

Año XIV — Abril - Junio de 1946 — N.º 56

Revista de Derecho

DIRECTOR: DAVID STITCHKIN BRANOVER
SECRETARIO: ORLANDO TAPIA SUAREZ

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
ANIBAL BASCUÑAN VALDES	
«El lecho cotidiano». Noticia de una institución singular en un manuscrito olvidado	225
BERNARDO GESCHE MÜLLER	
La constitución de pequeña propiedad agrícola	247
GERMAN MARTINEZ BUSTOS	
Constitución y saneamiento de la pequeña propiedad agrícola	267
HUGO TAPIA A.	
Del abandono de la instancia en relación con los artículos 24 de la ley de efecto retroactivo y 2 transitorio de la ley N.º 6162, que reduce los plazos de prescripción	305
DAVID STITCHKIN B.	
El mandato civil	317
Vida Universitaria	349
MANUEL LOPEZ REY-ARROJO	
Proyecto oficial del Código Penal para la República de Bolivia	361
Comentarios de sentencias para la Revista de Derecho	367
Jurisprudencia	
Alimentos	371
Protesto de cheque	379
Entrega de una menor	383
Reclamo de impuestos	389
Cobro de pesos ejecutivos	393
Impugnación de preferencia de crédito	397
Nulidad de escritura	403
Amparo posesorio	409
Nulidad de matrimonio	413
Alimentos	419

**PUBLICACIONES DEL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO
DE LA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Y DEL H. CONSEJO PROVINCIAL DEL COLEGIO DE
ABOGADOS DE CONCEPCION**

ANIBAL BASCUÑÁN VALDES.

"EL LECHO COTIDIANO". NOTICIA DE UNA INSTITUCION SINGULAR EN UN MANUSCRITO OLVIDADO

**El tratado de "Práctica Forense" de don Manuel Joaquín
Valdivieso.**

TIEMPO atrás, tuvimos la suerte de encontrar, mientras revisábamos los fondos antiguos de la Biblioteca de la Escuela de Derecho de Santiago, un manuscrito bastante extenso (1), cuya portada lo individualiza así: "//Práctica Forense/compuesta por el ciudadano/Manuel Joaquín Val/divieso/para la instrucción de/un joben su hijo.—/Copiada por el original para el/uso del Dr. Dn. Gabriel Ocampo,/en su estudio de la capital de/Chile el año de/1823//".

(1) 125 págs., la Parte Teórica; y 38 págs. (págs. 151 a 188 incl.), la Parte Formularia, con numerosísimas citas doctrinales y legales en los márgenes izquierdos. El cuerpo del texto, de letra menuda, pero clara, es de 29 x 13 cms.; y los márgenes de notas son de 29 x 4 cms. El manuscrito tiene, además, un índice general en su encabezamiento, algunas págs. con transcripción o mención de leyes coloniales; una con escasas líneas de un "Extracto (incompleto) de las Leyes de Partida", y una decena de hojas en blanco. El documento se encuentra empastado en cuero y sin catalogar.

En la Avenida Echaurren, casi esq. de Bello, del Cementerio General existe una modestísima sepultura con la siguiente inscripción: "Sepulcro concedido a don Manuel Joaquín (!) Valdivieso y su familia".

No son muy abundantes las referencias a la vida y obras de D. Manuel Joaquín Valdivieso y Maciel que podamos extraer de los libros de obligada consulta; generalmente se las halla desperdigadas en las biografías del ilustre arzobispo D. Rafael Valentín Valdivieso, el "joben su hijo" a que alude el título transcrito. Para honrar su memoria sólo tenemos una avenida del Cementerio General de Santiago, del cual fué el primer administrador, que lleva su nombre (2).

De las fuentes habituales no se desprende mención alguna sobre la existencia de la "Práctica Forense" de que damos cuenta, como tampoco de la de un Índice Alfabético Extractado de Reales Cédulas y demás disposiciones vigentes en Chile (3) confeccionado por el Sr. Valdivieso cuando desempeñaba las funciones de Oficial Mayor en la Secretaría de Gobierno, o sea, en los albores de nuestra emancipación política.

Creemos que el tratado de "Práctica Forense" no ha sido impreso en su totalidad hasta hoy. Primero, circuló en copias manuscritas — así el documento en examen, confeccionado para el uso del bufete del ilustre jurisconsulto argentino D. Gabriel Ocampo. No podemos afirmar si más tarde recibió una edición parcial; pero, anotamos que seguramente después del 20 de octubre de 1831 y, probablemente, antes de dictarse la Constitución de 1833, tiene lugar la impresión de un texto cuyo parentesco es notorio. En efecto, está a

(2) Véase la noticia bio-bibliográfica sobre M. J. Valdivieso, confeccionada por el Aydte. del Sem. de Do. Fbco., don J. L. Fuenzalida, que se incluye separadamente en esta Sección del Boletín.— N. de la R.

(3) "//Yndice /Extractado de todas las Cédulas y órdenes Reales que hacen/ ley, o forman regla en su caso, dirigidas a Chile, en el tiempo de /la dominación Española, sacado de la secretaría de este govier-/no; y dispuestas en orden Alfabético por materias de las dos pri-/meras letras por el Ciudadano Manuel Joaquín Valdivieso cuando servía allí el empleo de Oficial Mayor//". Manuscrito de 84 fs., escrito por ambos lados, numeradas de 10 a 94; de propiedad del autor de esta colaboración.

nuestra vista un folleto (4), por desgracia mutilado de su portada, con el siguiente encabezamiento: "Explicación teórica del rito y orden de proceder en los juicios"; y, al final, este título anterior: "Adiciones a la Práctica Forense, con las variaciones del Derecho Patrio". Esta obra es igual en muchos de sus pasajes al tratado de Valdivieso, si bien prescinde de la Parte Práctica o Formularia y altera levemente en la Parte Teórica, el plan de la exposición, a más de algunas aparentes correcciones, supresiones y ampliaciones en el cuerpo.

Todo lo anterior requiere de un estudio más extenso y profundo que el que nos ha sido preciso y posible para esta colaboración. Prematuro sería, por lo tanto, un juicio sobre el mérito intrínseco de la obra

(4) 104 págs. de texto, con numerosas notas al pie; una (la penúltima, s/n) contiene una "Tabla de los términos de prueba y emplazamientos", y otra (la última, s/n), el "Índice". Formato: 16,5 x 10,5 cms. El Capítulo XV comprende la "Ley del 9 de Septiembre de 1820 sobre el consentimiento paterno y familiar para los matrimonios", y las "Adiciones" —tres estudios: "conciliación", "juicio de deslin-des" y "juicios ejecutivos por deudas hipotecarias"; los textos de la "Ley de Hipotecas" de 2-II-1829 y de "leyes posteriores sobre la excepción de embriaguez", de 20-X-1831; y una "Nota Final" que cita las Constituciones de 1823 y 1828. ¿Quién aparecerá como autor en la portada perdida? ¿Figurará como "Anónima"? ¿Serán dos los autores o dos las intervenciones de un solo autor —tal vez el señor Valdivieso, en épocas diversas. Pregunto esto último, porque si bien el Cap. XV y las Adiciones abarcan legislación de Chile Independiente, una nota (la 2.ª pág. 56), que no figura en la obra manuscrita de D. Manuel Joaquín, indica haber sido redactada durante la Colonia, pues dice así: "Esto debe entenderse de la fecha en que escribió el Dr. Gutiérrez, pues hoy por resolución de S. M., con motivo del tormento dado a un soldado...". Y revelaría también que se trata de un texto primitivo de Gutiérrez, tal vez el que Briseño individualiza así: "Prontuario de los juicios, su orden, sustanciación e incidencias; escrito por el doctor don José Gutiérrez, i reimpresso en Chile con las variaciones del Derecho Patrio" (106 págs.; 4.º, 1832; Imprenta de la Independencia, Santiago)? ¿Qué relación media entre el tratado de Valdivieso con la obra anterior de Gutiérrez? ¿Será aquél nada más que extracto y adaptación de ésta para fines pedagógicos, con más el agregado original de la Parte Formularia? ¿Y el Folleto de 1832, provendrá de la labor de Valdivieso o se le emparentará únicamente por la común fuente del Gutiérrez? . . . Nos limitamos a abrir las interrogantes.

del Sr. Valdivieso, y, carente la investigación histórica de un conocimiento completo sobre la literatura y erudición jurídicas en Chile Colonial y en los primeros decenios de su vida independiente (5,I), estamos distantes de poder emitir un concepto fundado respecto a su mérito comparativo y su originalidad, pudiéndose, sí, dar por cierto —no cabría pretender que sea una excepción frente a la escasa originalidad de los publicistas españoles de la época— que tuvo por fuentes el "Gutiérrez" (vid. Nota 4), el "Febrero" (vid. Nota 7, parte final) y otros tratados semejantes.

Con somera información, cabría insinuar que, es probable, nada de la misma índole e importancia se había escrito anteriormente entre nosotros, y que los manuales y prontuarios ulteriores (5,II) — la "Práctica Forense" parece haber sido terminada entre 1820 y 1823, a juzgar por el destino que le da su autor; pero al no figurar en el cuerpo de ella mención alguna a la

(5) I.—A diferencia de la Argentina y del Perú son muy escasos los investigadores patrios contemporáneos que han trabajado monográficamente sobre estos temas: Guillermo Feliú Cruz, Eugenio Pereira Salas, Alamiro de Avila, Gustavo Cid Celis . . . y, muy particularmente, Aniceto Almeyda y Jaime Eyzaguirre, constituyen la excepción.

II.—Hay noticias que en Chile se utilizaba, a la época, por los estudiantes de leyes, un "Cuaderno de Práctica Forense", redactado en Lima, por don Gabriel Egaña (Vid. Bibliografía Nº 3, del trabajo de J. L. Fuenzalida).—El "Prontuario" de Lira se edita durante los años 1867, 8 y 9. En el prólogo de la 2ª edición, el autor cita como única fuente chilena del mismo tipo, el "Prontuario de los Juicios", de don Bernardino Vila, obra que la comisión universitaria calificadora del tratado del señor Lira, atestiguó "agotada". Los integrantes de esta comisión —Sres. Gabriel Ocampo, Jorge Huneeus y Evaristo del Campo— juzgaron el nuevo Prontuario como el "más completo y acabado que en la materia conocemos". Poseemos un ejemplar de un "Prontuario de los Juicios". Su iniciación, tramitación e incidencias. Obra útil para los abogados, bachilleres, etc." (Santiago de Chile. Imprenta del Progreso. 1844. 292 págs. de 19,5 x 12,6 cms.), que si bien figura como Anónimo, las características de su edición y una dedicatoria, a lápiz algo borrosa, nos hacen identificarlo con la obra del Sr. Vila. Pues bien, el tratado del Sr. Valdivieso muéstranos superior y más completo en general, y particularmente, por su división en Parte Teórica y Parte Formularia que no recogerá sino Don J. Bernardo Lira.

EL LECHO COTIDIANO

229

legislación patria, deberemos pensar que los materiales se encontraban reunidos ya en el primer decenio del siglo XIX (5, III)— no logran superar lo hecho por este jurisconsulto casi silenciado en el recuerdo, hasta la aparición del "Prontuario de los Juicios" de D. José Bernardo Lira. Y no está de más observar que esta última obra mantiene la división dual —Parte Teórica y Parte Práctica o Formularia—, característica del trabajo privado de Valdivieso.

La institución del "lecho cotidiano".

Integrando la Parte "Theórica", capítulo "Del Juicio de Inventarios y partición de bienes de difuntos", el Tratado de "Práctica Forense" del Sr. Valdivieso y Maciel inserta (págs. 75 y 76) el párrafo, motivo de la presente comunicación.

Su tenor literal es el que sigue (6):

"/DEL LECHO CUOTIDIANO/El lecho cotidiano corresponde á la/viuda é igualmente al marido quedando viudo, por/concederlo á ambos la Ley del fuero R. (ley 6, tít. 6, Lib. IIIº) qe. está/en uso en las más partes de estos Reynos, y dice: Si el marido ó la muger muriese, el lecho que había (?) cuotidiano, finque al vivo, e si casare fornenlo á partición/ con los herederos del muerto.— Por tanto aunque, el difunto/

III.—En esta obra de Valdivieso, salvo una cita —trunca— al final del texto y del párrafo intitulado "Adiciones útiles", no encontramos otra mención del Derecho Patrio. La cita en referencia reza así: "El Senado Consulto de 23 de Agosto de 1818 inserto en la Gazeta Ministerial del Sábado 28 del mismo mes", y puede deberse a D. Gabriel Ocampo o a alguno de sus auxiliares.

(6) Este párrafo no figura en la obra impresa en 1832 (vid. Nota 4), y si bien no es dicho trozo del todo original (vid. Nota 7), el pasaje concerniente a Chile que nos interesa para el presente estudio, se debe, sin duda, al Sr. Valdivieso.

Empleamos las mayúsculas y el tipo "negrita" para subrayar por nuestra cuenta en éste y demás textos insertos, las partes que comentaremos o que tienen especial importancia para nuestro tema.

hubiese legado al otro cónyuge el tercio ó el quinto, se/ le debe abonar el lecho, por que se lo concede la Ley,/ y no el testador, es deuda contra los bienes de este á falta//de gananciales, pero es de tener presente que el abono se/ha de hacer cuando se inventarie, pues si se omitió/inventariarse, es visto haberse quedado con él el viudo,/y la L. no le concede más que uno, que és el qe. usaban/cuotidianamente ambos consortes./

—“Por lecho cuotidiano ordino. (7) se entiende./ cuja (caja ?), colchones, cuatro sábanas, cuatro almoa-

(7) El “Diccionario razonado de legislación” de Escriche (París, 1881), nos proporciona los antecedentes que siguen: “LECHO MATRIMONIAL.— Cuando muere una persona casada, corresponde el lecho matrimonial cotidiano al consorte que sobrevive, quien si volviere a casarse, deberá restituirle a los herederos del difunto en el estado en que entonces se halle, sin abonar su deterioro, porque le usufructuó legítimamente. Por lecho matrimonial se entiende el catre o tarima en que dormían los consortes, los colchones y gergones, cuatro sábanas, cuatro almohadas, colcha, manta y colgadura si la usaban, debiendo atenderse a las facultades y calidad de las personas y a la costumbre del pueblo; las cuales cosas han de inventariarse y apreciarse para adjudicárselas al viudo o viuda, y no dinero en lugar de ellas. — El importe del lecho se ha de deducir, si hubiere gananciales, del conjunto de ellos antes de repartirlos, ó del caudal común, que es lo mismo; pero no del privado del difunto, excepto si no hubiere gananciales, y fuere costumbre en el pueblo de que aun en este caso se lleve el lecho el consorte sobreviviente. Si éste volviere á casarse, restituirá sólo el importe de la mitad del lecho cuando se dedujo de los gananciales, y el total si la deducción se hizo de los bienes propios del difunto. —No existiendo gananciales, sino por el contrario, deudas contraídas durante el matrimonio ó antes por el marido, ¿tendrá la viuda derecho á la cama cotidiana con preferencia á los acreedores? Si la cama fuere la misma que llevó la muger al matrimonio, debe ser preferida ésta a todos los acreedores, porque son bienes dotales suyos que no están sujetos a responsabilidad alguna; pero si se hubiese costeadado de los bienes propios del marido, y los acreedores tuvieren hipoteca general ó especial en las prendas de que se compone el lecho, serán preferidos a la viuda, porque ésta pretende por causa lucrativa, y aquéllos por causa onerosa. Si el lecho se hubiere adquirido durante el matrimonio, esto es, si perteneciere a los bienes ganados en dicho tiempo, y las deudas se contrajeron por ambos cónyuges, también serán preferidos los acreedores a la muger, porque la obligación comprende a ésta; pero si el marido hubiese contraído las deudas antes de casarse, sacará la muger la / (7a conclus.) mitad del lecho con la de los gananciales, porque no está obligada á satisfacer las deudas de aquél”.

das, colcha/ y colgadura, si la husaban; sobre lo qe. se ha atender/á las facultades, y calidad de la persona, especialmente/á la costumbre del pueblo, que así en orden á darse al/viudo ó viuda, como á lo que ha de contener, es la qe./rije mayormente acerca del uso de las L. L. del fuero,/como dice la 1ª de Toro: EN EL REYNO DE CHILE/POR COSTUMBRE EXECUTORIADA POR LOS TRIBUNALES, SE LES DA POR LECHO TODO CUANTO CONTIENE EL CUARTO DE DORMIR/EN CAMA, ORNATO, TABURETES, ESPEJOS, CORTINAS, REPISAS,/LAMINAS, PILA DE PLATA, BACINILLA, MESA DE ESTRADO,/CAJUELA, MATE, BRASERO. ESPEJOS, ETC./

—“Si hay gananciales se debe sacar/del total de ellos el lecho antes que se proceda/á su repartimiento, porque era común a los dos/cónyuges, y ambos lo usaban, ó del cuerpo del caudal/común, que es lo mismo, en cuyo caso el viudo paga/la mitad que es suya, y así en el de volverse á casar/se le deberá restituir la otra mitad á los herederos/de la muger. Si no hay ganancias, pero si costumbre en el Pueblo, de que aún no habiéndolos, le lleve/el otro conyuge, como sucede en esta corte, se ha de de—/ducir del caudal propio del difunto, y en este caso si/se volviese á casar le restituirá íntegra, lo cual/practican los partidores inteligentes”.

— Este planteamiento de Escriche se encontraba ya “en extenso” en el “Febrero Adicionado” (Parte IIª, Libro 1º, Cap. VI, pfo. 3º vol. 4º de la 7ª impresión, Madrid, 1818; pág. 356 y sigs.); pero, lo que es más interesante, entre los textos pertinentes del “Febrero Adicionado”, o sea, del “Febrero” anterior a la obra de Valdivieso con más las adiciones de don Diego Notario y la “Práctica Forense” hay grande similitud, hasta el punto de poderse afirmar que aquél sirvió de fuente a ésta o que ambos provienen de una fuente común que no determinamos, en lo relativo al “lecho cotidiano”. La parte absolutamente novedosa y original, en lo pertinente a nuestro asunto, de la “Práctica” es aquélla que comienza: “. . . en el Reyno de Chile, etc.”.

Comentario liminar.

El testimonio de un jurisperito, de un "práctico" (funcionario de gobierno, abogado activo y magistrado del Crimen y de la Corte Suprema), como lo fué don Manuel Joaquín de Valdivieso y Maciel (vid. la "Noticia bio-bibliográfica" de J. L. Fuenzalida), sobre la persistencia y acrecimiento en Chile, de la institución conocida por el "lecho cotidiano" no puede ser más explícito y fidedigno por el acento peculiar que coloca sobre lo criollo dentro de la noticia general y usual (vid. Nota 7).

Sin constituir, por cierto, una excepción (vid. Nota 22), es el caso de un antiquísimo germen jurídico de posible raigambre germano-cristiana (8), que,

(8) Martínez Marina. — "Ensayo histórico-crítico . . ."; (Madrid, 1834, 2ª edic. correg. y aumentada p. el autor; T. Iº, libro VIº), pfo. 62 — sugiere el origen germánico: "Celebrado el matrimonio con todas las solemnidades de derecho, y haciendo vida maridable y viviendo en uno los consortes, comenzaban desde luego a gozar del favor de una ley peculiar de España, por la cual se había establecido desde muy antiguo la legítima comunión de bienes entre marido y muger, otorgándose a ésta derecho a la mitad de las ganancias ó bienes adquiridos o multiplicados durante el matrimonio, legislación de que no hallamos vestigio en el cuerpo del derecho romano, y seguramente trae su origen de las costumbres de los germánicos conservadas por los godos . . .".

Pérez y López ("Teatro de la Legislación . . ."; T. Vº, Madrid, 1798, p. 182) indica como origen de los gananciales: "Una costumbre racional, fundada en la igualdad que la Religión conoce entre el marido y la muger, que viven unidos, el mutuo auxilio que los dos se prestan para conservar lo adquirido, y a veces multiplicarlo, y la exclusión que tienen las mugeres mismas de las herencias de sus maridos, habiendo sucesores legítimos, introdujo entre nosotros el Derecho de ganancias . . .".

La posible recepción germánica, no excluyente de la influencia cristiana, de estas formas económico-jurídicas derivadas del matrimonio y de los derechos de la mujer, es perfectamente concordante con el espíritu general del Derecho Godo de Familia y Herencia; y parecen ser de origen romano las disposiciones restrictivas de la condición de las viudas. Así, entre las "poenae nuptiarum" de la legislación del Bajo Imperio está la que "dispone que cuanto el casado en segundas nupcias haya adquirido lucrativamente del cónyuge premuerto —los llamados "lucra nuptialia"— al casarse de nuevo, pase ipso jure a propiedad de los hijos del primer matrimonio, reservándose al padre el mero usufruc-

florecente en Castilla durante los siglos XI y XII, recibe su última y circunscrita mención legal en el Fuero de las Leyes o Fuero Real (1255), y que, trasplantado a América, especialmente al Reino de Chile, en los hábitos de los conquistadores y en el valor supletorio conferido a dicho Fuero y a los fueros municipales en uso (9), rebrota y se expande más allá del restricto texto de aquél hasta aproximarse a la institución primitiva, gracias a usos y prácticas generales que adquieren valor de norma consuetudinaria "ejecutoriada" por los tribunales chilenos, de modo que podemos comprobarle en plena lozanía al comenzar el siglo XIX.

¿Cuál fué su destino ulterior? . . .

Pero, no nos precipitemos. Conveniente es, ahora, repetir, con su texto completo, la disposición III, 6,6 del "Fuero Real": "Si el marido ó la muger muriere, el lecho que habien cotidiano finque al vivo; é si se casáre tornenlo á partición con los herederos del

to". Del mismo modo la prohibición de casarse dentro del "año de luto". (Sohm, Rodolfo — "Instituciones de Derecho Privado Romano" en Bibl. de la Rev. de Do. Pvd., Serie C., Vol. I, 17, edic., trad. de W. Roces; Madrid, 1928, pfo. 84). Estas restricciones se incorporan al "Libro de los Jueces" (III, 2, 1; IV, 2, 14); el cual, gracia a su profunda romanización, está distante de representar las costumbres a que se refiere Martínez Marina y, en general, la vida jurídica de la época. El "Fuero Real" y "Las Partidas" reproducen, y estas últimas completan, dichas restricciones. Enriquez III^o, en 1401 (Nueva Rec. V, 1, 2) autorizó el matrimonio dentro del año de viudez. (Sobre "Capacidad jurídica, familia, esponsales, matrimonio—Dos, Romano, Canónico y Germano; Reino Hispano-Godo y Reconquista Castellana", el Cuad. V^o, 1929, 3^a edición, de la "Historia del Derecho Español" de Salvador Minguijón).

—La procedencia islámica habría que descartarla, pues, no obstante que este Derecho reconoce cierta independencia económica y derechos hereditarios a la mujer casada, no acepta la institución de los gananciales, ni la comunidad de bienes.

(9) La supletoriedad del Derecho de Castilla, según el orden de prelación señalado por la Ley 1^a de Toro, en defecto de Derecho Indiano, fué establecida por una Ordenanza de 1530, debida al emperador Carlos, ratificada por Felipe II^o, e incorporada a la "Recopilación de Leyes de Indias" (II, 1, 2). En el mismo sentido Cédula de 24 de Abril de 1545 (apud. R. I.; II, 15, 66) (Vid. Nota 21).

muerto". Con ella, Alfonso X, el legislador, perpetuaba en parte siquiera lo que las fuentes forales y consuetudinarias del Derecho Municipal, eminentemente espontáneo y popular, consultaron en resguardo de las llamadas leyes de "unidad" y de "viudedad"; imperantes en la organización social y familiar de la época.

"Nuestros legisladores (anteriores al "Fuero Real" y "Las Partidas") —asevera Martínez Marina (10)— para estrechar más el nudo matrimonial y dar mayor firmeza al mutuo amor de los casados y hacerles concebir ideas grandiosas del matrimonio, extendieron sus providencias y miras políticas aun más allá de la vida de cada cual de los consortes, honrando la viudedad, haciendo que se respetase la condición de las viudas y proporcionando a éstas medios de subsistir con decoro y comodidad; obligándolas por motivos de honor y de interés a permanecer en ese estado entregadas al duelo y llanto de sus difuntos maridos, y prohibiendo que ninguna pudiese contraer segundas nupcias sino después de haber pasado por lo menos un año contado desde la muerte de sus esposos".

Como una prolongación de la "vida en uno" que fué —o debió ser— el matrimonio, la consorte supérstite debía tomar manto o velo, permanecer casta y acudir a la "iglesia en días señalados a ofrecer oblaciones y hacer duelo sobre la sepultura del difunto marido" (11); y, en el orden patrimonial, un predio, con animales, enseres y útiles para su cultivo; la casa-habitación con sus implementos y muebles, en particular el lecho y sus ropas; "todo esto quando lo hobieren de consumir" perpetuaba la "comunidad" de bienes y voluntades más allá de la muerte de uno de los copartícipes.

La "viudedad", consecuencia y resguardo de la "ley de unidad", se encontraba regulada en diversos

(10) Ob. cit. (en Nota 8), Libro VIº, pfo. 64.

(11) Martínez Marina, ob. cit., Libro VIº, pfo. 67.

EL LECHO COTIDIANO

235

Fueros de Castilla, tales los de Cáceres, Cuenca y Salamanca (12, I). Este último, en la parte pertinente, dice así:

—“De la viuldidade de la vilda. — Esta es la viuldidade: una tierra sembradura de tres cafices en barbecho, é una casa é una aranzada de vina, é una vez de acenia, é un yugo de bues, é un asno, é un lechón, é un quenabe, é un lichero, é un fieltro, é dos sábanas, é dos cabezales, espetos, mesa, escudielas, vasos, cucharas, quantas hobieren de madera, escanos, cedazos, archas, vadil, calderas, escamielos, cubas é una carral de treinta medidas, todo esto quando lo hobieren de consuno tómelo entrego, é aquello que fore de parte del marido tome el medio”. (12, II).

(12) I.—Nótese que estos tres Fueros —citados por Martínez Marina (Lib. VIº, pfo. 66)— son fueros “tipos” y “troncos” de extensas familias forales.

—El “Fuero de Cuenca” consulta (Cap. X, ley XLIII) “de prerrogativa viduorum” y, entre ellas, “Viduae non sortiantur lectum . . .”; y el F. de Cáceres enuncia entre los bienes comunes que la viuda conserva: “. . . una mora ó un moro, et un lecho con quenave, ó con alfañir, et un fierro, et un cabezal, et dos sábanas . . .”. Del Fuero de Cuenca proviene el de Soria, y éste, a su vez —como lo demostró Galo Sánchez— es la fuente primaria del Fuero Real. — Un estudio más exhaustivo de los textos forales puede hacerse en la Colección de Muñoz y Romero.

II.—En el cuerpo de este trabajo, hemos circunscrito la investigación a las fuentes jurídicas castellanas. Podemos agregar aquí —a manera de incitación para nuevas búsquedas— datos sobre otras regiones. En el antiguo Derecho Aragonés (Fuero 1º de iure dotium, cit. p. S. Minguijón. — “Notas de Historia del Derecho Español”; (Zaragoza, 1923; 103 págs.), p. 48, — se escribe “que la mujer viuda poseerá, aunque tenga hijos y mientras se conserve viuda y con vida honesta, todos los bienes que tuvieron ambos cónyuges durante el matrimonio”. “Este fuero —anota el catedrático zaragozano— no distingue en cuanto a la clase de bienes, pero la práctica limitó este derecho a los inmuebles. También es de notar que este fuero sólo habla de la viuda, no del viudo”. Por nuestra parte, agregaremos que el Fuero de Jaca es amplísimo al decir (ed. de Ramos y Loscertales, Barcelona, 1927; p. 17): “40.—De biudo que se ual casar.— Tot homme que ha muyller et ha enfantz dela, sino mor la muyller et lo marit se uol casar. per for deu clamar les mas prosmans parentz de ses filtz de part la mayre, et deuant els deu lo payre partir leyalment totes les coses mobles et non mobles que el et sa muyller auen densemble . . .”.

Contra la "ley de viudedad" no podían prevalecer los intereses y derechos de los parientes consanguíneos propincuos del difunto, mientras la viuda conservare fidelidad a su memoria.

El "Fuero Real", como queda dicho y se comprueba con el texto transcrito más arriba, mantiene sólo en reducida parte la institución consuetudinaria y foral de la "viudedad": en la prerrogativa del "lecho cotidiano", "el en que quotidianamente dormían marido y mujer . . .", "puesto que la ley no da al que queda vivo la cama en que dormían algunas veces en fiestas o días de respecto, sino el quotidiano y ordinario" (13, I), el "lecho quotidiano decente á su estado, y calidad" (Vide Nota 13, II y III).

En el Fuero 1° De Alimentis dado en 1390 (Minguijón, ob. cit., p. 49) aparece el derecho limitado a los bienes inmuebles y reconocido también al varón; y se prescribe que el cónyuge sobreviviente tendrá obligación de alimentar con los productos de la viudedad a los hijos.

Con respecto a Cataluña, "En el Usatge Vidua (número 147 de la Colección) se concedió a la mujer, que después de la muerte de su marido continuase viviendo en las propiedades de éste honesta y castamente, alimentando a sus hijos, que usufructuase los bienes de dicho marido, mientras no contrajese segundas nupcias . . .". (Minguijón: ob. cit., p. 70). Brocá cita la institución como consuetudinaria, e Hinojosa ("La reception du droit romain en Catalogne") la señala apareciendo en Septimania en el último tercio del siglo X y a mitad del siglo XI en el Rosellón.

En Navarra el usufructo foral del viudo se llama "fealdad", "fidelidad" o viudedad, y es muy antiguo, pues ya lo consagra el Fuero General (cap. 3°, tit. II, libro IV) para los infanzones. En la práctica, se hace general, y para el viudo y la viuda. Comprende tanto muebles como inmuebles. (Minguijón, ob. cit., p. 85).

(13) I.—Vide Antonio Aierve de Aiora, "Tractatus de partitionibus bonorum" . . . , nueva edic. de Ioachimi Marín, Valencia, 1766, p. 47.

II.—Vide "Práctica de Testamentos en que se resuelven los casos más frecuentes que se ofrecen en la disposición de las últimas voluntades, dedicada a María Santísima del Carmen", Anónimo; Santiago de Chile, Imp. del Estado, 1820; 72 págs. (12 por 7,5 cms.), p. 12.

III.—Las "Leyes del Estilo", aplicación del Fuero Real por el Tribunal Superior de la Corte, no se refieren explícitamente a la ley 6, Libro III° en cuestión, pero aclaran diversos problemas que se suscitarán con respecto a los bienes ganados durante el matrimonio" y a los bie-

EL LECHO COTIDIANO

237

Disidentes de la tradición jurídica hispano-goda representada por las "Leyes del Fuero", y trasuntos del Derecho Romano Justinaneo, "Las Partidas" IV^a y VI^a, que hablan de los "desposorios, é de los casamientos", y de la sucesión por causa de muerte, respectivamente, favorecen menos los derechos de la mujer que la legislación anterior, y, por ende, nada estipulan sobre la institución que nos interesa, ni tampoco sobre el "derecho de gananciales" que reemplazan por la "cuarta" si la viuda no tuviese bienes propios (14). Podría considerarse, pues, fundadamente que el gran código alfonso subroga el Fuero Real.

Las Leyes reales de los siglos XV y XVI hacen, en cierto sentido, aun más precaria la condición económica de la mujer dentro del matrimonio, al disponer que su consorte pueda enajenar "si quisiere, sin licencia ni otorgamiento de su muger", los bienes ganados "durante él entre el marido y la muger"; y llegan hasta privar a la

nes propios de los consortes; entre ellos es pertinente al espíritu institucional del "lecho cotidiano" la solución de la ley 203, ratificadora de una costumbre contra ley: "Como quiera que el derecho diga que todas las cosas que han marido, é muger, que todas presume el derecho (la "praesumptio Muciana") que son del marido fasta que la muger muestre que son suyas. Pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido, y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente". En este mismo sentido la ley de Felipe II^o, inserta en la Nueva Recopilación (V, 9, 1).

(14) "Por ésta (la legislación anterior) —afirma Antequera (cit. por Salvador Minguijón, "Historia del Derecho Español", cuad. 2^o, 1925; 3^a ed., p. 134)— tenía la mujer, muerto el marido, el usufructo de sus bienes y la dote, lo cual le convenía más que la cuarta parte que le concedía (el Código de Partidas)". — La "cuarta" era para el evento que no tuviese la viuda bienes propios, y no podía ser superior a cien libras oro. Los Autos Acordados extendieron el beneficio al viudo pobre; pero el "Febrero Adicionado" anota que esto no se aplicó en la realidad. El Cuadro Legislativo sobre Bienes Gananciales es el siguiente (Pérez y López, ob. cit. en Nota 8; I: p. 181): Fuero Viejo: I, 1 — Dote, donaciones, arras; Fuero Real: III, 3, leyes 1, 2 y 3; Leyes del Estilo: 203 y 206; Ordenamiento Real: V, 4, leyes 1, 2, 3, y 4; Recopilación: V, 9, leyes 1 a 11 incl.

viuda de los gananciales —“sean vueltos los tales bienes a los herederos de su marido difunto, en cuya compañía fueran ganados”— si “viviere lujuriosamente” (15). Restablecen, sí, el régimen de gananciales (v. Nota 14); pero en ellas y en los Autos —acordados, se evita toda mención a la ley 6, tít. 6, Libro IIIº del Fuero Real o a su sustancia.

En el “Febrero Adicionado” y en el “Diccionario de Escriche” (v. Nota 7) encontramos, sin embargo, descrita la prerrogativa del “lecho matrimonial cotidiano” —así la llama éste—, o “lecho cotidiano” —al decir de aquél—, como vigente en España durante los siglos XVIII y XIX, respectivamente; regulada por la costumbre y debatida por los juristas en diversas de sus modalidades y consecuencias jurídicas y económicas; pero manteniendo el contenido material de la institución en concordancia con su nombre y con lo dispuesto en el Fuero de las Leyes. Finalmente, el Código Civil Español (1889), en su Art. 1418, dispone: “Disuelta la sociedad, se procederá, desde luego, a la formación del inventario...”; y el Art. 1420 marca la excepción al tenor del Fuero Real y de los usos: “No se incluirán en el inventario los efectos que constituyan el lecho de que usaban ordinariamente los esposos. Estos efectos, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva”.

Más, la Praxis Jurídica —el Derecho Vivido— se nos revela, a través del testimonio del jurisperito chileno, vencedora de las restricciones legales y supletoria del silencio de la ley, al restaurar en un remoto territorio de América, no sólo la prerrogativa del “lecho cotidia-

(15) Ley 5ª de Enrique IV., dada en las Cortes de Nieva, el 28 de Octubre de 1473, cit. p. Benito Gutiérrez, “Códigos”, Madrid: 1881; T. Iº, p. 616.

EL LECHO COTIDIANO

239

no", sino las leyes de la "viudedad" y la "unidad", en una de sus manifestaciones prístinas más sencillas y humanas: la perpetuación del hogar.

Podrán observarse diferencias entre el burdo y utilitario enunciado de los fueros primitivos: "un lecho con quenave, ó con alfañir, et un fierro, et un cabezal, et dos sábanas..."; "espetos, mesas, escudielas, vasos, cucharas..."; y la concepción más suntuaria, a la vez que íntima, revelada por la noticia de Valdivieso: "cama ("caja, colchones, cuatro sábanas, cuatro almoadas, colcha y colgadura...");" ornato, taburetes, espejos, cortinas, repisas, láminas, pila de plata, bacinilla, mesa de estrado, cajuela, mate, brasero..."; pero, salvando épocas y grados de civilización, el sentido permanece idéntico.

Llegado es el momento de volver sobre la pregunta incontestada en las primeras líneas de este Comentario: ¿Cuál fué el destino ulterior al testimonio de Valdivieso, de la institución del "lecho cotidiano"?

No nos ha sido posible realizar una investigación en archivos, y por lo que concierne a los fallos aparecidos en la Gaceta de los Tribunales y de la Instrucción Pública, la revisión somera de los tomos publicados hasta 1857, que alcanzamos a hacer, no arrojó noticias del problema de nuestro interés. Tanto esta tarea como la ampliación toda del presente trabajo, que sólo ambiciona ser noticia y sugerencia, queda propuesta a los estudiosos de la Historia del Derecho.

En lo concerniente al período contemporáneo, o sea, a partir de la vigencia del Código Civil, nuestras búsquedas preliminares —y únicas que hemos alcanzado a practicar— se orientaron primero por las huellas que trazó el Sr. Arturo Alessandri Rodríguez en su

"Tratado Práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada" (16). Lo más atinente a nuestro asunto que encontramos es la disposición, doctrina y jurisprudencia del art. 1739, inciso final, del Código Civil Chileno.

Dice así el artículo en referencia: (inc. 1º) "Toda cantidad de dinero y cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualesquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario" (Vid. Nota 13, III). Y el inciso último sienta la excepción: "Sin embargo, se mirarán como pertenecientes a la mujer sus vestidos, y todos los muebles de su uso personal necesario".

Las indicaciones expresas de Fuentes que se contienen en algunos de los Proyectos del C. Civil sólo mencionan la Novísima Recopilación (X, 4, 4) y Matienzo como antecedente del inciso primero citado; pero nada señalan para el precepto de excepción. Por su parte, el Sr. Alessandri Rodríguez (Arturo) no deparó gran interés a la "historia fidedigna del establecimiento" de esta última ley, y su preocupación se dirige a teorizar sobre ella fundándose en Planiol (17) y en cinco sen-

(16) Imp. Universitaria, Santiago, 1935; págs. 869; vid. pfo. 214.

(17) Su "Tratado elemental . . ." (10ª edic.; T. III, Nos. 896, 918 y 919). El maestro francés, tras un breve estudio sobre la organización de la comunidad matrimonial desde el siglo XVI al XVIII, nos brinda (pfo. 918) la siguiente aseveración: "Il est assez rare de trouver dans la communauté légale des meubles qui soient restés propres à l'un des époux, à cause du principe ancien qui rendait commun tout le mobilier"; y aboga porque la jurisprudencia tenga un criterio más liberal basada en el "carácter personal del bien". "La communauté —afirma— ne doit pas absorber tous les intérêts des conjoints. Les biens et les droits dont le caractère n'est pas compatible avec l'existence de la communauté et qui constituent des droits de la personnalité doivent rester propres . . .".

tencias de tribunales chilenos que aplican el Art. 1739, último inciso (18).

A juicio del tratadista nacional: "Reúnen ambas circunstancias (requeridas por la ley: ser personales y necesarios) los muebles de dormitorio, los baúles, y los útiles de lavatorio de los cónyuges, el uniforme y las armas de los militares, las argollas de matrimonio, las alhajas de uso diario y constante, los utensilios indispensables para el trabajo de los cónyuges...". Se inclina este autor porque los caracteres de "personalidad" y "necesariedad" deriven "de la naturaleza de los bienes" (Vid. Nota 18); y no de la situación social de los consortes. Aboga, además, en el sentido de que lo dispuesto en el inciso final del Art. 1739, no obstante la restricción de su texto (a la mujer), debe aplicarse también al marido, por cuanto "existe la misma razón: no es posible privar a los cónyuges de bienes que les son necesarios para la vida diaria y para el ejercicio de sus actividades".

La ejemplificación del "Tratado práctico...", su defensa de la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre, y los casos de jurisprudencia por él aducidos (vid. Nota 18), se encuentran notoriamente próximos a la institución que nos testimonia Valdivieso, y, aun de

(18) La Sentencia Nº 1888 del año 1877 (Gaceta respectiva, p. 977) acepta como bienes de esta índole: "Cuatro roperos de caoba o cedro; un laboratorio grande con espejo i mármol i sus útiles; un velador de caoba i mármol; un peinador de jacarandá con espejo, conteniendo útiles i ropa de la Señora Saavedra...; un catre de fierro con cama y un catre de bronce ancho con cama". La Nº 682, de 4 de Noviembre de 1859 (public. en la Gaceta de 1860) expresa: "... que los muebles pedidos... más bien corresponden al uso común de la familia, pues las sillas, mesas i espejos no tienen en este caso una ocupación particular como lo tendría la cama, baúles, ropero, belador, etc., que son propiamente destinados al uso exclusivo de la mujer...". Y la Sentencia Nº 365 de 1885 dice precisamente lo contrario de lo que alaba en ella el Sr. Alessandri, o sea, que la "necesariedad" del bien se debe apreciar en relación a la "posición social" de los cónyuges y no a la naturaleza del mismo, y en tal virtud reconoce un carruaje como del dominio de la viuda.

la "viudedad" primitiva. Y es así como, a juicio nuestro, no es exclusiva, ni siquiera primordialmente, en virtud del "carácter personal" del bien —aserto de Planiol, ni de su necesidad objetiva o intrínseca—, tesis del Sr. Alessandri —sino, precisamente, en razón de la perfecta comunidad natural que sobre él existió—, tal el caso de los muebles de dormitorio, en particular del lecho conyugal ordinario—, y del consenso y exigencia de la sociedad en razón del estado y calidad de los interesados —véase el fallo de 1885 sobre el dominio de un carruaje—, que ciertos bienes "se mirarán como pertenecientes" al cónyuge sobreviviente; y, por lo tanto, éste tendrá derecho a retirarlos de la masa de bienes (Art. 1770 del C. C. Ch.), excluyéndolos del proceso particional.

En la pugna de intereses trabada entre la comunidad o sociedad conyugal que se extingue legalmente con la muerte de uno de los consortes, pero se prolonga real y efectivamente en y en torno del supérstite; y, de otra parte, los herederos del difunto, la Ley se resuelve, en general, por éstos. Sin embargo, el Derecho favorece a la viuda o el viudo con aquellos bienes que por haber sido tan perfectamente comunes o —el opuesto— tan personalísimos y necesarios, su conversión en dinero y partición sería anti-institucional e injusta.

Es evidente, sin embargo, que la disposición del C. Civil en examen se aparta formalmente de la institución tradicional hispano-americana y chilena, y esta variante en los términos lleva a sus comentaristas a hurgar en fuentes exóticas, incurriéndose en injusto olvido de la Historia Interna del Derecho Patrio.

¿De dónde proviene la nueva redacción del Art. 1739, inciso final? ¿Existe en ella creación personalísima de D. Andrés? No estamos en condiciones de formular una respuesta; y, además, ello nos llevaría muy lejos de la meta inicial de este modesto trabajo. Quisié-

EL LECHO COTIDIANO

243

ramos, en todo caso y con miras a despertar el interés de los especialistas, recordar que el C. Francés (Arts. 1481 y 1570) grava a los herederos del marido con los gastos de luto de la viuda; y el Art. 1492 del mismo permite a ésta, en el caso de renuncia a la sociedad, retirar su ropa blanca y vestidos. En el mismo sentido, los Arts. 1417 y 1428 del C. Napolitano. El Art. 2385 del C. de Luisiana prohíbe que en ningún caso sean comprendidos en el inventario, la ropa, los vestidos y ropa blanca de la mujer. El Art. 436 del C. Prusiano, título 1º, parte 2, manda que la viuda lleve luto por un año y el marido por seis meses; "pero calla sobre los gastos". Los antecedentes anteriores —ninguno relativo al "lecho cotidiano"—, la cita de la ley 6, tít. 6, Libro III del Fuero Real y, en seguida, esta reflexión: "Sobre el vestido ordinario no había (en España) ley expresa, pero sí práctica general y constante", figuran en las "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español" (Art. 1301) de García Goyena, que D. Andrés, como es bien sabido, tuvo a la vista para su trabajo. El Art. 1342 del Proyecto de García Goyena, rezaba así: "No se incluirán en el inventario los efectos que compusieron el lecho de que usaban ordinariamente los esposos, y se entregarán libremente al que de ellos sobreviva. También se entregará libremente a la viuda su vestido ordinario". En consecuencia, con estos antecedentes históricos, el C. Civil Español de 1889 (Art. 1420 más arriba transcrito), y varios Códigos de América revitalizan la tradición hispanoamericana; el de Méjico, Art. 203: "Disuélta la sociedad se procederá a formar inventario, en el cual no se incluirá el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, que serán de éstos o de sus herederos"; el del Perú, mucho más amplio, Art. 200, inc. 2º: "No se incluirá en el inventario el menaje ordinario de casa, que se entregará al cónyuge sobrevi-

viente..."; y el de Uruguay, Art. 1975: "No se incluirán en el inventario los efectos que compusieren el lecho de que usaban ordinariamente los esposos, y se entregará libremente al que de ellos sobreviviere...". Otros Códigos de este Continente, el ecuatoriano, v. gr., nada dicen sobre el "lecho ordinario". Y nuestro Código Civil, como ya hemos visto, establece una nueva o, en todo caso, diversa fórmula cuya equidad, eficacia técnica y proyección social-económica son discutibles.

En el orden histórico-jurídico, la fidedigna prueba proporcionada por D. Manuel Joaquín Valdivieso sobre la subsistencia en Chile, a principios del siglo XIX, de la institución del "lecho cotidiano" con un contenido más amplio que el autorizado por la disposición legal pertinente, nos sugiere las siguientes conclusiones provisionarias:

I^a—El "uso" generalizado de Fuero Real, o sea, la aplicación efectiva, en Chile Colonial, del 2º Grado de prelación de las leyes de Castilla en la forma señalada por la 1ª de Toro, a la cual se remite la ley incorporada a la Recopilación de Leyes de Indias (II, 1, 2), sin que Las Partidas —3.er Grado en dicha prelación— prevalecieran en la práctica judicial, como se piensa y explica generalmente (19), al menos en lo que se refiere a la ley 6ª, título 6º, Libro IIIº del Fuero de las Leyes.

IIª—La primacía, entre nosotros, de la institución consuetudinaria y foral castellana de la "viudedad" por sobre el tenor literal, restringido, de la ley 6, tit. 6, Li-

(19) Este "uso" generalizado del Fuero Real permite explicarnos la dictación por el Gobierno de la República de Chile, de un Decreto Especial, firmado por Prieto y Egaña, el 28 de Abril de 1838, para reconocer el valor legal y la preferencia de las "Leyes del Estilo" con respecto a aquél, el cual aplican y complementan.— El Prof. Jorge Basadre expresa ("Historia del Derecho Peruano", Lima, 1927; p. 232): "Teóricamente existía un orden de prelación de lo más nuevo sobre lo más antiguo. Sostienen algunos historiadores americanos, sin embargo, que, en el hecho, los jueces optaron por aplicar preferentemente las Par-

EL LECHO COTIDIANO

245

bro IIIº, de manera que a los cónyuges supérstites "se les da por lecho todo cuanto contiene el cuarto de dormir", aun no habiendo gananciales (20).

IIIº—La "ejecutoria" otorgada por los tribunales chilenos y la "práctica" por los "partidores inteligentes", durante la Colonia, de costumbres positivas contra ley y en defecto de ley, con aceptación explícita de un contenido material genérico bajo la denominación específica—casi simbólica— de "lecho cotidiano".

IVº—La posibilidad de nuevas investigaciones en fuentes doctrinarias, judiciales y notariales, indianas, para comprobar si se hacía valer o no "el uso y guarda" en "villas y lugares" de América, de fueros municipales trasplantados de Castilla u otros reinos peninsulares (21), lo que explicaría—en caso afirmativo— mejor que la sola invocación del Derecho Consuetudinario, la persistencia varias veces secular de muchas instituciones.

Vº—La insuficiencia e inexactitud de todo pretendido conocimiento de la realidad jurídica indiana, que se

tidas. A su vez, otros investigadores objetan que las Partidas fueran aplicadas preferencialmente sólo en lo que respecta al libro de ellas dedicado al Derecho Procesal. Esta última opinión parece la más exacta". "E. Martínez Paz — cit. p. R. Levene ("Introducción a la Historia del Derecho Indiano". B. Aires. 1924; p. 337) — considera que no todos los códigos a que aluden las leyes de prelación fueron tenidos en cuenta en América, estimando que sólo las Partidas y leyes de Indias fueron "conocidas y aplicadas", y Cabral Texo asevera: "... las Partidas continuarán en vigor, subsidiariamente, bajo el aspecto legal, pues ante la realidad de los hechos las Partidas se aplicaron en primer término".

(20) El "Febrero Adicionado" (Parte IIª, Cap. VIª, pfo. IIIª, N° 53) enuncia que tratará tres puntos, entre ellos: "el lecho quotidiano del cónyuge supérstite", "bien que de poco momento (1), y no tocados, ni resueltos por los A. A. como corresponde". Sin duda que los dos calificativos primeros no consideran la significación espiritual y social, sino económica y jurídica de la institución regulada por el Fuero Real, y, en todo caso, ellos no se compadecen con la institución foral primitiva, ni tampoco con su modalidad chilena, pues "todo cuanto contiene el cuarto de dormir" implica corrientemente una cantidad considerable de bienes con importante valor económico y de afección.

(21) En la parte pertinente, la ley 1ª de Toro dice así: "... y en lo que por ellas (leyes y ordenamientos) no se pudiese determinar mandamos que se guarden las leyes de los fueros, así del fuero de las

base en la mera estructura preceptiva, extraída únicamente de los textos legales, máxime si entre éstos no se maneja nada más que la Recopilación de 1680, la Recopilación de Castilla y Las Partidas (Vid. Nota 19).

VI^a—Como corolario de la conclusión anterior, la necesidad de ampliar, coordinándose al efecto todos los centros de investigación, los estudios de Historia Institucional Americana más allá y dentro de los marcos de las formas legisladas, hasta captar su sentido económico-social-moral-psicológico-cultural profundo.

VIII^a—Generalizando, a manera de hipótesis directriz, para ulteriores trabajos: América Colonial sería en muchas de sus instituciones primarias, trasplante y prolongación de la Reconquista Cristiana, fecundo y duradero renacer de la España del Medioevo, mientras la Madre Patria vive la Edad Moderna (22).

leyes, como las de los fueros municipales que cada ciudad, ó villa ó lugar tuviere, en lo que son ó fueren usadas y guardadas en los dichos lugares . . . ". De este texto, en su interpretación gramatical, parecería desprenderse la exigencia de la prueba de uso como común para el Fuero Real ("fuero de las leyes" y los fueros municipales; sin embargo, la realidad y no pocos tratadistas señalan otra cosa.

—Otra interrogante es la de si el "Fuero Juzgo" tiene cabida en esta prelación. Alamiro de Avila ("Esquema del Derecho Penal Indiano", M. de F., p. 30) se pronuncia por la negativa, y Ricardo Levene por la afirmativa. La solución deberá encontrarse en el estudio de los casos; como así mismo, si, de aplicársele, se le daba el carácter de código nacional o, simplemente, de fuero local.

—Por último, es de interés preguntarse si las audiencias, que se regían por las normas generales de los tribunales de Valladolid y de Granada, y los cabildos, que corresponden no pocas veces a ciudades y lugares fundados de acuerdo con las garantías jurídicas de las poblaciones de origen de sus futuros vecinos, aplicaban los fueros municipales peninsulares.

(22) Comprueban esta hipótesis —cuya paternidad, por cierto, es compartida por muchos—, entre otros, los siguientes ejemplos: adelantados, alcaldes, jueces especiales (de vagabundos, de borracheras, de mesta, de hermandad, etc.), justicia mayor, etc.; cabildos abiertos, procuradores de ciudades, cortes, garantías municipales, comunidad rural; capitulaciones (carta-pueblas), encomiendas, repartimientos; chancillerías y audiencias; fueros clasistas; mesta, hermandades, gremios; colegios y universidades; etc., las más de estas formas jurídicas desaparecidas o declinantes en su país de origen, y lozanas en las tierras de recepción, durante la Edad Moderna y no poco de la Edad Contemporánea.