



NOCIONES DE DERECHO CIVIL

DERECHO DE FAMILIA

NOCIONES DE DERECHO CIVIL



Tomadas de las lecciones dadas por el
DR. EDUARDO PRAYONES

EN LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES
EN EL CURSO DE 1914

Compiladas y arregladas para uso de los estudiantes por

Luis A. Podestá Costa

DERECHO DE FAMILIA

2.^a EDICIÓN

Editor: CENTRO ESTUDIANTES DE DERECHO

BUENOS AIRES
OTERO & CIA. - IMPRESORES
1917

| | |
|-----------------------------------|----------|
| BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA | |
| Nº. DE ORDEN | 49.790 |
| UBICACION | C 2226 J |

Centro Estudiantes de Derecho

Fundado el 17 de Julio de 1905

COMISIÓN DIRECTIVA

PERÍODO 1917 - 1918



Presidente: Eduardo J. Bullrich.
Vice-Presidente: Raymundo M. Meabe.
Secretarios: Ernesto J. Tissone.
Fernando M. Valenzuela.
Tesorero: Eustaquio A. Mendez Delfino.
Pro-Tesorero: Horacio García Rams.

DELEGADOS

6.º año: Tomás D. Casares.
Francisco F. Contte.
5.º año: Bonifacio Bidau.
Rodolfo Senet.
4.º año: Juan Prat.
Ricardo Lavallo.
3.º año: Enrique P. Torino.
Eduardo Williams.
2.º año: Otto Rodriguez Burmeister.
José A. Frias.
1.º año: Adolfo Orma (hijo).
José Piñero.

DIPLOMACIA

2.º año: José A. Delpiano.
1.º año: Emilio Oliva.

NOTARIADO

3.º año: Silvio J. Serra.
2.º año: Francisco Segovia.
1.º año: Beltrán Tailhade (hijo).



Dos palabras

Estas nociones debían ser exclusivamente para mi uso personal. Su publicación no significa otra cosa que facilitar a los que no escucharon la palabra del maestro la síntesis de su exposición.

No existen en el orden nacional libros didácticos de derecho civil. No es posible valerse exclusivamente de manuales extranjeros, porque nuestras instituciones tienen vida propia. Los antecedentes patrios, leyes, decretos, jurisprudencia, etc., están dispersos. El concepto argentino de nuestro derecho lo escuchamos sólo en el aula.

Cuando haya un libro nacional que responda a las necesidades de la enseñanza, estos apuntes no tendrán razón de ser. Mientras llega esa hora, permitirán, al menos, seguir al profesor en su exposición.

El doctor Prayones me dijo al leerlos: «Son mis ideas, pero no olvide usted que se trata de un curso integral de dos horas semanales, donde apenas se pueden explicar los principios».

Esta circunstancia indica que en muchas materias el profesor no ha desarrollado el tema con la extensión que hubiera deseado, y que debemos completar nuestra preparación, como nos dijo muchas veces, con el estudio directo sobre las fuentes.

LEIS A. PODESTÁ COSTA.

NOTA — Esta segunda edición es la copia de la anterior, con el agregado de la última jurisprudencia.

Agosto de 1917.





1. — Concepto de la familia. — 2. — Condiciones de su existencia. —
3. — Definición.

1.—Concepto de la familia.

La familia se nos presenta como una realidad. Su concepto nos es habitual. El estudio jurídico de la misma debe comenzarse por la observación de los hechos.

Esa observación nos demuestra que el hombre necesita ser procreado y que su existencia es limitada en el tiempo. Sér transitorio, está sometido a las leyes naturales que regulan la vida orgánica.

Esas leyes aplicadas al hombre son: la ley de los sexos y la ley de la muerte.

Los organismos se dividen en monocelulares y bicelulares. Son bicelulares aquellos que para la reproducción requieren la unión de dos células de naturaleza diferente. Cuando éstas se hallan en individuos distintos aparecen los sexos. Es necesaria la conjunción de los sexos para que se cumpla el fin impuesto por la naturaleza, es decir, la reproducción, o sea la conservación y propagación de la especie.

El hombre pertenece a los organismos bicelulares. Aislado, desaparecería del universo. Necesita su complemento natural: la mujer. La naturaleza puso diversa calidad de células en ambos sujetos para que al unirse dieran nacimiento a un nuevo sér.



Hay, pues, una noción fundamental en el origen de la familia: la necesidad de que los sexos se unan para propagar la especie.

En la escala zoológica inferior esa unión es instintiva, fatal e irresistible. En el hombre se encuentra también el instinto, y en las épocas primitivas no se desempeña en forma superior a la de los demás seres. Sólo la civilización consigue atemperar los primeros impulsos, que se transforman con la educación. El instinto genésico pasa así a ser sentimiento; y lo que en el animal es fatal, en el hombre se vuelve acto inteligente y reflexivo. Nace entonces una nueva ley que va a regular la especie humana la unión de los sexos: es la ley psicológica del amor.

Los seres de las especies inferiores se unen más o menos al azar. En la especie humana interviene la elección de cada uno de los sexos con relación al otro. Esta elección requiere ciertos elementos para que cada uno de los seres se halle en condiciones de ser elegido. Se produce entonces, tanto en el hombre como en la mujer, el deseo de agradar, es decir, de colocarse en condiciones de ser elegido.

“A esto, se ha dicho, se consagra cada uno con exclusión, y no tiende a otra cosa que a producir su felicidad; vive más en su opuesto que en sí mismo, y antes bien hace consistir su propia dicha en labrar la de la persona objeto de su preferencia: se ha hecho *altruista*. Por eso el amor es un sentimiento altruista, que consiste en satisfacer el *egoísmo del otro*.”

Esos hechos, una vez que aparecen en la vida jurídica, entran en la órbita del derecho. Este tiene que condicionarlos. La familia se organiza según las condiciones naturales necesarias para su mejor desenvolvimiento. Estudiadas esas condiciones, tendremos el concepto jurídico de la familia.

2.—*Condiciones de su existencia.*

Son de orden físico, moral y económico, y se refieren: a) a la constitución; b) existencia; c) subsistencia; d) disolución.



| | | |
|------------------|------------|--|
| a).—Constitución | esenciales | edad inteligencia libertad voluntad |
| | formales | consentimiento forma |

La primera condición esencial es la *edad*. El sér no tiene aptitud para reproducirse en cualquier momento de su desarrollo. Requiere para ello una edad determinada. La naturaleza se encarga de fijarla, señalando cuándo ha llegado la pubertad en el hombre y la nubilidad en la mujer, es decir, la capacidad fisiológica. La legislación positiva no hace sino precisar el momento en que generalmente llega, estableciendo una presunción de capacidad. Entre nosotros el Código la establece en doce años para la mujer y catorce para el hombre.

Pero aunque el hombre a los catorce años tenga las condiciones físicas necesarias para poder formar familia, carece del completo desarrollo intelectual, que la ley supone se alcanza a los 22 años, y por eso no tiene libertad absoluta para contraer la unión. Necesita del consentimiento paterno. Sólo la plenitud de capacidad física y psíquica, es decir, después de la mayor edad, autorizan a formar una familia sin dependencia de autorización alguna.

El segundo requisito es el de la *inteligencia*", en el sentido que se da a esta palabra en el derecho, como base de imputabilidad de los actos. Es menester que sea un hombre consciente el que va a constituir una familia, porque va a ligar su persona sin límites en el tiempo y a tomar a su cargo una serie de obligaciones.

El individuo que no está en su *perfecta razón*, según la terminología legal, no se encuentra en condiciones de formar una familia.

El tercer requisito es la *libertad*, o sea obrar espontáneamente, porque, como decían los canonistas, no se trata sólo de la compenetración de los sexos, sino también de la compenetración de las almas. No se forma la familia para sa-



tisfacción exclusiva de las necesidades materiales, sino también para alcanzar la plenitud de los goces superiores del espíritu.

Una serie de principios morales y filosóficos van a unir a los dos seres; y entonces es menester obrar por determinación propia y exclusiva, siendo árbitro único en la elección. Cuando la libertad falta, la misma ley positiva se encarga de disolver la unión.

El cuarto requisito — *la voluntad* — abarca los anteriores. Cuando se tiene la edad requerida, existe la suficiente inteligencia para poder terminar los actos y se ha realizado la elección, es necesario, además, que se obre con la decisión de constituir una familia, que haya conformidad con la permanencia en la comunidad de vida, pues de lo contrario habría sólo una unión pasajera, sin los signos característicos de la familia.

Las condiciones formales son dos: el consentimiento prestado sin los vicios que lo anulan y la forma propiamente dicha, que el derecho solemniza en el acto que se llama *matrimonio*, y cuyos requisitos veremos después.

| | | |
|----------------|---|-----------|
| b).—Existencia | { | armonía |
| | | igualdad |
| | | fidelidad |
| | | unidad |

Constituida la familia, va a cumplir sus fines, y para que éstos no se frustren es necesario, ante todo, que haya *unidad*, sin la cual no habría cohesión en sus elementos componentes. La familia, siendo en su esencia una de las sociedades naturales totales, en el sentido de que cumple todos los fines para con el individuo, necesita tener dirección. Por sus condiciones físicas, por su fuerza y su iniciativa, por todos los demás caracteres que separan física y psicológicamente al hombre de la mujer, la dirección de la familia está confiada al hombre. Esa dirección, aunque suprema, no implica desigualdad, ni exclusividad. Ambos cónyuges son iguales para la ley, pero el marido tiene los poderes de dirección y re-



presentación sin que ello excluya que la organización interna del hogar, todo lo que significa dirección y manejo de la casa, corresponda a la mujer.

El segundo es el requisito de la *fidelidad*. Si hemos dicho que debe haber una compenetración entre los dos seres, no sólo del punto de vista material, sino también moral e intelectual, es indiscutible que esta unión debe participar de cierto carácter absoluto. El amor, como sentimiento, es exclusivo: no admite coparticipación. De ahí la necesidad de la fidelidad de parte de ambos cónyuges, es decir, la obligación de monogamia. Un hombre para una mujer. En los países en donde existe la poligamia los vínculos de familia se presentan relajados, porque la unidad falla cuando no hay fidelidad. El matrimonio supone, pues, la promesa de continuar siempre como se ha formado, de una manera exclusiva el uno para el otro, en mira de la prole.

La tercera condición es la *igualdad*. La misma consideración debe dispensarse al hombre que a la mujer. Las restricciones legales que se encuentran corresponden al ejercicio de los derechos. Antes el concepto era distinto. Es sabido que entre los romanos la mujer estaba sujeta siempre a una potestad: cuando soltera, a la potestad del padre; si era casada, a la *manus* del marido, y si viuda, a la potestad de uno de los *agnados*. En la época moderna, mientras el padre existe, ella le está sometida en razón de la unidad de la familia; pero una vez fallecido, adquiere todos los derechos que correspondan a aquél. Cuando el esposo sufre una incapacidad, la mujer le reemplaza en la dirección y es su curadora. Esto significa que ambos cónyuges están en un mismo pie de igualdad.

El último requisito es la *armonía*; es decir, que los fines deben realizarse sin absorberse ni sacrificarse. La armonía supone el respeto mutuo entre ambos cónyuges, el respeto de los hijos hacia los padres y el cariño de los padres hacia los hijos.

En el orden de la familia, hemos de encontrar que las personas que la constituyen desempeñan el papel de protector y protegido; educador y educado; beneficiante y beneficiado. Esos caracteres no se pierden aunque pasen muchos



años y llegue la vejez. Tal armonía es lo que da fuerza y vigora la familia y hace que sea la piedra angular del edificio social.

c) La tercera condición, indicada bajo la designación de *subsistencia*, comprende el patrimonio familiar.

Es indudable que la familia, como entidad distinta de sus miembros, necesita de un patrimonio que le garantice el cumplimiento de los fines a que obedece. Pero no hay que confundir lo que se llama el patrimonio familiar con los bienes personales de los cónyuges o con los bienes de las demás personas que componen el grupo. Tampoco hay que confundir el patrimonio familiar con lo que se llama el patrimonio de la sociedad conyugal, es decir, el capital que se forma con el aporte de cada uno de los cónyuges. Nos referimos aquí a un patrimonio especial, que no se encuentra dentro de nuestro Código, pero que las necesidades sociales obligaran a crearlo, como propiedad de la entidad "familia" y para evitar la disgregación de ésta.

d) Queda por último a considerar la "disolución". Es de naturaleza de la familia el carácter de permanencia. Este carácter puede desaparecer por la nulidad del vínculo, pero la indisolubilidad es de su esencia.

Si la familia tiene por objeto la propagación de la especie, no se concibe que los seres se unan un día para separarse al otro. Los hijos requieren la protección de los padres hasta que estén en condiciones de bastarse a sí mismos.

Sin embargo, en la organización legal de la familia hay dos doctrinas fundamentalmente opuestas.

Una considera que la familia debe tener un carácter indisoluble absoluto, sean cuales fueren las circunstancias sobrevinientes después de su constitución; otra que afirma que el matrimonio es uno de los tantos contratos del derecho civil, y que lo que el contrato forma el distracto lo resuelve.

Al estudiar el divorcio volveremos sobre este punto.

3).—*Definición.*

Podemos, pues, sintetizar el concepto estudiado, diciendo que la familia es una sociedad total, natural, fundada en

la relación conyugal con los sexos, cuyos individuos, además, se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la propagación, conservación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana.

Descansando la familia en un hecho natural, la legislación positiva sólo tiene que condicionarla. Es inútil que la ley quiera crear la familia; es inútil que quiera hacerla disoluble o indisoluble. La ley es impotente contra los hechos de la naturaleza. La familia tendrá el carácter de disoluble o indisoluble según cuáles sean las condiciones naturales en que ella se desarrolle. Es una pretensión vana de los legisladores querer cambiar la constitución de la familia, imponer el divorcio donde no puede existir, o rechazarlo donde las costumbres lo piden. Cuando todos los elementos constitutivos estén disgregados, cuando no hay cohesión de fidelidad, la familia desaparece; la civilización retrocede. A la inversa, cuando en el hecho aparezca la unidad, los ataques legales a la permanencia, a la indisolubilidad, serán ineficaces.

Es indiscutible que la misión del legislador consiste en favorecer y consolidar los elementos que dejamos explicados.





- 4.—Origen de la palabra matrimonio. — Sinonimias. — 5.—Naturaleza del matrimonio. — Aspectos natural, civil y religioso. — 6.—Caracteres que presenta. — 7.—Opinión del Doctor Vélez Sarsfield. — 8.—Definición.

4.—*Origen de la palabra matrimonio.—Sinonimias.*

¿Cuál es el origen y la acepción de la palabra *matrimonio*? Viene del latín *matris-munium*, que significa *oficio o carga de la madre*. Los códigos antiguos, cuya redacción no era preceptiva y sintética como la de los modernos, sino que procuraban explicar la razón y motivo de sus disposiciones, definen el matrimonio, como la ley 2, Título 2, de la Partida 4.^a, en esta forma: "Matris et munium, son palabras de latín, de que tomo nome matrimonio, que quier dezir tanto en Romance, como officio de madre. E la rason porque llaman matrimonio al casamiento, e non patrimonio, es esta. Porque la madre sufre mayores trabajos con los fijos, que el padre. Ca como quier que el padre los engendra, la madre sufre muy grand embargo, con ellos, de mientras que los trae, e sufre muy grandes dolores quando han de nascer, e después que son nascidos, y muy grand trabajo en criar a ellos mismos por si. E demas desto, porque los fijos mientras son pequeños, mayor menester han de la ayuda de la madre que del padre. E por todas estas razones sobredichas, que caben a la madre de facer, e non al padre: por ende es llamado matrimonio, e non patrimonio."



En las Decretales de Gregorio IX se dice que para la madre el niño es antes del parto oneroso; doloroso en el parto y después del parto gravoso, por cuya razón al enlace del hombre y la mujer se ha llamado *matrimonio*.

El concepto del matrimonio encierra la idea que corresponde a la realidad de las cosas: *oficio o carga de la madre*. Tiene un sentido más limitado que la palabra *familia*, que, según las investigaciones de los filólogos modernos, se refiere más a la idea de habitación, residencia, vestido, hogar.

La palabra *matrimonio* no es exclusivamente usada en las leyes en todo, lo que se refiere a las relaciones legales de los dos sexos. Hay al respecto una serie de sinónimos, que no sólo son de uso jurídico, sino también vulgar.

Al matrimonio le llamamos *nupcias*, y empleamos generalmente este término para referirnos a un segundo matrimonio. Procede del latín *nubo, nubere*, cuyo supino es *nuptum*, que significa *velarse*, recordando la antigua costumbre de que las mujeres que iban a contraer matrimonio se cubrían el rostro con un velo.

También se emplea *consorcio* (de *cum* y *sors*), como indicando que se ha de correr una suerte común.

Finalmente, es de uso corriente hablar de *casamiento*, porque la costumbre es que el hombre lleve la mujer a su casa; y de ahí *casado*.

A estos tres sinónimos se agrega el vocablo anticuado *conyungo* (de *cum* y *jugum*), yugo común, como para significar que las cargas del matrimonio deben soportarse por igual por quienes lo forman. Hoy sólo se emplea el objetivo *conyugal*.

En dos acepciones empleamos la palabra *matrimonio*. Decimos *el matrimonio* para significar la unión conyugal realizada con las formalidades legales, y *un matrimonio* para designar un hogar ya constituido.

5.—*Naturaleza del matrimonio.*—*Aspecto natural, civil y religioso.*

Santo Tomás de Aquino, uno de los más ilustres padres de la Iglesia, ha dicho que en el matrimonio es menester con-



siderar tres aspectos: el natural, el civil y el religioso: *Matrimonium, in quantum est officium nature; in quantum est sacramentum in quantum est officium communitatis*.

El aspecto natural del matrimonio se refiere a la procreación de la especie, y es regulado por las leyes de la naturaleza, que exigen la conjunción de los dos sexos para la reproducción.

Tiene también un aspecto civil, porque interesa a la comunidad social dictar leyes para organizar ese hecho natural, tan fundamental, que es la base de la existencia de la humanidad.

Por último, hay que considerar la faz religiosa, pues la Iglesia elevó el matrimonio a la categoría de sacramento.

Estas verdades, tan claras y nítidas, de Santo Tomás de Aquino, fueron desconocidas posteriormente, llegando los teólogos a sostener la inexistencia absoluta del aspecto civil del matrimonio, para considerarlo como una creación exclusiva de la divinidad, desconociendo facultad al poder civil para intervenir en su organización.

Aun en nuestra época, y dentro de nuestro país, se ha querido negar al Congreso Nacional la facultad de legislar sobre el matrimonio. En la sesión del 4 de julio de 1902 se dió entrada en la Cámara de Diputados a una nota de los obispos de la República, presentada con motivo del proyecto de divorcio, en que se dice: "La Iglesia Católica ha profesado y enseñado siempre no sólo que los príncipes y magistrados civiles carecen de facultad para estatuir leyes que permitan la disolución del vínculo matrimonial a los esposos cristianos, sino que tal facultad no la tiene ni la Iglesia misma, por ser personal, perpetuo y absoluto el precepto de su divino Fundador: *"Lo que Dios ha unido no lo desuna el hombre"*. Después agregan los prelados: "Los actuales obispos argentinos y sus sucesores se hallarian en el penoso deber, si tal desgracia sobreviniese, de establecer un conflicto radical e irreducible entre la legislación civil de su propia patria y la dirección espiritual de los católicos, que son la inmensa mayoría de los nativos y de los mismos extranjeros que se vinculan a nuestro suelo por su trabajo y afecciones". Y más adelante: "Llegando al fondo mismo de las cosas, puede hasta



negarse la constitucionalidad de una ley de divorcio preparada de esa manera; puesto que, importando ella la adjuración oficial de un dogma de la Iglesia Católica y la total subversión de la constitución de la familia según el precepto de Jesucristo, y el orden de su Santa Iglesia, contradice fundamental y radicalmente al espíritu y aun a la letra de la Constitución nacional, cuyo artículo 2.º manda al gobierno federal sostener el Culto Católico Apostólico y Romano”.

Para nosotros, y para todos los que estudian el derecho sin prejuicio de ninguna especie, es indiscutible que el Estado tiene derecho para legislar sobre la organización del matrimonio. El aspecto civil de la institución está completamente desvinculado del aspecto religioso, y así lo demuestran los libros de los padres de la Iglesia. Lo mismo ha dado a entender Jesús cuando respondió a aquel que le fué a preguntar si debía o no pagar los impuestos: “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”.

El matrimonio, desde el punto de vista civil, ¿es un contrato?

Muchos escritores lo sostienen, pero no es propiamente tal, sino una convención jurídica de naturaleza especial, que no tiene de común con los contratos sino el hecho de que originariamente se encuentra en él la voluntad. Esta es una de las bases esenciales de todas las relaciones de todas las relaciones del derecho. El contrato se caracteriza fundamentalmente por la amplia libertad de las partes para poder agregarle o suprimirle condiciones, efectos, extenderlo y modificarlo en todas las formas posibles. En el matrimonio esto no se admite. Es cierto que en el fondo hay libertad individual para realizarlo o no; pero una vez celebrado no impera la voluntad de las partes. Ambas están sujetas a reglas legales inflexibles, de las cuales no pueden apartarse. La relación jurídica presenta dos características: una de libertad, en cuanto toda persona puede o no casarse; y otra de necesidad, en cuanto esa misma persona, una vez casada, queda sometida a las prescripciones de la ley.

El matrimonio es, pues, una convención jurídica sujeta al régimen positivo de la ley, tal como lo entiende el legislador de cada país.



En todos los tiempos se ha fortalecido y santificado esta institución tan fundamental con los prestigios de la religión. Para el hombre lo más sublime es siempre la elevación del espíritu hacia las cosas superiores. La religión cumple ese fin, que es del fuero interno de la persona, pero completamente independiente del orden civil, que reconociendo la libertad de cultos, no puede imponer ni subordinarse a una forma religiosa.

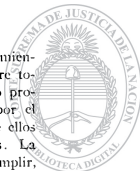
Los tres aspectos del matrimonio: el natural, como fundamento de los otros dos: el civil, como régimen positivo de la unión natural; y el religioso, como cuestión del fuero interno, son a la vez independientes y armónicos: funcionan por separado, pero los tres se unen para hacer más íntima la vinculación que ha de servir de base y fundamento a la constitución de la familia y de la sociedad.

Al estudiar el matrimonio es necesario separar esos tres caracteres. Ello no quiere decir que el matrimonio sea exclusivamente una entidad natural, porque tal cosa implicaría reconocer la unión libre. Tampoco puede sostenerse que sea sólo una institución civil, porque todas las personas tienen el derecho de hacer que también lo consagre el ministro de su culto. De la misma manera, nadie puede pretender que una religión determinada haya de imperar sobre las demás.

6.—*Caracteres que presenta.*

Del punto de vista natural, el matrimonio presenta los caracteres de unidad, perpetuidad e indisolubilidad.

Los esposos deben ser *el uno para el otro*. Cuando esta *unidad* falla, el elemento natural del matrimonio viene a quedar destruido. Entonces aparecen la poligamia, la poliandria y el comunismo, vicios que la civilización rechaza, porque son innecesarios para la propagación de la especie y porque el comunismo hace que la filiación se pierda. Las relaciones civiles exigen limitar el número de los componentes a su mínima expresión, a la unión de dos personas de distinto sexo. La ley organiza así una serie de presunciones que se refieren a la filiación.



La *perpetuidad* del vínculo es necesaria para el crecimiento y desarrollo de la especie. Es menester que la unión dure toda la vida, en razón de la prole, a la cual es necesario proteger, encaminar y dirigir. La familia no desaparece por el solo hecho de que los hijos sean mayores y cada uno de ellos recobre su libertad individual y forme nuevos hogares. La familia tiene también otros deberes superiores que cumplir, desde que es el centro común de afección de todos los que de ella proceden. Aunque los hijos constituyan a su vez nuevos matrimonios, siempre subsiste el lazo común de consanguinidad con relación a los abuelos. Todos son sus descendientes y su posteridad.

Al lado de los caracteres de unidad y de perpetuidad está el de *indisolubilidad*. Por lo mismo que la unión debe ser perpetua, no puede disolverse por la voluntad de las partes. Esto no impide que en ciertos casos se declare su insubsistencia, por las causas llamadas de nulidad.

Desde el punto de vista civil, se requiere la *legalidad*, es decir, que se trate de una unión contraída de acuerdo con los preceptos de la ley. Esta tiene prohibiciones; y así impide que una persona pueda casarse en cualquier época de su vida. Fija una edad. No permite las uniones entre ascendientes y descendientes y entre hermanos. El matrimonio va a dar origen a la filiación, a las relaciones civiles entre padres e hijos con sus obligaciones recíprocas, a la creación de un fondo común y al derecho de sucesión.

Todo ello requiere desde su punto de partida que se observen los preceptos de la ley.

Del punto de vista religioso hay que considerar el requisito de *religiosidad*. Cada uno de los contrayentes lo llena en la forma que establezcan sus creencias religiosas.

7.—*Opinión del doctor Vélez Sársfield.*

El doctor Vélez Sársfield considera el matrimonio como una "institución social fundada en el consentimiento de las partes". Acepta las ideas de lord Robertson, según el cual "el matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la socie-

dad civilizada. Se diferencia de los contratos, en que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son reglados por las convenciones de las partes, sino que son materia de la ley civil, la cual los interesados, sea cual fuere la declaración de su voluntad, no pueden alterar en cosa alguna" (1).



8.—*Definición.*

Podemos, entonces, sintetizar el concepto del matrimonio diciendo que es una institución social, mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios al desarrollo de la personalidad.



9. -- Diversos sistemas matrimoniales. — 10. — Antecedentes nacionales. — Período colonial. — Tiempo intermedio hasta la vigencia del Código Civil. — 11. — El Código Civil y su reforma por las leyes de 1888 y 1889.

9.—*Diversos sistemas matrimoniales.*

Estudiado el matrimonio en sus tres aspectos, corresponde considerar las diversas formas en que el Estado puede organizarlo en su carácter de institución jurídica.

La doctrina presenta cuatro sistemas.

| | | |
|----------|---|------------------------------|
| Sistemas | { | 1.º Exclusivamente religioso |
| | | 2.º Exclusivamente civil |
| | | 3.º Mixto |
| | | 4.º Libre, sin solemnidades |

El sistema exclusivamente religioso es aquel en que la ley da carácter nacional, legal, con efectos civiles, sólo al matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos y reglas de una religión determinada. El ejemplo característico es el del matrimonio canónico, en los países que lo adoptaron, como España.

Tiene de inconveniente este sistema que obliga a todos los habitantes a ajustarse a una determinada creencia para celebrar un acto que es indispensable en las relaciones hu-



manas. El Estado que impone como único matrimonio reconocido y válido, el matrimonio religioso, presiona la libertad individual, a menos que fuera posible encontrarse en una nación cuyos habitantes pertenecieran todos a una misma religión. El sistema viola una de las reglas fundamentales del derecho, la que exige que las convenciones que requieren en su esencia el consentimiento deben ser independientes del principio religioso.

En la época actual este sistema no tiene los prestigios que ha tenido en la antigüedad. El desarrollo de la civilización, la facilidad de las comunicaciones, la emigración, han hecho que las naciones no presenten ya un carácter único en cuanto a su raza, a sus costumbres y a su religión. De manera que podemos decir que está abandonado.

El sistema exclusivamente civil es en la época moderna el que puede considerarse más jurídico. Organiza el matrimonio como un simple acto de la vida civil, sin prohibir por ello que le siga la consagración religiosa. Únicamente se exige que todos pasen por las oficinas del Estado ante el funcionario encargado de regularizar la unión, para que quede constancia de que tales y cuales personas han sido unidas en matrimonio. Ese funcionario da fe del acto civil, con el objeto de otorgar prueba fehaciente de su existencia.

Es conocido con el nombre de *sistema de la Constitución francesa de 1791*, por haber sido ella la primera en establecerlo.

En el sistema mixto se admite como válido el matrimonio religioso o el civil, a voluntad de los contrayentes. Puede presentarse bajo diversos aspectos, que implican varias subdivisiones.

Así, el Estado puede admitir como matrimonio válido cualquier matrimonio celebrado de acuerdo con uno de los cultos predominantes o reconocidos en el país. Este sistema se sigue en Rusia. Se comprende que destruya la unidad que debe existir siempre en una institución tan fundamental como el matrimonio y que se preste a una serie de dificultades en cuanto a la prueba.

Puede también autorizarse la celebración del matrimonio, ya sea ante el ministro del culto oficial del Estado o ante



un funcionario público, a voluntad del contrayente. Es el sistema adoptado por Inglaterra.

Por último, queda el sistema llamado *de la unión libre*, el cual no acepta ninguna clase de formalidades, ni de carácter civil ni de carácter religioso. El matrimonio — dicen sus sostenedores — se forma en su origen en virtud del consentimiento que prestan dos personas de distinto sexo. El Estado no tiene para qué intervenir en esto; basta la simple voluntad de los interesados. Así, para que exista matrimonio es suficiente que haya el consentimiento libremente prestado ante un magistrado, ante testigos o bien sin ninguna clase de solemnidad, por la simple cohabitación de dos personas. Esta cohabitación constituye una especie de posesión de estado, de tal manera que al cabo de cierto tiempo se debe considerar como un verdadero matrimonio y darle todos los efectos que las leyes acuerdan a las uniones legales, en cuanto a los derechos matrimoniales y a los derechos de familia.

El sistema de la unión libre perjudica grandemente la estabilidad de la familia, porque no hay una regla fija a la cual deba ajustarse en su constitución. Hace que el matrimonio sea inestable, porque así como hay gran facilidad para contraerlo la hay igualmente para su disolución. Cuando no queda constancia escrita de la unión de dos personas, éstas en realidad no se consideran obligadas. Las uniones se suceden a las uniones; y se producen infinidad de cuestiones de orden económico que hacen engorrosa la tarea de los magistrados, desde que en el fondo todo matrimonio se reduce a una cuestión de prueba, como cualquier contrato ordinario. Quita al acto su carácter reflexivo. Favorece el desenfreno de las pasiones y las uniones impremeditadas. No es recomendable, ni aun en los pueblos más educados.

10.—Antecedentes nacionales.—Periodo Colonial.—Tiempo intermedio hasta la vigencia del Código Civil.

Corresponde investigar ahora cuál era el estado de nuestra legislación sobre el matrimonio al dictarse el Código Civil, para hacer destacar la evolución que se ha operado hasta el momento actual.



Bajo la dominación española las colonias estaban regidas exclusivamente por el matrimonio canónico, introducido en España por una real cédula de Felipe II, en 1564, con arreglo, decía, al Concilio de Trento.

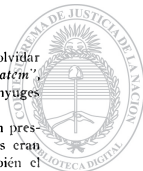
Con respecto a algunas formalidades, como las del consentimiento de los padres, para los habitantes de América, los españoles europeos y los de otras naciones transeuntes que se hallaran en Indias se dieron cédulas especiales como las de 7 de marzo de 1788, 27 de febrero de 1793 y 27 de mayo de 1805, concediendo facultad para ocurrir a los Virreyes, Presidentes de audiencias de Indias para que, previos los informes que tuviesen por conveniente tomar, se conceda o niegue el permiso y habitación correspondiente, según lo que resultare, sin cuya circunstancia no se podrían efectuar matrimonios de personas de conocida nobleza y notoria limpieza de sangre con las de los negros, mulatos y demás castas, aun cuando unos y otros fueren de mayor edad.

Según las reglas del Concilio de Trento, la celebración del matrimonio canónico exige tres clases de elementos: 1.º, previos a la celebración; 2.º, necesarios y simultáneos con la celebración; y 3.º, posteriores a la celebración.

¿Cuáles son los requisitos previos a la celebración? Ante todo las *amonestaciones*, es decir, la publicación que se hace, por medio del párroco respectivo, del nombre y condiciones de las personas que van a contraer matrimonio. El Concilio de Trento estableció que el párroco debía hacer tres proclamas en días feriados consecutivos, después de misa mayor, con el objeto de que cualquiera persona que tuviera que denunciar algún impedimento lo hiciera presente en la sagristía.

Otro de los requisitos previos era la *licencia del ordinario*. Esta se producía cuando el que iba a contraer matrimonio era de ajena diócesis, extranjero o se hubiera solicitado dispensa de amonestaciones. Con la licencia del ordinario se suplía la publicación de las amonestaciones y quedaba autorizado el párroco para realizar el matrimonio sin ese requisito previo.

Como elementos necesarios y simultáneos se requería, en primer lugar, la *capacidad de los contrayentes*, es decir, que se tratase de personas hábiles para casarse, del punto de vista del desarrollo físico. La mujer debía tener por lo me-



nos doce años y el varón catorce. Pero no hay que olvidar que los canonistas aceptaban la regla "*malitia supleat etatem*", cuando después de contraído, aun sin tener edad, los cónyuges poseían la facultad de engendrar o concebir.

El segundo requisito es el *consentimiento*, que debían prestar los contrayentes ante el mismo párroco, cuando ellos eran mayores de edad. Si eran menores era necesario también el consentimiento de los padres o tutores o la venia supletoria, que podía otorgar el juez eclesiástico o el civil en su caso. El consentimiento se presta de viva voz, y entonces el párroco dispone que los contrayentes se den la mano derecha y pronuncia la fórmula: "*ego vos conjungo in matrimonium*", quedando realizada la unión.

El tercer requisito era que no hubiera *impedimentos* para la celebración del matrimonio. Los impedimentos los dividen los canonistas en *dirimentes* e *impedientes*. Los primeros son aquellos que anulan el matrimonio; los segundos, sin anular el matrimonio, le quitan alguno de sus efectos. Así, impedimento dirimente es el que nace de la consaguinidad en orden ascendente o descendente. El matrimonio es nulo. Sería caso de impedimento impediante aquel en que un menor se hace pasar por mayor y se casa sin el consentimiento paterno. Este hecho no sería suficiente para anular el matrimonio y sólo podría quitarle ciertos efectos.

El cuarto requisito es el que establece que el matrimonio debe *celebrarse ante el párroco de la feligresía* de uno de los contrayentes. Sin este requisito el matrimonio era absolutamente nulo, salvo que se celebrase en otra iglesia con autorización del párroco de la feligresía correspondiente.

Por último, era menester que presenciaran el matrimonio dos o tres *testigos*, los cuales no debían reunir calidades determinadas. Bastaba que pudieran dar razón del acto. La presencia del padrino y la madrina no era exigida por el Concilio de Trento; y lo que ocurre es que uno y otra desempeñan en realidad las funciones de testigos.

El requisito posterior se refiere a la prueba del matrimonio. Los celebrados de acuerdo con los cánones no tienen otra prueba que la que resulta del asiento del libro parroquial, salvo casos excepcionales de desaparición de los archivos, en que se admite la prueba supletoria.



En la República siguió imperando el matrimonio canónico, pero al desaparecer las prohibiciones que impedían la entrada al país de los extranjeros afluyeron de todas partes personas que no profesaban el culto católico, y entonces comenzaron a producirse dificultades con motivo de los matrimonios de los que pertenecían a cultos disidentes.

En 1832, el obispo de Buenos Aires, al dictar un arancel al cual debían ajustarse los curas párrocos al celebrar matrimonios, expone ciertos fundamentos de hechos que son muy sugerentes para darnos una idea de la importancia que iba tomando el elemento extranjero.

“Teniendo en consideración — dice — la desmembración que han sufrido últimamente las parroquias de la ciudad y campaña, por el aumento que se ha hecho de ellas y el considerable número de extranjeros que se halla en su población, los que no pertenecen en su mayor parte a la religión católica, y ocupando los lugares más ventajosos en virtud de su comercio en todo ramo y de sus artes en toda especie, de donde resulta también el menor ingreso en las parroquias, por la disminución de los católicos contribuyentes”, fijó el siguiente arancel... etc.

El efecto económico se hacía notar por la disminución de las entradas de las parroquias por concepto de derechos de matrimonio, a causa del incremento de extranjeros que no profesaban la religión católica.

El gobierno tomó en cuenta esa afluencia de extranjeros para regularizar su situación; y el 26 de marzo de 1833 se dictó una ley sobre matrimonios entre católicos y protestantes, concebida en estos términos: “La Honorable Sala de Representantes de la Provincia ha sancionado con fecha de hoy lo siguiente: Se autoriza al Gobierno para que en el caso de don Manuel Lafone y doña María Quevedo, o la de cualesquiera otros de igual naturaleza que se presenten, pueda dispensar los impedimentos que establecen las leyes civiles para la celebración de matrimonios entre individuos católicos y protestantes”.

Esta ley no comprendía el caso de que ninguno de los dos contrayentes perteneciera a la religión católica. Las dificultades no tardarían en suscitarse; y el 20 de diciembre de



1833 fué necesario dictar un decreto que ordenaba la creación de un registro de ministros disidentes, "para evitar—decía—los inconvenientes que la experiencia ha manifestado de la facilidad con que se celebran los matrimonios de individuos de diferentes creencias entre sí, haciéndose estos muchas veces de un modo clandestino, ante ministros incompetentes, y disolviéndose después al arbitrio privado de los contrayentes, con gravísimo perjuicio de la moral pública y de la prole; resultando dobles matrimonios, prohibidos siempre entre civilizados y frustrándose, muchas veces, otros esponsales y compromisos anteriores con ofensa de las leyes, en estas primeras transacciones de la sociedad".

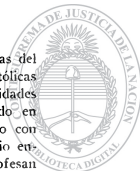
Según este decreto, todo ministro de cualquier religión disidente que llegara al país tenía que inscribirse y probar su carácter de tal mediante un certificado del cónsul respectivo, testigos, etc. Una vez inscripto como ministro de determinada religión quedaba autorizado para celebrar matrimonios de personas pertenecientes a su culto. Estas debían dirigirse previamente al presidente de la Cámara de Justicia pidiéndole autorización para celebrar matrimonio. No ofreciéndose impedimento alguno, previa publicación por seis días, el presidente autorizaba el acto, que se celebraba ante el ministro disidente con presencia de un escribano público nombrado al efecto por el gobierno y adscripto a la Cámara.

Agregaba el decreto que los que violaran esa disposición no serían oídos ante ninguna justicia civil ni tribunal, sobre los derechos que las leyes acuerdan a los casados.

Las partidas se asentaban con expresión del nombre, patria, edad y creencia de los contrayentes en un libro con el título de "Registro de matrimonio de individuos pertenecientes a diversas creencias religiosas".

11.—El Código Civil y su reforma por las leyes de 1888 y 1889.

Tales son algunos de los antecedentes que existían en nuestro país sobre el matrimonio al dictarse el Código Civil. El doctor Vélez Sársfield, considerando que el elemento cató-



lico era el predominante, incorporó al código las doctrinas del Concilio de Trento: “el matrimonio entre personas católicas —dijo— debe celebrarse según las cánones y solemnidades prescritas por la Iglesia Católica (art. 167); teniendo en cuenta las dificultades que ya antes se habían suscitado con los habitantes no católicos, prescribió que “el matrimonio entre cristianos no católicos o entre personas que no profesan el cristianismo, producía en la República todos los efectos civiles del matrimonio válido, si fuese celebrado en conformidad a las leyes del código y según las leyes y ritos de la iglesia a que los contrayentes perteneciesen” (art. 183).

De este modo, los registros parroquiales de la Iglesia Católica servirían para suministrar la prueba de los matrimonios entre católicos, y de los no católicos se probarían por los registros de sus respectivas comuniones.

Esta legislación rigió hasta que, por la ley de 2 de noviembre de 1888, se reformó el título “Del Matrimonio, la que a su vez fué modificada por la de 1.º de noviembre de 1889, vigente desde el 1.º de diciembre de ese año, quedando establecido el matrimonio exclusivamente civil, es decir, adoptándose el segundo de los sistemas que hemos enumerado. Desde entonces todos los matrimonios, sea cual fuere el culto de los contrayentes, tienen que celebrarse ante el oficial encargado del Registro Civil, abogado o escribano, funcionario que lleva además los registros de nacimientos y defunciones, o sea lo que se ha llamado “gran libro de la vida humana”.

Resistida en un principio la ley de matrimonio civil por los católicos, hoy es acatada por todo el mundo y cumplida con respeto. Nadie, ni aun los que predicán en contra el sistema civil, se opone a su ejecución. Todos observan los preceptos de la ley y muchos, al mismo tiempo, los de la religión, especialmente en las clases acomodadas, en las cuales la costumbre impone la consagración religiosa.



- 12.—Ley de matrimonio. Esponsales. — 13.— Condiciones naturales que requiere el matrimonio. — 14.— Impedimentos. División. — 15.— Impedimentos dirimentes. Absolutos. Relativos. — 16.— Impedimentos llamados "impedientes".

12.—*Ley de matrimonio.—Esponsales.*

Estudemos ahora la legislación positiva.

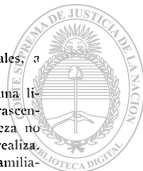
El código de 1869, como la actual ley de matrimonio civil, suprimieron los esponsales de futuro. (Arts. 166 del código y 8.º de la ley de matrimonio).

¿Qué eran los esponsales? •

Una mútua promesa de futuro matrimonio. Podían celebrarse desde la edad de siete años. La ley 18, título 2.º, libro 10 de la Novísima Recopilación exigía que se hicieran en escritura pública, sin cuyo requisito no se daría curso a ninguna demanda de esponsales.

El antiguo derecho admitía los esponsales como una obligación de orden jurídico, pero puramente teórica, por cuanto no era posible ordenar el cumplimiento de un vínculo creado generalmente a una edad en que la reflexión falta.

Producía, sin embargo, en el derecho canónico, el impedimento llamado de *pública honestidad*, según el cual la persona sometida a una promesa de ese género no podía apartarse de ella para contraer matrimonio con un pariente de primer grado del otro promitente. Para quedar completamente libre era menester que la promesa se hubiera disuelto.



El Código Civil suprimió esa promesa de esponsales, a mérito de buenas y serias razones.

En primer término, los esponsales de futuro eran una limitación a la libertad individual en un acto de tanta trascendencia como el matrimonio. Una unión de esta naturaleza no puede tener efectos sino desde el momento en que se realiza. El contrato preparatorio se prestaba a combinaciones familiares, en las cuales los padres y tutores disponían de la voluntad de los contrayentes. Realizados los esponsales, las personas comprometidas, por respeto a la autoridad paterna o por consideración a sus parientes o tutores, se veían constreñidas a realizar una unión que muchas veces no era de su agrado.

Se ha dicho que la prohibición de nuestro código no implica un adelanto en la legislación, porque hay códigos modernos que no han suprimido la promesa, como el alemán, que obliga al que ha faltado a ella a pagar el daño resultante de los gastos hechos o el perjuicio recibido, pero se olvida que no encuadra en nuestras costumbres un procedimiento de esa especie.

Por temperamento nosotros separamos de los intereses pecuniarios todo lo que se refiere a los sentimientos del corazón. No existe en nuestro país la costumbre europea de "la dote de la mujer". La ley admite sólo las capitulaciones matrimoniales como régimen de los bienes, pero lo hace contra el uso y la costumbre del país, porque nadie realiza tales convenciones. Siempre nos parece molesto entrar en cuestiones de intereses al tratar los actos preparatorios de un enlace. No está en nuestra índole; y menos puede estarlo tratándose de simples noviazgos, que se rompen con la devolución de cartas, anillos y regalos, sin que se le ocurra a nadie pedir un puñado de dinero al que se retira. El carácter ético del matrimonio no admite como equivalente jurídico la sanción pecuniaria. Esta sanción se explica en las relaciones contractuales patrimoniales, pero no en las relaciones de orden familiar.

Nuestra ley no puede ser criticada por la supresión de los esponsales de futuro, que no obedecen a ningún fin jurídico ni social, ni pueden ser materia de coerción para el derecho.



13.—*Condiciones naturales que requiere el matrimonio.*

¿Cuáles son los requisitos que la ley exige para que pueda existir el matrimonio?

Trataremos primero las llamadas *condiciones naturales*. Estas son tres: a) diversidad de sexo; b) pubertad; c) gozar de perfecta razón.

a).—No puede concebirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, desde que sería imposible la procreación, fin natural del mismo.

Pueden presentarse en la práctica casos complicados, cuando la naturaleza no se ha manifestado de un modo normal en el individuo, y nos encontramos en presencia de una desviación de las leyes naturales. Es el caso del hermafrodita. ¿De qué sexo será un individuo de esta clase? Será del sexo que prevalezca en él—*sexus qui in eo procreat*—, según la opinión de Ulpiano, aceptada por la doctrina.

Puede darse también el caso de que, aunque haya una conformación física definida, sean imposibles las relaciones sexuales: es el caso de impotencia. El individuo que se encuentra en estas condiciones es incapaz de llenar los fines que exige el matrimonio. Este, no obstante, no se reputa insubsistente, sino que sólo puede ser anulado, en determinadas condiciones.

b).—El segundo requisito es la pubertad, es decir, la existencia de la aptitud física necesaria para la reproducción. Como el pudor impide que en cada caso pueda hacerse examen para comprobar si realmente se es púber o impúber, la ley establece una presunción que consiste en fijar una edad determinada a partir de la cual se juzga que la pubertad existe. Nuestro código fija, como límite mínimo, la edad de doce años en la mujer y catorce en el hombre, siguiendo en esto la tradición romana. La falta de la referida edad es uno de los impedimentos que el código establece para la celebración del matrimonio (art. 9.º, inc. 4.º, de la ley matrimonio civil).

Llegado el caso de que se realizara un matrimonio en el cual alguno de los contrayentes no tuviera la edad requerida, no por ello sería nulo *ipso facto*. La ley sólo establece una presunción que en la práctica puede fallar, desde que la



pubertad no se presenta matemáticamente a una edad determinada. Varía con las diferencias de constitución orgánica de las personas y con el clima en que ellas habitan. Si la pubertad existe, no obstante faltar la edad, el matrimonio subsistiría.

Se discute en la doctrina cuál es la edad mínima que debe fijarse para el matrimonio. Hay dos opiniones. Unos sostienen, atendiendo exclusivamente al fenómeno fisiológico, que debe regir la edad de doce años y de catorce, respectivamente, para la mujer y el varón. Contestan los otros que a esa edad, si bien ambos se hallan en condiciones de unirse para perpetuar la especie, no es posible permitir el matrimonio, porque no debe olvidarse que es un hecho comprobado que los hijos concebidos por mujeres muy jóvenes son siempre débiles y enfermizos. La mortalidad infantil es más frecuente en los casos de madres muy jóvenes, que por lo general no tienen la conformación física necesaria para desempeñar con eficacia los deberes naturales de la lactancia, que en las uniones contraídas después de la mayor edad. Facilitar aquellas uniones, es permitir que la raza degenera.

Fundado en estas razones, Laurent propuso en Bélgica que se estableciera como edad uniforme para los dos sexos la de veintiún años. Contra este sistema se argumenta diciendo que poner esa traba al matrimonio es facilitar las uniones irregulares. Sin embargo, como norma general, podría aceptarse que la realización del matrimonio se autorizase una vez llegada la mayor edad, la plenitud de la capacidad civil, y por excepción, en casos especiales que lo reclamaran, podría autorizarse desde los doce y catorce años, mediante una dispensa.

c).—El tercer requisito de aptitud natural es el de hallarse en uso de su perfecta razón. Es un requisito que el código hace figurar en actos solemnes, como son el matrimonio y el testamento. El artículo 3.615 prescribe que “para poder testar, es preciso que la persona esté en su perfecta razón”. Y entre los impedimentos para casarse la ley incluye la locura. (Art. 9.º, inc. 7.º).

Las razones que fundan este impedimento son sencillas. Ante todo, para casarse se requiere el consentimiento, y los



dementes no pueden manifestarlo. Luego, los fisiólogos han demostrado que la locura es una enfermedad hereditaria. Permitir el matrimonio de personas atacadas de un mal de esta naturaleza, importaría facilitar la procreación de individuos que más tarde habrían de ser una carga para la sociedad.

En la vida real se presentan dos clases de dementes: el demente "de hecho" y el que ha sido declarado en juicio, por sentencia de juez competente. En el primer caso, puede contraer matrimonio en un intervalo lúcido. En el segundo, la interdicción judicial produce una incapacidad absoluta, que no desaparece mientras no se dicte otra sentencia que levante la interdicción. De manera que, en el demente declarado en juicio, no se toman en cuenta los intervalos lúcidos. Se le considera "loco" legalmente, de sentencia a sentencia.

14.—Impedimentos.—División.

Además de las condiciones naturales, para que el matrimonio sea posible no deben existir *impedimentos*.

¿Qué se entiende por impedimento?

Se considera tal la prohibición, que nace de la ley, para que pueda contraerse matrimonio.

El derecho canónico los dividía en impedimentos dirimentes e impedientes. Actualmente puede hacerse igual división.

El impedimento dirimente se caracteriza por el hecho de que, de existir, el matrimonio es nulo o anulable. Con el impediente no se produce tal nulidad: el matrimonio es válido, pero se establece una sanción para castigar la violación del precepto legal. Los impedimentos dirimentes son de orden público; los impedientes, son de orden interno, por decirlo así, de la legislación.

15.—Impedimentos dirimentes.—Absolutos.—Relativos.

Los impedimentos dirimentes pueden subdividirse en dos categorías: impedimentos dirimentes de carácter absoluto e impedimentos dirimentes de carácter relativo.



Los de la primera categoría contemplan la situación de una persona con relación a todas las demás. La persona que se encuentra afectada por esa prohibición no puede casarse con ninguna otra.

Los segundos impiden la unión con determinadas personas. Nada más. Por nuestra ley, es impedimento dirimente de carácter absoluto el que produce el matrimonio anterior mientras subsista. (Art. 9.º, inc. 5.º). Los canonistas le llamaban *impedimento de ligamen*.

La monogamia es el orden natural de los pueblos civilizados. La naturaleza misma se ha encargado de demostrarlo, manteniendo, como dice Planiol, en la especie humana el equilibrio numérico de los sexos. Recuerda este autor que si se considera en Francia 1.000.000 de niños, se ve que se dividen poco menos que en partes iguales, es decir, 510.000 varones contra 490.000 mujeres. El pequeño exceso de varones es una corrección necesaria para mantener el equilibrio entre los dos sexos. El varón, por sus condiciones personales, hábitos, ocupaciones, etc., está más expuesto que la mujer a perder la vida. Con el reducido porcentaje de ventaja que los nacimientos de varones acusan sobre el de mujeres se corrige la desaparición temprana de muchas personas del sexo masculino y se equilibra el número de los individuos de ambos sexos.

La poligamia es la característica de los pueblos pobres. La monogamia es condición de las naciones jóvenes y vigorosas.

La ley hace efectiva la monogamia prohibiendo al casado que pueda contraer nuevo enlace viviendo su cónyuge. Anula no sólo el segundo matrimonio, sino que castiga al bigamo con tres a diez años de penitenciaría (art. 19 de la ley de reformas al Código Penal), sin perjuicio de responder por las pérdidas e intereses y el daño moral (art. 109 ley de matrimonio).

¿Cuáles son los impedimentos dirimientes de carácter relativo?

El primero nace del parentesco. La consanguinidad muy cercana entre los individuos que pretenden unirse en matrimonio es una de las causas de la degeneración de la raza. Al lado de esta razón natural hay otras de orden moral, qué



prohiben que las personas ligadas por estrecho parentesco se casen. El amor sexual difiere por completo del amor filial o fraternal. La unidad y el orden en la familia exigen que entre los miembros más allegados sólo existan afectos puros y desinteresados. Por eso la ley prohíbe la unión entre "ascendientes y descendientes, sin limitación, sean legítimos o ilegítimos y entre hermanos y medio hermanos, legítimos o ilegítimos" (art. 9.º, inc. 1.º y 2.º).

En el caso de las uniones ilegítimas se presenta un problema de difícil solución. Los hijos que nacen de ellas son naturales, incestuosos o adulterinos. En estos dos últimos casos la ley prohíbe toda investigación de la maternidad o paternidad. No tienen para la ley padre ni madre, ni pariente alguno. No pueden hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad (art. 342 C. C.). ¿Cómo comprobar, entonces, la existencia del parentesco en caso de que no exista reconocimiento? Afirman muchos que no es posible hacer una investigación prohibida por la ley, bajo pretexto de que se va a probar la existencia de un impedimento dirimente, porque la investigación da lugar a juicios escandalosos que destruyen la moral de las familias, que precisamente es lo que se ha querido evitar.

¿Cómo resolver esta cuestión dentro de nuestro derecho?

El doctor Vélez Sarsfield se hace cargo del argumento en la nota al artículo 325 del código, diciendo: "¿Y cómo evitar en los juicios la discusión de hechos inmorales o escandalosos? Los pleitos sobre estupros, nulidad de matrimonio, amancebamientos de hermanos con hermanos, incestos, adulterios de la mujer o del marido, son verdaderamente pleitos escandalosos, y, sin embargo, es de toda necesidad permitirlos y entrar en la indagación y prueba de los hechos". Parecería que según el criterio del codificador es posible dar la prueba de la filiación adulterina o incestuosa cuando no se trata de hacer una investigación por el hecho mismo, sino cuando se procura llegar a otro fin superior, como es el de alegar un impedimento dirimente sobre el matrimonio.

En esta materia es muy peligroso dar reglas de carácter absoluta y general. Es necesario resolver según la naturaleza particular de cada caso. Estas cuestiones exigen mucha



prudencia. Los impedimentos dirimentes pueden ser denunciados por cualquier persona del pueblo, y no es posible aceptar que cualquiera esté autorizado a manchar la deputación de una familia con una denuncia que luego puede resultar infundada. Podrá permitirse que en determinadas situaciones se haga una investigación. Así, sería posible hacerla, por ejemplo, cuando exista algún elemento de prueba por escrito que equivalga a un reconocimiento del hijo hecho por el padre, o que haga presumir que realmente se trata de un hijo adulterino y éste pretenda contraer matrimonio con otro descendiente del mismo padre.

El segundo de los impedimentos dirimentes de carácter relativo es la afinidad en línea recta en todos los grados (art. 9.º, inc. 3.º). Esta prohibición está fundada en razones morales. La sociedad no vería con buenos ojos que el efecto que el parentesco por afinidad supone se convierta en amor sexual.

Finalmente, existe el impedimento que los canonistas llaman *impedimento de crimen*, que es el que consiste en haber sido autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges (art. 9.º, inc. 6.º). Se busca con ello garantizar a los cónyuges contra los posibles excesos a que suelen conducir las pasiones. La complotación de uno de ellos con un tercero para suprimir al otro, a efecto de contraer nueva unión, sería inútil desde que ésta, en virtud de la prohibición legal, es irrealizable.

Este impedimento requiere: 1.º, la comprobación de la muerte del cónyuge, porque de lo contrario existiría el impedimento de *ligamen*; 2.º la prueba de ser autor o cómplice en el delito; 3.º, la condena en juicio criminal, pues sólo así puede hablarse de reo de homicidio.

16.—*Impedimentos llamados impediéntes.*

Los impedimentos llamados *impediéntes* pueden agruparse en cuatro categorías:

- a) Referentes al matrimonio de los menores y sordomudos;
- b) Referentes al matrimonio del tutor, curador o sus



descendientes legítimos con las personas que están bajo su guarda.

c) Referente al matrimonio de la mujer que vuelve a contraer segundas nupcias antes de los trescientos días de disuelto o anulado el matrimonio anterior.

d) Referente al matrimonio de los militares.

a) Hemos visto que la mujer, desde los doce años, y el varón, desde los catorce, pueden contraer matrimonio; pero, como son menores de edad, la ley exige que el padre, la madre o el tutor, en su caso, autoricen el matrimonio (art. 10). Esta autorización se presta concurriendo el padre del menor ante el oficial público y firmando el acta de celebración, o bien expresando su consentimiento por escrito en un instrumento auténtico.

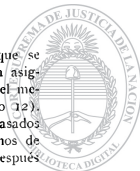
Cuando los padres niegan la autorización y se oponen al matrimonio sin causa legítima, pueden los hijos ocurrir al juez en lo civil para que éste autoriza el matrimonio. Este juicio, que se llama de "disenso", es sumario, privado y meramente informativo.

¿Cuál es la sanción que establece la ley para el caso de que un menor contraiga matrimonio sin llenar la formalidad de la autorización correspondiente? "Casándose los menores sin la autorización necesaria—dice el art. 13—les será negada la posesión y administración de sus bienes hasta que sean mayores de edad; no habrá medio alguno de cubrir la falta de autorización".

Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito se encuentran en la misma situación que los menores.

b) El art. 12 de la ley de matrimonio civil dice que el tutor y sus descendientes legítimos que estén bajo su potestad no pueden contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviese aquél bajo su guarda, hasta que fenecida la tutela haya sido aprobada la cuenta de administración.

Esta prescripción tiene por objeto evitar que los tutores que hayan procedido dolosamente en el manejo de los bienes que estaban bajo su guarda, pretendan cubrir su delito y eximirse de toda responsabilidad casándose ellos mismos o casando a alguno de sus hijos con la menor perjudicada en sus intereses.



La sanción que la ley impone para el caso de que se viole esta regla no es la de nulidad; el tutor pierde la asignación que por la ley le corresponde sobre las rentas del menor, sin perjuicio de su responsabilidad penal (artículo 12).

c) “La mujer no podrá casarse art.93—hasta pasados diez meses de disuelto o anulado el matrimonio, a menos de haber quedado en cinta, en cuyo caso podrá casarse después del alumbramiento”.

Esta disposición tiene por objeto impedir la confusión de prole (*turbatio sanguinis*). Para determinar la filiación, la ley ha tomado el límite mínimo y máximo de duración de embarazo, que son, respectivamente, 180 y 300 días. “La ley—dice el artículo 240 del código—supone concebidos durante el matrimonio los hijos que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre, y los póstumos que nacieren dentro de trescientos días contados desde el día en que el matrimonio válido o putativo fué disuelto por muerte del marido, o porque fuese anulado”.

La sanción para el caso de que la mujer se case antes de los trescientos días de disuelto o anulado el anterior matrimonio puede ser ineficaz: consiste en perder los legados, liberalidades o beneficios que el marido le hubiese hecho en su testamento (art. 94 de la ley de matrimonio civil). Esto quiere decir que si no hay testamento no hay sanción de ninguna especie.

El Código español no sólo hace perder los legados o liberalidades, sino que establece que “la viuda que se case antes de los trescientos un días desde la muerte de su marido o antes de su alumbramiento si hubiese quedado en cinta, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa”.

d) Los militares, para contraer matrimonio, necesitan de la autorización del Ministerio de que dependen. La inobservancia de esa formalidad es castigada disciplinariamente de acuerdo con los reglamentos del ejército.



- 17.— El consentimiento. — Vicios que lo anulan. — Diferencia con el derecho francés. — 18.— El error. — 19.— El dolo. — 20.— La violencia.

17.—El consentimiento.—Vicios que lo anulan.—Diferencia con el derecho francés.

El consentimiento debe prestarse exclusivamente ante el jefe del Registro Civil, ya sea de viva voz o por escrito.

Nuestra ley admite que pueda "expresarse por medio de apoderado, con poder especial en que se designe expresamente la persona con quien el poderdante ha de contraer matrimonio" (art. 15).

Es una forma rara de celebrar un acto tan fundamental, usada algunas veces por las casas reinantes europeas, pero pocas en el orden nacional. Convendría suprimir esta disposición, dadas las complicaciones y dificultades que pueden presentarse, y porque su desuso es notorio.

El consentimiento es un requisito indispensable para la celebración de los contratos. Debe otorgarse libremente.

Los vicios que pueden invalidarlo son: el error, el dolo y la violencia. Estos tres vicios, ¿son admisibles en el matrimonio? En caso afirmativo, ¿lo son con la misma extensión que en los contratos?

Sobre este punto se ha producido en la doctrina una larga controversia.

Conviene observar, ante todo, que el Código francés ad-



mite únicamente como vicios del consentimiento en el matrimonio el error y la violencia. El art. 180 del Código francés habla del error *en la persona*, pero guarda absoluto silencio sobre el dolo. Los comentaristas del Código Napoleón tampoco comprenden el dolo. Dicen que en materia de matrimonio cada uno de los contrayentes trata de presentarse ante el otro adornado de las mejores cualidades. Ambos suelen valerse de todas las maquinaciones y astucias imaginables para atribuirse condiciones que no poseen. No es posible, agregan, admitir entonces el dolo como uno de los vicios del consentimiento en el matrimonio. Y recuerdan una antigua regla del derecho consuetudinario francés, condenada por Loysel en los siguientes términos: "*En mariage trompe qui peut*".

Nuestra ley, por el contrario, dice que "la violencia", el *dolo* y el error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil, vician el consentimiento (art. 16).

Analicemos separadamente estos vicios.

18.—El error.

El error es una noción equivocada, en tanto que la ignorancia es la ausencia de toda noción.

Esta noción equivocada en el matrimonio—dicen los canonistas—puede tener cuatro formas:

- a) Error de persona;
- b) Error de cualidades;
- c) Error de condiciones;
- d) Error de fortuna.

a) Cuando el error versa sobre la persona física es caso de nulidad del matrimonio. El hecho no es frecuente. Se cita el ejemplo de Jacob, que se quiso casar con Raquel, y resultó que era Lía, su prima.

b) Los canonistas dicen que en el error de cualidades no hay nulidad. No puede anularse el matrimonio porque al celebrarlo uno de los contrayentes crea que el otro es una persona de buen carácter y luego resulte discolo, atrabiliario, lunático, etc. Sólo hay nulidad en el caso de que el error de

cualidades redunde en error de persona, que es el caso anteriormente considerado.

c) El error de condiciones se refiere a la antigua división entre hombres libres y siervos. Si una persona se casaba creyendo que el otro contrayente era libre y luego resultaba que era esclavo, se anulaba el matrimonio.

d) El error de fortuna no es tampoco, según los canonistas, causa de vicio del consentimiento, porque no se refiere a cualidad esencial e inherente a la persona.

En el derecho francés, según el artículo 180 citado, el consentimiento por error sólo puede ser viciado en el matrimonio por error en la persona. Esa disposición sigue a la letra la doctrina de Pothier, quien dice que el error puede presentarse en dos formas en materia de matrimonio: error sobre la persona, tal como si queriéndome casar con Juana, me caso con María, lo que destruye absolutamente el consentimiento y anula el acto; y el error de cualidades, que no afecta la validez.

Muchos tratadistas franceses sostienen que cuando el código ha dicho *error en la persona* no ha hecho sino seguir la doctrina de Pothier. Sólo se trata del error en persona, del único caso en que hay sustitución de individuos. Otros autores no participan de estas ideas, lo que da lugar a que se presenten tres sistemas: el primero, el que acepta la doctrina de Pothier; segundo, el que dice que también hay nulidad cuando el error se produce sobre la identidad civil de la persona; y tercero, el que agrega el caso de que haya error en una cualidad sustancial con referencia a la persona. A estas cualidades sustanciales Huc las llama "atributos de la personalidad".

¿Cuáles son esas cualidades sustanciales? ¿Será la nacionalidad, la religión, etc.? Ciertamente, es un puñito de difícil solución.

La jurisprudencia de la Corte de Casación ha establecido que el error, para ser causa de nulidad del matrimonio, debe versar sobre la identidad de la persona, física o civil. No hay otro género de error. Así, si se da el caso de una joven que haya contraído matrimonio con un individuo que luego resulte ser reo de un delito, no habrá nuli-





dad, porque se trata de un error de cualidades, error que no es sustancial, porque no se refiere ni a la identidad física ni a la identidad civil. No será tampoco caso de error sustancial, y por consiguiente de nulidad, el hecho de haberse casado una joven con un hombre que luego resulte ser un monje que ha abandonado el convento—matrimonio prohibido por la religión católica—porque la identidad civil del individuo subsiste.

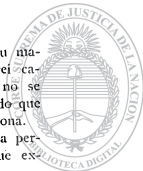
Según la jurisprudencia francesa, es necesario que el error se refiera a la identidad física o civil de la persona para que la nulidad se opere, lo cual no es sino aproximarse a la doctrina canónica del *error personæ*.

¿Cuál es el sistema de nuestra ley?

El art. 16 de la ley de matrimonio establece que “la violencia, el dolo y el error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil vician el consentimiento”. Este artículo comprende los tres vicios del consentimiento; pero algunos autores nacionales, inspirados en la doctrina francesa, comienzan por descartar el dolo, sosteniendo que únicamente debe admitirse el error sobre la persona física o civil. Uno de nuestros comentadores escribe lo siguiente: “Obligados a interpretar la ley, y sin aceptar como buena la doctrina adoptada por el legislador, creemos que por persona civil debe entenderse el estado civil de la misma persona, y que el error que versa sobre este estado viciará el consentimiento, según el artículo que estudiamos. Así, por ejemplo, si uno de los esposos antes del matrimonio se ha presentado como hijo de tal o cual persona, y resulta después que no son estos sus padres, habrá un error, según la Corte Francesa, citada, sobre la persona civil, que puede dar lugar a una acción de nulidad. Un hombre que se casa con una mujer que se presenta como soltera, que resulta después haber sido viuda, habrá también sufrido un error sobre la persona civil”.

Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado en contra de esa opinión.

El señor E. contrajo matrimonio con una joven de quien se le había dicho que era hija legítima de un acaudalado comerciante. Después de un año de casados, el señor E. llegó a saber que su esposa no era hija legítima del referido comerciante, cuya mujer, por otra parte, era bigama, puesto



que se había casado con éste no obstante vivir aún su marido. Entabló entonces demanda de nulidad.—Yo creí casarme—decía—con María Luisa F., que en realidad no se llama así, sino Luisa Carolina S. En virtud de esto, pido que se anule el matrimonio por existir error sobre la persona.

Se le contestó que su esposa no había sustituido a persona alguna con quien él había creído casarse, lo que excluía toda cuestión de identidad.

El matrimonio opinaba el tribunal—es una institución seria que no puede quedar librada al capricho de circunstancias accidentales en que el nombre no interviene como verdadero factor. No es un atributo de la personalidad el hecho de que un individuo tenga o no fortuna, ni de que aparezca como hijo legítimo, sin ser tal cosa, primando la opinión de que el error admisible como causa de nulidad era el que se refería a la persona física o también a la persona civil, pero exigiéndose en este último caso que fuese profundamente grave, de manera que recaiga sobre la persona misma.

19.—*El dolo.*

Los casos de dolo presentan mayor dificultad. Siempre se ha enseñado entre nosotros que el dolo no se refiere sino al caso del error. Se dice que no es posible aplicar los principios generales del dolo a las cuestiones de matrimonio porque, de lo contrario, éste perdería la necesaria estabilidad. Pero la jurisprudencia ha reaccionado en los últimos tiempos, como lo demuestra un fallo muy interesante que está consignado en la Recopilación de la Inspección de Justicia, número de diciembre de 1910, página 2.195.

El caso es el siguiente: Realizado un matrimonio ante el Registro Civil, el novio se enfermó subitamente, atacado por fiebre. Examinado por un médico, éste, para evitar un mal mayor, resolvió revelar a la madre de la novia que la fiebre era consecuencia de una afección sífilítica de que estaba atacado aquel hombre. La madre, indignada, entabló demanda de nulidad del matrimonio.

El fiscal, al expedir su dictamen, adoptó una actitud



extraña. “No hay a mi entender razón legal ninguna—decía—que imponga la nulidad del matrimonio; pero existe, si, una razón de humanidad elemental para declarar la insubsistencia del vínculo”. Terminaba el fiscal, aconsejando al juez que no hiciera lugar a la nulidad del matrimonio, pero que declarara que el vínculo no subsistía, lo cual era hacer un dictamen demasiado sutil, y que no estaba de acuerdo con los principios, porque era caso de insubsistencia, sino de nulidad.

El juez, haciendo una estricta interpretación, dijo: “Por grave que sea la enfermedad de que padece el demandado y por serias que puedan ser sus consecuencias para la demandante, caso de consumarse las relaciones corporales que son propias del matrimonio, ello no es bastante para desatar el vínculo contraído, que la gravedad de los intereses comprometidos y la moral pública imponen respetar, como que es la única base digna de la familia y la sola base sólida sobre que reposa la sociedad”. ¡Se invocaba la moral pública y los cimientos de la sociedad, para obligar a una mujer a cohabitar con un hombre que había de contagiarle una enfermedad incurable!

Rechazada la demanda por el juez, el fiscal de cámara opinó que debía confirmarse con costas; pero el superior tribunal, contemplando las cosas bajo su aspecto real y verdadero, como que el derecho no es más que la ciencia de la vida, revocó la sentencia en estos sencillos fundamentos: “Al tratar el Código Civil de los hechos producidos por dolo, requiere, para que éste pueda ser medio de nulidad, la reunión de ciertas circunstancias y el juez *a quo* declara no mediar, en el presente caso, ninguna de las causas mencionadas en el art. 932 del Código Civil. Mi opinión es radicalmente contraria a la sustentada por el juez *a quo*, pues, en mi concepto, la omisión dolosa del demandado (art. 933), ha sido más que grave, gravísima; ha sido causa determinante de la acción, pues no puede presumirse siquiera que la madre de la menor hubiera sido tan malvada y perversa tan criminal e inconsciente, para prestar su consentimiento al matrimonio, si hubiera conocido o sabido el estado en que se encontraba el demandado al celebrarse el acto; ha ocasionado un daño importante, evidentemente, tan evidente, que el



agente fiscal, no obstante opinar que la causal alegada no es causa de nulidad, piensa que existe "una razón de humanidad elemental para declarar la insubsistencia del vínculo y no ha habido dolo por la parte actora; lo que no puede ni debe presumirse, ni se ha insinuado siquiera y que habría sido menester comprobar plenamente".

Triunfó la buena doctrina, la que está escrita en la ley, porque nosotros, a diferencia del Código francés, admitimos el dolo como causa de nulidad del matrimonio, con tal que presente los siguientes caracteres: *a)* que sea grave; *b)* que sea causa determinante de la acción; *c)* que ocasione un daño importante; *d)* que no haya habido dolo por ambas partes; *e)* que la acción se ejerza por el agraviado dentro de los plazos de tres o treinta días que fija el art. 85, inciso 3.º.

20.—*La violencia.*

Los casos de violencia no son frecuentes en el matrimonio, porque, debiendo celebrarse el acto en presencia del oficial público, es de suponer que éste no consentiría en realizarlo si notara que uno de los contrayentes obra presionado en su voluntad. Para que se produjera la violencia, se requeriría la complicidad del oficial público. (1).

La violencia es considerada por el código bajo dos aspectos: violencia física y violencia moral. Los casos de violencia física son aquellos en que se produce una coerción directa: se obliga por la fuerza al individuo a suscribir el acta. La violencia moral aparece cuando la coerción reviste caracteres íntimos, que obligan a la persona a obrar, contra su voluntad, en determinado sentido, para evitar un mal inminente y grave en su persona, libertad u honra o en la de sus ascendientes o descendientes.

En la celebración del matrimonio puede influir lo que en derecho se conoce con el nombre de *temor reverencial*. Los padres pueden presionar la voluntad de un hijo para

(1). •El 25 de Noviembre de 1916, la Cámara 2.ª de Apelaciones ha fallado un interesante caso de nulidad de matrimonio por violencia, fallo que pueda verse en el capítulo XII. • (Nota de la 2.ª edición).

que contraiga matrimonio con determinada persona. Hay, en tal caso, una libertad restringida, pero de orden interno de la familia, generalmente inspirada en nobles y sanos propósitos, sin que impida que el interesado pueda contrariarla.

Esa clase de violencia, que no tiene la fuerza moral irresistible de que habla el código, no es suficiente para anular el matrimonio. Sólo hay cierta condescendencia hacia el padre, fundada en el respeto y el cariño filial, que no coacciona la voluntad hasta el extremo de invalidarla.





21. — Diligencias para la celebración del matrimonio. — 22. — Forma y requisitos de la celebración. — 23. — Oficial público. — Obligaciones. — 24. — Contrayentes. — 25. — Testigos. — 26. — Redacción y firma del acta. — 27. — Matrimonio *in articulo mortis*. — Funcionarios que pueden autorizarlo.

21.—Diligencias para la celebración del matrimonio.

¿Existen en la ley civil diligencias previas a la celebración del matrimonio, semejantes a las que imponían los cánones? El capítulo V de la ley de matrimonio civil se titula "De las diligencias previas a la celebración del matrimonio"; pero el epígrafe de ese capítulo correspondía a la ley de 1888, que entraba en vigor el 1.º de abril de 1889, ley que fué abrogada por la de 1.º de diciembre de 1889. En aquella ley se establecían, efectivamente, diligencias previas, que constituían lo que se llamaba *bandos*. Eran avisos previos, que tenían por objeto hacer saber, como las amonestaciones del derecho canónico, que iba a celebrarse determinado matrimonio. Nuestra ley actual, aun cuando habla de "diligencias previas a la celebración del matrimonio", no establece tales diligencias.

El matrimonio, cuando es normal, se celebra en un solo y mismo acto. Resulta esto de la combinación de los artículos 17 y 40 de la ley. Establece el primero que los que pretenden contraer matrimonio se presentarán ante el oficial público encargado del Registro Civil, correspondiente al



domicilio de cualquiera de ellos, y manifestarán verbalmente su intención. Si a juicio del oficial público, agrega el art. 40, resultara que los futuros esposos son hábiles para casarse, se procederá *inmediatamente* a la celebración del matrimonio, de modo que todo conste en una sola acta.

Podemos clasificar en la siguiente forma los requisitos necesarios para la celebración del acto:

- 1.º Presencia del oficial público;
- 2.º Presencia de los contrayentes;
- 3.º Presencia de los testigos;
- 4.º Redacción de un acta;
- 5.º Firma por los presentes.

23.—Oficial público.—Obligaciones.

Es indispensable que el matrimonio se efectúe ante el oficial público, el cual concurre como un funcionario que autoriza el acto y no como simple testigo. En el antiguo derecho podía el matrimonio no ser solemnizado con la redacción de un acta escrita. Los canonistas admitían los que se llamaban *matrimonios clandestinos*, que se efectuaban en secreto, por la sola voluntad de los contrayentes, y sin formalidad exterior. Sucedió que los futuros esposos escuchaban la misa y en el momento en que el sacerdote se volvía a los asistentes e impartía la bendición, aquéllos se daban la mano y se tomaban recíprocamente por marido y mujer. Esto, como se comprende, traía una serie de dificultades de hecho para la prueba del matrimonio verificado en tal forma. En el Concilio de Latrán se comenzó a reaccionar contra esta clase de celebraciones; y fué el Concilio de Trento, en 1563, el que estableció la forma solemne, consagrada después por las legislaciones que siguieron al derecho canónico: el matrimonio debía ser celebrado en la iglesia en presencia del propio párroco de los esposos, *in fácie Ecclesiae proprio presente parochi*. El matrimonio realizado ante el párroco extraño era nulo. ♦

La intervención del párroco, según unos, era indispensable como ministro del sacramento del matrimonio, y otros decían que sólo tenía el carácter de *testigo* y que los verda-



deros ministros del sacramento eran los contrayentes, por lo cual bastaba sólo celebrarlo en presencia de aquél, aun por sorpresa.

Así se produjeron en Francia los matrimonios llamados *a la Gaulmine*, matrimonios cuyo nombre derivaba del siguiente hecho.

Un tal Gilberto Gaulmin fué a ver a su párroco y le manifestó el deseo de que lo casara inmediatamente. El párroco se negó a complacerlo. Entonces Gaulmin volvió a la iglesia acompañado de la novia, dos notarios y varios testigos. Ante la nueva negativa del párroco para casarlo, hizo levantar acta que comprobara el hecho, y declaró que se casaban *in facie Ecclesie*.

El procedimiento, que luego se hizo de moda, era una violación de los preceptos de la Iglesia, que la ordenanza de Blois había declarado que debían ser observados. Volvió entonces a discutirse, con motivo de la validez de tales matrimonios, si el párroco era un funcionario o un simple testigo, y fué necesario un edicto especial para derogar esa práctica viciosa que daba lugar a sinnúmero de complicaciones.

Entre nosotros, el matrimonio debe celebrarse ante el jefe del Registro Civil. No es posible que éste pueda ser sustituido por un escribano u otro funcionario cualquiera, ni que se prescindiera de él, sino en el caso especialísimo del artículo 46, en que puede ser reemplazado por un funcionario judicial.

El jefe del Registro Civil encargado de realizar el matrimonio debe ser el del domicilio de uno de los contrayentes. Debe efectuarlo en su oficina, salvo que alguno de los esposos estuviese imposibilitado para concurrir, en cuyo caso puede celebrarlo en el domicilio del contrayente.

¿Cuáles son las obligaciones de este funcionario?

Ante todo, debe abstenerse de celebrar el matrimonio si existe alguno de los impedimentos que enumera la ley. Para celebrarlo debe comenzar por dar lectura a los artículos 50, 51 y 53 de la ley, referentes a las obligaciones mutuas de los esposos. Después pregunta sucesivamente a los contrayentes si quieren tomarse por marido y mujer. Obtenido el consentimiento, pronuncia la fórmula sacramental: En



nombre de la ley, quedan unidos en matrimonio. En seguida firma el acta el jefe del Registro Civil, los contrayentes y los testigos.

La firma del acta por el jefe ¿es un requisito sustancial para la validez del matrimonio? Siendo un instrumento público, ¿valdrá sin la firma del oficial que lo autoriza? Parece difícil que ocurra el caso de que el oficial público no suscriba el acta de matrimonio. Sin embargo, se ha presentado en nuestra jurisprudencia.

El hecho ocurrió de la manera siguiente. El encargado del Registro fué requerido para que se trasladase al domicilio de los contrayentes, por estar uno de ellos imposibilitado para presentarse, exhibiendo al efecto un certificado médico. No encontrándose en ese momento el jefe del Registro en su oficina, acudió a casa del interesado el segundo jefe. Este, en cuanto hubo llegado, se apercibió de que los hermanos de la novia ejercían presión sobre el individuo que debía casarse. Cuando el funcionario público le preguntó si quería contraer matrimonio, el hombre contestó afirmativamente. El funcionario extendió el acta correspondiente; pero, tal vez por temor de que aquello pudiera tener consecuencias graves, la redactó en la forma corriente, como si el matrimonio se realizara en la oficina del Registro Civil, haciendo figurar al jefe como actuando y absteniéndose él de firmarla. No obstante esto, entregó a los contrayentes la libreta de práctica. Vuelto a la oficina, enteró a su superior de lo producido, y éste se negó a suscribir el acta, poniendo en cambio una nota marginal que decía: "No siendo exacta la declaración contenida en la referida acta de que los contrayentes hayan comparecido al despacho del oficial público que suscribe y manifestado ante él y testigos en ella indicados que querían desposarse, queda anulada", firmando al pie.

Años después, la partida de matrimonio fué presentada con motivo de la sucesión del abuelo de la esposa. Entonces fué cuando se produjo el conflicto. Los hermanos de la esposa alegaban la nulidad del matrimonio, con el propósito de excluir a los descendientes de su cuñado de la sucesión; el marido, por el contrario, afirmaba que estaba perfectamente casado.



El juez resolvió que no era exacto que el acta no llevara la firma del jefe del Registro Civil. La firma del oficial público estaba en el acta porque figuraba al pie de la nota que la declaraba nula. Existía la firma como requisito de forma, desde que aquel funcionario no podía por sí anular el acta. La Cámara de Apelaciones revocó ese fallo, por cuanto el acta era nula. No estaba autorizada (art. 43); pero se sostuvo que el matrimonio "era un hecho independiente del acta que constata su celebración, que lo comprueba". Aquél puede existir, no obstante la falta de acta o de ser ésta nula. Invocándose los artículos 96, 97 y 98, inciso 2.º se declaró probado el matrimonio con los elementos acumulados, y se mandó inscribir el auto en el Registro, que vino a sustituir a la partida.

Quiere decir que la firma del oficial público no puede ser considerada como requisito fundamental, a la inversa de lo que ocurre con los demás instrumentos públicos. En materia matrimonial, la teoría de las nulidades no es la teoría común de los actos jurídicos, como lo explicaremos más adelante. Pueden suplirse los vicios o defectos de forma, cuando el registro se ha llevado irregularmente.

24.—*Contrayentes.*

¿Cuáles son los requisitos que deben llenar los contrayentes?

Si ellos son mayores de edad, basta que se presenten por sí mismos ante el jefe del Registro y manifiesten su voluntad de unirse en matrimonio. Si son menores o sordomudos que no saben darse a entender por escrito, es necesario el consentimiento de los padres, tutores o curadores, el cual se presta yendo estos últimos, junto con el que va a casarse, a firmar el acta de matrimonio, o bien dándoles una autorización auténtica. No es necesario que sea en escritura pública; basta que se trate de un documento auténtico. A falta de autorización, debe acompañarse testimonio de la venia supletoria otorgada por el juez de lo civil. Si antes fueron casados, indicarán el nombre y apellido del anterior cónyuge, lugar del casamiento y causa de la disolución. Si el ma-

trimonio fué declarado nulo, presentarán testimonio de la sentencia.

Deben declarar que se toman por esposos y pueden en el mismo acto reconocer hijos naturales.

25.—*Testigos.*

La presencia de testigos es un requisito fundamental para la existencia del matrimonio, porque desempeñan un doble papel: no son exclusivamente testigos del acto, sino que aseguran la identidad personal de los contrayentes. Deben ser mayores de edad o menores emancipados. No pueden ser testigos las mujeres, ni los parientes en cuarto grado del oficial público, ni los que tengan alguna de las inhabilidades de que habla el art. 990. Deben ser dos si se celebra el matrimonio en la oficina del Registro Civil y cuatro si se celebra en casa de los contrayentes. Cuando los contrayentes llevan a la oficina más de dos testigos, los jefes del Registro hacen figurar en el cuerpo del acta sólo a dos de ellos, aunque permiten firmar a los cuatro; pero no habría inconveniente en que figuraran todos en el cuerpo del instrumento: *utile per inutile non viciatur*.

26.—*Redacción y firma del acta.*

En cuanto a la redacción, el acta debe comenzar consignando la fecha; luego siguen las condiciones personales de los esposos: edad, nacionalidad, domicilio, profesión, nombres de los padres, etc.; la declaración de los contrayentes de que se toman recíprocamente por esposos, la manifestación del oficial público de que los declara legalmente unidos en nombre de la ley y las condiciones personales de los testigos presentes.

Si uno de los contrayentes está representado por un apoderado, es necesario transcribir en el acta todos los hechos que individualizan el poder: indicar el escribano que lo hizo, el lugar del acto, la fecha, etc., todos los detalles necesarios para que en cualquier momento sea posible recurrir al protocolo original. El poder queda archivado en la oficina.

La última condición es la firma. El código dice que el



acta debe ser firmada por todos los que intervienen en el matrimonio o por otros a ruego de los que no pudiesen o no supiesen hacerlo.

27.—*Matrimonio in articulo mortis.*—Funcionarios que pueden autorizarlo.

El que acabamos de estudiar es el matrimonio ordinario. El código admite una forma especial de celebración para el matrimonio *in articulo mortis*.

Cuando alguno de los futuros esposos se encuentre en peligro de muerte y tenga que reconocer hijos naturales, puede recurrir en cualquier momento al jefe del Registro Civil para que se apersone a la casa a realizar el matrimonio. Si la demora ofrece peligro, el matrimonio podrá celebrarse ante cualquier funcionario judicial, el cual deberá levantar acta y remitirla al oficial público encargado del Registro Civil para que la protocolice (art. 46). El oficial público deberá publicarla durante ocho días fijándola en las puertas de la oficina (art. 47).

¿Cuáles son los funcionarios judiciales que pueden celebrar el matrimonio *in articulo mortis*? La ley no los enumera; debe entenderse que ha querido referirse a los funcionarios que ejercen jurisdicción y tienen independencia en sus cargos, es decir, a los alcaldes, jueces de paz, jueces de primera instancia, fiscales, camaristas y miembros de la Suprema Corte.

Nuestra jurisprudencia registra sobre esta materia un caso que merece señalarse. Un argentino, hallándose en Niza en peligro de muerte, manifestó el deseo de celebrar matrimonio para reconocer hijos naturales. Con tal objeto, llamó al cónsul argentino, funcionario que, como es sabido, tiene atribuciones notariales. Este autorizó el matrimonio, procediendo como el funcionario a que se refiere el art. 46. Llegada al país el acta de matrimonio, fué declarada nula por los tribunales, en virtud de haber sido suscrita por un funcionario que no es del orden judicial, y el cual, no obstante ejercer funciones notariales, no tiene facultad para autorizar un acto de esa naturaleza, puesto que tampoco pueden autorizarlo los escribanos.





28.—Oposición al matrimonio. — Causas. — Modo y forma de ejercerla.

28.—Oposición al matrimonio.—Causas.—Modo y forma de ejercerla.

La celebración del matrimonio puede suspenderse cuando existe un motivo de oposición.

La oposición no es más que el conocimiento que se da al oficial público de la existencia de alguno de los impedimentos enumerados por la ley. Este conocimiento puede llegar al oficial público de dos maneras: o por denuncia de un tercero, o por ejercicio del derecho de una de las personas interesadas en que el matrimonio no se realice. La denuncia debe fundarse única y exclusivamente en alguno de los impedimentos del artículo 9.º, ya sean dirimentes, es decir, aquéllos que anulan el matrimonio, o simplemente impedientes, aun cuando no figuren en ese artículo. La ley ha tenido en cuenta motivos de orden público, y por consiguiente la denuncia puede ser hecha por cualquiera del pueblo.

La ley establece el orden en que puede ejercerse el derecho de oposición.

Tratándose de los impedimentos del artículo 9.º, corresponde, en primer lugar, al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio. Es indiscutible el derecho del cónyuge para impedir que se realice una unión que la ley prohíbe y que viene a perjudicarlo. El mismo derecho lo tienen los



parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad o afinidad, los tutores o curadores y el ministerio público.

Por lo que se refiere a las otras prohibiciones, existen reglas especiales.

En caso de que se trate de una mujer viuda que quiere contraer matrimonio antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento del marido o de la nulidad del matrimonio, la ley, teniendo en cuenta quiénes son los que tienen interés en que ese matrimonio no se realice, establece que pueden oponerse los parientes del marido en grado sucesible.

Los padres, tutores o curadores pueden también deducir oposición por falta de su consentimiento en los casos que la ley lo exige. Deberán expresar cuáles son los motivos de esa oposición, salvo, en lo que respecta a los padres, cuando se tratare de un hijo varón menor de diez y ocho años o mujer menor de quince años y siempre que no estén gozando del usufructo de sus bienes.

Esta limitación es una especie de desconfianza hacia la autoridad paterna, que la ley establece sin razón alguna. A las edades indicadas, no existe en el hombre ni en la mujer el discernimiento necesario para decidir con acierto un acto tan fundamental como el matrimonio. La vigilancia paterna debe obrar entonces con todo su imperio; y no es posible desconfiar de un padre por el hecho de que esté gozando del usufructo de los bienes del hijo. Las leyes no pueden proceder con tanta suspicacia cuando se encuentran frente al amor paterno, que es un sentimiento que difícilmente se pervierte. No se puede suponer que los intereses pecuniarios pesen en la determinación del padre, más que los afectivos, cuando se trata del porvenir de un hijo.

Determina el artículo 24 los motivos en que puede fundarse la oposición de los padres, tutores o curadores por falta de su consentimiento.

El primer caso es el de que exista alguno de los impedimentos del artículo 9.º, caso que ya ha sido estudiado.

El segundo es el de que haya enfermedad contagiosa de la persona que pretenda casarse con el menor. Esta prescripción tiene por objeto evitar no sólo el contagio que pudiera sufrir el otro cónyuge, sino también los males que podrían



resultar para la prole. Ciertas enfermedades, por ejemplo, la avariosis, no son contagiosas pasado determinado período, pero son transmisibles a los hijos por herencia. Es natural que para que pueda haber oposición debe tratarse de una enfermedad que por el hecho de ser permanente y contagiosa constituya un peligro para el otro cónyuge, y no de un caso accidental, como la viruela, que una vez curada, por más que deje rastros visibles, no ofrece peligro de contagio.

El tercer inciso se refiere al caso de que haya “conducta desarreglada o inmoral”, redacción que envuelve un concepto amplio. Sin duda, la ley ha querido referirse a los vicios de embriaguez, juego, desenfreno de ciertas pasiones, etc. El ebrio consuetudinario y el jugador son incapaces de formar un hogar; ellos no pueden hacer otra cosa que introducir la desunión y la ruina en la familia. Tales vicios no conciben con los hábitos de trabajo indispensables para el orden interno y el progreso.

El cuarto inciso considera el caso en que el futuro cónyuge haya sido condenado por delito de robo, hurto, estafa o cualquier otro que tenga pena mayor de un año de prisión. Quiere decir que la prohibición de la ley está regida por la graduación de la pena y no por la naturaleza del delito. Parecería que la disposición debiera sólo referirse a aquellos delitos que ponen sobre su autor un estigma infamante. Sin embargo, se explica que la ley no haya procedido así y haya preferido dar lugar a la oposición cuando se ha cometido un delito de cierta importancia, teniendo en cuenta que esa prohibición sólo habría de regir hasta la mayor edad del contrayente y considerando que es posible que el que ha manifestado tendencias al delito, aunque él no sea infamante, puede muy bien reincidir más tarde y hacerse un sujeto peligroso.

El quinto caso es el de la falta de medios de subsistencia y de aptitud para adquirirlos. La oposición en este caso se funda en que no es posible el matrimonio sin que haya recursos económicos con qué sostenerlo. Si esos recursos no existen, el matrimonio sería una carga para los padres de ambos cónyuges. Las dificultades económicas son las que, prácticamente, dan lugar a continuos reproches y quejas, que se traducen con el tiempo en la disolución de hecho de la familia.



La oposición debe sustanciarse ante el oficial público. El código dice que debe ser hecha desde que comiencen las diligencias previas a la celebración del matrimonio; pero, como hemos visto, en realidad no existen entre nosotros tales diligencias previas, y en la mayor parte de los casos la oposición llegará tarde.

En la práctica, los casos de oposición no son frecuentes. En primer lugar, porque la mayoría de las veces los padres de la novia se niegan de antemano a dejar casar a su hija y el novio no hace hincapie; y en segundo término, debido a la falta de publicación previa de que el matrimonio va a realizarse, lo que muchas veces impide que el acto llegue a conocimiento de aquéllos que pueden oponerse.

Algunos autores critican la supresión de las publicaciones previas — avisos que la ley de matrimonio de 1888 llamaba *bandos* — pero esta supresión obedece a motivos prácticos: es necesario que la ley simplifique el procedimiento y evite el expedienteo. Cuando se abusa de estas publicaciones, la gente las lee con indiferencia o no las lee. Tan es así, que en Francia se ha suprimido la lectura que en alta voz hacía de estos anuncios un empleado desde la puerta de la oficina, reemplazándosela con avisos que no dan mejor resultado. Por otra parte, el número de matrimonios que se celebran en condiciones irregulares es en general despreciable. Las leyes no pueden hacerse para los casos extraordinarios, sino para los normales. Y los matrimonios regulares requieren ser realizados con pocas tramitaciones.

La oposición puede ser deducida en dos formas: verbalmente o por escrito. Si se hace en forma verbal, el oficial público debe levantar un acta, que será firmada por el oponente y dos testigos; si se presenta por escrito, el oficial público debe transcribirla en el libro de actas con las mismas formalidades, sacando un testimonio que deberá comunicar a los contrayentes.

La ley concede tres días a éstos para que se produzcan con respecto a la oposición. Si reconocen el impedimento, no hay matrimonio; si alegan que el impedimento es falso, entonces termina la jurisdicción del oficial público, el cual debe remitir todas estas diligencias al juez de primera ins-

tancia en lo civil, produciéndose lo que se llama el *juicio de disenso*.

El código establece que este juicio debe ser sumario y sustanciado con intervención fiscal. Nuestras leyes procesales, a diferencia de las de otros países, no dicen cuál es la distinción que existe entre juicio sumario y juicio ordinario. El juicio sumario es siempre de naturaleza especial entre nosotros: como el interdicto, el de desalojo, el de *litis expensas*, etc. El Código de Procedimientos no trae título especial que establezca la forma general de sustanciarse otros juicios sumarios. En su defecto, la práctica ha resuelto que el juicio sumario debe ser verbal y actuado. El juez de primera instancia hace comparecer a las partes a juicio verbal y las oye; se levanta acta y el juez falla en seguida, si no hay hechos controvertidos. En caso contrario, se recibe a prueba; ésta se produce, o fijando un término breve, cinco o diez días, o citando a otra audiencia para que las partes comparezcan con todos los elementos probatorios que tuvieran, bajo apercibimiento de no escucharlas sino respecto de los que se presenten en ese acto. Si el juez se pronuncia por la existencia del impedimento, libra oficio al jefe del Registro Civil, el cual anota el fallo í margen del acta que levantó, y el matrimonio no puede celebrarse. Si el juez rechaza la oposición comunica igualmente su fallo al jefe del Registro Civil, y el matrimonio puede celebrarse.

Cuando la oposición no es hecha por un ascendiente o el ministerio público, puede dar lugar a una acción de indemnización. Es una especie de pena que se aplica a la persona que ha venido, en cierta forma a inferir una injuria a los contrayentes. La indemnización es fijada prudencialmente por el tribunal.

No sucede lo mismo cuando se trata de un ascendiente, porque se presume que éste no tiene interés en producir semejante daño, ni tampoco cuando la oposición proviene del ministerio público, porque éste obra defendiendo colectivamente a la sociedad. Sin embargo, algunos opinan que cuando el ministerio público procediera con entero desconocimiento de la ley, sería el caso de aplicarle también una sanción, hecho que es difícil que se produzca, porque el agente fiscal es letrado, y como tal, jurídicamente no puede admitirse que desconozca la ley.





- 29.— Efectos civiles del matrimonio. — Obligaciones recíprocas: cohabitación, fidelidad, ayuda mutua. — 30.— Poder marital: nacionalidad de la mujer casada, apellido, domicilio, incapacidad.

29.—Efectos civiles del matrimonio.—Obligaciones recíprocas.

Los efectos civiles del matrimonio pueden agruparse en dos órdenes de ideas: o se refieren a los derechos personales de los esposos o se refieren a los derechos patrimoniales.

En los derechos personales de los esposos hay obligaciones recíprocas y obligaciones unilaterales.

Las obligaciones recíprocas pueden clasificarse de la siguiente manera:

- a) Deber de cohabitación;
- b) Deber de fidelidad;
- c) Deber de ayuda mutua.

Estas obligaciones corresponden a los tres requisitos, ya estudiados, que son esenciales para el matrimonio: unidad, permanencia y fidelidad.

a) La ley impone de una manera expresa el deber de cohabitación (arts. 51 y 53). Si la mujer se resiste a ir a casa del marido, la ley confiere a éste, el derecho de requerir las medidas judiciales necesarias. Antes de ser reformado el código en esta parte, decía que el marido podía pedir al efecto las medidas *policiales* necesarias (art. 187). La modificación



introducida no ha alterado, sin embargo, el alcance de la disposición. Las medidas judiciales de que habla la ley se reducen a una notificación dirigida a la mujer para que dentro de cierto plazo se restituya a la casa. Si no cumple, no hay sanción coercitiva de ninguna especie. El marido no puede presentarse solicitando el empleo de la fuerza pública, porque ello iría contra la naturaleza del matrimonio, que ante todo requiere unidad y armonía en su seno.

En Francia la jurisprudencia es contradictoria. Hay muchas sentencias de las Cortes de Asises que dan derecho a que se lleve a la mujer por la fuerza pública a casa del marido. Pero, como fácilmente se comprende, el expediente no es remedio que pueda impedir el desmoronamiento del hogar.

El marido puede, sin embargo, recurrir a otro sanción: la ley le autoriza a negar en tal caso alimentos a la mujer. Además, como la actitud de la esposa implica una injuria para el marido, y como la injuria es una de las causales de divorcio, éste puede negarse a pasarle alimentos y entablar demanda de divorcio.

Estas son las dos únicas sanciones eficaces que pueden ejercitarse por el marido, en el caso de que la mujer se niegue a cumplir con el deber de cohabitación.

Si la mujer está obligada a cohabitar con su marido, debe seguirle donde quiera que éste fije su residencia. Así lo establece el artículo 53 de la ley. La mujer está exenta de este deber en el único caso de que de su ejecución resulte peligro para su vida. Tal sería el caso de que el marido fuera designado empleado de un lazareto establecido en momentos de una grave epidemia. Difícilmente habrá de producirse en la práctica, pero si la mujer es timorata la ley le exime de aquel deber. Sin ser timorata, puede verse en la disyuntiva de optar entre los sagrados deberes de la maternidad, y el de cohabitar con su marido, en cuyo caso, por eximir a sus hijos del peligro, puede ampararse en la disposición legal citada.

Se ha preguntado si la excepción puede extenderse también al caso del marido que hace vida inmoral. En estas circunstancias, los jueces han dicho que ningún hombre puede imponer a su mujer una vida inmoral. Entre determinados elementos extranjeros, nuestra policía tiene que intervenir



constantemente en hechos de esta naturaleza: seres depravados que lucran con sus mujeres, y que, cuando éstas abandonan su casa, pretenden hacerlas volver a ella. La justicia no puede amparar semejante abuso. Así como hay imposibilidades físicas que impiden la cohabitación por el peligro de la vida, hay imposibilidades morales que repugnan a la conciencia.

b) El deber de fidelidad, requisito necesario para la existencia de la monogamia, es sancionado con disposiciones civiles y penales. El esposo que falte a este deber comete el delito de adulterio.

El adulterio es castigado de diverso modo, según se trate del hombre o de la mujer. El hecho de que la mujer casada tenga cópula carnal con un individuo que no sea su marido constituye delito de adulterio, aun cuando el hecho sea transitorio. Esto es porque es un hecho contrario a la seguridad de la filiación, que reposa en el principio de fidelidad. Si la mujer es infiel, no hay certeza de filiación. La ley es severa en esta materia, porque sobre la filiación ella funda una serie de derechos. En cuanto al marido, no sucede lo mismo: la cópula carnal, pasajera o continuada, sólo es punible — dice el Código Penal — cuando el marido tenga manceba dentro o fuera del hogar. Por manceba se entiende una segunda mujer a la cual se sostiene.

El adulterio es uno de los delitos de acción privada, porque aun cuando sea tan fundamental la filiación, la ley no tiene interés en que se haga público. El cónyuge ofendido es el único que puede acusar, y más aún, puede perdonar, a diferencia de lo que sucede en las demás categorías de delitos, que no admiten perdón de parte. Al tratar el divorcio, volveremos sobre este punto.

c) El requisito de la ayuda mutua en su faz económica no se exterioriza en el matrimonio, porque el marido, como veremos después, tiene la administración de todos los bienes. Sólo en el caso de divorcio es cuando aparece en la ley este requisito: "cualquiera de los esposos — dice el art. 80 — que hubiere dado causa al divorcio tendrá derecho a que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad". Aun después de la separación

de cuerpos, la ley, en consideración al matrimonio, impone esa obligación. Si uno de los esposos tiene bienes, la ley no puede permitir que el otro esposo, aunque divorciado, vaya a mendigar un pedazo de pan.

30.—*Poder marital.*

Los efectos civiles de carácter unilateral se sintetizan en lo que se denomina poder marital. Este se manifiesta con relación a cuatro órdenes de ideas:

- a) Nacionalidad de la mujer casada;
- b) Apellido;
- c) Domicilio;
- d) Incapacidad jurídica.

a) No hay un texto expreso en nuestra ley que establezca que la mujer debe seguir la nacionalidad del marido; pero las resoluciones de la Suprema Corte Nacional han sentado como jurisprudencia ese principio.

La cuestión es discutible y tiene importancia entre nosotros, sobre todo del punto de vista de la jurisdicción. Es sabido que en nuestro país la justicia se divide en justicia ordinaria y justicia federal. Esta última es la que conoce en ciertos pleitos en que intervienen extranjeros. De manera que una mujer argentina casada con extranjero debe ser demandada ante el fuero que corresponda a su marido, es decir, el federal, cuando éste proceda.

También tiene importancia la materia en el régimen de los bienes, porque en ciertas legislaciones rige lo que se llama el *estatuto personal* de la nacionalidad, mientras que en otras — y especialmente entre nosotros — las relaciones se rigen por la ley del domicilio.

b) Tampoco existe un texto expreso en la ley que diga que la mujer debe llevar el apellido del marido. Sin embargo, así lo exige la costumbre. En Roma, la mujer usaba en genitivo el nombre del marido: así se decía Marcia Catonis, es decir, Marcia de Catón; Terencia Cicéronis, o sea Terencia de Cicerón. En nuestro país la costumbre quiere que la mujer casada use, después del nombre y apellido de soltera, el ape-





llido del marido precedido de la preposición *de*. En Francia la mujer pierde el apellido paterno, para ser designada por el del marido.

c) La mujer tiene el domicilio de su marido, cualquiera que éste sea. De manera que las relaciones que tienen por base el domicilio quedan a voluntad del marido. Este puede cambiar de domicilio; y entonces, por una ficción legal, la mujer, aunque no esté residiendo con su marido, tiene el nuevo domicilio.

Tiene importancia para nosotros esta disposición a causa de la legislación sobre el divorcio que rige en la República del Uruguay. Para hacer surtir el fuero de esa república vecina es indispensable estar domiciliado en ella. Los tribunales de ese país han resuelto que una mujer argentina no puede trasladarse a la República Oriental y sostener que, por el hecho de residir allí y tener un domicilio *de facto*, puede surtir la jurisdicción para que esos tribunales entiendan en una cuestión referente al matrimonio. A la inversa, si es el marido el que se traslada a residir en la República Oriental, entonces surte el fuero, y la mujer queda sujeta al pleito que allí le promueva el marido, con las consecuencias jurídicas que más adelante analizaremos.

d) El poder marital, necesario a la unidad de la familia, trae como consecuencia una *capitis diminutio* en la mujer. Para cualquier acto de la vida civil, en general, la mujer necesitará de la autorización de su marido, ya se trate de un acto judicial o extrajudicial. Es lo que en la práctica se conoce con el nombre de *venia marital*.

Pero esta incapacidad, que es general y de hecho, tiene sus excepciones. En primer término, cuando la ley considera que hay una autorización tácita. Así ocurre cuando la mujer ejerce una profesión o industria que tiene cierto carácter público: es artista, profesora, etc. Entonces, para todos los actos que se refieran al ejercicio de esa profesión, ella no tiene necesidad de autorización del marido. La mujer tiene una autorización amplia de carácter tácito: desde el momento que el marido ya la ha autorizado a ejercer esa profesión, se presume autorizada a ejercer todos los actos que sean su consecuencia. También se entiende que la mujer está tácita-



mente autorizada por el marido en las compras al contado que haga y en las compras al fiado relativas a los gastos ordinarios del hogar. (Art. 56).

Hay ciertos casos en que tampoco sería posible exigir autorización del esposo. Así, cuando la mujer tiene que pleitear con su marido, la ley la exceptúa expresamente de pedir autorización. Lo mismo ocurre con algunos actos de naturaleza eminentemente personal, como, es el testamento: no sería posible prescribir que para testar la mujer hubiera de solicitar autorización del marido, sin exponerla a que éste exigiera salir beneficiado, con lo que el acto perdería el carácter de expresión directa de la voluntad de la testadora. La ley establece que, para hacer testamento, la mujer tiene amplia facultad, ya sea público, ológrafo o cerrado. En virtud del carácter eminentemente personal del hecho, la ley también excluye la autorización del marido en caso de que la mujer tenga que responder a una acusación criminal. Se trata de un hecho en que no está comprometido ni el patrimonio familiar ni el orden interno de la familia, sino la libertad individual de la persona. La Constitución Nacional dice que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de sus derechos; y nunca podría imponerse como un requisito para iniciar su defensa que la mujer debiera estar munida de una autorización del marido.

Al estudiar el régimen de los bienes, veremos que la ley permite que se haga lo que se llama *capitulaciones matrimoniales*, que es una convención entre los cónyuges, hecha antes de realizado el matrimonio, con el objeto de que la esposa pueda reservarse exclusivamente la administración de algún bien propio. Con relación a ese bien, la mujer tiene entonces plena capacidad.

Aunque la ley las autoriza, no es costumbre entre nosotros realizar esta clase de convenciones. Ya tenemos recordado que estas cuestiones de intereses están desvinculadas de nuestros hábitos cuando se trata de la constitución del hogar.

Son nulos los actos que realice la mujer casada prescindiendo de la autorización del marido. ¿Quiénes pueden solicitar la declaración de nulidad? La ley establece que sólo corresponde hacerlo al marido, a la mujer y a los herederos de ambos.



¿En qué situación se encuentran los acreedores de la mujer o del marido, que por el art. 1.196 del Código Civil tienen lo que se llama la *acción oblicua*? Del texto del artículo 58 de la ley de matrimonio se desprende que no están autorizados a solicitar la declaración de nulidad: "La mujer, el marido y los herederos de ambos, son los *únicos* que pueden reclamar la nulidad de los actos y obligaciones de la mujer por falta de licencia del marido".

La negativa del marido a dar autorización puede implicar un perjuicio para la mujer. Así, en el caso de una donación hecha a ésta, donación que es resistida por el marido. La mujer puede entonces recurrir a la justicia solicitando que los tribunales le acuerden autorización para aceptar la donación que el marido, por un escrúpulo de conciencia, rechaza. Esto es lo que se llama la *venia supletoria del juez*, porque reemplaza la venia del marido. Esta venia supletoria también se acuerda cuando el marido esté ausente o impedido para darla: esté demente o se halle en lugar no conocido.

¿Cuáles son los bienes que deben responder por los actos hechos por una mujer casada, sin autorización de su marido? ¿Serán los bienes gananciales? ¿serán los bienes propios del marido? "Los actos y contratos de la mujer no autorizados por el marido—dice el art. 63—o autorizados por el juez contra la voluntad del marido, obligarán solamente sus bienes propios, si no se pidiese su rescisión en el primer caso; pero no obligarán el haber social ni los bienes del marido sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad conyugal o el marido hubiesen reportado del acto". Se explica fácilmente esta solución porque el marido, en los casos referidos, se ha negado a autorizar que se afectaran los bienes de la sociedad conyugal, que él administra. Si la mujer procede, no obstante esta negativa, lo justo es que sufran las consecuencias sus bienes propios, y nada más.



- 31.— Divorcio: su concepto general. — 32.— El divorcio entre los romanos. — 33.— Criterios con que puede encararse la cuestión: religioso, sentimental, de interés individual. — 34.— La utilidad social. — 35.— El divorcio en la ley argentina. — 36.— Separación judicial. — 37.— Causas del divorcio. — 38.— Forma del juicio. — 39.— Pruebas admisibles. — 40.— Medidas judiciales. — 41.— Efectos del divorcio. — 42.— Extinción de la acción.

31.—Divorcio: su concepto general.

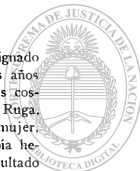
El divorcio es una de las materias jurídicas más debatidas en el campo de la doctrina y de la legislación positiva.

La palabra *divorcio* procede del latín *diverto, divertere* que significa *separarse, apartarse*. En el matrimonio expresa la idea de la separación de los elementos naturales que lo constituyen.

Esta separación puede tener dos formas: o es la separación con ruptura del vínculo (*divorcio ad vinculum*) o es la simple separación de cuerpos (*divorcio quoad torum*). Por el primero se disuelve el matrimonio; por el segundo subsiste el vínculo y sólo se produce la separación personal de los esposos.

32.—El divorcio entre los romanos.

La llamada "cuestión del divorcio" no es nueva. El derecho romano la ha conocido en todas sus manifestaciones.



Muchos escritores refieren que el divorcio estaba consignado en la ley de los Doce Tablas; pero durante quinientos años no se produjo en Roma un solo caso de divorcio. Las costumbres lo rechazaban. El primero fué el de Carvilio Ruga, hombre que, no obstante amar entrañablemente a su mujer, solicitó el divorcio por no faltar al juramento que había hecho de que se casaba para tener prole. Habiendo resultado su mujer estéril, la repudió para contraer nuevo matrimonio. Más tarde los divorcios aumentaron; y con la corrupción de las costumbres se hicieron tan frecuentes que, al decir de los escritores de la época, las mujeres no contaban ya los años por el número de cónsules, sino por el de maridos. El mismo César llegó a repudiar a Pompeya, su mujer, por el hecho de que Clodio, disfrazado de músico, se introdujera en su casa. “Yo no dudo de la fidelidad de mi esposa—dijo César—pero la mujer de César debe ser insospechable”. Hubo patricios de gran talla que no trepidaron en repudiar a su mujer para entregarla a un amigo. Así Catón repudió a Marcia, para entregarla a su amigo Hortensio. Desorganizada en esta forma la familia, sobrevino la anarquía, que hizo sucumbir al Imperio bajo los bárbaros, que venían con todo el empuje de las razas jóvenes.

Los romanos conocieron el divorcio *bona gratia discedere*, es decir, por mutuo consentimiento, y el divorcio por la simple voluntad de uno de los cónyuges: *repudium mittere*, dar el repudio.

El divorcio no requería ninguna clase de formalidades. La justicia no intervenía en él para nada. Se producía de la misma manera que en la disolución de cualquier acto privado.

33.—*Criterios con que puede encararse la cuestión: religioso, sentimental, de interés individual.*

Los antecedentes romanos se recuerdan para valorar el desarrollo histórico de la institución, considerando la influencia que ha tenido en la marcha de la sociedad. Cuando se discute esta materia en los parlamentos, no es lícito hacer a los juristas el cargo de que ellos son hombres retrógrados que viven apegados a los textos antiguos.



Esos textos nos demuestran que el divorcio por mutuo consentimiento, por el que tanto se batalla, no es creación moderna, un adelanto, como suele decirse. Es simplemente la vuelta hacia el pasado: “las instituciones jurídicas—ha dicho Goethe—se reproducen como un mal eterno”.

Apartando los prejuicios con que es costumbre tratar esta materia, debemos preguntarnos: ¿Cómo debe, organizarse la disolución del matrimonio- ¿Debe admitirse el divorcio en la legislación positiva? ¿Cuál es el divorcio que debe establecerse?

Esta ardua cuestión puede tener diferentes soluciones según sea el criterio con que se la encare, a saber: religioso, sentimental o de interés individual.

Bajo el aspecto religioso, se prescinde del estudio de los hechos para hacer del problema una cuestión de dogma y de fe. Un católico no admite el divorcio, fundado en que el matrimonio es un sacramento indisoluble: “lo que Dios ha unido no lo desuna el hombre”. El análisis y la controversia son imposibles en este terreno.

Desde el punto de vista del sentimentalismo, se argumenta con una serie de casos particulares, que hacen pensar que es absolutamente imposible que subsista la indisolubilidad del vínculo. No puede obligarse a ese hombre — llega uno a decirse — a que continúe unido a tal mujer que está enlodando su nombre; es necesario desatar el vínculo y permitir que puedan ambos buscar en otras uniones la felicidad que antes no han encontrado. El sentimiento hace que todos se pongan de lado del que se siente víctima.

En cuanto al interés individual, es necesario recordar una observación fundamental que se hizo en el parlamento uruguayo al discutirse la ley de divorcio, y que demuestra que es una ley para los privilegiados de la fortuna y no en beneficio del proletariado. “A los desheredados—decía el senador Arena, defendiendo el proyecto de ley—no les importa el divorcio, por amplio que sea; no les importa, porque no teniendo bienes, sus cuentas están siempre arregladas. Viven dentro del matrimonio mientras pueden vivir felices, o por lo menos, mientras pueden soportarse, y cuando más se abandonan sin ningún barullo y sin acordarse siquiera de la ley”.



El diputado socialista Frugoni se expresaba así: "Votaré el proyecto por razones de principios, pero no porque el asunto entusiasme al proletariado, porque para los proletarios la cuestión del divorcio es un mito; está de hecho resuelta por su propia miseria".

En efecto, para divorciarse, es necesario poner en movimiento toda la pesada máquina judicial, con los gastos consiguientes. Los humildes solucionan la cuestión de un modo más simple, cada uno de los cónyuges se va por su lado.

Y se explica: en las clases pobres no se hace cuestión de la filiación legítima o ilegítima de los hijos. Son las clases superiores, por el contrario, las que se preocupan del árbol genealógico y de la consideración social que merece el estado de casado.

A ellas interesa que la ley autorice hacer y deshacer a voluntad el matrimonio. Las pasiones del lujo y el juego, funestas para la vida del hogar y principales causas de desorganización de las familias, no arraigan en la clase pobre ni en la clase media. En éstas el hombre y la mujer viven constantemente en el trabajo: la necesidad los une. No hay en ellas vida de club ni de holganza: todo es sacrificio para vivir y educar a los hijos.

Por eso es que las leyes de divorcio toman todo su imperio en el ocaso de los pueblos, y entonces aparecen como imposición de las costumbres.

De lo contrario, la ley quedará sin aplicación, como un factor exclusivo para resolver casos particulares de la gente rica y nada más. En estas condiciones, son leyes aristocráticas de privilegio.

34.--*La utilidad social.*

Las consideraciones expuestas nos demuestran que el problema del divorcio no puede ser encarado exclusivamente bajo ninguno de los aspectos referidos.

Los pensadores modernos han abandonado la filosofía del siglo XVIII, que proclamaba la omnipotencia de la ley. Ya no se considera posible que la ley haga y deshaga las cosas



a su antojo. El concepto moderno del derecho parte de la observación de los hechos; y así como ellos ocurren en la vida, así deben ser regulados por la ley. La norma fundamental a cuya luz deben estudiarse las instituciones es la de la utilidad social en el momento en que se legisla para una nación.

La unidad de los sexos implica un compuesto ético superior: la necesidad de que sus componentes desarrollen sus actividades dentro del organismo que se denomina familia. Esta, que es un organismo natural, tiene, por esencia, ciertos caracteres fundamentales: unidad, armonía, permanencia, indisolubilidad. Estos caracteres son indispensables para que la personalidad humana pueda adquirir todo el desarrollo que necesita para su mejor desenvolvimiento.

¿En dónde está entonces la utilidad social en este orden de relaciones? Está en obtener que esos caracteres se hallen en la institución jurídica organizada por la ley. ¿Cuál es el interés que tiene el Estado en la organización de la familia y, por consiguiente, en el matrimonio, que es su base? Ante todo, el Estado está interesado en que las uniones no sean pasajeras, en que haya permanencia en el hogar, para la protección de la prole hasta su completo desarrollo y más allá. En segundo lugar, conviene al Estado que las uniones sean reflexivas, porque, de lo contrario, se trataría de una unión puramente sexual, realizada tan sólo con el propósito de satisfacer apetitos naturales. La unión reflexiva conduce a los fines éticos superiores que también son objeto del matrimonio. En tercer término, es precioso que los componentes tomen entre sí, de una manera absoluta y para siempre, las obligaciones que implica la familia.

Estas son las tres bases fundamentales que deben ser utilizadas por la ley al organizar la institución del matrimonio. El matrimonio no debe ser pasajero: por consiguiente, debe ser indisoluble; debe ser reflexivo: por consiguiente, tiene el carácter de permanencia; debe ser para siempre.

He ahí cuál es el interés social en el momento actual. Si la familia no fuera la piedra angular sobre que reposa el edificio social, poco importaría que la unión fuese pasajera. Pero la unidad de la nación descansa en la unidad existente en



la familia, que es la célula originaria, base y fundamento del Estado. Cuando la familia es fuerte y bien organizada, el Estado es vigoroso; cuando la familia es débil y está cargada por la poligamia, sucesiva o permanente, el Estado va a la disolución. Por consiguiente, el Estado tiene interés fundamental en la indisolubilidad del matrimonio, como lo demuestra el examen de los hechos. Las creencias religiosas, por otra parte, no han hecho más que incorporar el principio al dogma, tal vez porque a veces la gente entiende mejor las cosas cuando se le dice que son materia de fe, que cuando se les explican con naturalidad.

Sólo en casos anormales los hombres forman uniones transitorias, que no implican todos los deberes y obligaciones propios de las uniones absolutas. Es excepcional el caso de que los hombres rechacen las cargas que impone el matrimonio, porque al lado de ellas se encuentran satisfacciones que sólo pueden dar una unión duradera.

El divorcio es siempre fruto de una irreflexión originaria: una pasión del momento o un interés bastardo en la constitución del hogar.

Los divorcistas y los suicidas se dan la mano en las estadísticas.

Dudkheim ha podido clasificar en ocho categorías los departamentos de Francia, demostrando que el número de suicidios es mayor en los departamentos en que es mayor el número de divorcios. ¿Qué significa ese dato? Bertillon, analizando los hechos, ha dicho que el divorcista y el suicida son individuos que demuestran cierto estado de desequilibrio. El uno es inepto para la vida social; el otro es inepto para la vida conyugal. "Las dos categorías de cifras—dice—traducen un mismo factor: la frecuencia de gente desequilibrada".

Ahora bien; las leyes se dictan para la gente normal, y no hay ninguna necesidad jurídica de que la ley tome como base de una institución un hecho anormal, el desequilibrio. El legislador no debe proceder guiado únicamente por el caso aislado y concreto que se le pone bajo los ojos, presentándosele dos personas que han hecho su vida desgraciada por una inadvertencia originaria. El legislador debe considerar los hechos en su generalidad, tales como ocurren en el medio



que él conoce. He ahí por qué nuestro código consideró que el divorcio *ad-vinculum* era un institución innecesaria en nuestro país.

La historia nos demuestra que el divorcio es una institución que surge en épocas anormales. Los hebreos, los griegos y los romanos—pueblos que sucumbieron—tuvieron el divorcio cuando llegaron a la decadencia.

En Francia el divorcio ha tenido diversas alternativas. En 1792 fué establecido en forma absoluta por una ley revolucionaria, autorizándolo por mutuo consentimiento y por incompatibilidad de caracteres, invocada por uno solo de los esposos. A los dos años de hallarse en vigencia esta ley, se habían producido 5.900 casos de divorcio. Después el número de divorcios igualó al de matrimonios y por último los divorcios sobrepasaron los matrimonios. El Código Napoleón puso un freno al peligro, reduciendo a tres las causas del divorcio. El término medio bajó en París a 50 divorcios por año. Más tarde, una ley de 1816 suprimió el divorcio, quedando sólo la separación de cuerpos. Así se vivió en Francia hasta 1884, año en que se sancionó la llamada ley Naquet, cuyos resultados recién se están palpando. Cuando se dictó esa ley se dijo que con ella se suprimirían los hijos naturales, y adulterinos, porque ella permitiría realizar una nueva unión legítima a las personas que no podían hacer vida conyugal. Entre tanto, las cifras demuestran que el número de hijos ilegítimos ha aumentado en Francia.

La ley de divorcio no tiene influencia sobre las uniones legítimas e ilegítimas, porque éstas obedecen a otros motivos. ¿Se habrá obtenido una mayor moralidad en la sociedad? La moralidad no proviene del imperio de las leyes, sino de la educación que el individuo recibe desde niño en el seno de la familia. El divorcio no contribuye a ello. Es doloroso para los hijos ver cómo la madre va cambiando sucesivamente de marido. ¿Qué puede pensar una hija de una madre que se ha casado muchas veces? ¿En dónde está la familia, el hogar, la afección maternal, cuando hechos de esta naturaleza se producen?

El matrimonio, si ha de desempeñar las funciones sociales que requiere un pueblo vigoroso y bien organizado, debe tener el carácter de indisoluble.



Es por esto que nuestro código, sancionado en una época en que la familia argentina era un modelo de organización robusta y en que la sociedad tenía una homogeneidad a toda prueba, sólo admitió el divorcio *quo ad torum*, es decir, la simple separación de cuerpos.

En los últimos años, la inmigración ha traído al país elementos desechados por las viejas sociedades europeas. Con ellos se han visto germinar en nuestro medio ideas y tendencias exóticas, que quieren introducir una legislación que las costumbres no reclaman. No debemos olvidar que los extranjeros que llegan al país pertenecen en su mayoría al sexo masculino y que ellos han de buscar sus esposas en nuestros hogares. Es necesaria, pues, que si ellos quieren contraer matrimonio en la República se amolden a nuestras instituciones, que han consagrado la indisolubilidad del vínculo conyugal.

Sólo el prurito de la imitación puede explicar entre nosotros la campaña en favor del divorcio.

En obsequio a la utilidad social, es necesario a veces sacrificar la libertad individual. Si alguien quiere sustraerse a ese sacrificio, le queda abierto el camino de la unión libre, que no está prohibida. Pero que el que desee gozar de los beneficios sociales del matrimonio soporte también las cargas de la unión legal, una de las cuales es la indisolubilidad.

35.—*El divorcio en la ley argentina.*

No obstante el carácter de indisolubilidad propio del matrimonio, la ley debe considerar el caso de que se produzcan divergencias fundamentales entre los cónyuges, que hagan imposible la vida en común. Es el caso de la separación de cuerpos.

Aunque nuestra ley no admite más que esta solución existe el expediente de irse a divorciar de común acuerdo en la República Oriental, para contraer nuevo matrimonio allí mismo y volver a la República Argentina. Estudiaremos más adelante esa solución y sus consecuencias ante nuestra ley.

¿Cómo está legislada la separación de cuerpos en nuestra ley?



El estudio de esta materia puede clasificarse en la siguiente forma:

- a) Separación judicial;
- b) Causas del divorcio;
- c) Forma del juicio;
- d) Pruebas admisibles;
- e) Medidas judiciales que pueden tomarse dentro del mismo juicio;
- f) Efectos del divorcio;
- g) Extinción del divorcio.

36.—*Separación judicial.*

La separación de cuerpos debe ser judicial; no se admite separación de común acuerdo. De ahí que la ley prohíba que uno de los cónyuges renuncie al derecho de pedir divorcio. Este no puede ser materia de convención matrimonial.

La separación de hecho—no judicial—no tiene más efecto para la ley que el que indica el art. 3.575, el cual hace cesar el derecho de sucesión entre los cónyuges cuando ellos viven de hecho separados sin voluntad de unirse, punto que da lugar a dificultades, porque siempre es difícil pronunciarse en un hecho subjetivo, como es la voluntad individual, y porque la ley no especifica si debe ser la voluntad concordante de los dos esposos o si basta que sea la simple voluntad de uno solo de ellos.

37.—*Causas de divorcio.*

La ley de matrimonio civil (art. 67) enumera siete causales de divorcio, que en realidad podrían sintetizarse en una sola: las injurias graves; pero podemos clasificarlas en dos grupos: 1.º, las injurias graves propiamente dichas, de que habla el inciso 5.º del referido artículo; y 2.º, las demás injurias que legislan específicamente los incisos restantes. Las primeras están libradas a la apreciación del juez; las segundas son de estricta interpretación.



En las injurias graves propiamente dichas, que menciona el inciso 5.º, el juez se pronuncia teniendo en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse.

La jurisprudencia ha procedido a este respecto con criterio amplio. Así, se ha considerado injuria grave el aislamiento sistemático de uno de los cónyuges, so pretexto de incapacidad; el gestionar judicialmente la declaración de insania de la esposa, que se declara científicamente en pleno uso de sus facultades; el hecho de que el marido impute a la mujer el delito de adulterio; la mala conducta del esposo haciendo pública ostentación de su desprecio por la esposa; etc., etc.

Conviene esta amplitud de criterio en la apreciación de hechos de esta naturaleza, porque no es posible hacer una enumeración taxativa de todo lo que debe entenderse por "injurias graves" en el matrimonio. En estas cuestiones no puede procederse como en materia criminal, en que para que haya injuria es menester el *animus injuriandi*, es decir, la intención manifiesta de ofender. En materia penal el *animus injuriandi* es lo que hace punible la acción y no los demás que se conocen: el *animus consulendi*, o sea la intención de dar un consejo, aunque sea en forma violenta; el *animus defendendi*, vale decir, cuando uno se defiende de un ataque de una manera enérgica; el *animus narrandi*, que es el que se atribuye a los periodistas al relatar un hecho, aunque lo hagan de una manera cruda. En todos estos casos no hay injuria en materia penal. En materia civil, por el contrario, puede haber injuria a los efectos del divorcio sin que exista el *animus injuriandi*, tal como ocurre cuando se falta a los deberes recíprocos de los esposos, anteriormente estudiados, aun cuando no haya intención de ofender: esa falta reiterada constituye un caso de injuria grave, que puede dar lugar a la separación.

Consideremos ahora los casos particulares que enumera la ley.

El inciso 1.º del art. 67 comprende el caso de adulterio de la mujer o del marido.

Como es sabido, el Código Penal legisla de distinto mo-



do el adulterio, según se trate de la mujer o del marido. El adulterio de la mujer es castigado siempre aun cuando se trate de una cópula transitoria; el adulterio del marido sólo es penado cuando él tiene manceba dentro o fuera de la casa. Distinto criterio es el que rige en derecho civil: la ley dice "adulterio de la mujer o del marido", colocando a ambos en perfecto pie de igualdad. La razón es que, dentro del orden civil, el adulterio no es otra cosa que la violación del deber de fidelidad, que deben respetar en igual grado uno y otro cónyuge. En cambio, cuando se encara la cuestión del punto de vista del derecho penal, no puede legislarse con el mismo criterio, desde que la pena procede siempre en virtud de la defensa social. Considerando así el punto, salta a la vista que el adulterio de la mujer, que da lugar a la *turbatio sanguinis*, hace que dentro de la familia se introduzca un vástago que no descende de los esposos. La *turbatio sanguinis*, en cambio, no se produce por hecho del marido. Por consiguiente, la ley penal sólo ha de castigar el adulterio del marido cuando él importe una afrenta muy grave a la sociedad, como es el caso de que éste tenga públicamente dos hogares.

Cuando se presenta el caso de adulterio, se suscita la dificultad de probar la cópula carnal. Los tribunales han entendido que exigir la prueba de un hecho de esta naturaleza sería exigir la *probatio diabólica*. La jurisprudencia ha establecido que bastan las presunciones graves, precisas y concordantes.

El 2.º inciso prevé el caso de que uno de los cónyuges atente contra la vida del otro. Generalmente la prueba resultará del sumario que instruya la policía, y en su caso, de la sentencia que pronuncie el juez del crimen.

Otra de las causales del divorcio es la que considera el inciso 3.º: la provocación de uno de los cónyuges al otro a cometer adulterio u otros delitos. Es natural que estos hechos son destructivos del hogar y de uno de los fines del matrimonio, que es llevar una vida moral. En ciertas clases sociales, hay individuos pervertidos que acostumbran a especular con el tráfico de la mujer, obligándola a cometer el delito de adulterio. En tal caso, la mujer puede solicitar el divorcio.

El inciso 4.º habla de sevicia. Los tratadistas definen la



sevicia como los malos tratamientos reiterados. Pero ¿será necesario que sean malos tratamientos materiales, golpes, por ejemplo? El inciso 6.º comprende el caso de “malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando son tan frecuentes que hacen intolerable la vida conyugal”. Quiere decir que cuando son malos tratamientos materiales y reiterados el caso es de sevicia; y que los malos tratamientos de que habla el inciso 6.º son aquellos que, sin ser materiales, se caracterizan por cierta perversa finura que producen más bien un daño moral, reiterado y frecuente, que hace que la vida conyugal sea intolerable.

Otro causal de divorcio es el “abandono voluntario y malicioso”, a que se refiere el inciso 7.º.

La ley exige, pues, dos condiciones: que haya propósito de abandonar al otro cónyuge y que ese propósito sea con malicia. Porque a veces el esposo puede verse obligado a partir súbitamente, sin propósito malicioso de abandonar a la mujer: se trata, por ejemplo, de un individuo a quien se le imputa un delito político, y para evitar una persecución, huye. El abandono malicioso significa rehuir el cumplimiento de los deberes matrimoniales.

La jurisprudencia ha establecido una especie de presunción del abandono malicioso. Tal es el caso de que el marido se aleje sin dejar un representante que pueda subvenir a las necesidades de la familia, o no envíe a éstos los recursos necesarios para su sostenimiento.

Ocurre con frecuencia que uno de los cónyuges abandona el hogar precisamente para entablar acción de divorcio. La mujer se va a casa de los padres o de un pariente, porque en el hogar carece de la libertad necesaria para demandar al marido. Claro está que éste no es el abandono voluntario y malicioso de que habla la ley, porque él se ha producido al solo efecto de ejercitar un derecho que la misma ley le acuerda

38.—*Forma del juicio.*

Entre nosotros no existen formalidades especiales establecidas por la ley civil para la tramitación del juicio de divorcio: ello queda sujeto a las leyes procesales.



Por la ley de procedimientos vigente para los tribunales de la Capital, el juicio de divorcio es uno de los tantos juicios que se llaman ordinarios, es decir, de procedimiento lento y amplia discusión.

Algunas legislaciones establecen procedimientos especiales para el divorcio, sobre todo cuando se trata del divorcio *ad vinculum*. Se producen entonces audiencias, comparendos, exhortaciones de parte del juez para una reconciliación, etc. Entre nosotros no sucede nada de esto. Antiguamente, los jueces, antes de recibir la causa a prueba, llamaban a las partes a juicio de conciliación con objeto de que los esposos desavenidos desistieran del juicio. Hoy ya esto no se acostumbra, tal vez por el excesivo trabajo de los tribunales. Se sigue el trámite ordinario, y el juez sólo comienza a estudiar el proceso cuando va a dictar sentencia, salvo, en algunos casos particulares en que las partes o los abogados, ante la posibilidad de un avenimiento amigable, solicitan del tribunal que se llame a un comparendo verbal.

39.—*Pruebas admisibles.*

En general, las leyes admiten, en toda clase de juicios, la mayor amplitud de pruebas, especialmente una prueba fundamental, que es la confesión. Tan es así, que en los juicios comunes se aplica el adagio: "confesión de parte, releva de prueba".

No ocurre lo mismo en materia de divorcio. "Toda clase de prueba—dice el art. 70—será admitida en este juicio, con excepción de la confesión o juramento de los cónyuges". Se explica esta prescripción, porque de lo contrario bastaría que los cónyuges se pusieran de acuerdo para confesar, por ejemplo, la existencia de malos tratamientos, aun cuando no los hubiera, y obtener así un divorcio que la ley no admite, como es el divorcio por mutuo consentimiento.

Sin embargo, los tribunales han declarado que, si bien es cierto que el art. 70 prohíbe la confesión, esto no implica que los jueces no puedan tenerla en cuenta cuando hay prueba coadyuvante que hace verosímil que se trata de una



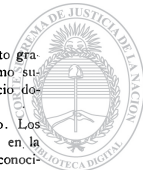
confesión sincera. Esta confesión sólo puede producirse en la contestación a la demanda.

A veces los litigantes, aguijoneados por una imputación falsa o exagerada, al contestar la demanda presentan escritos redactados en tono enérgico, que en ciertos casos llega hasta la injuria. Es un error. Los tribunales han declarado que los conceptos ofensivos o injuriosos que se viertan en la demanda o en su contestación deben ser apreciados por los jueces como comprensivos de una de las causales de divorcio, como es la injuria. El lenguaje de los abogados debe ser moderado y respetuoso, no sólo para no colocar el pleito en situación desventajosa, sino también para evitar que en el caso de un arreglo posterior de los cónyuges, sean los abogados los que aparezcan en una situación desairada. Además, el juez que se encuentra en presencia de un escrito injurioso debe, necesariamente, formarse un mal concepto de la razón que asiste al que lo vierte.

Las cartas misivas de los cónyuges, ¿pueden ser materia de prueba en los juicios de divorcio? Algunos autores sostienen que, sobre todo en caso de adulterio, las cartas son un elemento fundamental de prueba. ¿Qué mejor prueba puede pedirse—dicen—que las cartas de la mujer, dirigidas al amante, de las cuales el marido ha podido incautarse y presentarlas al tribunal y cuya firma ha sido reconocida por la mujer? Sin embargo, los tribunales han rechazado este elemento de prueba. Ante todo, porque el reconocimiento de la firma de un instrumento privado implica reconocer todo el contenido y, por consiguiente, es una confesión, prueba que la ley no admite.

Sin embargo, el punto es discutible. Las resoluciones de los tribunales no son unánimes. Impresiona mucho, en efecto, la presentación de cartas que no dejan lugar a dudas sobre la existencia de relaciones ilícitas y originan la evidente sospecha de que se ha cometido el delito de adulterio.

En cuanto a la prueba testimonial, es un principio de derecho procesal que no todos los testigos son hábiles para declarar. Puede tacharse al testigo que, por razones de afeción o de interés hacia una de las partes demuestre que no es imparcial. Así, las leyes procesales dicen que es tacha rela-



tiva el parentesco con una de las partes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Lo mismo sucede con los dependientes y con las personas del servicio doméstico.

Estos principios no rigen en los juicios de divorcio. Los hechos que pueden dar lugar al divorcio se desarrollan en la vida íntima del hogar, y, por lo tanto, sólo pueden ser conocidos por las personas allegadas a los esposos o por los que viven dentro de la misma casa, es decir, por los parientes y personas del servicio. Por consiguiente, en los juicios de divorcio se admite el testimonio de parientes, amigos, dependientes y agentes del servicio doméstico. Aún más: debe necesariamente merecer poca fe el testimonio de una persona extraña a las partes, que comience por manifestar que no tiene vinculación alguna con ellas y, sin embargo, pretende conocer su vida íntima.

En materia de testigos, la única prohibición de carácter absoluto se refiere a los ascendientes o descendientes. Entre nosotros, en algunos juicios de divorcio se ha querido llamar a declarar a los hijos. No es posible admitir esto, porque exigir de un hijo una declaración en contra de uno de sus padres, importa colocarlo en la situación de tener que faltar a la verdad o al respecto y afecto que merecen los ascendientes. Los tribunales lo han entendido así, declarando que los hijos no pueden ser ofrecidos como testigos.

40.—Medidas judiciales.

Entablada la acción de divorcio, la cohabitación se hace imposible. La ley autoriza al juez a ordenar la separación provisoria de los cónyuges. En segundo lugar, el juez—dice la ley—puede ordenar el depósito de la mujer en casa honesta. Generalmente, si es la mujer la que acciona, solicita que el juez la deposite en casa de los padres. La separación provisoria tiene por objeto evitar el rozamiento inevitable que se produce entre dos personas que están litigando y viven, no obstante, bajo el mismo techo.

La tercera medida judicial se refiere a la tenencia de los



hijos. ¿Cómo se soluciona esta cuestión, que es la más grave que el divorcio suscita, porque siempre la desunión de los padres vienen a sufrirla los hijos?

Se promueve un incidente, que es de naturaleza sumaria. El juez, después de recibir los antecedentes necesarios, generalmente en un comparando verbal, con asistencia del asesor de menores, resuelve que uno de los cónyuges se lleve los hijos varones y otro las mujeres, o bien que uno solo de ellos se haga cargo de todos. Estas resoluciones no causan estado; no son definitivas, y pueden modificarse en cualquier momento. Los hijos menores de cinco años deben, sin embargo, quedar a cargo de la madre (art. 76). El legislador ha considerado que las criaturas requieren hasta esa edad los cuidados de la crianza, que sólo la madre puede proporcionar eficazmente, sean cuales fueren las disidencias que tenga con el padre.

Las medidas judiciales se extienden no sólo a las personas, sino también a los bienes.

Ocurre a veces que, cuando la mujer se presenta entablado demanda de divorcio, el marido, que es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, comienza a hacer enajenaciones rápidas—sobre todo cuando se trata de bienes muebles—con el objeto de quedarse con su precio. Para evitar esto, la mujer puede solicitar, como medida precautoria, que se practique un inventario de los bienes y que se nombre otro administrador, o mejor aún, un interventor que controle la administración del marido, o solicitar, respecto de los inmuebles, una inhibición general, que no perjudique al hombre, porque puede continuar con la administración, pero que le impide vender sin autorización del juez.

No obstante las ventajas que reportan estas medidas de precaución, nuestros tribunales se muestran refractarios a concederlas. Para obtener que el juez decrete una inhibición general hay que rendir prueba supletoria, demostrando algo que es difícil de demostrar: que el marido pretende enajenar bienes para defraudar a su esposa. No se explican estas exigencias judiciales, puesto que las medidas que se solicitan no producen perjuicio irreparable y tienden, por el contrario, a garantizar de alimentos y a la revocación de las donaciones.



41—Efectos del divorcio.

• Los efectos del divorcio se producen con respecto al domicilio, a la capacidad de mujer, a los alimentos y a la revocación de las donaciones.

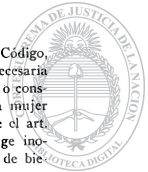
Destruído el vínculo conyugal con la separación personal de los casados, cada uno puede constituir domicilio en donde quiera. Ya no existe el deber de la cohabitación.

Sabemos que la ley establece una incapacidad con relación a la mujer casada. Esta no puede obrar sino con autorización de su marido o con la venia judicial, en su caso. El divorcio produce el efecto de devolver a la mujer la capacidad plena que tenía antes de casarse, es decir, la reintegra nuevamente en el ejercicio de todos los derechos civiles. Así lo dispone el artículo 73 de la ley de matrimonio civil al decir que "si la mujer fuese mayor de edad, podrá ejercer todos los actos de la vida civil"; pero, dadas las prescripciones del Código en el capítulo en que se trata de la disolución de la sociedad conyugal, se pregunta: ¿puede enajenar los bienes inmuebles o constituir sobre ellos derechos reales?

Para plantear bien el problema, es menester no olvidar que, entre nosotros, el divorcio no disuelve el vínculo matrimonial, lo que quiere decir que la sociedad conyugal subsiste. Si el cónyuge inocente no usa de su derecho de pedir la separación de bienes, en cuanto a ellos la situación no cambia. El marido continúa como administrador, salvo cierta capacidad para administrar los bienes muebles, los salarios, sueldos o el fruto del trabajo, que forzosamente hay que reconocer a la mujer divorciada; pero en cuando a los inmuebles, ella necesita de la autorización del marido o venia judicial.

En el segundo caso, siendo el marido el culpable del divorcio, la mujer puede solicitar la separación de bienes, con lo cual queda disuelta la sociedad conyugal; cada uno toma sus bienes propios y los gananciales se dividen por mitad. En tal caso, ¿puede la mujer vender sus bienes inmuebles o constituir derechos reales sobre los mismos?

La jurisprudencia estuvo vacilante, hasta hace poco, en la solución de esta cuestión. La amplitud del art. 73 de la



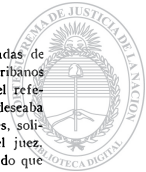
ley de matrimonio civil chocaba con el art. 1.302 del Código, según el cual, a la mujer separada de bienes "le es necesaria autorización judicial para enajenar los bienes inmuebles o constituir sobre ellos derechos reales". La situación de la mujer divorciada, separada de bienes, es esa, se decía, porque el art. 1.306 establece que "en el caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de bienes, y en cuanto a éstos, los efectos del divorcio respecto a los cónyuges y a terceros *scrán regidos por las disposiciones de los artículos anteriores*, y por las del capítulo 10, título *Del Matrimonio*". Debe aplicarse, pues, el artículo 1.302.

A esto contestaban otros haciendo notar que se olvidaba un hecho fundamental, cual es el de que la ley de matrimonio es posterior al Código Civil y que por lo tanto, lo deroga en lo que éste la contradiga. La ley de matrimonio no ha dicho, como el artículo 1.302, que la mujer divorciada podrá ejercer todos los actos de la vida civil con excepción de tales o cuales, sino que ha establecido en términos claros que tiene amplia capacidad para todos los actos de la vida civil.

Pero se observa que no hay tal innovación, porque el art. 210 del Código, derogado por la ley de matrimonio civil establecía el mismo principio que el art. 73 de esta última, al decir que "la mujer podrá ejercer todos los actos de la vida civil exceptuando el estar en juicio como actora o demandada sin licencia del marido o del juez del domicilio". No puede, entonces, hacerse el argumento de que la ley posterior deroga la anterior.

La jurisprudencia ha registrado varios casos sobre esta materia. En uno de ellos los tribunales establecieron que el art. 73 de la ley de matrimonio era terminante: la mujer no necesita autorización de ninguna especie, ni marital, ni judicial, para realizar actos de la vida civil. Dos años más tarde, en otro asunto de la misma naturaleza, los tribunales resolvieron lo contrario, es decir, que la disposición del art. 73 de la ley de matrimonio debía ser interpretada con las restricciones que establece el artículo 1.302.

Esta jurisprudencia contradictoria producía graves perturbaciones en las transacciones económicas, puesto que no siempre tenían valor los títulos perfectos los que provenían de



enajenaciones hechas por mujeres divorciadas y separadas de bienes. Para evitar dificultades a sus clientes, los escribanos aconsejaban a éstos que, no obstante la prescripción del referido artículo 73, convenía que la mujer divorciada que deseaba vender un inmueble o constituir sobre él derechos reales, solicitara autorización de su marido o venia supletoria del juez. Los magistrados a menudo denegaban la venia, sosteniendo que era innecesaria, en virtud de la capacidad que acuerda a la mujer divorciada el art. 73.

La divergencia en la interpretación de este punto hizo que las dos Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital, procediendo en virtud de la autorización que les confiere en tales casos la ley 7.055, para fijar una interpretación, se reunieran en acuerdo extraordinario el 20 de noviembre de 1913, con objeto de uniformar la jurisprudencia. En pleno, resolvieron entonces lo siguiente: "La mujer divorciada y separada de bienes no puede válidamente vender o constituir derechos reales sobre inmuebles sin la correspondiente autorización judicial". Esta interpretación quedó establecida por el voto de seis camaristas contra cuatro.

La divergencia en la interpretación depende del distinto criterio sociológico con que se aprecie la cuestión. Para unos, el criterio del Código Civil es el de mantener unida la mujer al marido, en obsequio a la reconstitución de la familia; para otros, es el de la ley de matrimonio civil, que tiende a dar mayor amplitud a la libertad de los esposos separados, de tal manera que la mujer, sin necesidad de ir a llamar a la puerta del marido o de recurrir a los tribunales, pueda disponer de los bienes propios.

En realidad, el Código contempla, sobre todo, la situación de los hijos, el patrimonio familiar, que con relación a ellos no desaparece. Separados momentáneamente los bienes de los padres, han de pertenecer más tarde a la prole; y entonces la ley quiere que la vigilancia del padre sea permanente para que la madre no pueda disponer de ellos arbitrariamente en detrimento de los hijos.

Este es el criterio que ha informado el referido acuerdo extraordinario de 20 de noviembre de 1913.



Dictada la sentencia de divorcio, lo natural es que cada uno de los cónyuges trate de llevarse consigo a los hijos.

El criterio de la ley es el siguiente: considera que la culpabilidad en los hechos que hayan dado lugar al divorcio no es motivo para excluir a un cónyuge del derecho de hacerse cargo de los hijos. El juez debe confiar la guarda de éstos a aquel que según las circunstancias del caso y las aptitudes particulares demostradas sea más apto para darles educación. Claro está que si el divorcio ha sido dictado por adulterio y hay hijas mujeres el juez no va a entregar éstas al culpable. Pero, en general, se prescinde de los motivos que han causado el divorcio y se deja que el juez resuelva con el criterio de un buen padre de familia. Aun puede resolver que los hijos no queden en poder de ninguno de los esposos, sino del abuelo, si éste lo hubiere solicitado; y hasta ha llegado el caso de que los hijos queden colocados en un establecimiento de educación.

En cuanto a los hijos menores de cinco años, quedan en poder de la madre.

La ley no libera a los padres de las obligaciones que tienen para con los hijos. Dice el art. 78: "El padre y la madre quedarán sujetos a todos los cargos y obligaciones que tienen para con sus hijos, cualquiera que sea el que hubiere dado causa al divorcio".

El artículo 77 prevé el hecho de que uno de los cónyuges sea condenado a prisión, reclusión o destierro, estableciendo que en tal caso ninguno de los hijos podrá ir con el condenado sin consentimiento del otro cónyuge.

Es indiscutible el derecho de ambos cónyuges para visitar a sus hijos. Si el que los tiene en su poder no permite entrar en su casa al otro cónyuge, se conviene un lugar y día determinado en donde puedan realizarse las visitas.

Puede ocurrir que uno de los padres trate de sustraer sus hijos del poder del otro cónyuge. ¿Habrá acción penal contra el padre que así procediera? No hay lugar a acción criminal, porque el hecho no encuadra dentro del Código Penal. Sólo hay un excesivo afecto hacia el niño o una exagerada desconfianza hacia el otro cónyuge, que inducen a proceder en tal forma. Sólo pueden pedirse medidas civiles para obtener el



reintegro, y éstas pueden llegar hasta el empleo de la fuerza pública.

La obligación que tienen los cónyuges de prestarse mutuamente alimentos subsiste no obstante la separación de cuerpos, aun respecto del cónyuge culpable, si, como dice el art. 80, le fuese de toda necesidad.

En la práctica, raras veces se presenta el caso de que un cónyuge culpable solicite del otro la pensión de alimentos. Ese auxilio se considera deprimente.

Al estudiar la sociedad conyugal veremos que en las capitulaciones matrimoniales pueden hacerse donaciones de uno de los cónyuges hacia el otro, que tendrán lugar *post mortem*. Es un beneficio que se constituye teniendo en mira los esposos el hecho de que han de permanecer unidos durante toda su vida. Dictada la sentencia de divorcio, ¿quedan revocadas estas donaciones? No; la revocación no se produce *ipso jure*. Es un derecho de que puede usar el cónyuge inocente.

12.—Extinción del divorcio.

El divorcio cesa por la reconciliación. Unidos de nuevo los cónyuges divorciados, queda reconstituído el matrimonio. La reconciliación tiene por efecto borrar todo lo anterior, sin dejar solución de continuidad. Dice el artículo 71: "Se extingue la acción de divorcio y cesan los efectos del divorcio ya declarado, cuando los cónyuges se han reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción o motivaron el divorcio. La ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita con la mujer, después de haber dejado la habitación común. La reconciliación restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio".

Algunas legislaciones, a diferencia de la nuestra, exigen un acto auténtico que deje constancia fehaciente de la reconciliación. Para nuestra ley la reconciliación es una simple cuestión de hecho, sujeta a los medios ordinarios de prueba. Esta prueba se produce, sobre todo, en los casos de sucesión de esposos divorciados, porque, si el cónyuge inocente, no será ya pasible de la sanción que la ley establece, excluyéndole de la sucesión. Es entonces cuando se dejan notar todas las dificultades de una prueba semejante. Si se exigiera un acto auténtico, se evitarían muchos pleitos y perjuicios a terceros.



- 43.— Disolución del matrimonio. — 44.— Diversos casos considerando la ley a aplicarse. — 45.— Matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en la misma. — 46.— Matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en el extranjero; legislación del Uruguay. — 47.— Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en la República Argentina. — 48.— Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en el extranjero.

43.—*Disolución del matrimonio.*

La disolución del matrimonio no es otra cosa que la ruptura del vínculo legal, con cesación de todos los efectos que la ley le acuerda.

En la doctrina, esa ruptura se puede producir de dos maneras: por la muerte de uno de los esposos y por el divorcio *ad vinculum*. En nuestra ley, la disolución del matrimonio sólo se produce por muerte de uno de los esposos (art. 81). Ni aun se admite el fallecimiento presunto, pues éste "no habilita al otro esposo para contraer nuevo matrimonio" (art. 82). Mientras no se pruebe el fallecimiento del cónyuge ausente o desaparecido, el matrimonio no se reputa disuelto.

Algunos autores critican esta disposición, considerándola injusta. ¿Por qué se va a obligar a una persona — dicen — a continuar respetando un vínculo, cuando la presunción es que el otro cónyuge ya no existe?

La ley, al exigir la prueba cierta de la defunción del cón-



yuge desaparecido, tiende a impedir que se burlen sus disposiciones.

La ausencia es la incertidumbre sobre la vida o la muerte, situación que puede producirse voluntariamente, a efecto de que, transcurrido el número de años necesarios, el otro cónyuge pueda volverse a casar. Por otra parte, los casos de ausencia con presunción de fallecimiento son rarísimos en la vida moderna y no hay qué apartarse de la regla general.

44.—Diversos casos considerando la ley a aplicarse.

Los casos de aplicación de leyes extranjeras suscitan dificultades en esta materia.

Podemos considerar cuatro situaciones en la disolución del matrimonio:

- a) Matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en la misma;
- b) Matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en el extranjero;
- c) Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en la República Argentina;
- d) Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en el extranjero.

45.—Matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en la misma.

La disolución en nuestro país de un matrimonio celebrado en el mismo, no ofrece dificultades; está regida por el citado artículo 81, según el cual, el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los esposos.

En este caso no hay conflicto de leyes, puesto que sólo se trata de la aplicación de la ley local a un acto celebrado de acuerdo con la misma ley.

46.—Matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en el extranjero.—Legislación del Uruguay.

El caso de un matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en el extranjero se presenta generalmente



entre nosotros cuando los esposos se trasladan de común acuerdo a la República del Uruguay, en donde obtienen la disolución del vínculo merced a la ley de divorcio absoluto que rige en ese país.

La ley uruguaya de divorcio, sancionada el 26 de octubre de 1907, establece en su artículo 1.º que el matrimonio se disuelve: 1.º Por la muerte de los cónyuges; 2.º Por el divorcio legalmente pronunciado. Esta ley ha sido ampliada por las de 11 de julio de 1910 y 9 de septiembre de 1913. Esta última prescribe que el divorcio puede decretarse por la sola voluntad de la mujer.

El Art. 23 de la ley de 1907 establece que, "en caso de tratarse de matrimonio cuya celebración hubiese sido realizada en el extranjero, se tomará nota de la sentencia en un libro especial que llevará la Oficina del Estado Civil". Se pone, pues, en el caso de que soliciten divorcios de matrimonios realizados en el extranjero, y admite su disolución conforme a la ley uruguaya.

¿Puede aceptarse la aplicación de esa ley extranjera a los matrimonios celebrados en la República? ¿Cuáles son sus consecuencias ante nuestra ley?

Supongamos que dos esposos casados en la República Argentina se trasladan de común acuerdo al Uruguay y allí obtienen una sentencia de divorcio, que disuelve el matrimonio.

¿Pueden volverse a casar en la República Argentina?

No; el art. 7.º de nuestra ley de matrimonio civil establece que un matrimonio así disuelto no autoriza a los cónyuges para contraer nuevo enlace en nuestro país: "La disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina,—dice—aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuere a las de este Código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse".

¿Pueden volverse a casar en la República Oriental?

Sí, conforme a aquella ley, pero no a la nuestra.

¿Qué efectos produciría entre nosotros ese segundo matrimonio? ¿Sería un delito?

Se produce una doble situación, según se consideren las personas o los bienes.



En cuanto a las personas, la cuestión más importante es la de determinar si habrá o no delito de bigamia.

Supongamos que sea el marido el que ha ido al Uruguay, ha obtenido el divorcio y, una vez casado nuevamente, ha vuelto a la República Argentina. La mujer, considerando que su marido no puede, a vista y paciencia suya, vivir con otra mujer como esposa, y fundada en que, según nuestra ley, el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los esposos, lo acusa por bigamia.

El caso, aunque difícil, no constituye, a nuestro juicio, delito de bigamia. En primer lugar, porque los tribunales del crimen carecerían de jurisdicción para pronunciarse sobre un acto que no se ha ejecutado dentro de los límites territoriales. La jurisdicción criminal es exclusivamente territorial. Luego, porque según los principios de derecho internacional privado incorporados al tratado de Montevideo, "los hechos de carácter delictuoso perpetrado en un Estado, que serían justiciables por las autoridades de éste, si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último".

En el caso supuesto, ocurre que el hecho en cuestión es autorizado por las leyes uruguayas, lo que significa que no puede constituir un delito que haya de ser castigado por nuestros jueces. No hay, pues, delito de bigamia.

Debido a la fecha reciente de las leyes uruguayas, la jurisprudencia no registra casos de este género ocurridos con motivo de su aplicación. Sólo se ha producido uno de un matrimonio celebrado en Turín. El marido se trasladó a Suiza, en donde obtuvo el divorcio y volvió a casarse. Luego vino a la República Argentina con su nueva mujer; y en ésta fué perseguido por la primera esposa y acusado de bigamia. El juez de instrucción y la Cámara de Apelaciones en lo Criminal declararon que los tribunales de la República carecían de jurisdicción por haberse celebrado, no ya el segundo matrimonio, sino el primero, fuera del país; y llevado el caso a la Suprema Corte, en virtud del recurso especial que acuerda la ley 48, ésta confirmó la resolución.

Aunque este caso puede invocarse como precedente, no

puede equipararse por completo a los que no han de tardar en presentarse con motivo de divorcios de matrimonios de argentinos efectuados de acuerdo con las leyes uruguayas.

Se ha producido ya el caso de que uno de los cónyuges se traslade al Uruguay a entablar demanda de divorcio, y uno de nuestros jueces en lo civil se ha declarado incompetente y se ha negado a cumplir un exhorto venido del Uruguay para que se cite y emplace a una persona a efecto de que comparezca a contestar una demanda de divorcio entablada por su cónyuge en el vecino país. Sean cuales fueren las circunstancias del caso, lo cierto es que en principio estas tramitaciones procesales no pueden ser denegadas. Ellas no envuelven cuestiones de soberanía, y el orden público queda salvaguardado con el hecho de que la ley civil no reconozca entre nosotros validez alguna a la disolución del matrimonio celebrado en la República, si no es de conformidad a sus disposiciones.

¿Cuáles son las consecuencias respecto a los bienes?

Si nuestra ley sólo admite la disolución del matrimonio por muerte de uno de los esposos, el segundo matrimonio es para ella nulo, lo que quiere decir que la sociedad conyugal subsiste.

La segunda esposa será una simple concubina. Los hijos de esta unión tendrán la calidad de adulterinos.

A la muerte del marido, los bienes existentes en la República los heredará la primera esposa, y aun los demás parientes, pero nunca la segunda, ni sus hijos, que no tienen para nuestra ley padre ni madre.

La sanción es muy enérgica, porque no sólo no se reconoce el vínculo del segundo matrimonio, sino que se deja en la condición más precaria a la prole que de él nazca, sin atribuirle siquiera los derechos de los hijos naturales, a pesar de que en el Uruguay tengan filiación legítima. Si nuestra ley procediera de otro modo, vendría a destruir ella misma los principios sobre que fundamenta la organización de la familia. Habríamos establecido el divorcio absoluto en nuestro país, con todos sus efectos legales, con sólo cruzar el Río de la Plata.





47.—Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en la República Argentina.

El tercer caso es el de un matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en la República Argentina. ¿Puede un matrimonio realizado en un país que admite el divorcio disolverse en nuestro país aplicando esa ley extranjera? El art. 82 resuelve el caso: "El matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiese celebrado, no se disolverá en la República Argentina sino de conformidad al artículo anterior", es decir, solamente por la muerte de uno de los esposos.

48.—Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en el extranjero.

El cuarto caso es el de un matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto también en el extranjero. Parecería que el caso no tuviera importancia; sin embargo, los autores argentinos lo tratan con extensión y discrepan enormemente en sus apreciaciones.

Un individuo, por ejemplo, casado en Francia, se divorcia en el mismo país, con lo cual, de acuerdo con la ley francesa, queda en condiciones de contraer nuevo enlace. Pueden presentarse dos casos distintos, que analizaremos en seguida.

1.º El individuo vuelve a casarse en Francia y viene a la República Argentina; este segundo matrimonio celebrado en Francia, ¿es válido en nuestro país? Se dice que debe reconocerse su validez porque los actos originarios — la disolución del vínculo y el nuevo matrimonio — se han efectuado en Francia y, por la tanto, debe regirse por las leyes francesas.

2.º Puede suceder que el individuo divorciado en Francia venga a establecerse en la República Argentina y luego pretenda en ésta contraer nuevo enlace. ¿Puede hacerlo?

La nota al art. 165 del Código decía: "Las leyes de Escocia declaran disoluble el matrimonio por diversas causas; y cuando el caso ha llegado de querer casar en Inglaterra los que estaban casados en Escocia, ha nacido la cuestión de



si la disolución del matrimonio en conformidad a las leyes del domicilio de los cónyuges los autoriza para volverse a casar en otro país donde no rijan leyes semejantes. Story, en el capítulo 5, se ocupa extensamente de la cuestión que ahora también se presenta en algunos de los Estados de América. Trae y funda las diversas resoluciones de las Cortes de Justicia de Inglaterra. Sea cual fuese la resolución de los países protestantes en este punto, yo creo que siendo entre nosotros indisoluble el matrimonio, si bien podemos tener por legítimo el que se ha contraído en otro país, disuelto el vínculo de un primer matrimonio, no podemos permitir que tales matrimonios se celebren en la República con efectos civiles". Y el art. 165, ahora derogado, decía: "El matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse a ninguno de los cónyuges".

La cuestión está regida ahora por el art. 7.º de la ley de matrimonio, que establece: "La disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuere a las de este Código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse". A *contrario sensu*, podemos decir que tratándose, no de un matrimonio celebrado en la República y disuelto en el extranjero, sino de un matrimonio celebrado en el extranjero, y disuelto en el extranjero, en conformidad a las leyes allí vigentes, no existe prohibición para que puedan celebrarse nuevas nupcias en la República.

Los autores nacionales sostienen distinta solución, basada en una original manera de pensar.

Suponen, por ejemplo, que un matrimonio celebrado en Francia se ha disuelto también en aquel país por divorcio y que se casa nuevamente el marido y viene a la República Argentina. Dicen que este segundo matrimonio es válido, porque no se trata de celebrarlo en la República, y reconocen todos los derechos de la nueva esposa, la filiación legítima de los hijos, etc. Suponen en seguida que viene también al país la primera esposa y encontrando aquí a su primer marido con una familia que la ley respeta, reclama ella también

su derecho a contraer aquí nuevo matrimonio, y resuelven que no lo tiene porque el matrimonio anterior subsiste.

No es ésta la forma de interpretar la ley. Si se reconoce que un individuo que ha disuelto su matrimonio en el extranjero puede volverse a casar allí y que cuando el nuevo matrimonio viene a radicarse en la República queda firme y es reconocido válido, hay que reconocer que el otro cónyuge puede también casarse aquí, como lo haría en Francia. De lo contrario, sólo se hace una inútil cuestión de forma. El cónyuge divorciado no podrá casarse nuevamente en el país, pero le bastará volver de nuevo a Francia para contraer allá nuevo enlace y retornar a la República para que nosotros reconozcamos como válido el segundo matrimonio.

Lo que a nosotros nos interesa es saber si el individuo que llega a nuestro país es o no casado conforme a sus leyes. Si para éstas el vínculo no subsiste, tampoco subsiste para la ley argentina, y no hay por qué crear impedimentos que ésta no establece.





49.—Segundas nupcias. — 50.—La reserva; arts. 115 y 116 de la ley de matrimonio.

49.—*Segundas nupcias.*

Disuelto el matrimonio, pueden los cónyuges contraer nuevas nupcias. Hay una limitación para la mujer: no puede contraer nuevas nupcias antes de transcurridos 300 días de disuelto o anulado el anterior matrimonio o, si está en cinta, después de producido el alumbramiento (art. 93). Esta restricción tiene por objeto impedir la *turbatio sanguinis*.

50.—*La reserva.*—Arts. 115 y 116 de la ley de matrimonio.

Las segundas nupcias dan lugar a una institución llamada *la reserva*.

Es una institución que conocieron los romanos, desarrollaron en forma limitada el Fuero Juzgo y el Fuero Real y vino a caracterizar la ley 15 de Toro, que es la primera en que se emplea la palabra *reserva*. La tenemos incorporada a nuestra legislación, no obstante hacer notar el codificador que se trata de una institución antiquísima ya abandonada por todos los códigos modernos. Figura con todos los vicios que presentaba en las leyes de Toro y ni aun le hemos introducido



las correcciones que contiene el Código español. Vivimos, en esta materia, en la época de las leyes de Toro, y las cuestiones que se presentan sobre este punto son tan intrincadas que a veces es imposible encontrarles solución.

El art. 115 de la ley de matrimonio dice: "El viudo o viuda que teniendo hijos del precedente matrimonio, pase a ulteriores nupcias, está obligado a reservar a los hijos del primer matrimonio, o a sus descendientes legítimos, la propiedad de los bienes que por testamento o *ab intestato* hubiese heredado de allos, conservando sólo durante su vida el usufructo de dichos bienes".

Veamos cómo puede producirse un caso.

Juan y María se han casado. Tienen dos hijos que llamaremos Primero y Segundo. Muere María; su herencia se divide por la ley entre su esposo Juan y sus dos hijos. De éstos, Segundo recibe, por ejemplo, 10.000 pesos en una finca, y al tiempo muere, siendo soltero. El padre hereda entonces a Segundo, correspondiéndole la finca. Mientras permanece viudo no hay duda que es dueño absoluto del bien y puede disponer de él a voluntad. Supongamos que vende el inmueble y algún tiempo después se casa con Rosa. La finca ha pasado a un tercero: ¿cómo ha de aplicarse la disposición del citado art. 115, que establece que el viudo que contraiga nuevas nupcias está obligado a reservar a los hijos del primer matrimonio los bienes que hubiese heredado de alguno de ellos, conservando sólo el usufructo?

¿La venta es válida? A la muerte del viudo, los hijos del primer matrimonio, o sus descendientes, ¿pueden reivindicar el inmueble del tercer poseedor?

¿Desde cuándo nace la obligación de reservar? ¿Desde que se hereda al hijo o desde que se contraen segundas nupcias?

El artículo citado dice que "el viudo o viuda que teniendo hijos del precedente matrimonio, *pase* a ulteriores nupcias, está obligado a reservar, etc...", lo que indica que la obligación comienza desde el momento que realiza el segundo matrimonio: pero no hay que olvidar que la gente ingenua, sabiendo que al contraer nuevo matrimonio ha de perder la propiedad del bien y quedarse sólo con el usufruc-



to, pasando el dominio a los hijos del primer matrimonio, puede anular la ley procediendo a vender el inmueble días antes del nuevo enlace, para apropiarse del precio, que siendo dinero se confunde con sus bienes propios.

La interpretación del art. 115 tiene que ajustarse a las exigencias de la utilidad social, y entonces podemos establecer estos principios:

1.º Las enajenaciones hechas por el marido o la mujer antes de pasar a segundas nupcias son válidas y solo darán una acción personal contra el patrimonio del enajenante al fallecimiento de éste, si es que existen en esta época hijos del primer matrimonio o sus descendientes. 2.º Después de contraer segundas nupcias, la enajenación que llegue a efectuar lleva implícita la condición de que quedará revocada si al fallecimiento del enajenante quedan hijos o descendientes del primer matrimonio, los cuales tendrán una acción real para recuperar el bien de poder del tercer adquirente.

El dominio del padre es, como decía uno de nuestros jueces, un dominio *fiduciario*, en los términos del artículo 2.662 del Código Civil, que es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero. La obligación de reservar la propiedad, impuesta al padre por el art. 115, es para los hijos, acreedores en esta obligación, un verdadero fideicomiso, y nada más que un fideicomiso.

El dominio, aunque imperfecto y fiduciario, permanece siempre en poder del padre hasta el cumplimiento de la condición resolutive a que está subordinado, en cuya oportunidad, o pasa a aquel en cuyo beneficio se ha establecido el fideicomiso, o se consolida en la persona del fiduciario.

Los hijos no pueden, durante la existencia del fideicomiso, ejercer sobre la cosa ningún derecho real. Sólo tienen un derecho en expectativa, que desaparece "si al morir el padre o la madre que contrajo segundas nupcias no existen hijos ni descendientes legítimos de ellos, aun cuando existan sus herederos" (art. 116 ley de matrimonio).



De manera que aun cuando la ley diga que el padre conserva sólo durante su vida el derecho de usufructo sobre los bienes, creemos que puede enajenar en las condiciones en que lo hace el que tiene un dominio fiduciario, es decir, sujeto a una condición resolutoria. Corresponde al adquirente adoptar las precauciones necesarias para evitar la evicción de la cosa vendida. Para estar a cubierto de la posible acción reivindicatoria, debe exigir, antes de pagar el precio, que el vendedor afiance la restitución en el caso de que llegue el momento de devolver la cosa por su fallecimiento.

Supongamos que a los quince años de haber adquirido yo un inmueble en estas condiciones, falleciera el vendedor y se presentara el hijo del primer matrimonio ejerciendo una acción reivindicatoria, fundado en la institución de la reserva: ¿podría yo oponer la prescripción decenal y paralizar su acción, basándome en que poseo desde hace más de diez años con justo título?

Nuestro derecho, en materia de acciones personales, sigue la regla *actione non nata non prescribitur*, pero no ocurre lo mismo en lo relativo a las acciones reales. El art. 3.961 dice: "La prescripción de las acciones reales a favor de un tercero, tenedor de la cosa, comienza a correr desde el día de la adquisición de la posesión o de la cuasi posesión que le sirve de base, aunque la persona contra la cual corriese se encontrase, por razón de una condición aún no cumplida o por un término aún no vencido, en la imposibilidad del ejercicio efectivo de sus derechos". Este artículo ha sido severamente criticado, sin tener en cuenta que el Código, al establecer esa disposición, sólo trata de consolidar el dominio en favor de los terceros adquirentes, sin dejar de lado el derecho del posible titular del dominio, puesto que éste puede conservarlo tomando medidas precautorias o de conservación.

Por lo tanto, de acuerdo con el art. 3.961, bastaría probar el justo título y la posesión por más de diez años entre presentes o veinte entre ausentes, para paralizar la acción.

La institución de la reserva puede dar lugar a otros problemas que es necesario examinar.

El viudo o viuda que vive en concubinato y tiene hijos naturales, ¿está obligado a la reserva?

Si bien la ley se refiere sólo al que contrae segundas nupcias, los hijos naturales no pueden estar en mejor condición que los legítimos, y la reserva debe existir.

El Código español ha resuelto la cuestión en el sentido indicado.

Aunque nuestro código nada especifique, hay fundamento para llegar a igual conclusión. Si dentro de dos familias legítimas y sucesivas, el código quiere establecer una separación de patrimonios, como lo hace con la institución de la reserva, con mayor razón ha de querer que esa separación se establezca entre una familia legítima y otra que no lo es. De lo contrario, habría que llegar a la absurda conclusión de que, respecto de los bienes, mejor es vivir en concubinato que contraer segundo matrimonio, con lo cual la ley se pondría en contradicción consigo misma.

A veces el comprador, para evitarse ulteriores engorrosas por la adquisición de un bien reservable, impone como condición al vendedor que obtenga de su hijo una renuncia a la reserva. ¿Es admisible esta renuncia, que en la práctica se realiza con frecuencia? Ella es en el fondo una renuncia a un derecho en expectativa, a un derecho que no puede corresponder al que hace la renuncia, sino a sus descendientes, en caso de fallecimiento. Como la denuncia no puede afectar a estos últimos, resulta que ella no elimina definitivamente todo peligro para el adquirente.

No debiera ser así, sin embargo, porque es necesario hacer desaparecer estas trabas que redundan en perjuicio de la circulación de los valores. La reserva es una institución que no responde en realidad a ningún fin jurídico y sólo obedece a un falso concepto de la organización de la familia. Está llamada a desaparecer, conforme al criterio moderno, y así ha de ocurrir el día que se reforme en conjunto nuestro Código Civil.





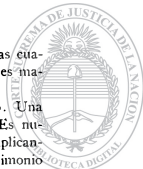
51. — Nulidad del matrimonio. — 52. — Matrimonios inexistentes. —
53. — Matrimonios nulos. — 54. — Matrimonios anulables. — 55. —
Impubertad. — 56. — Demencia. — 57. — Dolo, error o violencia.
— 58. — Impotencia. — 59. — Prueba de la nulidad. — 60. —
Acción de nulidad. — 61. — Matrimonio putativo.

51.—Nulidad del matrimonio.

Hemos dicho ya que no es aplicable al matrimonio la teoría general de las nulidades que rige en el derecho civil. Lo demuestra la circunstancia de existir en el código un capítulo especial consagrado a las nulidades del matrimonio. Es éste un acto jurídico de naturaleza especial, al cual no pueden aplicarse los mismos principios que rigen las nulidades de los actos jurídicos en general.

La primera regla en materia de nulidad de matrimonio es la siguiente: no hay nulidad sino en virtud de disposición expresa de la ley que la consagre. De manera que en la relativo al matrimonio la prescripción del art. 18 del Código Civil, que establece que "los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención", no tiene aplicación inmediata. Si se realiza un matrimonio violando una prohibición legal, no se aplica la sanción del citado art. 18; y sólo será nulo o anulable en caso de que encuadre en alguna de las prescripciones de los arts. 84 u 85 de la ley de matrimonio civil.

Estos dos últimos artículos no han previsto una serie de



casos en que faltan algunas condiciones esenciales, sin las cuales el matrimonio no debiera existir. ¿Serán válidos tales matrimonios?

Supongamos el caso llamado de identidad de sexo. Una mujer, fingiéndose hombre, se casa con otra mujer. ¿Es nulo este matrimonio? Como la ley no prevé el hecho, aplicando el principio establecido de que en materia de matrimonio no hay más nulidades que las expresamente determinadas por la ley, diríamos que no. ¿Quiere decir ello que habría que reputar válida una unión de esa especie?

No; a estos casos se aplica la teoría denominada de la “inexistencia de los actos”, teoría que es, puede decirse, exclusiva de matrimonio.

De esta manera la relativo a la nulidad del matrimonio puede dividirse en tres partes: 1.^a, matrimonios inexistentes; 2.^a, matrimonios nulos; 3.^a, matrimonios anulables.

52.—*Matrimonios inexistentes.*

El matrimonio es inexistente cuando no reúne las condiciones que la naturaleza exige o cuando falta el requisito fundamental de forma establecido por la ley.

Dos son las causas que pueden llevar a esa conclusión:

a) La identidad de sexo; b) La falta de comparencia ante el oficial público.

a) Es indudable que en caso de identidad de sexo falta el elemento natural, pues no puede llenarse uno de los fines del matrimonio, que es la reproducción de la especie. La unión de dos seres del mismo sexo no puede constituir matrimonio, ni siquiera de hecho, y de ahí que no pueda hablarse de la nulidad de un acto que no ha podido celebrarse. El matrimonio es inexistente.

b) El caso de falta de comparencia ante el oficial público no está tampoco enumerado en el texto de los arts. 84 y 85, pero es también de inexistencia, porque lo que distingue el matrimonio del concubinato o simple unión libre es el cumplimiento previo de las formalidades de la ley ante el oficial del Registro Civil, como solemnidad irremplazable, de orden público, sin la cual no puede existir unión matrimonial.



Cuando falta la manifestación del consentimiento ante el oficial público y la declaración de éste de que los contrayentes quedan unidos en matrimonio, ¿hay nulidad?

No; porque no hay nulidades de forma en esta materia; pero el acto es más que nulo: es inexistente para el derecho.

No hay otro matrimonio para nuestra ley que el celebrado ante el jefe del Registro Civil.

Nótese bien que la inexistencia se produce por no comparecer los contrayentes ante el jefe del Registro Civil, y no por la circunstancia de que habiendo realmente comparecido ellos se olvide el oficial público de firmar el acta o de hacerla firmar por los contrayentes o testigos, o la omita voluntariamente. Estos defectos de forma se subsanan con la prueba supletoria de que el acto se celebró ante el oficial público y la consiguiente sentencia judicial que vendrá a reemplazar la formalidad que dejó de llenar el jefe del Registro. La ley no ha querido dejar en manos de un funcionario la posibilidad de hacer que un matrimonio sea válido o nulo por una simple omisión.

53.—*Matrimonios nulos.*

Los casos de nulidad absoluta los enumera la ley en el art. 84.

Pueden clasificarse en tres grupos:

- a) Cuando existe alguno de los impedimentos derivados del parentesco (la consanguinidad en toda la línea recta y entre hermanos y la afinidad en línea recta en todos los grados);
- b) Cuando existe el impedimento que los canonistas llamaban de *ligamen*, es decir, el matrimonio anterior mientras subsista (1):



- c) Cuando existe el impedimento llamado de *crimen*, o sea haber sido autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges.

Respecto de esta última prescripción, se pregunta por algunos autores: ¿Por qué un hombre, que ha tenido la desgracia de matar a otro, va a verse impedido de casarse con la mujer que resulte ser viuda de la víctima? El homicida ha podido no conocer en esa época a la mujer: ¿qué razón habría para anular el matrimonio?

Quizá en algún caso excepcional podría justificarse ese matrimonio; pero siempre hay algo que repugna a la moral el admitir que el homicida del primer marido forme familia con la esposa de su víctima. El principio de nuestra ley es justo, considerando los fines éticos del matrimonio y las consecuencias a que puede llevar el desenfreno de las pasiones.

51.—*Matrimonios anulables.*

En los matrimonios anulables, a diferencia de los anteriores, la nulidad no se pronuncia sino a requisición de uno de los esposos.

Pueden ser anulados por cuatro causas: a) Impubertad; b) Demencia; c) Dolo, error o violencia; d) Impotencia.

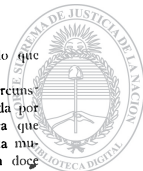
55.—*Impubertad.*

Es el caso en que la mujer no tenga doce años y el varón catorce.

En estas condiciones no es posible que se realice el fin del matrimonio, que es la propagación de la especie, ni que los contrayentes presten válidamente el consentimiento.

Son muy raros los ejemplos de anulación de matrimonios por esta causa, puesto que el oficial público tiene en sus manos los medios de comprobar si los jóvenes que se presentan a contraer enlace han cumplido o no la edad requerida.

La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz o por su representantes.



Esta causa de anulación puede desaparecer por lo que podríamos llamar la confirmación del acto.

Dos causas determinan esta confirmación: 1.^a La circunstancia de que el esposo haya llegado a la edad requerida por la ley sin promover acción de nulidad, lo cual indica que no habría objeto de anular el matrimonio; 2.^a Cuando la mujer ha concebido, no obstante no haber cumplido aún doce años de edad.

El texto legal que se refiere a este último punto tiene una redacción algo equívoca. "No podrá demandarse la nulidad—dice el art. 85, inc. 1.^a—después que el cónyuge o los cónyuges incapaces hubieren llegado a la edad legal, ni cualquiera que fuese la edad, cuando la esposa hubiese concebido". No es, el caso de una mujer de treinta años que se case con un menor que no haya cumplido catorce y que luego, habiendo concebido, se diga que no es posible alegar nulidad. El artículo sólo se refiere al caso en que la mujer tenga menos de doce años y haya concebido.

56.—Demencia.

En el caso de demencia, es necesario distinguir la demencia declarada en juicio y la demencia de hecho o no declarada.

El demente declarado en juicio es absolutamente incapaz para contraer matrimonio. No se puede alegar que el matrimonio fué contraído en un intervalo lúcido. La acción de nulidad puede ser entablada por los que hubieran podido oponerse al matrimonio, es decir, padres, tutores, curadores, parientes dentro del cuarto grado y el ministerio fiscal.

El mismo incapaz podrá demandar la nulidad cuando recobrase la razón, si no hubiese continuado la vida marital, y el otro cónyuge si hubiese ignorado la incapacidad al tiempo de la celebración del matrimonio y no hubiese hecho vida marital después de conocida la incapacidad.

El demente de hecho puede haber contraído matrimonio en un intervalo lúcido. Se promueve entonces la cuestión de saber si este matrimonio es válido o nulo. A dife-

rencia del anterior, en este caso se puede dar la prueba de que el matrimonio ha sido celebrado en un intervalo lúcido.



57.—*Dolo, error o violencia.*

El vicio del consentimiento—por dolo, error o violencia (1)—ha sido estudiado anteriormente. Sólo corresponde agregar ahora cuáles son los términos que la ley fija para el ejercicio de la acción de nulidad.

(1) El 25 de Noviembre de 1916, la Cámara 2.ª de Apelaciones, falló el interesante caso que más adelante relataremos. El juez a quo, en una meditada sentencia, había llegado a las siguientes conclusiones, que la Cámara confirmó:

I Es nulo el matrimonio celebrado bajo la presión de amenazas y de violencias sobre la persona de uno de los contrayentes, al objeto de obtener su consentimiento, aunque hubiese sido celebrado ante el Oficial del Registro Civil, apostado a tales fines en una habitación de casa particular.

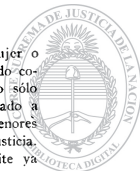
II La justificación de las violencias puede resultar de presunciones o de cualquier otra prueba, así como de correspondencia agregada al juicio criminal correlativo y aún de las constancias del sumario de instrucción si ha sido tramitado en forma.

Trátase de una causa en la que se demanda la anulación del matrimonio que aparece celebrado entre el actor y la demandada, sosteniendo el primero que su consentimiento está viciado por la violencia que se ejerció contra él. Según el escrito de demanda, el actor, después de un noviazgo de cierta duración, resolvió firmemente romper el compromiso matrimonial contraído con la demandada. Un hermano de ésta, después de lentas y laboriosas gestiones, obtuvo de aquél que le concediera una entrevista en el domicilio de un amigo común. Durante esa conferencia logró, amenazándolo de muerte, que el actor desistiera de su antiguo propósito y, acto continuo, trasladáronse a otra habitación de la misma casa, donde se celebró el tan deseado matrimonio; en ella se hallaban ya el jefe del Registro Civil y los testigos necesarios, los cuales habían concurrido a solicitud del autor de la coacción.

En su extenso y erudito fallo, el Doctor Balarino establece cuál es el criterio con que debe apreciarse el litigio, ante los principios legales y doctrinarios que gobiernan la acción entablada y cuál es el régimen de su prueba.

Elementales nociones jurídicas, dice, perfilan el matrimonio como un contrato eminentemente consensual. Es necesario, pues, que cada uno de los futuros esposos consienta y que ese consentimiento sea manifestado con toda libertad y espontaneidad. El artículo 14 de la Ley número 2393, dice que "es indispensable para la existencia del matrimonio, el consentimiento de los contrayentes, expresado ante el oficial público encargado del Registro Civil. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aún cuando las partes tuviesen buena fe"; y el artículo 16 dispone: "la violencia, el dolo y el error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil, vician el consentimiento".

De ahí las dos hipótesis regularmente admitidas: la de falta absoluta de



La ley establece distintos plazos, según sea la mujer o el marido el que vaya a entablar la acción: si ha habido cohabitación, la primera tiene treinta días y el segundo sólo tres días (art. 85, inc. 3.º). El mayor término acordado a la mujer obedece a la presunción de que ella tiene menores facilidades que el marido para presentarse ante la justicia.

Vencidos esos plazos sin que la acción se ejercite ya no es posible promoverla, porque sería paralizada por la excepción *sine actione agit*.

Si el esposo cuyo consentimiento ha sido viciado se separa del otro cónyuge antes del plazo respectivo, la acción no se extingue. Esta acción queda *in potentia*. ¿Cuánto dura? ¿Puede el cónyuge presentarse en cualquier momento pidiendo anulación del matrimonio? La ley no ha fijado término para el ejercicio de esta acción. Las acciones, cuando la ley no les fija término, son perpetuas, aunque queda siempre a salvo el derecho de la parte contraria para alegar la

consentimiento y la de un consentimiento imperfecto. En la primera, el matrimonio es inexistente por ausencia de uno de sus atributos o condiciones esenciales; en la segunda, es anulable por los vicios de que adolece ese consentimiento; importa decir que para haber lugar a la anulación de un matrimonio por causa de vicios en el consentimiento, es preciso que éste se haya manifestado, pues, esta clase de cuestiones no se producen jamás sino después de la celebración del matrimonio y bajo la forma de demandas de nulidad. No puede decirse que la parte violentada no ha consentido; al contrario, y es precisamente por eso que hay matrimonio, que está comprometida y que hay que ir en su auxilio. Entre dos males, ella ha elegido el menor, luego ha querido: "Qui mavult, vult". Pero este consentimiento no es más que relativo, y la verdad es que la persona constreñida elige entre dos alternativas igualmente contrarias a su voluntad. La que adopta no es por tanto el resultado de su libre determinación (Demolombe, *Traité du mariage*, págs. 25 y número 248. Baudry—Lacantinérie, tomo 3, número 1714).

Por lo que hace al caso "sub iudice", es innegable que los esposos han manifestado ante el oficial público su consentimiento, pues, el instrumento acredita ese extremo, y no ha sido arguido de falso en ese punto. Pero esa autoidad del instrumento público no alcanza a cubrir los vicios de que pudiera adolecer el consentimiento, porque la apreciación de las circunstancias que hayan influido en su coacción o libertad es extraña a las funciones confiadas al fedatario. Para nada vale, por tanto, el hecho de que los contrayentes hayan manifestado en el acto de su matrimonio que querían tomarse por marido y mujer. Ello, solo demuestra que ha habido consentimiento; la libertad o los vicios con que se ha emitido, resultarán de los hechos o circunstancias que, con independencia de aquel factor, ofrezca la causa judicial que se intente con tal motivo.

Nuestra Ley de Matrimonio se limita a disponer que la violencia vicia el consentimiento, pero omite las reglas a las cuales deberá subordinarse su



prescripción. De manera que esta acción vendría a extinguirse sólo cuando transcurriera el tiempo necesario para la prescripción, cosa que difícilmente ha de producirse, porque la anulación del matrimonio interesa a los dos cónyuges. La prescripción está regida en este caso por el artículo 4.030, que dispone: "La acción de nulidad de los actos jurídicos, por violencia, intimidación, dolo, error o falsa causa, se prescribe por dos años, desde que la violencia o la intimidación hubiese cesado, y desde que el error, el dolo o la falsa causa fuese conocida".

Supongamos que, después de transcurridos más de dos años de la separación de hecho de los esposos, se presenta el marido entablando acción de nulidad y que la mujer contesta que, efectivamente, existe vicio en el consentimiento: ¿podría el juez decir que la acción no es admisible porque han pasado los dos años que fija el código para la prescripción en estos casos? La cuestión es de difícil solución.

En lo relativo a la prescripción, el código establece que

existencia y comprobación. Parece lógico admitir que, a falta de previsión expresa en la ley, deben regir las disposiciones de carácter general que contiene el Código, pero no menos cierto que la especialidad de la institución a la cual han de aplicarse esos principios, determina un cierto grado de libertad en los magistrados. Sin perjuicio, pues, de aplicar las reglas de los artículos 936 y siguiente del Código Civil, el criterio con que deben juzgarse estas nulidades depende muy principalmente de la apreciación de los magistrados.

El análisis de la prueba no se ha de detener a averiguar exclusivamente si existen actos notorios de violencia; su campo de acción está formado por los antecedentes que puedan haber obrado sobre el sujeto en la determinación de su voluntad. Por otra parte, la constatación de esos actos de violencia o intimidación, no ha de buscarse por los medios de prueba directa que ofrezca la causa. Semejante exigencia equivaldría a extinguir la posibilidad de cualquier acción tendiente a anular el matrimonio por vicios en el consentimiento, dado que, en la generalidad de los casos, la violencia resultará de una preparación oculta y de situaciones producidas sin otros testigos que los autores de la coacción. Las presunciones vienen, así, a jugar un papel preponderante en el juicio, y es mediante el examen de los hechos inmediatamente anteriores al acto del matrimonio y de aquellos que se sucedieron con posterioridad, como ha de llegarse a reunir una serie tal de elementos de convicción capaces de suplir el conocimiento directo de los factores que influyeron para que uno u otro de los esposos consintiera.

Realiza luego el juez "a quo", un minucioso examen de la prueba producida y termina declarando nulo y sin valor el matrimonio celebrado.

Este fallo, como ya lo hemos dicho, fué confirmado por la Cámara 2.ª de Apelaciones, siguiendo el parecer del Vocal preopinante Doctor Zapiola.

(Nota de la 2.ª edición).



en materia civil ella no puede suplirse de oficio. En materia penal, por el contrario, el juez puede suplir de oficio la prescripción. El fundamento de esta diferencia está en que, en el primer caso, sólo hay de por medio un interés público en que las acciones y las penas no sigan gravitando indefinidamente sobre los individuos. No hay duda de que el matrimonio es una institución de orden público, que debe tener bases firmes. Por consiguiente, creemos que, a pesar de la disposición, el juez podría, en el caso referido, decir que no es posible ejercitar la acción, porque no está en la voluntad de las partes desconocen un matrimonio después de haberlo consentido tácitamente por mayor tiempo que el de la prescripción de la acción. Como en materia penal, estamos en presencia de una institución de orden público, que no puede quedar al arbitrio de los particulares poder anular indefinidamente.

58.—*Impotencia.*

La impotencia, jurídicamente considerada, es la falta de aptitud en uno de los cónyuges para realizar la cópula carnal con eficacia, es decir, para alcanzar la propagación de la especie.

La impotencia puede clasificarse en las siguientes formas:

1.º Impotencia absoluta (cuando el individuo está imposibilitado de realizar cópula carnal con cualquier individuo del otro sexo).

2.º Impotencia relativa (cuando esa imposibilidad es solo con relación a un sujeto determinado).

3.º Impotencia manifiesta (cuando se revela a la simple percepción de los sentidos; es decir, cuando faltan los órganos genitales).

4.º Impotencia no manifiesta (cuando, debido a una causa interna, que puede provenir de un defecto de constitución orgánica o de un enfermedad pasajera o incurable, el individuo no puede realizar el acto carnal).

5.º Impotencia anterior al matrimonio.



6.º Impotencia posterior al matrimonio.

¿Cuál es la impotencia que nuestra ley admite como causa de nulidad del matrimonio? Es exclusivamente la impotencia absoluta y manifiesta a la vez, anterior a la celebración del matrimonio (art. 85, inc. 4.º), lo que equivale a que la anulación del matrimonio en virtud de esta causa sea en realidad casi imposible. Rara vez la impotencia se presenta con esos caracteres. La jurisprudencia no registra ningún caso de anulación por impotencia, porque casi todos los que se han presentado han sido de impotencia relativa. Si alguno se produjera de impotencia absoluta y manifiesta, más que caso de anulación debiera ser de inexistencia del matrimonio. (1).

(1) Posteriormente a la primera edición de estos apuntes se ha presentado ante nuestros tribunales un interesante caso de nulidad de matrimonio por impotencia. La Exma. Cámara 2.ª de Apelaciones en lo Civil resolvió el 2 de Octubre de 1915 que: **Para que proceda la anulación de un matrimonio por la causal del Inc 4.º del Art. 85 de la ley respectiva, basta que la impotencia del marido sea absoluta y manifiesta con relación a su esposa.**

Se trataba de una demanda por nulidad de matrimonio entablada por la esposa, se afirmaba que a pesar de haberse formalizado el enlace con 5 meses de anterioridad a la fecha de entablada la acción, éste no se había consumado a causa de la impotencia de su marido. De la prueba producida se llegaba a la evidencia de lo afirmado por la actora; aunque, cosa curiosa, los médicos legistas llegaban a la conclusión en su informe pericial que si bien la mujer conservaba su virginidad, el marido no era absoluto y manifestamente impotente para todo contacto carnal. — Recomendamos a este respecto el definido estudio hecho de la pericia por el señor Fiscal de Cámara doctor Ernesto Quesada, quien en su vista refuta las conclusiones a que llegaron los peritos en este caso. (Ver "Revista Jurídica y de Ciencias Sociales" de Julio a Septiembre de 1915 pág. 507).

Do la sentencia de la Cámara, extractamos algunas de las consideraciones expuestas por el Doctor Helguera, miembro preopinante y del Doctor Pico a las cuales se adherieran los demás vocales al revocar la sentencia del Doctor Repetto, que puede verse en la misma revista de Julio a Diciembre de 1914, pág. 245 y siguientes.

El Doctor Helguera, manifestó: "En cuanto a los hechos, se ha probado: 1.º la virginidad de la esposa, y 2.º, que el demandado, a pesar de la falta de desarrollo del miembro viril y de una lesión en el testículo y una afección a la prostata no presenta signos exteriores que autoricen a afirmar que sufra de impotencia, en el sentido que a la ley le atribuyen, los peritos y el Juez de la causa.

Me parece evidente que la impotencia, como causal de nulidad de matrimonio, no es otra que la calificada de *coundi* y comprendida dentro del concepto general de la ley 2.ª, tít. 8.º Part. 4.ª; esto es la *impotens ad copulam*, la que se manifiesta por un defectu *erectionis*, y no la necesaria para la fecundidad".

Cita el Doctor Helguera otras leyes concordantes a la mencionada, y ta-



La acción corresponde exclusivamente al otro cónyuge.

La ley debiera admitir la impotencia relativa y anterior al matrimonio como causa de anulación, no sólo porque en tal caso no es posible que la unión llene uno de los fines naturales del matrimonio, que es la propagación de la especie, sino porque con ello se evitaría que hubiera esposas condenadas a vivir en perpetua reclusión bajo la mortificante vigilancia de un marido celoso.

El Código español establece que no pueden contraer matrimonio "los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación, con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable".

59.—Prueba de la nulidad.

A diferencia de lo que ha hecho al tratar del divorcio, la ley no se pronuncia sobre las pruebas admisibles en la acción de nulidad del matrimonio. No habiendo limitación expresa en la ley. ¿es admisible todo género de pruebas y

lex: ley 1.ª, tít., 8.ª Partida 4.ª; ley 17, tít. 2.ª, Partida 4.ª y ley 7.ª tít., 8.ª de la misma Partida.

Por lo que hace a la exigencia legal, agrega, de que la impotencia debe ser absoluta, coincide en todas sus partes por la interpretación dada por el señor Fiscal de Cámara: dicho término no puede referirse sino al otro cónyuge, ya que el comercio carnal fuera del matrimonio está prohibido, calificado y castigado, como delito. Como lo dice Filiippi: "El contrato matrimonial es estipulado por una mujer determinada, mujer legítima, la cual en su inocencia y castidad de costumbres no tiene y puede tener el deber desde los primeros abrazos, de usar artificios venéreos y fuera de los naturales y decorosos; y el magistrado cuando comprueba que se encuentra intacta la esposa legítima, no puede aceptar que el marido pretenda ser potente con prostituta o mercenarias; por eso el perito debe concretar su pericia al caso particular, y es a ese único respecto que la ley busca comprobada su impotencia".

"La duda de si el demandado puede ser potente con otras mujeres que su esposa, no tiene, pues, importancia alguna para la resolución del caso, y aún en la hipótesis de que así fuese, no modificaría las anteriores conclusiones. No ejerciéndose la función con la esposa, la impotencia sería siempre absoluta con relación a ésta, y es ello lo que la ley exige para determinar la declaración de nulidad del matrimonio".

El vocal Doctor Pico manifestó entre otras consideraciones que: "ni la sociedad ni la ley están interesados en que el marido sea potente en relación a alguna otra mujer, y bastaría que lo fuera con una sola para que su impotencia, no fuese absoluta en sentido estricto de la palabra. Este he-

en las condiciones en que se admiten en todos los demás hechos y contratos? Hemos visto que en el divorcio no se admite la prueba de confesión. Los que siguen el método de la interpretación literal, dicen que habiendo establecido antes la ley esa prohibición, y no habiendo especificado nada en materia de nulidad, es admisible esa clase de prueba en esta última. No es así, sin embargo. La nulidad reviste mayor gravedad que, el divorcio, porque ella rompe el vínculo y autoriza a los esposos a contraer nuevo matrimonio. De manera que, aunque la ley no diga en este caso que la prueba de confesión no es admisible, hay que entender que esta misma regla rige para la nulidad del matrimonio, porque de lo contrario sería muy fácil, no ya divorciarse, sino anular el matrimonio: bastaría que los esposos se pusieran de acuerdo para presentarse a los tribunales alegando un vicio del consentimiento para que el matrimonio quedara disuelto por mutuo acuerdo.

En los casos de impotencia la prueba más acabada es el dictamen pericial, producido por los médicos. Si el con-

cho no puede interesar a nadie, y se comprende, además, fácilmente las dificultades insalvables de una prueba llevada a tales extremos. Nuestra ley, ha querido, por consiguiente que la impotencia sea absoluta dentro del matrimonio, que ella ha instituido con los caracteres de un vínculo exclusivo, contraído para la procreación, es decir, que sea completa y de tal suerte que haga inasequible el fin de la institución....."

"La doncellez persistente de la esposa a través de 6 meses de matrimonio sirve a mi juicio para calificar la impotencia de **manifiesta** y poder oponerla como prueba más convincente, al simulacro de erección exhibido por el demandado ante los peritos. Termina diciendo el Doctor Pico: "Una duda sin embargo, persistía en mi espíritu y me impedía decidir mi juicio en este asunto. ¿Es suficiente la prueba de 6 meses de matrimonio para considerar esa impotencia como definitiva? Nuestra ley no exige, como otras, el carácter de perpétuo, pero en mi opinión, ese carácter está comprendido en la calidad de absoluta que requiere expresamente (Inc. 4.º artículo 85). ¿No podría suceder que fuera una afección pasajera o curable? Las leyes de Partidas (ley 5.ª, tít. 8.º, Partida 4.ª), disponía para casos semejantes que el Juez debía dar a los esposos "plazo de 3 años para que vivan en uno" y hacerles "catar a homes buenos e buenas mujeres si es verdad que hay entre ellos tal embargo como razonan", con otras precauciones que demuestran la necesidad de desvanecer una duda como la que apunto. Pero algunas insinuaciones de la demanda presentan a la actora torturada en su pudor de mujer; y ante la perspectiva de condenarla, en el rechazo de su instancia, a una mortificación perpétua en la intimidad del hogar, he debido acallar esos escrúpulos para votar también en el sentido que lo ha hecho el vocal preopinante". — Nota de la 2.ª Edición.





yuge afectado de impotencia se rehusa a prestarse al examen médico, ¿puede el juez, en virtud del *imperium*, usar de la fuerza pública para que se someta a él? Si, por que no está en manos del cónyuge privar al contrario de la única prueba eficaz en estos casos.

60.—*Acción de nulidad.*

La acción de nulidad del matrimonio tiene la particularidad de que no puede intentarse sino en vida de los dos esposos (art. 86). Una vez que uno de los cónyuges ha fallecido, el sobreviviente no puede intentar acción de nulidad contra los herederos para que se declare nulo el matrimonio del causante.

Aunque el artículo 86 parece redactado en términos absolutos, no hay que entender que sólo en vida de los dos esposos podría el juez declarar la nulidad o la validez del matrimonio. Lo que la ley prohíbe es que, desaparecido uno de los cónyuges, se vaya a interponer una acción para que la justicia declare la nulidad del matrimonio por el solo hecho de existir determinado impedimento, algo así como una nulidad abstracta. Pero la ley no prohíbe que cuando se están discutiendo los derechos hereditarios, un tercero, diciendo que la herencia le corresponde, discuta la validez del matrimonio. Alegada la nulidad así, por vía de excepción, el juez está obligado a entender y pronunciarse sobre ella. La muerte, si bien obliga a que se dejen de lado las cuestiones de carácter íntimo y personal del causante, no impide que ellas se discutan cuando vulnere derechos legítimos de terceros.

61.—*Matrimonio putativo.*

Los efectos de la nulidad del matrimonio se relacionan con lo que en derecho se conoce con el nombre de *matrimonio putativo*.

La palabra *putativo* viene del latín *putare*, que significa crear, pensar, reputar.

Matrimonio putativo es aquel que se considera como existente, aun cuando en realidad no ha existido.

La doctrina del matrimonio putativo se aplica exclusivamente a los matrimonios nulos o anulados, pero no a ningún otro género de unión.

Por la teoría general de la nulidad, las cosas se retrotraen al estado anterior en que se encontraban antes del acto anulado, dando por borrado todo el tiempo transcurrido entre la celebración de ese acto y la sentencia que declara la nulidad del mismo. En materia de matrimonio, la ley dice que para ella el matrimonio no ha existido. Aunque esto disponga la ley, lo real es que el matrimonio ha existido de hecho: quedan los hijos y los bienes.

Desde la sentencia anulatoria, el matrimonio no produce efecto alguno; pero en el tiempo que media desde la celebración hasta la sentencia de nulidad la ley lo reputa, según los casos, como matrimonio válido. Por eso el matrimonio putativo es la unión de hecho en que viene a quedar todo matrimonio anulado, unión que comienza en el momento de la celebración y termina en la fecha de la sentencia de nulidad.

Los efectos de esta unión de hecho son regulados por la ley según la buena o mala fe de los cónyuges (art. 87). Por buena fe se entiende en esta materia la ignorancia que se haya tenido del impedimento que obstaba a la celebración del matrimonio. Tal es el caso de que uno de los cónyuges se haya presentado como soltero, siendo así que era casado en el extranjero. El otro cónyuge, que lo creía hábil, es de buena fe. Pero es menester no olvidar que la buena fe no puede basarse en la ignorancia o error de hecho, y sólo en cuanto ésta pueda ser excusable (art. 90), porque la ignorancia o el error pueden revestir cierta forma evidente que demuestre que el individuo no ha podido verosimilmente incurrir en ella sino a sabiendas.

Pueden ocurrir tres casos de matrimonio putativo, en que las soluciones de la ley son diferentes:

- a) Ambos cónyuges son de buena fe;
- b) Uno de ellos es de buena fe;
- c) Ambos son de mala fe.





a) Sucede, por ejemplo, que un día descubren los cónyuges que son hermanos adulterinos, sin que jamás hubieran sospechado tal cosa. Descubierto el hecho, se declara la nulidad del matrimonio. Como ambos son de buena fe, la ley considera al matrimonio putativo en la misma forma y condiciones que si hubiera sido un matrimonio válido: desde su celebración hasta la sentencia de nulidad produce los mismos efectos que si hubiera sido legal: los hijos no son incestuosos, sino legítimos; la sociedad que se forma en cuanto a los bienes es una sociedad conyugal y debe liquidarse de acuerdo con las reglas establecidas para las sucesiones, lo mismo que si hubiesen fallecido los dos cónyuges y hubiera que proceder a la división de los bienes; subsiste la obligación recíproca de prestar alimentos, como si siguieran siendo marido y mujer; si han reconocido hijos naturales al contraer matrimonio, ellos quedan legitimados, siempre que estén en las condiciones que la ley establece para la legitimación (art. 87).

De manera que, en caso de buena fe de ambos cónyuges, el matrimonio putativo no se distingue del válido durante el tiempo que transcurre desde su celebración hasta la sentencia de nulidad.

b) Si sólo hubo buena fe de parte de uno de los cónyuges, ¿a favor de cuál de ellos producirá efectos como válido el matrimonio putativo?

La ley se inclina a favor del esposo de buena fe y de los hijos. El esposo de buena fe goza de todos los beneficios enumerados: tiene acción de daños y perjuicios contra el otro y los hijos se consideran legítimos. La sociedad conyugal se liquida de acuerdo con las reglas de las sucesiones. Al cónyuge de mala fe le ley le impone todas las obligaciones y le quita todos los derechos: no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos; no tendrá derecho a ninguna de las ventajas que le hubiesen acordado en el contrato de matrimonio; no tendrá los derechos de la patria potestad sobre los hijos, aunque sí las obligaciones (art. 88).

Esta solución es justa, porque un acto delictuoso nunca puede dar lugar a consecuencias jurídicas en beneficio del que lo ejecuta.



c) Si hay mala fe por parte de ambos cónyuges, la ley considera la unión como simple concubinato; y es sabido que éste no da ningún derecho a los que lo celebran. Los hijos serán considerados naturales, incestuosos o adulterinos, según la clase del impedimento. En cuanto a los bienes, la ley no admite que pueda existir sociedad conyugal; se trata de una sociedad de hecho, que se liquida de acuerdo con las reglas establecidas para esta clase de sociedades; es decir, en proporción a los capitales. Las convenciones matrimoniales se reputan inexistentes.

Quedan a considerar las relaciones de los terceros con los dos cónyuges en cuanto al matrimonio putativo.

¿Podría tener algún efecto la buena o mala fe de los cónyuges con relación al tercero que ha contratado con uno de ellos creyendo válido el matrimonio? ¿Podría la mujer, por ejemplo, reivindicar una casa enajenada por el marido con poder suyo, cuando resulta que se anula el matrimonio porque ha habido mala fe de ambos cónyuges y la unión se considera, por lo tanto, un concubinato? La mujer no podría reivindicar si el tercer adquirente ha tenido buena fe, es decir, si ha ignorado la existencia del impedimento que anulaba el matrimonio. La ley presume la buena fe; el que alega la mala fe tiene que probarla. Y la ley protege la buena fe de los terceros haciendo que no pueda ejercitarse contra ellos ninguna acción real o personal referente a la transmisión de bienes por contrato o cualquiera otra causa. Así, dice el artículo 92: "En todos los casos de los artículos precedentes, la nulidad no perjudica los derechos adquiridos por terceros, que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges".



62. — Prueba del matrimonio. Posesión de estado. — 63. — Imposibilidad de presentar la partida. — 64. — Jurisdicción competente en las causas de nulidad o divorcio. — 65. — Celebración del matrimonio religioso: penalidades.

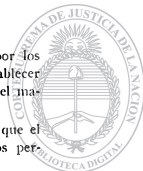
62.—Prueba del matrimonio.—Posesión de estado.

La prueba del matrimonio es una cuestión de la mayor importancia, porque siendo un acto solemne, que debe realizarse exclusivamente ante el jefe del Registro Civil y no ante otro funcionario, es indispensable, para que los cónyuges puedan alcanzar los beneficios y los derechos que la ley acuerda a los esposos, que ellos justifiquen su estado.

¿Cómo se prueba el matrimonio?

Es necesario distinguir según la época de la celebración. Los matrimonios efectuados antes del 1.º de diciembre de 1889 se prueban por "la inscripción en los registros de la parroquia o de las comuniones a que pertenecieren los casados. Si no existiesen registros o no pudiesen presentarse por haber sido celebrados en países distantes, puede probarse por los hechos que demuestren que marido y mujer se han tratado siempre como tales y que así eran reconocidos en la sociedad y en las respectivas familias, y también por cualquier otro género de prueba". (Art. 179 C. C.).

Sin embargo, sea que se trate de matrimonios celebrados antes o después de la ley de matrimonio, "la posesión



de estado no puede ser invocada por los esposos ni por los terceros como prueba bastante, cuando se trata de establecer el estado de casados o de reclamar los efectos civiles del matrimonio". (Art. 101, ley de matrimonio).

La posesión de estado en el matrimonio no es más que el reconocimiento público, constante, reiterado, de que dos personas se han tratado como marido y mujer.

Los elementos de esa posesión se sintetizaban antiguamente con las palabras *nomen*, *tractatus*, *fama*. *Nomen*, significaba que la mujer hubiera llevado el apellido del marido: *tractatus*, que en todas partes se la hubiera tratado como esposa; y *fama*, era la consideración pública de que se la hubiera tenido en tal carácter. Pero estos tres elementos, que eran considerados esenciales para que hubiera posesión de estado, han sido desechados por los jurisconsultos modernos, como lo veremos más adelante.

La prueba por la posesión de estado no es bastante si no se demuestra previamente la imposibilidad de presentar la constancia de los registros parroquiales, porque, de lo contrario, no habría distinción entre el matrimonio y el concubinato. Indudablemente, en los pueblos pequeños, donde todos se conocen, es muy difícil engañar a la gente sobre la legitimidad de un matrimonio. Pero no ocurre lo mismo en las grandes ciudades. Un extranjero recién llegado con una señora, con la cual vive, puede presentarla como esposa legítima, y al cabo de algunos años todos estarían dispuestos a declarar que es público y notorio que esta señora ha sido tratada y considerada como esposa legítima. Para que esa prueba fuera bastante habría que demostrar, no sólo el trato, sino también que ante tal funcionario y en tal lugar se efectuó la unión, y la imposibilidad de presentar la partida.

Los tratadistas franceses, para demostrar que la prueba sola de la posesión de estado no es suficiente, recuerdan el antiguo adagio:

*"Boire, manger, coucher ensemble,
Est mariage ce me semble".*



Esto quiere significar que el simple trato, la habitación común, etc., no es demostración suficiente de que haya existido matrimonio, porque, de lo contrario, éste no sería un acto solemne, sino el hecho de beber, comer y habitar juntos.

El matrimonio, civilmente considerado, no es, como el nacimiento, un hecho de la naturaleza; el matrimonio arraiga del acta de la celebración, puesto que es un acto de la voluntad. Por consiguiente, es necesario dar prueba directa del mismo.

Los matrimonios celebrados con posterioridad al 1.º de diciembre de 1889 se prueban "con el acta del Registro Civil o su testimonio" (art. 96, ley de matrimonio).

Rige la misma limitación sobre la posesión de estado, pero el artículo 101 agrega: "Cuando hay posesión de estado y existe el acta de la celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su validez". Aquí la posesión de estado cubre los vicios de que pudiera adolecer el acta.

¿Cuál ha sido el criterio judicial en materia de prueba del matrimonio? Antes era amplísimo: bastaba decir que había imposibilidad de presentar la partida de matrimonio y producir entonces una simple información sumaria con varios testigos, que expresasen que se habían realizado diligencias sin resultado a fin de encontrar el acta, para que el juez lo declarase comprobado. Hasta se dió el caso de que se hiciera esta declaración judicial con la manifestación de los hijos del causante y de la viuda de que el matrimonio se había contraído en Italia y estaban en la imposibilidad de presentar el acta.

No faltó quien observara que con tal resolución se estaba admitiendo la posibilidad de que los hijos hubieran asistido al matrimonio de sus padres. La cámara revocó el pronunciamiento, puesto que debe rendirse prueba instrumental, y sólo a falta de ésta, por imposibilidad de presentarla, se puede acudir a todos los medios de prueba, los cuales, sin embargo, no comprenden la declaración de los mismos interesados.



63.—*Imposibilidad de presentar la partida.*

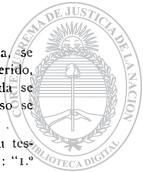
La ley actual ha previsto expresamente este caso, y dispone que: "Si hubiere imposibilidad de presentar el acta o su testimonio, se admitirán todos los medios de prueba; estas pruebas no se recibirán sin que previamente se justifique la imposibilidad" (art. 97). De manera que la regla general es la prueba instrumental; y sólo en caso de imposibilidad previamente justificada, se admiten los demás medios de prueba.

Para colocarse en los casos de imposibilidad, algunas personas de mala fe se valían de la circunstancia de haberse destruido por incendio los archivos de dos parroquias de esta capital, y se presentaban a los tribunales expresando que en virtud de ese hecho no les era posible ofrecer la prueba instrumental del matrimonio que decían haberse celebrado ante una de ellas, por lo cual solicitaban, en consecuencia, que se les admitiera una información supletoria. Cuando estas peticiones se presentaban en esa forma, incumbe a la sagacidad de los magistrados descubrir si los testigos son o no de buena fe y evitar las maquinaciones dolosas.

A efecto de impedir en lo posible la destrucción de los registros, la ley establece que los libros se llevarán por duplicado y que el terminar el año, un juego de ellos se depositará en el archivo de los tribunales y otro en el archivo del registro civil.

Antes de la reforma, el código admitía que la imposibilidad de presentar prueba instrumental podía resultar de haberse celebrado el acto en países distantes (art. 179). Se ha preguntado: ¿es posible invocar ahora la misma causa para solicitar que se admita prueba supletoria?

Actualmente no es posible sostener, como en 1865, que haya dificultades casi insuperables para obtener la partida de un matrimonio realizado en país lejano. Los viajes rápidos a vapor y el telégrafo, permiten obtener en muy poco tiempo y con muy poco dinero una partida de matrimonio. Basta ir al consulado respectivo y llenar un formulario que allí entregan, para tener, en poco más de dos meses, la par-



tida debidamente legalizada. Si el caso es de urgencia, se puede hacer un telegrama simple o un telegrama deferido, que paga media tarifa, pidiendo la partida, y en seguida se recibe el aviso de que sale por tal vapor. En este caso se obtiene la partida al mes de solicitada.

Los casos de imposibilidad de presentar el acta o su testimonio, enumerados por el artículo 98, son los siguientes: "1.º Cuando el registro ha sido destruido en todo o en parte; 2.º Cuando estuviese incompleto o hubiere sido llevado con irregularidad; 3.º Cuando el acta ha sido omitida por el oficial público".

Nuestros tratadistas critican este último inciso, considerando que con él se destruye todo el sistema de la ley. Piensan que bastaría solicitar que se librara oficio al jefe del registro para que informara si en él se encuentra un acta determinada, y que, ante una contestación negativa, debe admitirse la prueba supletoria, con lo cual el matrimonio podría justificarse con dos testigos.

No obstante ese supuesto, la disposición de la ley es justa porque deja amplitud de criterio al juez, el cual dirá cuándo se ha producido un caso de omisión que encuadre dentro de la prescripción legal. Puede ocurrir, por ejemplo, en los días de mayor trabajo en las oficinas del Registro Civil, que para abreviar la espera se haga firmar en blanco a los contrayentes y testigos, después de tomar nota de todos los datos que debe contener el acta. Si luego el jefe del Registro se olvida de llenarla, ella queda omitida. Este sería uno de los casos en que podría aplicarse la disposición del artículo 98, inciso 3.º, puesto que no existe acta por una omisión no imputable a las partes.

61.--Jurisdicción competente en las causas de nulidad o divorcio.

El artículo 102 contiene una prescripción que se refiere a las reglas vigentes antes de la reforma del código: "El conocimiento y decisión de las causas sobre divorcio o nulidad



de matrimonio celebrado antes o después de la vigencia de esta ley, corresponde a la jurisdicción civil".

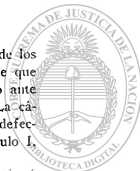
Antes de sancionarse la ley matrimonio era la jurisdicción eclesiástica la que entendía en las causas de divorcio. Iniciado el divorcio ante la curia, tomaba información el provisor y resolvía el tribunal eclesiástico, con apelación ante dos instancias. Había así tres sentencias, pues los canonistas buscaban la conformidad de dos fallos, sistema semejante al que rige en la organización judicial de la provincia de Buenos Aires. De la sentencia de segunda instancia en Buenos Aires se podía recurrir al obispo más cercano, que era el de La Plata, para que el juicio no tuviera que ir a Roma.

Dictada la ley de matrimonio civil, se ha suprimido la jurisdicción eclesiástica; ya no se tiene en cuenta para la sustanciación de las causas de divorcio si se trata de un matrimonio celebrado antes o después del 1.º de diciembre de 1880: sólo los jueces civiles entienden en las causas de esa naturaleza.

El artículo 103 dice: "Cuando se tratase de un matrimonio celebrado con anterioridad a esta ley y la acción de nulidad se fundare en un impedimento se aplicarán las disposiciones de esta ley; si la acción se fundare en defectos de forma se aplicarán las leyes canónicas". De manera que un matrimonio realizado antes del 1.º de diciembre de 1889 por un individuo que luego se descubriera, por ejemplo, que había sido sacerdote católico, no podría ser anulado, puesto que esa cláusula de anulación no figura en la ley que actualmente rige. En cambio, si la acción se hubiera entablado antes de esa fecha, el matrimonio habría sido anulado, de acuerdo con las leyes canónicas, entonces vigentes.

La materia de fondo se rige por la ley actual, aun cuando el matrimonio se haya verificado durante la vigencia de otra ley, mientras en lo relativo a la forma hay que ajustarse a los principios en vigor en el momento en que se celebró el matrimonio.

Así, puede recordarse el siguiente fallo de la Cámara de Apelaciones de la capital. El 5 de marzo de 1889 se celebró un matrimonio en el pueblo de Morón. La novia estaba



domiciliada en Buenos Aires; el novio en San Nicolás de los Arroyos. En 1898 se demandó la nulidad, sosteniéndose que el matrimonio era clandestino por no haberse celebrado ante el párroco del domicilio de uno de los contrayentes. La cámara anuló el matrimonio, porque tratándose de un defecto de forma tuvo que aplicar las disposiciones del capítulo I, sección 24 del Concilio de Trento.

Igual solución tuvo una acción de nulidad entablada en 1896 de un matrimonio realizado en Merlo en 1882 por dos personas que vivían en la capital federal.

65.—Celebración de matrimonio religioso: penalidades.

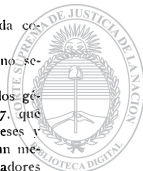
¿Cuáles son las formalidades que deben llenar los ministros de los diversos cultos cuando van a realizar un matrimonio religioso? El artículo 110 dice: "Los ministros, pastores y sacerdotes de cualquiera religión o secta que procedieran a la celebración de un matrimonio religioso sin tener a la vista el acta de la celebración del matrimonio, estarán sujetos a las responsabilidades establecidas por el artículo 147 del Código Penal, y si desempeñasen oficio público, serán separados de él". La ley de reformas al Código Penal ha suprimido el referido artículo 147, con lo cual la obligación que impone el artículo 110 de la ley de matrimonio ha quedado sin sanción penal.

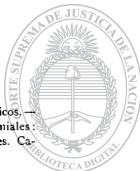
¿Podría sostenerse que corresponde castigar como cómplice de matrimonio ilegal al eclesiástico que realice un matrimonio religioso sin sujetarse a lo dispuesto en el artículo 110 de la ley de matrimonio? Creemos que no hay tal complicidad, puesto que no existe disposición legal expresa que así lo prescriba, y desde que, por otra parte, el sacerdote no usurpa atribuciones, sino que se limita a desempeñar un oficio de su culto. El artículo 19, inciso segundo, de la ley de reformas castiga al que "engañando a una persona, simulare matrimonio con ella", disposición que no es aplicable al caso. No puede decirse tampoco que el sacerdote haya servido para que otra persona cometa el engaño, porque en materia penal, como es sabido, no es posible hacer interpretaciones analógicas. Además, el artículo 13 del Código de Proce-

dimientos en lo Criminal dispone que en caso de duda corresponde absolver al acusado.

Todo indica, pues, que en el caso de referencia, no sería posible aplicar penalidad.

En cuanto a los jefes del Registro Civil, existen dos géneros de penalidades: una especial, la del artículo 107, que dispone: "Será castigado con prisión de uno a tres meses y con pérdida del oficio, el oficial público que casare a un menor sin el consentimiento de sus padres, tutores o curadores del judicial en su defecto, y con prisión de uno a dos años, y con multa de cien a quinientos pesos aquel que celebre un matrimonio, sabiendo que existe un impedimento que puede ser causa de la nulidad del acto"; y otra general (art. 108), según la cual "incurrirá en la multa de cien a quinientos pesos el oficial del Registro Civil que contravenga cualquiera de las otras disposiciones de la presente ley".





66. — Sociedad conyugal. Sistemas. — 67. — Antecedentes históricos. —
 68. — Derecho moderno. — 69. — Capitulaciones matrimoniales: objeto, forma del acto. — 70. — Donaciones matrimoniales. Caracteres.

66.—Sociedad conyugal.—Sistemas.

Bajo la designación de "sociedad conyugal", nuestro código considera todo lo relativo al regimen de los bienes entre los esposos.

En la doctrina, se presentan dos sistemas opuestos sobre la materia: o se deja amplia libertad a los contrayentes para que regulen su situación económica en la forma en que ellos crean conveniente, con lo cual el matrimonio y la sociedad conyugal quedan en la categoría de un simple contrato modificable a voluntad de las partes, o se considera que las relaciones matrimoniales entre los cónyuges, son materia de orden público, y entonces la convención adquiere el carácter de institución social regida exclusivamente por la ley.

67.—Antecedentes históricos.

El regimen de los bienes entre los esposos ha preocupado a los legisladores de todas las épocas.

En Roma, durante los primeros tiempos, la mujer, colocada bajo la *manus* del marido, estaba en una situación de absoluta dependencia respecto de éste, en las mismas condi-



ciones que una hija (*filia familias*). La personalidad del *pater familias* absorbía todo lo referente al régimen económico de la familia; todo lo que la mujer traía al matrimonio correspondía al marido, el cual tenía amplia libertad para enajenar. Más tarde, con el matrimonio *sine manus*, la mujer adquirió cierta personalidad propia.

La corrupción de las costumbres dió origen a un régimen dotal especial, porque sucedía que ante el repudio del marido, la mujer se encontraba completamente desamparada, puesto que sus bienes estaban en poder de aquél. Surgió entonces la dote, que es el conjunto de bienes que la mujer aportaba al matrimonio, bienes que el marido estaba obligado a devolverle en caso de repudio.

Posteriormente, para evitar que el marido dejara de cumplir con ese deber, enajenando de antemano los bienes de la mujer, los jurisconsultos establecieron que los bienes que ésta traía al matrimonio y que pasaban al marido eran inenajenables. Esos bienes sólo podían ser usufructuados; y producido el divorcio, aunque el marido los hubiera enajenado la mujer tenía una acción real para recuperarlos. Esta regla, establecida para los fundos itálicos, se hizo luego extensiva a los fundos provinciales.

Eran verdaderos privilegios extraordinarios.

El régimen pasó en cierta forma a la legislación foral de España, aunque con distinto carácter del que tenía en el derecho romano, puesto que siguió, en mucho el sistema de la comunidad de bienes, que es de origen germánico.

Los germanos no conocieron la separación de bienes ni el régimen dotal de la mujer. Entre los germanos, según autorizadas opiniones, el hombre y la mujer vivían en comunidad de bienes; "compañera en la paz y en la guerra, en la vida y en la muerte, participaba la mujer con un derecho propio en los bienes sociales" y la dote correspondía ser aportada por el hombre, puesto que no otra cosa significaba la *donatio matutina*, o costumbre de hacer una donación a la esposa después de la noche de bodas.



68.—*Derecho moderno.*

¿Cómo legisla el derecho moderno el régimen de los bienes entre los esposos?

Podemos decir que las legislaciones americanas, con excepción de los Estados Unidos, siguen un sistema opuesto al de las legislaciones europeas.

En Europa subsiste aún el régimen de la dote de la mujer, no sólo como un vestigio del derecho romano, sino como una imposición de las costumbres. En los países del Viejo Mundo lo dote es quizá uno de los elementos esenciales del matrimonio. Antes de realizarse una boda, padres y contrayentes se preocupan seriamente de la suma que va a aportar la mujer. Los antiguos jurisconsultos decían a este respecto que convenía que las mujeres tuvieran dote porque por ella se casaban los hombres: *"reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint"*.

De ahí que los regímenes matrimoniales permitan en Europa una separación restringida, sino absoluta, en cuanto a la administración de los bienes de los esposos. La legislación francesa, por ejemplo, que tiene por antecedentes el derecho romano y el derecho germano a la vez, ha amalgamado ambos sistemas, estableciendo cuatro regímenes: 1.º La comunidad de bienes; 2.º El régimen sin comunidad; 3.º La separación de bienes; y 4.º El régimen dotal. Queda librado a la voluntad de los contrayentes someterse a uno u otro de estos sistemas. A falta de convención especial, el régimen es el de la comunidad (art. 1.400) y sus detalles son regidos por la ley.

En el derecho latino americano, no hay aquella libertad: la ley impone el régimen de la comunidad.

"Aquellas leyes—ha dicho nuestro codificador—no han sido necesarias en la República, pues nunca se vieron contratos de matrimonio. Si estos contratos no aparecen necesarios y si su falta no hace menos felices los matrimonios, podemos conservar las costumbres del país, cuando por otra parte, las leyes no alcanzarían a variarlas, y quedarían éstas desusadas, como han quedado las que sobre la materia existen hasta ahora".

“La sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones e intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos, y para el derecho de terceros”.

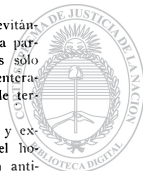
El papel de la mujer en nuestros hogares es puro y exclusivamente el de madre de familia, el de señora del hogar. “El hombre gana y la mujer conserva”, dice un antiguo proverbio. Con todo, el hombre que sabe cumplir con sus deberes no prescinde del consejo de la mujer cuando va a emprender un negocio. La mujer sabe mostrarse buena consejera; tiene un agudo espíritu de observación para discernir los peligros de una transacción entre las apariencias engañosas con que suelen presentarse los negocios. Ella, cuando es necesario, guía y aconseja al esposo.

La vida de todo hogar ordenado se desarrolla entre la libertad de acción del marido para administrar los intereses de la familia y la cooperación de la mujer, que emplea su actividad principalmente en todo lo que se refiere al ordenamiento, a la marcha de la casa y educación de los hijos. Sólo por rarísima excepción se encuentra en nuestro pueblo la mujer que derrocha y consume el patrimonio común, en unión con el esposo.

Si en el seno de la sociedad argentina la mujer llega algún día a adoptar actitudes de independencia conyugal, política y económica, que hoy por hoy chocan a nuestro modo de ser, entonces habrá llegado el momento de establecer en la ley el régimen de absoluta separación de bienes. Entretanto, la misión del legislador debe concretarse a desgastar poco a poco las aristas demasiado salientes que el andar del tiempo ha dejado a descubierto en la ley, que pueden tal vez retardar el progreso de las instituciones.

69.—*Capitulaciones matrimoniales: objeto, forma.*

Las convenciones o capitulaciones matrimoniales que el código permite, son un contrato que se celebra entre los que





van a realizar el matrimonio, al solo efecto de regular el régimen de los bienes en los límites que la ley autoriza. De ahí que no pueden versar sobre cualquier materia. La ley ha reducido a cuatro los objetos sobre los cuales pueden estipularse.

Según el artículo 1.217, "antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1.º La designación de los bienes que cada uno de los cónyuges lleva al matrimonio; 2.º La reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiriera después por título propio; 3.º Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa; 4.º Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejen por su fallecimiento".

Conviene hacer notar que el inciso 3.º habla exclusivamente de las donaciones del esposo a la esposa y no viceversa, porque el codificador ha estimado que la donación no tiene, por parte de la esposa que la hace, ni por parte del esposo que la recibe, un fin digno de ser amparado por las leyes. Desde que la mujer—dice—debe entregar al marido todos sus bienes, ¿qué fin honorable puede tener una donación de la esposa al esposo? Importaría sólo comprar un marido.

Respecto de la forma de estas convenciones, el código establece (art. 1.223) que si el valor de los bienes pasare de mil pesos o se constituyeren derechos sobre bienes raíces, ellas deberán hacerse en escritura pública. Se explica tal exigencia, desde que es un contrato que requiere certeza en cuanto a su fecha y a la verdad de lo que en él se establezca.

Agrega el código (art. 1.225) cuáles son las circunstancias que deben consignarse en la escritura, con el objeto de individualizar a los contrayentes. La "escritura pública del contrato de matrimonio debe expresar los nombres de las partes, los de los padres y madres de los contrayentes, la nacionalidad de los esposos, su religión (1) su edad, su domicilio y su actual residencia, el grado de parentesco, si lo hubiere, la firma de los padres o tutores de cada uno de los contrayentes, si fuesen menores, o la de un curador especial cuando los pa-

(1) Este requisito ha perdido toda importancia después de la sanción de la ley de matrimonio civil.



dres hubieren rehusado su consentimiento al matrimonio, y fuere suplido por el juez”.

Las disposiciones restantes del capítulo que estudiamos, podríamos agruparlas bajo la calificación de *prohibiciones*.

¿Qué es lo que no puede estipularse en las convenciones matrimoniales? Si el artículo 1.217 ha enumerado taxativamente todo lo que puede estipularse, la regla es que lo no enumerado está prohibido. No obstante, el código ha creído conveniente insistir en ello, disponiendo, en primer término (art. 1.218), que “toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor”; y agrega (art. 1.219), que “ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado”.

En virtud de este último artículo los esposos no pueden celebrar entre ellos ninguna clase de contrato; la mujer no puede vender, comprar, permutar, ni donar ningún bien al marido. Esta prohibición se funda en el hecho de ser el marido el administrador de la sociedad conyugal, y por consiguiente de todos los bienes que la componen y de los propios de la mujer, siendo ésta incapaz para los actos de la vida civil, para ejercer los cuales necesita de la autorización del marido, que es también su representante legal. Se comprende entonces que la mujer, a quien el marido tiene bajo su potestad, no pueda contratar con él, desde que faltaría la libertad que es la base de las convenciones. Si la ley no tuviera la mencionada prohibición, fácil le sería al marido celebrar contratos con su mujer en exclusivo interés propio.

El mismo artículo citado deroga en esta materia la regla según la cual lo que el contrato forma el distracto lo resuelve, y establece la irrevocabilidad de las convenciones matrimoniales, una vez realizado el matrimonio.

70.—*Donaciones matrimoniales. Caracteres.*

¿Cuáles son los caracteres de las donaciones permitidas?

En primer lugar, hemos dicho ya que éstas sólo pueden



hacerse en las convenciones matrimoniales de parte del esposo y a favor de la esposa.

En segundo término, esta donación no necesita ser aceptada (art. 1.235), a diferencia de toda otra donación que requiere aceptación de parte del donatario para que el acto quede perfecto. Las donaciones matrimoniales hacen excepción a este principio general, y se estiman aceptadas por el solo hecho de la firma de las capitulaciones.

En tercer lugar, estas donaciones son irrevocables (art. 1.240), salvo cuando hayan sido hechas con carácter de condicionales y la condición no se cumpliera, o si el matrimonio no llegara a celebrarse, o si fuese anulado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, salvo lo dispuesto sobre el matrimonio putativo.

Las donaciones *post mortem* presentan también el mismo carácter de irrevocables, no obstante que ellas tienen, hasta cierto punto, analogía con los actos de última voluntad. El divorcio y la nulidad del matrimonio permiten, sin embargo, la revocación (art. 1.236).

Como las capitulaciones matrimoniales son tan raras entre nosotros, a tal extremo que puede decirse que no han entrado en uso jamás, no nos detendremos mayormente en este punto, y pasaremos al estudio de la organización de la sociedad conyugal propiamente dicha.



CAPITULO XV

71.— Comienzo de la sociedad conyugal. — 72.— Formación de la sociedad: capital de los cónyuges y haber de la sociedad. — 73.— Capital de la mujer: bienes que lo constituyen. — 74.— Capital del marido. — 75.— Bienes gananciales.

71.—Comienzo de la sociedad.

Para la ley, comienza la sociedad conyugal el mismo día de la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes o después (art. 1.261).

La sociedad conyugal tiene un carácter *sui generis*, a causa de los elementos que la componen y en virtud del fin a que ella responde. Participa, en cierta forma, de los caracteres de las sociedades comunes; pero se distingue de éstas en que la voluntad de los asociados no es amplia: no es propiamente un contrato, como cualquiera otra sociedad. El punto de arranque es el acta de la celebración del matrimonio; y en vez de las cláusulas que se estipulan en los contratos comunes, se encuentran las prescripciones de la ley. Podemos, decir, pues, que la sociedad conyugal tiene por base el acta de matrimonio y por cláusulas las disposiciones del título *De la sociedad conyugal*.

El código establece, ante todo, como regla general para fijar las normas a que ha de someterse en su desarrollo, que se aplicarán las disposiciones del título mencionado y como supletorias las del título *De la sociedad* (art. 1.262).



Siendo, pues, una sociedad, aunque de carácter *sui generis*, su estudio hay que realizarlo de la misma manera que el de una sociedad cualquiera. Por consiguiente, tendremos que considerarla en el siguiente orden: *a)* formación de la sociedad conyugal; *b)* administración de los bienes de la sociedad conyugal; *c)* cargas u obligaciones de la sociedad; *d)* disolución de la sociedad y partición de los bienes. Así ordenada la materia, se hace más fácil su comprensión, ya que el capítulo correspondiente del código es muy extenso y muchas de sus disposiciones están consignadas tan sólo a manera de ejemplo.

72.—*Formación de la sociedad conyugal.*

¿Cuál es el sistema que ha adoptado nuestro código al legislar sobre la formación de la sociedad conyugal?

Existen en la doctrina dos sistemas opuestos: el de la separación absoluta de los aportes y el de la comunidad, también absoluta, de todo lo que los cónyuges posean en el momento del matrimonio.

Nuestro código se ha apartado de estos dos criterios extremos y ha establecido un sistema que podría llamarse de *armonía de los intereses* sociales e individuales. El código respeta los aportes individuales y al mismo tiempo establece la unidad necesaria de esos dos aportes, para crear lo que podríamos denominar el *fondo común* de la familia.

Esta solución se basa en la naturaleza especial que tenía nuestra familia en la época en que se redactó el Código Civil y cuenta en su favor con los antecedentes del derecho de Castilla, en el cual también se conocía la comunidad. Es notorio que nuestra familia ha estado organizada de tal manera, que existía una vinculación sólida y sumamente afectiva entre los esposos. La familia argentina se ha caracterizado por la unión de los cónyuges, basada en el amor, la confianza y el respeto mutuos, principios que tenían que traducirse en el régimen de los intereses materiales.

Se explica así que cuando llegara el momento de fijar en la ley los preceptos a que debía someterse la sociedad conyugal, el codificador consignara el principio de la comunidad de



los bienes que fueran fruto del esfuerzo común, bajo la administración del marido.

El estudio de este punto puede dividirse en dos partes, que comprenden la gestión de los bienes comunes y la garantía del ejercicio de esa gestión.

La gestión o administración corresponde al marido, que es el elemento que en el matrimonio representa la fuerza y la acción. Pero la ley, al mismo tiempo que confiere al hombre esta misión, para evitar fraudes posibles acuerda a la mujer una acción de garantía. De manera que el código organiza la administración de los bienes de la sociedad conyugal en esta forma: al marido le confiere un derecho de amplia gestión; a la mujer, en determinados casos, acciones de garantía.

Veamos, previamente, cómo se forma la sociedad. En ésta entran tres factores: 1.º Lo que llamaremos el capital de la mujer; 2.º El capital del marido; y 3.º Los gananciales. En las sociedades comunes, también se especifica el capital de cada uno de los socios y la forma de dividir las ganancias que han de resultar. En la sociedad conyugal el capital de la mujer, el capital del marido y los gananciales son determinados exclusivamente por la ley. La voluntad de los contrayentes no interviene para nada en la determinación de esos tres elementos: es la ley la que especifica cuáles son los bienes que constituyen el capital de la mujer, el capital del marido y los gananciales. Ninguno de los contrayentes puede establecer que lo que es capital de la mujer sea capital del marido o viceversa. La organización económica de la familia es materia de orden público, que sólo a la ley corresponde reglamentar.

73.—Capital de la mujer: bienes que lo constituyen.

El capital de la mujer está constituido:

- a) Por los bienes propios existentes al contraer matrimonio;
- b) Por los que adquiriera después por herencia, legado o donación;
- c) Por los comprados con dinero de ella, observándose lo dispuesto en el artículo 1.246;



- d) Por los permutados;
- e) Por aquéllos cuya causa de adquisición es anterior al matrimonio.
- a) Respecto de los del primer grupo, la mujer puede hacerlos tasar, pero esa tasación no le priva de su dominio (art. 1.251). ¿Qué objeto tiene esta medida?

En el antiguo derecho, la estimación de los bienes hacia que éstos pasaran al dominio del marido, y la mujer sólo tenía una acción personal por su valor. Era lo que se llamaba la *dote estimada*. Entre nosotros no ocurre esto, desde que expresamente el artículo 1.251 dispone lo contrario.

¿Qué objeto tiene, entonces, la tasación? A ello responde el artículo 1.254: "El marido es deudor a la mujer del valor de todos los bienes que a la disolución de la sociedad no se hallen invertidos en bienes raíces escriturados para la mujer, en rentas nacionales o provinciales, o en los depósitos públicos inscriptos a nombre de ella". La tasación tiene, pues, por objeto regular la situación de la mujer con relación a la sociedad conyugal y al marido. En el momento de la disolución de ésta, el marido debe devolver a la mujer el importe de los bienes muebles recibidos de ella, bienes cuyo valor sería de difícil apreciación si no constara su avalúo en escritura pública.

Sin embargo, no se acostumbra entre nosotros realizar tales tasaciones; y no creemos que sean suficientes las que a veces resultan de otra manera fehaciente, aunque para otros fines, tales como las adjudicaciones en las hijuelas, aunque deben considerarse como un antecedente importante que puede servir de elemento de apreciación cuando no media mucho tiempo entre la fecha de la hijuela y la constitución del matrimonio, para determinar el valor real de los bienes aportados.

b) En segundo término hemos agrupado los bienes que la mujer adquiera por herencia, legado o donación (art. 1.243). Estos bienes, así adquiridos, son exclusivamente de ella, y su determinación no presenta dificultad alguna, porque deben constar en actuaciones judiciales o en escrituras públicas, cuando se trate de donaciones.

c) En tercer lugar, forman el capital de la mujer los bienes comprados con dinero de ella, pero debe observarse lo dispuesto en el artículo 1.246, que dispone: "Los bienes raíces que



se compraren con dinero de la mujer son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer”.

Este artículo, que del título *De la Sociedad Conyugal* es el que más aplicación tiene en la práctica, es también el más controvertido.

Sucede que ciertos matrimonios, ante la posibilidad de que el marido llegue a encontrarse en una situación difícil, acostumbran poner los bienes a nombre de la mujer, con el propósito de que los acreedores no puedan embargarlos. El procedimiento no es eficaz sino en el caso de que la compra reúna las condiciones del citado artículo 1.246, a saber: 1.º, Que la compra la haga el marido con manifestación de que la realiza para su mujer; 2.º, que la haga con consentimiento de la mujer, porque es ésta la que va a adquirir el dominio, y nadie puede adquirir un dominio sin que exprese su voluntad, ni aun el marido para la mujer, aun cuando tenga su representación legal; 3.º, que la compra se haga con dinero de la mujer, porque, de otra manera, o sería hecha con los bienes del marido o con los gananciales, y estarían sujetos los bienes a ejecución y embargo; y 4.º, que en la escritura se indique la forma cómo la mujer adquirió, el dinero, pues no basta que ella manifieste ante el escribano que el dinero le pertenece, sino que es necesario que indique la procedencia, única manera de evitar que el marido y la mujer, en convivencia, defrauden a terceros.

¿Es necesario que la escritura contenga precisamente esas indicaciones o pueden ellas ser suplidas por la prueba posterior? En otros términos: cuando el marido ha manifestado ante el escribano que adquiere una propiedad para su mujer con dinero que a ella le pertenece, sin especificar en virtud de qué título, y luego, al ser embargado el bien por un acreedor, ¿puede la mujer decir que éste no está autorizado a proseguir la ejecución porque el bien le pertenece exclusivamente, en razón de haberlo comprado con su dinero, ofreciendo, por ejemplo, dar la prueba supletoria de que el mismo día que adquirió la propiedad ella giró contra tal Banco un cheque por igual suma que la que consta en la escritura?

Los autores nacionales discrepan en la solución. Dicen



unos que aunque la ley establezca que debe consignarse en la escritura cómo el dinero pertenece a la mujer, si ésta puede dar la prueba de que efectivamente es así, no es posible perjudicarla privándola de un bien que le pertenece.

Otros opinan lo contrario.

La solución la encontraremos examinando el fin a que obedece la ley. A ese efecto es necesario distinguir según se trate de terceros, del marido o de la sociedad conyugal.

Con relación a terceros, es indispensable que estén taxativamente consignados en la escritura todos los requisitos del artículo 1.246. Así lo ha establecido la Suprema Corte. Si en la escritura no se han llenado las condiciones que exige ese artículo, es inútil, con relación a terceros, que se pretenda dar prueba supletoria. La ley quiere impedir el acuerdo del marido y de la mujer para burlar a los acreedores, y la única forma de evitarlo está en la observación de las reglas del artículo 1.246.

Con relación al marido y a la sociedad conyugal, la cuestión es distinta. La confesión del marido es suficiente, y tiene por resultado que el inmueble se reconozca como de propiedad exclusiva de la mujer, aun cuando la adquisición no reúna todos los requisitos del art. 1.246.

Este mismo artículo da lugar a otra cuestión que hay que examinar. No basta llenar las formalidades del artículo 1.246 para que el bien pertenezca exclusivamente a la mujer; en todos los casos en que el tercero lo exija, deberá acreditarse que las manifestaciones de la escritura son verdaderas. Será necesario presentar, por ejemplo, la hijuela que acredita que la mujer recibió efectivamente una herencia que le permitía adquirir un bien de la naturaleza del que aparece comprado.

d) En cuarto lugar, forman parte del capital de la mujer los bienes que ésta adquiera por permuta (artículos 1.247 y 1.266).

La permuta no implica en realidad una novación sobre la causa originaria de la adquisición. Es simplemente un cambio de las cosas.

Además de la permuta, el código agrega algunos otros bienes: "Los que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges—dice el artículo 1.266—o el inmueble



que se compre con dinero de alguno de ellos, y los aumentos materiales que acrecen o cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación u otra cualquier causa, pertenecen al cónyuge permutante, o de quiera era el dinero, o a quien correspondía la especie principal".

Todos los bienes a que se refiere este artículo obedecen siempre a la misma idea: es de uno de los cónyuges todo aquello que accede a una cosa que era o es suya.

Pero el artículo presenta una dificultad. Establece que son *bienes propios* "los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, etc.", en tanto que el artículo 1.272 dispone que: "*son gananciales* los bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado, como también los siguientes: . . . *Las mejoras que durante el matrimonio hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno de los cónyuges*".

La contradicción no es, sin embargo, irreducible. Supongamos que se trata de un terreno de propiedad de la mujer, y que el marido, con dinero de la sociedad conyugal, ha levantado en él un edificio. ¿Puede decirse que el terreno es propio y la construcción ganancial?

No; ambos son capital propio de la mujer; pero ésta se hallará obligada a pagar a la sociedad conyugal el importe de la mejora. En esta forma se concilian todos los intereses y no se llega al extremo de querer separar el edificio del terreno, cosa que no es admisible en derecho y que atentaría contra el interés público, puesto que los edificios, en cierta manera, vienen a formar parte de la riqueza nacional, desde que contribuyen al desarrollo y embellecimiento de las ciudades. La mujer será la propietaria: gozará del terreno y edificio; pero como éste fué construido con dinero de la sociedad, el día en que ésta se liquide, deducirá su valor y lo hará ingresar en el haber social.

Esta es la solución a que ha arribado la jurisprudencia.

c) En quinto lugar, pertenecen al capital de la mujer aquellos bienes cuya causa de adquisición es anterior al ma-



trimonio. El código enumera a manera de ejemplo (arts. 1.267 a 1.270), distintos casos que obedecen todos al mismo principio, es decir, que pertenecen exclusivamente a la mujer todos los bienes que adquiere durante el matrimonio por una causa anterior a su constitución.

Dice el artículo 1.267: "La cosa adquirida durante la sociedad no pertenece a ella, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges". Agrega el artículo 1.268: "Tampoco le pertenecen los bienes que antes de la sociedad poseía alguno de los cónyuges por un título vicioso, pero cuyo vicio se hubiese purgado durante la sociedad, por cualquier remedio legal". Y el artículo 1.269: "Ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por nulidad o resolución de un contrato o por haberse revocado una donación". Podría añadirse también el artículo 1.274, que distingue las donaciones según sean hechas en virtud de servicios prestados antes o después de la constitución de la sociedad conyugal.

Como se ve, la disposición de carácter general es la del artículo 1.267; las restantes no son más que casos particulares comprendidos en aquella.

71.—Capital del marido.

El capital del marido está formado por las mismas especies de bienes que el capital de la mujer: *a)*, aquellos que era propietario al momento de contraer matrimonio; *b)*, los que adquiriera después por herencia, legado o donación; *c)*, los que adquiriera con dinero propio; *d)*, los que adquiriera por permuta; y *e)*, todos los que provengan de una causa de adquisición anterior al matrimonio.

Rigen, pues, para el capital del marido los mismos principios que para el capital de la mujer, con excepción de los consignados en el artículo 1.246, pues con relación a los terceros el marido obliga sus bienes propios, igual que los de la sociedad conyugal, y con relación a la mujer y a la sociedad, puede dar la prueba posterior para reclamarlos como propios



75.—*Bienes gananciales.*

Veamos cómo organiza la ley los bienes gananciales.

a) Desde luego, la sociedad conyugal tiene los caracteres de una verdadera sociedad y, por consiguiente, serán gananciales, en primer término, los *beneficios* que produzca el capital de ambos cónyuges, es decir, los frutos de los bienes dotales de la mujer y de los propios del marido. Así, los arrendamientos de campos, los alquileres de casas, los intereses de títulos, del dinero prestado, etc., todo eso pertenece a la sociedad conyugal y no a cada uno de los cónyuges. Si el arrendamiento que produce tal inmueble de propiedad de uno de los cónyuges hubiera de corresponder exclusivamente a éste, desaparecería la unidad del matrimonio, creada con el propósito de producir un resultado común.

Pertenece, pues, ante todo, a la sociedad conyugal como gananciales, los frutos de los bienes de los esposos, sean cuales fueren, y también los productos de las minas de propiedad de uno de los cónyuges, como lo establece el Código de Minería (art. 344 C. M.).

b) Son también gananciales las *mejoras* que se introduzcan durante el matrimonio en los bienes propios de cada uno de los cónyuges, entendiéndose por mejora cualquier clase de provecho o ventaja que para ellos se obtenga.

La mejora es ganancial, no en especie, sino como deuda de uno de los capitalistas con relación a la sociedad. Así, por ejemplo, si se levanta un edificio en un terreno de uno de los cónyuges, el bien ganancial está constituido por el valor del edificio y no por el edificio mismo. El edificio pertenece al esposo propietario de la especie principal; pero éste, cuando se disuelve la sociedad conyugal, deberá pagar a ella su valor. Con esta interpretación es posible, como hemos visto, conciliar dos artículos que parecen contradictorios a primera vista: el artículo 1.266 y el artículo 1.272 en la parte relativa a las mejoras.

Se ha preguntado si debe considerarse como mejora el mayor valor que los bienes raíces suelen adquirir por el transcurso del tiempo. La mujer compra un campo con dinero pro-



pio, observando las prescripciones del artículo 1.246, y al poco tiempo el campo es cruzado con una línea férrea, lo que hace que cuadruple de valor: en la época de la disolución de la sociedad conyugal, este mayor valor ¿debe ser considerado como una mejora que pertenece a la sociedad y no al cónyuge que adquirió el bien? La contestación es negativa, porque el beneficio ha sido aleatorio; ha dependido de circunstancias imprevistas y no ha exigido ninguna contraprestación. El mayor valor, en este caso, depende de la situación económica del país; tan pronto puede obtenerse, como puede desaparecer y hasta transformarse, por el contrario, en una pérdida.

c) También forman parte de los bienes gananciales *los frutos de la profesión, trabajo o industria* de ambos cónyuges o de cada uno de ellos.

Si la sociedad conyugal se ha constituido con el objeto de aunar fuerzas económicas, lógico es que todo lo que sea fruto del trabajo personal de sus componentes entre a acrecer el haber común.

d) Los adquiridos por *hechos fortuitos*, como lotería, juego, apuestas, etc.

e) Los bienes adquiridos durante el matrimonio por *compra u otro título oneroso*, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges.

La ley presume que toda adquisición hecha después de la celebración del matrimonio es bien ganancial, si del título exhibido no resulta que fué hecha exclusivamente por uno solo de los cónyuges. Hemos visto ya cuáles son las condiciones requeridas para que la mujer pueda adquirir un bien exclusivamente para sí, y si éstas no se observan, el bien será ganancial.



- 76.— Administración de la sociedad conyugal. — 77.— Por el marido.
— 78.— Por la mujer. — 79.— Por un tercero. — 80.— Cargas
de la sociedad. — 81.— Obligaciones contraídas por el marido o
la mujer.

76.—Administración de la sociedad conyugal.

La administración de la sociedad conyugal puede ser desempeñada: *a)* por el marido; *b)* por la mujer; y *c)* por un extraño.

La ley confiere al marido la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal porque él es el que representa la fuerza y la acción en el matrimonio. Sólo por excepción la administración corresponde a la mujer, y, en defecto de ésta, a un extraño.

La administración de los bienes de la sociedad conyugal no participa de los caracteres generales de las administraciones comunes. En tesis general, el administrador es un simple mandatario, sujeto a todas las responsabilidades inherentes al mandato. Así, el administrador no puede hacer lo que le parezca bien; tiene, por el contrario, que ceñirse a las instrucciones del mandante. Además, al finalizar el mandato, o cuando así lo exija el mandante, el administrador debe rendir cuentas de su gestión.

La administración del marido no está sometida a estas reglas. El marido obra *motu proprio* y puede hacer todo lo que



crea oportuno. Sus actos sólo pueden ser atacados por la mujer cuando hay en ellos un propósito delictuoso. El marido tiene amplia libertad para administrar, aunque sus actos redunden en perjuicio de la sociedad conyugal, y no es responsable hacia ésta, salvo cuando esos actos tienen un carácter fraudulento. Por otra parte, el marido no está tampoco obligado a rendir cuentas de su gestión a la mujer.

De manera que esta es una administración *sui generis*, con caracteres amplios, aunque reglamentada por la ley en forma tal, que la mujer tiene siempre garantías suficientes para evitar la comisión de hechos delictuosos que la perjudiquen.

77.—*Por el marido.*

En la administración del marido pueden presentarse cuatro situaciones distintas que considerar:

1.º El marido y la mujer son menores de edad.

¿Tendrá en este caso el marido amplias facultades en la administración de la sociedad conyugal? No; ambos cónyuges en este caso son menores emancipados (artículo 131 C. C.). El matrimonio les ha dado cierta libertad, pues ninguno de ellos está sujeto a la potestad de los padres respectivos; pero esa libertad no es completa y amplia como la que acuerda la mayor edad. Los menores emancipados por el matrimonio están sujetos a determinadas limitaciones (arts. 134 y 135 C. C.). Siendo menores de edad ambos cónyuges, el matrimonio queda sujeto a la tutela judicial en las relaciones económicas. El juez autorizará las enajenaciones de bienes o los actos que hayan de gravitar sobre ellos sólo cuando esté persuadido de que la operación es de positiva conveniencia para la sociedad conyugal.

2.º El marido es menor de edad y la mujer es mayor.

Una mujer mayor de edad y, por consiguiente, perfectamente capaz, se casa con un joven que no ha cumplido aún veintidós años, e inmediatamente ella sufre un *capitis deminutio* por mandato de la ley, puesto que se coloca bajo el poder del marido. ¿Podrá entonces el marido, menor de edad, autorizar a la mujer a vender sus bienes propios, etc.? Es una cuestión debatida entre nosotros.



La ley establece que la mujer casada necesita de la autorización del marido para ejercer cualquier acto de disposición de sus bienes propios (art. 1.252). Machado, fundándose en que el artículo habla simplemente de la autorización *del marido*, sin especificar si éste es mayor o menor de edad, opina que el menor está facultado para dar la autorización, puesto que no es posible distinguir en dónde la ley no distinga. Segovia y Llerena, por el contrario, piensan que ese artículo debe ser interpretado en el sentido de que únicamente el marido mayor de edad puede dar la autorización de que se trata, porque de otro modo se llegaría al absurdo de que un incapaz autorizara un acto de una persona capaz. ¿Cuál es de estas dos interpretaciones, la que más se ajusta a los principios jurídicos?

La verdad es que no es posible hacer una interpretación exclusivamente a través de las disposiciones del artículo aludido. Es necesario considerar todo el sistema del código; y de éste se desprende que, siempre que uno de los cónyuges sea menor de edad, todo lo referente al orden económico del matrimonio debe estar colocado bajo la vigilancia del juez. Más aún: hemos visto que hasta en el caso de que la sociedad conyugal haya sido disuelta por divorcio y separación de bienes, la mujer mayor de edad necesita autorización judicial para enajenar sus bienes raíces o constituir sobre ellos derechos reales. La ley quiere, pues, que la justicia ejercite una especie de tutela sobre todo matrimonio cuya constitución y desarrollo no se ajuste estrictamente a un orden que podríamos llamar perfecto; es decir, siempre que ambos cónyuges no sean mayores de edad o que no reine completa armonía entre ellos.

Por consiguiente, en el caso supuesto creemos que para enajenar sus bienes propios la mujer necesita autorización judicial.

3.º El marido es mayor de edad y la mujer es menor.

Parecería que en este caso el marido habría de tener amplias facultades. Así ocurre, en efecto, en cuanto se refiere a los bienes de la sociedad conyugal; pero, en lo que respecta a los bienes propios de la mujer, existen limitaciones importantes. El código establece que toda suma que la mujer reciba por herencia, donación o como saldo de la rendición de



cuentas del tutor, no debe ser entregada al marido sino depositada en los Bancos públicos a nombre de la mujer. El marido sólo puede retirar las rentas o intereses. Es una limitación muy absoluta, garantizada con una fuerte sanción: si a pesar de la prohibición de la ley, el obligado entrega al marido el dinero de la mujer, se considerará mal hecho el pago y el deudor continúa obligado hacia ella como antes (art. 1.244).

El artículo 1.240 limita también las facultades del marido como administrador cuando la mujer es menor de edad, pues establece que "necesita la autorización judicial para sacar de los depósitos públicos los dineros de la mujer, para enajenar las rentas inscriptas a su nombre en la deuda pública nacional o provincial, para cambiar los bienes raíces de ella o constituir sobre ellos derechos reales". Y el artículo 1.250 agrega: "El juez sólo podrá autorizarlo en caso de necesidad o conveniencia manifiesta para la mujer".

Ocurre con frecuencia entre nosotros que al solicitar una persona un descuento, el acreedor, desconfiando de la solvencia del marido, exige que en el compromiso que aquél pública figure la firma de su esposa, porque sabe que ésta tiene bienes propios suficientes con qué responder. Se pregunta: siendo el marido mayor de edad y la mujer menor ¿es válido ese acto? Y en caso de que no sea válido ¿cuál es la acción que corresponde?

Evidentemente, es nula la obligación contraída en esa forma por la mujer. Y no puede sostenerse que se esté engañando a los terceros, haciendo creer que con el patrimonio de la mujer se pagará el préstamo, porque los interesados tienen el deber de ser diligentes en la gestión de sus negocios y averiguar si el fiador es capaz para contraer obligaciones, caso en que no se encuentra la mujer menor edad.

La única acción que puede tener el tercero es la acción *in rem verso*, si mediante la obligación la mujer ha obtenido en sus bienes un beneficio.

Se ha dicho entre nosotros que cuando hay dolo de parte de la mujer o del marido, los cónyuges no pueden invocar las prescripciones de la ley, puesto que ésta nunca puede favorecer la mala fe; pero se ha contestado con una observación muy exacta: si, bajo pretexto de que hay dolo en la ocultación de lo



incapacidad de la mujer, se autorizaran las acciones sobre los bienes de ésta, sucedería que siempre el marido y la misma mujer ocultarian la incapacidad, para hacer válido el acto y burlar los fundamentos de la ley.

4.º Ambos cónyuges son mayores de edad.

En este caso el marido tiene amplia libertad de su administración. Pero hay que distinguir ciertas modalidades, según se trate del capital propio de la mujer, del capital propio del marido o de los gananciales.

El marido administra el capital propio de la mujer; pero, para enajenar los bienes inmuebles de ella necesita su conformidad. Si los vende sin ella, la mujer tiene una acción reivindicatoria contra el tercero para recuperar el inmueble y hacer que nuevamente vuelva a formar parte de su capital; todo sin perjuicio de la responsabilidad del marido.

No sucede lo mismo con los muebles. Si son bienes dotalés de la mujer, el marido puede enajenarlos y la enajenación es válida con relación a terceros. Cuando llegue el momento de la liquidación de la sociedad será el caso de aumentar el haber de uno de los cónyuges y disminuir el del otro. En cuanto a los arrendamientos, el marido no puede contratar sobre los predios rústicos de la mujer por más de ocho años y cinco en los urbanos (art. 1.278).

Con relación a sus bienes propios, el marido puede hacer lo que considere conveniente: venderlos, donarlos, etc. La mujer no puede impedir en forma alguna que el marido realice respecto de éstos todos los actos jurídicos de que sean susceptibles.

Mayor importancia tiene la administración en lo referente a los bienes gananciales, que son, en la mayoría de los casos, los únicos que forman el verdadero patrimonio de la familia.

Este patrimonio ganancial obtenido mediante el esfuerzo común de los esposos, ¿por quién es administrado y cómo puede ser enajenado?

Hemos dicho ya que lo administra el marido con amplias facultades y sin limitación, salvo el caso de que obre en fraude de la mujer, pero el fraude requiere toda la prueba de la connivencia dolosa. Como esta prueba es difícil de producir.



sucede en la práctica que el marido hace y deshace a voluntad.

¿Podrá el marido hacer donaciones? Se comprende que el marido venda, porque la venta exige una contraprestación, y nadie vende en la generalidad de los casos sino por el justo precio. Si el marido hiciera una venta a precio irrisorio, sería un verdadero fraude. Pero las donaciones no suponen contraprestación. ¿Cómo soluciona el código la cuestión? El código dice que puede hacer donaciones, sujetándose a lo dispuesto en el título *De las donaciones* (art. 1.277). Y nosotros agregaremos que además deberá sujetarse a lo que se prescribe sobre las sucesiones, porque mientras existe la sociedad conyugal, la mujer es incapaz de accionar, y no sería propio que estuviera a cada instante pleiteando con el marido. Así, a la muerte del marido y al disolverse la sociedad conyugal se comienzan a analizar estas donaciones; se averigua si el marido ha podido donar los bienes de la sociedad conyugal con relación a la masa hereditaria y se toman en cuenta una serie de cuotas que la ley establece según sean los herederos que concurren a la herencia. Si hay hijos, el marido ha podido donar hasta la quinta parte; si no hay hijos, sino padres, el marido ha podido donar hasta un tercio; si no hay hijos ni padres, el marido ha podido donar hasta la mitad. A esta operación se la llama *reducir las donaciones*.

Por consiguiente, si el marido ha hecho una donación que insuma todo el haber de la sociedad conyugal y existen hijos legítimos, la mujer puede, al fallecimiento de aquél, exigir del donatario que devuelva los cuatro quintos, puesto que el marido sólo ha estado facultado para donar un quinto.

La cuestión es sencilla cuando la cosa donada está aun en poder del donatario, pues se demanda a éste, se embarga la cosa, se vende y se hace la división correspondiente. No ocurre lo mismo cuando la cosa donada ha pasado a manos de terceros, que han ido trasmitiéndose sucesivamente el bien, hasta que después de muchos años, al fallecimiento del donante, se presenta la esposa exigiendo la reducción. La esposa puede dirigirse contra el donatario originario; pero bien puede suceder que éste sea insolvente; ¿podrá la mujer en tal caso ejercitar una acción reivindicatoria del inmueble?



En este punto suscita en nuestro derecho una grave dificultad, que depende de la manera cómo se encare la cuestión de la formación de las legítimas, cuestión que corresponde ser tratada en el derecho sucesorio.

En la formación de las legítimas nuestra ley sigue dos sistemas contradictorios. Según uno de ellos, tomado de García Goyena, la masa hereditaria, para determinar la legítima, se forma con el *valor* de los bienes, y entonces no puede hablarse sino de acciones personales. Según el otro sistema, el del derecho francés, la masa hereditaria no se forma con valores sino con los *bienes*. Por consiguiente, la acción que corresponde es una acción real.

Ambos sistemas están en nuestro código, el de los valores cuando regula la legítima (art. 3.602) y el de los bienes cuando establece la prescripción de la acción de reducción.

En efecto, el artículo 3.955 dice: “La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante”.

Las dos Cámaras de Apelaciones de la capital, reunidas en acuerdo extraordinario, han sentado recientemente jurisprudencia, estableciendo, por cinco votos contra cuatro, que la acción es real cuando la donación es hecha a un tercero, y personal cuando es hecha a uno de los herederos forzosos que concurren a la herencia.

Y esto da como resultado práctico que todo título de propiedad que tenga como antecedente una donación a tercero, es un título con el cual nadie encuentra comprador ni quien dé dinero en hipoteca sobre el inmueble, para no quedar en la situación absolutamente precaria del tercer adquirente sometido a una acción real.

Respecto de la administración amplia que la ley acuerda al marido en los bienes de la sociedad conyugal, se suscitan en la práctica algunas dificultades con los matrimonios cuya vida se desenvuelve fuera del orden común y normal, como por ejemplo, cuando están los cónyuges separados de hecho. ¿Continúa el marido como administrador de los bienes de la



mujer? Es decir, ¿está autorizado el marido para enajenar los bienes muebles adquiridos por ella durante la separación? ¿Puede percibir los dineros que a nombre de ella se encuentren en los Bancos?

No ha mucho, se ha producido en nuestros tribunales un caso curioso. Se trataba de dos esposos que vivían separados desde hacía muchos años. Después de la separación, la mujer había abierto un taller de planchado, con el cual costeara sus gastos; y, centavo sobre centavo, había logrado reunir la cantidad de 15.000 pesos que tenía depositada en un Banco. Cierta día le comunicaron del Banco que allí se había presentado un individuo que titulándose su esposo, reclamaba el depósito existente a nombre de ella. El Banco pedía que la mujer se presentara a dar su conformidad o manifestar lo que considerara conveniente. La mujer se negó a autorizar la entrega del dinero, sosteniendo que era exclusivamente suyo, y el Banco se abstuvo de entregarlo. El marido no cedió en sus propósitos de obtener el dinero, y se presentó a los tribunales, justificando su matrimonio y sosteniendo que los 15.000 pesos eran bienes gananciales por haber sido adquiridos después del matrimonio por otro título que no era herencia, legado o donación. En consecuencia, pedía le fuera entregado el dinero, desde que no había disolución de la sociedad conyugal.

Si el juez se hubiera ceñido estrictamente a la letra de la ley, que establece que el marido es el administrador legal de todos los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal, habría tenido que fallar de acuerdo con lo solicitado por el marido. Sin embargo, dictó una resolución moralizadora, rechazando la demanda. No es posible interpretar la ley en forma escueta y literal, sin tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, bajo pena de caer en el absurdo y en la inmoralidad. La ley da reglas generales para los hechos normales y no para los extraordinarios, porque son sólo aquéllos los que el legislador ha podido tener en vista al sancionarla. El juez tiene los más amplios poderes de interpretación para llegar siempre al fin social a que corresponda la ley.

El fallo de primera instancia no fué apelado; y es de lamentarlo, porque hubiera dado lugar a que el tribunal superior se pronunciara sentando jurisprudencia en materia de tanta importancia.



78.—*Por la mujer.*

¿Cuáles son los casos en que corresponde a la mujer la administración de los bienes de la sociedad conyugal?

1.º Cuando el marido se encuentra ausente o impedido accidentalmente.

Si es necesario en tal caso tomar una disposición inmediata sobre los bienes, la mujer se presenta ante el juez, prueba el hecho de la ausencia accidental de su marido y, obtenida la autorización para obrar como administradora, tiene los mismos derechos que el marido y obliga a la sociedad conyugal y los bienes propios del marido (art. 1.282).

2.º Cuando es nombrada curadora del marido.

En este caso, la mujer ocupa el lugar que el marido tenía en el régimen de la familia y tiene facultades de amplia administración, salvo respecto de ciertos actos.

Efectivamente, el artículo 1.285 establece: “No podrá, sin autorización especial del juez, enajenar los bienes raíces del marido, de ella, y los adquiridos durante el matrimonio, ni aceptar sin beneficio de inventario una herencia deferida a su marido. Todo acto en contravención a estas restricciones, la hará responsable con sus bienes, de la misma manera que el marido lo sería con los suyos, cuando abusase de sus facultades administrativas”.

De manera, que en cuanto a la enajenación de inmuebles, la mujer casada permanece siempre en la incapacidad con que la encontramos en nuestro derecho.

Lo curioso es la sanción que establece la segunda parte del referido artículo 1.285, al disponer que si la mujer enajena bienes raíces de su propiedad sin la autorización judicial que exige el artículo, responde con sus bienes propios, con lo que indirectamente se sanciona siempre la enajenación.

En verdad, cuando la mujer está encargada de la administración de la sociedad conyugal por ser curadora del marido, no debiera tener cortapisa alguna para enajenar sus bienes propios, porque en realidad está colocada en la misma situación en que se hallaba antes del matrimonio si era mayor de edad, es decir, tiene plena capacidad jurídica, y además en ese



caso, no sólo administra sus bienes propios sino también los del marido.

En cuanto a los demás actos no prohibidos por el artículo 1.285, la mujer tiene como administradora las mismas facultades y responsabilidades que el marido y obliga a la sociedad conyugal (arts. 1.284, 1.286 y 1.287).

Cuando cesan las causas que atribuyen a la mujer la administración de los bienes de la sociedad conyugal, el marido recobra sus facultades administrativas (art. 1.288). Esto demuestra que las funciones de la mujer como administradora, son meramente de excepción.

3.º La ausencia del marido con presunción de fallecimiento y la privación de la administración que entraña la pena de presidio (art. 63 del Código Penal), son otros casos en que la administración se transfiere a la mujer y que hay que equipararlos al anterior.

79.—Por un tercero.

La designación de un tercero como administrador, se produce en caso de incapacidad o excusa de la mujer para aceptar la curatela del marido.

En el artículo 1.289, que trata de este punto, se ha deslizado un error de imprenta que ha suscitado dificultades.

La primera edición oficial del Código, hecha en Nueva York, trae el siguiente texto: "Artículo 1.289. Si por incapacidad o excusa de la mujer se encargase a otra persona de la curaduría del marido o de los bienes propios, el curador tendrá la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal, con las obligaciones y responsabilidades impuestas al marido". La segunda edición oficial del Código, hecha en Buenos Aires en la imprenta "La Pampa", contiene un error de caja, consistente en la supresión de las palabras "el curador tendrá la administración de todos los bienes", lo que ha motivado de parte de Machado una adición de palabras que no tiene razón de ser, desde que la edición de Nueva York, que no ha podido ser modificada por la segunda edición, trae el texto correcto.

Si la mujer no quiere someter a esa administración los bienes de la sociedad, está autorizada para pedir separación de bienes (art. 1.290).



80.—Cargas de la sociedad.

Las cargas a que está sujeto el patrimonio de la sociedad conyugal, se refieren: a) a las personas; b) a los bienes.

a) Las cargas relativas a las personas pueden clasificarse en la siguiente forma:

1.º Manutención de los esposos y de sus hijos legítimos, aun de aquellos que provengan de un matrimonio precedente.

2.º Alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes (art. 1.285, inciso 1.º).

Conviene hacer notar que sólo comprende la ley en esta obligación a los ascendientes y no a los hermanos, puesto que a éstos no los enumera. Los hermanos de uno de los cónyuges, podrán solamente exigir una contribución de parte de los bienes propios de ese cónyuge, pero no así de los bienes de la sociedad conyugal.

El código restringe, pues, el concepto de la familia en esta parte, que por lo general comprende a los padres, hijos y hermanos, reduciéndolo a los esposos, ascendientes y descendientes.

3.º Lo que se gastase en la educación de los hijos (art. 1.275, inciso 4.º).

b) En lo relativo a los bienes, existen las siguientes cargas:

1.º Los gastos causados por la reparación y conservación en buen estado de los bienes propios del marido o de la mujer (art. 1.275, inciso 2.º).

Todo el patrimonio de la sociedad conyugal está afectado a la conservación de los capitales que originariamente lo han formado. Desde que el patrimonio se ha llegado a constituir por las rentas de los bienes propios de los esposos, está obligado a soportar las cargas de esos dos capitales.

2.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido y las que contrajere la mujer en

los casos en que puede legalmente obligarse (art. 1.275, inciso 3.º).

3.º Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etc., (art. 1.275, inciso 5.º).



81.—Obligaciones contraídas por el marido o la mujer.

¿Qué establece nuestro código sobre las obligaciones contraídas por el marido o la mujer?

a) En cuanto a las obligaciones contraídas por el marido, pueden presentarse dos casos:

1.º Respecto de las obligaciones contraídas con *anterioridad* a la celebración del matrimonio. ¿tienen los acreedores algún derecho para dirigirse contra los bienes de la sociedad conyugal o contra los de la mujer, o deben solamente limitarse a ejecutar los bienes del marido?

El código establece que por las obligaciones del marido, anteriores a la sociedad conyugal, quedan afectados los bienes propios de él y los de la sociedad conyugal. Esto último se explica porque en la generalidad de los casos, los bienes que constituyen la sociedad conyugal son en su mayoría producto del esfuerzo del hombre (art. 1.280).

2.º Si la obligación fué contraída por el marido con *posterioridad* al matrimonio, con mayor razón quedarán afectados los bienes de la sociedad (art. 1.280).

En ninguno de los dos casos quedan afectados los bienes propios de la mujer, que permanecen completamente separados.

b) En cuanto a las obligaciones contraídas por la mujer, pueden presentarse también dos casos:

1.º Obligaciones contraídas con *anterioridad* al matrimonio.

Estas obligaciones son satisfechas con los bienes propios de la mujer; y, en caso de que no los tuviera, responden los bienes de la sociedad conyugal (art. 1.283), pero no los del marido.

2.º Obligaciones contraídas con *posterioridad* al matrimonio.



Es necesario distinguir si la mujer ha obrado autorizada por el marido o no autorizada.

Si la mujer ha procedido autorizada por el marido, este responde como si él mismo hubiera contraído la obligación, es decir, con los bienes sociales y con los suyos propios (art. 1.281). Los acreedores no podrán dirigirse contra los bienes propios de la mujer, porque ello no ha hecho más que substituir al marido; sólo podrían hacerlo en caso de que ella hubiera firmado personalmente la obligación. Cuando la mujer obra como mandataria, los acreedores no tienen como garantía los bienes de la mujer, sino en el caso de que ella suscriba la obligación por sí y como obligada personalmente.

En caso de que la mujer haya procedido sin autorización del marido, sabemos que sus actos, cuando no implican nulidad, pueden dar lugar a una acción de responsabilidad. ¿Cuáles son, entonces, los bienes que están afectados a esa responsabilidad? No lo serán los de la sociedad conyugal, porque son administrados por el marido, y la mujer sólo puede administrarlos con autorización de éste. Sólo quedan afectados en tal caso los bienes propios de la mujer y no los del marido ni los de la sociedad, salvo en aquello en que resulte beneficiado el marido o la sociedad (art. 63, ley de matrimonio).

Esto es lo que en derecho se llama la *acción in rem verso*, es decir, al que sólo llega al beneficio que se obtiene por un acto que no obliga.



82. — Disolución de la sociedad conyugal: causas. → 83. — Separación judicial simple. Medidas precautorias. Extinción de la sociedad. Partición. Reconstitución de la sociedad. — 84. — Disolución por divorcio. — 85. — Disolución por nulidad de matrimonio. — 86. — Disolución por ausencia con presunción de fallecimiento. — 87. — Disolución por muerte de uno de los esposos. — 88. — Liquidación de dos sociedades conyugales. Bigamia. — 89. — Restitución de bienes dotales.

82.—Disolución de la sociedad conyugal: causas.

La sociedad conyugal es de orden público y por tanto se disuelve solamente por las causas que determina la ley. No hay disolución por mutuo acuerdo de los esposos.

Las causas de disolución son las siguientes:

- a) *Por separación judicial de bienes*, a solicitud de la mujer (art. 1.291), cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores (art. 1.294);
- b) *Por separación judicial de bienes en caso de divorcio*, cuando la pide el cónyuge inocente (art. 1.306);
- c) *Por declaración de nulidad del matrimonio* (arts. 1.291 y 1.312);
- d) *Por declaración de ausencia con presunción de fallecimiento del marido* (art. 1.307);
- e) *Por muerte de uno de los cónyuges* (art. 1.291).



83.—*Separación judicial simple.—Medidas precautorias.—Extinción de la sociedad.—Partición.—Reconstitución de la sociedad.*

“Durante la unión de marido y mujer—dice el artículo 1.292—sólo ésta, y no el marido, tendrá el derecho para pedir la separación de los bienes de uno y otro y de los adquiridos hasta entonces”. En caso de ser menor la mujer, debe proceder asistida por un curador especial y el asesor de menores (art. 1.293).

La separación en este caso es una garantía que la ley acuerda a la mujer contra los amplios poderes conferidos al marido.

La acción tiene que fundarse en una de estas dos circunstancias:

1.º Mala administración del marido que le traiga peligro de perder sus bienes propios, como sería el caso de que dilapidara las rentas sin satisfacer los impuestos, lo que daría lugar al cobro judicial y venta del bien por el fisco.

La jurisprudencia ha establecido que basta comprobar la mala administración por negligencia o ineptitud del marido.

2.º Cuando el marido hubiese hecho concurso de acreedores (art. 1.294), ya sea civil o comercial.

El concursado pierde la capacidad para administrar sus bienes. Su personalidad desaparece para ser reemplazada por la del síndico, con quien deben entenderse todas las cuestiones ulteriores.

Encontrándose el marido en esta situación de incapacidad, puede continuar ejercitando la administración de lo que es propio de la mujer; pero las rentas, cubiertas las cargas, tendrán que ingresar a la masa, y para impedir esto es que la ley faculta a la mujer para poner fin a la sociedad conyugal y aprovechar ella exclusivamente de los frutos de sus bienes propios.

No es frecuente la separación de bienes por estas dos causas. Desde luego, las cuestiones de intereses son siempre enojosas entre los esposos y concluyen por destruir el afecto conyugal, desquiciando el hogar. El marido pierde toda su auto-



ridad moral al tener que verse supeditado en la acción por la mujer.

Pero hay casos en que no cabe otro remedio, siendo lo general que de la separación de bienes simple se pase al divorcio.

En previsión de la mala fe del marido, el código faculta a la mujer para pedir medidas precautorias, y así dispone que "entablada la acción de separación de bienes, y aun antes de ella, si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido y la no enajenación de los bienes de éste o de la sociedad. Puede pedir también que se le dé lo necesario para los gastos que exige el juicio". (Art. 1.295').

Estas medidas tienen por objeto asegurar a la mujer la efectividad de la sentencia de separación de bienes que ha de dictar el juez.

En cuanto a los inmuebles, si ellos son de la mujer, el marido no puede hacer enajenaciones fraudulentas, porque para venderlos tiene que requerir la conformidad de la mujer. Si los inmuebles son de la sociedad conyugal, las medidas precautorias consisten en lo que en el tecnicismo forense se conoce con el nombre de *inhibición general de bienes*, que no es otra cosa que una orden expedida por el juez, en virtud de la cual se hace saber al Registro de la Propiedad que determinada persona está imposibilitada para enajenar o gravar sus bienes.

Hemos dicho ya que nuestros jueces se muestran hasta cierto punto refractarios a conceder esta medida y exigen, para hacerlo, semiplena prueba de que la acción sea viable. Se fundan para ello en que si el interesado no produce una información sumaria con testigos, al magistrado no le consta si hay o no *peligro en la demora*, según lo expresa el referido artículo 1.295. Sin embargo, la jurisprudencia comienza a reaccionar, comprendiendo tal vez que cuando la mujer pide amparo ante la justicia es necesario proceder sin dilación.

Durante el juicio de separación de bienes el marido no está privado de la administración de la sociedad conyugal, lo que quiere decir que puede continuar ejecutando actos que posteriormente vengan a recaer sobre los bienes propios de la mujer o de la sociedad conyugal.



La ley debe prever, pues, el caso de que estos actos redunden en perjuicio de la mujer o de la sociedad. A este efecto el artículo 1.297 dice: “Repútase simulado y fraudulento cualquier arrendamiento que hubiese hecho el marido después de la demanda puesta por la mujer sobre la separación de bienes, si no fuese con consentimiento de ella, o con autorización judicial. Repútase también simulado y fraudulento todo recibo anticipado de rentas o alquileres”.

Se explica esta presunción *juris et de jure* porque el arrendamiento, si bien no implica una enajenación, obstaculiza, como es sabido, las enajenaciones que posteriormente quieran hacerse, porque disminuye el valor venal del inmueble. Viene a representar una carga real, sin serlo en realidad, desde el momento que el adquirente está obligado a respetar los actos personales hechos por el propietario con relación a la cosa.

Si realmente es necesario que el marido dé en arrendamiento los bienes de la mujer, puede pedir autorización al juez para hacerlo, y esto demostraría su buena fe y que no obra con propósito doloso.

Lo mismo ocurre con los pagos anticipados que reciba el marido por concepto de rentas o alquileres. En materia de locación, no es costumbre que el locador pague por anticipado todo lo que la cosa va a producir por alquileres; el pago se hace por lo general por mensualidad o trimestre adelantado o vencido. Pero, cuando aparece un pago anticipado por dos o más años, por ejemplo, se presume que es simulado y fraudulento.

Indudablemente, los terceros vienen a quedar colocados en una situación difícil con la sanción que establece el artículo 1.297, en el caso de hacer de buena fe una prórroga de un contrato de arrendamiento, ignorando ellos la interposición de la demanda de separación de bienes. Para evitar esto en lo posible, la práctica quiere que, al entablar la acción, la mujer solicite que se notifique a los arrendatarios, previniéndoles haberse iniciado el juicio de separación de bienes. Con esto se evitan las quejas de los terceros, que, ante la disposición expresa de la ley, sólo podrían ejercer una acción contra el marido para repetir el pago que la mujer no quisiera reconocer.

Si el marido realizara actos de enajenación de bienes de la sociedad conyugal con anterioridad a la demanda, ¿existiría una



presunción de que se trata de actos simulados y fraudulentos? No; en este caso, sólo podría la mujer argüir de fraude cualquier acto o contrato del marido, en conformidad con lo que está dispuesto respecto a los hechos en fraude de los acreedores (art. 1.298).

Será necesaria, pues, la prueba de que el marido ha tratado de defraudar a la mujer (arts. 962 y 964), prueba que es difícil de producir. La jurisprudencia, teniendo en cuenta esta circunstancia y apoyándose en una ley de la Novísima Recopilación, ha decidido que bastan las presunciones graves, precisas y concordantes. En efecto, si no se pudiera probar el fraude por simples presunciones, es evidente que no se podría demostrar jamás, desde que los que lo cometen adoptan todas las precauciones necesarias para no ser descubiertos.

Hay un recurso que permite paralizar el juicio de separación de bienes. Como éste sólo tiene por objeto garantizar a la mujer de la posible dilapidación de los bienes que pueda hacer el marido, si éste da fianza o hipoteca suficiente que asegure esos bienes, el juicio de separación no tiene razón de ser (art. 1.296).

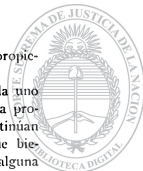
Decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal (art. 1.299).

Este efecto ¿se produce desde el momento en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada o desde el instante en que la mujer entabla la acción?

Según una regla de derecho procesal, la sentencia produce efecto retroactivo al día de la interposición de la demanda, lo que quiere decir que, para regular las consecuencias del fallo, hay que remontarse a la fecha de aquélla.

La liquidación de la sociedad se hace entregando a cada cónyuge su capital propio y la mitad de los gananciales (art. 1.299).

El principio que establece que la sentencia tiene efecto retroactivo al día de la interposición de la demanda tiene consecuencias de importancia, puesto que en el tiempo que media desde esa fecha y el momento del fallo el marido ha seguido percibiendo las rentas de los inmuebles de propiedad de la mujer. El marido debe devolver a la mujer estas rentas, que no son gananciales, sino accesorios del inmueble, hacien-



do deducción de las cargas que hayan beneficiado a la propiedad y de los alimentos por él suministrados a la mujer.

Liquidada así la sociedad conyugal, todo lo que cada uno de los esposos adquiriera posteriormente es de su exclusiva propiedad, no obstante que el matrimonio subsiste y continúan las relaciones conyugales. "Después de la separación de bienes—dice el artículo 1.301—la mujer no tendrá parte alguna en lo que en adelante ganare el marido, ni éste en lo que ella ganare". Y el artículo 1.300 establece: "Durante la separación, el marido y la mujer deben contribuir a su propio mantenimiento y a los alimentos y educación de los hijos, en proporción a sus respectivos bienes".

Los acreedores de la mujer por los actos o contratos que legítimamente celebre, tiene acción contra sus bienes (art. 1.303).

Esta separación de los patrimonios de los esposos, que los coloca en la situación de dos extraños, puede cesar por propia voluntad de los cónyuges. Conviene hacer notar que el mutuo consentimiento es admitido para la reconstitución de la sociedad conyugal y no lo es para producir la separación de bienes.

La cesación de la separación judicial mediante manifestación de voluntad de los cónyuges, debe formalizarse en escritura pública o debe ser decretada por el juez a pedimento de ambos (art. 1.304).

Cuando cesa la separación judicial, ¿comienza una nueva sociedad o subsiste la anterior como si no hubiera habido interrupción de relaciones? El artículo 1.304 dispone: "Cesando la separación judicial de bienes, éstos se restituyen al estado anterior a la separación, como si ésta no hubiese existido, quedando válidos todos los actos legales de la mujer durante el intervalo de la separación, como si hubiesen sido autorizados por el marido".

Quiere decir que el ponerse de acuerdo los esposos para reconstituir la sociedad conyugal desaparece la división habida en el tiempo intermedio entre la separación de bienes y la conciliación. Sin embargo, la ley autoriza al marido a adoptar algunas precauciones con relación al capital de la mujer. "Para salvar su responsabilidad futura—dice el artículo 1.305—



podrá el marido exigir que se haga inventario judicial de los bienes de la mujer que entrasen en su nueva administración, o podrá determinarse la existencia de los bienes por escritura pública firmada por él y la mujer”.

Esto no significa que puedan realizarse nuevas capitulaciones matrimoniales, que sólo son admisibles antes del matrimonio. El inventario no tiene otro objeto que la comprobación de la situación de los bienes para regular de nuevo la disolución de la sociedad, en caso de que vuelva a producirse.

Ya hemos hecho notar que entre nosotros rarísima vez se produce esta separación de bienes simple, a la inversa de lo que ocurre en Europa, en donde es frecuente entre los esposos. De la misma manera tampoco se da el caso de que se reconstituya la sociedad conyugal.

Es fácil distinguir la diferencia que existe entre la reconciliación de los esposos en el caso de divorcio y la reconstitución de la sociedad conyugal. Hemos dicho anteriormente que la reconciliación en caso de divorcio se produce por la simple cohabitación de los cónyuges, sin formalidad alguna. No ocurre lo mismo en lo que respecta a los bienes; aun cuando los esposos vuelvan a unirse y el marido esté administrando de hecho los bienes de la sociedad, no se produce la reconstitución de ésta si no se cumplen los requisitos que establece el artículo 1,304, es decir, manifestación expresa de voluntad de los cónyuges, que conste en escritura pública, declaración judicial a solicitud de ambos.

La ley, si bien admite la separación absoluta de los patrimonios de los cónyuges una vez declarada la separación judicial de bienes, no permite que la esposa disponga con libertad absoluta de todo su patrimonio; por el contrario, pone algunas trabas que tienen en vista hechos posteriores, tales como el fallecimiento de los cónyuges y el derecho de los hijos a los bienes de cada uno de ellos. Aun cuando la ley reconoce que la esposa puede administrar todos los bienes, establece una limitación a esa administración. La mujer puede contraer obligaciones, celebrar contratos de arrendamientos, hacer y recibir pagos, etc.; pero no puede enajenar sus bienes inmuebles o constituir sobre ellos derechos reales sin autorización judicial.



Dispone, en efecto, el artículo 1.302: “La mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido para los actos y contratos relativos a la administración, ni para enajenar sus bienes muebles; pero le es necesaria autorización judicial para enajenar los bienes inmuebles o constituir sobre ellos derechos reales”.

Esta limitación, que en el caso de separación de bienes a raíz de divorcio parecía estar en pugna con la amplia capacidad que otorga a la mujer el artículo 73 de la ley de matrimonio civil, ha sido explicada al estudiar los efectos del divorcio.

El referido artículo 1.302 dice que la autorización debe ser *judicial*; pero debe entenderse que esta autorización judicial es supletoria de la del marido. Si éste autoriza a la mujer para la enajenación, no hay para qué recurrir a la justicia.

§ 4.—Disolución por divorcio.

La disolución de la sociedad conyugal se produce también en caso de divorcio.

La sociedad conyugal es independiente de las relaciones personales entre los esposos, lo que significa que, declarado el divorcio, la sociedad puede continuar subsistiendo; pero la ley establece (art. 1.306) que “en el caso de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho para pedir la separación judicial de bienes; y en cuanto a éstos, los efectos del divorcio respecto a los cónyuges y a terceros serán regidos por las disposiciones de los artículos anteriores y por las del capítulo X, título *Del Matrimonio*.”

En caso de que los dos cónyuges fuesen culpables ¿habría derecho a solicitar la disolución de la sociedad conyugal? El código no ha previsto el hecho; pero los principios generales y la doctrina establecen que en esas circunstancias puede pedirse la separación de bienes. Si la cohabitación se ha hecho imposible, la ley no puede mantener una comunidad que no daría resultado alguno, por falta de la *affectio maritalis* y el *animus uxoris*, que deben existir entre los cónyuges.

Cualquiera de los esposos puede, en este caso, solicitar la

separación, cuyos efectos serán regidos por las reglas anteriormente expuestas y las concordantes de la ley de matrimonio.

85.—*Disolución por nulidad del matrimonio.*

En caso de declaración de nulidad del matrimonio, al desaparecer el vínculo fundamental deja de subsistir la sociedad conyugal. Pero como la sentencia que declara la nulidad del matrimonio no puede llegar hasta borrar los hechos producidos, será necesario proceder a la liquidación de la sociedad conyugal.

El artículo 1.312 dispone que "si el matrimonio se anula-se, se observará, en cuanto a la disolución de la sociedad, lo que está dispuesto en los artículos 230 y siguientes del capítulo XII, título *Del Matrimonio*. Modificada esta parte del código en 1889, corresponde observar lo establecido por la ley de matrimonio civil en su capítulo XIII, que trata de los efectos de la nulidad del matrimonio.

86.—*Disolución por ausencia con presunción de fallecimiento.*

En caso de declaración de ausencia del marido con presunción de fallecimiento, "la mujer tiene opción—dice el artículo 1.307—o para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido, o para exigir la división judicial de los bienes". Esto significa que la mujer puede, o continuar con la administración de la sociedad conyugal, reemplazando al marido con iguales facultades, hasta el momento en que el juez decreta la posesión definitiva de los bienes del ausente, o solicitar la disolución de la sociedad conyugal.

Este derecho puede ejercerlo la mujer, aunque ella misma hubiese pedido la declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento de su marido y aunque ya hubiese optado por la continuación de la sociedad conyugal; pero si hubiese optado por la disolución de la sociedad, no podrá retractar su





opción después de aceptada por las partes interesadas (art. 1.308).

Elegida la disolución y aceptada por los herederos, viene a tener los efectos de los contratos, que no pueden dejarse sin efecto por voluntad de una sola de las partes.

Si la mujer optase por la continuación de la sociedad, administrará todos los bienes del matrimonio; pero no podrá optar por la continuación de la sociedad conyugal, si hubiese luego, por el tiempo transcurrido, de decretarse la sucesión definitiva del marido (art. 1.309), es decir, pasados quince años de la desaparición o de su última noticia y ochenta desde su nacimiento, en que la sucesión debe abrirse.

La mujer no puede continuar como administradora más allá de la fecha en que debe darse la posesión definitiva de los bienes. "La continuación de la sociedad conyugal—artículo 1.310—no durará sino hasta el día en que se decretase la sucesión definitiva".

Si aparece el marido, la sociedad conyugal se reconstituye como si nunca hubiese existido separación, produciéndose así un caso similar al señalado por el artículo 1.304. En cuanto a la división de los bienes, se procede en la forma ordinaria, observándose lo dispuesto en el libro IV sobre sucesiones (art. 1.311).

87.—Disolución por muerte de uno de los esposos.

La muerte de uno de los esposos produce *ipso facto* la disolución de la sociedad conyugal.

Este caso de disolución, que es el más frecuente de todos y el que mayor importancia tiene en las relaciones de familia y en las relaciones patrimoniales, no sólo está regido por el título *De la Sociedad Conyugal*, sino también por las disposiciones del libro IV, que lo complementan. "Disuelta la sociedad por muerte de uno de los cónyuges—dice el artículo 1.313—se procederá al inventario y división de los bienes, como se dispone en el libro IV del código para la división de las herencias".

Respecto de la liquidación de la sociedad conyugal en es-



te caso, no obstante ser clara la distinción fundamental que hace la ley, se producen con frecuencia entre nosotros divergencias de interpretación que dan lugar a largas discusiones.

¿Cómo se procede a la liquidación de la sociedad conyugal en caso de fallecimiento de uno de los esposos?

Supongamos que una sociedad conyugal, que se disuelve por fallecimiento del marido, está exclusivamente constituida por bienes gananciales, es decir, que ni el marido ni la mujer han aportado bien alguno al matrimonio, y que esos bienes gananciales alcanzan a 100.000 pesos. El artículo 1.315 dispone que "los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por partes iguales entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos".

Corresponderían entonces 50.000 pesos a la mujer; y los 50.000 pesos restantes se dividirían entre los herederos del marido, que, según el código, lo son la mujer, los hijos y los ascendientes. ¿Quiere decir esto que la mujer recibirá 50.000 pesos por su parte de gananciales y además deberá concurrir con los hijos o con los ascendientes en la distribución de los 50.000 pesos restantes?

No; el artículo 3.576 legisla especialmente el punto: "En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes y ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda". De manera que la mujer, después de haber retirado su parte de gananciales, no percibe cantidad alguna de lo que debiera corresponderle por la parte restante: es una heredera sin herencia. La segunda mitad de gananciales pasa a los descendientes y en defecto de éstos a los ascendientes. Esta última disposición parece excesiva en ciertos casos, sobre todo si el cónyuge sobreviviente es el marido, porque entonces la mitad de los gananciales va a pasar a un abuelo, por ejemplo, no obstante haber el marido acumulado con su propio esfuerzo todo el capital.

La disposición de la ley, precisa y terminante, no admite discusión; pero siendo tan inequitativo el principio conte-



nido en ella, sucede muchas veces que no falta quienes sostengan que el cónyuge sobreviviente, después de retirar su parte de gananciales, debe concurrir con los ascendientes a dividir la otra mitad como heredero.

El artículo 3.576, que da lugar a estas discusiones, no figuraba originariamente en el código con la redacción arriba transcrita, que se debe a las correcciones introducidas al código en 1882. Pero, sea como fuere, buena o mala la disposición, la ley es clara y no es susceptible de doble interpretación.

Supongamos ahora que no sólo existen bienes gananciales, que alcanzan a 50.000 pesos, sino también bienes propios de uno y otro cónyuge, que suman otros 50.000 pesos, y que la disolución de la sociedad conyugal se produce por fallecimiento del marido quedando cuatro hijos legítimos.

Los 50.000 pesos de bienes gananciales se liquidan en la forma que hemos expuesto; y respecto de los 50.000—se sacan los bienes propios de la mujer y el resto se divide a prorrata entre ella y los hijos—que figuran en calidad de bienes propios, se aplica la disposición del artículo 3.570, que establece que “si han quedado viudo o viuda e hijos legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá, en la sucesión, la misma parte que cada uno de los hijos”.

Esto significa que los bienes se dividirán en la siguiente forma: la mujer recibirá 25.000 pesos de los bienes gananciales y 10.000 de los bienes propios; si en realidad es esa suma la que corresponde a sus bienes propios, y entre los cuatro hijos se dividirán los 25.000 pesos restantes de bienes gananciales y los 40.000 restantes de bienes propios, con lo que cada uno de éstos vendrá a percibir 16.250 pesos.

Si en lugar de concurrir con hijos la mujer concurriera con ascendientes, se aplicaría el artículo 3.571, que establece que se dividirá la sucesión por cabeza. De manera que si la mujer concurriera con el padre y con la madre del marido, correspondería a cada uno de ellos una tercera parte del total de los bienes propios.

Si en vez de existir los dos padres vivieran los cuatro abuelos, parece que el derecho de la mujer a la sucesión debería ser mayor, porque esos herederos están alejados del tronco común. Ocurre lo contrario, sin embargo, porque el

código mantiene el principio de la división por cabeza, con lo que a cada uno de los herederos le correspondería un quinto del total.

Esta es también una solución injusta, que da lugar a numerosas controversias en los tribunales.

88.—*Liquidación de dos sociedades conyugales.—Bigamia.*

Es frecuente que disuelta una sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los esposos, el cónyuge sobreviviente, sin liquidar esa sociedad, vuelva a contraer matrimonio, formando así una nueva sociedad. Se producen entonces pleitos sumamente engorrosos, sobre todo cuando nacen hijos en el segundo matrimonio, porque están confundidos los bienes de dos sociedades conyugales. ¿Cómo se resuelve esta situación?

Dice el artículo 1.314: "Cuando haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de dos o más sociedades contraídas por una misma persona, se admitirá toda clase de prueba, a falta de inventarios para determinar el interés de cada una; y en caso de duda, los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración y a los bienes propios de cada uno de los socios".

Establecido el interés de cada sociedad, los gananciales se dividen por iguales partes entre marido y mujer, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos (art. 1.313).

En caso de bigamia, y en que la segunda mujer sea de buena fe, ¿tendrá derecho la primera esposa a los gananciales hasta el momento en que el marido contrajo segundo matrimonio o hasta el momento de la muerte del marido? Lógicamente, el punto debe resolverse atribuyendo la mitad de los gananciales a la primera esposa sólo hasta el momento en que el marido contrajo nuevo enlace, puesto que se trata de la hipótesis en que la segunda esposa es de buena fe, en cuyo caso los bienes que produce la sociedad conyugal deben corresponderle a ella y no a una mujer que no conoce. Sin embargo,





el artículo 1.316 encara la cuestión en otra forma. “Si ha habido bigamia, y en el segundo matrimonio aparente—dice—la mujer ha sido de buena fe, la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos *hasta la disolución del matrimonio*”. De manera que la primera esposa tiene derecho a su parte en todos los gananciales existentes en el momento de la disolución del matrimonio, así hayan sido ellos adquiridos en el primero o en el segundo matrimonio. Pero en seguida agrega el citado artículo: “La segunda mujer podrá repetir contra la parte de gananciales del bigamo y contra los bienes introducidos por él durante el matrimonio legítimo los gananciales que le hubiesen correspondido durante su comunidad con él, si el matrimonio hubiese sido legítimo”. La ley, considerando que el esposo es culpable, exige que se devuelva a la segunda esposa la parte de gananciales desde la constitución del segundo matrimonio hasta su disolución; y a ese efecto autoriza a la segunda mujer a tomarlos de la parte de gananciales del bigamo o de los bienes propios de él introducidos a la primera sociedad conyugal. Con esto quedan consultados los principios de justicia y de equidad, puesto que es el bigamo el que sufre las consecuencias de su acto culpable.

89.—*Restitución de bienes dotales.*

El capítulo VIII del título *De la Sociedad Conyugal*, que trata de la restitución de los bienes dotales, no tiene aplicación en la práctica, porque, debiendo producirse la restitución por muerte del esposo en la mayoría de los casos, la mujer es parte en la sucesión, y además, como administradora de todo el caudal común, tendría que restituirse a sí misma. Esta acción de restitución no se ejercita, sino que se procede lisa y llanamente a la partición de los bienes.

Se explicaba la restitución en el antiguo derecho, cuando la mujer no era heredera del marido, y por tanto no le correspondía la posesión de los bienes, viéndose obligada a reclamarlos a los herederos. Pero la restitución no tiene razón de ser en el sistema de nuestra ley.

El artículo 1.317 establece que “tendrá lugar la restitución de los bienes dotales en los mismos casos en que cesa la

comunidad de los adquiridos durante el matrimonio, y en el caso de separación judicial de bienes, sin divorcio”.

Los artículos 1.318 al 1.321 legislan en detalle la forma en que debe procederse a la restitución; y fijan el plazo de treinta días para que se restituyan los inmuebles dotales y los muebles no fungibles, y el de seis meses para el dinero y los bienes fungibles de la dote o el valor de los bienes que no existiesen en posesión del marido o en su testamentaria. El artículo 1.322 establece que si el marido o los herederos no restituyesen los bienes dotales en esos plazos, quedarán constituidos en mora para todos los efectos legales.





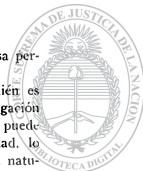
90. — Concepto de la filiación. — 91. — Calidad de la filiación. — 92. — Filiación legítima. — 93. — Situación especial de algunos hijos. — 94. — Reglas generales sobre la filiación legítima. — 95. — Medidas precaucionales. — 96. — Prueba legal de la filiación. — 97. — Partida de nacimiento. — 98. — Posesión de estado. — 99. — Consideración de la maternidad y paternidad en particular. — 100. — Acción de desconocimiento. — 101. — Acción de desconocimiento simple. — 102. — Acción de desconocimiento riguroso. — 103. — Acción de contestación de legitimidad. — 104. — Acción de reclamación de estado.

90.—Concepto de la filiación.

La filiación es, en sentido amplio, la relación natural de descendencia entre varias personas, de las cuales unas engendran y otras son engendradas; pero, en sentido más limitado, se entiende por filiación la relación existente entre dos personas de las cuales una es padre o madre de la otra.

Cuando el vínculo se considera con relación al padre se llama *paternidad*; y con relación a la madre, *maternidad*.

La filiación materna, que es la que debe estudiarse primero, descansa sobre dos hechos fundamentales: el parto y la identidad del hijo. La maternidad implica la existencia de estos dos hechos: primero, que haya alumbramiento de una mujer en una época determinada; y segundo, que se pruebe la identidad de la persona que alega actualmente la filiación con el nacido en aquella época, de tal manera que exista concor-



dancia entre la fecha del alumbramiento y la edad de esa persona.

Comprobados esos hechos, surge la pregunta: ¿quién es el padre de la criatura? Entonces se entra en la investigación de la paternidad. De manera que en realidad ésta no puede averiguarse sin la demostración previa de la maternidad, lo cual es riguroso en la filiación legítima, y no así en la natural, en que la ley permite el reconocimiento individual por el padre o la madre, siendo prohibido declarar el nombre de la persona en quien o de quien se tuvo el hijo, a menos que esta persona lo tenga ya reconocido (art. 334 C. Civil).

91.—Calidad de la filiación.

La calidad de la filiación es diversa, según proceda:

1.º De la cohabitación en matrimonio; 2.º De la cohabitación simple no prohibida; y 3.º De la cohabitación prohibida.

Los derechos y las obligaciones son distintos para los hijos del primer grupo, llamados legítimos, y para los del segundo y tercero, llamados ilegítimos, en el sentido de ser contrarios a la institución del matrimonio.

Entre los hijos ilegítimos, el código distingue actualmente tres categorías: hijos naturales, adulterinos e incestuosos. Antes de dictarse la ley de matrimonio civil existían también los hijos sacrílegos, categoría que ha sido eliminada del código por el artículo 112 de la citada ley.

Es hijo natural el concebido fuera de matrimonio sin que se vulnere ninguno de los principios prohibitivos de esta institución. Por eso el código establece que son hijos naturales “los nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse”. (Art. 311).

Dentro de los hijos ilegítimos es la categoría que ocupa la situación superior. El hijo legítimo tiene una determinada parte en la herencia de sus padres; el hijo natural tiene la cuarta parte de lo que le hubiese correspondido siendo legítimo. Si fuera lícito establecer equivalencias, podríamos decir que cada hijo legítimo vale, en materia hereditaria, por cuatro hijos naturales.



Hijo adulterino es el que procede de la unión de dos personas que al momento de la concepción no podían contraer matrimonio porque una de ellas o ambas estaban casadas (art. 338).

Hijo incestuoso es el nacido de padres que en el momento de la concepción estaban impedidos de contraer matrimonio por existir el parentesco indicado en los incisos 1.º y 2.º del artículo 9.º de la ley de matrimonio.

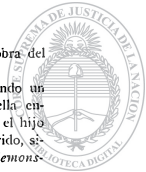
Los hijos ilegítimos son tratados con excesivo rigor por la ley. Apartándose del orden natural de las cosas, llega el código a establecer que los hijos adulterinos e incestuosos no tienen padre ni madre, ni pariente alguno por parte de padre o madre. No tienen tampoco derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad (art. 341). En estas condiciones, los hijos adulterinos e incestuosos pueblan las casas de expósitos y los hospicios. No tienen hogar, por la ley, y deben quedar confiados siempre a manos mercenarias, lejos de la afición y del calor de los que les dieron el ser. El código ha usado de ese rigorismo en el deseo de asegurar la institución del matrimonio, sacrificando en su interés al fruto inocente de la unión prohibida. Actualmente se manifiesta una tendencia doctrinaria para mejorar su situación dentro de la ley, a efecto de darles algunos derechos patrimoniales.

92.—*Filiación legítima.*

La filiación legítima presupone dos hechos: 1.º Que el padre y la madre hayan contraído matrimonio válido. 2.º Que el hijo haya sido concebido durante el matrimonio.

La maternidad es de prueba sencilla. *Mater semper certa est*, decían los romanos, porque el parto es un hecho susceptible de prueba directa, por medio del testimonio, de los que a él han asistido: el médico, la partera, los parientes, etc.

No sucede lo mismo con la paternidad, respecto de la cual no se puede exigir la prueba *lucce clariora meridiana*, que permita afirmar con absoluta certeza que una persona es hija de tal hombre determinado. El hecho de la paternidad, como elemento de la concepción, no puede ser probado. El hijo estaría



en la imposibilidad de demostrar que la concepción es obra del hombre que él conoce como padre.

La ley debe, pues, proceder por presunciones, fijando un límite mínimo y otro máximo dentro de los cuales ella entiende que el hijo ha sido concebido. De ahí la regla: el hijo concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido, siguiendo el adagio latino "*pater is est quem nuptiæ demonstrant*".

Cuando se redactó el código civil francés se pidió a los médicos legistas que informaran si era posible subordinar estos hechos de la naturaleza a una regla que, sin ser en extremo rígida, se ajustara a la verdad. Se consagró entonces el principio del antiguo derecho: el hijo a los siete meses de concebido presenta en el seno materno los caracteres de persona; y puede ser dado a luz con probabilidades de vivir.

Sin embargo, no convenía establecer como ~~mínimum~~ mínimo el plazo de siete meses para fijar la presunción, porque puede ocurrir que el hijo nazca antes de ese término y continúe con vida, mediante cuidados especiales. Por eso el código fija el término mínimo de 180 días y el máximo de 300. El parto normal se produce según los autores franceses a los 275 días de la concepción. Machado dice que ocurre de los 267 a los 270 días.

Según nuestro código (art. 240) "la ley supone concebidos durante el matrimonio los hijos que nacieran después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre, y los póstumos que nacieren dentro de trescientos días, contados desde el día en que el matrimonio válido o putativo fué disuelto por muerte del marido, o porque fuese anulado".

Dentro de este límite mínimo y máximo ¿cuál es el término que se fija para la concepción? Veámoslo por medio de un ejemplo.

Supongamos un niño nacido el 28 de octubre. Desde el 31 de diciembre hasta el 28 de octubre van corridos 300 días, es decir, el límite máximo del embarazo. Para establecer el momento de la concepción, la ley dice que a partir del nacimiento (28 de octubre) se cuentan hacia atrás 300 días, con lo que se llega al 31 de diciembre. Ahora bien; en los primeros 120 días, que son los transcurridos desde las doce de



la noche del 31 de diciembre anterior hasta las doce de la noche del 30 de abril, la ley presume que se ha producido la concepción. Si en este plazo de 120 días ha existido matrimonio, el hijo se presume concebido dentro de él, *jure et de jure*. La presunción de la ley no admite prueba en contra, según el artículo 244.

En la doctrina se ha suscitado una discusión respecto de la computación de estos términos. Supongamos que un individuo muere el 31 de diciembre a las dos de la mañana: será considerado legítimo el hijo póstumo de esta persona, nacido el 28 de octubre a las ocho de la mañana, es decir, a los 300 días, que es el límite máximo fijado por la ley? Si se contara el plazo de momento a momento, es decir, desde las dos de la mañana del 31 de diciembre hasta las ocho de la mañana del 28 de octubre resultaría que, habiendo transcurrido los 300 días y algunas horas, el hijo no debería ser tenido por legítimo. Nuestro código no ha querido que un hecho de tanta importancia como la filiación dependiendo de pocos minutos; y ha establecido, con ese objeto, la prescripción del artículo 77, que dice que en la determinación del tiempo del embarazo fijado entre el minimum de 180 días y el maximum de 300 no debe contarse el día del nacimiento.

En cuanto a si debe computarse en el plazo el día de la celebración del matrimonio, no hay uniformidad de opiniones. Sostienen algunos que debe contarse el día de la celebración del matrimonio; pero nuestra ley sigue la regla contraria, que es la romana: *dies a quo non computatur in termino*.

En la determinación de los plazos legales no debe contarse ni el día de la celebración o de la disolución del matrimonio, o de la sentencia que lo anule, ni el día del nacimiento del hijo. No se consideran tampoco las horas, porque los plazos se cuentan en derecho civil desde las doce de la noche del primer día hasta las doce de la noche del último día.

93.— Situación especial de algunos hijos.

En la filiación legítima pueden presentarse tres situaciones distintas especiales:



a) El hijo nace antes de los 180 días subsiguientes al casamiento válido o putativo de la madre.

Este hijo no será legítimo, dado que el artículo 240 establece que sólo se presumen concebidos durante el matrimonio los hijos nacidos “después de 180 días del casamiento válido o putativo de la madre”, y el artículo 246 que “son hijos legítimos los nacidos después de 180 días de la celebración del matrimonio”.

Pero como es de presumir que el que ha contraído enlace con una mujer que se hallaba en cinta lo ha hecho porque reconocía que él era el padre de la criatura que había de nacer. la ley, sin establecer que ese es un hijo legítimo—porque un hijo legítimo nunca puede ser concebido fuera de los plazos que ella prescribe—le da la calidad de tal. Algunos dicen que ese sería un hijo legitimado, sin considerar que la legitimación supone siempre que el hijo ha sido concebido y ha nacido fuera del matrimonio. En el caso propuesto, el hijo ha sido concebido fuera del matrimonio, pero ha nacido dentro de él.

El artículo 253 es el que resuelve el caso: “El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa, o si consintió en que se diera al hijo su apellido en la partida de nacimiento, o que de otro modo hubiera reconocido tácita o expresamente por suyo el hijo de su mujer”.

Es necesario, pues, que el marido haya prestado el consentimiento expreso o tácito de su paternidad para que ese hijo pueda entrar a formar parte de la familia como legítimo. Si el marido declara ante el Registro Civil que el nacido es hijo suyo y lo inscribe como tal, la ley da a ese hijo la calidad de legítimo, porque ella favorece siempre la filiación legítima. En este caso nadie puede inmiscuirse a discutir si ese niño es o no hijo del marido que lo ha declarado como tal. La acción de contestación de legitimidad que establece el artículo 257 no se aplica al caso legislado en el artículo 253, bien entendido siempre que los padres en el momento de la concepción fueran libres.

En las cuestiones de filiación la ley da siempre soluciones



enérgicas y categóricas, considerando que tienen consecuencias más peligrosas los pleitos que llegan a exponer el honor de las familias y convulsionar los hogares que las consecuencias, algunas veces erróneas, a que pueden prestarse situaciones especiales. Lo normal es que un hombre, únicamente en el caso de reconocerse como padre de la criatura que ha de nacer, llegue a casarse con una mujer en cinta; lo extraordinario sería que alguien se prestara deliberadamente a dar su nombre a un niño que sabe que no es su hijo.

b) El hijo nace antes de los 180 días de un segundo matrimonio, pero dentro de los 300 días, contados desde que el primer matrimonio fué disuelto por muerte del marido o porque fué anulado. En este caso no se aplica la regla del artículo 253 y el hijo se reputa concebido en el primer matrimonio y legítimo del primer marido, no obstante que el segundo esposo supiera el embarazo o lo inscribiera como hijo legítimo suyo (art. 241..

c) El hijo nace después de los 180 días de un segundo matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primero.

En este caso el hijo puede ser de los dos maridos, desde que se encuentra dentro de los plazos legales, tanto con relación a uno como a otro; pero como no es posible admitir que una persona pueda tener dos padres, la ley presume, sin admitir prueba en contra, que fué concebido en el segundo matrimonio (arts. 242 y 244).

Como presunción que se refiere también a la concepción, pero no a la legitimidad, la ley establece que "el hijo nacido dentro de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio de la madre se presume concebido durante el matrimonio de ella, aun cuando la madre u otro que se diga su padre lo reconozca por hijo natural" (art. 243). Esta presunción no decide sobre la legitimidad, que puede ser contestada.

91.—Reglas generales sobre la filiación legítima.

Entramos a considerar ahora los casos ordinarios de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

La presunción legal es que "los hijos concebidos por la



madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido" (art. 245).

De ahí el principio de que "son hijos legítimos los nacidos después de 180 días desde la celebración del matrimonio y dentro de los 300 siguientes a su disolución, si no se probase que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento" (art. 246).

Se discute en el derecho francés cuál es la prueba que debe admitirse en caso de que el marido haya estado impedido de cohabitar con su mujer; y se dice que esa prueba se divide en dos categorías: prueba del alejamiento y prueba de impotencia por accidente. Nuestro código, como se ve, no ha considerado casos particulares y sólo ha establecido como regla general que basta probar *que haya sido imposible al marido tener acceso con su mujer*, términos dentro de los cuales caben todos los hechos concomitantes que sean susceptibles de demostrar la imposibilidad del acceso carnal; por ejemplo la separación residiendo en distintos lugares, la ausencia de un marino en lugar remoto, la mutilación producida por una operación quirúrgica, etc.

¿Puede el marido desconocer la legitimidad del hijo dando como causa el adulterio de la mujer o su impotencia anterior al matrimonio?

Según el artículo 252, el marido no puede desconocer al hijo dando por causa el adulterio de la mujer o su impotencia anterior al matrimonio. Pero si además del adulterio de la mujer el parto fuese ocultado, el marido podrá probar todos los hechos que justifiquen al desconocimiento del hijo".

No basta, pues, que la mujer haya cometido adulterio para que el marido desconozca el hijo. La razón es que no es posible demostrar que el hijo no le pertenezca. Será difícil saber quién es el padre del niño; pero, teniendo el marido noticias del embarazo y del alumbramiento, no es admisible que pueda desconocer la legitimidad del hijo. La ley, resolviendo la cuestión, presume que esa criatura tiene filiación legítima y no adulterina, que pesaría como un estigma sobre su cabeza. En cambio, si la mujer oculta el parto a su marido y alumbraba subrepticamente, la ley considera que el hijo puede ser adul-



terino y autoriza al marido para desconocer la legitimidad. En este caso la actitud de la mujer está demostrando su delito de una manera más evidente que con la confesión espontánea de la falta, porque en ésta puede guiarse el perverso deseo de ultrajar al marido cubriéndole de oprobio, mientras que la otra es significativa y nace de la realidad de las maniobras que todo el que delinque pone en juego para escapar a las consecuencias de sus actos.

La impotencia anterior al matrimonio no puede fundar tampoco el desconocimiento. Su comprobación, además de ser difícil y expuesta a errores, daría lugar a escándalos.

95.—Medidas precaucionales.

Para evitar la simulación de parto y aun la substitución del hijo que naciese sin vida, la ley autoriza para que se adopten ciertas medidas que permitan efectuar una comprobación eficaz. Muerto el marido, la mujer que se crea embarazada debe denunciarlo a los que, no existiendo el hijo póstumo, serían llamados a suceder al difunto. Los interesados pueden pedir todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar que el parto es efectivo y ha tenido lugar en el tiempo en que el hijo debe ser tenido por legítimo (art. 247).

A ese efecto, la madre tiene derecho a que de los bienes que han de corresponder al póstumo se le asigne lo necesario para los gastos que se causaren por el parto; y, aunque el hijo no nazca vivo, o resulte que la mujer no ha estado embarazada, no estará obligada a restituir lo que hubiere recibido (art. 248).

En caso de divorcio la denuncia del embarazo debe hacerse al juez de la causa o al marido, en el término de treinta días desde la separación, y éste podrá pedir las diligencias necesarias para asegurarse también de que el parto es efectivo y ha tenido lugar en el tiempo necesario para que el hijo deba ser reputado legítimo (art. 249).



96.—Prueba legal de la filiación.

Por su importancia jurídica, la ley ha organizado para la filiación un medio especial de prueba: la partida de nacimiento. Esta es la prueba más fehaciente de la filiación legítima.

La partida de nacimiento es un documento emanado del respectivo cura párroco, si la fecha del nacimiento es anterior a la de la ley de matrimonio civil, o del jefe del Registro Civil, si es posterior, en el cual consta el lugar, día y hora del nacimiento, el sexo, el nombre del nacido, el nombre de los padres y de los abuelos, en una palabra, todos los datos que comprueban el derecho. Es el pasaporte—dicen algunos juriconsultos—que la sociedad acuerda a todos los que aparecen en el mundo.

La ley de Registro Civil establece, bajo la pena de multa o arresto, que los padres están obligados a declarar el nacimiento de todo hijo legítimo ante la respectiva oficina, dentro de los tres días siguientes al parto (arts. 31 y 36). Si el hijo fuera ilegítimo, está obligado a declarar el nacimiento la persona a cuyo cuidado hubiese sido entregado (art. 37). Igual obligación pesa sobre las personas que hubieren asistido a un nacimiento cuya legitimidad no les constare (art. 38).

Hecha la denuncia en la forma prescripta por la ley, queda asentada la respectiva partida en el Registro Civil, que ha de servir de prueba para demostrar el nacimiento de una persona.

97.—Partida de nacimiento.

¿Cuáles son los requisitos de la partida de nacimiento?

Ante todo, el lugar, día y hora del nacimiento, el sexo y el nombre que se ha dado a la criatura. Estos datos individualizan el parto y la identidad futura del nacido. Luego, debe consignar el nombre, apellido y domicilio del padre, de la madre y de los testigos, así como el nombre y apellido de los abuelos paternos y maternos (art. 42 de la ley de Registro Civil).

Con estos datos la partida de nacimiento indica el primero y segundo grado de la filiación: don Fulano de Tal es hijo de



tales personas y nieto de tales otras. Se establece el encadenamiento del parentesco.

El artículo 263 del código, que legisla sobre la prueba de la filiación legítima, ha sido modificada por la ley de matrimonio civil.

Antes de la reforma, el artículo 263 decía: "La filiación legítima se prueba por la inscripción en los *registros parroquiales*, tanto del nacimiento, como del matrimonio de los padres, o por la *posesión constante del estado del hijo legítimo*, fundada en actos que la demuestren. A falta de inscripción en los libros parroquiales y de la posesión de estado, la filiación legítima puede probarse *con testigos*, cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres, o como de padres no conocidos".

Sancionada la ley de matrimonio civil, el artículo 263 del código fué modificado por el artículo 114 de la referida ley, en los siguientes términos: "La filiación legítima se probará: por la inscripción del nacimiento en el *Registro Civil*, donde exista, y a falta de éste por la inscripción en el *Registro Parroquial*, y por la inscripción del matrimonio en el Registro Civil desde la vigencia de esta ley, y en los parroquiales antes de ella. A falta de la inscripción, o cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres o como de padres no conocidos, la filiación legítima puede probarse *por todos los medios de prueba*."

Hay que hacer notar que no es rigurosamente exacto que la partida de nacimiento pruebe la *filiación*, como lo dice el referido artículo 144. La partida de nacimiento sólo demuestra que en determinado tiempo y lugar se produjo un alumbramiento, del cual nació una criatura, de tal o cual sexo, que lleva un nombre dado; y la indicación de que es hija de padres determinados.

Sólo prueba el alumbramiento; pero esto no es la prueba de la *identidad* del hijo. ¿Se aplica realmente al reclamante esa partida? El niño del cual comprueba el nacimiento, ¿es realmente el mismo que se presenta?

En la mayoría de los casos nadie contesta a la identidad de la persona que se presenta exhibiendo como suya la partida de nacimiento, y entonces se presume que esa persona es real-



mente la individualizada en el documento, sin que ella tenga necesidad de llenar ningún otro requisito; pero en cuanto un tercero haga observaciones a la identidad por sospechar una substitución de personas, una usurpación de estado civil, se impone la prueba de identidad.

98.—*Poseción de estado.*

La manera común y ordinaria de probar la filiación, tiene por base la presentación de la partida de nacimiento. Pero, ¿cómo se probará la filiación cuando no haya o no se encuentre la partida de nacimiento?

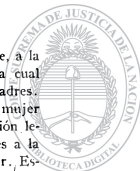
Hemos visto que el artículo 263 del código, ya transcrito, decía que la filiación legítima se probaba, además de la inscripción en los registros parroquiales, “por la *posesión constante del estado* de hijo legítimo, fundada en actos que la demuestren”, y a falta de estas pruebas podía hacerse “*con testigos*, cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres, o como de padres no conocidos”.

La ley de matrimonio civil ha modificado estas disposiciones, estableciendo en el citado artículo 114 que, “a falta de inscripción, o cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres o como de padres no conocidos, la filiación legítima puede probarse *por todos los medios de prueba*”.

En realidad, las prescripciones de la ley no han cambiado con la nueva redacción, porque en la expresión “*todos los medios de prueba*” está comprendida la posesión de estado, que sigue siendo la prueba supletoria que se da a falta de partida de nacimiento.

La posesión de estado en la filiación legítima es un reconocimiento tácito, por el cual una persona es considerada como hija de otras que están casadas. Así como la posesión de una cosa corporal durante mucho tiempo origina a favor del poseedor la presunción de ser el propietario, así también el hecho de aparecer a los ojos de todos como hijo de tales y cuales padres legítimamente casados, y ser tratado y considerado como tal, produce la posesión de estado de hijo legítimo.

De ahí que esta posesión en la filiación legítima haya que



acreditársela a la vez con relación al padre y a la madre, a la inversa de lo que ocurre en la filiación natural, en la cual basta la posesión de estado con relación a uno de los padres. El hecho de haber sido considerado como hijo de una mujer determinada sólo prueba la maternidad; y para la filiación legítima es necesario además demostrar que ese hijo lo es a la vez de un hombre legítimamente casado con aquella mujer. Esto significa también que la posesión de estado en la filiación legítima requiere asimismo la prueba del matrimonio de los padres.

Hemos dicho en capítulos anteriores, que la posesión de estado no es admitida como prueba del matrimonio. ¿Cómo se la establece entonces como prueba supletoria en la filiación legítima? ¿no habrían de regirse ambas instituciones por principios semejantes? La razón de la diferencia es sencilla.

El individuo que pretendiera probar la existencia del matrimonio sin exhibir la partida correspondiente y sólo con la simple posesión de estado vendría a colocarse en el caso de formar una prueba con hechos que él mismo está produciendo, puesto que es él el que está tratando como esposa a la mujer con la cual hace vida común y porque es él el que se presenta ante todos como marido de ella. Quedaría librado a él mismo acumular toda una serie de hechos y circunstancias que luego servirían para formar, en los que le ven, la presunción de estar legítimamente casado con determinada mujer, es decir, para dar la prueba de la posesión de estado.

No sucede lo mismo con la posesión de estado en la filiación legítima, porque no depende de la voluntad y de la acción del hijo producir toda esa serie de actos que le hacen pasar ante los demás como perteneciente a padres determinados, legítimamente casados, puesto que, apenas nacido, los padres le han presentado ya a todos como hijo suyo, y han repetido constantemente esos actos que demuestran que, evidentemente, se trata de un hijo de esa unión. Además, la posesión de estado requiere previamente, para que pueda invocarse como prueba de la filiación legítima, que se demuestre el matrimonio de los padres. Sin esta demostración serían inútiles los hechos que se articularan para acreditar la posesión de estado, por más amplia que fuera.



Resumiendo lo expuesto respecto de la prueba de la filiación legítima, podemos decir que esta filiación se prueba por la partida de nacimiento; y en caso de no existir esta partida, se utiliza como prueba la posesión de estado, que requiere dos elementos: primero, la presentación de la partida de matrimonio de los padres; y segundo, la prueba de la posesión de estado propiamente dicha, sin perjuicio de los demás medios de prueba.

¿Cuáles son los elementos constitutivos de la posesión de estado? La ley, que no es texto didáctico, no especifica cuáles son sus elementos componentes; la doctrina es la que ha desarrollado la teoría.

Al tratar de la posesión de estado en la prueba del matrimonio, hemos dicho que los juristas antiguos han señalado tres elementos esenciales en la posesión de estado, sin los cuales ella no existe: esos elementos eran el *nomen*, *tractatus* y *fama*. En la posesión de estado de la filiación legítima, el *nomen* es la demostración de que un individuo ha usado siempre el apellido del padre de quien se pretende hijo legítimo; el *tractatus* es la prueba de que ese hombre lo haya tratado siempre como hijo ante los demás; y la *fama* es el concenso general de que ese individuo es hijo de tal padre. Demostrada la concurrencia de estos tres elementos en un caso dado, queda aun al juez por examinar si procede declarar probada o no la posesión de estado.

Los tres clásicos requisitos han sido abandonados por el derecho moderno, porque ellos suscitaban a menudo graves dificultades en la aplicación de la ley en los casos particulares, desde que éstos no siempre encuadraban exactamente dentro de aquellas invariables reglas doctrinarias, que sólo contribuían a estancar el derecho. Se ha considerado preferible dejar al juez amplia libertad para pronunciarse en cada caso, de acuerdo con la prueba rendida y con las circunstancias particulares del hecho.

De manera que ahora el magistrado resuelve en cada caso si existe o no la posesión de estado, sin atenerse a reglas inflexibles de ninguna naturaleza. Basta que la prueba lleve el convencimiento al magistrado de que, efectivamente, una persona ha sido considerada desde su nacimiento como hijo de la



unión legítima que invoca, para que el juez declare existente la posesión de estado de hijo legítimo.

Pero esta posesión, para que produzca efectos, debe reunir determinadas calidades, que solamente enumeramos ahora, porque serán analizadas con mayor detención al estudiar la filiación natural. Estos requisitos son cuatro: que la posesión sea *inequívoca, continua, pública y de buena fe*.

Reunidos estos cuatro requisitos existe, como lo dice el codificador refiriéndose a la filiación natural, una prueba más fehaciente que la que surge de la partida de nacimiento, porque, en tanto que ésta puede ser ignorada por las gentes, aquella es conocida por todos: es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla.

Es por eso que la posesión de estado no sólo prueba la maternidad, sino la filiación completa. En cambio, hemos visto que cuando se presenta como prueba la partida de nacimiento y alguien pone en duda la identidad de la persona que hace valer ese documento, es necesario agregar la prueba de la identidad.

Observaremos, finalmente, que en los pleitos de filiación legítima se hace excepción, así como en la prueba de divorcio, a la regla de derecho procesal que prohíbe presentar como testigos a los parientes y a los amigos. En los pleitos de filiación las personas allegadas, y no las extrañas, son las únicas que pueden conocer los hechos que coadyuvan a establecer la verdad, puesto que se trata de cuestiones de carácter íntimo y personal.

99.—*Consideración de la maternidad y paternidad en particular.*

Estudiada en general la prueba de la filiación, corresponde analizarla en particular.

La maternidad está sujeta a una prueba directa, porque es un hecho exterior susceptible de ser demostrado materialmente, en tanto que en la paternidad hay imposibilidad de rendir semejante prueba, que sería una *probatio diabolica*, puesto que la concepción es un fenómeno misterioso que escapa a la comprobación externa.



Para determinar quién es el padre de un individuo, la ley, ha debido recurrir a lo que en derecho se conoce con el nombre de *presunción*. La presunción es la consecuencia que se saca de un hecho conocido para establecer otro desconocido.

El derecho procesal clasifica las presunciones en tres categorías: *jure et de jure*, que son aquellas que para la ley tienen evidente certeza y no admiten prueba en contrario; *juris tantum*, en las cuales el hecho se considera verdadero mientras no se demuestre lo contrario; y las presunciones *hominis*, que son aquellas cuya apreciación queda librada al juicio exclusivo del magistrado, según el orden común y ordinario de las cosas.

Hemos visto ya que la ley supone (art. 240) concebidos durante el matrimonio los hijos nacidos después de 180 días del casamiento válido o putativo de la madre y los póstumos nacidos dentro de 300 días a contar desde la disolución del matrimonio válido o putativo por muerte del marido o por anulación.

Para determinar la maternidad la ley tiene en cuenta estos plazos máximo y mínimo, y aplica una presunción *jure et de jure*. Dice el artículo 244: "Las presunciones de la ley expresadas en los artículos anteriores no admiten prueba en contrario". Y el artículo 245 agrega: "La ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido".

Este principio tan absoluto tiene sus fuentes en el derecho romano. Pablo dice en el Digesto: "*Quia semper certa est (mater), etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est quem nuptiae demonstrant*".

De manera que en realidad no es necesaria otra prueba que la de la maternidad. Demostrada ésta, el hijo nacido de esa mujer tiene por padre al marido. Pero no hay que olvidar que para que esto ocurra es menester que la prueba pueda ser opuesta también al marido.

La prueba de la maternidad se produce en dos formas: o por el acta de nacimiento o por los demás medios de prueba. En el primer caso, la prueba puede ser opuesta tanto a la mujer como al marido; basta la exhibición del documento para indicar quién es el padre, aun cuando en él no se especifique el nombre, siempre que se acompañe la partida de matrimonio.



Pero si el interesado, a falta de partida de nacimiento, recurre a todos los demás medios de prueba, como lo autoriza la ley, estos medios de prueba tienen que ser comunes a la mujer y al marido. De lo contrario, la sentencia que declare la maternidad sólo hará cosa juzgada entre las partes y no tendrá efecto alguno con relación al marido, el cual, amparándose en la falta de intervención suya en el juicio, puede alegar la inexistencia de la cosa juzgada, oponiendo la *excepción de no parte*. Por esq el código establece que "la acción de filiación no puede ser intentada sino contra el padre y la madre *conjuntamente*, y por fallecimiento de éstos contra sus herederos" (art. 260).

100.—*Acción de desconocimiento.*

Las presunciones legales que acabamos de examinar se refieren a la concepción, y en este sentido son *jure et de jure*. Conducen a establecer la legitimidad; pero el padre puede desconocer la paternidad, por medio de la *acción de desconocimiento de filiación*, que es la que tiene por objeto establecer que, si bien la concepción ha tenido lugar durante el matrimonio, ella no es obra del marido, sino de un tercero, y, por la tanto, que el hijo no es legítimo.

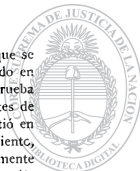
La acción de desconocimiento puede clasificarse en dos categorías: *acción de desconocimiento simple*, que es aquella en que basta la negativa del padre; y *acción de desconocimiento riguroso*, en la cual se requiere, además, prueba que demuestre que el carácter de hijo legítimo no corresponde a quien lo invoca.

101.—*Acción de desconocimiento simple.*

La acción de desconocimiento simple es posible en aquellos casos en que no ha habido cohabitación entre los esposos o en que la ley presume, por lo menos, que no ha podido haberla.

Esta acción puede tener lugar en los dos casos que enumeramos a continuación:

a) Cuando se trata de un hijo nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio válido o putativo de la ma-



dre. En tal caso, basta que el padre lo desconozca para que se estime que no es hijo legítimo; pero el padre será vencido en juicio y se declara la legitimidad si la parte demandada prueba una de estas dos excepciones: 1.º, que el marido supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa; 2.º, que consintió en que se diera al hijo su apellido en la partida de nacimiento, o que de otro modo hubiera reconocido tácita o expresamente por suyo el hijo de su mujer (art. 253). Los fundamentos de estas excepciones ya han sido expuestos.

Esta acción tiene de particular que es personalísima y sólo puede entablarla el marido, porque él es el único que tiene el secreto de estos nacimientos prematuros y puede saber si el embarazo anterior al matrimonio es o no su obra. Los herederos no pueden entablarla, a menos que él la hubiese comenzado, en cuyo caso podrán continuarla (art. 258, primera parte).

b) El segundo caso en que es posible la acción de desconocimiento simple, es el legislado por el artículo 250: "En caso de divorcio, si la mujer después de su separación definitiva o provisoria tuviere algún hijo nacido después de los 300 días desde aquel en que la separación se realizó de hecho, el marido o sus herederos tienen derecho a negar la paternidad, a menos que se probase que hubo reconciliación privada entre los esposos. Estas disposiciones se extienden al caso de separación provisoria de los cónyuges, por motivo de acción de nulidad del matrimonio".

Mientras viva el marido, nadie sino él podrá entablar esta acción (art. 256) y la reclamación deberá hacerla dentro de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento del parto (art. 254).

Los herederos no pueden entablarla si el marido ha dejado transcurrir ese plazo.

Para computar el plazo de 60 días pueden presentarse tres hipótesis, que la doctrina resuelve en esta forma: 1.º, el marido está presente en el lugar donde habita su mujer, en este caso los 60 días se contarán desde el nacimiento del hijo; 2.º, cuando la mujer alumbra, el marido está ausente del lugar, en este caso los 60 días se cuentan desde el regreso; y 3.º, el parto ha sido ocultado al marido, en este caso se computará el término desde que se descubra el fraude.



102.—*Acción de desconocimiento riguroso.*

La acción de desconocimiento riguroso exige prueba de parte del que la ejercita para destruir la presunción de la ley.

Esta acción puede entablarse en los siguientes casos:

a) En la hipótesis prevista en el artículo 246, según el cual “son hijos legítimos los nacidos después de 180 días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los 300 siguientes a su disolución *si no se probase que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.*”

No basta entablarla; es necesario dar la prueba de la imposibilidad del acceso carnal con la mujer en los 120 días de los 300 que han precedido al matrimonio.

2.º En la hipótesis a que se refiere el artículo 252: “El marido no puede desconocer al hijo, dando por causa el adulterio de la mujer o su impotencia anterior al matrimonio. *Pero si, además del adulterio de la mujer, el parto le fuese ocultado, el marido podrá probar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo.*”

El hecho fundamental que debe probarse, es la ocultación del parto. No es necesario dar una prueba especial del adulterio; éste resultará de todos los hechos que demuestren que el marido no es el padre del hijo. La jurisprudencia francesa se ha uniformado en este sentido.

103.—*Acción de contestación de legitimidad.*

La acción de desconocimiento sólo puede ser ejercida por el padre, o por sus herederos si aquél la hubiera entablado o hubiera fallecido antes de transcurridos los 60 días que fija la ley para iniciarla. La acción de contestación de la legitimidad, por el contrario, puede ser entablada por cualquiera que tenga interés en hacerlo.

Esta acción es la que establece el artículo 257, al decir: “Pero la legitimidad del hijo puede ser contestada por no ha-



ber habido matrimonio entre su padre y su madre, o por ser nulo, o haberse anulado el matrimonio, o por no ser concebido el hijo durante el matrimonio”.

No se trata en estos casos de destruir una presunción de la ley, sino de acreditar que el hecho fundamental de la filiación legítima como es el matrimonio, no ha existido. Se ataca al hijo por la inexistencia de la unión legal, y no para destruir las presunciones de la ley. En estos casos la acción no tiene por objeto un interés moral superior, sino exclusivamente el interés pecuniario que pretende reclamar una persona que no puede tener filiación legítima por no existir matrimonio.

También es una acción de contestación de legitimidad la establecida en el artículo 261: “La filiación de que el hijo esté en posesión, aunque sea conforme a los asientos parroquiales, puede ser contestada en razón de parto supuesto, o por haber habido substitución del verdadero hijo, o no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo”. En estos casos hay siempre una usurpación del estado civil y sería posible hasta acción penal.

El que ataca la filiación tendría que probar que no hubo parto; que un niño fué reemplazado por otro, o que una mujer ha tomado un expósito y lo ha hecho inscribir en el registro como hijo legítimo suyo.

• 101.—*Acción de reclamación de estado.*

Se da el nombre de *acción de reclamación de estado* a la que la ley confiere al hijo para hacerse reconocer en su carácter de tal.

El artículo 259 establece que: “los hijos pueden reclamar su filiación legítima cuando sean desconocidos por los padres. Esta acción es imprescriptible. Los herederos y descendientes podrán continuar la acción intentada por ellos, o entablarla cuando el hijo desconocido por los padres hubiese muerto en la menor edad”.

De manera que el hijo puede hacer valer sus derechos por medio de esta acción, que debe entablarla contra el padre y la madre conjuntamente, y por fallecimiento de éstos contra sus herederos (art. 260).



Agrega el artículo 262: “El derecho de reclamar la filiación o de contestar la legitimidad no se extingue, ni por prescripción ni por renuncia expresa o tácita; mas los derechos pecuniarios ya adquiridos están sujetos a la prescripción”.

La acción es *imprescriptible*; es decir, puede ser iniciada en cualquier momento, porque todo individuo tiene derecho a su estado civil, que no es materia que éste en el comercio, y no puede perderse por prescripción.

Cualquiera renuncia o convenio que se hiciese sobre el estado civil de la persona, sería de nulidad absoluta y el interesado podría apartarse de él y entablar nuevamente la acción.

Este derecho a investigar la paternidad ¿lo tendrán también los descendientes del interesado? ¿es un derecho inherente a la persona, es decir, un derecho que se extingue con ella? Contesta el citado artículo 259: “Los herederos y descendientes podrán continuar la acción intentada por ellos, o entablarla cuando el hijo desconocido por los padres hubiese muerto en la menor edad”.

De manera que, en principio, la acción corresponde sólo al hijo; pero, si él no ha llegado a la menor edad, la ley supone que en ese transcurso de tiempo él ha podido ser presionado en el sentido de imposibilitarle para reclamar su estado y entonces faculta a sus descendientes a ejercer la acción. Pero el derecho de entablar la acción de reclamación de estado desaparece si el hijo fallece siendo mayor de edad sin iniciarla, porque entonces debe respetarse su silencio, que se presume deliberado y obedeciendo a motivos superiores. En caso de que el interesado fallezca siendo mayor de edad, pero después de haber iniciado la acción, sus herederos o descendientes pueden continuarla, porque entonces la acción se transmite a ellos como comprendida en la sucesión.

Del carácter personalísimo de la acción se sigue que los acreedores no pueden promover juicios de filiación haciéndos, subrogar en los derechos del deudor. Ellos sólo tienen un derecho patrimonial que no alcanza a afectar estas cuestiones internas de familia.

Como consecuencia del carácter de imprescriptibilidad que tiene la acción de reclamación de estado, se desprende que es *irrenunciable*, como lo establece el citado artículo 262. El pa-

dre no puede estipular con el hijo que éste deje de entablar una acción de filiación en el futuro.

La irrenunciabilidad se refiere a la acción en sí y no a las consecuencias de la acción, o sea a las relaciones patrimoniales que sean conexas.

Un ejemplo aclarará la cuestión. Abierta una sucesión, aparece un individuo diciéndose hijo legítimo del causante. Los herederos, para evitar un pleito, convienen con aquél en acordarle cierta suma para que desista del pleito, haciéndole renunciar a sus derechos hereditarios como tal hijo.

La renuncia tiene efecto en cuanto a los bienes, pero no así respecto de su estado, que puede volverlo a reclamar, sin que sea óbice el desistimiento anterior.





105. — Patria potestad. — Definición. — 106. — Cómo se ejerce. — 107. — Hijos naturales. — 108. — Deberes, derechos y obligaciones de los padres. — Educación. — 109. — Guarda y corrección de los hijos. — 110. — Administración de los bienes de los hijos. — 111. — Usufructo acordado a los padres. — 112. — Derechos del padre como usufructuario. — 113. — Cargas del usufructo. — 114. — Extinción del usufructo. — 115. — Deberes, derechos y obligaciones de los hijos. — Respeto y obediencia. — 116. — Incapacidad de los hijos. — 117. — Capacidad para ciertos actos. — 118. — Cesación y suspensión de la patria potestad.

105.—*Patria potestad.*—*Definición.*

Potestad, del latín *potestas*, es un vocablo que encierra la idea de *poder* o *fuerza*. Los romanos lo empleaban en este sentido frecuentemente: *suprema potestas*, decían refiriéndose al poder de los magistrados; *legum potestatem tenere*, para significar la fuerza de las leyes.

Patria potestas era la calificación que se daba a las facultades del *pater familias* sobre la persona y bienes de sus hijos, expresión que ha perdurado en el derecho moderno y que nosotros tenemos como epígrafe del título en que el código civil legisla las relaciones entre padres e hijos. (Libro I, sección II, título III).

El artículo 264 da una definición, diciendo: "La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las



personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores y no estén emancipados”.

Como se ve, esta definición sólo habla de *derechos*. Sin embargo, es necesario comprender en la patria potestad la noción correlativa de *deberes*.

En la época moderna la patria potestad tiene, como la tutela, el carácter de una institución protectora y ha dejado de ser el poder sobre los hijos, en cierta forma arbitrario, que le atribuía la antigua legislación.

En el derecho romano de los primeros tiempos, el poder del *pater familias* sobre los hijos era ilimitado; los padres tenían sobre ellos derecho de vida y muerte. Era, hasta cierto punto, un derecho teórico, porque no se conoce ejemplo de que los padres lo hayan usado con tal amplitud y rigor en la persona de sus hijos. Pero, sea como fuere, era siempre un poder exclusivo, una verdadera potestad, que hacía que la personalidad del padre absorbiera por completo la personalidad del hijo. El hijo no podía adquirir nada para sí; todo lo que adquiría era para el padre. El hijo estaba casi equiparado a la situación de una cosa, puesto que el padre podía venderlo y aun reivindicarlo. Ni la edad, ni el matrimonio del hijo quitaban al padre el ejercicio de este derecho tan absoluto, semejante al del amo sobre sus esclavos.

La evolución de las ideas y de las instituciones ha hecho que ese poder paterno perdiera su carácter absoluto y se convirtiera en el ejercicio natural de la protección que el padre debe dispensar a los hijos, hasta que tengan fuerza y capacidad suficientes para bastarse a sí mismos.

De manera que para nosotros la patria potestad implica no sólo el concepto de un *derecho* que tiene el padre sobre los hijos, sino también, y muy especialmente, el de *deberes* que debe llenar.

106.—*Cómo se ejerce.*

¿A quiénes confiere la ley la patria potestad?

El citado artículo 264 dice que: “la patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los pa-



dres...”, lo que significa que ella corresponde al padre y a la madre. Pero como no es posible que el ejercicio de un poder coexista sobre dos cabezas sin que se produzcan conflictos en su aplicación, es necesario establecer, como principio, que el ejercicio de la patria potestad corresponde en primer término al padre, que es el encargado de todas las relaciones jurídicas de la familia con relación a la mujer y a los hijos.

El padre ejerce la patria potestad por sí mismo y sin contralor de ninguna especie. La mujer no puede oponerse a lo que él quiera hacer.

La patria potestad es, por su naturaleza, una institución de orden público. De manera que no es susceptible de convenciones particulares; no puede estipularse en las capitulaciones matrimoniales, o en cualquier otro acto posterior, que el padre divida con la madre el ejercicio de la patria potestad.

Sin embargo, dentro del hogar, podemos decir que los deberes que la patria potestad impone respecto de los hijos son ejercidos a la vez por el padre y la madre. Todo lo que se refiere al sentimiento, a la parte afectiva, queda confiado en general a la madre; el padre se encarga, por su parte, de dirigir y formar el carácter de los hijos. De ahí la afirmación de que se hereda el sentimiento de la madre y el carácter del padre.

Esta dualidad de hechos no significa en manera alguna que en el ejercicio de la patria potestad el padre tenga cortas pisas de ningún género. Puede imponer su voluntad, bien entendido, dentro de lo justo y razonable.

¿Cuándo pasa ese poder a la madre?

1.° Cuando fallece el padre. “Los derechos y deberes del padre sobre sus hijos y los bienes de ellos corresponden a la madre viuda”, dice el artículo 305.

El código se aparta en esto de las legislaciones antiguas, que mantenían siempre a la mujer en completa dependencia dentro de la familia.

Por incorrección en el lenguaje, se suele decir vulgarmente, en este caso, que la madre *ejerce la tutela de los hijos*. Esta expresión no es exacta; la madre no ejerce la tutela, sino la *patria potestad*, de la misma manera que la ejercería el padre si viviera.



2.º Cuando el padre incurre en la pérdida de la patria potestad. "La patria potestad se acaba, por incurrir el padre o madre en la pérdida de ella" (art. 306, inciso. 3.º).

Claro está que si es el padre el que pierde la patria potestad es reemplazado en sus funciones por la madre.

3.º Cuando el padre está impedido de hecho de ejercerla por ausencia, ignorándose su existencia, o por su incapacidad mental.

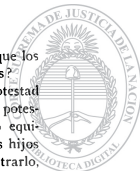
En el primer caso, se declarará la ausencia con presunción de fallecimiento; y en el segundo, el padre será declarado demente, y entonces a la mujer, como curadora del marido, la corresponderá la jefatura del hogar y, por consiguiente, la patria potestad sobre los hijos. La condena del marido a la pena de presidio implica también una incapacidad, que da lugar a que la mujer ejerza los derechos de la patria potestad.

107.—*Hijos naturales.*

El ejercicio de la patria potestad, ¿recae sobre los hijos naturales?

Los autores nacionales han hecho una larga controversia sobre este punto. Algunos se aferran al texto expreso del artículo 264, que dice que "la patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los *hijos legítimos*...", y niegan, por consiguiente, que la patria potestad alcance a los hijos naturales. Opinan que desde que la ley no ha consignado la palabra *naturales*, no existe patria potestad con relación a éstos.

La verdad es que los jurisconsultos no deben limitarse a la interpretación gramatical de las disposiciones de la ley, sino que deben analizar su finalidad, estudiando la institución en conjunto para desentrañar su objeto y su razón de ser. Haciendo, pues, una interpretación positiva del código, se ve que en esta materia, si bien la ley toma como norma la institución modelo para las relaciones entre el hombre y la mujer, que es el matrimonio, al tratar de los hijos naturales establece, en el artículo 328, que "el padre y la madre tienen sobre sus hijos naturales *los mismos derechos y autoridad* que los padres



legítimos sobre sus hijos". ¿Puede, entonces, sostenerse que los padres no tengan patria potestad sobre sus hijos naturales?

No; lo único que debe observarse es que la patria potestad sobre los hijos naturales no puede ser igual a la patria potestad sobre los hijos legítimos, porque el concubinato no equivale al matrimonio, y no podrá aplicarse *stricti juris* a los hijos naturales, como el mismo código se encarga de demostrarlo, todo lo que se prescribe respecto de los hijos legítimos.

El matrimonio es protegido por la ley en toda forma, porque es la institución regular que da origen a la formación y desarrollo de la familia. Pero, cuando una persona ha constituido un hogar, aun cuando sea fuera de las condiciones exigidas por la ley, y de esta unión han nacido hijos, esa persona tiene, indudablemente, ciertos derechos innegables sobre esos hijos.

La ley no acuerda al padre natural los mismos derechos que al padre legítimo, pero no llega al absurdo de negárselos en absoluto. Le priva de algunos de ellos, como la administración y el usufructo de los bienes de los hijos naturales (artículo 336), sin privarle de los demás. El código, teniendo en cuenta que las uniones irregulares proceden de sendas tortuosas, después de declarar que los padres naturales tienen "los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos" (art. 328), establece que "los jueces pueden restringir o suspender enteramente el ejercicio de este derecho, cuando así convenga al interés de los hijos" (art. 329), subordinando el poder paterno al contralor de la autoridad judicial, cosa que no ocurre cuando se trata de los hijos legítimos.

Por consiguiente, podemos sentar como regla que existe, con carácter restringido, una patria potestad sobre los hijos naturales, y que la restricción consiste, por una parte, en que los padres no tienen ni la administración ni el usufructo de los bienes de sus hijos naturales, y por otra, en que en cualquier momento pueden los jueces limitar o anular ese derecho, teniendo en cuenta intereses superiores.

108.—Deberes y derechos de los padres.—Educación.

Entre los deberes que la ley impone al padre con relación a los hijos — deberes que son a la vez los que originan los



derechos que la misma ley les confiere — se encuentra uno fundamentalísimo, que es el de *educación*.

El deber de educación, legislado con especial detenimiento, tiene para nuestra ley un concepto amplísimo. La educación comprende desde la crianza del niño, el vestido, la alimentación, los rudimentos de las primeras letras, hasta ponerlo en condiciones de bastarse a sí mismo cuando sea mayor de edad, mediante el conocimiento de un arte, profesión u oficio. Eso es, en efecto, lo que dice el artículo 265: "Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres. Tienen éstos obligación y derecho de criar a sus hijos, elegir la profesión que han de tener, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de ellos o de la madre, sino con los suyos propios".

Este deber de educación, tomando el vocablo así con carácter amplio, podemos descomponerlo en la siguiente forma:

a) Deber de dar a los hijos *instrucción primaria*.

Es ya un axioma que la educación primaria constituye una de las funciones esenciales del Estado, porque no es posible la existencia de una sociedad organizada cuando en sus componentes hay una subida proporción de analfabetos y porque el individuo que no sabe, por lo menos, leer y escribir es un ser inútil, incapaz de desenvolverse por sí mismo. Por eso es que desde la Constitución nacional, el código civil y las leyes especiales, hasta los decretos de las municipalidades, se nota que, ante todo, los poderes públicos persiguen el propósito de asegurar los beneficios de la instrucción primaria al mayor número posible de personas.

Se explica así que la primera obligación que la ley imponga a los padres sea la de dar instrucción a sus hijos. No corresponde al código civil, sino a leyes especiales, establecer la sanción para el caso de que los padres no cumplan con ese deber. Así, la ley de educación común prescribe que los padres están obligados, bajo determinadas penas, a matricular a sus hijos desde los seis a los catorce años de edad. Llenada esta formalidad, los padres deben enviar sus hijos a las escuelas del Estado, o bien a institutos particulares, o de lo contrario, darles instrucción en su propia casa.

b) Deber de dar a los hijos *preceptos y ejemplos morales*.



Esto no lo prescribe la ley en forma expresa, sino negativa e implícita, cuando establece en el artículo 309 que los jueces pueden privar a los padres de la patria potestad si desobedecen a los hijos preceptos, consejos o ejemplos inmorales.

La sanción se explica, porque no es admisible que los que están encargados de educar a los niños lleven una vida inmoral o licenciosa que los pervierta. Los casos de esta naturaleza caen, por otra parte, bajo la órbita de las leyes penales, que castigan con tres a seis años de penitenciaría al ascendiente, afín en línea recta ascendente, marido o persona encargada de la educación o guarda de la víctima, que promueva o facilite la prostitución o corrupción de menores de diez y ocho años (art. 19 de la ley número 4.189).

El padre no puede tampoco abandonar a sus hijos sin incurrir en la misma sanción de perder la patria potestad. Dice, en efecto, el artículo 307: "Los padres que exponen o abandonan a sus hijos en la infancia pierden la patria potestad".

En las uniones legítimas lo normal es que los padres no sientan sino un motivo de satisfacción al cumplir con este deber de tener los hijos consigo, criarlos y educarlos; pero en las uniones ilegales sucede a menudo que, siendo los hijos fruto de una falta, los padres tratan de ocultarlos y los abandonen. Cuando existía entre nosotros el *torno libre*, los malos padres, los que se negaban a cumplir con sus deberes hacia sus hijos, los dejaban en la Casa de Expósitos, y esta institución se encargaba de la crianza de esas desgraciadas criaturas. Pero, suprimido el *torno libre*, los malos padres, por temor al concepto público de la deshonor, optan por dejar al hijo en la calle, cuando no cometen el delito de infanticidio.

La ley, para prevenir estos casos de abandono, quita a los padres, por una parte, la patria potestad, y por otra los castiga con una pena determinada (arts. 162 a 164 del Código Penal).

c) Deber de dar *alimentos* a los hijos.

Dice a este respecto el artículo 267: "La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades". Y agrega el artículo 268: "La obligación



de dar alimentos a los hijos no cesa aun cuando las necesidades de ellos provengan de su mala conducta".

El artículo 269 establece que "si el hijo menor de edad, ausente de la casa paterna, se hallase en urgente necesidad, que no pueda ser atendida por los padres, las suministraciones que se le hagan se juzgarán hechas con autorización de ellos".

La obligación de alimentos no alcanza, según lo prescribe el artículo 270, hasta suministrar a sus hijos "los medios de formar un establecimiento, ni de dotar a las hijas".

En caso de divorcio, de separación judicial de bienes o de nulidad de matrimonio, incumbe siempre al padre el deber de dar alimentos a sus hijos y educarlos, si el juez los dejare en su poder (art. 271). Si el padre faltase a esta obligación, puede ser demandado por la prestación de alimentos, o por el propio hijo si fuese adulto, asistido por un tutor especial o por cualquiera de los parientes o por el Ministerio de Menores (art. 272).

La obligación que tienen los padres de dar alimentos a sus hijos no debe confundirse con la obligación de dar alimentos que deriva del parentesco, obligación de carácter general, que estudiaremos en oportunidad. La obligación de los padres, derivada de la patria potestad, tiene la característica de ser una obligación unilateral, es decir, únicamente de parte de los padres hacia los hijos y no viceversa, y de ser limitada en el tiempo, puesto que esa obligación cesa en cuanto los hijos llegan a la mayor edad, en tanto que la obligación alimentaria derivada del parentesco es recíproca, es decir, que el padre está obligado a alimentar al hijo cuando éste no tiene medios de obtener su subsistencia, y viceversa, los hijos están obligados a suministrar alimentos a los padres, así como están obligados a suministrárselos los hermanos entre sí, etc., y es ilimitada en el tiempo, porque no cesa a ninguna edad, siendo, por el contrario, en caso de vejez cuando se aplica con mayor frecuencia.

109.—Guarda y corrección de los hijos.

La ley, al imponer a los padres la obligación de educar a los hijos, debía forzosamente acordarles a la vez las facultades correlativas para poder cumplir esa obligación.



Con este objeto, la ley da a los padres dos clases de poderes: 1.º, el poder de *guarda*, para que los padres estén siempre en la posibilidad de conservar sus hijos a su lado; 2.º, el poder de *corrección*, que autoriza a los padres a tomar medidas disciplinarias para prevenir o castigar las faltas de los hijos.

Dice el artículo 275: "Los hijos no pueden dejar la casa paterna, o aquella en que sus padres los han colocado, ni enrolarse en servicio militar, ni entrar en comunidades religiosas, ni obligar sus personas de otra manera, ni ejercer oficio, profesión o industria separada, sin licencia o autorización de sus padres".

Si, a pesar de la prohibición de la ley, el hijo se aleja del hogar y se resiste a volver a él, entonces interviene el poder de corrección. No obstante el principio constitucional según el cual nadie puede ser detenido sin orden escrita de autoridad competente, el código confiere a los padres el poder de hacer reintegrar sus hijos al hogar por medio de la policía, sin intervención de la justicia.

"Si los hijos dejasen la casa paterna — dice el artículo 276 — o aquella en que sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hayan substraído a su obediencia, o que otros los detengan, los padres pueden exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesario para hacerlos entrar bajo su autoridad. Ellos pueden acusar criminalmente a los seductores o corruptores de sus hijos y a las personas que los retuvieren".

Y el artículo 278 agrega: "Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos; y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. La autoridad local debe reprimir las correcciones excesivas de los padres".

En la actualidad los padres se ven en la imposibilidad de hacer recluir a los hijos indisciplinados en establecimientos que los corrijan, porque carecemos de reformatorios de menores.

Cuando los padres exceden sus poderes, la autoridad local puede amonestarlos y aun dar cuenta al Ministerio de Menores, para que éste inicie las acciones judiciales que corres-



pondan, porque "*patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere*".

Pueden también los padres desheredar a sus hijos, por las causas y conforme a lo dispuesto en el título 16, sección 1.ª del libro 4.º del código.

Los padres pueden exigir que los hijos que están en su poder les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar paga o recompensa (art. 277); y para hacer contratos de locación de los servicios de sus hijos adultos, o para que aprendan algún oficio, necesitan el asentimiento de ellos (art. 280).

Si el hijo de familia adulto ausente de la casa paterna con licencia del padre, o en país extranjero, o en lugar remoto dentro de la República, tuviese necesidad de recursos para sus alimentos u otras necesidades urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar o por el cónsul de la República para contraer deudas que satisfagan la necesidad en que se hallare (art. 284).

110.—*Administración de los bienes de los hijos.*

La administración de los bienes de los hijos menores está a cargo de los padres.

Administrar es la facultad de gobernar o dirigir un patrimonio. Cuando el patrimonio es propio, esta facultad es ilimitada y absoluta, porque es el ejercicio, en su más amplia extensión, del derecho de propiedad. Pero cuando la administración versa sobre bienes ajenos está limitada, o por la voluntad del propietario, o por mandato de la ley. Si el propietario, siendo persona capaz, encomienda a un tercero la administración de sus bienes, puede limitar la acción de este mandatario en la forma que desee; y aun cuando le otorgue poder con la facultad de franca y libre administración, ello no significa que éste pueda hacer lo que le plazca del patrimonio de su mandante, requiriéndose facultades especiales para determinadas operaciones; pero cuando el titular del patrimonio es un incapaz, un menor de edad, no puede imponer reglas al que ha de administrar los bienes. Entonces interviene la



ley, estableciendo las limitaciones que considera necesarias en salvaguarda de los bienes de los menores.

“El padre — dice el art. 293 — es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aun de aquellos bienes de que no tenga el usufructo”. Es, por consiguiente, una administración amplia, en principio, pero “los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad”. (Art. 279).

En toda administración se distinguen los actos llamados de *mera administración* de los actos de *enajenación*. Los primeros implican sólo vigilar, cuidar el patrimonio; y esto lo puede hacer el administrador sin necesidad de autorización expresa ni de cláusulas especiales en los contratos o en la ley. Si hay que efectuar una reparación en un inmueble o que abonar un impuesto, el administrador está plenamente facultado para hacerlo. Y se explica que así sea, porque estos actos no responden sino a la necesidad de asegurar la conservación de los bienes. El arrendamiento, sin embargo, tiene ciertos caracteres particulares, porque consiste en entregar el uso de la cosa a un tercero, mediante una retribución en dinero. No se suscitan mayores dificultades cuando el arrendamiento es sin término, porque entonces puede dársele fin con relativa prontitud; pero no sucede lo mismo cuando el arrendamiento es por largo plazo, una serie de años, en cuyo caso, como es sabido, el inmueble puede sufrir una depreciación de importancia en su valor. ¿Puede el padre, como administrador, celebrar contratos de arrendamiento sobre los bienes de los hijos, dentro del máximo de diez años que señala la ley?

A falta de disposición expresa en el código, la jurisprudencia ha entendido que los padres están autorizados a dar en arrendamiento los bienes de sus hijos, siempre que sea con la limitación establecida en el artículo 300: “Los arrendamientos que los padres hagan de los bienes de sus hijos llevan implícita la condición que acabarán cuando concluya la patria potestad”.

Dados los términos de este artículo, sería de preguntar si, por ejemplo, falleciendo un padre a los dos años de haber dado en arrendamiento por seis años un inmueble de un hijo suyo de catorce, quedaría rescindido el contrato. Interpretan-



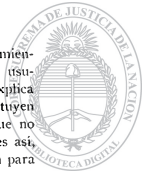
do literalmente el referido artículo, no habría otra solución, porque la patria potestad se acaba por el fallecimiento de los padres (arts. 306, inc. 1.º). Pero esta interpretación redundaría en perjuicio de los menores, desde que forzosamente se harían onerosas las transacciones en cuanto los locatarios, ante la inseguridad en que se encontrarían, habrían de exigir que se agregaran al contrato determinadas cláusulas penales. La doctrina establece que la limitación del artículo 300 se produce sólo cuando la patria potestad se acaba por estas dos causas: por llegar los hijos a la mayor edad o por la emancipación. En ambos casos es justo que los hijos, al entrar en la posesión de sus bienes, lo reciban sin ninguna carga que los desvalore.

Algunos sostienen que este artículo debe aplicarse también cuando la patria potestad termina por fallecimiento del menor, para que sus herederos reciban completamente libre el patrimonio. Así, hecho un arrendamiento, por seis años, sobre bienes de un menor de 18 años, si éste fallece a los dos años los herederos no estarían obligados a respetar el contrato por los cuatro años restantes.

No es así, sin embargo, porque el heredero está obligado a cumplir todas las cargas personales o reales que gravan el patrimonio del causante. Si este patrimonio fué gravado — digamos así — por un contrato de arrendamiento por quien estaba autorizado a hacerlo, una vez que el patrimonio pasa a los herederos, éstos deben cumplir la carga, de la misma manera como reciben el beneficio. Por consiguiente, deben respetar el contrato celebrado.

En cuanto a los actos de enajenación, el código distingue los bienes muebles de los inmuebles. Es sabido que los primeros se transfieren por la sola tradición, de acuerdo con el principio de que en materia de bienes muebles la posesión vale título, en tanto que para la transferencia de los segundos se requiere escritura pública y tradición, según el código, e inscripción en el registro de la propiedad, por disposición de leyes especiales.

Los bienes muebles pueden ser enajenados por el padre sin limitación, salvo cuando se trata de ganados. Dice a este respecto el artículo 298 que los padres no podrán enajenar



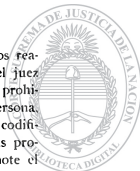
“los ganados de cualquier clase, que formen los establecimientos rurales, sino aquellos cuya venta es permitida a los usufructuarios que tienen el usufructo de rebaños”. Se explica la restricción porque en nuestro país los ganados constituyen una cuantiosa fuente de riqueza privada, lo que hace que no puedan equipararse a las cosas muebles comunes. Tanto es así, que los códigos rurales exigen determinada documentación para la transferencia de los ganados.

La venta permitida a los padres, a que hace referencia el citado artículo 298, es la de las crías, porque esta venta no implica la destrucción del plantel originario, que debe ser conservado intacto o irse reemplazando.

Otra limitación en la enajenación de bienes muebles es la que trae el artículo 297, cuando dice que los padres no podrán vender, sin autorización del juez del domicilio, “las rentas que estén constituidas sobre la deuda nacional”. Con esto el código ha querido asegurar a los menores la propiedad de los títulos de renta nacionales, porque en ellos el capital está perfectamente garantizado.

Lo que respecta a bienes inmuebles presenta mayor dificultad, debido a la confusa redacción del artículo 297, que comienza diciendo: “Los padres no pueden enajenar, *sin autorización del juez del domicilio*, los bienes inmuebles de los hijos... ni constituir derechos reales sobre dichos bienes; ni transferir derechos reales que pertenezcan a los hijos sobre bienes de otros...”. Hasta aquí la ley expresa que los padres necesitan de la autorización judicial para realizar tales operaciones, pero continúa diciendo: “...ni comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes muebles o inmuebles en remate público... etc.”. ¿Podrán, entonces, los padres realizar para sí esta compra en remate público *cundo tengan autorización del juez*, como se desprende de los términos literales del artículo? No; porque esta adquisición importaría un contrato que está prohibido por el artículo 279, cuando dice que “los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad”.

El error proviene de haber sido tomada esta regla del artículo 1.537 de Freitas, sin conservar su redacción originaria. Freitas prohibía a los padres enajenar los inmuebles de los



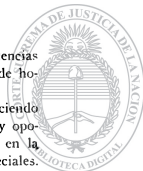
hijos o los títulos de renta, constituir sobre ellos derechos reales, etc., salvo todo ello cuando hubiera autorización del juez del domicilio; y luego agregaba, en inciso aparte, una prohibición absoluta de comprar, por sí, o por interpósita persona, los bienes muebles o inmuebles de los hijos. Nuestro codificador, en cambio, ha unido en un solo párrafo todas las prohibiciones, lo que ha hecho que dentro del código se note el contrasentido que hemos señalado.

Continúa nuestro artículo 297: "... ni constituirse cesionario de créditos, derechos o acciones contra sus hijos, a menos que las cesiones no resulten de una subrogación legal...". Porque sería inmoral que el padre pagara al acreedor de su hijo para ser a su vez acreedor y ejecutarle. Pero cuando el padre paga para evitar un mal mayor al hijo, la ley debe reconocer que hay subrogación, porque de lo contrario habría un enriquecimiento sin causa.

El citado artículo agrega: "... ni hacer remisión voluntaria de los derechos de sus hijos..." La prohibición debe ser entendida también con carácter absoluto, porque sería un contrasentido que el juez autorizara al padre a hacer remisión, por ejemplo, de una hipoteca o de una servidumbre constituida a favor del hijo. Ni el padre ni el juez pueden disponer en tal forma del patrimonio ajeno. Así, el mismo código, en la compraventa, en las sucesiones, etc., al especializar sus disposiciones, se encarga de prohibir tales actos. Una interpretación racional y sistemática de la ley en conjunto nos demuestra que la prohibición no puede quedar sin efecto aunque haya autorización judicial. El acto sería nulo.

Dice en seguida el artículo: "... ni hacer transacciones privadas con sus hijos de la herencia materna de ellos, o de herencia en que sea con ellos coheredero o legatario...". Desde que el padre interviene en virtud de su representación legal, sería absurdo que apareciera haciendo transacciones con sus hijos sobre la herencia.

En los primeros tiempos en que comenzó a aplicarse el código, se suscitó una cuestión con motivo de esta regla. Se decía que, habiendo intereses encontrados en toda partición de bienes, era necesario nombrar un tutor especial a los menores. Nombrado el tutor, en cuanto él intervenía en la cuenta



de partición haciendo objeciones, comenzaban las disidencias en la familia; y luego todo terminaba con un recargo de honorarios, que insumía una buena parte del haber.

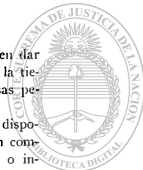
Nuestros tribunales reaccionaron entonces, estableciendo que, si bien del punto de vista estrictamente jurídico hay oposición de intereses entre el padre y los hijos menores en la partición, no es el caso de nombrar a éstos tutores especiales. Los hijos quedan garantizados, porque la vigilancia de sus bienes está confiada al ministerio de menores y porque la partición se aprueba *en cuanto ha lugar por derecho*, es decir, en cuanto esté bien hecha; de lo contrario, quedarán al hijo a salvo sus acciones para entablarlas así que llegue a la mayor edad.

El artículo que venimos examinando termina con la siguiente prohibición: "...ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos, o de terceros". Se explica la prohibición, porque dado el ascendiente que los padres tienen sobre los hijos, fácilmente podrían inducirlos a aceptar el papel de fiadores, con lo que vendrían a poner en peligro su patrimonio.

¿Cuáles son las formas a que está sometida la autorización judicial que exige el artículo 297 en los casos en que ella proceda? ¿Cómo se efectúa la enajenación de los bienes?

En el título *De la Patria Potestad* no existe disposición alguna sobre el particular, fuera del citado artículo 297. Se aplica, por analogía, el artículo 442, que, respecto de la tutela, dice que "el juez puede dispensar que la venta se haga en remate público, cuando a su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, o porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación".

Esto significa que previamente debe hacerse una tasación de los bienes. Las leyes procesales han establecido que esta tasación debe ser hecha por peritos; y una ley nacional ha dispuesto que todas las pericias sobre inmuebles deben hacerse por peritos diplomados en una universidad nacional e inscriptos en la matrícula de los tribunales. No obstante, la jurisprudencia ha entendido que no son los ingenieros ni los agrimensores los peritos más indicados para determinar el valor de los inmuebles, sino los rematadores, que por su actuación están en



contacto directo con los movimientos de la plaza y pueden dar en cualquier momento un informe fidedigno del valor de la tierra, y de ahí que estos profesionales puedan realizar esas pericias.

Hemos visto anteriormente que, combinando las disposiciones de los artículos 297 y 279, los padres no pueden comprar por sí, ni por interpósita persona, bienes muebles o inmuebles de sus hijos menores en remate público. Sin embargo, la prohibición no es absoluta, porque hay una excepción que se presenta generalmente en las sucesiones. La jurisprudencia ha resuelto que esa prohibición no rige cuando el padre es condómino con el hijo en un inmueble.

Sostener que cuando el padre ha quedado, por fallecimiento de su esposa, en condominio con sus hijos, no puede adquirir la parte que a éstos corresponde en un inmueble, porque un artículo del código establece que el padre no puede comprar en remate público los bienes de sus hijos, sería hacer una interpretación literal de la ley. Esta sólo ha querido evitar que el padre adquiriera bienes de los hijos cuando no tenga en la cosa un interés jurídico o pecuniario. Pero en el caso que tratamos el padre tiene ya la mitad de los bienes y sobre la otra mitad debe tener un derecho por lo menos igual al de los terceros, máxime cuando la venta que se hace en remate público está sometida al contralor de la justicia, porque requerirá el consentimiento del asesor de menores y el auto aprobatorio del juez.

Por lo que se refiere a la administración de los bienes muebles, hemos dicho que el padre tiene amplias facultades. Tratándose de dinero, ¿podrá el padre retirarlo del poder de la justicia, para darle la aplicación que le parezca conveniente? Liquidada una sucesión, el dinero que corresponde a los hijos menores se coloca, generalmente, en el Banco de la Nación a *usuras pupilares* (1); ¿puede ser retirado este dinero por los padres en virtud de ejercer la administración legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, para darles la aplicación que juzguen conveniente?



Los asesores de menores se oponían en un principio a que los jueces decretaran estas entregas de dinero, salvo cuando los padres indicasen cuál era el uso que iban a hacer de él. Los asesores consentían en la entrega cuando los padres iban a invertir el dinero en operaciones seguras y productivas, tales como la adquisición de títulos de renta del Estado, cédulas hipotecarias, etc., títulos que luego debían ser depositados en el Banco de la Nación, a nombre de los hijos y a la orden de los jueces.

El código no trae ninguna disposición sobre este punto. Ciertamente concede a los padres el usufructo de los bienes de los hijos que están bajo su potestad; y como es sabido, cuando el usufructuario versa sobre una suma de dinero, el usufructuario tiene derecho a disponer de él como mejor le plazca (arts. 2.808 y 2.811); pero, ¿se aplica esta disposición a los dineros de los hijos menores, ya que los padres no están obligados a dar fianza?

Los tribunales han sentado como jurisprudencia que “la madre viuda (y con mayor razón el padre), administradora legal de los bienes de sus hijos menores, no está obligada a justificar previamente el objeto a que destinará los fondos cuya entrega solicite al juzgado”.

Pueden, pues, retirarse los fondos, sin expresar el destino que se les dará.

¿En qué responsabilidad incurren los padres cuando realizan alguno de los actos que les están prohibidos? Dice el artículo 299: “Los actos de los padres contra las prohibiciones de los dos artículos anteriores *son nulos* y no producen efecto alguno legal”.

Hay que advertir que no puede considerarse como absoluta esta sanción. Si el padre realiza un acto prohibido, y este acto se discute durante la menor edad del hijo, el acto se declarará nulo. Pero si él ha quedado, por decirlo así, latente, ¿podrá el hijo, al llegar a la mayor edad, confirmarlo? El código, al legislar sobre nulidad de los actos jurídicos, dice que “la nulidad absoluta no es susceptible de confirmación” (artículo 1.049).

Si se aplicara esta disposición al pie de la letra, no habría confirmación posible. Sin embargo, si el hijo es capaz y desea



confirmar el acto, no hay ningún interés jurídico en impedir que la operación quede firme, aun con efecto retroactivo a la fecha en que el acto se verificó.

La administración de los padres sobre los bienes de los hijos que están bajo su potestad puede cesar por diversas causas, señaladas por el artículo 301, que estudiamos a continuación.

a) Cuando la administración sea *ruinosa* para el haber de los hijos.

La ley no puede permitir que los bienes de los menores disminuyan o desaparezcan. Pero ¿cómo llega a saberse que el padre está administrando mal los bienes de los menores? No es posible que el juez o el ministerio de menores estén constantemente inquiriendo informes sobre su administración.

Generalmente, la justicia toma intervención en estos casos por denuncia hecha ante el ministerio de menores por algún pariente del menor perjudicado, aun cuando ese pariente no tenga personería para discutir la administración del padre, o bien por denuncia del propio hijo cuando es adulto, es decir, mayor de catorce años, y se apercibe de la merma de sus bienes. Entonces el juez, convencido de que por lo menos hay semiplena prueba de que efectivamente se trata de una administración ruinosa, nombra al menor un tutor especial, el cual discutirá con el padre si se le ha de quitar o no la administración.

b) Por *ineptitud* de los padres para administrar los bienes de los menores.

¿Qué ha querido significar la ley cuando ha empleado la palabra *ineptitud*, que envuelve un concepto demasiado vago y elástico, sujeto a apreciaciones personales? Creemos que sólo ha podido referirse a la *demencia*, a la incapacidad en que se hallan aquellos que están en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, según la expresión del mismo código, porque el caso de la falta de aptitudes o de condiciones personales para administrar los bienes de los menores está comprendido en el que acabamos de señalar.

La declaración de demencia, como es sabido, sólo puede ser hecha por los tribunales, de acuerdo con el informe que



produzcan los facultativos designados al efecto y con el juicio que se forme el propio magistrado.

c) Cuando los padres estén reducidos a estado de *insol-vencia* y *concurso judicial* de sus acreedores.

El activo de todo patrimonio está constituido por el conjunto de bienes que lo componen, ya sean muebles, inmuebles, derechos o acciones. El pasivo está formado por las deudas. Cuando el pasivo es mayor que el activo, el titular del patrimonio se halla en estado de insolvencia.

El padre que se encuentre en esta situación no puede continuar con la administración de los bienes de sus hijos. Ese hombre ha perdido la confianza que la ley ha depositado en él al atribuirle la administración de los bienes de sus hijos incapaces, puesto que no ha sabido manejar los propios intereses. Sin embargo — agrega el artículo 301 — los padres podrán continuar con la administración “si los acreedores lo permiten y no embargan su persona”.

Y el artículo 302 dice que “los padres, aun insolventes, pueden continuar con la administración de los bienes de sus hijos si dieran fianzas o hipotecas suficientes”.

Del punto de vista doctrinario, no debe confundirse la insolvencia con la quiebra. Para que exista quiebra, no es necesaria la insolvencia; basta que el deudor esté en cesación de pagos.

d) Cuando *se suspende la patria potestad*.

La patria potestad se suspende por ausencia de los padres, con presunción de fallecimiento, o por su incapacidad mental (art. 310 C. C.) y por condena a presidio (art. 63, inciso 2.º, C. P.).

e) Cuando los padres son privados de la *patria potestad*.

Así lo establece el artículo 304. Esta privación sólo se produce por causas graves, que revelan que el padre es indigno de tener ningún poder sobre sus hijos, o cuando, como en el caso de la madre viuda que pasa a segundas nupcias, la patria potestad vendría a estar en manos de un extraño.

En todos los casos en que los padres cesan en la administración, ésta pasa a un tutor especial, designado por el juez al efecto, el cual entregará al padre el sobrante de las rentas



de los bienes de los hijos, después de satisfechos los gastos de la administración, alimentos y educación (art. 303).

f). El padre tampoco tiene la administración de los bienes donados o dejados por testamento a los hijos, cuando han sido donados o dejados bajo la *condición de que no los administre* (art. 294), pero ello no le priva del derecho al usufructo (art. 295).

Siendo los padres los administradores de los bienes de sus hijos, y estando obligados a educarlos y vigilar sus actos, "responden por los daños que causen sus hijos menores de diez años que habiten con ellos" (art. 273).

III.—Usufructo acordado a los padres.

La ley ha querido compensar en parte las cargas impuestas a los padres en virtud de la patria potestad, acordándoles el uso y goce de los bienes de los hijos menores.

Pertenecen a éstos los bienes adquiridos por herencia o donación; pero el usufructo corresponde por la ley a los padres hasta que los hijos lleguen a la mayor edad, sin obligación de rendir cuenta de lo que perciban. En el ejercicio de este derecho la ley confía en la buena fe de los padres, porque lo normal es que éstos no dilapiden los bienes de los hijos.

¿Sobre qué bienes recae este usufructo?

El artículo 287 establece como principio general que el usufructo versa sobre todos los bienes, salvo las excepciones que determina: "El padre y la madre — dice — tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, con excepción de los siguientes:

"1.º De los bienes que los hijos adquieran por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos;

2.º De los que adquieran por su trabajo o industria, aunque vivan en casa de sus padres..."

Estos dos incisos se refieren, en resumen, a los bienes adquiridos por los hijos en razón de su esfuerzo personal, que constituye lo que los romanos llamaban *peculio*. Pero en nuestras familias, no obstante lo dispuesto por la ley, la costumbre hace que los hijos entreguen a sus padres parte de lo que



perciben por su trabajo, para contribuir así a las necesidades del hogar.

El inciso 3.º del artículo referido exceptúa también del usufructo de los padres los bienes que los hijos “adquieran por casos fortuitos, como juego, apuesta, etc.”.

En verdad, no es feliz la disposición, porque no sólo comienza por suponer que los menores de edad se dedican al juego, sino que les asegura la propiedad de lo que pueden ganar en tal concepto. Indudablemente, la ley no ha querido referirse a los juegos prohibidos; pero hay que reconocer que aun los juegos lícitos son desmoralizadores cuando no se trata de los deportes atléticos, y lo son mucho más tratándose de menores.

El premio obtenido por un billete de lotería adquirido por un hijo de familia ¿corresponde a éste? Ante la disposición de la ley es indiscutible, aunque no haya tenido autorización para adquirir el billete, porque el billete de lotería es un título al portador, regido por leyes especiales, y esta clase de documentos dan derechos al tenedor de ellos, sin necesidad de investigar su capacidad o condiciones.

El inciso 4.º exceptúa del usufructo de los padres los bienes que los hijos “hereden con motivo de incapacidad del padre para ser heredero”.

Sólo hay dos casos en que puede presentarse la incapacidad del padre para ser heredero: los de *indignidad* y de *desheredación*. La indignidad es una incapacidad que la ley establece por razones morales de orden superior, cuando el que debía recoger la herencia se ha hecho inhábil por actos reprobables que él mismo ha ejecutado contra el causante (art. 3.291 y siguientes). La desheredación es la privación de la legítima en virtud de cláusula expresa del testamento, y fundada también en la comisión de hechos infamantes contra el causante (artículo 3.744 y siguientes).

En el antiguo derecho, cuando se producía uno de estos casos de incapacidad del padre para ser heredero, por indignidad, los hijos venían a sufrir indirectamente las consecuencias, porque ellos también quedaban excluidos de la herencia, en virtud del precepto canónico según el cual las faltas de los padres pesan sobre los hijos hasta la cuarta generación. Pero el de-



recho moderno ha reaccionado, estableciendo que los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho propio, sin el auxilio de la representación.

Por este principio, la mujer homicida de su padre queda excluida de la sucesión por indignidad; pero correspondiendo a los hijos de ella, heredar directamente al abuelo, recibirán los bienes, y siendo menores, el usufructo lo tendría aquélla, viniendo en forma indirecta a sacar provecho de su delito. Para impedir tal enormidad, la ley establece que el usufructo de los bienes de los hijos no corresponde en tal caso a los padres.

Este principio no sólo está consignado en el inciso que examinamos, sino en el artículo 3.301, que dice: “Los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho propio y sin el auxilio de la representación, no son excluidos por faltas de sus padres; *mas éste no puede en ningún caso reclamar sobre los bienes de esta sucesión el usufructo que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de sus hijos*”.

Si la incapacidad para heredar es por desheredación, aplicando la misma doctrina que en el caso anterior resulta que los hijos del desheredado tienen derecho a reclamar la herencia que corresponde al padre. Así lo establece nuestro código, agregando la misma prohibición respecto de los padres sobre el usufructo y administración de los bienes de los hijos. Dice, en efecto, el artículo 3.749: “Los descendientes del desheredado que sobrevivan al testador ocupan su lugar, y tienen derecho a la legítima que su ascendiente tendría si no hubiese sido desheredado, *sin que éste tenga derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa heredan sus descendientes*”.

Los padres no tienen tampoco el usufructo de los bienes que los menores reciban por herencia, donación o legado, con la cláusula expresa de que el usufructo no ha de corresponder a aquéllos (art. 289); y por razón del destino, tampoco les corresponde el usufructo de los bienes donados o dejados con indicación del empleo que debe hacerse de los respectivos frutos o rentas.

Corresponde el usufructo a los hijos, en todos estos casos en que los padres están excluidos de él (art. 288).

En lo que respecta a las sucesiones, la ley establece que siempre que se trate de menores o de incapaces la aceptación



de la herencia por parte de éstos debe hacerse con beneficio de inventario, lo que quiere decir que ellos sólo responderán de las deudas de la herencia con los bienes de la misma, y no con los suyos propios, como sería en el caso de que la aceptación fuera pura y simple (arts. 3.343 y 3.371).

Cuando se trata de menores, la ley ha fijado un plazo para hacer ese inventario: "En los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre o de la madre—dice el artículo 296—el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio y determinarse en él los bienes que correspondan a los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores".

Sucede en la práctica que casi nunca el padre sobreviviente cumple con esta disposición dentro del plazo establecido; y parece que los jueces no deben aplicar el rigor de la ley cuando, terminado el plazo, se presenta el padre sobreviviente a iniciar la sucesión. Son situaciones de hecho, que los jueces deben solucionar con equidad.

Desde que el usufructo es una consecuencia necesaria de la patria potestad, los padres no tienen tampoco derecho al usufructo de los bienes de los hijos cuando son privados de ella, salvo cuando lo fuesen por demencia (art. 304), y también cuando la patria potestad se acaba.

Los casos en que la patria potestad se acaba, serán estudiados en oportunidad. Sólo agregaremos que cuando es por fallecimiento de los padres ya no hay usufructuario, porque el usufructo no es un derecho transmisible, sino personal, que concluye con la persona. Así, no les corresponde a los abuelos, aunque la ley les permite ser tutores. Y, respecto del caso en que la patria potestad se acaba por emancipación de los hijos—emancipación que, como es sabido, sólo se produce por el matrimonio—recordaremos que la ley de matrimonio civil (art. 24), obedeciendo a una inexplicable desconfianza hacia los padres cuando gozan del usufructo de los bienes de sus hijos, les obliga a manifestar el motivo de su oposición al matrimonio de los varones menores de diez y ocho años o mujeres menores de quince años, cuando gozan de ese usufructo.



112.—Derechos del padre como usufructuario.

¿Cuáles son los derechos de los padres como usufructuarios de los bienes de los hijos menores?

Los padres tienen derecho de usar y gozar de esos bienes de acuerdo con los principios que rigen el usufructo, es decir, sin alterar la substancia de la cosa.

El usufructo de los padres no es embargable en su totalidad, sino en lo que resta una vez cubiertas todas las cargas a que está obligado el usufructuario (art. 292).

Este usufructo sólo puede cederse hasta la concurrencia de la parte en que puede ser embargado.

113.—Cargas del usufructo.

¿Cuáles son las cargas u obligaciones que pesan sobre los padres como usufructuarios?

Puede decirse, en general, que las cargas son las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar (art. 291, inciso 1.º).

Es sabido que el usufructuario debe garantizar por medio de una fianza la devolución de la cosa recibida en usufructo. Los padres que tienen el usufructo de los bienes de sus hijos no están obligados a dar esta garantía: la ley ha entendido que el afecto de los padres hacia los hijos es seguridad suficiente para que no dilapiden los bienes que les están confiados.

El código dice que las cargas del usufructo legal que pesan sobre los padres, son cargas reales (art. 292): esto significa tan sólo que los bienes que se hallan sujetos al usufructo están previamente afectados al cumplimiento de las obligaciones inherentes al uso y goce de la cosa.

Además, como lo hemos visto, el artículo 296 prescribe especialmente la obligación de hacer inventario judicial dentro de los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre o de la madre.

Pesan también sobre los padres los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción a la importancia del



usufructo (art. 291, inc. 2.º). Esta obligación difiere de la de carácter general que tienen los padres de educar a sus hijos, porque en este caso la obligación es más o menos amplia, según sea mayor o menor el usufructo. Esto significa también que cuando el hijo tiene bienes la obligación de educar no se regula por el monto de los bienes de los padres, sino por el monto de los bienes de los hijos.

El artículo 291, inciso 3.º, establece que pesa sobre los padres el pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo. Se explica que así sea, porque si durante el usufructo uno de los inmuebles está gravado con una hipoteca, justo es que el usufructuario que percibe los frutos de ese inmueble cargue también con las obligaciones que de él derivan. El código francés ha prescripto que corresponde a los padres el pago de los intereses, aun cuando sean *anteriores* al usufructo; nuestro código ha limitado la obligación al tiempo que dure éste, en el deseo de que esos intereses sean abonados con las rentas del mismo.

El inciso 4.º pone a cargo de los padres “los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo”.

114.—*Extinción del usufructo.*

El usufructo se extingue por las siguientes causas:

a) Cuando el padre sobreviviente no ha hecho inventario judicial de los bienes del matrimonio, determinando los que corresponden a los hijos, dentro del plazo de tres meses subsiguientes al fallecimiento del otro cónyuge (art. 296). Pero ya hemos dicho que en la práctica, cuando va a iniciarse una sucesión, si nadie reclama, los jueces no aplican esta sanción, que es ciertamente excesiva.

b) Cuando se acaba la patria potestad (art. 306). Claro está que entonces ya no tiene razón de ser el usufructo, porque él deriva precisamente de la patria potestad.

c) Cuando se pierde la patria potestad (arts. 307 a 309). Sin embargo, no se pierde el usufructo cuando la privación de la patria potestad fuese por demencia (art. 304).

115.—*Deberes, derechos y obligaciones de los hijos.—Respeto y obediencia.*

Estudiada la patria potestad del punto de vista de los padres con relación a los hijos, corresponde, a la inversa, analizar cuáles son los derechos y obligaciones de los hijos respecto de los padres.

El código comienza por sentar la obligación de *respeto y obediencia* que los hijos tienen para con sus padres. “Los hijos—dice el art. 266—deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque estén emancipados están obligados a cuidarlos en su ancianidad, en el estado de demencia o enfermedad, y a proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida, en que les sean indispensables sus auxilios. Tienen derecho a lo mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes legítimos”.

Parecería que esta disposición no fuera sino un precepto de moral, sin carácter jurídico alguno; la inserción en la ley del precepto del Decálogo: “Honrad padre y madre”. De ahí que se le haya criticado, observando que los códigos no son textos de enseñanza moral, sino cuerpos de doctrinas jurídicas. De este deber deriva determinado poder de los padres sobre los hijos en ciertos actos de su vida íntima. Así, tienen ellos el derecho de abrir y revisar la correspondencia de sus hijos menores y aun prohibirles que la mantengan con determinadas personas. Si se atendiera a preceptos constitucionales y a disposiciones de las leyes especiales de correos, esa correspondencia no podría ser abierta. Pero, dentro del orden familiar, no puede negarse a los padres esta atribución, que dimana del ejercicio de la patria potestad y del deber de respeto y de obediencia que los hijos tienen para con sus padres.

Los padres pueden también prohibir a los hijos menores que cultiven relaciones con personas a las cuales ellos no quieren que se vinculen. Si los hijos no acatan las órdenes, los padres pueden usar, como hemos visto, de ciertos poderes disciplinarios.

Todo lo referente a esta materia está sometido a la discreción de los jueces, quienes analizarán, según las circunstancias de cada caso, si los actos de los padres y de los hijos





deben tener o no la protección de la justicia. Así, los tribunales han resuelto que los padres no tienen el derecho de prohibir que los hijos visiten a sus ascendientes.

El deber de respeto y obediencia de que habla el artículo 266 tiene también consecuencias jurídicas. Los hijos menores no pueden demandar a sus padres sin autorización judicial. Algunas leyes antiguas llevaban esta limitación al extremo de prescribir que se necesitara autorización judicial, aun en el caso de que el hijo fuese mayor de edad.

116.—Incapacidad de los hijos.

En razón de estar sometidos a la patria potestad, los hijos son incapaces de obrar personalmente. Dispone el artículo 274: “Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este código”.

Quiere decir que los padres son los representantes legales de sus hijos menores.

Esta representación legal es distinta, según se trate de hijos impúberes o adultos.

Los menores impúberes, que son los que no han cumplido catorce años, tiene incapacidad absoluta; y entonces la personalidad del padre insume la personalidad del hijo.

Cuando se trata de menores adultos, que son los comprendidos entre los catorce y veintidós años de edad, el código concede algunos derechos a los hijos, permitiendo que ciertos actos se substraigan a la dirección exclusiva de los padres.

El artículo 281 dispone: “El hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor, sino autorizado por el padre”. ¿Qué significa esta expresión *hijo de familia*? Ella no tiene, seguramente, la acepción vulgar de hijo de matrimonio, porque, tratándose de patria potestad, dentro de la familia legítima, siempre que la ley habla de hijo se entiende que se refiere a hijo legítimo, sin necesidad de agregar las palabras *de familia*. Parece que esta expresión quisiera referirse a los hijos mayores de diez y ocho años, aun cuando esta distinción



no se encuentra expresamente consignada en la ley, que sólo clasifica a los hijos en dos categorías, que van desde el nacimiento hasta los catorce años y de éstos a los veintidós, con la única excepción de la capacidad para la celebración del matrimonio, que, por razones fisiológicas, es reconocida a la mujer desde los doce años. La expresión *hijo de familia* parece referirse a una capacidad *sui generis* que comienza a los diez y ocho años, porque para realizar ciertos actos, tales como el testamento, se requiere esa edad. La situación del hijo desde los diez y ocho a los veintidós años es distinta de lo que lo es desde el nacimiento a los catorce o desde éstos a los diez y ocho.

Quiere decir que en virtud del artículo 281 un hijo de veinte años, por ejemplo, que se vea obligado a entablar un pleito contra un tercero no podrá hacerlo por sí mismo. Pero en la práctica el hijo no solicita autorización de su padre para presentarse en juicio, sino que es el mismo padre el que acciona por su hijo.

El artículo 282 agrega que "si el padre niega su consentimiento al hijo para intentar una acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el padre, puede suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio".

La autorización del padre puede revestir dos formas: o es una autorización *expresa*, como ocurre cuando es hecha en un documento auténtico, o ante escribano público, o es dada personalmente y de viva voz ante el juez, consignándose en un acta, o bien en una autorización *tácita*, como es el caso en que permite el padre el ejercicio de actos que demuestran su consentimiento. Así, dice el artículo 283: "Se presume que los hijos de familia adultos, si ejercieren algún empleo público o alguna profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público o a su profesión o industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y usufructo, o sólo el usufructo, no tuviese el padre". Clara está que los padres, al permitir que un hijo ejerza un empleo o profesión, le han acordado implícitamente autorización para realizar todos los actos concernientes a ese oficio o profesión.



Es sabido que en materia comercial se admite que los padres autoricen a sus hijos mayores de diez y ocho años a ejercer el comercio. Es lo que antiguamente se llamaba *habilitar la edad*. Es necesario tener en cuenta esta prescripción del Código de Comercio, porque siempre que se trate de actos comerciales realizados por menores no será posible invocar la disposición del artículo 283, por cuanto esos actos son regidos por el derecho mercantil, del cual las leyes civiles sólo son supletorias.

Se dió el caso entre nosotros de que un auto de quiebra dictado contra un menor que ejercía el comercio por cuenta propia, sin autorización, fuera revocado, observándose que los menores no pueden entrar a ejercer el comercio sin autorización expresa y pública de sus padres y que los que contraten con un menor que ejerza el comercio tienen el deber de precaverse investigando si se han cumplido estas formalidades, porque de lo contrario sólo podrán hacer efectivos sus créditos hasta la concurrencia del beneficio que le hayan podido producir; es decir, sólo tendrán la acción *in rem verso*, pero no podrían aplicarse las sanciones especiales del derecho comercial.

117.—*Capacidad para ciertos actos.*

La ley especifica tres casos en que no se requiere autorización de los padres (art. 286).

a) No se requiere para estar en juicio, cuando el hijo de familia adulto *fuese demandado criminalmente*.

La excepción se explica porque las leyes penales, como es sabido, se apartan de los principios de las leyes civiles para establecer sus sanciones; y si el hijo adulto ha cometido un delito la sociedad no puede, para acusarlo, estar pendiente de la voluntad paterna, como no puede el hijo, para defenderse, esperar que su padre lo autorice.

Pero el padre puede designar quién ha de ser el defensor del hijo.

b) Para las *disposiciones de última voluntad*.

En el derecho sucesorio se verá que los mayores de diez y ocho años tienen facultad de testar, y corresponderá enton-



ces explicar en virtud de qué razones históricas, y no jurídicas, se ha consignado este principio en nuestra ley.

c) Para reconocer *hijos naturales*.

Como el artículo que consigna las tres excepciones que analizamos (286) emplea para todas la expresión "*hijo de familia adulto*", ocurre preguntar si la excepción se limita en este caso a los hijos mayores de diez y ocho años, o si, por el contrario, también comprende a los que sólo han cumplido catorce. Sería un contrasentido admitir que un hijo que acaba de cumplir catorce años pudiera reconocer hijos naturales, puesto que la ley reconoce aptitud para engendrar sólo una vez cumplida esa edad. Parece que debiera llegarse a la conclusión de que ese reconocimiento pudiera hacerse únicamente a partir de los diez y ocho años, con lo que en parte se evitaría que un acto de tanta gravedad, puesto que es irrevocable, pudiera quedar librado a la presión o a los engaños que hayan de ejercerse sobre jóvenes irreflexivos y sin experiencia.

118.—*Cesación y suspensión de la patria potestad.*

La patria potestad desaparece por ministerio de la ley, es decir, *ipso jure*, o por sentencia judicial.

La desaparición *ipso jure* se produce cuando *se acaba*, según la expresión de nuestra ley.

La patria potestad *se acaba* en los siguientes casos, especificados en el artículo 306:

1.º Por *muerte* de los padres o de los hijos.

2.º Por *profesión* de los padres en institutos monásticos, o por profesión de los hijos con autorización de los padres.

Este inciso se refiere a los institutos monásticos de la religión católica existentes al dictarse la Constitución nacional porque, como es sabido, ésta no reconoce otras órdenes religiosas que las establecidas en aquel entonces en el país. Las principales eran las de los dominicos, los franciscanos y los mercedarios.

Se explica que termine la patria potestad en este caso, porque el que profesa en una comunidad, al formular voto de pobreza, humildad y castidad, se aísla por completo del mundo



y no está, por cierto, en condiciones de dirigir y vigilar a sus hijos, si es padre, o de ser vigilado y dirigido por sus padres si es hijo.

3.º Por incurrir el padre o la madre en la *pérdida* de la patria potestad.

4.º Por llegar los hijos a la *mayor edad*.

5.º Por *emancipación* de los hijos.

La patria potestad desaparece por *sentencia judicial*:

a) cuando *se pierde*; b) cuando *se suspende*.

a) La patria potestad *se pierde*:

1.º Cuando *se exponen o se abandonan* los hijos en la infancia (art. 307).

2.º Cuando los padres tratasen a sus hijos con *excesiva dureza* o les diesen preceptos, consejos o ejemplos *inmorales* (art. 309).

Cuando los padres encaminan a sus hijos a la mendicidad o a la corrupción, la justicia debe quitarles los derechos que tienen como tales sobre ellos, porque al arrojar a sus hijos en el vicio se han revelado indignos de ejercerlos.

La ley ha preferido decir en términos generales que los actos de naturaleza inmoral hacen perder la patria potestad, puesto que no era posible que hiciera una enumeración taxativa de todos los casos que puedan presentarse, cuyo examen y apreciación quedan librados al criterio judicial.

3.º Cuando la madre viuda contrae *segundas nupcias* (art. 308).

En este caso, ella viene a quedar colocada bajo la potestad del segundo marido y, por consiguiente, no puede ejercer por sí misma la patria potestad, que pasaría a aquél si la ley, velando por los menores, no dispusiera lo contrario.

Se ha discutido en nuestro foro si, dado el caso de que fallezca el segundo marido y haya hijos menores del primer matrimonio, la madre puede o no recuperar la patria potestad. No hay duda que sobre los hijos del segundo matrimonio la madre tiene la patria potestad, puesto que la adquiere en defecto del padre; y entonces parece lógico que igualmente la tenga sobre los del primer matrimonio, puesto que no hay ya ningún poder extraño que pueda ejercer presión sobre ella. Fallecido el segundo marido, la mujer queda con amplia libertad para



ejercer sus derechos de madre sobre todos sus hijos, ya sean del primero o del segundo matrimonio. No obstante ser ésta la solución que se ajusta a los motivos que informan el artículo 308, los tribunales han resuelto lo contrario, estableciendo que la madre viuda que contrae segundas nupcias no recupera a la muerte del segundo marido, la patria potestad.

En 1896 la Cámara de Apelaciones de la Capital desconoció la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio a la madre que enviuda por segunda vez. La Cámara fundó su decisión en una interpretación literal de la ley, argumentando en esta forma: “si el artículo 308 establece que pierde la patria potestad la madre viuda que contrajere segundas nupcias, y si el artículo 306, inciso 3.º, dice que la patria potestad *se acaba* por incurrir el padre o madre en la pérdida de ella, la patria potestad no existe ya para la madre viuda, sean cuales fueren las condiciones en que se encuentre en el futuro; y por dura que parezca la solución, *dura lex sed lex* (1). Y pocos años más tarde el mismo tribunal revocaba un auto del juez de primera instancia que acordaba la patria potestad a la madre viuda al fallecer el segundo marido, y esta vez lo hizo, “atento lo resuelto en casos análogos” (2).

A nuestro juicio, es ésta una solución errónea de la jurisprudencia, sólo explicable por el método de interpretación de que se hizo uso. Este sólo se ha ceñido a la letra de la ley, que, aunque se la invoque, la verdad es que no prevé el caso en cuestión. Se olvida que la prescripción del artículo 308 reconoce por único fundamento la dependencia en que la madre viuda y los hijos vienen a quedar respecto del segundo marido al contraer aquélla nuevo enlace, y teniendo en cuenta que a éste corresponde la administración de los bienes de la mujer y de los menores, sin ninguna limitación. Esa dependencia y administración desaparecen desde el momento del fallecimiento del segundo marido. Si la ley no ha querido, pues, imponer una pena privando de la administración de los bienes de sus hijos a la viuda que contrae segundas nupcias, no hay disposición



legal alguna que prohíba reconocerle la patria potestad, y, por el contrario, hay razones de justicia y de conveniencia que aconsejen resolver lo contrario (1).

(1) En fecha 27 de Febrero de 1917 las Cámaras de lo Civil reunidas en pleno, en virtud de la facultad que les acuerda la ley 7.055, han vuelto a tratar este importante asunto; resolviendo por tres votos contra siete que: **"La mujer casada en segundas nupcias que enviuda, recupera la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio, que perdiera al contraer el segundo"**.

Por ser de interés y por el valor jurídico que contienen, transcribimos una síntesis del voto del doctor Roberto Repetto, que fué el vocal preopinante y el del doctor Angel Casares que integraba la Cámara.

El doctor Repetto manifestó: "Que la disposición del artículo 308 del Código Civil y su concordante el 306 en que se fundan las resoluciones en contrario de nuestra jurisprudencia (Cámara Civil, t. 16, serie 6, pág. 168 y t. 80 página 139) no deciden en términos expresos la cuestión que se plantea. Si se atiende únicamente al texto de la ley no la solución de la jurisprudencia sería en realidad acertada, desde que el artículo 306 incluye entre los casos en que la patria potestad se acaba aquel en que el padre o madre incurrieran en la pérdida de la misma. Si se consulta, empero, el espíritu de las disposiciones legales y los motivos que los informan, ha de llegarse forzosamente a una conclusión distinta. Esos motivos, en el sentir unánime de los autores que se ocupan de estudiar estos preceptos, no son otros que la incapacidad de la mujer casada que le impediría desempeñar sin incómodas limitaciones la administración de los bienes de sus hijos y la situación de dependencia en que de hecho y legalmente está colocada con respecto al esposo, de la que podría resultar, y resultaría en realidad, en más de un caso inconvenientes y perjudiciales para los menores". "Pero la viudedad de la madre le hace recuperar en toda su plenitud su capacidad civil y en la desaparición del segundo marido desaparecen también todos los inconvenientes de otro orden que tiene presente la ley". "¿Qué razón puede existir, entonces, en ausencia de un texto expreso, para no entregar de nuevo a la madre la dirección y gobierno de la persona y bienes de sus menores hijos?". "Los comentadores del Código francés, refiriéndose a un precepto concordante de aquella legislación, opinan en su totalidad que la madre readquiere o recupera uno de los atributos de la patria potestad, el derecho de corregir y educar a sus hijos, pero están en desacuerdo sobre si recobra también el usufructo de los bienes de éstos". "Baudry Larantinierie sostiene que los motivos de la ley subsisten en parte, porque si no hay que temer la influencia del segundo marido, existe siempre el temor de que la madre haga aprovechar a sus hijos de su segundo lecho, de las rentas que corresponden a los del primero". "Esta solución colectiva, posible en derecho francés en los términos del artículo 380 del Código de Napoleón, que se refiere únicamente a la cesación del usufructo en casos de segundas nupcias, no podría adoptarse desde luego entre nosotros, desde que los preceptos de la ley se refieren a la patria potestad comprendiendo sin restricciones la totalidad de sus atributos". "Esta diversidad de pareceres entre los que comentan una de las fuentes de nuestro artículo, la ausencia también de disposiciones expresas en las otras legislaciones que el legislador invoca, son bien demostrativas de que no ha entrado en sus propósitos el de legislar el punto que se estudia, el que debe encararse por ello atendiendo únicamente a las razones que dieron origen a los preceptos recordados". "Otra solución contraria, fundada en las razones que expresa Baudry Larantinierie, parecería en contra de la tendencia que traduce nuestra ley en todas sus disposiciones referentes al gobierno y orden de la familia y de la jurisprudencia que los ha interpretado, contemplando siempre con respeto el poder de los padres y con confianza su gestión". "Establecer por otra parte que la



b) La patria potestad *se suspende*:

1.° Por *ausencia* de los padres, ignorándose la existencia de ellos (art. 310).

Este es un caso de suspensión y no de terminación de la patria potestad, porque para que ésta terminara sería necesaria la comprobación del fallecimiento. Comprobado el hecho de la ausencia, hay imposibilidad material del ejercicio de la patria potestad de parte de los padres; el juez nombra entonces un tutor especial que asume las funciones de los padres hasta que éstos aparezcan.

2.° Por *incapacidad* mental de los padres (art. 310).

Es otro caso de suspensión, porque desde el momento de la declaración judicial de demencia el padre deja de ejercer la patria potestad, por ser incapaz; pero, una vez recobrado el uso de la razón y declarada judicialmente la cesación de la demencia, el padre vuelve a recuperar la patria potestad.

3.° Por *condena a presidio* de los padres, mientras dure la pena (art. 63, inc. 2.° C. P.).

En todos estos casos en que la patria potestad se acaba, se pierde o se suspende, el juez nombra un tutor especial a los menores para que se encargue de ellos.

madre ha perdido definitivamente la patria potestad por el hecho de las segundas nupcias, sería dar al precepto del artículo 308 un propósito represivo que no tiene ni puede tener, porque las segundas nupcias están permitidas por la ley, la moral y las costumbres sociales".

El voto del doctor Casares se fundaba en que la circunstancia de que el Código Civil establezca que "la viuda que contrajese segundas nupcias pierda la patria potestad" no bastaba para declarar que en la hipótesis de referencia produzca un estado de cosas inalterable y definitivo, porque el legislador, al ocuparse de materias íntimamente vinculadas con el régimen de aquella institución, ha establecido pérdida de derechos, que sólo se mantienen mientras dura el motivo ocasional, que equivalen a simples suspensiones y que permiten el renacimiento de esos derechos en toda su integridad, cuando desaparece la situación que los impuso. Y así vemos, agrega el doctor Casares, que cuando el artículo 308 legisla sobre la administración de los bienes de los hijos, dispone que la "pierden" los padres privados de la patria potestad por causa de demencia, y no obstante esta "pérdida", recobran la administración cuando desaparece la demencia (art. 310). "Siguiese de lo expuesto, agrega el voto del doctor Casares, que el término "pérdida" no ha sido usado para traducir la extinción definitiva de un derecho; que es también sinónimo de "suspensión" y en estas condiciones me parece evidente que el texto del artículo 308 no resuelve el punto controvertido y que es necesario, a este efecto, investigar su propósito, determinar su espíritu, para no extender su imperio más allá de las situaciones que está llamado a remediar". Luego reproduce en un todo las ideas del doctor Repetto.—(Nota de la segunda edición).



119. — Filiación natural. — Concepto del código. — Doctrinas al respecto. — 120. — Hijos naturales. — 121. — Prueba de la filiación natural. — 122. — Reconocimiento voluntario. — 123. — Reconocimiento por parte de la mujer casada. — 124. — Declaración judicial de la filiación. — Pruebas admisibles. — 125. — Limitación en caso de muerte de los padres. — 126. — Concepto de la posesión de estado. — 127. — Jurisprudencia. — 128. — Hijo póstumo. — 129. — Indagación de la maternidad en el caso de la mujer casada. — 130. — Carga de la prueba. — 131. — Derecho de los padres naturales. — 132. — Obligaciones. — 133. — Derechos de los hijos naturales. — 134. — Obligaciones.

119.—Filiación natural.—Concepto del código.—Doctrinas al respecto.

La ley, después de organizar la unión de los sexos dentro de normas determinadas, ha debido considerar la situación de los hijos que provienen de las uniones que se forman fuera de las prescripciones legales. El código ha tendido una línea divisoria, colocando de un lado los hijos legítimos, es decir, aquellos que proceden de matrimonio, y de otro los hijos ilegítimos, o sea aquellos que nacen de uniones irregulares. Los parientes ilegítimos—dice el art. 365—no hacen parte de la familia de los parientes legítimos.

En la doctrina se manifiestan dos tendencias opuestas, en cuanto a la calificación de los hijos y a los derechos que hayan de conferírseles de acuerdo con su filiación.



Todas las legislaciones han entendido qué el régimen de la familia sólo es posible dentro del matrimonio, como institución organizada y protegida por la ley. De ahí que el derecho positivo, aun cuando no haya podido prohibir en absoluto las uniones que se realizan fuera del orden legal, sólo ampare ampliamente los derechos que emergen de la única institución que reconoce como legítima para la unión de los sexos y la propagación de la especie, y deje en condiciones inferiores a todos los seres que provengan de uniones irregulares. La diferencia de derechos que las leyes establecen entre hijos legítimos e ilegítimos no tiene otro objeto que asegurar la institución del matrimonio, que es la base sobre la cual descansa la familia.

Frente a esta doctrina comienza a levantarse una nueva tendencia, que podríamos llamar avanzada, según la cual no debe hacerse distinción alguna entre los hijos, ya sea que ellos nazcan dentro o fuera del matrimonio. Toda distinción que quiera hacerse es, según ella, una distinción artificial que, so pretexto de asegurar el cumplimiento de la ley, hace sufrir a los hijos las culpas de los padres. Para la naturaleza todos los hijos son de igual condición. Y hasta se llega a afirmar que los hijos naturales son superiores a los legítimos, porque ellos son siempre hijos del amor.

A esta escuela, que empieza a influir en ciertas legislaciones, se deben algunas recientes leyes extranjeras, tal como la dictada ha poco en Francia, permitiendo la investigación de la paternidad natural. Pero es del caso hacer notar que el principio de la investigación de la paternidad nosotros lo teníamos, sin embargo, incorporado a nuestro código civil desde su sanción.

El Código Vélez distinguía cuatro clases de hijos ilegítimos: hijos naturales simples, hijos adulterinos, hijos incestuosos e hijos sacrílegos. La ley de matrimonio, al substituir la organización religiosa del matrimonio por el régimen civil, ha derogado (art. 112) todas las disposiciones relativas a hijos sacrílegos.

120.—Hijos naturales.

Son hijos naturales—según los arts. 324 y 311—los “nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la con-



cepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa" (1).

La ley de matrimonio civil, al reformar el código en esta parte, no lo ha hecho con el cuidado necesario, y ha dejado sin contemplar algunos casos que han venido a quedar con soluciones realmente extraordinarias.

Hemos visto que es impedimento de carácter dirimente el "haber sido autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges". ¿Cuál será la calidad de los hijos que nazcan de una unión de dos personas que se complotaron para asesinar al cónyuge de una de ellas? ¿serán hijos naturales? Se dice que no, porque no han nacido "de padres que al tiempo de la concepción *pudieron casarse*". Tampoco serán hijos adulterinos, porque ninguno de los padres era casado; ni incestuosos, porque los padres no tenían, para contraer enlace, ninguno de los impedimentos del artículo 9.º, incisos 1.º y 2.º de la ley de matrimonio civil; de donde resulta que esos hijos no encuadran dentro de las calificaciones de la ley, no son nada... He ahí la conclusión a que llevaría una interpretación exclusivamente literal.

Pero ¿cuál es la calidad que forzosamente hay que atribuir al hijo nacido en tales condiciones? Aplicando las reglas de interpretación que fija para estos casos el artículo 16 del código, es necesario convénir que se trata de un hijo natural. Hay que inclinarse por esta calidad, desde que es la más favorable al hijo, y porque no es posible aceptar como conclusión jurídica que una persona quede sin filiación dentro del código.

Algunas legislaciones establecen diferente situación para los hijos, según se trate de la madre o del padre. En Alemania, según lo expresa una máxima del derecho germánico, todo hijo es bastardo para la madre (*Kein Kind ist seiner Mutter Kebskind*), ya sea hijo legítimo o ilegítimo. Esto quiere decir

(1) Substituido el matrimonio religioso por el civil, las palabras **aunque fuera con dispensa** deben entenderse suprimidas, porque ellas se referían a las leyes canónicas, en las cuales había impedimentos **dispensables**. Tal era el caso del impedimento existente entre tíos y sobrinos para contraer matrimonio, impedimento que podía ser dispensado por la Iglesia. Pero las leyes civiles no han reconocido esta clase de impedimentos, lo que significa que las palabras referidas no tiene ya aplicación en nuestra ley.



que todos los hijos tienen iguales derechos y obligaciones respecto de la madre. En cuanto al padre, el hijo no tiene derechos; no hay derecho sucesorio del hijo con relación al padre. De manera que en el derecho germánico es la madre la que carga con los hijos naturales.

Las legislaciones que siguen la tradición latina admiten actualmente que los hijos tienen derechos, tanto con relación al padre como a la madre. Es el principio más justo y conveniente, no sólo porque fisiológica y psicológicamente el hijo pertenece a ambos, sino porque es necesario permitir que se investigue la paternidad, si no se quiere dar apoyo al vicio y favorecer la irresponsabilidad. "El que da la vida a un hijo,—dice Laurent—¿no tiene hacia él deberes que cumplir? Nadie se atreverá a negarlo. Pues bien: lo que es un deber para el padre es un derecho para el hijo".

Resumiendo, para nuestro código son hijos naturales todos los que llenan estas condiciones: 1.º, que hayan nacido fuera del matrimonio; 2.º, de padres que al tiempo de la concepción podían casarse.

121.—Prueba de la filiación natural.

Generalmente, la filiación natural no tiene, como la legítima, una comprobación inmediata en la partida de nacimiento. La ley de registro civil prohíbe que en el caso de inscribir un hijo natural se haga mención del padre o de la madre, salvo que uno de éstos lo reconozca ante el jefe de la oficina, en cuyo caso sólo se expresará el nombre del que así lo haga (art. 43). Sucede que en la mayoría de los casos la denuncia del nacimiento es hecha por un tercero, por cuya causa no consta en la partida el nombre de ninguno de los padres.

¿Cómo puede acreditar la filiación el hijo natural, si carece de las constancias de la partida de nacimiento? La ley establece dos procedimientos para probar la filiación: a) el reconocimiento voluntario del padre o de la madre; b) el reconocimiento judicial, obtenido por el hijo ejerciendo su acción para investigar la paternidad o la maternidad.

122.—*Reconocimiento voluntario.*



El padre o la madre pueden reconocer sus hijos naturales; pero el que produzca este reconocimiento no puede indicar cuál es la otra persona de quien procede el hijo (art. 334). Se ha querido evitar con esto que se manche la reputación de un tercero obedeciendo a pasiones que no siempre tienen en vista el interés del hijo.

¿Cómo se practica este reconocimiento? Según el artículo 332, el reconocimiento puede hacerse por escritura pública, o ante los jueces, *o de otra manera*. Es irrevocable, y no admite condiciones, plazos o cláusulas de cualquier naturaleza, que modifiquen sus efectos legales, sin ser necesaria la aceptación por parte del hijo, ni notificación alguna.

La expresión *o de otra manera*, ¿significa que puede hacerse en cualquier forma, ante dos testigos, por ejemplo? No; debe entenderse *o de otra manera auténtica*, porque éste es el reconocimiento indiscutible con relación al padre.

El artículo citado dice también que el reconocimiento es *irrevocable*. Una vez producido de acuerdo con alguna de las formas indicadas, el que se ha declarado padre no puede decir que se ha equivocado y pretender, por consiguiente, retractarse.

Este reconocimiento no tiene las modalidades propias de los actos jurídicos; no admite condición, plazo, ni cláusulas especiales; debe ser puro y simple.

Finalmente, no es tampoco necesario que el hijo declare que acepta la filiación, ni aun que se le notifique a él el reconocimiento. La acción para impugnar el reconocimiento que tiene el hijo, es cuestión aparte.

El código procura facilitar estos reconocimientos espontáneos, cuando son auténticos, para lo cual establece el artículo 333 que "se tendrán como reconocimiento hecho del hijo natural, en las disposiciones de última voluntad, los términos enunciativos, o de frase incidente, en que se manifieste la voluntad de reconocerle por su hijo natural...". Equivale, pues, a reconocimiento de hijo natural el hecho de que el testador haga un legado a "su hijo Fulano". Esta frase enunciativa se entiende como un reconocimiento explicito.

Pero el artículo 333 agrega: "... todo reconocimiento en



testamento puede ser revocado". Esta prescripción no tiene por fundamento sino una razón técnica: el testamento es un acto de *última voluntad*, y todos los actos de esta clase son revocables por su naturaleza, como lo indica su nombre. El codificador ha querido ser consecuente con este principio, entendiendo que, de lo contrario, si prohibiera revocar el reconocimiento de un hijo natural hecho en un testamento, éste no sería ya un acto de última voluntad.

El reconocimiento hecho en un testamento revocado sólo tiene el valor de un principio de prueba por escrito, que puede ser útil, agregado a otras pruebas coadyuvantes, para obtener la declaración de la filiación natural.

123.—Reconocimiento por parte de la mujer casada.

¿Puede la mujer casada reconocer hijos naturales que no sean de su marido?

La mujer casada sufre una incapacidad impuesta por la ley, que le impide obrar sin autorización de su esposo, salvo en los actos que la misma ley especifica. La ley de matrimonio (art. 57) establece cuáles son los actos que la mujer casada puede realizar sin necesidad de venia marital, y en ellos no está comprendido el reconocimiento de hijos naturales. De consiguiente, la mujer casada no puede reconocer hijos naturales sino con autorización de su marido. Al establecer implícitamente esta limitación, la ley ha obedecido, sin duda, al deseo de impedir que se diera el caso de que la mujer procediera a reconocer hijos naturales con la intención de manchar el nombre del marido o disminuir su patrimonio en caso de sucesión.

Pero ¿podrá la mujer casada reconocer hijos naturales en su testamento? Sabemos que en los actos de última voluntad es posible reconocer hijos naturales; sabemos que la mujer casada no necesita autorización del marido para hacer testamento; y hemos establecido, como regla general, que sin autorización no puede reconocer sus hijos naturales. ¿Qué decir en caso de testamento? La solución es difícil: por una parte, la mujer tiene facultades para hacer el acto principal, que es el testamento, y por la otra, no la tiene para el acto secundario, que es el reconocimiento.



El caso se ha presentado en los tribunales, y la Cámara Segunda de Apelaciones de la Capital resolvió que, al disponer la ley que la mujer casada puede hacer testamento sin autorización del marido, quedaba implícitamente facultada para reconocer hijos naturales en ese acto, tanto más cuanto la misma ley admite en él como reconocimiento expreso y válido la simple forma enunciativa.

124.—Declaración judicial de la filiación.—Pruebas admisibles.

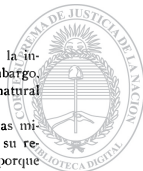
Cuando el padre o la madre no reconocen *motu proprio* al hijo natural ¿puede éste exigir judicialmente la declaración de su filiación?

La doctrina se ha dividido al respecto. Antiguamente se admitía—y así lo ha establecido el código francés hasta 1912—que sólo era posible investigar la maternidad. La paternidad—se decía—no se puede investigar. Si el padre no quiere reconocer al hijo natural de propia voluntad, no hay manera alguna de obtener ese reconocimiento. Sentar lo contrario sería exponer a la sociedad a los más peligrosos escándalos. No sucede lo mismo respecto de la maternidad, porque la madre, de acuerdo con el precepto romano, siempre es cierta.

Nuestro codificador no se dejó impresionar por esos temores y consideró, por el contrario, que el interés social exige que el hijo pueda investigar la paternidad. Por eso el artículo 325 dispone que “los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre o la madre, o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad o maternidad todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurran a demostrar la filiación natural. No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres”.

Este artículo, que legisla sobre materia de tanta importancia como la filiación natural, es uno de los que han suscitado mayores controversias en los tribunales, originando luminosos alegatos y notables sentencias.

La expresión de que es posible usar de *todas las pruebas que se admiten para probar los hechos*, demuestra que el juicio



de filiación natural tiene la mayor amplitud en cuanto a la investigación judicial. La referida frase ha dado, sin embargo, lugar a discusiones en determinados casos de filiación natural que se han presentado.

Es sabido que, en virtud del artículo 1.036, las cartas misivas dirigidas a terceros no pueden ser admitidas para su reconocimiento. Estas cartas son excluidas de la prueba porque falta en ellas el *animus confitendi*. Se ha planteado, entonces, la cuestión de saber si, ante los términos amplios del artículo 325, y no obstante la prohibición del artículo 1.036, es posible admitir en los juicios de filiación natural las cartas misivas dirigidas a terceros por el padre, en que haga manifestaciones que induzcan un reconocimiento del hijo natural, o que demuestren el trato que le ha dado.

La jurisprudencia ha entendido que la disposición del artículo 325 implica, en cierta forma, una derogación de la prohibición del artículo 1.036, porque de otro modo el código no habría tenido necesidad de decir que *admite toda clase de pruebas*, puesto que así ocurre en todo juicio. El código ha querido significar que no debe excluirse ningún medio probatorio en materia de filiación natural.

125.—*Limitación en caso de muerte de los padres.*

¿Tiene alguna limitación la acción de filiación natural? Según la parte final del artículo 325, “no habiendo posesión de estado, este derecho (la acción) sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres”.

El Código Vélez no contenía esa limitación y daba suma amplitud a la acción de filiación natural. En 1882, al dictarse la ley de fe de erratas al código, se creyó oportuno introducir esa restricción para limitar el derecho de investigar la paternidad, porque la práctica había demostrado que era peligroso permitir ejercerlo con la amplitud concedida.

El senador Cortés, apoyando la reforma, decía: “Apenas hay reputación que esté a cubierto de calumnia o de que después de la muerte no yengan a empañarla discusiones temerarias e indagaciones desdorosas. Es raro que muera una persona de fortuna sin que en el momento salgan de todas partes supuestos hijos naturales, que nunca habían aparecido en vida



de aquélla, manifestando pretensión, ni deduciendo reclamo alguno respecto de filiación".

Efectivamente, bastaba que un individuo entablara acción de filiación natural contra una sucesión, presentando dos testigos que afirmaran que el causante lo había reconocido como tal, para que los hijos legítimos de éste se vieran en la imposibilidad de impedir el progreso de la demanda y la condena subsiguiente. La prueba de testigos, a la cual se la excluía para justificar contratos que pasaran de doscientos pesos, era suficiente para reclamar la cuarta parte de una fortuna!...

En un principio, la comisión del Senado propuso una reforma radical, que consistía en decir simplemente "este derecho (la acción) sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres".

Pero el senador Argento, al explicarla, lo hacía con las siguientes palabras: "A la verdad, en algunos tribunales de provincia se han admitido pruebas sobre filiación natural aun después de la muerte del padre, y se ha puesto muchas veces a la viuda o a sus hijos legítimos en la dura necesidad de tener que defender a su deudo finado sin tener a la mano muchos de los medios de prueba de que hubiera podido hacer uso aquél en vida. Esto ha dado ocasión a llevar el escándalo al seno de una familia honrada y colocar a la viuda en la dura alternativa de ceder a exigencias injustas, dejando en la duda la reputación de su finado esposo, o de defender su honra y los derechos de sus legítimos hijos sin los medios de prueba suficientes para lograr su objeto".

Tal explicación demostraba que no estaba en la mente de los legisladores negar en absoluto el derecho de investigar la paternidad después del fallecimiento de los padres, sino exigir como previo el requisito de la posesión de estado. "No se trata de suprimir la prueba sobre la posesión de estado,—afirmaba el senador Argento—la que queda en un todo subsistente, sino que sólo se pretende negar al hijo natural un derecho de entablar acción de filiación después de muerto el padre, si éste antes no lo ha reconocido en vida por el hecho de la posesión de estado" (1).

(1) Diario de Sesiones del Senado, 1879, pág. 135 - 136.

Por eso quedó el artículo con el agregado en la siguiente forma: *no habiendo posesión de estado la acción de filiación sólo puede ser ejercida por los hijos durante la vida de sus padres.*

126.—*Concepto de la posesión de estado.*

¿Qué debe entenderse por *posesión de estado*?

Hemos explicado este punto en otras ocasiones; pero, dada la importancia que tiene en la filiación natural, conviene insistir sobre él para fijar bien las ideas.

La ley no define la posesión de estado, pero los términos “estado” y “posesión” tienen en derecho un valor definido en la doctrina.

Por *estado* se entiende, según Beudant, “las diversas calidades de donde resulta el goce de los derechos. El estado de una persona es el conjunto de calificaciones jurídicas que ella puede llevar; es también cada una de esas calificaciones en particular y la condición a que responde. La designación de nacional o extranjero, de esposo, padre, madre, hijo legítimo, natural, etc., son otros tantos estados diferentes; a cada una de esas calificaciones o cualidades corresponden ciertos derechos y obligaciones: cada una de ellas constituye un estado jurídico” (1).

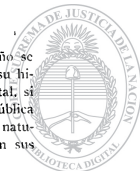
Por *posesión* se entiende, en el tecnicismo jurídico, la detención de una cosa con ánimo de tenerla para sí.

Pero el estado no puede detentarse físicamente, porque no es una cosa corporal. De ahí ha nacido la dificultad para caracterizar los hechos constitutivos de la posesión de estado de hijo natural.

Los juristas antiguos resolvían la dificultad en forma sencilla. Para ellos, la posesión de estado debía caracterizarse por la reunión de tres elementos: *nomen, tractatus* y *fama*.

“*Nomen*: es preciso que el hijo haya siempre llevado el apellido de aquellos de quienes pretende proceder, porque por la transmisión del nombre se perpetúa la familia y se revelan ante todos las relaciones de paternidad y de filiación”.





“*Tractatus*: es preciso que aquellos de quienes el niño se pretende hijo, lo hayan considerado efectivamente como su hijo; que lo hayan educado, mantenido, establecido como tal, si ha sido eso posible por su edad; en una palabra, que pública y constantemente hayan llenado para con él los deberes naturales y civiles que la ley impone a los padres para con sus hijos”.

“*Fama*: es preciso que los padres lo hayan presentado como su hijo a su familia; a sus amigos; a las personas de su conocimiento; y que la familia y la sociedad lo hayan siempre reconocido como tal”.

La posesión de estado era un dogma, constituido por el concepto *del nomen, tractatus y fama*. Se olvidaba la realidad de la vida, porque, como decía el fiscal doctor Jerónimo Cortés (1), “bien pudieran admitirse quizás por verdaderos todos ellos, sin que resulte todavía demostrada la posesión de estado; o sin que ésta asuma aun esa fuerza de convicción y ese carácter de evidencia, que en otros casos deja el ánimo tranquilo, respecto a la clase de relaciones que mediaban entre dos personas, a saber, las del padre e hijo; mucho menos si al mismo tiempo se toman en cuenta otros hechos bien comprobados y harto significativos en sentido opuesto.

“Lo del apellido, sin las consecuencias del *nomen*, puede explicarse, haciendo notar ser uso y costumbre entre nosotros el que los huérfanos y aun los sirvientes, careciendo de otro, adopten el apellido de la familia en que se crían.

“El mismo tratamiento de hijo se usa a veces por caridad en un sentido impropio; y así tenemos nosotros los llamados hijos de crianza, a quienes sin ser realmente hijos, suele dárseles este título por benevolencia o por lástima, dispensándoseles muchos miramientos, y teniéndose con ellos muchas deferencias, sobre todo si se manifiestan amables y agradecidos”.

Abandonando el criterio antiguo, la jurisprudencia ha substituído al *nomen, tractatus y fama* la perfecta concordancia de los hechos de la causa con la verdad ontológica, de manera que produzcan un convencimiento pleno, perfecto, sin vacilaciones ni dudas.

(1) *Vistas Fiscales*, t. III, pág. 25.



La posesión de estado, según el fiscal doctor Ernesto Quesada, "es el resultado del reconocimiento del padre *mismo*, reconocimiento implícito, verdad, pero constituido por una serie de actos tan explícitos que excluyen toda incertidumbre.

"La posesión de estado del hijo natural, del artículo 325, es pura y exclusivamente el reconocimiento expreso o tácito de su padre, pero no solemne, en contraposición al auténtico del artículo 332; es un hecho de la voluntad y no de la naturaleza. La enmienda de 1882 ha tenido esa transcendencia: en los litigios de filiación natural *post mortem* ha excluido la prueba *exclusiva* del hecho biológico de la filiación, y lo ha substituido por la moral y social del hecho de la voluntad del padre".

"Los actos de reconocimiento, sostenía el doctor Federico Helguera, deben existir en forma precisa y clara que permita formar conciencia segura al juez, *sin vacilaciones ni dudas* fundadas y con el convencimiento tranquilo y firme del que siente la verdad y la proclama sin temor de incurrir en error.

"El criterio liberal no puede ir hasta pretender que, sin formar la plena y tranquila conciencia y cuando las dudas y vacilaciones se multiplican a medida que se medita el asunto, el juez pueda dar por probado un hecho que según el codificador debe ser fallado "con una conciencia más segura que la que daría una escritura pública un asiento bautismal".

Para el doctor Emilio Jiménez Zapiola, "la posesión de estado es una cuestión pura y exclusivamente de hecho, y hasta que se ofrezca a los jueces un conjunto de circunstancias suficientemente demostrativas del reconocimiento del padre.

"No es ya la cuestión del *nomen*, del *tractatus* y de la *fama*. La posesión de estado sigue siendo una cuestión eminentemente de hecho, y variable por lo tanto, según las circunstancias especiales que rodean el caso. No es posible someterla a reglas inflexibles.

"Diré que si bien es la posesión de estado lo que en primer término debe probarse en estos juicios, no se puede ni se debe prescindir de la prueba de la filiación, en cuanto dicha prueba tiende a justificar la verosimilitud de los hechos invo-



cados. *La filiación es un elemento indispensable para juzgar la veracidad de la misma prueba de la posesión de estado.*

¿Cómo debe ser ese reconocimiento, que en su esencia viene a constituir la posesión de estado?

Debe aparecer con las calidades de toda posesión para que pueda crear derechos, a saber:

a) *Posesión inequívoca.*—El vicio de equivoco se presenta “cuando los actos de goce pueden explicarse de diversas maneras” (1).

Se requiere, entonces, que “aparezca la certidumbre de una positiva expresión de voluntad libremente manifestada de ser el padre y reconocerlo como tal hijo”.

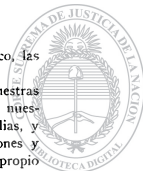
Un hombre es tratado unas veces como protegido, otras como hijo, sobrino, primo, etc. ¿Puede decirse que posee un estado? No; porque poseer un estado consiste en “pasar a los ojos del público por tenerlo realmente”, y los que ante los ojos del público aparecen unas veces como hijos, otras como protegidos y otras como sobrinos, no poseen en realidad ningún estado que la justicia pueda declarar sin vacilaciones ni dudas.

b) *Posesión continua.*—La continuidad de la posesión resulta de una serie de actos que van desde el nacimiento hasta la muerte del padre o de la madre.

“La filiación — exponía el fiscal doctor Carlos L. Marenco (2) — es un hecho muy serio y transcendental en las relaciones de la familia, para que los tribunales puedan declararla por simples sospechas o probabilidades más o menos remotas de que una persona sea padre de quien reclama la situación del hijo”.

“La posesión de estado, — dice el codificador en la nota al artículo 325 — los hechos que la constituyen, son un reconocimiento *continuo, perseverante*, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes; es la evidencia misma; es la prueba viva y animada, la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla”.

c) *Posesión pública.*—La posesión de estado debe ser pública, en el sentido que deben conocerla las personas vin-



culadas al padre o a la madre por amistad o parentesco, las relaciones, en una palabra.

“Constituyen el núcleo de nuestros amigos y de nuestras relaciones sociales aquellas personas que nos visitan en nuestro propio domicilio, en el domicilio de nuestras familias, y que nosotros a nuestra vez les retribuimos sus atenciones y su amistad, visitándolas a ellas y a sus familias en su propio y no en ajeno domicilio”.

Es ante esas personas que tienen que exteriorizarse los hechos del reconocimiento, porque, como dice el codificador, “cuando un hombre ha sostenido y mantenido a la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal a su familia y a la sociedad, y en calidad de padre ha provisto a su educación; cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada como si lo hubiera hecho por una confesión judicial”.

d) *Posesión de buena fe*.—La posesión de estado ha de ser de buena fe. No debe existir duda alguna de que se trata de un hijo realmente concebido por personas que al tiempo de la concepción podían casarse.

De lo contrario, los hijos de crianza, los expósitos, los hijos adoptivos, acreditando su simple título de “hijos”, dado por afección, vendrían a privar de su legítima completa a los herederos forzosos, concurriendo con éstos a dividir el acervo hereditario.

Para la posesión de las cosas corporales se requiere un título verdadero. “El título putativo — dice el artículo 4.011 del Código Civil — no es suficiente, cualesquiera que sean los fundamentos del poseedor para creer que tenía un título suficiente”. El estado de las personas, que es de orden público, no puede adquirirse en condiciones inferiores que las exigidas para la adquisición de las cosas.

La buena fe exige una creencia positiva, una confianza completa en el derecho que se ejerce. La palabra latina *fides* lo indica suficientemente.

El estado no puede adquirirse ni perderse por prescripción ni aun por la *prescriptio longissimi temporis*.



Sería inútil que un hombre apareciera durante diez, quince o más años tratado como hijo, para que esa sola circunstancia le diese el estado real y efectivo de hijo, si no se justifica, al menos por la prueba indiciaria, la unión carnal de los padres.

“En las materias que se refieren al orden público, enseña Troplong (1), no es menos cierto que están libres de la prescripción porque el hecho de los particulares y las renunciaciones privadas no pueden derogar lo que ha sido establecido en interés de la sociedad. Es por esto que el estado de las personas, que depende de las leyes de orden público, es inalterable. Las convenciones más solemnes, lo mismo que el más largo tiempo, serían ineficaces para alterar las relaciones de familia y la existencia civil de un individuo”.

La posesión de estado debe tenerse con título real y sin duda alguna de que el hijo sea tal hijo, y no un mero detentador de una calidad que no le ha dado la naturaleza.

127.—*Jurisprudencia.*

La jurisprudencia exige implícita, si no expresamente, esas cuatro cualidades.

El reconocimiento del padre, para que constituya posesión de estado, debe ser “expreso, en cuanto es inequívoco y constante, respondiendo a su firme voluntad de que no se dude de que tiene un determinado hijo natural; pudiendo hacer tal manifestación continua en forma tácita, es decir, representada por sus hechos y conducta, aun cuando no haya tenido oportunidad de emplear una forma literalmente expresa” (2).

“La esencia de la posesión de estado es el reconocimiento claro, inequívoco, continuado, indubitable, hecho por el padre; un reconocimiento franco, *coram populo*, exactamente como si lo hubiera verificado por escritura pública, puesto que si ha existido un reconocimiento auténtico es éste irrevocable

(1) Prescripción, t. I, p. 167.

(2) Ernesto Quesada. La enmienda de 1882, en la doctrina de la filiación natural, p. 11.



y no sería menester preocuparse de la posesión de estado: ésta se prueba sólo cuando aquél no existe”.

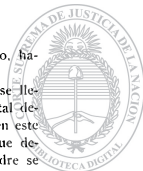
“La posesión de estado — ha declarado la Cámara de lo Civil (1) — resultará comprobada cuando se hayan acreditado tales hechos de relación, en la vida de la familia o de la sociedad, que llevan la convicción a la conciencia del juez, no sólo de que una persona es hijo natural de otra, sino también de que en ese carácter ha sido considerada y tratada la primera por la sociedad, por el público en cuyo medio ha vivido, con el consentimiento expreso o tácito del padre; es indudable que, en tal caso, el estado civil no es el resultado de la voluntad del hijo, ni se origina en la creencia voluntaria o caprichosa de las personas que rodean al hijo y al padre: ese estado civil, esa opinión sobre la filiación es el resultado de los actos del padre con relación al hijo, actos que inducen a la familia o a las relaciones y al público, a aceptar la existencia del vínculo de la generación entre ellos, como los efectos conocidos de una causa determinada inducen a dar por establecida ésta, sin la cual no serían explicables los primeros”.

Sólo existiendo la posesión de estado, con sus cuatro calidades de inequívoca, continua, pública y de buena fe, puede el juez dar, como dice el codificador, una sentencia sobre la paternidad, con una conciencia más segura que la que le daría una escritura pública o un asiento bautismal.

128.—Hijo póstumo.

¿Puede el hijo póstumo exigir el reconocimiento judicial de su filiación legítima?

El reconocimiento voluntario no ha podido tener lugar para el hijo póstumo, puesto que ha nacido después del fallecimiento del padre. Parecería que también se hallara en la imposibilidad de entablar acción de filiación, desde que el artículo 325 dice que después de fallecido el padre, el hijo sólo podrá entablar acción de filiación si ha tenido posesión de es-



tado. ¿Es posible que el hijo tenga posesión de estado, habiendo nacido después de muerto el padre?

Si se encara la cuestión con un criterio estrecho, se llegaría a la conclusión de que el hijo póstumo no tiene tal derecho; pero se ha entendido que la posesión de estado en este caso está constituida por todo el conjunto de hechos que demuestran que, durante el embarazo de la madre, el padre se consideraba como autor de la concepción. Tal es el caso del individuo que ha suministrado recursos a la madre mientras se hallaba en estado de embarazo, que tal vez ha hecho vida marital con ella y ha tenido otros hijos naturales, etc. Si el hijo póstumo está en condiciones de probar estos hechos, tendrá la posesión de estado y por consiguiente podrá entablar con éxito la acción de filiación natural.

129.—*Indagación de la maternidad en el caso de la mujer casada.*

El artículo 326 establece que "la indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada".

Los únicos antecedentes del artículo se encuentran en el código de Luisiana y en el proyecto de Freitas. El primero dice que "la investigación de la maternidad es admitida en favor de toda clase de hijos ilegítimos, siempre que la madre contra la cual se dirija la acción no fuese una mujer casada"; y el segundo que "la investigación de la maternidad de hijos naturales, que no hayan sido voluntariamente reconocidos por su madre, será admitida en juicio, una vez que no tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada". El código francés no contiene esa limitación. La mujer casada puede ser demandada para que reconozca la filiación materna, pero el reconocimiento no puede perjudicar ni al esposo ni a los hijos legítimos, es decir, es una acción sin objeto práctico.

Nuestro código niega la acción, porque, como ha dicho Goyena, el honor de la mujer es como el cristal: se empaña con un soplo. No debe permitirse al hijo que dañe a la reputación de la madre, que es el más precioso de todos los bienes



para una mujer virtuosa. Cuanto más proteja la ley el honor de las mujeres tanto más celosas y altivas se mostrarán ellas para conservarlo. Permitir que se entable acción de filiación natural contra una mujer casada, sería conspirar contra muchos hogares y contribuir a que el hijo fuera el causante de la ruina e infelicidad de la madre. Entre el interés del hijo y el interés de la madre, la ley ha optado por este último.

Una vez fallecida la mujer casada, ¿podrá entablarse acción de filiación natural contra sus herederos?

Nuestros tribunales han interpretado recientemente el artículo 326, estableciendo que la acción de filiación natural es admisible cuando se dirija contra los herederos de la mujer casada, porque el artículo 326 se refiere, según ellos, a la mujer casada *viva*, y no a la que ha muerto.

Tal interpretación no responde a la finalidad de la ley. Esta quiere poner a cubierto de ataques el honor de las mujeres casadas, y no hay que olvidar que ese honor se hace más sagrado después de la muerte. Si en vida de la mujer no es posible suscitar esta clase de pleitos, menos ha de serlo después de la muerte porque habrá desaparecido la única persona que podría aclarar la cuestión y sacar de la duda al marido y a sus hijos. Bastábale al código referirse en general a la mujer *casada* para que se entendiera que la prohibición amparaba el honor de las mujeres durante la vida y después de ella, puesto que donde la ley no distingue, no debemos distinguir.

130.—*Carga de la prueba.*

La prueba de la posesión de estado corresponde al demandante, quien debe justificar las cuatro condiciones que hemos señalado. La sucesión demandada, en la imposibilidad de probar un hecho negativo, puede defenderse presentando testigos que por sus relaciones con el causante debieran tener conocimiento de la filiación y que la ignoren. Es necesario distinguir entre el testigo *nesciente* y el *negante*; el primero es aquel que simplemente no conoce los hechos, y el segundo el que, debiendo conocerlos, los ignora.

131.—*Derechos de los padres naturales.*

¿Cuáles son los derechos de los padres sobre los hijos naturales?

“El padre y la madre — dice el artículo 328 — tienen sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos”.

No es ésta, sin embargo, la patria potestad amplia a que se refiere el artículo 264 al considerar la filiación legítima. Es una potestad restringida, sujeta a determinadas limitaciones.

La primera limitación es la establecida por el artículo 329, cuando dispone que, a pesar de los poderes concedidos por el artículo 328, los jueces pueden restringir el ejercicio de esos derechos cuando así convenga al interés de los hijos.

El padre natural ha formado una unión fuera de la ley; y ésta, en vez de depositar en él la misma ilimitada confianza que tiene en el padre legítimo, le subordina a la tutela judicial, prescribiendo que los jueces puedan vigilar la manera cómo ejerce sus derechos sobre los hijos naturales. Más aún los jueces pueden suspender, restringir o privar de esta patria potestad al padre, para atribuirla a la madre o a un tercero, cuando lo crean oportuno.

La segunda limitación está consignada en el artículo 336, según el cual “los padres naturales no tienen la administración ni el usufructo de los bienes de los hijos”.

En la familia legítima la ley, a la vez que ha establecido como una carga la administración de los padres sobre los bienes de los hijos menores, ha puesto, como compensación, el derecho de los mismos a gozar de las rentas que produzcan los bienes de esos menores. Pero, tratándose de la familia natural, nuestro código ha querido separar todo lo referente al interés pecuniario de los hijos para confiarlo a los tutores, sin permitir que los padres puedan tener ingerencia en el manejo o goce de dichos bienes.

¿Podrá el juez designar al mismo padre como administrador de los bienes del hijo natural? La ley, al establecer la prohibición del artículo 336, sólo prescribe que los padres no tienen de *pleno derecho* la administración de los bienes de sus hijos naturales; pero no impide que en determinados casos pue-





dan los jueces conferir al padre natural la administración de esos bienes. Los jueces acordarán esta facultad cuando consideren que se trata de un padre cuya afección por su hijo natural haga suponer que ha de realizar una buena y correcta administración. Lo que la ley ha querido impedir al negar el usufructo a los padres es que éstos produzcan voluntariamente ciertos reconocimientos de hijos naturales con el exclusivo propósito de aprovechar de las rentas de sus bienes. El peligro está más en el usufructo que en la administración; y en ésta misma habrá casos en que los hijos naturales tengan mayores seguridades con la administración ejercida por su padre natural que con la administración de un extraño.

¿En qué forma ejercen los derechos de la patria potestad los padres sobre los hijos naturales?

Si el que ha reconocido al hijo natural es no solo de los padres, a él corresponde el ejercicio de dichos derechos. Si lo han reconocido simultáneamente el padre y la madre, los derechos corresponden en primer término al padre; pero los jueces, en virtud de la atribución que les confiere el artículo 329, pueden atribuirlos a la madre.

¿Tienen los padres naturales la representación en juicio de sus hijos naturales? El código no resuelve el caso expresamente; pero se admite que los padres ejerzan esa representación en todo lo que se refiere a la persona de los hijos, aunque no así en lo que respecta a los bienes.

El caso más frecuente de ejercicio de esta representación es el que se produce en las acciones de filiación natural, cuando la madre, cuya escasez de recursos no le permite alimentar a su hijo, entabla contra el padre una acción de filiación natural. Se ha establecido que la madre tiene acción para demandar el reconocimiento a nombre de su hijo; pero una vez declarada la filiación por la sentencia judicial, y producidas las consecuencias económicas que la ley establece, termina la intervención de la madre y entra a desempeñar las funciones de representante del hijo un tutor especial, designado por el juez al efecto.

Finalmente, como regla general, podemos agregar que los padres naturales pueden ejercitar, con relación a sus hijos, todos los demás derechos que la ley acuerda a los padres legít-

timos en el título *De la Patria Potestad*, siempre que sea compatible con el título que trata de los hijos naturales. Así, los padres naturales pueden ejercer el derecho de guarda y corrección sobre sus hijos.



132.—Obligaciones.

Veamos ahora cuáles son las obligaciones que la ley impone a los padres naturales con relación a sus hijos.

En primer término, está el deber de *educación*. “El padre y la madre—dice el artículo 330—tienen el deber de criar a sus hijos naturales, proveer a su educación, darles la enseñanza primaria y costearles el aprendizaje de una profesión u oficio; pero en los casos que el interés de los hijos lo demande, los jueces podrán ordenar que la educación del hijo no sea confiada al padre, sino a la madre, o a un tercero, a costa de los padres”.

Como se ve, el deber de educación de los padres respecto de los hijos naturales sólo se refiere a la enseñanza primaria, en tanto que cuando se trata de hijos legítimos este deber se regula de acuerdo con la condición y fortuna de los padres. Lo que la ley quiere es que los hijos naturales alcancen las aptitudes necesarias para poder ganarse la vida y ser útiles a la sociedad.

En segundo término, están obligados a suministrarles alimentos; “Los padres—dice el artículo 331—están obligados a dar a sus hijos naturales los alimentos necesarios hasta la edad de diez y ocho años, y siempre que los hijos se hallen en circunstancias de no poder proveer a sus necesidades...”.

Si la obligación de dar alimentos sólo alcanza hasta que el hijo natural cumple la edad de diez y ocho años, ha de ser porque la ley considera que a esa edad el hijo está en condiciones de suplir por sí mismo a sus necesidades. Creemos, por consiguiente, que la ley entiende otorgarle una especie de emancipación reconociéndole cierta capacidad jurídica, desde que no obliga a los padres hasta la mayor edad. El hijo natural mayor de diez y ocho años podrá obrar por sí según las circunstancias, requiriendo en todo caso la intervención judicial.



Es éste un punto muy debatido, sobre el cual tendrá que pronunciarse la jurisprudencia. El caso se presenta, sin embargo, sólo rara vez, porque, por regla general, los padres cumplen con el deber moral de alimentar a sus hijos naturales hasta que éstos llegan a la mayor edad.

El citado artículo 331 agrega: "Esta obligación incumbe a los herederos de los padres". Tal disposición es una incongruencia dentro de nuestra ley. Ella se explicaría si el hijo natural no heredara a sus padres; pero nuestro código ha reconocido derechos hereditarios al hijo natural. Parece que al redactar la referida disposición el codificador se ha inspirado en algunos autores franceses, como Troplong, para quienes el derecho sucesorio del hijo natural es sólo un *crédito*, de lo cual sacan como consecuencia "que los herederos legítimos pueden hacer liquidar la sucesión, como que ellos son los únicos herederos, y dar en dinero al hijo natural lo que de la herencia le corresponda; que si uno de los herederos legítimos renuncia a la sucesión no le aprovecha al hijo natural, porque como no es heredero no tiene el derecho de acrecer".

Los derechos del hijo natural son distintos, según se le considere heredero o acreedor, porque siendo heredero tiene el derecho de acrecer y de hacer colacionar, en tanto que carece de estos derechos si es considerado acreedor.

Al redactar la parte relativa a las sucesiones, el codificador ha dejado de lado los principios de los tratadistas franceses y ha acordado derechos hereditarios al hijo natural, de la misma naturaleza que el de los legítimos, diferenciándose sólo en la cuota. A este respecto el artículo 337 dice que "los hijos naturales tienen un derecho de sucesión sobre los bienes de sus padres muertos, que será determinado en el lugar correspondiente". Si el hijo natural tiene parte en la sucesión como heredero, no se explica cómo todavía debe ser socorrido por los demás herederos con la prestación de alimentos.

Por otra parte, la prestación de alimentos es un deber esencialmente personal, que se extingue con la muerte de la persona obligada, como lo dispone el código al legislar sobre los derechos y obligaciones de los parientes legítimos, estableciendo que "ni el derecho a los alimentos puede renunciarse ni transferirse por actos entre vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos". (Artículo 374).



Termina el artículo 331: "La obligación de alimentos es recíproca entre padres e hijos". Si la obligación de los padres sólo rige hasta que los hijos cumplen diez y ocho años de edad, la obligación recíproca de los hijos ¿será también limitada en el tiempo? Se ha entendido que la obligación de los hijos naturales es ilimitada: ellos deben contribuir en todo tiempo con los alimentos necesarios para el sostenimiento de sus padres.

133.—*Derechos de los hijos naturales.*

¿Cuáles son los derechos que puede ejercer el hijo natural?

a) El primero es el *derecho a los alimentos*, que acabamos de examinar. Este derecho puede reclamarlo el hijo por sí mismo, por intermedio de uno de sus padres o de un tutor especial, ya sea contra el padre o la madre, o contra ambos.

b) En segundo lugar, el hijo natural tiene *derechos sucesorios*, en carácter de heredero y no como acreedor. Para nuestra ley, los derechos a la sucesión de sus padres que tiene el hijo natural se diferencian de los que tiene el hijo legítimo sólo en cuanto al monto y no en cuanto a la naturaleza.

c) Tiene el derecho de *contestar su reconocimiento*. "El reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales—dice el artículo 335—puede ser contestado por los propios hijos, o por los que tengan interés en hacerlo".

Podría producirse el caso cuando la persona reconocida como hijo natural sospechara que ese reconocimiento ha sido realizado por un tercero y no por el propio padre natural, con el propósito de impedir que el hijo ejercite luego una acción de filiación contra éste. Con la acción de desconocimiento que le otorga el artículo 335, el hijo deja a salvo su derecho para intentar una acción de filiación contra la persona que él considere que es su padre natural.

Mayor importancia que la contestación hecha por el propio hijo tiene la que pueden hacer los terceros, "los que tengan interés en hacerlo", según los términos del mismo artículo. Esta contestación se produce en la mayoría de los casos de reconocimiento de hijos naturales. Los miembros de la



familia legítima no hacen cuestión cuando esos hijos han tenido frecuente trato y vinculación con ella, de manera que hayan formado casi parte integrante de la familia; pero atacan el reconocimiento y se niegan a admitirlos como hijos naturales cuanto éstos se dan a conocer recién después de abierta la sucesión o en los últimos momentos de la vida del que invocan como padre.

En cuanto a la forma y prueba para la acción de desconocimiento por terceros, pueden producirse dos casos, según que la persona que se ha presentado reclamando sus derechos a la herencia en calidad de hijo natural invoque un reconocimiento que el causante le hizo en vida en escritura pública, o bien la posesión de estado a falta de ese reconocimiento.

Si el individuo que se dice hijo natural acompaña un reconocimiento auténtico, aun cuando éste es irrevocable, los herederos tienen la acción de desconocimiento de la filiación, si pueden probar, por ejemplo, que el causante no pudo cohabitar con la madre del titulado hijo natural porque se hallaba en el extranjero en el momento de la concepción. Todo el *onus probandi* en estos casos está a cargo de los herederos legítimos, cuya situación es difícil en el pleito, porque son ellos los que deben probar y no el hijo natural, al cual le basta con exhibir el instrumento de reconocimiento, que es un título válido mientras no se pruebe lo contrario.

Ocorre con mayor frecuencia que el que pretende ser hijo natural no justifica la filiación con ningún documento y sólo invoca la posesión de estado. Desconocido por los herederos, corresponde en este caso al titulado hijo natural toda la prueba de la posesión de estado.

131.—Obligaciones.

¿Cuáles son las obligaciones de los hijos naturales con relación a sus padres?

En lo que respecta a las obligaciones hacia los padres, el código asimila los hijos naturales a los hijos legítimos. Dice, en efecto, el artículo 327: "Las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres se extienden a los hijos natura-

les, respecto a los padres de ellos". La ley no podía establecer diferencias en esta materia entre los hijos legítimos y los naturales, porque los hijos no pueden constituirse en jueces o censores de sus padres para enrostrarles sus faltas. Sean naturales o legítimos, están obligados a guardar a sus padres respeto y obediencia y la consideración debida.





135. — Concepto de la legitimación. — 136. — Condiciones que requiere.
— Jurisprudencia. — 137. — Legitimación de un hijo premuerto.
138. — Derechos y obligaciones de los hijos legitimados. — 139. —
La legitimación con relación al domicilio de los padres.

135.—Concepto de la legitimación.

Los hijos legítimos y los naturales se diferencian por la circunstancia de haber nacido los segundos fuera de matrimonio, pero de personas que al tiempo de la concepción podían casarse. Sería una pretensión absurda del legislador querer desconocer por completo la existencia de esas uniones irregulares que fatalmente se producen sin que la ley pueda evitarlo. Su misión debe ser más bien el tratar de regularizar el mayor número posible de esas situaciones de hecho, concediendo a los que contraigan matrimonio los beneficios de la institución y equiparando sus hijos a los legítimos.

Este es el objeto de la legitimación, que puede definirse como un beneficio que la ley acuerda, mediante el cual los hijos naturales quedan asimilados a los hijos legítimos en todos sus derechos y obligaciones.

Las legislaciones antiguas conocieron esta institución, aunque estableciendo medios distintos a los que se admiten en la actualidad para que la legitimación se produzca.

Uno de estos medios ha sido siempre el subsiguiente matrimonio de los padres: *per subsequens matrimonium*, como



decían los romanos. Pero en Roma existían otros medios de legitimación; y entre ellos el *rescriptum principis*, que era la orden, emanada del emperador, en virtud de la cual se decretaba la legitimación cuando no era posible el matrimonio del solicitante con su concubina, ya por haber ésta fallecido o por darse a comercio deshonesto.

En la época moderna se discute si la legitimación sólo ha de producirse por el subsiguiente matrimonio de los padres o si también ha de admitírsela por medio del *rescriptum principis*. Opinan algunos tratadistas que sería conveniente establecer este último medio, porque se presentan casos en que un cúmulo de prejuicios sociales impide el matrimonio de los padres de un hijo natural; y éstos, no obstante el afecto que le profesan al hijo, se ven en la imposibilidad de darle los derechos que corresponden al hijo legítimo. Otros sostienen que el *rescriptum principis* sólo tenía razón de ser en sociedades en las cuales el concepto de la autoridad y de las funciones del estado era muy distinto al que predomina en la época moderna. -

136.—*Condiciones que requiere. Jurisprudencia.*

Nuestro código admite la legitimación sólo por el subsiguiente matrimonio de los padres.

El artículo 311 dispone, en efecto: "Los hijos nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse, aunque fuera con dispensa (1), quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres".

No basta, sin embargo, el simple matrimonio de los padres para que la legitimación se produzca, aun cuando así se desprende de los términos literales del artículo transcripto. Para que la legitimación tenga lugar, se requieren las siguientes condiciones:

(1) Ya hemos hecho notar que antes de la reforma de 1889 tenían razón de ser las palabras *aunque fuera con dispensa*, porque ellas se referían a los impedimentos dispensables, admitidos por el derecho canónico, que el código consagraba en lo relativo al derecho de familia. Pero, sancionada la ley de matrimonio civil, ellas han quedado sin valor y deben considerarse suprimidas.



1.º Que se trate de hijos naturales y no de hijos incestuosos o adulterinos, como lo indica el artículo al hablar de "padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse".

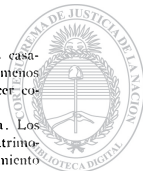
2.º Que el subsiguiente matrimonio de los padres sea regular y válido. La ley, en el deseo de ofrecer facilidades para la legitimación, permite que en circunstancias extraordinarias, cuando no sea posible celebrar el acto ante el jefe del Registro Civil, pueda ser autorizado el matrimonio por cualquier funcionario judicial. Es el matrimonio *in articulo mortis*, estudiado anteriormente.

3.º Que el hijo natural haya sido reconocido antes de celebrarse el matrimonio, al efectuarse éste o hasta dos meses después.

"Para que la legitimación tenga efecto—dice el artículo 317—los padres del hijo natural han de reconocerle antes de la celebración del matrimonio, o al inscribirse éste en los registros parroquiales, o dos meses después de celebrado el matrimonio". Y el 318 agrega: "El reconocimiento deberá hacerse, o en la partida del nacimiento, o ante el juez del lugar, levántandose el acta correspondiente o por escritura pública, o en presencia del párroco y testigos del matrimonio, si se hiciere al contraerse éste" (1).

Opinan algunos que, aun cuando el artículo 311 dice que los hijos naturales "quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres", esa legitimación no se produce si no se cumplen las condiciones de los artículos 317 y 318, es decir, que el reconocimiento se haya verificado antes del matrimonio, en el momento de su celebración o hasta dos meses después. En favor de esta doctrina se invocan las siguientes palabras de Goyena, escritas como comentario al artículo 119 de su proyecto: "Éstas dos épocas (antes de la celebración del matrimonio y en el momento de la celebración del mismo) no son sospechosas, pues precisamente el objeto primario del matrimonio es la procreación de los hijos; pero la ley desconfía

(1) Claro está que desde la reforma de 1889 en vez de registros parroquiales y de párrocos debe leerse oficina del Registro Civil y jefe de la oficina del Registro Civil.



del reconocimiento posterior, porque es posible que dos casados, sin hijos ni esperanza de tenerlos, y que echen de menos la dulzura de la paternidad, se confabulen para reconocer como hijo natural a quien realmente no lo es”.

No es esto, sin embargo, lo que ocurre en la práctica. Los concubinos, al regularizar su situación contrayendo matrimonio, prefieren ocultar al jefe del Registro, por un sentimiento de pudor, la existencia de hijos naturales, sin sospechar cuáles son las sanciones de la ley. Las dificultades se producen cuando se abre la sucesión de uno de los cónyuges, porque entonces es distinta la situación de los hijos nacidos antes y de los procreados después del matrimonio.

A la interpretación literal de los artículos 317 y 318, se ha opuesto la que se funda en la conveniencia de no extremar el rigorismo de la ley para conceder la legitimación.

La ley—dicen los sostenedores de esta doctrina—persigue un propósito fundamental, que es el de tener certeza de que se trata de verdaderos hijos naturales. Basta con impedir el *fraudem legis*. Lo fundamental es que se pruebe que los cónyuges han tenido un hijo natural antes de casarse. Si esa prueba existe, la legitimidad se produce, porque no se va a crear el derecho, sino a constatar un hecho.

Esta doctrina ha prevalecido en la jurisprudencia, que ha entendido que puede prescindirse de los artículos 317 y 318 cuando el hijo natural tiene la posesión de estado, esa prueba que, según nuestro codificador, es más fehaciente que la que deriva de una escritura pública. El hijo natural que tiene la posesión de estado queda legitimado por el subsiguiente matrimonio de los padres, aun cuando el reconocimiento no se produzca dentro de los plazos señalados por los artículos 317 y 318 (1).

137.—*Legitimación de un hijo premuerto.*

El hijo que viene a quedar legitimado ¿debe ser recono-



cido estando vivo? ¿qué utilidad puede reportar un reconocimiento efectuado después de su muerte?

La legitimación de un hijo natural premuerto en el momento del matrimonio beneficia a sus descendientes, que podrán heredar más tarde a los ascendientes. De lo contrario, no tendrían vinculación alguna con éstos y no podrían ser sus herederos. De ahí la disposición del artículo 316: "La legitimación puede extenderse a los hijos que hubiesen fallecido al tiempo de celebrarse el matrimonio, dejando descendientes, en cuyo caso aprovecha a éstos".

Se ha preguntado si la palabra *descendientes*, empleada por este artículo en forma genérica, puede comprender tanto a los descendientes legítimos como a los naturales. No faltan quienes así lo sostengan, basándose en los términos literales de la ley. Pero, como no es posible interpretar una disposición legal ajustándose exclusivamente al texto aislado de un artículo, hay que considerar las demás disposiciones de la ley, y entonces se encuentra el artículo 319, según el cual "los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son iguales a los legítimos para todos los efectos legales, desde el día de la celebración del matrimonio, y la legitimidad aprovecha a su *posteridad legítima*. La designación de *hijos legítimos, hijos de legítimo matrimonio*, comprende los hijos legitimados". Como se ve, el beneficio de la legitimación sólo aprovecha a la posteridad legítima; y esto es porque el código ha separado la familia legítima de la familia natural. Los descendientes naturales no forman parte de la familia legítima y no tienen otros derechos que los derechos especiales que establece el código para ellos. Además, el artículo 3582 dispone que "el hijo natural nunca hereda a los abuelos naturales ni a los hijos y parientes legítimos del padre o la madre que lo reconoció". Sería, pues, contrario a los artículos 319 y 3582 el que los descendientes naturales aprovecharan de la legitimación.

Quiere decir esto que cuando se reconoce un hijo natural premuerto en el momento del matrimonio, los beneficios de la legitimación sólo alcanzan a la posteridad legítima y no a la posteridad natural.



138.—*Derechos y obligaciones de los hijos legitimados.*

Los derechos y obligaciones de los hijos legitimados son iguales a los de los hijos legítimos, desde que están equiparados a éstos, según el artículo 319, con la siguiente restricción: los derechos de los hijos legítimos comienzan desde el día de su nacimiento, en tanto que los derechos de los hijos legitimados empiezan desde el día de la legitimación, es decir, de la fecha del matrimonio de los padres.

El artículo 323 establece: "Los derechos y obligaciones que produce la legitimación principian desde el día en que el subsiguiente matrimonio fué celebrado; no remontan al día de la concepción ni al día del nacimiento de los hijos legitimados, sea para influir en los derechos ya adquiridos de sucesión hereditaria, o para aprovechar al padre en el usufructo que le corresponde sobre los bienes de sus hijos".

Por el artículo 320, "la persona que tenga la libre administración de sus bienes, podrá aceptar o repudiar la legitimación. Los que están bajo tutela, y la mujer casada, no pueden aceptarla ni repudiarla sin consentimiento y aprobación del tutor o del marido". La disposición se explica porque la aceptación o el repudio de la legitimación, que puede o no hacer cambiar de estado a un individuo, colocándole dentro de una familia determinada, requiere de parte del interesado plena capacidad y discernimiento.

Del texto del artículo 320 se desprende que el legitimado no está obligado a aceptar la legitimación como una imposición de la persona que lo reconoce como hijo legítimo. El puede impugnarla demostrando quiénes son sus padres y que a él se le quiere hacer víctima de una confabulación.

También pueden impugnarla los hijos legítimos cuando descubren, por ejemplo, que la legitimación ha obedecido únicamente al propósito de disminuir su herencia.

Igualmente, puede impugnar la legitimación todo el que tenga un interés jurídico en ello. (Art. 321). Así un heredero que vendría a ser excluido por el supuesto hijo legitimado puede entablar la acción de contestación de legitimidad.

139.—La legitimación con relación al domicilio de los padres.

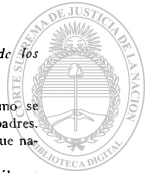
Los artículos 312 a 315 establecen la manera cómo se produce la legitimación con relación al domicilio de los padres.

Según Machado (tomo I, pág. 587), las doctrinas que nacen de estos artículos pueden condensarse así:

1.º La legitimación por subsiguiente matrimonio sólo se aplica a los hijos nacidos de padres que tenían su domicilio en la República al tiempo del nacimiento de aquéllos.

2.º Los hijos nacidos cuando sus padres estaban domiciliados fuera de la República, sólo se legitimarán con arreglo a las leyes del país de ese domicilio.

3.º Si los padres tenían su domicilio fuera de la República cuando celebraron el matrimonio, la legitimación se regirá por las leyes de ese domicilio cualquiera que hubiera sido el del nacimiento.





140.—Hijos adulterinos. — 141.—Hijos incestuosos. — 142.—Derechos de los hijos adulterinos e incestuosos.

140.—Hijos adulterinos.

El momento de la concepción determina la calidad del hijo en lo que se refiere a la filiación. Si en el momento de la concepción los padres estaban casados, el hijo es legítimo; si no lo estaban, pero podían casarse, el hijo es natural; si no estaban casados y no podían casarse, el hijo es adulterino o incestuoso, según cuál fuere el impedimento que obstaba al matrimonio.

“Hijo adulterino—dice el artículo 338—es el que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque una de ellas, o ambas, estaban casadas. La buena fe del padre o de la madre que vivían en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que hubiera sido víctima la madre, no mudan la calidad de la filiación, y en uno y en otro caso el hijo queda adulterino”.

Cuando se trata de personas que han contraído matrimonio estando ya precedentemente casada una de ellas, la ley considera la buena fe para beneficiar al hijo. Si en el matrimonio putativo los dos cónyuges son de buena fe, el hijo es legítimo, aun cuando en virtud del impedimento de ligamen, los padres no podían casarse en el momento de la concepción. Si únicamente uno de ellos es de buena fe, la ley beneficia



igualmente al hijo, dándole calidad de legítimo. Pero si ambos cónyuges son de mala fe, el hijo es adulterino (arts. 87 a 89, ley de matrimonio).

Esto es cuando existe un matrimonio celebrado contra las prohibiciones de la ley; pero si no hay tal matrimonio y los padres sólo viven en concubinato, siendo por lo menos uno de ellos casado, el hijo es siempre adulterino, aun cuando haya buena fe de los padres o la madre haya sido víctima de violencia (art. 338 *in fine*).

111.—Hijos incestuosos.

La filiación incestuosa deriva del hecho de haber sido concebido el hijo cuando los padres se hallaban en la imposibilidad de contraer matrimonio, no ya en-virtud del impedimento de ligamen, sino del impedimento de parentesco en los grados especificados por la ley.

“Hijo incestuoso—dice el artículo 339—es el que ha nacido de padres que tenían impedimento de contraer matrimonio, por parentesco que no sea dispensable (1) según los cánones de la Iglesia Católica” (2).

Hemos dicho anteriormente que hasta la época en que se sancionó la ley de matrimonio civil ha figurado en nuestro código una quinta categoría de hijos: los hijos sacrílegos.

“Hijo sacrílego—decía el artículo 340—es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores, o de personas, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica”.

Por el artículo 112 de la ley de matrimonio han que-

(1) En algunas ediciones del código hay un error de imprenta en este artículo, pues se lee: “...por parentesco que no era indispensable, etc.” El texto correcto figura en la edición oficial de Nueva York tal como lo hemos consignado.

(2) Después de la sanción de la ley de matrimonio civil, debe entenderse modificado este artículo en el sentido de que se refiere a los impedimentos establecidos en el art. 9.º, inc. 1.º a 3.º, de la citada ley, que comprenden la consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación, sean legítimos o ilegítimos, y entre hermanos o medios hermanos, legítimos o ilegítimos, así como la afinidad en línea recta en todos los grados.

dato derogadas todas las disposiciones referentes a hijos sacrilegos. Desde la sanción de esa ley los hijos que procedan de clérigos o de personas ligadas por voto de castidad son naturales, incestuosos o adulterinos, según el caso.



142.—Derechos de los hijos adulterinos e incestuosos.

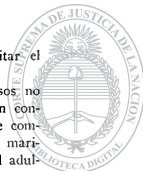
La ley trata con gran rigor a los hijos adulterinos e incestuosos.

Dice, en efecto, el artículo 341: "Es prohibida toda indagación de paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrilega". El artículo 342 agrega: "Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrilegos, no tienen, por las leyes, padre o madre ni parientes algunos por parte de padre o madre. No tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad".

El artículo 344 establece que los hijos adulterinos e incestuosos "no tienen ningún derecho en la sucesión del padre o de la madre, y recíprocamente, los padres no tienen ningún derecho en la sucesión de dichos hijos, ni patria potestad, ni autoridad para nombrarles tutores". Los antiguos códigos llegaban hasta el extremo de prohibir que estos hijos recibieran donaciones o legados.

Se ha sostenido como fundamento de la prohibición de investigar la paternidad de los hijos adulterinos e incestuosos, que hay razones de moralidad y de orden social que impiden que se revelen estos actos que, al decir de los tratadistas, implican verdaderos crímenes. La sociedad se perjudica al dar a la publicidad hechos que vulneran la honestidad de las costumbres.

Los que tal cosa afirman no reparan, sin embargo, que sólo en este caso se levantan contra la revelación del adulterio. ¿Acaso no está autorizado el divorcio por adulterio de la mujer o del marido? ¿Acaso el marido no tiene facultad para desconocer la legitimidad del hijo nacido en su ausencia? Por otra parte, también se investiga el incesto, ya sea cuando se invoca como impedimento para anular el matrimonio, o para ejercer acciones penales. Y en todos estos casos es ne-



cesario investigar los hechos, sin que sea posible evitar el escándalo.

Al prescribir que los hijos adulterinos e incestuosos no tienen padre ni madre, la ley se pone en contradicción consigo misma, puesto que no otra cosa resulta cuando se compara esa prescripción con la disposición que acuerda al marido acción de desconocimiento de la filiación probando el adulterio de la mujer. Por un lado, la ley declara que el hijo adulterino no tiene padre ni madre; por el otro reconoce quién es la madre, al declarar probado el adulterio de la mujer y la filiación adulterina del hijo. Igual contradicción se produce, porque la ley reconoce quiénes son los padres, cuando declara la nulidad de un matrimonio, y siendo ambos cónyuges de mala fe, dispone que los hijos sean considerados adulterinos si había impedimento de ligamen e incestuosos si había impedimento de parentesco.

El rigorismo de que la ley usa con respecto a los hijos adulterinos e incestuosos ha hecho exclamar a Laurent que ella llega a negar a las criaturas humanas lo que la naturaleza concede a los animales, porque ésta siempre da una madre a todo ser que surge al mundo.

Con el ocultamiento no se defiende la honestidad de las costumbres, sino que, por el contrario, se fomenta el libertinaje. No es, por cierto, un freno el que la ley diga que los hijos adulterinos no tienen derecho alguno que reclamar de sus padres. Con estas trabas, la ley no hace otra cosa que dar franquicias al delito.

Se explicaba este rigorismo cuando regían en esta materia las leyes canónicas, que también prohibían toda investigación respecto de los hijos sacrílegos. Pero lo que ahora resulta es que, cometido el desliz, no sólo lo sufren los culpables—porque el hecho se trasluce y se comenta en privado—sino sobre todo los inocentes, que son el hijo y la sociedad; el hijo, que queda con el estigma de no tener padre ni madre, que gravitará sobre él toda su vida, y la sociedad que, para no dejar abandonado ese ser humano, tendrá que hacerse cargo de él, criarlo y educarlo hasta transformarlo en un hombre útil.

La práctica demuestra que la sociedad no sufre con la



investigación de estos hechos; por el contrario, gana la moralidad. Antes no se permitía la investigación de la paternidad cuando se trataba de hijos sacrilegos; pero, después de la ley de matrimonio civil, esa investigación está permitida puesto que esos hijos pueden ser naturales: ¿se ha producido por esto algún suceso escandaloso? ¿se ha conmovido la sociedad por la revelación de cosas inmorales?

En la época moderna hay una marcada tendencia a suavizar esta rigidez, no hasta el extremo, sin embargo, como lo pretenden algunos, de poner en un pie de igualdad a todos los hijos, como si fueran legítimos, por, el hecho de que todos son iguales ante la naturaleza. Todo sistema absoluto es siempre criticable. La familia se ha organizado teniendo por base fundamental el matrimonio. Favorecer los hechos que atentan contra el matrimonio equivale a suprimir la institución. Si hay quienes forman uniones fuera de la ley, la sociedad debe proceder de manera de inducir a esas personas a entrar en las vías legales, pero no debe descargar su ira contra el inocente. Y no se diga que la investigación sobre la filiación adulterina va a desorganizar toda una familia. Porque si es justo respetar a los honestos, es de buena moral, es un deber social que los deshonestos sufran las consecuencias de sus actos. Que el hijo adulterino reclame, pues, de sus padres el alimento y la educación que necesita para subsistir y desarrollarse, aun cuando no pueda llegar a hacerlo como lo haría un hijo legítimo, porque no es posible favorecer las uniones irregulares a costa de las uniones legales.

Y la ley reconoce, hasta cierto punto, este deber de los padres cuando dice (art. 343) que los hijos adulterinos e incestuosos, solamente cuando sean reconocidos por aquéllos, pueden pedirles alimentos hasta la edad de diez y ocho años y siempre que estuviesen imposibilitados para proveer a sus necesidades.

Es el único derecho que la ley acuerda a los hijos adulterinos e incestuosos.



143. — Parentesco. — Definición. — 144. — Línea, grado, tronco, rama. — 145. — Afinidad. — 146. — Arbol genealógico. — 147. — Efectos del parentesco: derechos, obligaciones, incapacidades.

143.—Parentesco.—Definición.

En el título consagrado al parentesco, nuestro código peca de doctrinario al establecer una serie de definiciones que, más que a un cuerpo de leyes, corresponden a un texto didáctico.

“El parentesco—dice el artículo 345—es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un mismo tronco”.

Convendría descomponer la definición en dos partes, enunciándola en la siguiente forma: el parentesco por consanguinidad es el vínculo existente entre dos personas que descienden la una de la otra, o que descienden de un autor común

¿Cuáles son los hechos fundamentales que figuran como base del parentesco por consanguinidad, ya que todo se reduce a una vinculación de descendencia?

Ante todo, está el matrimonio, porque dentro de él se conciben y nacen los hijos. Cuando el vínculo procede de matrimonios sucesivos, la descendencia se ajusta al orden legal, y por eso se le llama *parentesco legítimo* (art. 358).

Pero, si es el vínculo de la sangre lo que caracteriza el parentesco consanguíneo, él también puede provenir de unio-

nes irregulares, y entonces se le denomina *parentesco ilegítimo* (art. 366).



141.—*Línea, grado, tronco, rama.*

“La proximidad de parentesco—dice el artículo 346—se establece por líneas y grados”.

Se da el nombre de *línea* en el parentesco, a una sucesión de personas que descienden las unas de las otras, o, como dice el código (art. 347), a la serie no interrumpida de grados.

Grado es el vínculo existente entre dos individuos, formado por la generación (art. 347), es decir, que entre ellos hay la relación de padre a hijo.

Cuando la línea es directa, se le llama *recta*; si se la considera remontando hacia los antecesores, se la denomina *línea ascendente*; y si se baja hacia los sucesores, se le da el nombre de *línea descendente*.

En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones (art. 352). De ahí que los romanos dijeran: “*tot sunt grados quot sunt generationes*”. Por consiguiente, para averiguar qué grado de parentesco hay entre dos personas determinadas, basta contar las generaciones, o mejor, contar el número de personas menos una.

- T (tatarabuelo)
- B (bisabuelo)
- A (abuelo)
- P (padre)
- H (hijo)
- N (nieto)
- B (biznieta)
- T (tataranieta)

Fig. 1

La figura 1 nos demuestra que si nos remontamos de H hacia P hay una generación y, por consiguiente, un grado; de



H hacia *A* habría dos generaciones y, por consiguiente, dos grados, y así sucesivamente.

Tronco es el grado del cual parten dos o más líneas, las cuales, por relación a su origen, se llaman *ramas* (art. 348).

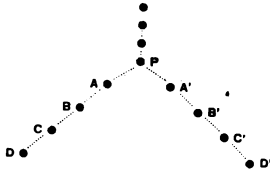


Fig. 2

El padre *P* (fig. 2) es el *tronco*, del cual parten dos líneas, una formada por su hijo *A*, nieto *B*, biznieto *C*, tataranieto *D*, etc.; y la otra por su hijo *A'*, nieto *B'*, biznieto *C'*, tataranieto *D'*, etc. Cada una de esas líneas es una *rama*.

Estas líneas o ramas se llaman *líneas* o *ramas laterales*, porque son las que forman los lados de un ángulo cuyo vértice está en el tronco. Considerándolas con relación entre sí, se las llama *líneas* o *ramas colaterales*, o también *líneas* o *ramas transversales*.

Para determinar el grado de parentesco en la línea colateral, entre el tío y sobrino *A* y *B'* (fig. 2), por ejemplo, se cuenta el número de personas, partiendo de uno de ellos y pasando por el tronco común, hasta llegar al otro. Del número de personas se descuenta una, y se tiene el grado en que se encuentra. Así se ve que *A* y *B'* son parientes en tercer grado (art. 353).

De ahí que, en la línea colateral no pueda haber parientes de primer grado, porque los más próximos, que son los hermanos (*A* y *A'*), están en segundo grado.

No ocurría lo mismo en el derecho canónico, porque éste computaba los grados contándolos solamente dentro de la li-



nea que tiene mayor número de grados. Resultaba así que los primos hermanos entre sí (B y B') eran parientes en tercer grado, lo mismo que el tío y el sobrino A y B'.

Por el artículo 362 de nuestro código la computación canónica regía para determinar los casos de impedimento en el matrimonio por causa de parentesco; pero, desde la sanción de la ley de matrimonio civil debe considerarse abrogado ese artículo.

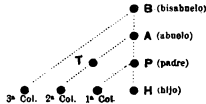


Fig. 3

De cada una de las personas que figuran en la línea recta puede partir una línea colateral. Cada uno de los puntos que representan a esas personas (B, A, P, H, etc., en la fig. 3) viene a ser vértice de un ángulo formado por la línea recta descendente y la línea colateral.

La línea colateral que parte del padre o madre se llama *1.ª colateral*, y corresponde a los hermanos, sobrinos, etc.; la que parte de los abuelos llámase *2.ª colateral*, y comprende a los tíos, primos hermanos y sus descendientes; la que parte de los bisabuelos, *3.ª colateral*, y así sucesivamente. (Artículos 354 a 356).

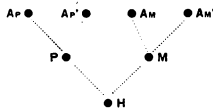


Fig. 4

La línea ascendente se divide en dos ramas (fig. 4) cuando se la hace remontar del hijo (H) hacia el padre y



madre (P y M). Cada una de esas ramas se subdivide nuevamente a medida que se sigue remontando hacia los abuelos, bisabuelos, etc., de manera que se van duplicando los ascendientes. Así una persona tiene dos padres, cuatro abuelos, ocho bisabuelos, etc.

Estas ramas se denominan, respectivamente, *línea ascendente paterna* y *línea ascendente materna*, según tengan por punto de arranque el padre o la madre.

Esta clasificación tenía importancia en el antiguo derecho sucesorio, en el cual, en virtud de la regla *paterna paternis, materna maternis*, se consideraban los bienes según procediesen de la rama del padre o de la madre. Nuestro código, por el contrario, establece que en las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia (art. 3.547).

En la línea ascendente rige en derecho hereditario la regla que dice que el pariente más cercano en grado excluye al más remoto. Así, fallecido el hijo H, heredan sus padres, P y M, que son los más cercanos, y nos los abuelos, que quedan excluidos por éstos.

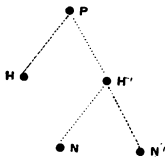


Fig. 5

No ocurre lo mismo en la línea descendente (fig. 5), en la cual, si fallece el padre, P, heredan por mitad los hijos H y H'; pero si antes de la muerte del padre P ha fallecido el hijo H', heredan los nietos N y N', por *derecho de representación*, es decir, colocándose en lugar de H', en vez de quedar excluidos por H. La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de



suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido (art. 3.549).

En la línea colateral la representación se concede sólo a favor de los hijos y descendientes de los hermanos (artículo 3.560); para los demás rige el principio de que el pariente más cercano en grado excluye al más remoto.

Los hermanos pueden ser *bilaterales* o *unilaterales*. “Son hermanos bilaterales—dice el artículo 360—los que proceden del mismo padre y de la misma madre. Son hermanos unilaterales los que proceden del mismo padre, pero de madres diversas, o de la misma madre, pero de padres diversos”.

Los hermanos unilaterales se llaman *hermanos paternos* o *hermanos maternos*, según que procedan de un mismo padre o de una misma madre (art. 361).

1.15.—*Afinidad.*

Parentesco por afinidad es la vinculación que se establece entre el marido y los parientes consanguíneos de la mujer y reciprocamente. Se llaman *afines*, porque, como dice el Digesto, “dos generaciones extrañas entre sí se juntan por el matrimonio y la una se avecina (*finem accedit*) a la otra”.

Se supone, por una ficción legal, que marido y mujer forman una sola persona; y entonces se constituye un vínculo de parentesco entre el marido y todos los parientes de la mujer y entre ésta y todos los parientes del marido. Así la nuera es hija por afinidad, o, como vulgarmente se dice, es *hija política*; el cuñado es *hermano político*, etc.

El parentesco por afinidad es sólo el vínculo creado entre el marido y los parientes consanguíneos de la mujer y entre ésta y los parientes consanguíneos del marido, y no alcanza a ligar entre sí a los parientes de ambos cónyuges. Dice, en efecto, el artículo 364: “El parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación a los parientes consanguíneos del otro cónyuge”.

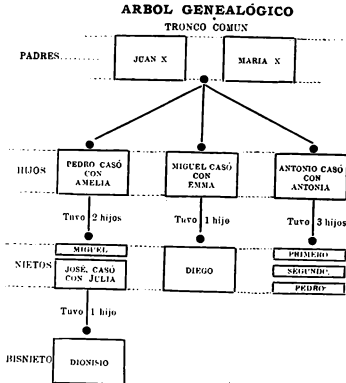
“La proximidad del parentesco por afinidad—dice el artículo 363—se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente o ascendente, el



verno o nuera, están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija, respecto del padre o madre, y así en adelante. En la línea colateral, los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padrastro o madrastra, en relación a los entenados o entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera”.

146.—*Árbol genealógico.*

Los principios establecidos en el presente capítulo nos permiten construir, a manera de ejemplo, un *árbol genealógico*, procedimiento al cual es necesario recurrir a menudo para solucionar cuestiones referentes al derecho sucesorio, en el cual tienen, sobre todo, aplicación las reglas relativas al parentesco.





117.- *Efectos del parentesco: derechos, obligaciones, incapacidades.*

Los efectos del parentesco se consideran con relación a los derechos, obligaciones e incapacidades que produce.

Derechos.

a) El *derecho de sucesión*, en el cual influye tanto el vínculo de la sangre que la ley establece a favor de los descendientes, ascendientes y cónyuge una porción de los bienes, de la cual no pueden ser privados por el testador. Esta porción se llama *legítima*.

El derecho sucesorio, legislado en el libro IV del código, merece, dada su importancia y extensión, ser estudiado por separado.

b) La *patria potestad*, ya analizada en sus detalles.

c) El *derecho a los alimentos*, definido en el artículo 372 en la siguiente forma: "La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la reciba, y también lo necesario para la asistencia de las enfermedades".

El derecho a los alimentos es correlativo con el deber que se impone a los parientes de prestarlos. El legislador ha entendido que la persona que carece de recursos y se halla imposibilitada para ganarse el sustento con su trabajo, puede recurrir a sus parientes en demanda de la ayuda necesaria y que estos parientes tienen el deber de prestarle amparo.

Para legislar este derecho y esta obligación correlativa, el código tiene en cuenta dos factores: primero, la clase de parentesco, es decir, considera si se trata de parentesco legítimo, parentesco por afinidad o parentesco ilegítimo; y segundo, clasifica a los parientes según la vinculación más o menos próxima que los une, colocándolos en el siguiente orden: 1.º, cónyuges; 2.º, hijos (entendiéndose que comprende los nietos); 3.º, padres; 4.º, abuelos y demás ascendientes; y 5.º, colaterales (sólo los hermanos). (Art. 367).



La persona que requiera alimentos podrá exigirlos, dentro de la familia legítima, a los parientes consanguíneos que acabamos de indicar, y dentro del orden señalado, que sólo comprende a los cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos, que son los únicos que propiamente componen la familia, según el concepto de nuestro código.

Si se trata de parientes por afinidad, sólo se deben alimentos el suegro y suegra y el yerno y nuera. (Art. 368).

Cuando se trata de parentesco ilegítimo, el derecho a los alimentos y el correlativo deber son más limitados que en el caso del parentesco legítimo. "Entre los parientes ilegítimos—dice el art. 369—se deben alimentos el padre, la madre y sus descendientes, y a falta de padre y madre, o cuando éstos no pueden prestarlos, el abuelo o la abuela y sus nietos o nietas".

¿Cuáles son los extremos que debe probar la persona que quiere ejercer su derecho de exigir la prestación de alimentos a sus parientes?

Esta persona debe probar: 1.º, que los alimentos le son de absoluta necesidad; 2.º, que se halla imposibilitada de ganarse la vida por sí misma. (Art. 370).

En cuanto a la persona llamada a prestarlos, debe, naturalmente, contar con los medios económicos necesarios para cumplir con su obligación.

Los jueces tienen amplia libertad para apreciar la situación social, las necesidades pecuniarias, etc., de la persona que solicita alimentos, así como del pariente que ha de prestarlos, y regular, según su criterio, el importe de la pensión.

"El procedimiento en la acción de alimentos—dice el artículo 375—será sumario y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa o en el curso de ella el juez, según el mérito que arrojaren los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo".

El código, entendiendo que cuando se trata de la acción de alimentos no es posible admitir un procedimiento largo y moroso, ha establecido para ella el juicio sumario, dentro del cual el juez podrá decretar la prestación solicitada, y ha de-



jado para el juicio ordinario posterior cualquiera alegación que se quiera hacer valer en contra de esa obligación primordial ineludible.

Estas disposiciones de la ley civil han sido complementadas por los códigos de procedimientos, los cuales han separado con claridad esas dos fases de la acción de alimentos y *litis expensas*: 1.º, la acción de alimentos *provisoria*, que se produce en un juicio sumario; y 2.º, la acción de alimentos *definitiva*, que se ventila en un juicio ordinario, susceptible de amplia discusión.

Encuadrada dentro de estos principios, la acción de alimentos y *litis expensas* requiere dos clases de justificación. En efecto, por el artículo 602 del Código de Procedimientos de la Capital, “todos aquellos que por la ley tengan derecho a pedir alimentos deberán presentarse al juez con los recaudos siguientes: 1.º, justificación del título en cuya virtud los pidan; 2.º, justificación, aproximadamente por lo menos, del caudal del que deba darlos”.

Presentados estos dos recaudos, para los cuales bastan dos testigos, el juez, sin admitir discusión alguna, hace lugar a la demanda y fija la pensión que debe abonar el demandado. (Arts. 603 y 604 del Código de Procedimientos). El juez no averigua si el demandante necesita o no de la pensión que solicita; aun más, ni aun da audiencia al demandado durante ese juicio.

Según lo establece el artículo 605, hay derecho a apelación en los siguientes términos: “Si la pretensión fuera denegada, procederá la apelación en ambos efectos; e interpuesta, se remitirá el expediente al superior, con citación sólo del que lo haya promovido; pero si, por el contrario, se conceden los alimentos, no se admitirá dicho recurso más que en un solo efecto; e interpuesto, se sacará testimonio de la sentencia, reservándose en el juzgado para su ejecución, y remitiéndose en seguida los autos al tribunal, con citación de ambas partes”. Siendo la apelación tan sólo con carácter devolutivo, la parte condenada deberá comenzar a pasar alimentos inmediatamente después de notificada del fallo.

Y el artículo 607 agrega: “No se admitirá en el juicio sumario sobre alimentos discusión alguna sobre el derecho de



percibirlos, ni sobre su entidad. Cualquiera reclamación sobre el particular deberá ventilarse en juicio ordinario, debiendo entretanto suministrarse los alimentos provisorios señalados”.

Este procedimiento, tan riguroso y estricto, organizado por la ley con el propósito de asegurar desde el primer instante la prestación de alimentos al que los necesita, puede dar lugar, sin duda, a que personas de mala fe se amparen en él para atacar y perjudicar a algún pariente, obligándole a pagarles una pensión injustificada hasta que termine un juicio ordinario que puede durar varios años. ¿Qué defensa cabe a la persona así agredida? No obstante las disposiciones referidas de las leyes procesales, nada se opone a que ésta presente ante el juez un escrito, al solo efecto de que el magistrado lo tenga en cuenta para mejor proveer, haciendo notar que la pretensión del demandante no obedece a los fines que persigue la ley. El demandado no obstaculiza con este escrito el juicio en manera alguna; y, por el contrario, coadyuva a que se haga justicia. El juez podrá rechazar de plano el escrito o tenerlo en cuenta al resolver, pero sin admitir discusión al respecto.

La prestación de alimentos ¿debe consistir en dinero efectivo o puede también ser hecha en especie? Ante el silencio que guarda la ley en este punto, hay que buscar la solución de acuerdo con los principios generales y con la doctrina, los cuales nos dicen que esa prestación sólo puede consistir en dinero, porque de otra manera implicaría una restricción a la libertad personal del que ha de recibirla. Únicamente en caso de que la prestación sea dada por el padre en favor del hijo se admite que éste puede ser llevado a casa de aquél, desde que nunca se sentirá extraño en ella.

Cuando son varios los parientes obligados a cumplir con esta prestación, ¿deberá ella distribuirse a prorrata entre todos? “El pariente—dice el artículo 371—que prestase o hubiese prestado alimentos voluntariamente o por decisión judicial no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que le hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que él”.

De manera que si un padre, por ejemplo, ha obligado judicialmente a su hijo mayor a pasarle una pensión mensual



determinada, éste no podrá pretender pagar una parte proporcional y que cargen con el resto los demás hijos. El hijo mayor deberá pagar integralmente la pensión, pero puede interponer a sus demás hermanos, a efecto de que en lo sucesivo contribuyan con la respectiva cuota proporcional.

La ley ha entendido que la prestación de alimentos es un derecho excepcional y personalísimo que sólo corresponde al que por una extraordinaria circunstancia se encuentra en la imposibilidad de satisfacer por sí mismo las necesidades más apremiantes de la vida. Se explican así las disposiciones del artículo 374, que dice: “La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción: ni el derecho a los alimentos puede renunciarse ni transferirse por acto entre vivos o muerte del acreedor o deudor de alimentos, ni constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a los alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna”.

La prestación de alimentos dura, en principio, mientras subsisten los vínculos del parentesco; es decir, hasta el fallecimiento del obligado o del beneficiado. Pero la ley ha debido considerar ciertos hechos vituperables que, cometidos por los descendientes o los ascendientes, autorizan a hacer cesar la prestación de alimentos. Tales son los enumerados por el artículo 373: 1.º cuando los hijos de familia legítimos, legitimados o naturales se casan sin consentimiento de los padres o en caso de disenso, sin la autorización judicial; 2.º cuando los descendientes en relación a sus ascendientes o los ascendientes en relación con los descendientes cometan algún acto por el que puedan ser desheredados; 3.º cuando los hijos de familia dejen la casa paterna sin licencia de sus padres.

Obligaciones.

Las obligaciones que derivan del parentesco se pueden sintetizar así: *a)* las que se refieren a la patria potestad; *b)* las que impone el derecho a los alimentos; y *c)* la carga de la tutela.



Incapacidades.

Entre los efectos del parentesco se encuentran incapacidades de diversa naturaleza:

- a) Los impedimentos para el matrimonio (artículo 9, ley de matrimonio);
- b) Las inhabilidades para ser testigo en los testamentos del ascendiente o descendiente (artículos 3.708 y 3.707);
- c) Los parientes del oficial público dentro del cuarto grado no pueden ser testigos en las escrituras que éstos autoricen (artículo 990);
- d) No pueden ser presentados como testigos en juicio contra una de las partes sus consanguíneos o afines en línea recta, ni el cónyuge, aunque esté separado legalmente (artículo 186 del Código de Procedimientos);
- e) No pueden formar parte de la junta de acreedores a que se refiere el artículo 20 de la ley de quiebras el esposo o esposa o pariente del concursado dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad;
- f) En derecho penal el parentesco puede dar lugar a causas eximentes, agravantes o atenuantes de responsabilidad (artículos 81, inciso 13; 84, inciso 1.º, etc., del Código Penal).



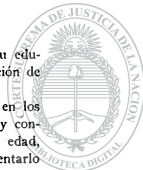
148. — Concepto de la tutela. — 149. — ¿Quiénes pueden ser tutores? — Prohibiciones. — 150. — Caracteres de la tutela. — 151. — Diferentes clases de tutela. — 152. — Leyes aplicables. — 153. — Discernimiento de la tutela. — 154. — Obligaciones del tutor para poder ejercer el cargo. — 155. — Deberes y derechos del tutor. — 156. — Deber de alimentar y educar al pupilo. — 157. — Deber de administrar los bienes: actos de administración; actos de enajenación. — 158. — Obligación de permanecer en el país. — 159. — Obligación de llevar las cuentas de la tutela. — 160. — Obligación de rendir cuenta de la tutela. — 161. — Responsabilidad del tutor. — 162. — Remoción del tutor. — 163. — Derechos del tutor. Remuneración. Reintegro de gastos. — 164. — Obligaciones del pupilo. — 165. — Terminación de la tutela.

148. — *Concepto de la tutela.*

Los menores requieren amparo y protección. La ley confía esa misión a los padres. En el caso de que éstos desaparezcan, ha debido crear una institución que reemplace los cuidados paternos. Esa institución es la *tutela*.

La palabra *tutela*, derivada del latín *tutor*, significa amparar, proteger, defender. Un texto de la Instituta demuestra claramente cuál es el objeto de la institución: "*Apellantur tutores, quasi tutores atque defensores*"; es decir, les llamamos tutores, como quien dijera protectores o defensores del pupilo.

En derecho moderno la tutela es la función jurídica en virtud de la cual una persona capaz se encarga de dispensar



los cuidados que uno o más menores requieren para su educación, alimentos, etc., y toma a su cargo la administración de sus bienes.

Nuestro código define la tutela en el artículo 377 en los siguientes términos: “La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”. Y el artículo 380 agrega: “El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles”.

La tutela es, pues, una institución supletoria, creada en beneficio de los menores y para protegerlos.

Según nuestra ley, el primer requisito para que proceda el nombramiento de tutor es que no existan ni el padre ni la madre, salvo los casos de tutela especial. No ocurre lo mismo en otras legislaciones, en las cuales la tutela empieza con la muerte del padre, aunque exista la madre. Nuestra ley confiere a la madre la patria potestad, y la tutela sólo comienza al fallecimiento del último de los padres sobrevivientes.

Para impedir que queden menores sin el beneficio de la tutela, la ley ha establecido que los parientes de los huérfanos están obligados a poner en conocimiento de los magistrados todo caso de orfandad o la vacante de la tutela, so pena de quedar privados del derecho de ser tutores (artículo 378).

119.—*¿Quiénes pueden ser tutores? Prohibiciones.*

Por regla general, pueden serlo todas las personas capaces. Pero la ley ha decidido enumerar una serie de incompatibilidades o incapacidades que imposibilitan para desempeñar ese cargo.

Estas incapacidades, consignadas en 16 incisos del artículo 398, se fundan en diversas causas y pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

a) *Por razón del sexo*: las mujeres, con excepción de la abuela, si se conservase viuda (inciso 8.º).

Esta prohibición viene del antiguo derecho, en el cual la tutela tenía el carácter de función pública, inherente a la ca-



lidad de ciudadano. Ella ha subsistido en nuestra ley, que ha entendido que la mujer no está siempre habilitada para dirigir la educación y administrar los bienes de un menor. El derecho moderno está reaccionando, sin embargo, contra estas prohibiciones que excluyen a la mujer de la vida civil.

b) Por *razones físicas*, que evidentemente imposibilitan para desempeñar un cargo que requiere inteligencia y dedicación.

Así, no pueden ser tutores los menores de edad, los ciegos, los mudos y los dementes (inciso 1.º a 4.º).

c) Por *razones de orden moral*, que demuestran ineptitud o indelicadeza para administrar:

1.º Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores (inciso 5.º).

2.º Los que hubiesen sido privados de ejercer la patria potestad (inciso 6.º).

3.º Los que hubiesen malversado los bienes de otro menor o hubiesen sido removidos de otra tutela (inciso 13).

4.º Los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenía (inciso 14).

5.º Los que no tengan oficio, profesión o modo de vivir conocido, o sean notoriamente de mala conducta (inciso 9.º).

6.º Los condenados a pena infamante (inciso 10).

d) Por *razones de incompatibilidad de intereses*:

1.º Los deudores o acreedores del menor por cantidades considerables (inciso 11).

2.º Los que tengan, ellos o sus padres, pleitos con el menor, sobre su estado o bienes (inciso 12).

e) Por *razones de dependencia*:

1.º Los individuos del ejército y de la marina, que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos y cirujanos (inciso 15).

2.º Los que hubiesen hecho profesión religiosa (inciso 16).

f) Por *razones de ausencia*:

1.º Los que no tienen domicilio en la República (inciso 4.º).

2.º Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión fuera del territorio de la República (inciso 7.º).

150.—*Caracteres de la tutela.*

La tutela, en virtud de las funciones a que responde, tiene el carácter de cargo personal irrenunciable, salvo excusación fundada. Dice, en efecto, el artículo 379: "La tutela es un cargo personal, que no pasa a los herederos, y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente". Pero la tutela no es, sin embargo, entre nosotros una verdadera carga pública, porque no es gratuita, sino onerosa, a diferencia de lo que ocurre en otros países.

Además, la tutela tiene en nuestra ley la característica de ser *unipersonal*, puesto que el tutor es siempre una sola persona. No pasa lo mismo en otras legislaciones, que organizan la tutela en forma distinta. La legislación francesa crea primero el consejo de familia, que delibera, constituido generalmente por seis parientes del menor, de manera que queden más o menos equilibrados los de la rama paterna y los de la rama materna; en segundo término está el tutor, que obra; y finalmente, el subrogado tutor, que vigila al tutor y lo reemplaza en caso necesario. Esta organización de la tutela ha sido comparada a la del Estado: el consejo de familia sería el poder legislativo, porque delibera y ordena; el tutor sería el poder ejecutivo, porque obra en cumplimiento de las resoluciones del consejo de familia; y el subrogado tutor sería el poder judicial, porque está encargado de vigilar los actos que ejecuta el tutor.

Nuestro código ha preferido dejar de lado este complicado mecanismo, entendiendo que con él se dificultan las funciones de la tutela, y ha resuelto conferir las a una sola persona, vigilada por una institución especial, el Ministerio de Menores, que tiene la representación promiscua de todos los incapaces y ejerce funciones de vigilancia. Toda administración requiere unidad de acción para ser eficaz. Cuando se encargan funciones administrativas a comisiones compuestas por un grupo de personas, la gestión se hace lenta y a menudo innocua.

De ahí la disposición del artículo 386: "La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido a los padres





nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos; y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos”.

Y el artículo 381 dice: “La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores”.

Hay, no obstante, autores nacionales que sostienen que el sistema de nuestro código es deficiente y que es necesario reformarlo, adoptando el consejo de familia. Se fundan para ello en que las tutelas — generalmente las dativas — han dado mal resultado. Olvidan que la crítica no debe dirigirse a la institución, sino al hecho de haberse producido a veces nombramientos poco acertados, en los cuales no se han tenido en cuenta las condiciones personales de los designados para ejercer la tutela.

. 151.—*Diferentes clases de tutela.*

Nuestra ley distingue cuatro clases de tutela:

a) La tutela *dada por los padres*, también conocida con el nombre de *testamentaria*, porque, por lo general, la designación del tutor es hecha por aquéllos en su testamento, aunque también puede ser hecha en escritura pública.

El artículo 383, consagra el derecho de los padres a dar tutor a sus hijos: “El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar, por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento”. Este derecho pueden ejercerlo los padres también con relación a los hijos que deshereden. (Artículo 387).

El artículo 384 agrega que la designación puede ser hecha bajo cualquier cláusula o condición no prohibida. “Son prohibidas — dice el artículo 385 — y se tendrán como no escritas, las cláusulas que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, o de dar cuenta de su adminis-



tración todas las veces que se le ordena por este código, o lo autoricen a entrar en la posesión de los bienes antes de hacer el inventario".

¿Qué efecto produciría una condición que, no siendo de las que están consignadas en el citado artículo 385, fuera imposible o contraria a la moral o a las buenas costumbres? ¿Viciaría de nulidad el acto? Las consecuencias de las condiciones prohibidas dan siempre lugar a discusión. Cuando se trata de actos unilaterales de voluntad, la doctrina quiere que las condiciones prohibidas se den por no escritas y subsista el acto principal; pero cuando se trata de un contrato, cuando dos personas se han puesto de acuerdo para ejecutar un acto sometido a una condición prohibida, entonces esta condición hace que el acto sea nulo. En el primer caso la condición imposible no perjudica la esencia del acto principal; en el segundo, se anula el acto porque la coincidencia de las voluntades ha recaído sobre un acto imposible.

Sin embargo, la solución de nuestro código, en lo que respecta a los testamentos, es contraria a estos principios: la condición inmoral o imposible, física o legalmente, anula el acto. (Artículo 3.608).

La tutela testamentaria requiere confirmación judicial para tener efecto, confirmación que no se producirá si no ha sido legalmente dada. (Artículo 388).

b) La tutela *legítima*, que es la que la ley, teniendo en cuenta la vinculación del parentesco, confiere a los parientes de los menores cuando los padres han fallecido sin hacer uso de su derecho de designarles tutores o cuando los designados no entran a ejercer la tutela o dejan de serlo. (Artículo 389).

La ley establece cuáles son los parientes del menor a quienes debe serles conferida la tutela y en qué orden les corresponde.

"La tutela legítima — dice el artículo 390 — corresponde únicamente a los abuelos y hermanos del menor, en el orden siguiente:

- 1.º Al abuelo paterno.
- 2.º Al abuelo materno.
- 3.º A las abuelas paterna o materna, si se conservan viudas.



4.º A los hermanos varones, siendo preferidos los de ambos lados, y entre éstos el de mayor edad.

“Estas personas se reemplazarán en la tutela en el orden en que van designadas”.

Esta es una enumeración taxativa, de manera que no es posible que un pariente de los no indicados en el artículo invoque el derecho de ser designado tutor. Se ha criticado entre nosotros que la ley haya excluido a los bisabuelos, apartándose en esto del código francés. Sin embargo, al hacer esta exclusión el código ha entendido que, siendo forzosamente los bisabuelos personas de edad muy avanzada, no están, por lo general, en condiciones de desempeñar las funciones de tutor con la dedicación y eficacia que son de desear. La verdad es que las leyes debieran comprender en una incapacidad especial a las personas que han llegado a una edad senil, puesto que es un hecho que ellas se encuentran en una situación, en un todo análoga a la de los menores que se hallan en la infancia.

La tutela legítima sólo puede conferirse a los parientes referidos, a condición de que ellos gocen de buena reputación y sean idóneos. Dice, en efecto, el artículo 391: “El juez no confirmará o dará la tutela legítima sino al que por sus bienes o buena reputación fuese idóneo para ejercerla, quedando esta clasificación al arbitrio del juez, debiendo siempre preferir el pariente más idóneo al menos idóneo, no obstante el orden establecido en el artículo anterior”.

c) La tutela *dativa*, que es conferida por el juez cuando no procede la tutela testamentaria ni la tutela legítima. “Los jueces — dice el artículo 392 — darán tutor al menor que no lo tenga nombrado por sus padres, y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legítima, o no sean capaces e idóneos, o hayan hecho dimisión de la tutela, o cuando hubiesen sido removidos de ella”.

Los jueces tienen amplias facultades para conferir el cargo de tutor dativo a la persona que les parezca conveniente. Se explica, sin embargo, que designen algún pariente que, sin estar comprendido en los que enumera el artículo 390, solicite ejercer la tutela — muchas veces gratuitamente — en virtud del parentesco que lo liga al menor y del afecto que tiene por



el. No se comprendería cómo, en tal caso, comprobada la honorabilidad e idoneidad de esta persona, pudiera nombrarse un extraño.

"El nombramiento de tutor dativo — dice el artículo 393 — será hecho sin condición alguna, y durará hasta que la tutela se acabe".

d) La tutela *especial*, que, como su nombre lo indica, tiene un carácter singular, pues sólo funciona en determinados casos — enumerados en el artículo 397 — en que es necesario dar al menor un tutor, no obstante subsistir el ejercicio de la patria potestad de los padres. Hay circunstancias en que, por oposición de intereses entre padres e hijos o entre tutores y pupilos, o por otras razones fácilmente comprensibles, el menor necesita un tutor que lo represente, ya para que discuta una cuestión con el padre o con el primitivo tutor, ya para que administre uno o más bienes, según el caso, etc.

Como caso de tutela especial puede incluirse la del artículo 396, según el cual "los niños admitidos en los hospicios, o en las casas de expósitos, por cualquier título y por cualquier denominación que sea, estarán bajo la tutela de las comisiones administrativas".

La institución de la tutela alcanza también a los hijos naturales, para los cuales se rige por las mismas reglas que la tutela de los hijos legítimos, con la única diferencia de que no tiene lugar la tutela legítima. (Artículo 395).

Dice el artículo 394: "El sobreviviente de los padres naturales puede nombrar por escritura pública, o en su testamento, tutores a sus hijos, cuando los hubiere instituido por herederos, o sólo un curador de los bienes que les hubiese dejado".

152.—*Leyes aplicables.*

¿Cuáles son las leyes aplicables a la tutela en caso de que existan bienes en el país y en el extranjero?

En la administración de los bienes de la tutela discernida por los jueces argentinos se aplica la "lex rei sitæ"; es decir, que los bienes existentes en la República se rigen por



nuestras leyes, y los bienes situados en el extranjero se rigen por las leyes del país respectivo. (Artículos 409 y 410).

Si la tutela ha sido discernida en el extranjero, ella deberá organizarse de acuerdo con la respectiva ley extranjera; pero cuando deba ejecutarse en la República se aplicará la ley argentina.

153.—Discernimiento de la tutela.

No es suficiente, para que el tutor pueda entrar a desempeñar su cargo, la simple exhibición del testamento o de la escritura que lo designe como tal o la comprobación del parentesco que le confiera el derecho de ejercer funciones de tal: es necesario que el juez competente discierna el cargo.

“Nadie puede ejercer las funciones de tutor — dice el artículo 399 — ya sea la tutela dada por los padres o por los jueces, sin que el cargo sea discernido por el juez competente, que autorice al tutor nombrado o confirmado para ejercer las funciones de los tutores”.

Agrega el artículo 407: “Los actos practicados por el tutor a quien aun no se hubiere discernido la tutela, no producirán efecto alguno respecto del menor; pero el discernimiento posterior importará una ratificación de tales actos, si de ello no resulta perjuicio al menor”.

En la práctica, y salvo el caso de la tutela dativa, el que aspira a ser designado tutor debe producir una información de *vita et moribus*, por la cual acredite ante el juez su honestidad, competencia e idoneidad para desempeñar el cargo.

El discernimiento de la tutela se produce en dos formas: la que en el foro se conoce con el nombre de *apud acta* y la que se hace en escritura pública. La primera, que es aquella en que el mismo secretario de la causa labra el acta de discernimiento en el expediente, tiene la ventaja de ahorrar gastos. La segunda es extendida en el protocolo del escribano que el juez designa al efecto. En esta escritura se hace una breve relación de los datos del expediente, se consigna la información aprobada por el juez, la aceptación del cargo y juramento prestado por el tutor y el discernimiento.



¿Cuál es el juez competente para discernir la tutela?

Según el artículo 400, es el juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio en el día de su fallecimiento.

Si los padres tenían su domicilio fuera de la República en el día de su fallecimiento, el juez competente es el del lugar de la última residencia de los padres en el día de su fallecimiento; y si lo tenían fuera de la República el día en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente será el del lugar de la residencia de los padres. (Artículo 401).

Las reglas de los artículos 400 y 401 rigen también el caso de que los hijos sean naturales reconocidos por sus padres o juzgados por tales. "Si fuesen solamente reconocidos por la madre — agrega el artículo 402 — o juzgados tales respecto de ella, el juez competente para el discernimiento de la tutela será el juez del domicilio de la madre, o el del lugar de su residencia, si el domicilio de ella estuviese fuera de la República".

"En cuanto a los expósitos o menores abandonados — dice el artículo 403 — el juez competente para discernir la tutela será el del lugar en que ellos se encontraren".

Corresponde al juez que ha discernido la tutela intervenir en el contralor y vigilancia de todos los actos de la tutela, ya sean relativos a los bienes o a la persona del menor, y hasta que ella termine. El juez viene así a desempeñar en nuestro derecho las funciones que las leyes europeas acuerdan al consejo de familia.

Dice, en efecto, el artículo 404: "El juez a quien compete el discernimiento de la tutela será el competente para dirigir todo lo que a ella pertenezca, aunque los bienes del menor estén fuera del lugar que abraza su jurisdicción".

Quiere decir que si la tutela se abre en la ciudad de Buenos Aires, y entre los bienes del menor existe, por ejemplo, un establecimiento de campo en Córdoba y una explotación industrial en Entre Ríos, éstos, aunque estén situados fuera de la jurisdicción del juez de Buenos Aires, quedan sometidos a su imperio por haber discernido la tutela.

"La mudanza de domicilio o residencia del menor o de sus padres — dispone el artículo 405 — en nada influirá en



la competencia del juez que hubiese discernido la tutela, y al cual sólo corresponde la dirección de ella hasta que venga a cesar por parte del pupilo”.

Hay siempre, pues, absoluta unidad de jurisdicción en la tutela.

Hecho el discernimiento de la tutela en cualquiera de las dos formas referidas, y confirmado el tutor por el juez si se trata de tutela testamentaria, queda él autorizado para ejercer los derechos y sometido a las obligaciones que la ley establece a su respecto.

154.—Obligaciones del tutor para poder ejercer el cargo.

Antes de que el tutor pueda entrar a desempeñar su cargo, deberán llenarse las siguientes formalidades:

a) El tutor nombrado o confirmado por el juez debe prestar previamente *juramento* de buen desempeño de sus funciones. (Artículo 406).

Esta solemnidad está actualmente reducida a una fórmula que ha perdido todo su significado; y tanto es así, que prácticamente todo se limita a firmar una diligencia, que redacta un empleado, sin que los jueces se preocupen de tomar el juramento.

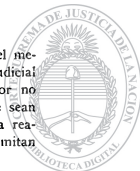
b) Debe hacerse *inventario y tasación judicial* de los bienes del menor, salvo que ya se hubiese hecho antes del discernimiento de la tutela. (Artículo 408).

Como en la mayoría de los casos la tutela se discierne por el mismo juez de la testamentaria, sucede que el inventario y tasación judicial de los bienes están hechos al ir el tutor a hacerse cargo de sus funciones.

De lo contrario, no puede prescindirse de esta obligación de hacer el inventario. Es nula la cláusula testamentaria que exima de esta obligación al tutor o le autorice a entrar en posesión de los bienes antes de realizarlo. (Artículos 385 y 418).

Claro está que en los casos de tutela especial no se requiere el inventario, dadas las características de esa tutela.

Dice el artículo 417: “El juez, discernida la tutela, debe



señalar, según la naturaleza y situación de los bienes del menor, el tiempo en que el tutor debe hacer el inventario judicial de ellos. Mientras el inventario no esté hecho, el tutor no podrá tomar más medidas sobre los bienes que las que sean de toda necesidad". Es decir, el tutor está autorizado a realizar como gestor oficioso todos aquellos actos que no admitan dilación, tales como el pago de impuestos, etc.

¿Cómo se practica esta operación del inventario y tasación de bienes?

Respecto de este punto, el código consigna un solo artículo: "Para la facción del inventario—dice el artículo 422— el juez debe acompañar al tutor con uno o más parientes del menor, u otras personas que tuviesen conocimiento de los negocios o de los bienes del que lo hubiese instituido por heredero".

Raras veces puede cumplirse esta disposición, porque el juez, al discernir la tutela, no tiene conocimiento de quiénes son los parientes del menor, a menos que alguno de éstos se presente. Cuando se trata de una tutela legítima no concurren tampoco los parientes, porque ello importaría establecer el control de un pariente sobre otro.

En cuanto a la forma en que se realiza la operación, rigen las disposiciones respectivas del Código de Procedimientos, según el cual la diligencia está confiada al escribano secretario del juzgado, con asistencia de dos testigos y del tutor. Pero como los escribanos secretarios se excusan por recargo de trabajo, el juez, a propuesta de parte o de oficio, designa un escribano para que se encargue de esa misión.

Si el tutor entrase en lugar de un tutor anterior, debe pedir inmediatamente a su predecesor o a sus herederos rendición judicial de cuentas de la tutela y la posesión de los bienes del menor. (Artículo 421).

Si el tutor es acreedor del menor por una suma que no sea considerable (los acreedores por sumas considerables no pueden ser tutores, según lo hemos visto), deberá asentar su crédito en el inventario, so pena de no poder reclamarlo en adelante, salvo que al tiempo del inventario hubiese ignorado la deuda a su favor. (Artículo 419). Esta formalidad se explica porque el tutor, al hacer el inventario, ha de incautarse



de todos los papeles y documentos del causante, y si fuera de mala fe podría hacer desaparecer el recibo que hubiera otorgado por su crédito ya cancelado.

Los bienes que en adelante adquiriera el menor por sucesión u otro título deberán ser inventariados en la misma forma. (Artículo 420).

155.—Deberes y derechos del tutor.

Los deberes y derechos del tutor para con el pupilo son similares a los de los padres para con sus hijos menores, ya que aquél no hace sino suplir a éstos.

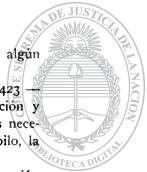
Hemos dicho que el tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles, concepto que repite el artículo 411, agregando: "Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad".

¿Cuál es la norma que debe guiar los actos del tutor en su gestión? Dice el artículo 413: "El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes". Es sabido que, desde el derecho romano, el *buen padre de familia* es el tipo abstracto del hombre honesto y diligente.

Dentro de este criterio, el tutor tiene las siguientes obligaciones: *a)* alimentar y educar al pupilo; *b)* administrar sus bienes; *c)* no salir de la República o no trasladar al menor sin autorización judicial; *d)* llevar las cuentas de la tutela; *e)* rendir cuenta, una vez acabada la tutela; *f)* responsabilizarse, en determinados casos, de sus actos y de los del pupilo.

156.—Deber de educar y alimentar al pupilo.

"El menor -- dice el artículo 416 -- debe ser educado y alimentado con arreglo a su clase y facultades". Y el artículo 412 agrega: "Debe tener en la educación y alimento del menor los cuidados de un padre. Debe procurar su establecimiento en la edad correspondiente, según la posición y fortuna del menor, sea destinándolo a la carrera de las letras, o colo-



cándolo en una casa de comercio, o haciéndole aprender algún oficio”.

Corresponde al juez — según lo dispone el artículo 423 — fijar la suma anual que ha de invertirse en la educación y alimentos del menor, sin perjuicio de variarla según las necesidades, y para ello tendrá en cuenta los bienes del pupilo, la renta que produzcan y su edad.

Si las rentas del menor no alcanzaran para su educación y alimentos — agrega el artículo 427 — el juez puede autorizar al tutor para que emplee una parte del principal, a fin de que el menor no quede sin la educación correspondiente.

Esto es en el caso de que el menor tenga bienes; de lo contrario rige el artículo 428, que dice: “Si los pupilos fúesen indigentes y no tuviesen suficientes medios para los gastos de su educación y alimento, el tutor pedirá autorización al juez para exigir de los parientes la prestación de alimentos”.

En este último caso el pariente que diese alimentos al pupilo podrá tenerlo en su casa y encargarse de la educación, si el juez lo permitiese. (Artículo 429).

Sucede, la mayoría de las veces, que los parientes dan voluntariamente la prestación de alimentos, sin necesidad de que se les interpele; pero si ellos se muestran recalcitrantes, puede el tutor solicitar que el juez exija judicialmente la prestación y no permita que el menor quede en casa de ellos.

El artículo 430 dice: “Si los pupilos indigentes no tuviesen parientes, o éstos no se hallasen en circunstancias de darles alimentos, el tutor, con autorización del juez, puede ponerlos en otra casa, o contratar el aprendizaje de un oficio y los alimentos”. En tal caso, si se trata de una criatura pequeña, puede hacerla ingresar en un asilo, y cuando sea mayor puede colocarla de aprendiz en algún establecimiento o taller, de acuerdo con las leyes especiales que reglamentan el trabajo de los niños.

157.—Deber de administrar los bienes: actos de administración: actos de enajenación.

En lo que respecta a los bienes, las obligaciones de un buen padre de familia, que son las del tutor, comprenden tres



órdenes de ideas: primero, hacer que ellos produzcan todos los frutos y rentas que correspondan, según su naturaleza; segundo, conservar los bienes, impidiendo que se malgasten o destruyan; tercero, aumentarlos.

Estos son, en síntesis, los propósitos que el tutor debe perseguir en la administración del patrimonio del pupilo.

En cuanto a las facultades del tutor como administrador, es necesario distinguir los actos de *simple administración* de los actos de *enajenación*.

El tutor puede realizar todos los actos de *simple administración* que no comprometan el patrimonio del menor, siempre de acuerdo con las normas generales que hemos establecido.

Respecto de esta clase de actos, el código, que legisla detalladamente todo lo que se refiere a la tutela—y hasta incurriendo en redundancia, si se considera que, según lo dispuesto por el artículo 1.870, inciso 1.º, son aplicables a la tutela las reglas del título *Del Mandato*—consigna algunos principios de carácter general y da algunas soluciones para los casos especiales, que agruparemos a continuación.

El tutor deberá colocar a interés en los Bancos, o invertir en adquisición de fondos públicos o de bienes raíces, con conocimiento y aprobación del juez de la tutela, los sobrantes de rentas del pupilo. (Art. 424).

Los depósitos en los Bancos o las inscripciones en la deuda pública deben ser hechos a nombre del pupilo. (Art. 425).

El tutor debe provocar la venta de la cosa que el pupilo tenga en comunidad, así como la división de la herencia en que sea parte, (Art. 436). Toda partición, división de condominio o de herencia en que esté interesado un menor debe ser judicial. (Art. 437).

Si el pupilo ha heredado un establecimiento, el juez autorizará al tutor para que ejerza en él todos los actos de un mandatario con libre administración, sin necesidad de requerir autorización especial sino en el caso de una medida extraordinaria. (Art. 448). Si el juez ordenare la cesación del establecimiento, autorizará al tutor para enajenarlo en venta pública o privada, después de tasada o regulada su importan-



cia; y mientras no fuese posible venderlo, para proceder como el tutor lo encontrase menos perjudicial al menor. (Art. 449).

Si se trata de un establecimiento social, el tutor informará al juez si conviene continuar o disolver la sociedad, tomando para ello en consideración las disposiciones del testador, el contrato social, su naturaleza, el estado del negocio y el lugar del establecimiento. (Art. 444). Si el juez resolviese que la sociedad continúe, autorizará al tutor para hacer las veces del socio fallecido de quien el pupilo es sucesor. (Art. 445). Si el juez optase por la disolución, o ella se produjera por vencimiento del término del contrato de sociedad, autorizará al tutor para que, de acuerdo con los demás interesados, ajuste la venta o cesión de la cuota social del pupilo al socio o socios sobrevivientes, o a un tercero, con asentimiento de éstos; y si no fuere posible la venta, para inspeccionar o promover la liquidación final y percibir lo que correspondiese al pupilo. (Art. 446).

Estas disposiciones no rigen cuando los pupilos fuesen interesados en sociedades anónimas o en comandita por acciones. (Art. 447).

Respecto de los actos de *enajenación*, el código ha restringido considerablemente las facultades del tutor, en el deseo de asegurar la conservación del patrimonio del pupilo, prohibiendo en absoluto determinados actos y prescribiendo que otros sólo podrán ser realizados mediante autorización judicial.

Están *absolutamente prohibidos* al tutor, aunque el juez indebidamente los autorice, los actos siguientes:

a) Hacer con el pupilo contrato de cualquier especie. (Art. 450, inc. 3.º).

b) Comprar o arrendar por sí o por persona interpuesta bienes muebles o inmuebles del pupilo, o venderle o arrendarle los suyos, aunque sea en remate público, so pena de nulidad del acto y la remoción del tutor por conducta dolosa, con todas las consecuencias respectivas. (Art. 450, inc. 1.º, y artículo 1.361, inc. 2.º).

c) Constituirse cesionario de los derechos y acciones contra el pupilo, salvo que la cesión resulte de una subrogación legal. (Art. 450, inc. 2.º).



d) Aceptar herencias deferidas al pupilo, sin beneficio de inventario. (Art. 450, inc. 4.º).

e) Aceptar por sí donaciones de bienes del pupilo, antes de la rendición de cuentas y del pago del saldo que resulte contra el deudor. (Art. 1.808, inc. 4.º).

f) Disponer a título gratuito de los bienes del pupilo, a no ser que sea para prestación de alimentos a los parientes de ellos, o pequeñas dádivas remuneratorias o presentes de uso. (Art. 450, inc. 5.º, y art. 1.807, inc. 4.º).

g) Hacer remisión voluntaria de los derechos del pupilo. (Art. 450, inc. 6.º).

h) Hacer o consentir particiones privadas en que el pupilo sea interesado (art. 450, inc. 7.º), salvo lo dispuesto en el artículo 3.515 sobre la autorización que pueden conferirles los padres para que hagan los inventarios, tasaciones y particiones extrajudicialmente, presentándolas después a los jueces para su aprobación.

i) Prestar dinero del pupilo, por más ventajosas que sean las condiciones. (Art. 450, inc. 8.º).

j) Obligar al pupilo como fiador de obligaciones suyas o de otros. (Art. 450, inc. 9.º, y art. 2.011, inc. 3.º).

k) Hacer transacciones con el pupilo que se emancipare, respecto a las cuentas de la tutela. (Art. 841, inc. 5.º).

El tutor necesita *autorización judicial* para realizar los siguientes actos:

a) Para enajenar los bienes muebles o inmuebles del pupilo. (Art. 434).

La ley ha querido garantizar los intereses de los menores e impedir las confabulaciones destinadas a despojarlos, y para ello no sólo ha prohibido al tutor que enajene esos bienes sin previa autorización judicial, sino que ha señalado taxativamente al juez cuáles son los casos en que podrá acordar esa autorización.

Esos casos, enumerados en el artículo 438, son los siguientes:

1.º Cuando las rentas del pupilo fuesen insuficientes para los gastos de su educación y alimentos.

2.º Cuando fuese necesario pagar deudas del pupilo, cu-



ya solución no admita demora, no habiendo otros bienes, ni otros recursos para ejecutar el pago.

3.º Cuando el inmueble estuviese deteriorado y no pudiera hacerse su reparación sin enajenar otro inmueble o contraer una deuda considerable.

4.º Cuando la conservación por más tiempo del inmueble reclamara gastos de mayor valor.

5.º Cuando el pupilo poseyera un inmueble en comunidad y la continuación en la comunidad le fuese perjudicial.

6.º Cuando la enajenación del inmueble haya sido convenida por el anterior dueño, o hubiese habido tradición del inmueble, o recibo del precio o parte de él.

7.º Cuando el inmueble hiciese parte integrante de algún establecimiento de comercio o industria que hubiese tocado en herencia al pupilo y que deba ser enajenado con el establecimiento.

En ciertos casos en que prima una razón de orden público, la enajenación de los bienes muebles o inmuebles del pupilo puede ser hecha por el tutor sin necesidad de autorización judicial. Esos casos, especificados por el artículo 439, son aquellos en que la enajenación sea motivada: 1.º, por ejecución de sentencia; 2.º, por exigencia del copropietario de un bien indiviso; 3.º, por expropiación por utilidad pública.

Dispone el artículo 440 que el tutor proceda prontamente a la venta de los bienes muebles del pupilo, con excepción de los siguientes:

1.º De los necesarios para uso del pupilo, según su calidad y fortuna.

2.º De los que formen parte integrante de algún establecimiento comercial o industrial que le hubiese tocado en herencia, y aquél no se enajenase.

3.º De los objetos de oro o plata o joyas preciosas.

4.º De las cosas que tengan un valor de afección o artístico, como retratos de familia, etc.

La venta de los bienes del pupilo, una vez acordada, según lo dejamos establecido, deberá realizarse en *remate público*, como lo prescribe el artículo 441, con una base equivalente a las dos terceras partes de su valor, según la tasación que previamente deberá hacerse.



No obstante, la ley enumera determinados casos que están exentos de esta formalidad:

1.º Cuando se trate de bienes muebles de poco valor y haya quien ofrezca un precio razonable por su totalidad, a juicio del tutor y del juez. (Art. 441).

2.º El juez podrá dispensar que la venta de los muebles o inmuebles se haga en remate público, cuando a su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, o porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación. (Art. 442).

b) Para constituir derechos reales sobre los bienes del pupilo. (Art. 435).

c) Para dividir los inmuebles que el pupilo posea en comunidad, si el juez hubiese decretado la división con los copropietarios. (Art. 435).

d) Para usar de los depósitos hechos en los Bancos a nombre del pupilo. (Art. 426).

e) Para enajenar rentas públicas inscriptas a nombre del pupilo. (Art. 426).

f) Para todo acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés cualquiera de los parientes del tutor hasta el cuarto grado, o sus hijos naturales o algunos de sus socios de comercio. (Art. 443, inc. 11).

g) Para repudiar herencias, legados o donaciones que se hiciesen al pupilo. (Art. 433, inc. 4.º).

h) Para hacer transacciones o compromisos sobre los derechos del pupilo. (Art. 443, inc. 5.º, y art. 841, inc. 6.º).

i) Para pagar deudas pasivas del menor, si no fuesen de pequeñas cantidades. (Art. 443, inc. 2.º).

j) Para todos los gastos extraordinarios que no sean de reparación o conservación de los bienes. (Art. 433, inc. 3.º).

k) Para contraer empréstitos a nombre de los pupilos. (Artículo 443, inc. 7.º).

l) Para remitir créditos a favor del pupilo, aunque el deudor sea insolvente. (Art. 433, inc. 9.º).

m) Para comprar inmuebles para el pupilo o cualesquiera otros objetos que no sean estrictamente necesarios para sus alimentos y educación. (Art. 443, inc. 6.º).



n) Para dar en arrendamiento bienes raíces del pupilo por más de cinco años. Aun los que diera autorizado por el juez llevan implícita la condición de terminar a la mayor edad del menor, o antes si contrajere matrimonio, aun cuando el arrendamiento sea por tiempo fijo. (Art. 443, inc. 10).

o) Para tomar en arrendamiento bienes raíces que no fuese la casa habitación. (Art. 443, inc. 8.º).

p) Para vender todas o la mayor parte de las haciendas de cualquier clase de ganado que formen un establecimiento rural del pupilo. (Art. 443, inc. 1.º).

q) Para hacer continuar o cesar los establecimientos de comercio o industria que el pupilo hubiese heredado, o en que tuviera alguna parte. (Art. 443, inc. 12).

r) Para aceptar donaciones en nombre del pupilo. (Artículo 1.808, inc. 2.º).

158.—Obligación de permanecer en el país.

El tutor no puede salir del territorio de la República sin comunicar su resolución al juez de la tutela, a fin de que éste delibere sobre la continuación de la tutela o nombramiento de otro tutor (art. 431). No puede tampoco llevar al pupilo fuera de la República o a otra provincia, ni llevarlo consigo sin autorización del juez. (Art. 432).

159.—Obligación de llevar las cuentas de la tutela.

La ley, considerando que el tutor administra bienes de personas que por su edad son incapaces de vigilar y controlar sus actos, ha establecido que él "está obligado a llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos que la administración y la persona del menor hubiesen hecho necesarios, aunque el testador lo hubiera exonerado de rendir cuenta alguna". (Art. 458). Son motivos de orden público los que aconsejan esta exigencia, y por lo tanto no tiene valor alguno la cláusula testamentaria que exima al tutor de la referida obligación.



Además, en cualquier caso de duda sobre la buena administración del tutor, el Ministerio de Menores o el pupilo mayor de diez y ocho años tienen facultad para presentarse al juez y solicitar que éste exija la exhibición de las cuentas de la tutela. (Art. 459).

160.—Obligación de rendir cuenta de la tutela.

Terminada la tutela en cualquiera de las formas que especificaremos más adelante, debe el tutor o sus herederos dar cuenta justificada de su administración al menor o a su representante, en el término que el juez establezca, aunque los padres del menor (art. 385) o éste mismo (art. 460) lo hubieran eximido por testamento de esta obligación. Las cuentas—agrega el artículo 463—deben ser dadas en el lugar en que se desempeñe la tutela.

Y en el deseo de defender al menor contra la influencia del tutor, la ley ha prescripto que "hasta pasado un mes de la rendición de las cuentas es de ningún valor todo convenio entre el tutor y el pupilo ya mayor de edad o emancipado, relativo a la administración de la tutela, o a las cuentas de la misma". (Art. 465).

161.—Responsabilidad del tutor.

El tutor responde: *a)* Por hechos propios; *b)* por hechos del pupilo.

a) El tutor responde por hechos propios en caso de falta de cumplimiento a sus deberes. (Art. 413). Así, deberá indemnizar al pupilo por la suma en que éste estime, bajo juramento, los perjuicios irrogados, cuando ellos provengan de dolo o culpa grave en su gestión, o del hecho de no haber rendido cuenta exacta de su administración. (Art. 461).

b) El tutor responde, de la misma manera que los padres en su caso, de los daños causados por el pupilo menor de diez años que habite con él. (Art. 433).



162.—*Remoción del tutor.*

En regla general, mientras dure la tutela, permanece el tutor en su cargo. Pero puede haber razones de interés para el pupilo que aconsejen a los jueces la remoción del tutor y la designación de otra persona en su lugar, que asegure un desempeño más eficaz y correcto de las funciones que le estén encomendadas.

En el deseo de que la tutela se desenvuelva siempre en beneficio y no en perjuicio del pupilo, la ley ha establecido que si el tutor excede los poderes de su mandato y abusa de ellos en daño de la persona o bienes del pupilo, éste, sus parientes, el Ministerio de Menores o la autoridad policial pueden reclamar del juez de la tutela las providencias del caso. (Artículo 414).

Y el artículo 457 dice: "Serán separados de la tutela:

- 1.º Los inhábiles para ejercer este cargo desde que sobrevenga o se descubra la incapacidad;
- 2.º Los que no formen inventario de los bienes del menor en el término y forma establecidos por la ley, o que no lo hubiesen hecho fielmente;
- 3.º Los que se conduzcan mal en la tutela respecto a la persona, o en la administración de los bienes del menor".

163.—*Derechos del tutor.—Remuneración.—Reintegro de gastos.*

"El tutor—dice el artículo 451—percibirá por sus cuidados y trabajos la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor, tomando en cuenta, para la liquidación de ellos, los gastos invertidos en la producción de los frutos, todas las pensiones, contribuciones públicas o cargas usufructuarias a que esté sujeto el patrimonio del menor". Y el artículo 452 agrega: "Respecto a los frutos pendientes al tiempo de principiar la tutela, se sujetará la décima a las mismas reglas a que está sujeto el usufructo".

No tendrá derecho a remuneración:

- 1.º El tutor que fuese removido de la tutela por culpa grave;



2.º El tutor que contrarie lo prescripto respecto al patrimonio del tutor o de sus hijos con los pupilos o pupilas;

3.º Cuando los pupilos sólo tuviesen rentas suficientes para su alimento y educación, en cuyo caso la remuneración podrá disminuirse o no satisfacerse;

4.º El tutor testamentario que hubiese recibido algún legado de los padres del pupilo, que pueda estimarse como recompensa de su trabajo. Sin embargo, en este caso el tutor puede no percibir el legado o volver lo percibido y recibir la remuneración correspondiente. (Arts. 453 y 454).

Pero si la equidad exige que el tutor sea remunerado por su trabajo—siempre, naturalmente, que un motivo de afección hacia el menor no lo induzca a desempeñar el cargo con absoluto desinterés—más justo es todavía que se le reembolse por los gastos que ha debido anticipar de su propio peculio como consecuencia de sus funciones.

Así, deben reintegrarse al tutor los siguientes gastos:

1.º Los gastos de rendición de cuentas dadas en debida forma, gastos que, según lo dispone el artículo 462, deben ser anticipados por el tutor;

2.º Todos los demás gastos debidamente hechos por el tutor, anticipados de su dinero, aunque de ellos no hubiese resultado utilidad para el pupilo. (Art. 464).

“Los saldos de las cuentas del tutor—añade el artículo 466—producirán el interés legal”. Debe entenderse que esta disposición se refiere tanto a los saldos a favor del menor como a favor del tutor, y el interés correrá desde la presentación de la cuenta.

164.—Obligaciones del pupilo.

Las obligaciones del pupilo son, en síntesis, las del hijo para con sus padres. Es lo que consigna el artículo 415, único que el código consagra al punto: “El menor—dice—debe a su tutor el mismo respeto y obediencia que a sus padres”.

De este artículo, que da una regla de carácter general, se desprende que el tutor tiene el poder de corrección que correspondía a los padres, pero bajo la vigilancia del Ministerio de Menores y del juez, que pueden resolver, según las cir-

cunstancias, si conviene o no tomar una medida extrema contra el pupilo que desoiga los consejos del tutor.



165.—Terminación de la tutela.

La tutela termina por las siguientes causas, enumeradas en el artículo 455:

a) Hechos relativos al tutor: 1.º, muerte; 2.º, remoción; y 3.º, excusación admitida por el juez;

b) Hechos relativos al pupilo: 1.º, muerte; 2.º, llegar a la mayor edad; y 3.º, por contraer matrimonio.

En caso de muerte del tutor corresponde a sus albaceas o a sus herederos mayores de edad poner inmediatamente el hecho en conocimiento del juez del lugar y proveer entretanto a lo que las circunstancias exijan respecto a los bienes y persona del menor. (Art. 456).

Terminada la tutela, las personas que han estado bajo ella pueden pedir inmediatamente la entrega de los bienes suyos que estén en poder del tutor, sin esperar a la rendición o aprobación de las cuentas. (Art. 467).



CAPITULO XXV

166.—Concepto de la curatela. — 167.—Declaración de incapacidad. Juez competente. — 168.—¿Quiénes pueden solicitar la declaración de incapacidad? — 169.—Procedimiento para la declaración de incapacidad. — 170.—Efectos de la incapacidad. Nulidad de los actos. — 171.—Diversas clases de curatela. — 172.—Derechos y obligaciones del curador. — 173.—Reclusión del incapaz. — 174.—Curadores a los bienes.

166.—Concepto de la curatela.

La protección jurídica no sólo se ejerce sobre los menores de edad, sino también sobre las personas mayores, cuando ellas se hallan en condiciones que las imposibilitan para ejercer por sí mismas los actos de la vida civil. Tales son los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. La institución que protege a estas dos categorías de incapaces se llama *curatela*. (Arts. 468 y 469).

Su necesidad no se discute, porque los incapaces carecen de aptitud para obrar con discernimiento, y no pueden realizar actos voluntarios. Poniéndolos bajo curatela, se evita que lleguen a ser víctimas de personas de mala fe que pretendan apoderarse de sus bienes.

167.—Declaración de incapacidad.—Juez competente.

La curatela presupone una declaración de interdicción de la persona a la cual afecta; es decir, una sentencia judicial que



declare comprobado el estado de incapacidad de la referida persona para administrar sus bienes.

Sólo los jueces en lo civil son competentes para pronunciar esta interdicción. No pueden declararla los jueces del crimen, aun cuando éstos, al entender en una causa de su fuero, absuelvan al acusado por considerarlo demente. Es sabido que la ley establece que la sentencia criminal no influye sobre la sentencia civil y recíprocamente, porque en una y otra se persiguen fines distintos. En el orden civil el juez se preocupa de analizar si la persona se encuentra en estado de administrar sus bienes por sí misma.

Observa Troplong que los médicos legistas se atribuyen una competencia exclusiva sobre esta materia, considerando que poseen la solución de los problemas del entendimiento humano; pero el derecho moderno ha establecido, sin embargo, que el juez es quien debe resolver el caso, atendiendo, naturalmente, al informe de los médicos legistas, pero sin subordinar en absoluto su criterio al de los peritos.

La fuerza probatoria del dictamen la estima el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se fundan, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca. (Art. 26, ley 4.128).

168.—¿*Quiénes pueden solicitar la declaración de incapacidad?*

El artículo 470 dice: "La declaración de incapacidad y nombramiento de curador pueden pedirla al juez el Ministerio de Menores y todos los parientes del incapaz".

Al emplear este artículo la expresión *todos los parientes* ha querido dar amplitud al derecho que consagra, comprendiendo aun a los que están fuera del sexto grado, no obstante que en el derecho hereditario limita la sucesión en la línea colateral hasta el sexto inclusive.

Discuten los autores si bajo la expresión *parientes* debe comprenderse tanto a los consanguíneos como a los afines.



¿Podría el yerno solicitar la declaración de incapacidad de la suegra? Las opiniones están divididas: unos sostienen que la ley ha querido referirse exclusivamente a los parientes consanguíneos y no a los afines, que son, en cierto modo, extraños al verdadero vínculo de la familia, porque él se ha constituido por una relación legal a propósito de un hecho, el matrimonio; y otros entienden que, dada la amplitud de términos de la ley, los afines pueden también solicitar la interdicción. Creemos que estos últimos están en lo cierto, tanto más cuanto que el artículo 470 debe concordar con el artículo 144, que establece que pueden, entre otros, solicitar declaración de incapacidad los parientes del demente (sin limitación) y *cualquiera del pueblo* cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos.

169.—Procedimientos para la declaración de incapacidad.

El Código Civil no trae reglas completas respecto al procedimiento que ha de seguirse para llegar a la declaración de incapacidad, de manera que es necesario recurrir a los códigos procesales. El Código de Procedimientos de la Capital no contiene una sola disposición sobre materia de tanta importancia. Estas deficiencias han originado en la práctica una serie de dificultades, desde que los jueces aplican, no siempre con criterio uniforme, los principios generales del Código Civil.

El procedimiento que se observa es el siguiente: Cuando se presenta una solicitud para que una persona sea declarada incapaz, el juez designa dos médicos legistas y un curador provisorio. Esto último está autorizado por el artículo 471, que dice que “el juez, durante el juicio, puede, si lo juzgase oportuno, nombrar un curador interino a los bienes, o un interventor en la administración del demandado por incapaz”. Producido el dictamen de los médicos, el curador provisorio emite también su informe; y con estos elementos a la vista, el juez declara o no la incapacidad.

De manera que la declaración de incapacidad se produce sin que el juez haya visto ni oído al pretendido incapaz, no obstante ser él quien debe resolver en definitiva según su



ciencia y conciencia. Solamente en casos muy sonados, los asesores de menores hacen algunas investigaciones para cerciorarse sobre el estado del pretendido incapaz.

Algunas legislaciones, más perfectas que la nuestra, han establecido que el magistrado está en la obligación de examinar personalmente al supuesto incapaz, porque de lo contrario una combinación de individuos de mala fe puede dar lugar a que se declare la incapacidad de personas que se hallen en el pleno goce de sus facultades.

Para evitar que los honorarios de los médicos insuman buena parte del haber del presunto incapaz cuando tiene escasos bienes, una acordada de la Cámara Civil de la Capital, dictada en 1901, ha resuelto que en tales casos sean designados los médicos de los tribunales. Pero ha sucedido que a veces estos médicos oficiales han sido nombrados sin que el juez especificara si lo hacía en virtud de la referida acordada o del derecho propio que le asiste para designar a cualquier profesional; y en ese caso, la Cámara ha declarado que los médicos de los tribunales están habilitados para cobrar honorarios.

170.—Efectos de la incapacidad.—Nulidad de los actos.

¿Cuáles son los efectos que produce la declaración de interdicción, que se refiere a todos los actos de la vida civil?

La regla general, como lo declara el artículo 475, es que los declarados incapaces son considerados como menores de edad, en cuanto a su persona y bienes.

Pero ¿desde cuándo produce efectos esta incapacidad? Es necesario distinguir según se trate de actos realizados después de la declaración de interdicción o antes de ella.

Cualquier acto que realice el interdicto después de la declaración de interdicción está viciado de nulidad absoluta. Y no es posible sostener que el acto sea válido porque haya sido realizado en un intervalo lúcido, desde que de lo contrario sería ineficaz la declaración de incapacidad. Así lo dispone el artículo 472: "Si la sentencia que concluya el juicio declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare".



Los actos anteriores a la declaración de incapacidad sólo pueden ser anulados cuando la causa de la interdicción existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados (art. 473). Si una persona es acreedor del declarado incapaz, en virtud de un acto producido antes de esa declaración, sin que en este momento fuera notorio el estado de demencia, en cualquiera de sus grados, en que éste se hallaba, podrá hacer valer perfectamente su crédito. La ley presume que toda persona es capaz mientras no se dicte una sentencia que la declare incapaz. Para que el curador pueda tener éxito en la excepción que oponga para destruir la acción de cobro de ese acreedor es necesario: o que pruebe que el acreedor conocía el estado de demencia del deudor en el momento de contraer éste la obligación—lo que puede resultar de las vinculaciones que entre ellos hayan tenido o de informes que haya recibido—o que la demencia fuera notoria en aquel instante.

Claro está que siendo relativo este requisito de la notoriedad, el código, al referirse a él, ha querido significar que basta que el estado de demencia haya podido ser conocido por la persona que ha contratado, en el momento de contratar, para que la obligación sea anulable.

El artículo 474 se refiere a los actos realizados por un presunto incapaz ya fallecido. “Después que una persona haya fallecido—dice—no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad”.

La regla general establece, pues, que fallecido un presunto incapaz ya no es posible impugnar sus actos. Esta prohibición obedece al propósito de evitar pleitos largos y difíciles, suscitados a menudo por los herederos, cuya cavilosidad les inclina a tachar de fraudulento todo crédito que se presente contra la sucesión. Por otra parte, si el causante era realmente un incapaz y había peligro de que se le indujera a realizar actos que redundaran en detrimento de su patrimonio, sus parientes podían, antes de su fallecimiento, solicitar la declaración de incapacidad.

Hay tres casos, sin embargo, en que los actos realizados



por el presunto incapaz son susceptibles de ser impugnados después de su fallecimiento:

a) Cuando del acto mismo resulte demostrada la demencia en que se hallaba el supuesto incapaz.

b) Cuando se trate de un acto ejecutado después de interpuesta la demanda de incapacidad.

En estos dos casos, especificados por el artículo 474, no hay posibilidad de que los herederos se opongan caprichosamente a un crédito presentado contra la sucesión, desde que antes del fallecimiento del causante queda comprobada su demencia, o bien ellos habían iniciado las gestiones necesarias para que al presunto demente se le declarara incapaz.

c) Cuando se trata de un testamento.

“Para poder testar—dice el artículo 3.615—es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces”. El artículo 3.617 prohíbe testar a los sordomudos que no sepan leer ni escribir.

Y el artículo 3.616 dispone: “La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. *Al que pidiere la nulidad del testamento* le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido”.

De estos artículos se desprende claramente el derecho a impugnar un testamento hecho por un presunto incapaz, no obstante la prohibición de carácter general del artículo 474. No sería admisible otra solución, puesto que el testamento es el acto más grave desde que compromete todo el patrimonio.

171.—*Diversas clases de curatela.*

Producida la declaración judicial de interdicción de una persona, debe designarse un curador que se encargue de proteger al incapaz.



La curatela puede ser: a) *legítima*; b) *testamentaria* o *dada por los padres*; y c) *dativa*.

Como se ve, el orden es distinto al de la tutela, en la cual la tutela testamentaria tiene prelación sobre la tutela legítima. En la curatela ocurre lo contrario: tiene prelación la curatela legítima.

a) Son curadores *legítimos* aquellos a quienes la ley impone la obligación de desempeñar ese cargo. Tales son:

1.º El marido es curador de la mujer declarada incapaz;

2.º La mujer es curadora del marido declarado incapaz (art. 476);

3.º Los hijos varones mayores de edad son curadores de su padre o madre viudo declarado incapaz. Si hay dos o más hijos, el juez elegirá el que debe ejercer la curatela (art. 477);

4.º El padre, y en su defecto la madre, son curadores de sus hijos legítimos solteros o viudos que no tengan hijos mayores varones de edad (art. 478).

b) Dice el artículo 479: "En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad podrá también nombrar curadores *por testamento* a los mayores de edad, dementes o sordomudos".

Claro está que si los padres pueden designar tutor testamentario a un hijo menor de edad también están habilitados para designar curador testamentario cuando ese hijo es mayor, pero ha sido declarado incapaz.

c) Hay curatela *dativa* cuando el juez, a falta de curatela legítima o testamentaria, designa la persona que ha de ejercer el cargo de curador.

172.—*Derechos y obligaciones del curador.*

Según lo establece el artículo 475, "las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces". De manera que, en regla general, los derechos y obligaciones del curador son los mismos del tutor.

Sin embargo, respecto de los propósitos que debe perseguir el curador en sus funciones, existe una diferencia fundamental con los que debe tener en vista el tutor, y ello se ex-



plica por la naturaleza de ambas instituciones. El tutor debe velar ante todo por la conservación y aumento de los bienes del pupilo, de manera que éste, al llegar a la mayor edad, encuentre la totalidad de su patrimonio, acrecido con los frutos y rentas que debe haber producido mientras ha estado bajo tutela. La principal acción del curador consiste, por el contrario, en preocuparse, antes que de los bienes, de la persona del incapaz, para hacerle recobrar su salud, si es demente, o para que llegue a darse a entender por escrito, si es sordomudo. Dice, en efecto, el artículo 481: "La obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes".

He ahí señalado el fin primordial que debe perseguir el curador: hacer recobrar su capacidad a la persona que está bajo su curatela; y para ello puede invertir, no sólo, de preferencia las rentas de sus bienes, como lo dice el artículo referido, sino también sumas extraídas de su capital.

173.—Reclusión del incapaz.

¿Puede el demente ser privado de su libertad?

La ley ha restringido los casos de reclusión de los insanos, teniendo en cuenta que la privación de la libertad de las personas es materia de la mayor gravedad, y considerando que puede prestarse a lamentables abusos. "El demente—dice el artículo 482—no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial". Y el artículo 483 agrega: "El declarado incapaz no puede ser transportado fuera de la República sin expresa autorización judicial, dada por el consejo, cuando menos, de dos médicos, que declaren que la medida es conveniente a su salud".

De manera que sólo es posible la reclusión cuando se trate de un demente peligroso y se obtenga autorización judicial; y el simple traslado del insano requiere también autorización del juez.



Se produce a veces el caso, sin embargo, de que un pariente que tiene poder general para administrar los bienes de un insano lo recluya en un sanatorio, mediante un simple certificado médico, sin preocuparse de recabar autorización judicial. La ley debiera prever este hecho con sanciones especiales para evitarlo.

Y lo que es peor, se ha dado muchas veces el caso de que infelices dementes que vagaban por las calles fueran conducidos por la policía al Hospicio de las Mercedes, en donde quedaban reclusos sin que nadie pensara más en ellos, hasta que se dictó una disposición en la policía, estableciendo que en tales casos los dementes deberán ser observados por los médicos de la repartición, y si presentan signos de insania, conducidos al Hospicio de las Mercedes, comunicando el hecho al juez de lo civil, para que éste adopte las medidas de ley y dé intervención al Ministerio de Menores. El asesor solicita que se nombren dos médicos de los tribunales para que informen si efectivamente, se trata de un insano; y declarada la incapacidad, éste es sometido a la curatela o dependencia del defensor de menores.

174.—*Curadores a los bienes.*

Cuando existen bienes sin un titular que los administre, los jueces pueden nombrar curadores que se encarguen de su cuidado (art. 485). La ley en este capítulo se ha referido especialmente al caso de la sucesión vacante.

Se dará curador—dice el artículo 486—a los bienes del difunto cuya herencia no hubiese sido aceptada, si no hubiese albacea nombrado para su administración.

Con relación a los extranjeros que fallecían sin dejar herederos en el país, se dictó el 30 de septiembre de 1865 la ley número 163, estableciendo que en caso de fallecer *ab intestato* algún extranjero sin dejar descendientes, ascendientes, ni cónyuges legítimos públicamente reconocidos como tales, residentes en el país, o con testamento, si fuesen extranjeros los herederos y estuviesen ausentes y ausente también el albacea testamentario, el cónsul de su nación puede intervenir en su testamentaria. La intervención del cónsul consistía en nombrar un albacea dativo o curador a los bienes.

Dictado el Código Civil, esta ley debe considerarse abrogada (art. 22), y el nombramiento de curador debe hacerlo el juez, teniéndose presente que en la Capital y territorios nacionales, según la ley 4.124, de octubre 1.º de 1902, “en todo juicio sucesorio de jurisdicción nacional donde no intervengan herederos reconocidos o declarados por sentencia ejecutoriada, o en que haya bienes vacantes, corresponde al apoderado del Consejo Nacional de Educación la curatela de la herencia”.

Los curadores de los bienes están sujetos a todas las trabas de los tutores o curadores, y sólo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas (art. 488).





175. — Protección de los incapaces. — 176. — Ministerio Público de Menores. — 177. — Organización del Ministerio de Menores. — Defensores y asesores. — 178. — Intervención en los juicios de los Asesores de Menores.

175.—Protección de los incapaces.

El código protege a los incapaces, pero sin concederles —dice el artículo 58— el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio.

“La protección exagerada a los incapaces—agrega el codificador en la nota—no presenta una utilidad que compense los males que causa a la sociedad y a los bienes mismos de los menores. Creemos que más valiera a los menores e incapaces una buena administración de sus bienes que todos los privilegios con que han querido ampararlos las leyes. Más valiera, decimos también, la buena organización del Ministerio de Menores, que podría evitar no sólo los malos contratos de los tutores o curadores, sino la mala conducta de éstos en la administración de los bienes”.

La abrogación de todo privilegio no es absoluta, porque, según el artículo 3.966, “la prescripción no corre contra los menores de edad, ni contra los que se hallen bajo una curatela, aunque la prescripción hubiese comenzado en la persona de un mayor a quien hayan sucedido”. Por una sucesión de minoridades, la prescripción puede extenderse considerablemen-



te, con perjuicio de la estabilidad de los derechos de terceros, que no pueden tener seguridad de no ser molestados, aun después de transcurrido el tiempo de la prescripción.

Por eso en derecho comercial se ha suspendido el privilegio, estableciéndose que "todos los términos de la prescripción corren indistintamente contra cualquier clase de personas, salvo el recurso que corresponda al incapaz contra su representante necesario". (Art. 845 del Código de Comercio).

176.—Ministerio Público de Menores.

Bajo el nombre de Ministerio Público de Menores, el código organiza una institución que tiene por objeto velar por el cuidado de la persona y bienes de los menores e incapaces, reemplazando así al consejo de familia europeo.

El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores. Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores e incapaces y en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores cuando éstos no lo hiciesen. Puede pedir la remoción de tutores o curadores por su mala administración y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores e incapaces. (Art. 493).

177.—Organización del Ministerio de Menores.—Defensores y asesores.

Los funcionarios que deben desempeñar este ministerio forman parte de la administración de justicia y su organización corresponde a las leyes de cada una de las provincias federales.

En la Capital Federal, la ley de 12 de noviembre de 1886 establece que la guarda y protección oficial de las personas e intereses de los menores e incapaces estará a cargo de dos cla-



ses de funcionarios: los defensores de menores y los asesores letrados de menores.

Para ser defensor de menores se requiere ser ciudadano argentino, mayor de cincuenta años. Sus atribuciones son:

1.º Cuidar de los menores huérfanos o abandonados por los padres, tutores o encargados; tratar de colocarlos convenientemente, de modo que sean educados o se les dé algún oficio o profesión que les proporcione medios de vivir.

2.º En caso de tener bienes, tomarán las medidas necesarias para su seguridad y para que se les provea de tutores.

3.º Atender las quejas que se les llevasen por malos tratamientos a menores, dados por los padres, parientes o encargados, y dar cuenta a los asesores letrados para que, en caso que corresponda, eleven la queja a los jueces o tomen por sí medidas para evitar tales hechos, sea sacando a los menores del poder en que se encuentren, cuando no estén en el de los padres, para colocarlos en mejores condiciones, o procediendo como se considere más prudente.

4.º Imponer penas de reclusión correccional con intervención judicial en las casas destinadas al objeto, a los menores que observen mala conducta. Estas reclusiones no podrán exceder de un mes.

5.º Inspeccionar los establecimientos de beneficencia y caridad e imponerse del tratamiento y educación que se da a los menores, dando cuenta a quien corresponde de los abusos o defectos que notaren.

6.º Hacer arreglos extrajudiciales con los padres sobre prestación de alimentos a sus hijos naturales, y con los tutores o curadores sobre las personas y derechos de incapaces.

7.º Ejercer todos los demás actos que fueren del caso para la protección de los menores como la haría un buen padre de familia.

Tienen, además, facultad para llamar y hacer comparecer a su despacho a cualquier persona, cuando a su juicio sea necesario para el desempeño de su cometido, para pedir explicaciones o contestar cargos que por mal tratamiento a menores e incapaces, o por cualquier otra causa, se formularan.

178.—Intervención en los juicios de los asesores de menores.

La intervención en los asuntos judiciales en que se trate de la persona o bienes de los incapaces corresponde exclusivamente a los asesores letrados.

Para ser asesor letrado se requiere ser ciudadano argentino, tener veinticinco años de edad, haber ejercido en el país la profesión de abogado durante dos años o desempeñado por igual término un empleo judicial.

Sus atribuciones son:

1.º Intervenir en todo asunto judicial que interese a la persona o bienes de los menores de edad, dementes y demás incapaces, y entablar en su defensa las acciones o recursos necesarios, sea directa o conjuntamente con los representantes de los incapaces.

2.º Dar dictámenes, escritos o verbales, según el caso, en aquellos asuntos en que fuesen consultados por los defensores de menores.

La intervención del asesor de menores es requerida bajo pena de nulidad. Son nulos—dice el artículo 494—todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores.

Aun cuando se haya deducido el recurso de nulidad por falta de intervención del asesor de menores, los tribunales pueden declararla de oficio (1).



INDICE



| | |
|---|----|
| DOS PALABRAS..... | 5 |
| CAPITULO I. — 1. Concepto de la familia. — 2. Condiciones de su existencia. — 3. Definición..... | 7 |
| CAPITULO II. — 4. Origen de la palabra matrimonio. — Sinonimias. — 5. Naturaleza del matrimonio. — Aspectos natural, civil y religioso. — 6. Caracteres que presenta. — 7. Opinión del doctor Vélez Sársfield. — 8. Definición..... | 14 |
| CAPITULO III. — 9. Diversos sistemas matrimoniales. — 10. Antecedentes nacionales. — Período colonial. — Tiempo intermedio hasta la vigencia del Código Civil. — 11. El Código Civil y su reforma por las leyes de 1888 y 1889..... | 21 |
| CAPITULO IV. — 12. Ley de matrimonio. — Esponsales. — 13. Condiciones naturales que requiere el matrimonio. — 14. Impedimentos. — División. — 15. Impedimentos dirimentes. — Absolutos. — Relativos. — 16. Impedimentos llamados «impedientes»..... | 29 |
| CAPITULO V. — 17. El Consentimiento. — Vicios que lo anulan. — Diferencia con el derecho francés. — 18. El error. — 19. El dolo. — 20. La violencia..... | 39 |
| CAPITULO VI. — 21. Diligencias para la celebración del matrimonio. — 22. Forma y requisitos de la celebración. — 23. Oficial público. — Obligaciones. — 24. Contrayentes. — 25. Testigos. — 26. Redacción y firma del acta. — 27. Matrimonio <i>in articulo mortis</i> . — Funcionarios que pueden autorizarlo..... | 47 |
| CAPITULO VII. — 28. Oposición al matrimonio. — Causas. — Modo y forma de ejercerla..... | 54 |



| | |
|---|-----|
| CAPITULO VIII. — 29. Efectos civiles del matrimonio. — Obligaciones recíprocas: cohabitación, fidelidad, ayuda mutua. — 30. Poder marital: nacionalidad de la mujer casada, apellido, domicilio, incapacidad. | 59 |
| CAPITULO IX. — 31. Divorcio: su concepto general — 32. El divorcio entre los romanos. — 33. Criterios con que puede encararse la cuestión: religioso, sentimental, de interés individual. — 34. La utilidad social. — 35. El divorcio en la ley argentina. — 36. Separación judicial. — 37. Causas del divorcio. — 38. Forma del juicio. — 39. Pruebas admisibles. — 40. Medidas judiciales. — 41. Efectos del divorcio. — 42. Extinción de la acción | 66 |
| CAPITULO X. — 43. Disolución del matrimonio. — 44. Diversos casos considerando la ley a aplicarse. — 45. Matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en la misma. — 46. Matrimonio celebrado en la República Argentina y disuelto en el extranjero; legislación del Uruguay. — 47. Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en la República Argentina. — 48. Matrimonio celebrado en el extranjero y disuelto en el extranjero. | 87 |
| CAPITULO XI. — 49. Segundas nupcias. — 50. La reserva; artículos 115 y 116 de la ley de matrimonio. | 95 |
| CAPITULO XII. — 51. Nulidad del matrimonio. — 52. Matrimonios inexistentes. — 53. Matrimonios nulos. — 54. Matrimonios anulables. — 55. Impubertad. — 56. Demencia. — 57. Dolo, error o violencia. — 58. Impotencia. — 59. Prueba de la nulidad. — 60. Acción de nulidad. — 61. Matrimonio putativo | 100 |
| CAPITULO XIII. — 62. Prueba del matrimonio. Posesión de estado. — 63. Imposibilidad de presentar la partida. — 64. Jurisdicción competente en las causas de nulidad o divorcio. — 65. Celebración del matrimonio religioso: penalidades | 116 |
| CAPITULO XIV. — 66. Sociedad conyugal. — Sistemas. — 67. Antecedentes históricos. — 68. Derecho moderno. — 69. Capitulaciones matrimoniales: objeto, forma del acto. — 70. Donaciones matrimoniales. — Caracteres | 124 |
| CAPITULO XV. — 71. Comienzo de la sociedad conyugal. — 72. Formación de la sociedad: capital de los cónyuges y haber de la sociedad. — 73. Capital de la mujer: bienes que lo constituyen. — 74. Capital del marido. — 75. Bienes gananciales. | 131 |
| CAPITULO XVI. — 76. Administración de la sociedad conyugal. — 77. Por el marido. — 78. Por la mujer. — 79. | |



| | |
|--|-----|
| Por un tercero.—80. Cargas de la sociedad.—81. Obligaciones contraídas por el marido o la mujer..... | 141 |
| CAPITULO XVII. —82. Disolución de la sociedad conyugal: causas.—83. Separación judicial simple.—Medidas precautorias.—Extinción de la sociedad.—Partición.—Reconstitución de la sociedad.—84. Disolución por divorcio.—85. Disolución por nulidad de matrimonio.—86. Disolución por ausencia con presunción de fallecimiento.—87. Disolución por muerte de uno de los esposos.—88. Liquidación de dos sociedades conyugales.—Bigamia.—89. Restitución de bienes dotales..... | 154 |
| CAPITULO XVIII. —90. Concepto de la filiación.—91. Calidad de la filiación.—92. Filiación legítima.—93. Situación especial de algunos hijos.—94. Reglas generales sobre la filiación legítima.—95. Medidas precaucionales.—96. Prueba legal de la filiación.—97. Partida de nacimiento.—98. Posesión de estado.—99. Consideración de la maternidad y paternidad en particular.—100. Acción de desconocimiento.—101. Acción de desconocimiento simple.—102. Acción de desconocimiento riguroso.—103. Acción de contestación de legitimidad.—104. Acción de reclamación de estado..... | 169 |
| CAPITULO XIX. —105. Patria potestad.—Definición.—106. Cómo se ejerce.—107. Hijos naturales.—108. Deberes, derechos y obligaciones de los padres.—Educación.—109. Guarda y corrección de los hijos.—110. Administración de los bienes de los hijos.—111. Usufructo acordado a los padres.—112. Derechos del padre como usufructuario.—113. Cargas del usufructo.—114. Extinción del usufructo.—115. Deberes, derechos y obligaciones de los hijos.—Respeto y obediencia.—116. Incapacidad de los hijos.—117. Capacidad para ciertos actos.—118. Cesación y suspensión de la patria potestad.... | 291 |
| CAPITULO XX. —119. Filiación natural.—Concepto del código.—Doctrinas al respecto.—120. Hijos naturales.—121. Prueba de la filiación natural.—122. Reconocimiento voluntario.—123. Reconocimiento por parte de la mujer casada.—124. Declaración judicial de la filiación.—Pruebas admisibles.—125. Limitación en caso de muerte de los padres.—126. Concepto de la posesión de estado.—127. Jurisprudencia.—128. Hijo póstumo.—129. Indagación de la maternidad en el caso de la mujer casada.—130. Carga de la prueba.—131. Derechos de los padres naturales.—132. Obligaciones.—133. Derechos de los hijos naturales.—134. Obligaciones | 225 |

CAPITULO XXI. — 135. Concepto de la legitimación. — 136. Condiciones que requiere. — Jurisprudencia. — 137. Legitimación de un hijo premuerto. — 138. Derechos y obligaciones de los hijos legitimados. — 139. La legitimación con relación al domicilio de los padres

CAPITULO XXII. — 140. Hijos adulterinos. — 141. Hijos incestuosos. — 142. Derechos de los hijos adulterinos e incestuosos

CAPITULO XXIII. — 143. Parentesco.—Definición. — 144. Línea, grado, tronco, rama.—145. Afinidad.—146. Arbol genealógico. — 147. Efectos del parentesco: derechos, obligaciones, incapacidades

CAPITULO XXIV. — 148. Concepto de la tutela. — 149. ¿Quiénes pueden ser tutores?—Prohibiciones.—150. Caracteres de la tutela.—151. Diferentes clases de tutela.—152. Leyes aplicables.—153. Discernimiento de la tutela. —154. Obligaciones del tutor para poder ejercer el cargo.—155. Deberes y derechos del tutor.—156. Deber de alimentar y educar el pupilo.—157. Deber de administrar los bienes: actos de administración; actos de enajenación. — 158. Obligación de permanecer en el país. — 159. Obligación de llevar las cuentas de la tutela.—160. Obligación de rendir cuenta de la tutela.—161. Responsabilidad del tutor.—162. Remoción del tutor.—163. Derechos del tutor. — Remuneración. — Reintegro de gastos. — 164. Obligaciones del pupilo.—165. Terminación de la tutela

CAPITULO XXV. — 166. Concepto de la curatela.—167. Declaración de incapacidad. — Juez competente. — 168. ¿Quiénes pueden solicitar la declaración de incapacidad? — 169. Procedimiento para la declaración de incapacidad.—170. Efectos de la incapacidad.—Nulidad de los actos.—171. Diversas clases de curatela.—172. Derechos y obligaciones del curador.—173. Reclusión del incapaz.—174. Curadores a los bienes

CAPITULO XXVI. — 175. Protección de los incapaces.—176. Ministerio Público de Menores. — 177. Organización del Ministerio de Menores. — Defensores y asesores. — 178. Intervención en los juicios de los asesores de menores

