lei del 1º de Marzo de 1837 daba el de nulidad, i que el fallo del 6 de Marzo confirmado el 2 de Julio no pasa de ser



un *auto interlocutorio*. Así lo dice también el señor Ministro ponente.

A su juicio, la tramitación de mero incidente dada al asunto sin protesta de mi mandante, i el calificativo de *auto* dado a la resolución tanto por el juez *a quo* como por la Il<sup>ta</sup>. Corte no permiten atribuir al fallo el carácter de sentencia interlocutoria, mucho ménos el de sentencia definitiva.

Aun cuando los contendores no han entablado artículo para pedir pronunciamiento previo, la cuestión es por su naturaleza de aquellas que se deben fallar o por lo ménos decidir ántes de estudiar los fundamentos del recurso; i como en su escrito hai errores de derecho i sobre todo, errores de hecho ocasionados a producir paralojizaciones, espero que V. E. no tomará a mal el que consagre todavía algunos momentos al estudio de esta alegación.

Entrando en materia, observaré primeramente que, en la terminología establecida por el actual Código de Procedimiento Civil no hai autos que se distingán con el nombre de autos *interlocutorios* porque este calificativo está reservado para aquellas sentencias que no tienen el carácter de definitivas.

En segundo lugar, observaré que la resolución que pone término al incidente no es siempre un auto porque segun sea la naturaleza del punto incidental discutido, las resoluciones de los incidentes tienen unas veces el carácter de autos, i otras el de sentencias interlocutorias. Por consiguiente, del hecho de que la cuestión se tramitase como incidente no se puede concluir que el fallo del 6 de Marzo sea un simple auto, no atacable por la vía de la casación.

En tercer lugar, observaré que es error inescusable sostener que no procede la casación de fondo contra las sentencias interlocutorias. Como lo estatuyen los artículos 939 i 940 del Código de Procedimiento Civil, estas sentencias son

atacables por la via de la casacion de fondo siempre que habiendo emanado de una Corte de Apelaciones, son inapelables i ponen término al juicio o hacen imposible su continuacion. Por consiguiente, si el fallo de 2 de Julio no fuese una sentencia definitiva, si fuese una sentencia meramente interlocutoria, lo único que habria que averiguar, para determinar la procedencia del presente recurso, seria lo siguiente:

- 1º Si ella es apelable; i
- 2º Si pone término al juicio.

Prescindiendo de la historia i de la letra del nuevo Código, la contendora pretende hacer creer que la intencion del legislador fué sustraer en absoluto las sentencias interlocutorias a la casacion de fondo, i no autorizar contra ellas mas que la casacion de forma en el único caso que la legislacion anterior daba lugar al recurso de nulidad i que se contempla en el artículo 942. Pero estas intenciones que se atribuyen al legislador, confundiendo lo dispuesto para la casacion de forma con lo dispuesto para la casacion de fondo, no se compadecen con lo estatuido en el artículo 939 ni con la historia de este nuevo recurso.

Como es sabido, en los primeros proyectos del vijente Código de Procedimiento el título de la casacion no contiene mas disposicion relativa a las sentencias interlocutorias que la del art. 939. "Se concede (el recurso) contra las (sentencias) interlocutorias (decia el proyecto de 1884) cuando ponen término al juicio i hacen imposible su continuacion." A virtud de esta disposicion, eran tan atacables las sentencias definitivas como aquellas interlocutorias que ponen término al juicio, i contra unas i otras se podia entablar el recurso ora por infraccion de lei, ora por quebrantamiento de forma. Pero la última de las comisiones revisoras, la de 1900, pensó que si la infraccion de lei es tan grave cuando se comete en las unas como cuando se comete en las

ótras, el quebrantamiento de forma no tiene igual gravedad; que, por consiguiente, no convenia hacer distincion entre las definitivas i las interlocutorias en lo relativo al recurso de fondo, pero que no era prudente autorizar el recurso de forma contra las interlocutorias en todos los casos en que estaba autorizado contra las definitivas; i entónces se agregó el artículo 942.

En perfecto acuerdo con las intenciones de la comision de 1900, todos los abogados que han estudiado el alcance de este artículo piensan como yo que él se agregó para limitar los casos en que se puede entablar el recurso de forma contra las sentencias interlocutorias, no para establecer, como creen los contendores, la improcedencia del recurso de fondo. Así en la recomendable edicion de Toro i Echeverría, se dice (páj. 732) testualmente: "Ya hemos visto que (el recurso de casacion en el fondo) solo procede contra sentencias definitivas de las Cortes de Apelaciones o de tribunales arbitrales de segunda instancia... i contra las sentencias interlocutorias de estos mismos tribunales cuando ellas ponen término al juicio o hacen imposible su continuacion."

Por otra parte, para los que frecuentan el foro no es misterio que dicho recurso lo hemos trasplantado de la lejislacion española hasta con sus defectos de estilo, i que en ella las sentencias interlocutorias son casables en el fondo por disposicion de los arts. 1689 i 1690 de la lei de Enjuiciamiento Civil, mas o ménos, en los mismos casos en que lo son en Chile a virtud de lo dispuesto por el art. 939 de nuestro C. de P. C.

En efecto, despues de establecer en el art. 1689 que el recurso de casacion procede contra las sentencias definitivas, el 1690 dispone lo que sigue: "Tendrán el concepto de definitivas, para los efectos del artículo anterior, ademas de las sentencias que terminan el juicio: 1º las que recayendo sobre un incidente o artículo, pongan término al pleito haciendo

imposible su continuacion", etc. A virtud de esta disposicion, la sentencia interlocutoria que pone término al pleito está completamente asimilada en el derecho español a la sentencia definitiva así en los casos de quebrantamiento de forma como en los de infraccion de lei. Este mismo réjimen es el que se adoptó en los primeros proyectos de nuestro Código de Procedimiento, i la peculiaridad del que se acaba de promulgar no consiste mas que en haberse limitado los casos en que procede el recurso de forma contra las sentencias interlocutorias.

I en esto hizo mui bien el legislador chileno porque a menudo las ilegalidades no se cometen en la sentencia definitiva sino en el fallo interlocutorio que la sirve de fundamento, de suerte que la casacion de fondo tendria que dejar pasar muchas infracciones legales de los jueces si las leyes no permitieran casar las sentencias interlocutorias.

Esta necesidad lójica es de tal fuerza que en Francia la casacion de los fallos interlocutorios se introdujo por obra de la jurisprudencia en contra de términos categóricos de la lei. Segun la lei, solamente los fallos definitivos deberian tenerse por casables; los otros, los preparatorios, no. Pero entónces la jurisprudencia, para salvar las dificultades prácticas sin violar aparentemente la lei, separó de la clase de los fallos preparatorios aquellos que producian cosa juzgada, los distinguió con el calificativo de *interlocutorios* i enseñó que éstos eran tambien definitivos i como tales, se debian incluir en la clase de los casables (1). Dados estos

---

(1) Véase DALLOZ, *Répertoire de Législation*, t. VII, verbo *Cour de Cassation*, núm. 74 i t. II, núm. 28.

— RIVIÈRE, *Pandectes Françaises*, t. XIV, verbo *Cassation Civile*, núm. 205.

— FUZIER-HERMAN, en su *Répertoire du Droit français*, t. IX, verbo *Cassation* (mat. civ.) dice:

697 Il ne suffit pas qu' un jugement soit en dernier ressort pour

antecedentes, no se puede admitir que ni aun en los apuros de una defensa imposible se venga a sostener que las sentencias interlocutorias no son atacables por la via de la casacion de fondo.

En cuarto lugar observaré que segun se infiere del contesto jeneral del escrito de la señora Ceballos, ella cree que la resolucion atacada por el presente recurso es la dictada por el juez *a quo* el 6 de Mayo; pero en este punto incurre la contendora en otro error de derecho porque desde el momento en que una sentencia de primera instancia es confirmada, el tribunal de Apelaciones la hace suya i la espone al peligro de la casacion si la ha dictado con infraccion de lei. Doctrina es ésta en que estan de acuerdo la ciencia i la lei (1).

---

qu'il puisse être susceptible de recours en cassation; il faut encore qu'il soit définitif, on tou *au moins qu'il tranche définitivement certains points du procès.*

699 Ce qu'il importe seulement de faire remarquer c'est qu'il n'est pas nécessaire que le jugement porte sur le fond même du droit, ni qu'il dessaisisse complètement le tribunal. Il suffit qu'il statue sur un *point accessoire* ou qu'il tranche un *des points* du procès.

Véanse tambien los núms. 704, 709, 710, etc.

FARJE, *La Cour de Cassation*, núm. 36.

(1) «1368. D'abord (dice Dalloz) il est sans difficulté que les tribunaux d'appel étant institués pour réformer les sentances vicieuses ou illégales de la juridiction inférieure, le tribunal d'appel qui se refuse à cette réformation commet une violation directe de la loi. Ainsi, l'oubli on le refus fait por un tribunal criminel de réformer les vices d'un jugement correctionnel attaqué par appel donne ouverture à la cassation. D'ailleurs, en ne réformant pas les dispositions vicieuses du jugement attaqué devant elle, une Court d'appel se *les rend propres* et expose son ariét à la cassation.» DALLOZ, *Répertoire de Legislation*, t. VII, verbo *Cassation*.

Núm. 679. «Lorsqu'il est intervenu un premier jugement par défaut, qu'il á été fait opposition à ce jugement et qu'un second jugement a débouté le defendeur de son opposition et maintenu la première décision, c'est contre cette dernière décision que le pourvoi doit

De aquí se infiere que el fallo cuya casacion se solicita es el del 2 de Julio, en el cual está involucrado a virtud de la confirmatoria el del 6 de Mayo.

Esta determinacion del fallo atacado tiene cierta importancia en el presente caso porque se ha pretendido justificar la sentencia del 6 de Mayo aduciendo el hecho de que el juez no alcanzó a conocer el escrito de f. 58; pero si no alcanzó a conocerlo el juez, (i yo afirmo que le fué presentado ántes de que dictara el fallo) no pudo dejar de conocerlo la Iltma. Corte al dictar su fallo confirmatorio del 2 de Julio.

En quinto lugar, observaré que para saber si una resolucion es sentencia definitiva, o sentencia interlocutoria, o auto, o decreto, no se debe atender al nombre que el juez la dé, se debe atender a su naturaleza. La resolucion de *traslado* con que se provee la demanda es simple decreto aun cuando el juez la llame sentencia definitiva, i la resolucion con que se pone término a una instancia en el asunto de fondo que se ventila entre las partes es sentencia definitiva aun cuando el juez la llame auto.

Si se admitiera la doctrina contraria, tendríamos que con llamar auto a una resolucion definitiva dictada sin forma de juicio, el juez quitaria a la Corte Suprema la facultad de casar la mas nula de las sentencias. Por eso enseñan los jurisconsultos que por lata que sea la facultad judicial de apreciar los hechos del expediente, en todo caso corresponde a la Corte de Casacion *determinar la naturaleza de las resoluciones atacadas, sin sujetarse a la apreciacion hecha por los jueces que las han dictado.* (Crépon, *Du Pourvoi en Cassation*, t. I, núm. 730 i t. III, núm. 195. Rivière, *Pandectes françaises*, t. XIV, verbo *Cassation Civile*, núm. 856

---

ête formé." ED. FUZIER HERMAN, *Répertoire général alphabétique de Droit français, Cassation* (Mét. Civ.)

Véase tambien CRÉPON, *Du Pourvoi en Cassation*, t. I, núm. 692

et 857. Dalloz, *Répertoire* etc., t. VII, verbo *Cour de Cassation*, núms. 86, 88 i 1440).

De las precedentes observaciones, se infiere que para saber si el fallo confirmatorio del 2 de Julio se puede atacar por la via de la casacion, lo que debemos hacer es determinar su naturaleza; i con este propósito, debemos advertir, ante todo, que si los fallos interlocutorios i los autos se asemejan en que unos i otros ponen término a los incidentes, (art. 165 del Código de Procedimiento Civil) en cambio se distinguen por varias diferencias esenciales. Los autos pueden ser revocados por contrario imperio (art. 204 del Código de Procedimiento Civil); las sentencias interlocutorias, nó (art. 205 del Código de Procedimiento Civil). Los autos no producen jamas cosa juzgada porque establecen derechos permanentes o resuelven sobre trámites que han de servir de base a una sentencia (art. 165 i 198 del Código de Procedimiento Civil.) Por lo mismo, la sentencia definitiva puede mandar suspender los efectos de los autos, pero tiene que ajustarse a lo fallado por las sentencias interlocutorias.

Ahora bien, dadas estas diferencias ¿a cuál clase pertenece la resolucion del 6 de Mayo, a la de los autos o a la de las sentencias? Si aquella resolucion no pudo ser revocada por contrario imperio, si despues de confirmada por la Corte no podria el juez modificarla ni dejarla sin efecto, si en fin produce cosa juzgada, evidentemente no es auto. Los autos todos se distinguen por su carácter esencialmente provisional i revocable, carácter que no corresponde a la resolucion del 6 de Mayo, que crea una situacion inamovible. Hai que concluir entónces en que la resolucion atacada no es auto.

Ahora ¿es sentencia interlocutoria o definitiva? Las sentencias definitivas i las interlocutorias se asemejan en que unas i otras producen cosa juzgada; pero se diferencian en que las primeras ponen término a una instancia del juicio i

las segundas, a ciertos incidentes. Tan esencial i característica es esta diferencia que cuando por ignorancia, por inadvertencia o por maldad dan los jueces a las sentencias definitivas las formas de simples sentencias interlocutorias, ella es la que sirve para determinar si ha o no lugar a la nulidad: si la resolucion ha fallado la cuestion principal, es sentencia definitiva aun cuando se la haya dado la forma de simple auto; si ha fallado una cuestion meramente incidental, o es auto o es sentencia interlocutoria. Dada esta diferencia, el nudo de la dificultad está en saber si la resolucion atacada falló la cuestion principal o alguna de las cuestiones incidentales.

Ahora bien, segun lo he demostrado mas arriba (§ VI) el objeto capital de la presente contienda ha versado sobre si ha o no lugar al nombramiento de juez compromisario cuando hai uno nombrado por el testador; i al rededor de esta cuestion, se han suscitado otras incidentales sobre incompetencia del juez, sobre falta de personería de la señora Ceballos i sobre la tramitacion que se debia dar al asunto. Así mismo, he demostrado mas arriba (§§ IV i V) que dicha resolucion peca precisamente por no haber fallado ninguna de estas escepciones i peticiones incidentales de mi parte, i en haber fallado estemporánea, prematura i precipitadamente la cuestion principal. De consiguiente, ella es sentencia verdaderamente definitiva, i si los jueces que la dictaron i confirmaron la han bautizado con el nombre de *auto*, es solo porque ni ellos ni los abogados estan habituados todavía a la clasificacion i a la terminología establecidas por el Código de Procedimiento Civil para distinguir entre sí las resoluciones judiciales. Prueba no dudosa de que solo por inadvertencia han dado al fallo atacado el nombre de *auto* es que al estudiarlo para decidir si procedia o nó el recurso de casacion, lo han considerado como sentencia



puesto que en el caso contrario habrían negado lugar a dicho recurso (1).

En contra de la calificación de sentencia definitiva dada por mi parte al fallo del 6 de Mayo observan los contendores que por cuanto se tramitó el asunto como mero incidente sin protesta de mi mandante, por tanto no se puede tener por sentencia definitiva la resolución que le puso término. Pero a mi turno observaré que es un nuevo error de hecho de los contendores el afirmar que mi parte se resignó con la tramitación sumaria del asunto. Lo que en el expediente consta es precisamente lo contrario porque en su escrito de f. 36, doña Celia Fuenzalida representó al Juzgado que la petición de la señora Ceballos iba dirigida a dejar sin efecto una cláusula testamentaria; que no habiendo acuerdo unánime entre los herederos, semejante asunto es por su naturaleza de lato conocimiento; que con su oposición, él se había hecho contencioso, i que siendo así, se debería ordenar a la peticionaria que entablase su acción en forma i acudiese al Presidente de la Ilma. Corte para que le designara el Juzgado que debía conocer de su demanda.

Mas, quiero suponer que realmente mi parte consintiera en que la cuestión se tramitase como simple incidente.

---

(1) Dice Faye con mucha razón: «Il est bien entendu d'ailleurs que si un jugement, même préparatoire, contient en même temps une décision définitive sur un chef, s'il se prononce, par exemple, sur une fin de non recevoir, s'il tranche une question en litige, même accessoire, même incidente, il peut donner lieu à un pourvoi contre cette disposition, qui est susceptible d'acquiescer l'autorité de la chose jugée. Un jugement peut être définitif sur un point, préparatoire sur un autre, interlocutoire sur un troisième, et chacun de ces chefs, constituant une disposition distincte, suivra la loi qui lui est propre.» FAYE, *La Cour de Cassation*, núm. 36, páj. 65.

¿Cuáles serian los efectos jurídicos de su consentimiento? No seria sino uno solo, a saber, que doña Celia Fuenzalida no habria podido solicitar la anulacion de lo obrado por violacion de las formas legales; pero su supuesto consentimiento no habria podido producir el efecto contra natura de convertir la cuestion principal en cuestion incidental; i si así hubiera sucedido, no por eso se podria negar su carácter de sentencia definitiva a las resoluciones del 6 de Mayo i del 2 de Julio que pusieron término respectivamente a la primera i a la segunda instancia.

Saliendo inesperadamente en auxilio de los contendores, el señor Ministro ponente sostiene en su dictámen que la resolucion atacada no puede ser objeto del recurso de casacion porque es un simple auto que no pone fin a juicio alguno ni hace imposible su prosecucion. “El auto de f. 57 vta. (dice) confirmado por la resolucion recurrida, reviste todos los caracteres de interlocutorio que no pone fin a ningun juicio ni hace imposible la prosecucion de las acciones deducidas por las partes. Por él se resuelve solamente que debe efectuarse un comparendo con el objeto de nombrar un liquidador de la sociedad conyugal..... Nada resuelve sobre la validez o nulidad del nombramiento hecho por el citado Cortez de partidor para que liquide i distribuya sus propios bienes. Por el contrario, uno de los considerandos consigna la idea de que el nombramiento efectuado por el testador “si bien puede tener eficacia (dice) respecto de sus “ propios bienes, en nada afecta al derecho que ejercita la “ señora Ceballos”; de lo cual fluye la consecuencia necesaria de que los tribunales *no quisieron pronunciarse* respecto de esa eficacia, por ser materia estraña a la jestionada sustancialmente en estos autos”.

Por mi parte, debo observar contra las doctrinas del dictámen:

1º Que en la novísima legislación no hai autos *interlocutorios*;

2º Que si el dictámen ha querido hablar de sentencia *terlocutoria*, lo único que hai que determinar es si ella está comprendida en el artículo 939, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil;

3º Que la resolución del 6 de Mayo confirmada el 2 de Julio, puso término al único juicio pendiente entre las partes que versaba sobre si habiendo partidador nombrado por el testador, se debía proceder o no a nombrar nuevo juez *compromisario*;

4º Que es incomprensible que tanto el señor Ministro ponente como los contendores afirmen que los tribunales no quisieron pronunciarse sobre el nombramiento de juez partidador hecho por el testamento por ser ésta una cuestion *extraña* a la ventilada, cuando precisamente la sentencia atacada rechaza la *petición* de f. 51;

5º Que por lo demas al mandarse liquidar la sociedad conyugal, que ya estaba de antemano liquidada, se deja virtualmente sin efecto la designacion de juez partidador hecha por el testamento;

6º Que en la liquidacion de la sociedad conyugal va envuelta la liquidacion de la herencia, i por consiguiente, no se puede ni proseguir ni renovar la accion entablada por mi parte para que se respete la designacion testamentaria; i

7º Que sobre haber fallado la *petición* de mi parte, las resoluciones atacadas hacen imposible la prosecucion del juicio porque nombrado juez partidador para liquidar la sociedad conyugal, no cabe que el partidador testamentario liquide la herencia.

Mas aun: que ha habido entre los herederos de Cortez de Monroy un pleito sobre nombramiento de juez *compromisario* aun cuando se haya tramitado mui irregularmente, es un hecho que no se presta a dudas. Igualmente indudable



¿Cuál pleito quedé remanido en primera instancia?  
 ¿Cuál resolución del 6 de Mayo i en segunda instancia por  
 No s confirmatoria del 2 de Julio. ¿Cómo se puede negar en-  
 ñonces a estas resoluciones el carácter de sentencias definiti-  
 vas? ¿Acaso lo que ellas fallaron fué alguno de los inciden-  
 tes promovidos por mi parte? ¿Acaso lo fallado no fué la  
 cuestion principal?

Tratando de explicarme la estraña paralojizacion de un  
 juez tan probo i tan intelijente como es el señor Urrutia, me  
 inclino a creer que cuando él sostiene que dichas resolucio-  
 nes no ponen término al juicio, alude al llamado juicio de  
 particiones. Pero V. E. sabe que en las particiones no hai  
 hasta ahora litis porque todos los herederos han manifes-  
 tado aceptar el testamento. El juicio en que ha incidido el  
 presente recurso no es el de particiones, que todavía no se  
 ha entablado; es el que ha versado sobre si se procede o no  
 a nombrar juez partidior; i esta causa ha quedado fallada  
 i terminada en definitiva por las resoluciones atacadas.

Supóngase V. E. que procediendo correctamente el juez  
*a quo* hubiera dado lugar a la escepcion de falta de perso-  
 nería de la señora Ceballos, i que habiendo ella sostenido  
 para defenderse la nulidad de la transaccion del 11 de Ene-  
 ro de 1897 se la hubiera mandado que entablara su accion  
 en forma. Suponga aun V. E. que entablada la accion  
 para anular la transaccion, se hubiera fallado el pleito en  
 cualquier sentido. ¿Cree V. E. que la sentencia seria inata-  
 cable por el hecho de que el juicio de particiones seguia ade-  
 lante?

En suma, el que las resoluciones del 6 de Mayo i del 2  
 de Julio se hayan dictado en forma de simples autos, con  
 abierta infraccion de los procedimientos legales, no les quita  
 su carácter genuino de sentencias definitivas, si es verdad,  
 como lo es realmente, que ellas pusieron término a la pri-  
 mera i a la segunda instancia del juicio, esto es, al juicio