



NOTAS

AL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

BIBLIOT CORTE	
Nº. D.	6340
UBICACION	C 480
FICHA MATERIA	

NOTAS

AL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

POR

JOSÉ M. GUASTAVINO

TOMO SEGUNDO

ARTÍCULOS 189 A 273

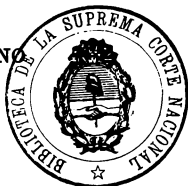


BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

79 — PERÚ — 85

1898





INDICE



Del Matrimonio

PÁGINAS

CAPÍTULO I.

Régimen del matrimonio.....	1
Nacionalidad de la mujer casada.....	2

CAPÍTULO II.

De los esponsales.....	37
------------------------	----

CAPÍTULO III.

De los impedimentos	39
---------------------------	----

CAPÍTULO IV.

Del consentimiento.....	61
-------------------------	----

CAPÍTULO V.

De las diligencias previas á la celebración del matrimonio.	73
---	----

CAPÍTULO VI.

De la oposición	78
-----------------------	----

CAPÍTULO VII.

De la celebración del matrimonio.....	98
---------------------------------------	----

CAPÍTULO VIII.

Derechos y obligaciones de los cónyuges.....	116
--	-----



CAPÍTULO IX.

Del divorcio	179
--------------------	-----

CAPÍTULO X.

Efectos del divorcio	209
----------------------------	-----

CAPÍTULO XI.

De la disolución del matrimonio	231
---------------------------------------	-----

CAPÍTULO XII.

De la nulidad del matrimonio	237
------------------------------------	-----

CAPÍTULO XIII.

Efectos de la nulidad del matrimonio.....	255
---	-----

CAPÍTULO XIV.

De las segundas ó últimas nupcias.....	279
--	-----

CAPÍTULO XV.

Disposiciones generales.....	285
------------------------------	-----

CÓDIGO CIVIL

DE LA REPÚBLICA ARGENTINA



SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA

TÍTULO PRIMERO

Del matrimonio ^(*)



CAPÍTULO PRIMERO

Régimen del matrimonio

1.—Este título del Código ha sido modificado por las leyes del Congreso de 12 de Noviembre de 1888 y 12 de Noviembre de 1889, en la forma de los artículos siguientes, contados desde el 159 á 273, ambos inclusive.

Antes de ocuparnos de ellos vamos á escribir algunas palabras acerca de este punto:

(*) La legislación sobre el matrimonio desde la era cristiana hasta el presente, ha partido del punto de vista especial que cada legislador tomó sobre tan importante acto. En un tiempo, la Iglesia Católica lo consideró sólo como un sacramento, y la idea religiosa dominó todo el derecho. Vino la revolución francesa, y el matrimonio fué legislado por sólo los principios que rigen los



NACIONALIDAD DE LA MUJER CASADA

2.—¿Cuál es la nacionalidad de la mujer casada?

¿ Conserva durante el matrimonio su nacionalidad original, ó la pierde y adquiere la de su marido ?

La legislación de las naciones es varia sobre el particular, en razón de motivos que están al alcance del simple buen sentido, y su discordancia da origen á verdaderas anomalías.

La naturaleza del matrimonio y la vida íntima que entraña, han sido pregonadas por el cristianismo con esta fórmula profunda y bella: *erunt duo in carne una*;

contratos. La lógica del jurisconsulto fácilmente dedujo del error de que partía, las formas que debían acompañarlo para su validez : el divorcio perpetuo y la omnimoda facultad de hacer las convenciones matrimoniales que los esposos quisieran. Los extremos no podían satisfacer ni la conciencia de los pueblos cristianos, ni las relaciones indispensables de las familias, ni menos las necesidades sociales. Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender á las condiciones de una estipulación cualquiera. La sociedad no marcharía á la par de las leyes : serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendría á quedar sin ninguno de los principios que sirven de base á las convenciones particulares.

Había otra manera de considerar el acto, que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social, fundada en el consentimiento de las partes ; y entonces las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución. Como bajo este punto de vista consideraremos el matrimonio, pondremos un notable párrafo de Lord Robertson, en sus notas á Fergusson sobre el matrimonio y el divorcio, que responderá á todas las objeciones jurídicas que pueda hacerse á los artículos de este título.

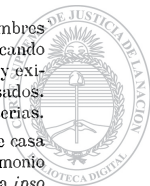
« Siendo el matrimonio, dice, un contrato consensual, puede

y la conciencia general, manifestada en las costumbres y en las leyes, la repite hasta nuestros días, invocando la unidad de la vida matrimonial como razón y exigencia para la unidad de nacionalidad en los casados. No está ello, sin embargo, exento de objeciones serias.

3.—En Francia, la mujer extranjera que se casa con un francés adquiere por el hecho del matrimonio la nacionalidad de su esposo: se hace francesa *ipso facto et ipso jure*.

El art. 12 del Código Napoleón, que no ha sido modificado hasta ahora, dice así:—« La extranjera que « se casare con un francés seguirá la condición de « su marido. »

juzgarse que la *Lex Loci* es la que debe resolver toda cuestión que respecto á él nazca; pero debe observarse, que el matrimonio es un contrato *sui generis*, diferente en muchos respectos de todos los otros contratos, y tanto, que las reglas de derecho aplicables á los otros contratos, no pueden aplicarse á éste, ni en su constitución, *ni en los medios de ejecución*. El matrimonio es la más importante de todas las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada. Se diferencia de los otros 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. El matrimonio confiere el *estado* de la legitimidad á los hijos que nazcan, y los derechos, deberes, relaciones y privilegios que de ese estado se originan; da nacimiento á las relaciones de consanguinidad y afinidad; en una palabra, domina todo el sistema de la sociedad civil. No teniendo semejanza con los otros contratos, puede celebrarse á una edad en que no es permitida la más indiferente estipulación, y entre tanto, en las naciones civilizadas, no puede ser disuelto por mutuo consentimiento, y subsiste en toda su fuerza, aun cuando una de las partes venga á ser para siempre incapaz de llenar las obligaciones del contrato, como en el caso de una demencia incurable, que no le permita cumplir la parte que le corresponda en esa convención. No es extraño, pues, que los dere-





Adoptado este principio, natural era reconocer que las demás naciones tenían el derecho de incorporarlo á su vez en sus leyes, y en ese caso la mujer francesa que se casase con un extranjero, en cuyo país rigiese la misma regla del Código Napoleón, adquiriría la nacionalidad de su esposo. Esta idea quiso consignar el recordado Código, pero dijo mucho más al redactarla en estos términos:

Art. 19. « Una mujer francesa que se case con un « extranjero, *seguirá* la condición de su marido »; pero si el país extranjero no admite esta regla ¿ cómo puede la mujer francesa adquirir la nacionalidad de su esposo? Si la ley Rusa, por ejemplo, le niega la

chos, deberes y obligaciones que nazcan de tan importante contrato, no se dejen á la voluntad de los contratantes, sino que sean regidos por las leyes de cada país.

« Aunque un matrimonio que es contraído conforme á la *Lex Locí* puede ser válido en todas partes, sin embargo, la ley pública del domicilio, que es impenetrable sobre todos los habitantes que están dentro de su jurisdicción, no puede ser afectada por la circunstancia de que el matrimonio fué celebrado en un país donde la ley era diferente, como sucede en los contratos, porque á un individuo que esté domiciliado aquí, no se le puede permitir que importe á este país una ley peculiar que se halle en oposición á las grandes é importantes leyes públicas que nuestra legislatura ha juzgado esencialmente ligadas á los más grandes intereses de la sociedad. »

Agregaremos á esto lo que dice sobre la materia Savigny: « Se ha querido colocar al matrimonio al lado de la venta ó de la sociedad, como un mero contrato consensual, que por una *singular inadvertencia* olvidaron los Romanos. Cuando el sacerdote pregunta á los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad hasta la muerte y los esposos hacen la promesa, esta declaración no implica la promesa de ciertos actos determinados, ni la sumisión á una ejecución jurídica en el caso en que esos actos no se cumpliesen. Esa promesa significa sólo que los esposos conocen los preceptos del cristianismo sobre el matrimonio, y que tienen la intención de conformar á ellos toda su vida. » (Tom. 111, § 141.)

nacionalidad de aquel país, ¿cómo puede imponerse la la ley francesa? Puede ella disponer en su territorio y para sus súbditos; pero no tiene ninguna autoridad en territorio extranjero.

Si por la ley de Francia, tal como está redactada, la mujer francesa que se casa con un extranjero, pierde su nacionalidad, bien puede resultar que se quede sin ninguna, que sea una persona que no tenga nacionalidad! Marcadé dice que el matrimonio es, respecto á la mujer, otra manera de perder la cualidad de francés, pero que el art. 19 va demasiado lejos y es inexacto cuando dice que el matrimonio tendrá por efecto hacer que la mujer siga la condición de su esposo. El legislador bien puede quitar á la francesa su calidad de tal, pero su poder nó va hasta poder conferirle la calidad de miembro de tal ó cual otra sociedad. Según la ley inglesa — agrega — la mujer extranjera que se casa con un inglés no se hace inglesa, y recíprocamente la inglesa que se casa con un extranjero se conserva sin embargo inglesa. Y así, de la disposición francesa relacionada con la inglesa resulta, que la mujer francesa que se casa con un inglés deja de ser francesa, sin hacerse inglesa, y por consiguiente entra á no pertenecer á nación alguna; en tanto que la inglesa casada con un francés es al mismo tiempo francesa é inglesa: tiene dos patrias. Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade escriben, que, debiendo — en cuanto lo permita el respeto á la personalidad de cada uno de sus miembros — reinar en la familia unidad de nacionalidad, la ley francesa presume que la mujer extranjera que consiente asociar su existencia á la de un francés, entiende también participar de la nacionalidad de su marido; que sobre el fundamento de esta presunción se declara que la extranjera que se





casa con un francés, se hace de pleno derecho francesa; que esta declaración constituye un principio de orden público, que no es permitido á las partes modificar; que pudiendo sin embargo la mujer, al día siguiente de su matrimonio, retomar su nacionalidad original, no se descubre razón para no permitirse que al celebrar el matrimonio pueda reservarse su calidad de extranjera.

4.—Sabido es que en Inglaterra no existe una constitución en estado de ley escrita, en la que los principios del derecho público sean formulados por el legislador mismo; pero Laferrière en *Constituciones de Europa y América* (Edic. París, 1869), ha ordenado las disposiciones más importantes y las ha condensado en forma ordinaria, teniendo en cuenta para ello las obras siguientes: Blackstone, *Leyes inglesas*; R. Gneist, *Derecho público y administrativo de Inglaterra*; E. Fischel, *Constitución de Inglaterra*; y de Frangueville, *Instituciones políticas, judiciales y administrativas de Inglaterra*; y en el título 1º, art. 5º, se dice:

« *Son ingleses por efecto de las leyes y costumbres:*

« 1º *La mujer extranjera que se case con un inglés ó un extranjero naturalizado;*

« 2º.....

En el artículo 6º se lee:

« *La cualidad de Inglés se pierde:*

« 1º *Por acto del Parlamento;*

« 2º *Por el matrimonio de la mujer inglesa con un extranjero: ella sigue entonces la nacionalidad de su marido.* »

Exactamente igual á lo que se dispone en los artículos 12 y 19 del Código Napoleón.



5.—En *Bélgica*, su constitución de 1831 establece que *la cualidad de Belga se adquiere, se conserva y se pierde según las reglas determinadas por la ley civil*, art. 4°; y según su ley civil «La mujer Belga que se casa con un extranjero pierde su nacionalidad, y, cuando fuese viuda, la recobra entrando en Bélgica con autorización del rey y declarando que quiere establecerse en ella», lo que importa que, durante el matrimonio, la mujer Belga pierde su nacionalidad y adquiere la de su marido, si la ley del país de este último así lo dispone.

6.—En *Italia*, *Alemania* y *Suiza* la ley declara, no sólo que la mujer casada adquiere la nacionalidad de su marido por el hecho del matrimonio, sino que en todo caso sigue, durante éste, la condición de su esposo y por consiguiente, que si posteriormente al casamiento el marido cambia de nacionalidad, su esposa cambia también, adquiriendo la nueva que su marido ha adquirido, según lo atestigua Fiore en su *Nuevo Derecho Internacional*, núm. 694, nota 2, en que dice: «Admitimos que la mujer deba adquirir la cualidad de ciudadanía del marido á consecuencia del matrimonio, porque ella consiente en ello; pero no encontramos justo que se atribuya al marido la facultad de disponer del estado público de su mujer convirtiéndola en extranjera después de la celebración del matrimonio, en tanto que ella no podía prever que sería obligada á renunciar la ciudadanía de su país según la voluntad de su marido. La ley de la Confederación Germánica de 1° de Junio de 1878 y la ley Suiza de 3 de Julio de 1876, han consagrado la regla admitida por la ley Italiana, que el marido, adquiriendo la ciudadanía de un país extranjero, hace ex-



tranjeros á su mujer y á sus hijos menores de edad.»

En Suiza, en efecto, su Constitución Federal de 1874 establece, que el derecho al matrimonio está colocado bajo la salvaguardia de la Confederación y que no podrá fundarse impedimento alguno en motivos confesionales, en la indigencia de cualquiera de los esposos, en su conducta, ni en ninguna otra razón de policía, y declara explícitamente que «la mujer adquiere por el matrimonio el derecho de ciudadanía ó de vecindad de su marido» art. 54. En la ley federal de 3 de Julio de 1876 sobre *naturalización* y renuncia de la nacionalidad Suiza, se dice: «La naturalización se extenderá á la mujer del extranjero naturalizado y á sus hijos menores de edad, si no hace por sí mismo una excepción formal....» art. 3º.

Como se ve, para y ante la ley Suiza, la mujer extranjera casada con un suizo adquiere la nacionalidad de su esposo, ora sea éste suizo por nacimiento, ora por naturalización.

7.—En Chile, á los ojos de su ley, la mujer casada con un extranjero conserva su nacionalidad puesto que la trasmite á sus hijos.

El art. 56 del Código Civil dice que «Son *chilenos* los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son *extranjeros*.» Y la Constitución del Estado en su art. 6º, nº. 2, declara que son chilenos «los hijos de padre ó madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, por el solo hecho de avecindarse en Chile.»

Si el hijo de la madre chilena, nacido en el extranjero, es chileno, no obstante que su padre no sea chileno, es porque la madre trasmite su nacio-



nalidad al hijo, y es entonces evidente que conserva aquélla su nacionalidad durante el matrimonio.

Con esta decisión, la ley chilena se pone en contradicción con dos principios: con la nacionalidad de origen, *jus sanguinis*, y con la nacionalidad por nacimiento, *jus soli*. El hijo del argentino, por ejemplo, nacido en la Argentina, de madre chilena, es argentino á doble título, puede decirse: á título de origen, porque su padre le trasmite su nacionalidad, y á título de su nacimiento, porque es argentino el que nace en territorio de la República aunque el padre y la madre sean extranjeros, y con mayor razón cuando el padre es argentino, aunque la madre no lo sea. (Art. 1º, Ley sobre ciudadanía, de 8 de Octubre de 1869 y art. 67, inc. 11 de la Constitución.)

8.—En los Estados Unidos de la América del Norte, la mujer norte-americana casada con un extranjero pierde su nacionalidad y adquiere la de su marido, si la ley del país de este último así lo permite. El hon. Antonio Flores, en un trabajo sobre *La Naturalización en los Estados Unidos*, reproducido en el tomo 7º de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, (Edic. de Buenos Aires, 1872, pág. 392), dice: «Otras veces la ley confiere *ipso facto* el « beneficio de la naturalización, como sucede en los « siguientes casos:
 «3º *Las mujeres gozan de la ciudadanía del « marido, aunque éste la haya adquirido después « del matrimonio.* Pero estas excepciones de la ley, « que exige cinco años de residencia, sólo rezan « para los efectos fuera del territorio, con las naciones que las han reconocido en tratados. Y las « únicas que hasta ahora lo han hecho son Inglaterra y Bélgica. »



9.—En la República Argentina, la cuestión debe ser resuelta, en el estado actual de su legislación, en el sentido de que la mujer casada conserva su nacionalidad original.

En nuestro antiguo derecho, la ley 32, tit. 2, part. 3ª, que se ocupa de establecer *el fuero*, ó sea la jurisdicción judicial á que se está sometido, dice, que una de sus causas es el casamiento, «*ca la muger, maguer sea de otra tierra, deue responder ante aquel judgador que ha poderio sobre su marido.*» Esta ley, ni ninguna otra de aquel código, trata de la cuestión de si el matrimonio es, relativamente á la mujer, un medio de adquirir ó perder la nacionalidad. Su objeto y sus disposiciones se limitan á establecer que está sujeta *al fuero* de su marido. La glosa agrega que «*mientras es casada la muger deja de ser ciudadana del lugar de su naturaleza*», pero previniendo inmediatamente que esto «*se entiende solamente* en cuanto si seguia siendolo podria esto *retraerla de prestar los servicios debidos al marido* y no de otra manera», lo que en nuestro derecho importa en cierto grado la regla de que los derechos y obligaciones personales de los esposos se rigen por las leyes del domicilio actual del matrimonio. Los textos del Digesto son estos: «*Mulierem quamdiu nupta est, incolam ejusdem civitatis videri, cujus maritus ejus est, et ibi, unde originem trahi, non cogi muneribus fungi.*» La mujer durante el matrimonio es estimada ser habitante de la misma ciudad que su marido habita, y no se la puede obligar á sostener las cargas en la ciudad de la que ella es originaria. *Tam quæ aliunde oriunda, alibi nupta est, si non in urbe Roma maritus ejus consistat, non apud originem suam, sed apud incolatum mariti ad honores seu numera quæ personis*

cohærent, quorunque is sexus capax esse potest, compelli posse sæpe rescriptum est. » Ha sido frecuentemente decidido por los rescriptos, que la mujer que se ha casado en un lugar distinto del de su origen, si por otra parte su marido no reside en Roma, puede ser obligada, no en el lugar de su nacimiento, sino en el del domicilio de su marido, á sostener las cargas personales de que puede ser capaz su sexo. Pand., lib. 50, tit. I, art. 3º.

10.—La ley del Congreso, de 3 de Octubre de 1869, sobre *ciudadanía*, no contiene disposición alguna sobre la materia que nos ocupa, y ninguna otra posterior ha legislado á su respecto.

En este estado de nuestro derecho, no pueden ser sostenidas otras conclusiones que estas:

1ª En cuanto al *fuero*, la mujer casada sigue la condición de su marido.

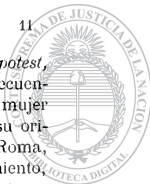
2ª En cuanto á la nacionalidad, la mujer argentina casada con un extranjero conserva su nacionalidad.

La Suprema Corte de Justicia de la República ha afianzado estos principios en los casos prácticos sometidos á su decisión.

En el que se registra á pág. 177, tomo 1º de la Serie 2ª de sus fallos, se dice que: — La mujer casada, mientras subsiste íntegro el matrimonio, sigue en todo la condición del marido, por lo que no puede admitirse diversidad en la calidad de sus personas y por consiguiente, que *siendo extranjero el marido, debe reputarse EXTRANJERA la mujer.*

La extensión de esta declaración es inaceptable.

Limitada *al fuero*, está al abrigo de toda objeción: extendida á la nacionalidad, es insustentable en el estado actual de nuestro derecho.





La misma Suprema Corte lo ha reconocido así en su decisión posterior, registrada en el tomo 34, pág. 297. En el *Digesto* de sus fallos, tom. 2, Edic. de Buenos Aires, 1897, pág. 193, se lee: «Mientras permanece íntegro el matrimonio, la mujer, á los efectos del *fuero*, tiene la nacionalidad de su marido» «Mientras permanece casada, la mujer carece por regla general de capacidad civil, y se halla sujeta á la tutela y potestad del marido, formando ante la ley una sola personalidad jurídica con éste, cuyo nombre toma, y cuya suerte y posición social sigue. Sin incurrir en una anomalía contraria á esta naturaleza de las relaciones de la vida doméstica, y sin ponerse en pugna con las disposiciones citadas, que derivan de la indivisibilidad y naturaleza propias del matrimonio, no es posible, *independientemente del estado y condición política de la mujer, que permanecen inalterables*, acordarle un *fuero* ó una jurisdicción propia y peculiar distinta á la de éste (el marido) *De esto no surge que, por el hecho del matrimonio, la mujer haya de perder su nacionalidad propia y sustituir por la de otro su estado ó condición política*, pues la doctrina establecida (en los fallos anteriores) se refiere solamente al *fuero* y competencia de las autoridades públicas del país . . . »

Art. 159. *La validez del matrimonio, no habiendo ninguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 166, será juzgada en la República por la ley del lugar en que se haya celebrado, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse á las formas y leyes que en él rigen.*

11.—Ora se considere el matrimonio bajo el sello de su consagración religiosa, ora como un acto exclusivamente civil, hay en él un contrato *sui generis* de grande trascendencia. Con relación á los casados, es ciertamente el acto más importante de la vida, porque marido y mujer comprometen todo su futuro, empeñan su recíproca fidelidad, se deben por entero á la crianza y educación de los hijos y, confundidos en la unidad de un lazo indisoluble, deben compartir las horas de felicidad y prestarse auxilio en las amarguras de la común peregrinación. Con relación á la sociedad, el matrimonio es la base y la dignificación de la especie en la evolución de la vida colectiva. Cuando la familia se eleva por la virtud ó se postra por el vicio, la sociedad adelanta ó retrocede en proporción. Es tal la naturaleza ó importancia del matrimonio, que de él se dice, que, «es el padre y no el hijo de la sociedad»: — *principium urbis et quasi seminarium reipublicæ*, ó, como escribe Lord Robertson — «*Es la base misma de toda la fábrica de la sociedad civilizada.*»

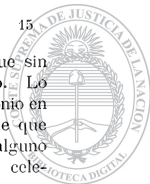
Es por eso que gran parte de las disposiciones legales que constituyen el régimen del matrimonio, mira más al interés social que al particular de los casados, y son ellos consiguientemente principios de



orden público que no pueden ser alterados ni modificados por voluntad de los esposos. Y así, no les es lícito estipular cambios acerca de las obligaciones que contraen con el matrimonio; aumentar ó disminuir las facultades y deberes de la patria potestad; suprimir ó restringir la autoridad marital, el deber que tiene la esposa de habitar con su marido donde quiera que éste fije su domicilio ó residencia, el que tiene el marido de prestar á su mujer toda protección, proporcionándole los recursos necesarios y ejerciendo las acciones que á ella correspondan en defensa de su libertad, de su honor y de sus bienes, etc., etc. Su contrato, ó sean sus estipulaciones matrimoniales, no pueden tener en la República más objetos que los perfectamente definidos y muy limitados del artículo 1251, que en nada comprometen el régimen del matrimonio en cuanto hace relación al bien de la comunidad.

12.—*Matrimonio* es, dice Escriche, la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse á llevar el peso de la vida, y participar de una misma suerte. La ley 1ª, tit. 2, part. 4ª, lo define así: «...*ayuntamiento de marido, e de mujer, fecho con tal entencion de heuir siempre en vno, e de non se departir; guardando lealtad cada vno dellos al otro, e non se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, biuiendo ambos a dos.*»—M. Portalis, de quien parece haber tomado Escriche su definición, dice:—es «la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie; para ayudarse, por socorros mutuos, á llevar el peso de la vida, y para compartir su destino común.»

13.—Como se ve, la procreación de los hijos es uno de los fines principales del matrimonio; pero conviene



observar que no es de tal manera esencial que sin él no exista, ni deba permitirse el casamiento. Lo persuaden el art. 203 que autoriza el matrimonio en artículo de muerte ó *in extremis* y el hecho de que la mucha edad de los futuros esposos, ó de alguno de ellos, no es un impedimento que obste á su celebración.

14.—¿Qué es *impedimento*? Puede decirse que es aquel obstáculo que impide que dos personas puedan casarse legítimamente.

Los impedimentos son de dos clases:— los unos *absolutos* y *relativos* los otros.

Son *absolutos* aquellos que mientras subsisten imposibilitan legalmente el matrimonio con toda persona y, en el caso de celebrarse, causan su nulidad: por ejemplo, la locura, la edad de la infancia. Son *relativos* los que sólo son un obstáculo para el matrimonio con ciertas personas, como por ejemplo, el parentesco de consaguinidad, ó de afinidad. Los impedimentos relativos causan también la nulidad del matrimonio como los absolutos.

15.—Otra división de los impedimentos es en *dirimentes* y simplemente *prohibitivos* ó *impedientes*.

Son *dirimentes*, del verbo latino *dirimere*, que significa destruir, aquellos que causan la nulidad del matrimonio; y simplemente son *prohibitivos* los que no afectan la esencia ó sea la validez del matrimonio contraído, sino que sólo prohíben contraerlo, castigándose la contravención con otra pena que la nulidad, como sucede, por ejemplo, con la mujer viuda, á la cual está prohibido contraer segunda ó ulteriores nupcias hasta pasados diez meses de disuelta ó anulada la anterior — art. 250, bajo pena de perder los legados y cualquiera otra liberalidad que el marido le hubiese



hecho en su testamento — art. 251. Otro ejemplo nos ofrece el art. 169, el cual prohíbe al tutor y sus descendientes legítimos que están bajo su potestad, contraer matrimonio con el menor ó la menor que ha tenido ó que tuviese aquel bajo su guarda, hasta que fenecida la tutela haya sido aprobada la cuenta de su administración, bajo pena de perder la asignación que hubiera de corresponderle sobre las rentas del menor, según la disposición del dicho artículo 169, repetida por el 487.

Los impedimentos enumerados en el art. 166 son todos dirimientes, porque causan la nulidad del matrimonio. Unos son absolutos, como la locura, la existencia del anterior, no tener la edad que habilita para el casamiento, porque son impedimentos *erga omnes*; pero los demás, es decir, la consanguinidad, la afinidad y la circunstancia de haber sido autor ó cómplice del homicidio del cónyuge son relativos, porque solo impiden el matrimonio con relación á ciertas personas.

16.—De estos impedimentos, unos hay que no permiten la rehabilitación del matrimonio, y otros que la permiten.

El parentesco de consanguinidad y afinidad en línea recta; el parentesco de consanguinidad entre hermanos ó medios hermanos; la existencia del matrimonio anterior y haber sido autor ó cómplice del homicidio del otro cónyuge, son impedimentos que hacen irrehabilitable el matrimonio; pero la locura y la falta de edad son impedimentos que permiten la rehabilitación, arts. 241 y 242. La razón de esta diferencia es fundamental: los impedimentos que no permiten la rehabilitación obedecen á exigencias invariables de la moral y á principios permanentes de orden público,

en tanto que los otros sólo responden á causas particulares, cuya desaparición permite la subsistencia del matrimonio sin peligro para el interés social.

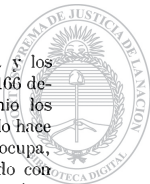
17.—Vengamos ahora al artículo.

Establécese por él: 1º, que cuando se trate de un matrimonio contraído con alguno de los impedimentos de los incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 166, su nulidad debe ser juzgada por las leyes de la República, cualquiera que sea el lugar en que se hubiere celebrado; y 2º, que cuando no existiesen dichos impedimentos, la validez ó nulidad del matrimonio debe juzgarse según la ley del lugar de su celebración, aun cuando los contrayentes hubiesen dejado su domicilio con el propósito deliberado de no sujetarse á las formas y leyes que en él rigen.

18.—La primera de estas disposiciones reposa en reglas jurídicas de incontestable autoridad.

En ejercicio de sus facultades soberanas y con la autoridad exclusiva que de ellas se deriva, cada nación adopta para la constitución de su gobierno y organización de la sociedad las máximas y principios que estima verdaderos, ajustados á la moral y apropiados para servir sus intereses y promover su prosperidad, sin que ninguna pueda ser justamente requerida á apartarse de sus conveniencias políticas y de sus instituciones fundamentales en favor de otra nación. En esta regla de derecho público, de concenso universal, reposan las declaraciones trascendentales que hace el art. 14, siendo una de ellas la de que las leyes extranjeras no deben ser aplicadas en la República cuando sean contrarias al derecho público argentino, ó cuando su aplicación fuese incompatible con la legislación del Código. Y bien, en el concepto





de servir la causa de la civilización cristiana y los intereses permanentes de la sociedad, el art. 166 declara impedimentos dirimientes del matrimonio los allí enumerados; y justo era establecer, como lo hace la primera declaración del artículo que nos ocupa, que en tratándose de un matrimonio contraído con alguno de esos impedimentos, su nulidad será juzgada según la ley argentina, aun cuando hubiere sido celebrado fuera del territorio jurisdiccional de la República, porque así lo exige la lógica del art. 14 citado y porque sólo así queda garantizada la prevalencia de los principios fundamentales de nuestra organización social en el territorio de la Nación. Si según la conciencia del legislador, revelada por la ley, los matrimonios celebrados contra tales impedimentos son incompatibles absolutamente, en concepto moral y político, con la felicidad, destinos y civilización del pueblo, es arreglado á las máximas surgidas de la noción de la soberanía impedir la aplicación de las leyes extranjeras en la República, declarando que la nulidad de tales matrimonios se juzgará por las leyes de ella y no por las del lugar de su celebración.

19.—En cuanto á la segunda declaración, ó sea á que, cuando no existen dichos impedimentos, la validez ó nulidad del matrimonio debe juzgarse según la ley del lugar de su celebración, aun cuando los contrayentes hubiesen dejado su domicilio con el propósito de no sujetarse á las formas y leyes que en él rigen, es el caso de la «cortesía» que las naciones usan unas con otras, permitiendo que leyes extranjeras se apliquen en su territorio. Esta regla, que se deriva del consentimiento voluntario de cada país, obedece á la conveniencia que hay, para las relaciones privadas y públicas, en reconocer la legitimidad



del matrimonio cuando no se oponen á ello principios de orden público y se ha contraído con arreglo á las leyes del lugar en que se celebró. La regla contraria sería altamente perjudicial á las naciones, y es consultando las conveniencias generales que la adoptada por nuestro artículo es estimada como de *jus gentium*. El juez Sir Eduardo Simpson, resolviendo un caso práctico, dice sobre el particular: «Esta doctrina de juzgar y decidir los contratos, especialmente los de matrimonio, según las leyes del país en donde se hicieron, está conforme con lo que establecen nuestros libros, con lo que se practica en todos los países civilizados y con lo que es acepto á la ley de las naciones, que es la ley de todo país en particular, y que se ha tenido en cuenta como tal»... y el doctor Story, en su obra *Conflicto de las Leyes*, agrega que, siendo de grande importancia «para todas las naciones en general, que haya una sola regla para determinar en todas ellas sobre los contratos de este género (los matrimonios), debe presumirse que todas consienten en determinar sobre estos contratos por las leyes del país en donde se hacen; como que esta regla evitará todos los inconvenientes que tienen necesariamente que resultar de juzgar por leyes diferentes, y no es seguida de ningún género de inconvenientes, sino que, por el contrario, es para bien de los súbditos de todas las naciones.» n. 80 a.

20.—Esta conclusión es sostenida aun cuando los futuros esposos dejasen el lugar de su domicilio y, con *deliberado propósito* de sustraerse á las formas y leyes que en él rigen, se trasladasen á otro lugar y celebrasen allí su matrimonio; pues, aunque se reconoce que es repugnante á los principios generales del derecho, referentes á los contratos, aceptar el fraude ó



evasión fraudulenta á las leyes del país del domicilio de las partes, se abre una excepción en favor del matrimonio, invocando principios de política y de conveniencia pública con mira de evitar para los hijos las consecuencias desastrosas que les causaría la inseguridad de su estado de legitimidad. Larguísima discusión se ha sostenido sobre el particular, tomando parte en ella, juriconsultos de la talla de los Voet, Pothier, etc.; pero, después de un estudio muy detenido, la corte de Massachusetts, ha llegado á la conclusión que ha adoptado nuestra ley como la más prudente en el caso. Véase *Story—Conf. de las Leyes*, n. 123 y siguientes.

Referentemente á la poligamia y el incesto — (incisos 1°, 2°, 3° y 5° del art. 166) el Dr. Vélez escribió la siguiente nota:

Art. 159. «La poligamia y el incesto en toda la cristiandad, dice Story, causan la nulidad del matrimonio». Pero ¿hasta qué grado la unión de los parientes puede llamarse incestuosa? En muchas naciones los grados del Levítico han formado el término desde donde únicamente puede comenzar la unión legítima. En Inglaterra son respetados los grados del Levítico, limitados al tercer grado de consanguinidad, y al segundo de afinidad, es decir, que es incestuosa la unión de los sobrinos con los tíos, lo mismo que la de los cuñados. «Mas sería muy difícil, dice Kent, (Lect. 26, pág. 83 y 84), sostener toda unión como incestuosa, fuera del segundo grado, que es entre hermanos en la línea colateral. En la línea recta, toda unión es incestuosa, sea el parentesco de consanguinidad ó de afinidad. Si en el país no hay una ley especial sobre el incesto, debemos estar á la ley natural. La práctica de todas las naciones de la cristiandad reputa inmoral, incestuosa y contraria á la pureza que debe reinar en las familias, y prohibida también por la ley natural, la unión de los hermanos, sean de padre y madre, ó sólo de padre ó de madre. Esta ha venido á ser la regla ó la ley común del género humano, y en ese grado debe acabar el incesto, si la legislación del pueblo no ha señalado otro grado ulterior.»

En cuanto á los parientes por afinidad, puede decirse que no

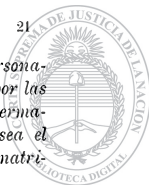
Art. 160. *Los derechos y las obligaciones personales de los cónyuges son regidos por las leyes de la República, mientras permanezcan en ella, cualquiera que sea el país en que hubieran contraído matrimonio.*

21.—El matrimonio es una institución social organizada sobre la base de la voluntad de las partes que lo contraen.

Es un contrato *sui generis* que afecta profundamente los destinos de la sociedad, y es por esta razón que no se deja que sus consecuencias civiles y las relaciones entre el esposo y la esposa sean determinadas por la sola voluntad de los contrayentes, sino que son establecidas, casi en su totalidad, por la ley. La ley es en efecto quien impone á los casados la obligación de guardarse fidelidad; atenderse el uno al otro: vivir en una misma casa y seguir la esposa al esposo y habitar con él donde quiera que fije su residencia. Es ella la que confiere la legitimidad á los hijos: quien establece las obligaciones entre los parientes y consa-

hay incesto fuera de la línea recta. En los Estados Americanos, dice Story, la unión de los cuñados no sólo es tenuta como legal, sino que se reputa moral, religiosa y conforme á las doctrinas cristianas.

Respecto al fondo del artículo, Story desde el § 121, discute extensamente la materia: transcribe la opinión de los principales jurisconsultos que la han tratado, y expone las razones que la fundan, aun respecto á los que al parecer, por defraudar la ley, salen de su domicilio y van á otro país á celebrar el matrimonio. Demuestra con los textos de los más célebres teólogos españoles, como Sánchez, que no hay, fraude á la ley y que sólo usan de su derecho, desde que no haya una prohibición especial respecto á ese caso.





gra la obligación de los padres (padre y madre) en el sentido de la crianza y educación de los hijos, estrechando de este modo los vínculos de la naturaleza y organizando la familia sobre bases de moral y de política calculadas para asegurar la prosperidad de la sociedad. Una institución de este género é importancia no puede ser considerada, como dice con entera exactitud el juez escocés Lord Robertson, sino como formando la parte más esencial del derecho público del país, y, por lo tanto, no puede permitirse que los casados, mientras permanezcan en la República, se substraigan, en cuanto á sus obligaciones y derechos personales, á las disposiciones de la *lex loci*, sólo porque el matrimonio fué celebrado en territorio extranjero. En este particular, desde que se incorporan á la sociedad argentina habitando su territorio, sea por corto tiempo, sea permanentemente, quedan sometidos á las leyes de la República, sin que pueda argüirse en contra, con la consideración general de que un cambio de domicilio no puede alterar las estipulaciones de los contratos, porque aunque esto sea verdad respecto de la generalidad, «el matrimonio es un contrato *sui generis*, y los derechos, deberes y obligaciones que nacen de él, son materia de tal importancia al bienestar del estado, que son reglados, no por contrato particular, sino por las leyes públicas del estado, que son imperativas para todos los que están domiciliados dentro de su territorio.» — El juez Robertson, en Story, *Conf. de las Leyes*, n. 111.

22.—Este principio de nuestro derecho público interno ha sido confirmado en el tratado público que el Gobierno Argentino estipuló en 12 de Febrero de 1889 con el Paraguay, Perú, Bolivia y la República Oriental



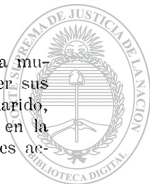
del Uruguay, en el Congreso Sud-Americano reunido en Montevideo, cuyo art. 12 dice así :

« Los derechos y deberes de los cónyuges en todo
« cuanto afecta sus relaciones personales, se rigen por
« las leyes del domicilio matrimonial. »

« Si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos
« deberes se regirán por las leyes del nuevo domi-
« cilio. » .

23.—La regla de la *cortesía* entre las naciones para permitir que en el territorio de la una se apliquen las leyes de las otras, está limitada por varias condiciones, siendo una de ellas la de que, las que se trate de ejecutar no sean repugnantes á los intereses públicos y á la política del país en que se las invoca ; y desde que las obligaciones y derechos personales que nuestra ley impone á los casados, responden á la moral y á la política general del gobierno y de la sociedad, es natural que no se permita la aplicación de leyes extranjeras que los contradicen.

Por consiguiente, si los casados en un país, por cuyas leyes la esposa no estuviese sujeta á la autoridad ó potestad de su marido, se trasladasen á la República Argentina, durante su permanencia en ésta, la esposa estaría sujeta á la autoridad marital, con sujeción á la ley argentina; cambiando así, por lo tanto, su capacidad con el cambio de domicilio en cuanto hace relación á las obligaciones y derechos personales de los esposos. Así, igualmente, aun cuando por la ley del lugar del matrimonio el esposo no estuviese obligado á vivir en una misma casa con su mujer, ni á prestarle los recursos y socorros ordenados por nuestro artículo 208, pesarían sobre él todas estas obligaciones durante el tiempo de su permanencia en la República. Y si por la ley de su



domicilio donde fué celebrado el matrimonio, la mujer tuviera, por ejemplo, facultad para vender sus bienes propios con total independencia de su marido, perdería esta capacidad durante su residencia en la República, cuyas leyes la inhabilitan para tales actos—art. 212.

24.—¿Cuál es el domicilio matrimonial ?

Cuando el lugar del domicilio de los contrayentes es también el lugar en que se celebró el matrimonio, es claro que en éste está el domicilio matrimonial, mientras no es creado otro.

Cuando ninguno de los contrayentes tiene domicilio en el lugar de la celebración del matrimonio, como sucedería, por ejemplo, cuando es celebrado *in transitu*, ó durante una residencia temporal, ó cuando deliberadamente se fué allí á ese objeto, *animo revertendi*, entonces el domicilio matrimonial es el que crearen las partes después de celebrado el matrimonio, no siendo ninguno de los siguientes casos :

Cuando los casados tienen, antes del matrimonio, domicilios diferentes, el matrimonial es el del esposo, si éste tuvo la intención de seguir residiendo allí ;

El de la mujer, si la intención fué residir en él, siempre que la intención vaya acompañada del hecho de la residencia :

Y si la intención fué residir en otro lugar, el lugar elegido será el domicilio matrimonial siempre que concurren los elementos del ánimo y el hecho—art. 97. La materia del artículo que nos ocupa es tratada por el Dr. Story en el cap. V. de su obra *Conf. de las Leyes*.



Art. 161. *El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera que sean las leyes del país en que el matrimonio se celebró.*

25.—Este artículo,—como el anterior inmediato,—está tomado de la obra de Story, *Conf. de las leyes*, Cap. 6º, en el que, desde el nº 113 hasta el 191, el ilustrado juez estudia la materia, pasa en revista y expone en términos claros y precisos las opiniones y doctrina de juristas notables de diversos países, somete á su criterio la establecida por la Suprema Corte del Estado de Luisiana, cuyas ilustradas sentencias transcribe, y concluye sentando en resumen las conclusiones que en los Estados Unidos tienen gran suma de autoridad doméstica en su favor, mientras no tienen ninguna en contra.

Esas conclusiones abrazan los dos casos principales que pueden ocurrir, que son: 1º, cuando hay un contrato expreso respecto de los bienes: 2º, cuando tal contrato expreso no existe, y dice:

«181.—*Sumario.* Cuando hay un matrimonio entre partes en un país extranjero y un contrato expreso respecto de sus derechos de propiedad, presente y futura, debe decidirse que éste, como asunto de contrato, es igualmente válido en todas partes, á menos que, en tales circunstancias, esté prohibido por las leyes del país donde se trata de ejecutarlo. Obra directamente sobre la propiedad mueble en todas partes. Pero en cuanto á la propiedad inmueble en territorio extranjero, confiere cuando más, sólo un derecho de acción, para hacerse efectivo con arreglo á la jurisprudencia *rei sitæ*.

185.—Cuando tal contrato expreso se aplica, según

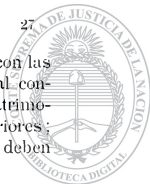


sus términos ó su intento, solamente á la propiedad presente, y ocurre un cambio de domicilio, la ley del domicilio actual debe regir los derechos de las partes en cuanto á las adquisiciones futuras.

186.—Cuando no hay contrato expreso, la ley del domicilio del matrimonio debe regir los derechos de las partes en cuanto á su propiedad presente en ese lugar, y en cuanto á su propiedad personal en todas partes, en virtud del principio de que los muebles no tienen *situs*, ó más bien, de que acompañan á la persona en todas partes. En cuanto á la propiedad inmueble, la *lex rei sitæ* debe prevalecer.

187.—Cuando no hay cambio de domicilio, la misma regla se aplica á las adquisiciones futuras como á los bienes presentes. Pero cuando hay un cambio de domicilio, la ley del domicilio actual, y no la del domicilio matrimonial, debe regir en cuanto á las adquisiciones futuras de bienes muebles; y en cuanto á la propiedad inmueble, la ley *rei sitæ*. »

26.—Referentemente á lo legislado y resuelto en Luisiana en relación á la materia que nos ocupa, el Dr. Story, en el n° 178 de su citada obra, dice lo siguiente: «La doctrina que, en relación al derecho público, se ha establecido así en ese estado, se resuelve en dos proposiciones fundamentales. *Primera*, cuando hay un contrato nupcial expreso de que habrá comunidad de adquisiciones y ganancias entre las partes, aun cuando residan en países donde prevalezcan leyes diferentes, ese convenio será réputado obligatorio en todo, como asunto de contrato, en los casos de mudanza de las partes á otro estado; con esta restricción, sin embargo, que es aplicable á todos los contratos, á saber: que no ha de causar perjuicio alguno á los ciudadanos del país adonde se mudan,



y que su ejecución no ha de ser incompatible con las leyes de ese país. *Segunda*, cuando no hay tal contrato nupcial expreso, la ley del domicilio matrimonial debe prevalecer en cuanto a los bienes anteriores; pero los adquiridos después de la traslación, deben regirse por la ley del domicilio actual. »

27.—Referentemente al punto legislado por nuestro artículo, el Tratado acordado en 1889 con el Estado Oriental del Uruguay, Bolivia, Perú y Paraguay, en el Congreso Sud-Americano reunido en Montevideo, se establece :

Art. 40.—« Las capitulaciones matrimoniales rigen « las relaciones de los esposos respecto de los bienes « que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que « adquieran posteriormente, en todo lo que no esté « prohibido por la ley del lugar de su situación. »

Es, sin más cambio que las palabras, la *Primera* regla del Dr. Story que acabamos de transcribir.

28.—Por lo demás, cuando el artículo que nos ocupa dice que el contrato nupcial rige los bienes, no se comprenden en esta regla los bienes inmuebles, porque éstos se rigen siempre y en todo caso por la ley *rei sitæ*, vale decir, por las leyes de la República, según el art. 163 de este título, concordante con la disposición general del art. 10.

Arts. 161, 162 y 163. Estos artículos son tomados de las resoluciones de Story, en el cap. 6 de su obra *Conflict of Laws*, y del Cód. de Luisiana, art. 2370. Story trae sobre la materia la más importante discusión, exponiendo la opinión de los principales jurisconsultos franceses y alemanes, y las decisiones de los tribunales de Inglaterra y Estados Unidos.



Art. 162. *No habiendo convenciones nupciales, ni cambio del domicilio matrimonial, la ley del lugar donde el matrimonio se celebró rige los bienes muebles de los esposos, donde quiera que se encuentren ó donde quiera que hayan sido adquiridos.*

Si hubiese cambio de domicilio, los bienes adquiridos por los esposos antes de mudarlo, son regidos por las leyes del primero. Los que hubiesen adquirido después del cambio son regidos por las leyes del nuevo domicilio.

29.—Este artículo abraza las dos conclusiones formuladas sobre la materia por el Dr. Story en los números 186 y 187, conclusiones que hemos transcrito a la letra al ocuparnos del artículo anterior inmediato. Sus fundamentos los expone el sabio juez desde el n° 170 adelante, adoptando las consideraciones de derecho y decisiones pronunciadas por la Suprema Corte del Estado de Luisiana. Si la ley de comunidad, dice, es una ley *real* y no personal, parece seguirse que debe regir todas las cosas que están situadas dentro de los límites del país en que existe aquella ley, pero no en otra parte. El más ardiente y tenaz defensor del contrato tácito no puede dejar de admitir, que si en un país dado está prohibida la comunidad de bienes entre los casados, no puede pretenderse hacer imperar en él la ley contraria de otro país que permita ó imponga la comunidad. Por el contrario, si la ley de comunidad es *personal* y no real, hay más fuerte razón para sostener que las leyes personales de un país no pueden ser impuestas y dominar las leyes de igual carácter de otro país. La



soberanía de las naciones no permite una conclusión contraria. La Suprema Corte de Luisiana, después de un maduro examen de la materia, declaró que en su juicio la ley de comunidad es una ley *real*, porque se refiere más á las cosas ó bienes que á las personas, y decidió consiguientemente, que «cuando una « pareja casada se mudaba de Virginia (su domicilio « matrimonial), donde no existe comunidad, á Luisiana, donde dicha comunidad existe, las adquisiciones y ganancias hechas después de su traslación, « *debían regirse por la ley de comunidad en Luisiana.* »

30.—En el Congreso Sud-Americano reunido en Montevideo en 1889,—de que tantas veces hemos recordado,—se estipuló entre la República Argentina, Estado Oriental del Uruguay, Bolivia, Paraguay y Perú, lo siguiente :

« Art. 41.—En defecto de capitulaciones especiales, « en todo lo que ellas no hayan previsto y en todo lo « que no esté prohibido por la ley del lugar de la « situación de los bienes, las relaciones de los esposos « sobre dichos bienes se rigen por la ley del domicilio « conyugal que hubieren fijado, de común acuerdo, « antes de la celebración del matrimonio.

« Art. 42.—Si no hubiesen fijado de antemano un « domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se « rigen por la ley del domicilio del marido al tiempo « de la celebración del matrimonio.

« Art. 43.—El cambio de domicilio *no altera las « relaciones de los esposos en cuanto á los bienes, ya « sean adquiridos antes ó después del cambio.* »

Esta declaración, que sólo es ley para los países contratantes, es contraria á la segunda parte del artículo del Código que nos ocupa y es de difícil justificación.



Art. 163. *Los bienes raíces son regidos por la ley del lugar en que están situados.*

31.—No perjudica y quizá sea útil repetir aquí este principio, pero no es necesario, porque ya está establecido sin excepción y en términos comprensivos en el artículo 10, que dice: « Los bienes raíces situados « en la República son *exclusivamente* regidos por las « leyes del país, respecto á su calidad de tales, á los « derechos de las partes, á la capacidad de adquirir- « los, á los modos de transferirlos, y á las solemnida- « des que deben acompañar esos actos. El título, « por lo tanto, á una propiedad raíz, sólo puede ser « adquirido, transferido ó perdido de conformidad con « las leyes de la República. »

32.—Nada, pues, que haga relación á los inmuebles puede estar sujeto á la voluntad de las partes en los contratos, ni menos á las leyes extranjeras: capacidad para adquirirlos, naturaleza y extensión de los derechos que sobre ellos se tenga, el modo de transmitirlos á terceros, el modo de perderlos por la prescripción, todo en fin, se rige exclusivamente por la *lex rei sitæ*, porque la organización de la propiedad territorial es asunto de grande trascendencia que interesa á la prosperidad del país y afecta á su soberanía. La ley local es la única que puede dar firmeza y estabilidad á la propiedad de los inmuebles y es ella, por consiguiente, la única que puede regirlos y los rige en la República.

« Las leyes *reales* rigen los inmuebles, aun cuando « pertenezcan á extranjeros. Así, por ejemplo, un « extranjero no puede constituir sobre los inmuebles « que tiene en Francia servidumbres que la ley de su « país autoriza, pero que la ley francesa no tolera.



« Del mismo modo, cuando un inmueble situado en
« Francia hace parte de la sucesión de un extranjero,
« sus hijos lo recogen por *partes iguales*, aun cuando
« la ley del país al cual este extranjero pertenezca,
« dedique una parte mayor al primogénito. Ninguna
« porción del territorio puede estar sustraída de la
« administración del soberano como ningún habitante
« del territorio puede estar sustraído de su vigilancia.
« La soberanía es indivisible y dejaría de serlo si las
« partes de un mismo territorio pudiesen ser regidas
« por leyes que no emanasen del mismo soberano »,
—dice Mourlon, nº 78.

Este principio de la *lex rei sitæ* respecto de los inmuebles es proclamado por todos los juriconsultos antiguos y modernos, y constituye una regla positiva en los códigos de los países adelantados.

Véase lo que sobre el particular decimos bajo el art. 10.

Art. 164. *La disolución en país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad á las leyes de aquél, si no lo fuere á las de este Código, no habilita á ninguno de los cónyuges para casarse.*

33.—Nuestra ley establece, que los que contraen legítimo matrimonio quedan ligados entre sí por lazo indisoluble durante la vida del uno y del otro, pues declara que «el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos»—art. 238—y, en consecuencia de este principio, que «el divorcio... consiste *únicamente* en la separación personal de los



esposos, *sin que se disuelva el vínculo matrimonial*», —art. 221.

34.—Esta regla fundamental de nuestro derecho sería fácilmente eludida si no se proveyese al caso de que los casados, abandonando el territorio de la República, fueran a un país donde, por la ley local, el divorcio rompiera el vínculo del matrimonio, produciendo su disolución, y contrajese cualquiera de ellos un segundo matrimonio, cuya validez se pretendiera sostener en la República. Para este caso, nuestro artículo estatuye que la disolución declarada en país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República, por cualquiera causa que no fuera la muerte de uno de los casados, no habilita a ninguno de ellos para contraer nuevo matrimonio. Por consiguiente, el nuevamente contraído durante la vida del anterior esposo sería absolutamente nulo, y procesable, por acción criminal, el que cometió en la República el delito de contraer matrimonio estando casado legítimamente:—art. 143—Cód. Pen. Sin necesidad de traer a cuenta ninguna otra consideración, basta decir que se está al frente de un matrimonio contraído fuera ó dentro de la República con el impedimento de la existencia de *un matrimonio anterior subsistente*,—inc. 5º del art. 166,—cuya validez debe, por lo tanto, ser juzgada por la ley argentina y no por la *lex loci contractus*, según la expresa disposición del art. 159.

Por consiguiente, el matrimonio que se hubiese contraído fuera de la República en el caso supuesto, sería absolutamente nulo—art. 241.

35.—Es conveniente dedicar atención a este otro caso que pudiera presentarse más frecuentemente que el anterior.

Un matrimonio contraído fuera de la República, en

un lugar en que es permitido el divorcio á vínculo, se disuelve en esta forma, sea en el mismo país de su celebración, sea en otro en que igual divorcio es permitido; y cualquiera de los esposos contrae nuevo matrimonio. ¿Cuál sería el valor de este segundo matrimonio en la República Argentina? ¿Sería válido? ¿Sería nulo?—Pensamos que sería considerado válido.

La regla general en materia de contratos de matrimonio es, que, su validez se rige por la ley del lugar de su celebración, aun cuando deliberadamente los casados hubiesen dejado su domicilio para traerlo en otro lugar y escapar así de las formas y leyes que rigen en su domicilio.—Art. 159.—Esta regla general, que reposa en la doctrina de la *lex loci contractus*, se funda en consideraciones de conveniencia general que las naciones no pueden desdeñar. Esas consideraciones no pueden ser mejor expresadas, compartiendo la opinión de Story—nº. 121,—que en el lenguaje de Sir Eduards Simpson: « Todas las « naciones civilizadas permiten los contratos de matrimonio. Estos contratos son *juris gentium*, y los « súbditos de todas las naciones están igualmente interesados en ellos. Males y confusión infinita se « seguirían necesariamente para los súbditos de todas « las naciones sobre legitimidad, sucesiones y otros « derechos, si las leyes respectivas de países diferentes sólo hubieran de observarse en cuanto á los « matrimonios contraídos por los súbditos de esos países en el extranjero; y por consiguiente, todas las « naciones han consentido, ó se presume que consienten, para ventaja y beneficio común, en que « tales matrimonios serán buenos ó no, según que « sean ó no conformes con las leyes del país en que « se celebran. »



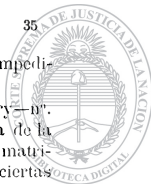


Así se justifica la regla general de la *lex loci contractus* respecto de los matrimonios, aún de los contraídos en fraude de la ley del domicilio de las partes. Esta regla general tiene su excepción, expresamente establecida, por la primera parte del Art. 159, según la cual la validez de un matrimonio contraído con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del Art. 166, será juzgada *por las leyes de la República*, y no por la ley del lugar de su celebración.

¿Puede aplicarse esta regla al caso supuesto que nos ocupa y declarar nulo el matrimonio de su referencia, alegando que fué contraído con el impedimento del inc. 5º y, por lo tanto, que es nulo con nulidad absoluta, según el Art. 241?

Creemos que tal matrimonio debe estimarse válido en la República, y he aquí los motivos que nos inducen á pensar así.

Primero.—A la celebración del segundo matrimonio, el anterior *no existía*, porque fué *disuelto* por el divorcio á vínculo permitido por la ley del lugar en que fué celebrado y por la del lugar en que el divorcio fué decretado. Luego no puede decirse que el segundo matrimonio fué celebrado con el impedimento del inc. 5º, art. 166, de nuestra ley; y tanto es así, cuanto que la indisolubilidad del vínculo del matrimonio no puede considerarse como de *jus gentium* y suponerse en consecuencia adoptada por todas las naciones, porque hay países civilizados y cristianos que hasta ahora conservan en sus leyes el principio de la disolubilidad, estableciendo en consecuencia que es permitido el divorcio á vínculo que habilita á los divorciados á contraer nuevo matrimonio. No pueden los jueces argentinos invocar la indisolubilidad del matrimonio como de *jus gentium* para en su nombre decir que



la unión que nos ocupa fué contraída con el impedimento de una unión anterior *existente*.

« En todas las naciones modernas—dice Story—n.
« 201—se considera que está en la competencia de la
« legislación proveer á tal disolución (la del matri-
« monio) y exoneración en cierta forma y por ciertas
« causas. Y no hay duda de que un divorcio regular-
« mente obtenido, conforme á la jurisprudencia del
« país donde el matrimonio se celebró, y donde las
« partes están domiciliadas, debe tenerse como una
« completa disolución del contrato matrimonial en
« todos los demás países. »

Segundo:—El artículo 164 que estudiamos robustece el acierto de las consideraciones anteriores, porque su disposición es *limitada* al caso en que el primer matrimonio fuere celebrado *en la República Argentina*, lo que importa dejar sujetos los demás á la regla del derecho común, según la cual la validez de los matrimonios se juzga por las leyes del lugar de su celebración—*lex loci contractus*,—lo que importa decir que es válido el matrimonio de que tratamos.

Tercero:—La historia del expresado art. 164 sirve para confirmar la tesis que sostenemos.

El Código, con la redacción de nuestro ilustre codificador, tenía—antes de su reforma por las leyes de Matrimonio de 1888 y 1889—su artículo 165 concebido así: « *El matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad á las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse á ninguno de los cónyuges.* » Este artículo era más comprensivo que el 164 actual. Abrazaba todos los casos, así de matrimonios contraídos en la República y disueltos en el extranjero, como los contraídos fuera del territorio argentino y disueltos también en el ex-



tranjero, declarando para todos que tal disolución, no conforme á la ley argentina, no habilita á ninguno de los cónyuges para casarse.

El artículo 164 actual no ha admitido esta generalidad y ha limitado la incapacidad de los cónyuges al caso en que el matrimonio declarado disuelto hubiese sido celebrado *en la República*. Evidentemente, esto importa dejar sometidos los otros casos á la regla general, que establece, que, los matrimonios se juzgan por las leyes del lugar de su celebración, lo que importa decir que es válido el matrimonio de que tratamos.

Al pie del artículo 165 copiado, el Dr. Vélez escribió esta nota:

165. Las leyes de Escocia declaran disoluble el matrimonio por diversas causas; y cuando el caso ha llegado de quererse casar en Inglaterra los que estaban casados en Escocia, ha nacido la cuestión de si la disolución del matrimonio en conformidad á las leyes del domicilio de los cónyuges, los autoriza para volverse á casar en otro país donde no rijan leyes semejantes.

Story, en el cap. 3, 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 en 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.

Reconocía, pues, nuestro sabio codificador—aún bajo los términos más comprensivos de su artículo 165—que debíamos tener por *legítimo* el matrimonio contraído fuera de la República por cualquiera de los cónyuges después que hubiese obtenido su divorcio á vínculo. Con mayor razón debe reconocerse esa legitimidad después de la limitación que de aquella disposición ha



hecho el artículo 164 actual. La regla general, de juzgar de la validez de los matrimonios por la ley del lugar de su celebración, es de natural y justa aplicación en el caso y ella nos lleva á declarar la validez del supuesto matrimonio.

CAPÍTULO II

De los esponsales

Art. 165. *La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado.*

36.—Antiguamente, los canonistas distinguían dos clases de esponsales: los esponsales por palabras de presente y los esponsales por palabras de futuro. Los primeros, que se hacían en secreto, eran verdaderos matrimonios, aun cuando éstos no se hubiesen celebrado *in facie ecclesie*, en fuerza de la regla que dice: *consensus nuptias facit*, regla que está consignada en la ley 4ª, tit. 1º, part. 4ª, en estos términos: «... el consentimiento tan solamente, que se hace por palabras de presente, abunda para valer el casamiento.» Pero el concilio de Trento proscribió estos matrimonios haciendo de la clandestinidad un impedimento dirimente. En el Capítulo 1º «De las reformas sobre el matrimonio»—Sesión 24—se dice así en efecto: «Aunque no se puede dudar que los matrimonios «clandestinos, efectuados con libre consentimiento de «los contrayentes, fueron matrimonios legales y verdaderos...; considerando los graves pecados que



« se originan de los matrimonios clandestinos, y
« principalmente los de aquellos que se mantienen
« en estado de condenación, mientras abandonada la
« primera mujer, con quien de secreto contrajeron
« matrimonio, contraen con otra en público, y viven
« con ella en perpetuo adulterio...; manda con este
« objeto... *que en adelante antes que se contraiga el*
« *Matrimonio, proclame* el cura propio de los contra-
« yentes *públicamente* por tres veces, en tres días de
« fiesta seguidos, en la iglesia, mientras se celebra
« la misa mayor, quiénes son los que han de contraer
« matrimonio... »; y esta condición de publicidad
ha sido aceptada é incorporada en su legislación por
los pueblos adelantados, como lo está en la nuestra
—art. 194.

37.—Los esponsales de futuro son la promesa de casarse que se hacen mutuamente el varón y la mujer con recíproca aceptación. La ley 1ª, tit. 1º, part. 4ª, los define así: «*Llamado es Desposorio, el prometimiento que hacen los omes por palabra, quando quieren casar. E tomo este nome, de una palabra que es llamada en latin spondeo, que quiere tanto dezir en romance, como prometer.*»

Esta promesa,—que es de uso antiquísimo como lo recuerda esta ley y procede de la naturaleza de las cosas,—carece de valor y eficacia jurídica, por cuanto no nace de ella ni acción para pedir su cumplimiento, ni derecho para reclamar los daños é intereses procedentes de su inexecución. Nuestro artículo lo dice terminantemente: la ley no reconoce existencia á los esponsales de futuro en el campo del derecho. No reconociéndoles existencia, es natural que declare, como declara, que ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, es decir, ora se demande el cumplimiento de la promesa, ora



los daños é intereses que su inexecución causare al interesado. Esta disposición responde: 1º, á la necesidad de que, hasta el último momento, cualquiera de los pretendientes pueda apartarse de su compromiso, á fin de que no se llegue á la celebración del matrimonio sino con la más completa libertad; y 2º, á la necesidad de evitar pleitos que, en definitiva, no serían sino un descrédito para la mujer. Demasiado grave es el acto para el individuo y trascendental para la sociedad para no procurar que los matrimonios sean perfectamente libres, evitando al efecto que se contraigan por temor á condenaciones pecuniarias.

38.—Pero, si los esponsales de futuro no conceden acción para obrar en justicia, constituyen, fuera de duda, una obligación natural que autorizaría,—según los casos,—la aplicación de los artículos 550 y 552.

Art. 165. Proyecto de Goyena, art. 47. En contra, el Tit. 1 de la Part. 4ª, la L. 18, Tit. 2, Lib. 10, Nov. Rec., el Cód. Sardo, arts. 106 y 107 y los de Baviera, Prusia, Nápoles y Austria. En Inglaterra no hay esponsales. Seoane, en su obra sobre legislación comparada, dice que en toda la Europa están desusados los esponsales.

CAPÍTULO III

De los impedimentos

Art. 166. *Son impedimentos para el matrimonio:*

1º *La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación, sean legítimos ó ilegítimos.*

2º *La consanguinidad entre hermanos ó medios hermanos, legítimos ó ilegítimos.*



3º *La afinidad en línea recta en todos los grados.*

4º *No tener la mujer doce años cumplidos y el hombre catorce.*

5º *El matrimonio anterior mientras subsista.*

6º *Haber sido autor voluntario ó cómplice de homicidio de uno de los cónyuges.*

7º *La locura.*

En los casos de los incisos 1º y 2º, la prueba del parentesco queda sujeta á lo prescripto en las disposiciones de este Código.

39.—Al ocuparnos del art. 159, hemos consignado ciertas nociones generales que no debemos repetir in extenso aquí, bastándonos recomendar que se las tenga presente.

El artículo que nos ocupa, trata de los impedimentos dirimentes, y como los enumera taxativamente, debe decirse que, fuera de ellos, la ley no reconoce otros.

Y así, el sacerdocio,—por ejemplo,—no es un impedimento para el matrimonio; y la ley lo ha excluido del número de ellos, porque no legislando sobre el matrimonio sino en su carácter de contrato *civil*, no ha podido ver en el sacerdote otra cosa que un hombre á quien el derecho natural no aleja de su legítima unión con el otro sexo.

Observemos de paso que nuestra ley no establece que el sacerdocio católico sea siquiera un impedimento simplemente *prohibitivo*, puesto que no lo incluye entre los de esta clase cuando trata de ellos en

los artículos respectivos: 167, 169, 181, 250 y el 177, que proporciona un argumento decisivo.

40.—La naturaleza crea,—por la generación,—lazos estrechos entre los que proceden de un tronco común.

Estos lazos, ó sea la relación que ellos crean, se llama parentesco.

El parentesco es de dos clases: de *consanguinidad* y de *afinidad*. El parentesco de consanguinidad procede de la generación y el de afinidad del matrimonio.

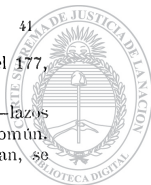
La proximidad del parentesco de consanguinidad se establece por líneas y grados, y la línea es de tres clases: ascendente, descendente y colateral; siendo la primera, la serie de grados ó generaciones que ligán al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes; la segunda, la serie de grados ó generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes; y la tercera, la que no es ninguna de las anteriores—arts. 379 á 385.

Ocupémonos ahora de cada uno de los impedimentos.

41.—PRIMERO: *La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación, sean legítimos ó ilegítimos.*

Un sentimiento universal y la razón concurren al establecimiento de esta regla. Sería repugnante y horroroso un incesto entre ascendientes y descendientes. « Los matrimonios entre parientes por sangre en línea ascendente ó descendente, son considerados universalmente por la ley común, la ley canónica y la ley civil, como *anti-naturales* é ilícitos. » Story, *Conf. de las Leyes*. n.º. 114.

La ley romana principia por establecer esta regla á que nadie puede negar su asentimiento: «*En los*

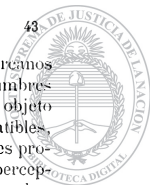




matrimonios á contraer debe tenerse en consideración el derecho natural y el pudor.» In contrahendis matrimoniis naturale jus est pudor inspiciendus est. l. 14. §2., ff. de ritu nupt.; y respecto del impedimento que nos ocupa, dice: « El matrimonio no puede existir entre personas que se cuentan en el número de los padres y sus hijos, sea del primer grado, ó de los grados ulteriores, hasta el infinito. » Nuptice consistere non possunt inter eas personas quæ in número parentum liberorumve sunt, sive proximi sive ulteriores gradus sint, usque ad infinitum. l. 53. d. tit.

42.—SEGUNDO : « *La consanguinidad entre hermanos ó medios hermanos, legítimos ó ilegítimos.* »

Puede decirse que á este respecto es tan general el sentimiento que rechaza un incesto semejante, como en el caso de ascendientes y descendientes. El matrimonio entre hermanos repugna á todo orden y moralidad. Arrebataría de la familia la intimidad y confianza que hacen de ella para la sociedad la tabla de salvación en las borrascas de la vida. « Merecen citarse extensamente las consideraciones del sabio canciller Kent, sobre el particular... Yo sé muy bien que cuando dejamos la línea recta y venimos á la relación ó parentesco por sangre... en la línea colateral, no es tan fácil verificar el punto exacto en que la ley natural ha dejado de tener por vergonzosa la unión. Aunque haya alguna diferencia en las teorías de los distintos escritores sobre la ley de la naturaleza con relación á este asunto, sin embargo, la corriente general de la autoridad y la práctica de las naciones civilizadas, y ciertamente de todo el mundo cristiano, ha condenado la relación (entre hermanos) como groseramente indecente, inmoral é incestuosa, y enemiga de la pureza y felicidad de las familias y como prohibida por la ley de la naturaleza... »



« Los matrimonios entre tales parientes cercanos no sólo conducirían al desenfreno de las costumbres domésticas, sino que, mezclando en un solo objeto deberes y sentimientos mutuamente incompatibles, confundirían los deberes, los hábitos y afecciones procedentes del estado de familia, alterarían la percepción y corromperían la pureza del gusto moral y harían violencia á los sentimientos de la humanidad. . . »

43.—Independientemente de las consideraciones morales y del sentimiento universal que condenan la unión entre los consanguíneos de grado inmediato, los fisiólogos piensan que las leyes que presiden la generación concurren á aconsejar la prohibición del matrimonio entre las personas ligadas por consanguinidad.

A. Trousseau, en su « Clínica Médica del Hotel-Dieu de París », Tom. II, edic. española de Madrid, 1878, sostiene esta conclusión: *las uniones consanguíneas son de funesto influjo en la propagación de la especie*, y expone con el detalle que la materia requiere los curiosos é interesantes resultados proporcionados por las investigaciones estadísticas hechas en América, Inglaterra, Alemania y Francia, deduciendo de ellas que las alianzas sexuales consanguíneas pueden dar por consecuencia *la infecundidad absoluta*, quedando estéril el matrimonio; *la mayor frecuencia de los abortos*; el nacimiento de *niños que mueren de tierna edad en mayor proporción que los nacidos en otras condiciones*. . . ; producir individuos linfáticos y predispuestos á las afecciones que dependen de la diátesis escrófulo-tuberculosa: y, en fin, individuos afectados de degeneraciones y achaques físicos ó intelectuales, como *polidactilia*, la espina bífida, el pie zambo, el labio leporino; *enfermedades del aparato de la vista*; la *sordo-mudez*; afecciones



mentales como el idiotismo, la enajenación mental, la epilepsia, etc., etc.

Lo mismo que el eminente Trousseau, el Dr. Lagneau, ante la Academia de Medicina de París, ha dicho lo siguiente: Debilidad congénita, defectos patológicos diversos, sordo-mudez en particular, idiotismo, tales son, según opinión bastante general, las consecuencias perniciosas de la consanguinidad.

El Dr. Guénoit declara que teóricamente es de la opinión de Lagneau; pero piensa que, prácticamente, los médicos no deben—cuando sean consultados—autorizar los matrimonios consanguíneos sino con mucha reserva.

Morris,—de Nueva York,—demuestra la funesta influencia de las uniones sexuales consanguíneas valiéndose de la estadística siguiente:

GRADO DE PARENTESCO	Número de matrimonios	Número de hijos	Hijos sanos	Hijos enfermos ó deformes	Número de hijos enfermos ó deformes sobre 100 nacimientos
Primo del 3 ^{er} grado.....	13	71	42	29	40.8
» » 2 ^o »	120	626	360	266	42.5
» » 1 ^{er} »	630	2911	955	1956	67.2
Descendientes de primos..	61	187	64	123	65.7
Tío y tía con madre y so- brinos.....	12	53	16	43	81.1
Primos de padre y madre.	27	154	21	133	86.4
Incesto.....	10	31	1	30	96.7

44.—No obstante todo esto, forzoso es reconocer que la idea desenvuelta por Trousseau y otros no ha conseguido, hasta ahora, dominar en el campo de la cien-

cia, pues profesores no menos competentes piensan que no es verdad que las uniones consanguíneas sean, *per se*, de influencia funesta en la propagación de la especie. Parece que la verdadera cuestión, ó mejor dicho, que la solución del problema está en la ley de la herencia.

Bourgeois ha protestado en la Sociedad de Antropología de París contra aquella opinión, citando como ejemplo *su propia familia*, en la que no se encuentran menos de diez y siete uniones consanguíneas.

El misino Lagneau ha demostrado á su vez que la consanguinidad no obra sino en casos de herencia mórbida, multiplicando la acción de esta herencia. En ciertas especies de animales (pichón, cabrito) la unión entre hermano y hermana y á menudo entre hermano y hermana gemelos es constante y no por eso la especie sufre nada. Este cruzamiento es practicado muchas veces en los criaderos y da muy buenos productos. En la especie humana, ciertas poblaciones *muy vigorosas*, las del villorrio de Batz, por ejemplo, nacen de matrimonios hechos todos entre parientes.

En la raza real del Egipto, el casamiento entre hermano y hermana era la regla y no parece haber sido perjudicial á la descendencia.

Pasando en revista observaciones y hechos de importancia, el Dr. A. Bordier, en su *Geografía Médica*, edic. de París — 1884 — dice: «De todo ello resulta, que la consanguinidad, por ella misma, no crea ninguna condición favorable á la producción de la sordo-mudez ni de otras enfermedades. De las investigaciones de Benjengue, hechas en Rusia, resulta que la sordo-mudez parece hereditaria, puesto que todos los sordo-mudos padecen de enfermedades del oído, que más de la mitad tienen enfermedades cerebrales hereditarias. Comunmente,





pues, no se ha observado que todas estas gentes — que son parientes—tienen un parentesco mórbido: es, por tanto, cuestión de herencia. Los criadores ingleses, que han adoptado el método *in and in*, saben que él es el mejor método de selección para elevar la herencia á su más alto poder. Así, el aficionado Bertillon me parece haber resumido admirablemente las cosas cuando ha dicho: « Si una familia es atacada
« de afecciones hereditarias y sus miembros se casan
« entre ellos, el vicio hereditario debe ir agravándose
« y quizá más rápidamente de lo que sucedería
« en un matrimonio entre miembros de familias ex-
« trañas la una á la otra, pero atacadas del mismo
« vicio la una y la otra. » Si al contrario las familias son sanas, dice: « La consanguinidad aparecería entonces como un medio de selección para
« hacer rápidamente evolucionar el suelo y subsuelo
« orgánico (patológico ó sano) de las familias. Es
« una piedra de toque señalando de pronto ciertas
« impurezas de una sangre dada. *Las familias indemnes de vicios retemplan, doblan, al contrario,*
« *EN LA CONSANGUINIDAD su resistencia y su virtud y*
« *salen de ella más fecundas, más sanas que nunca.* »
Pág. 620.

45.—TERCERO : « *La afinidad en linea recta en todos los grados.* »

La afinidad es un parentesco que nace del matrimonio, y la proximidad de este parentesco se cuenta por el número de grados en que *cada uno* de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad:—art. 397. La razón está en que por el matrimonio el hombre y la mujer son dos *en un solo cuerpo: erunt duo in carne una*, ó « ya no son dos, sino una carne: *Itaque jam non sunt duo, sed una caro.* »



Es natural entonces que en la línea recta, por ejemplo, el marido sea pariente de los consanguíneos de su esposa en el mismo grado que ésta lo es de ellos; y reciprocamente, que la esposa sea pariente de los consanguíneos de su esposo en los mismos grados que éste lo es de ellos.

Y bien; la afinidad en la línea recta, sea ascendente, sea descendente, en todos los grados, es un impedimento para el matrimonio. Por consiguiente, el viudo—por ejemplo—no puede casarse con la madre ó abuela de su difunta esposa, ni con la hija, nieta ó bisnieta de ésta, procedentes de un anterior matrimonio de ella.

46.—Referentemente á este impedimento de la afinidad, el derecho romano dice: « En razón de esta afinidad, el matrimonio del suegro y suegra y yerno y nuera, no es permitido entre el suegro y la nuera, ni entre la suegra y el yerno. *Hac affinitatis ratione, conubium non est inter vitricum novercamve, et privignos aut privignas; inter socerum et nurum, aut socrum et generum.* »

Y es necesario entender por *suegra*, no sólo la madre de mi mujer, sino también su abuela y su bisabuela, de manera que no podría casarme con ninguna de ellas: «*Itaque socrus appellatione, non tantum uxoris meæ mater, sed et avia et proavia intelligitur, ut nullam earum ducere possim.* »

La denominación *nuera* comprende igualmente no sólo la mujer del hijo, sino también la del nieto y la del bisnieto, aun cuando éstas tengan una denominación propia: «*Nurus quoque appellatione, non tantum filii uxor, sed et nepotis et pronepotis continetur; licet quidam has pronurus apellent.* »

La palabra *nuera* comprende también no sólo la hija de mi mujer, sino aún su nieta y su bisnieta, con las



cuales no puedo casarme: « *PRIVIGNA quoque non solum ea mihi intelligitur quæ uxoris meæ filia est; sed et neptis et proneptis, ut nullam earum ducere possim.* »

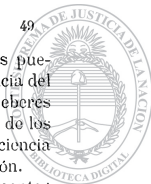
No es, pues, permitido á estas personas unirse entre ellas por matrimonio á causa de su afinidad, asimilada á la de los descendientes en línea recta: « *Hos itaque inter sé, quod affinitatis causa parentum liberorumque loco habentur, matrimonio copulari nefas est.* » Pand. lib. 23, tit. 2. art. 2.

47.—CUARTO: « *No tener la mujer doce años cumplidos y el hombre catorce.* »

Luego el matrimonio no puede ser celebrado sino, cuando más temprano, en el día siguiente de aquel en que los futuros esposos han cumplido respectivamente doce y catorce años; y como se trata de plazos de años, los del caso se completarán á la media noche del día respectivo:—arts. 25 y 27.

El impedimento de este inciso es por su naturaleza temporario, y desaparece con la edad requerida por la ley para ser permitido el matrimonio.

Los motivos que lo fundan tienen en todo caso atinencia con los intereses públicos. Desde luego, interesa á la sociedad la perfección física de sus miembros. Tomar todas las precauciones necesarias para que las nuevas generaciones sean sanas y vigorosas, es ciertamente de alto interés social, el que sería contrariado si se permitiese que la mujer y el hombre en edad más temprana que la establecida, pudiesen unirse en matrimonio. Aun parece que los consejos de la ciencia autorizan á sostener la conveniencia de exigir una edad mayor. Por otra parte, tratándose del acto más importante que el hombre puede ejecutar, como es el matrimonio indisoluble, justo es requerir una edad que haga presumible la



suficiencia necesaria para que los contrayentes puedan darse cuenta de la gravedad y trascendencia del acto; y como tras el matrimonio vienen los deberes de educación de los hijos y la administración de los bienes, se hace indispensable asegurar la suficiencia relativa de los prometidos para permitir su unión.

La ley romana dice respecto de este impedimento: Los ciudadanos romanos contraen legítimo matrimonio casándose según las leyes, siempre que el hombre haya llegado á la pubertad y la mujer á ser núbil. *Iustas nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viri potentes. Instit. tit. de nupt. pr.* Sabido es que la edad de la pubertad está fijada en los catorce años para el hombre y en los doce para la mujer.

48.—QUINTO: «*El matrimonio anterior mientras subsista.*»

En todos los países que tienen por base de su desarrollo los principios del cristianismo, es absolutamente prohibido el matrimonio que envuelve poligamia. Por consiguiente, es evidentemente justo el impedimento de este inciso.

Probado ó reconocido el hecho de haberse celebrado un matrimonio ¿á quién incumbe probar su disolución para poder contraer una segunda unión? Al interesado, es decir, al que trata de contraer un nuevo matrimonio. La razón es obvia: el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte natural, no la presuntiva, de uno de los esposos:—arts. 238 y 240; luego á él incumbe la prueba del fallecimiento de su cónyuge, porque el que afirma es quien debe probar el hecho alegado.

49.—SEXTO: «*Haber sido autor voluntario ó cómplice de homicidio de uno de los cónyuges.*»



Debe observarse desde luego, que, para la existencia de este impedimento es necesario que el homicidio de uno de los cónyuges sea real, es decir, un hecho consumado. No basta una tentativa, ni importa que la inexecución sea debida á una causa extraña á la voluntad del que debió ser autor ó cómplice del delito.

Se requiere también para la existencia del impedimento, que en la muerte del cónyuge haya habido conspiración ó maquinación entre el cónyuge sobreviviente y aquel con quien pretende nuevo matrimonio. No basta que un consorte haya quitado la vida al otro, si aquella persona con la cual pretende contraer segundo matrimonio ignoró el delito, ó no lo consintió. Véase Pothier, VI, 106, nº. 240; Justo Donoso, *Derecho Canónico*, tom. 2º, pág. 381.

La razón del impedimento está en que sería inmoral y contrario al orden público consentir el matrimonio entre los autores ó cómplices del homicidio de uno de los consortes. La ley no protegería suficientemente la existencia de las personas de los casados si, independientemente de la pena ordinaria del delito, no hiciera de él un verdadero impedimento para el matrimonio. Sin una disposición legal como ésta, las maquinaciones de un cónyuge contra la vida del otro serían más frecuentes y la sociedad estaría condenada á presenciar el escándalo de matrimonios concertados sobre el crimen del asesinato de uno de los esposos.

50.—La acción para acusar el delito es prescriptible. Lo es también la pena. Hecha la prescripción de una ú otra ¿dejaría de ser impedimento para el matrimonio la causal del inc. 6º que nos ocupa? Pensamos que no. Este impedimento debe ser perpetuo por su naturaleza y por sus fines.

51.—SÉPTIMO: «*La locura.*»

Desde que el matrimonio es un contrato, natural



es que no pueda contraerlo el que siendo incapaz de discernimiento, intención y voluntad, no puede consentir.

El que está bajo la influencia de una sentencia final que lo declara loco, está afectado de incapacidad *absoluta* y, por consiguiente, no puede contraer matrimonio, ni aún en sus intervalos lúcidos, como hemos dicho bajo el art. 51.

El que no tiene en su contra una sentencia de su locura, tendrá ésta que ser alegada y probada por los medios ordinarios en juicio provocado por los que tienen derecho á oponerse al matrimonio para *impedir* su celebración, ó por los mismos y aún por el incapaz, art. 242, para la declaración de nulidad del celebrado.

52.—Nuestro artículo concluye estableciendo que en los casos de los incisos 1º y 2º, la prueba del parentesco debe hacerse con sujeción á lo prescrito en las disposiciones de este Código, haciendo así referencia á los artículos 253, 254, 255, 256, 257, 258, 271 y sus concordantes.

Art. 167. *La mujer mayor de doce años y el hombre de catorce, pero menores de edad, y los sordos-mudos que no saben darse á entender por escrito, no pueden casarse entre sí ni con otra persona, sin el consentimiento de su padre legítimo ó natural que lo hubiese reconocido, ó sin el de la madre á falta de padre, ó sin el del tutor ó curador á falta de ambos, ó en defecto de éstos sin el del Juez.*

53.—El hombre de catorce años cumplidos de edad y la mujer de doce años cumplidos están habi-



litados por la ley para contraer matrimonio. No hay matrimonio sin consentimiento: *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, y el consentimiento para el matrimonio es un acto personalísimo, que no puede ser suplido por el de otro alguno. Desde que están autorizados á casarse y son los únicos llamados á prestar su consentimiento como condición *esencial* para la existencia del matrimonio, ¿en qué se inspira la ley para decir que los mayores de catorce y de doce años, pero menores de edad, necesitan, para casarse, del consentimiento de sus padres, ó de sus tutores, ó curadores y, en defecto de ellos, del consentimiento del juez? Un escritor competente ha hecho observar con razón, tratando de este mismo punto, que las fuerzas físicas del hombre no se desarrollan paralelamente con las fuerzas intelectuales. Las primeras crecen y se perfeccionan mucho antes que las segundas. Por consiguiente, si la ley tiene razón para estimar que el hombre y la mujer son aptos para la vida del matrimonio á los catorce y á los doce años, respectivamente, no la tiene para estimar que su razón está ya plenamente desarrollada en esa edad. Parte del hecho contrario y esa causa exige el consentimiento de los padres, de los tutores y curadores, ó del juez.

La intervención de aquéllos no puede ser sino útil, porque importará siempre advertencias importantes para los jóvenes que por su edad y por la pasión que los domina no pueden medir en su verdadera importancia la gravedad y trascendencia del matrimonio y los deberes y responsabilidades que acarrea.

Siendo los padres, tutores y curadores los encargados de dirigir la persona de los incapaces que están bajo su autoridad—arts. 298, 339, 362, 411, 502 y 509; natural y justo es exigirles el consentimiento de sus



directores para el acto ciertamente más grave de la vida, el matrimonio.

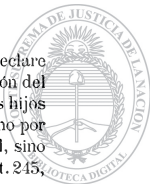
Esta exigencia, que es, sin duda, un efecto de la autoridad paterna ó tutelar, está establecida por la ley en estos términos: los que están sometidos á una representación necesaria no pueden casarse entre sí ni con otra persona, sin el consentimiento de su padre legítimo, etc., etc.

54.—No pueden casarse:—Hay aquí una prohibición: ¿cuál es el sello del acto en contrario? ¿Es la nulidad, de conformidad á la primera parte de la disposición del artículo 18? No, porque es otro el castigo impuesto á la contravención, como lo persuade el art. 170, el cual reconoce evidentemente su validez, aunque sólo de un modo implícito. Hay, pues, en la exigencia un impedimento simplemente *prohibitivo*, cuya contravención no causa nulidad.

55.—Como esta exigencia del consentimiento procede de la autoridad bajo la cual está el menor de edad ó sordo-mudo, nuestro artículo, al hacer designación de las personas cuyo consentimiento se requiere, se ajusta al orden en que la autoridad se ejerce. 1º El padre legítimo, porque es éste quien tiene la patria potestad—art. 299; 2º El padre natural que haya reconocido al hijo, porque á él corresponde en tal caso la autoridad paterna—art. 362; 3º La madre, porque á falta de padre, á ella corresponde la patria potestad—arts. 339 y 362; 4º El tutor ó curador, porque ellos gobiernan la persona de los pupilos ó de los mayores incapaces—arts. 411 y 509.

En falta de los expresados, al juez corresponde prestar el consentimiento del caso: su intervención es simplemente supletoria.

56.—Dado un matrimonio putativo, disuelto por sen-



tencia pasada en cosa juzgada, en la que se declare que el esposo procedió de mala fe en la celebración del casamiento, el consentimiento que necesitan los hijos de este matrimonio disuelto debe ser prestado, no por el padre, sino por la madre, porque no es á aquél, sino á ésta á quien corresponde la patria potestad—art. 245, inc. 3º.

57.—Nuestro artículo declara que el sordo-mudo, aún aquel que *no sabe* darse á entender por escrito, puede contraer matrimonio.

No hay matrimonio sin consentimiento, y no hay consentimiento sin manifestación de voluntad. Luego es absolutamente indispensable que el sordo-mudo consienta, lo que vale decir que manifieste su voluntad de casarse, para que el matrimonio que celebre sea válido.

Acerca de que el sordo-mudo puede casarse válidamente, aun cuando no sepa darse á entender por escrito, es conclusión que en Francia ha sido confirmada por fallos judiciales. Dalloz, en su tabla alfabética de 1815 á 1867, sobre *Jurisprudencia General*, verb. Mariage. nº. 25, dice: «un sordo-mudo, aún iletrado, « (que no sabe darse á entender por escrito) *pero pudiendo manifestar su voluntad*, es capaz de contraer « matrimonio. »

Pudiendo manifestar su voluntad. Se está, pues, al frente de una simple cuestión de *hecho*, y no de derecho. El consentimiento es una condición *esencial* para la existencia del matrimonio; luego el sordo-mudo, aún cuando no sepa darse á entender por escrito, es capaz de contraerlo válidamente con tal que pueda manifestar su voluntad de casarse.

¿Cómo puede manifestar su voluntad el sordo y mudo que no sabe darse á entender por escrito? Cuestión de hecho, cuya resolución depende de la pruden-



cia judicial en la apreciación de los signos y demás medios de que se sirve el sordo-mudo para manifestar su voluntad de casarse con una persona determinada.

Estimamos conveniente transcribir estas palabras de Laurent: «¿Qué debe decirse de los sordo-mudos? El «proyecto de código los declaraba incapaces de con-
«traer matrimonio, á menos que fuese comprobado
«que eran capaces de manifestar su voluntad. Esta
«disposición aplicaba á los sordo-mudos el principio
«del consentimiento, pero estaba mal formulada por-
«que erigía en principio la incapacidad, mientras que
«la capacidad es la regla y la incapacidad la excep-
«ción. El primer cónsul y Portalis lo hicieron notar,
«lo que importó decir que era necesario dejar á los
«sordo-mudos bajo el imperio del derecho común.
«¿Están en estado de manifestar su voluntad?: po-
«drán contraer matrimonio. ¿No pueden manifestarlo?
«el consentimiento se hace imposible: si pues el ma-
«trimonio se celebra, sería inexistente. En vano se
«dirá que han podido consentir y que aún es probable
«que consintieran; se responderá que el consenti-
«miento no es un hecho que pasa en la intimidad de
«la conciencia, sino que es un hecho exterior. Un
«consentimiento no manifestado no es consentimiento
«y, por consiguiente, no hay matrimonio.»

Ll. 10 y 18, tít. 2, lib. 10. Nov. Rec.

Art. 168. *El juez de lo civil decidirá de las causas de disenso en juicio privado y meramente informativo.*

58.—Se trata del matrimonio en su carácter de *contrato civil* y, por consiguiente, á nadie sino al juez



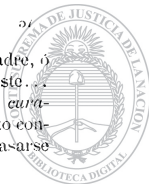
de lo civil corresponde conocer del disenso de los padres y tutores. Hay en el caso conflicto de derechos entre los pretendientes á casarse y sus padres ó tutores que se oponen al casamiento, y la autoridad eclesiástica no tiene rol que desempeñar en tal caso. Los artículos 188 y 189 confirman la declaración de que al juez civil corresponde conocer y decidir en las causas sobre disenso ú oposición al matrimonio, como igualmente de que el procedimiento debe ser meramente informativo ó sea sumario. El lento y largo del juicio ordinario, no sólo sería un martirio para los pretendientes, sino que daría margen á consecuencias desagradables y funestas.

59.—El juicio debe ser *privado*, porque se trata de asuntos en que la publicidad es del todo inconveniente. Para persuadirse de ello, basta recordar los motivos que pueden autorizar la oposición—Art. 181.

Art. 169. *El tutor y sus descendientes legítimos que estén bajo su potestad, no podrán contraer matrimonio con el menor ó la menor que ha tenido ó tuviese aquel bajo su guarda, hasta que fenecida la tutela, haya sido aprobada la cuenta de su administración. Si lo hicieran, el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor, sin perjuicio de su responsabilidad penal.*

60.—Es este un impedimento meramente *prohibitivo*, cuya contravención no causa la nulidad del matrimonio, procedente, como se dice en el derecho de las Pandectas, *ex causa potestatis*.

En dicho derecho, estaba decidido por un senado-consulto que el tutor no podía casarse con su pupila,



a menos que le hubiese sido prometida por su padre, ó le haya sido destinada por testamento de éste... Triboniano agregó después estas palabras: *vel curator*, quedando—por lo tanto—el senado-consulto concebido así: «Un tutor ó curador no puede casarse con su pupila...»

61.—La prohibición de este senado-consulto comprende también al hijo y nieto del tutor, y no sólo al hijo legítimo, sino también al natural, aun cuando fuere dado en adopción.—*Senatusconsulto, quo cautum est ne tutor pupillam vel filio suo, vel sibi nuptum collocet, etiam nepos significatur.*—*Naturales liberi, licet in adoptionem dati fuerim, senatusconsulto continentur.*

Calistrato, ocupado de fijar todo el alcance del senado-consulto, lo extiende á los herederos del tutor, aunque fuesen extraños, y consigna á la vez la razón de la prohibición en estos términos: *Senatusconsulti, quo prohibentur tutores et filii eorum pupilas suas ducere, puto heredem quoque tutoris extraneum sententia apprehendi; quum ideo prohibuerit hujusmodi nuptias, NE PUPILLÆ IN RE FAMILIARI CIRCUMSCRIBANTUR AB IIS, QUI RATIONES EIS GESTÆ TUTELÆ REDDERE COMPELLUNTUR.* Pands. lib. 23, tit. 2, art. 1.

62.—No es otro, en efecto, el motivo de este impedimento, que el peligro que correrían los bienes del pupilo ó pupila si se permitiese su matrimonio con el tutor ó sus descendientes que estuviesen bajo su potestad. Al favor de los recursos que proporciona el matrimonio, el tutor eludiría fácilmente sus responsabilidades, no obstante la disposición del art. 134.

63.—La prohibición de nuestra ley es para el *tutor* y sus *descendientes legítimos*, alcanzando indudablemente á los hijos *legitimados*, en fuerza del art. 353 que



declara, que, « los hijos *legitimados* por subsiguiente
« matrimonio, son iguales á los legítimos para todos
« los efectos legales, desde el día de la celebración del
« matrimonio, y la legitimidad aprovecha á su poste-
« ridad legítima. La designación de *hijos legítimos*,
« *hijos de legítimo matrimonio*, comprende los hijos
« legitimados », y del 393 que dice, que: « son hijos
« legítimos los concebidos durante el matrimonio váli-
« do ó putativo de su padre ó madre, y también los
« *legitimados* por subsiguiente matrimonio del padre
« y madre posterior á la concepción. »

64.—Nuestro artículo establece la prohibición para el tutor y sus descendientes *legítimos*, quedando, por lo tanto, fuera de dicha prohibición los hijos naturales, no obstante que fuesen reconocidos y estuviesen consiguiientemente bajo *su potestad*. 1º Porque se trata de una disposición excepcional, la cual, según regla de derecho, no puede ser extendida á casos no comprendidos en la excepción: 2º Porque es una disposición *prohibitiva y penal* y, por consiguiente, de inteligencia *restrictiva*. La razón de la ley alcanza seguramente á los hijos naturales reconocidos que estuviesen bajo la potestad de su padre, pero los jueces no están para hacer la ley, sino para aplicarla.

65.—Pero la prohibición alcanza al *curador* del sordo-mudo en razón de la disposición combinada de los arts. 487 y 509.

66.—A diferencia de lo corriente en el derecho de las Pandectas, la prohibición es, como dice expresamente nuestro artículo, tanto para con *la pupila* como para con *el pupilo*, de modo que está prohibido el matrimonio de la pupila con el tutor y con el hijo, nieto, ó bisnieto del tutor, y entre el pupilo y la hija, nieta, ó bisnieta del tutor.



67.—La prohibición no es absoluta, sino hasta que las cuentas de la tutela sean *aprobadas*. ¿Cómo? ¿judicial ó extrajudicialmente? Judicialmente, porque se trata de un menor ó de una menor, y la cuenta de la administración de los bienes de menores debe ser rendida judicialmente — art. 455. Se comprende fácilmente que, ora sea el tutor quien trate de casarse con su pupila, ora sea un hijo ó un nieto que está bajo su potestad, el tutor tiene necesariamente que renunciar su cargo para la rendición de cuenta, porque no puede intervenir en ella *representando á la menor* en su propia causa. El nuevo tutor que se nombre á la pupila no puede admitir otra rendición de cuenta que la judicial, según el art. 455 citado, y, por consiguiente, la que debe rendir el primer tutor debe ser de este carácter.

Art. 169. L. 59, tit. 2, Lib. 23, Dig. y L. 64 id., que dice: «*Ne pupilæ in re familiari circumscribantur ab his qui rationes eis gestæ tutelæ reddere compelluntur*» — Cód. de Nápoles, art. 157 y Prusiano, art. 14.

Art. 170. *Casándose los menores sin la autorización necesaria, 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.*

68.—Emanciparse es libertarse de la autoridad paterna ó tutelar á la cual se está sometido por la ley. Según el art. 131, los menores de edad se emancipan por el matrimonio, pero á condición que éste se hubiese celebrado con la autorización necesaria, la cual no es otra que la que debe dar el padre, ó la madre, ó el tutor y, á falta de éstos, el juez — art. 167.



Cuando el casamiento de los menores de edad se celebra sin la referida autorización, la emancipación no se opera, y, por consiguiente, el marido menor de edad continúa bajo la patria potestad, ó bajo la autoridad de su tutor. Esto es evidente dado que el matrimonio contraído sin la autorización necesaria no produce emancipación.

69.—Desde que los menores de edad casados no se emancipan, continúan con la *incapacidad de hecho* que los afecta en razón de su minoridad, y como también continúan bajo la autoridad de sus padres ó tutores, como acabamos de verlo, natural y lógico es que les sea negada la posesión y administración de sus bienes hasta que con la mayor edad se hagan aptos para obrar por sí mismos. Esta pena que nuestro artículo impone es á la vez una consecuencia inmediata de las disposiciones del Código.

70.—En el caso que venimos examinando ¿la menor de edad casada, se conservará bajo la autoridad de su padre, ó de su tutor, ó estará bajo la autoridad de su legítimo esposo, menor de edad? Creemos que está sujeta á la autoridad marital, porque la falta de autorización necesaria no quita al matrimonio *todos sus efectos legales*, sino solamente los designados como castigo á la contravención y los que son una consecuencia directa ó inmediata de la no emancipación de los casados. El poder marital no está comprendido entre aquéllos ni entre éstos, y como no existe ninguna disposición que niegue al marido poder ó autoridad sobre su mujer por el hecho de haber contraído matrimonio sin la autorización necesaria, es fuera de toda duda que la esposa está sometida á la autoridad de su marido y, por lo tanto, que ha cesado la de sus padres ó tutor.



71.—Desde que el marido no tiene la posesión y administración de sus bienes y por su no emancipación continúa con su *incapacidad* de persona *menor de edad*, es claro que no tiene la administración de los bienes de su esposa, porque si es *incapaz* para administrar los propios, debe serlo para administrar lo ajeno—arg. de los artículos 55, n.º 1º y 432, n.º 1º.

72.—En cuanto á la patria potestad del menor casado, no emancipado, evidentemente que no puede ser la plena de la referencia del art. 298, desde que no tiene la administración de sus bienes propios y no puede tener la de los bienes de su esposa é hijos.

Ciertamente que es excepcional esta posición del menor de edad casado, pero es la que procede de las disposiciones legales, originada por su culpa de haber celebrado su matrimonio sin la autorización necesaria.

CAPÍTULO IV

Del consentimiento

Art. 171. *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.

73.—Aunque sea *sui generis* por su naturaleza y sus consecuencias trascendentales, el matrimonio es siempre *un contrato* y, como tal, no puede existir sin

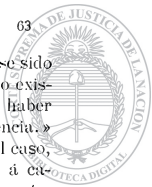


el consentimiento de las partes, consentimiento que en todo caso debe y puede ser enteramente libre desde que, para este fin, la ley ha negado toda autoridad y efectos legales aún á las promesas escritas y solemnes de casarse que se hubiesen hecho, con aceptación recíproca, los futuros esposos—art. 165.

74.—No deja de existir el consentimiento libre necesario para la validez del matrimonio, por la sola circunstancia de que quien lo presta cede ú obedece respetuosamente á insinuaciones, recomendaciones ó exigencias de sus padres, siempre que no asuman el sello de una imposición ó violencia, porque como la ley no obliga á tales concesiones, en hacerlas no hay supresión de libertad—art. 974.

75.—No puede haber matrimonio—dice la ley romana—sin el consentimiento de todas las partes, es decir, *de los que se casan* y de aquellos bajo cuyo poder están; y como el consentimiento de las partes contratantes es de *esencia* del contrato, se sigue: 1º, que los matrimonios simulados son nulos y de ningún efecto, y 2º, que el estado de locura de una de las partes impide contraer matrimonio, por falta de consentimiento mutuo. *Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt. Quum consensus contrahentium maxime requiratur ad nuptiarum substantiam, hic sequitur* 1º *quod «simulate nuptiæ nullius momenti sunt».* 2º *quod alterutrius «furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est.»*

Observad, con relación al consentimiento de las partes contratantes, que el que es dado por temor de faltar al respeto filial basta para la validez del matrimonio. Esta es la razón por qué un hijo «que se casa por obedecer á su padre, con una mujer con



quien no se hubiese casado si su elección hubiese sido libre, contrae sin embargo un matrimonio que no existiría sin su consentimiento, y que es estimado haber preferido á las consecuencias de su desobediencia.» Pues este hijo habría podido no obedecer en tal caso, porque un hijo de familia no puede ser obligado á casarse con una mujer dada. *Hinc filius, «si, patre cogente, ducit uxorem quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium quod inter irritos non contrahitur; maluisse hoc videtur. » Potuisset tamen filius hac in re patri dissentire. Nam «non cogitur filius familias uxorem ducere. Pand. »* Tom. 8, lib. 23, tit. 2, art. 1.

76.—El consentimiento necesario para el matrimonio debe ser *libre*, y estar exento de los vicios de *violencia*, *dolo* y *error*—art. 173.

Y se requiere que el consentimiento de las dos partes, es decir, el concurso de voluntades, sea expresado en el acto de la celebración del matrimonio : art. 196, *ante el oficial público encargado del Registro Civil.*

La falta de cualquiera de los siguientes requisitos : el consentimiento y su manifestación ante el oficial público encargado del Registro, causa la nulidad del matrimonio, el cual no producirá *efectos civiles*, aun cuando las partes hubiesen procedido de buena fe, dice nuestro artículo.

Al tenor de esta resolución legal y dado que por error de los contrayentes el matrimonio se celebre, no ante el oficial civil encargado del Registro, sino ante el cura párroco, con las solemnidades de un acto religioso, tendremos : 1º, que el matrimonio será nulo; 2º, que los así casados, no obtienen su emancipación; 3º, que los hijos naturales nacidos antes del matrimonio no quedan legitimados; y 4º, que los con-



cebidos en dicho matrimonio no son hijos *legítimos*, porque la *legitimidad*, la *legitimación* y la *emancipación* son efectos de un matrimonio válido, civilmente hablando, y tales efectos están negados al matrimonio que no se celebre ante el oficial civil: combinación de los arts. 191 y 193 con el que nos ocupa.

Téngase presente la excepción establecida por el art. 203.

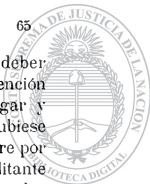
Art. 172. *El consentimiento puede expresarse por medio de apoderado, con poder especial en que se designe expresamente la persona con quien el poderdante ha de contraer matrimonio.*

78.—Concuerda esta declaración con el inc. 5º del artículo 1915 que requiere poder especial «*para contraer matrimonio á nombre del mandante*».

La importancia del acto es la razón por qué la ley requiere poder *especial*, y la exigencia de que en él se designe expresa é inequívocamente la persona con la cual el poderdante ha de contraer matrimonio, se funda en que la elección de esta persona es un acto personalísimo, que jamás ni por ningún motivo puede encomendarse á un tercero.

79.—¿De qué clase debe ser el poder? ¿Debe ser dado en escritura pública, ó puede serlo en instrumento privado?

Dada la importancia especial y la trascendencia del acto, estimamos que el Oficial encargado del Registro debe exigir siempre un poder público, apoyándose para ello en que los artículos 197 y 199 parten de la base de que el poder es dado ante escribano público, ó ante otro oficial autorizado al efecto, pues en sus



incisos 4º y 10—respectivamente,—le imponen el deber de consignar en el acta del matrimonio «la mención « del poder, con determinación de la fecha, lugar y « *escribano* ú *oficial público* ante quien se hubiese « otorgado, en caso que el matrimonio se celebre por « medio de apoderado, cuyo instrumento habilitante « se archivará en la oficina »; pero como no existe ley que requiera—*bajo pena de nulidad*—que el poder sea dado en escritura pública, el dado en instrumento privado no causaría la nulidad del matrimonio.

Art. 173. *La violencia, el dolo y el error sobre la identidad del individuo físico ó de la persona civil vician el consentimiento.*

80.—La redacción de este artículo denuncia por sí misma que no se trata de defectos que importen la supresión del consentimiento y, por consiguiente, de causas que hagan inexistente ó absolutamente nulo el matrimonio, sino de defectos que sólo *lo vician*, dando, es verdad, origen y razón de ser á una acción de nulidad para dejar en lo futuro sin efecto el matrimonio—art. 212, inc. 3º.

Los vicios del consentimiento son tres:

La violencia;

El dolo;

El error.

Tratemos de ellos separadamente.

81.—1º *Violencia.*

En toda clase de contratos, pero bien puede decirse que especialmente en el matrimonio, el consentimiento es elemento esencial y debe ser *libre*. Cuando es arrancado por violencia, el consentimiento existe, pero con el vicio de ser hijo del temor.



La violencia consiste en las vías de hecho; pero no es la fuerza, no son los hechos físicos los que actúan de inmediato sobre la voluntad para arrancar el consentimiento, sino el temor. Es el miedo quien la determina en el sentido de su manifestación viciosa u obligada. Y así se ve que en el derecho romano, el título es: *Quod metus causa gestum erit*, tratándose en él de la naturaleza y efectos de la violencia ó del temor. *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*—dice el pretor, agregando el edicto: «lo que hubiese sido el efecto *de la violencia ó del temor*». Se hace en él mención de la violencia, porque el temor de un peligro presente ó futuro turba el espíritu y hace una especie de violencia á la voluntad; pero se ha suprimido la palabra violencia, porque todo lo que es efecto de una violencia considerable debe también ser mirado como efecto del *temor*. «Olim ita edicebatur», «*QUOD VI METUSVE CAUSA. Vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati, metus instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidatione. Sed postea detracta est vis mentio: ideo quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur*». Pands., tom. 3, lib. 4, tit. 2.

En nuestro derecho tenemos también el capítulo «De los hechos producidos por la *fuerza* y el *temor*», en el que, más que la fuerza física, el *temor* fundado de sufrir un mal grave é inminente, inspirado por injustas amenazas, funda una acción de nulidad, porque vicia en alto grado el consentimiento,—art. 971. Puede decirse que hay dos clases de violencia: *física* y *moral*, confundidas en el concepto jurídico del *metus*, grave é *inminente*, en lugar del *presente* del derecho romano y del francés,—art. 1112;—y debe decidirse que cuando nuestro artículo habla de *violencia* comprende *las dos clases*, porque no es posible sostener



que bastando una ú otra para anular cualquier contrato, no baste para anular el matrimonio, en el cual sólo pueda invocarse la violencia física, siendo así que, por su naturaleza y trascendencia, debe en él, más que en ningún otro, sostenerse la necesidad del consentimiento *libre* como condición de validez, y cuando—por otra parte—hay violencias morales que obran más intensamente sobre la voluntad que la violencia física.

82.—La nulidad producida por este vicio en el consentimiento no es absoluta, sino relativa. No puede ser alegada sino por el que fué víctima de la violencia, ó sea «por el cónyuge que la ha sufrido», como dice el art. 242, nº 3º; y como es de carácter personalísimo, es fuera de duda que el derecho para pedir la nulidad del matrimonio en razón de ella concluye con la vida de la víctima y, por consiguiente, no pasa á los herederos. Por la naturaleza de las cosas y por la ley, sólo el que fué violentado puede reclamar contra la violencia, alegando que su consentimiento no fué libre; pero como sólo á él interesa confirmar ó no el matrimonio contraído, el derecho que le asiste para pedir su nulidad es un derecho inherente á su persona y, por lo tanto, intransmisible á sus herederos.—art. 532.

83.—Este derecho para pedir la nulidad «se extingue para el marido si ha habido cohabitación durante tres días después de suprimida la violencia, y para la mujer durante treinta días después».—art. 242 citado.

84.—¿Es ó no prescriptible esta acción? La afirmativa nos parece indudable, porque según el art. 1053 *todas las acciones son prescriptibles*, con excepción de las enumeradas en el mismo, entre las cuales no se



encuentra la presente, lo que confirma nuestro sabio codificador, inequívocamente, en su nota á dicho artículo.

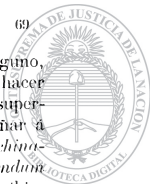
85.—¿Qué caracteres, ó mejor dicho, qué gravedad debe revestir la violencia para causar la nulidad del matrimonio?

La ley romana eligió un tipo que sirviera de medida, —si podemos decir así,—estableciendo con Labeon, «que el temor *que da lugar al edicto*, no es un temor cualquiera, sino que debe ser de un mal grave, y que no debe ser el de un hombre que se asusta sin razón, sino aquel del cual puede ser atacado un hombre firme. *Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem, sed majoris malitatis. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et* IN HOMINE CONSTANTISSIMO CADAT... Nuestro derecho, ajustándose más á la naturaleza humana y á la verdad de las cosas, se ha apartado de este tipo, que no puede servir de medida para la generalidad, y ha establecido que la intimidación afecta la validez de los actos cuando por la condición de la persona, su carácter, hábitos ó sexo puede juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión,—art. 972,—quedando así, en mucho, el juicio de cada caso librado á la prudencia y recto criterio de los jueces.

86.—2º *El dolo.*

Los términos del edicto pretoriano son éstos:—Cuando alguna cosa haya sido hecha de mala fe y no haya en el caso otra acción contra el que la hubiese hecho, yo la daré, si se alegan motivos justos y plausibles. *Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo*, d. l. 1, § 1.

87.—¿Cómo definir el dolo? Servio dice que es



una maquinación empleada para engañar á alguno, como cuando se hace una cosa fingiendo querer hacer otra. Labeon lo define así: un artificio, una superchería, una maquinación empleada para engañar á alguno: *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitatem*. Pands. IV, tit 2. Pothier dice:—Se llama dolo toda especie de artificio de que se sirve uno para engañar á otro. Tom. II. Obligaciones, nº 28; y nuestra ley declara que es acción dolosa «toda aserción de lo que es falso ó disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia ó maquinación que se emplee para conseguir la ejecución de un acto»—art. 965.

88.—Es ciertamente amplio el campo abrazado por esta definición; pero no debe olvidarse que es necesario que el dolo sea *grave* para que dé lugar á la nulidad del acto: inc. 1º del art. 966.

Nuestra ley declara que la *omisión* dolosa causa los mismos efectos que la *acción* dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia ú ocultación dolosa—art. 967.

Todas estas reglas y principios, que se encuentran consignados en el Capítulo del Código «*De los hechos producidos por dolo*», rigen en el caso de matrimonio, porque es en general y sin abrir excepciones que el artículo que nos ocupa y el inc. 3º del art. 242, declaran que el dolo vicia el consentimiento y autoriza la acción de nulidad; pero creemos que, á semejanza del caso de violencia, también en los de dolo el juez, «en la apreciación de los hechos que lo constituyen, debe preguntarse si la parte que ha consentido era más ó menos inteligente; si, dadas las circunstancias, era más ó menos fácil engañarla», porque todo esto



contribuye para apreciar si el dolo de que se trata es ó no *grave*; ó igualmente que la acción de nulidad «se extingue para el marido si ha habido cohabitación durante tres días después de conocido el dolo, y para la mujer durante treinta días después», inc. 3º, art. 212,—y es acción que, por ser personalísima y en favor únicamente del que fué víctima del dolo, concluye con su vida y no pasa á los herederos.

89.—3º *El error* sobre la identidad del individuo físico ó de la persona civil es otro vicio del consentimiento que causa la nulidad del matrimonio.

Esta cláusula de nuestra ley es tomada de la jurisprudencia de los tribunales y de la doctrina de los escritores franceses referentes al art. 180 del Cód. Napoleón.

Mourlon, en sus «Repeticiones escritas» de este Código, después de exponer los tres sistemas á que ha dado lugar el estudio de aquel artículo, resume el tercero, que es el prevalente en el fondo, en estos términos: «*Tercer sistema.* El error sobre el individuo ó la persona física y el error sobre la persona civil, es decir, sobre las calidades del individuo, son distintos y no deben ser confundidos.

El primero entra en la aplicación del art. 146. Hace *nulo* el matrimonio... El segundo es regido por los artículos 180 y 181. No impide la celebración del matrimonio, no hace sino hacerlo *anulable*: la nulidad no puede ser demandada sino durante cierto tiempo y solamente por el esposo inducido en error.»

«La cuestión de saber en qué casos el error sobre las calidades puede entrañar la nulidad del matrimonio está abandonada á la sabiduría de los tribunales, que juzgan, según las circunstancias, si ha



alterado sustancialmente el consentimiento de la parte que lo ha sufrido. Es una pura cuestión de hecho.»

90.—Respecto del error «sobre la identidad del individuo físico» de que habla la primera parte de nuestra cláusula, no hay ni puede haber dificultad para fijar su alcance. Cada individuo físico puede ser bien determinado y se diferencia de todo otro de la misma especie. Si he querido casarme con A y he prestado mi consentimiento *por error* en favor de B, creyendo que era A, el matrimonio puede ser anulado. En cuanto á la segunda parte de la cláusula que dice: *error* sobre la identidad de la *persona civil*, es fácil que las opiniones no sean uniformes. ¿Cuáles son las calidades que constituyen la *persona civil*? El error debe existir sobre *todas* las calidades, ó basta que recaiga sobre *una* ó sobre *unas cuantas* de ellas?

91.—Respecto á la primera de estas cuestiones, pensamos que ni en nuestra legislación, ni en las extranjeras que conocemos existen elementos que sirvan para trazar líneas claras sobre el particular; y, admitiendo que las calidades morales que constituyen la individualidad de una persona civil sean estas: el estado de familia, en el que comúnmente se refleja el mérito de un apellido ilustre paterno; las virtudes personales; la instrucción y los talentos comprobados, preguntamos de nuevo: ¿será necesario que el error exista sobre el conjunto de las calidades, ó bastará que recaiga solo sobre *una* ó sobre *varias* de ellas para ser anulable el matrimonio?

Sobre este particular dice Mourlon lo siguiente: «Yo creería que no existe sino una sola cualidad susceptible de constituir, por su ausencia, el error en la persona civil. Esta cualidad esencial es aquella que personaliza al individuo en la familia y en



« la sociedad, que, distinguiéndolo civilmente de los
« otros individuos, constituye su estado principal y
« civil; es, en otros términos, *el origen que lo hace*
« *pertenecer à tal ó cual familia.* » Piensa que solo
habiendo error sobre esta calidad hay error *sobre la*
persona civil y social, y puede decirse de nulidad
del matrimonio, y crée que el error sobre cualquiera
otra cualidad no afecta su validez.

92.—La opinión que gana terreno es la que estima
necesario que el error caiga sobre el conjunto de la
personalidad civil, de modo que haga nacer la cues-
tión de identidad, á cuyo respecto dice Bauday-
Lacantinerie, que « según la jurisprudencia la más
« reciente de la Corte de Casación de Francia, aproba-
« da por varios autores y que creemos fundada, es
« necesario que el error sea relativo á la personalidad
« civil completa, ó, en otros términos, que haga nacer
« la cuestión de identidad. No basta, pues, que sea
« sobre las cualidades civiles y menos aún sobre
« las morales. » *Obligaciones*, nº 65.

Esta es la única opinión conforme con nuestra ley,
porque ella requiere que el error sea sobre *la iden-*
tidad, ya sea del individuo físico, ya de la *persona*
civil.

Y en este sentido se ha resuelto por la Corte de
Casación Francesa en 21 de Abril de 1862, « que un
« matrimonio no puede ser anulado por *error sobre*
« *la persona*, sino en el caso de que el error caiga
« sobre la identidad de la persona de uno de los
« cónyuges, sea por efecto de una sustitución frau-
« dulenta de persona en el momento de la celebración
« del matrimonio, sea porque este cónyuge se hizo
« aceptar presentándose como miembro de una familia
« que no era la suya y atribuyéndose condiciones de
« origen y de filiación que pertenecían á otro »;

doctrina que sostienen, entre otros, Aubry y Rau y Laurent.

93.—Por lo demás, y del mismo modo que respecto de la violencia y el dolo, la nulidad del matrimonio por *error* no es absoluta, sino relativa; la acción es personalísima, termina con la vida del esposo interesado y por lo tanto no se transmite a los herederos; y «se extingue para el marido si ha habido cohabitación durante tres días después de conocido el error... y para la mujer durante treinta días después».—art. 242.

CAPÍTULO V

De las diligencias previas á la celebración del matrimonio

Art. 174. *Los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el oficial público encargado del Registro Civil, en el domicilio de cualquiera de ellos, y manifestarán verbalmente su intención, que será consignada en un acta firmada por el oficial público, por los futuros esposos y por dos testigos; si los futuros esposos no supieren ó no pudieren firmar, firmará á su ruego otra persona.*

94.—Este es uno de los muchos artículos del Código que demuestran acabadamente que, á los ojos de la ley, el matrimonio es una institución de carácter social, basada en el consentimiento de las partes. Sólo





asi se explican estas providencias tendentes á asegurar no sólo la libertad de los prometidos, sino tambien á hacer público el matrimonio desde sus pasos preparatorios hasta su celebración y á dejar constancia auténtica de todo. Es que interesa á terceros y á la sociedad en general conocer el acto y asegurar su prueba, porque sus efectos trasponen los limites del interés privado é influncian de inmediato el orden social. El matrimonio, á la verdad, concede la legitimidad de los hijos, impone á los esposos obligaciones especiales, produce la incapacidad de la mujer, aunque sea mayor de edad, para tratar sin licencia de su marido, etc., etc., todo lo cual hace necesario, y hasta para evitar perjuicios á terceros, que el matrimonio sea un acto público y se conserve prueba auténtica de él.

95.—Según nuestro artículo, los que pretendan contraer matrimonio están obligados á presentarse al Oficial público encargado del Registro Civil, hacer ante él la declaración de su intención y firmar el acta que la contenga, autorizada por el Oficial público y dos testigos. Se tiene, de consiguiente, prueba solemne del compromiso hecho entre las partes de contraer matrimonio, compromiso que no crea, sin embargo, un vínculo de derecho y no origina acción civil, ni aún para reclamar los daños é intereses de su in-ejecución—art. 165;—lo que importa decir, que cualquiera de los interesados puede apartarse y dejar sin efecto su declaración, sin incurrir en responsabilidad civil. ¿Cuál es entonces el objeto de nuestro artículo? No otro que la publicidad del matrimonio desde sus actos preparatorios y facilitar la denuncia de algún impedimento que obstare á su celebración.

96.—La ley dispone que aquella declaración puede



hacerse, á elección de los futuros esposos, ante el Oficial público del lugar del domicilio *de cualquiera de ellos*, facilitando así la celebración del matrimonio, la cual debe tener lugar ante el mismo Oficial elegido para la práctica de las diligencias previas—arts. 194 y 197,—como igualmente ante él debe deducirse la oposición—art. 182;—y el acta en que se haga constar la declaración referida debe contener las enunciaci-ones enumeradas en el artículo siguiente inmediato.

Art. 175. *En el acta debe expresarse :*

1º *Los nombres y apellidos de los que quieran casarse.*

2º *Su edad.*

3º *Su nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento.*

4º *Su profesión.*

5º *Los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, profesión y domicilio.*

6º *Si antes han sido ó no casados, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución.*

97.—En muchos casos no será posible hacer todas estas enunciaci-ones en el acta, sin que su falta pueda ser un inconveniente para el matrimonio. Y así,—por ejemplo,—un hijo natural puede ignorar quién sea su padre y, consiguientemente, qué profesión y domicilio tuvo y cuál fué su nacionalidad; pero el Oficial público debe exigir las hasta donde puedan ser satisfechas, porque son necesarias para la más exacta determinación de los pretendientes al matrimonio. Su falta,—



repetimos,—no impide el casamiento, bastando para justificar esta conclusión, traer bajo la vista el inc. 3º del art. 199, que dice así: «El nombre y apellido, profesión, domicilio y nacionalidad de sus respectivos padres, *si fueren conocidos.*»

98.—Si los dos pretendientes á casarse ó alguno de ellos fueron antes legitimamente casados, deben, como es natural, justificar la disolución del ó de los matrimonios anteriores con sujeción al art. 103 y siguientes del Código, presentando al efecto los documentos respectivos en el mismo acto de hacer la declaración de su intención de casarse, si los tuvieren á su disposición, ó posteriormente en caso contrario. El Oficial público debe ser severo en exigir esta prueba.

Art. 176. *Los futuros esposos deberán presentar en el mismo acto:*

1º *Copia, debidamente legalizada, de la sentencia ejecutoriada que hubiere declarado nulo el matrimonio anterior de uno ó de ambos futuros esposos en su caso.*

2º *La declaración auténtica de las personas cuyo consentimiento es exigido por la ley, si no la prestaran verbalmente en este acto, ó la venia supletoria del juez cuando proceda. Los padres, tutores ó curadores, que presten su consentimiento ante el oficial público, firmarán el acta á que se refiere el artículo 174; si no supieren ó no pudieren firmar, lo hará alguno de los testigos á su ruego.*

3º *Dos testigos que, por el conocimiento*

que tengan de las partes, declaren sobre la identidad y que las creen hábiles para contraer matrimonio.

99.—En el mismo acto en que los futuros esposos hacen declaración de su intención de contraer matrimonio, deben, á fin de que queden establecidos todos los elementos necesarios que habiliten su celebración inmediata, que los interesados pudieran desear—art. 197,—presentar;

1º Testimonio debidamente legalizado de la sentencia ejecutoriada que haya declarado nulo el matrimonio anterior de uno ó de ambos futuros esposos. En esta disposición se comprenden también las sentencias de divorcio á vínculo pronunciadas en país extranjero que, según nuestro derecho, deban ser respetadas y reconocerse que los divorciados pueden contraer nuevo matrimonio en la República.

2º Declaración *auténtica* de las personas cuyo consentimiento es exigido por la ley para la celebración del matrimonio. El documento, pues, en que se consigne dicha declaración debe ser tal que haga fe pública.

Las personas de la referencia son los padres, tutores, curadores y el juez, en el orden y en los casos del artículo 167; pues, como los padres, tutores y curadores pueden prestar verbalmente su consentimiento ante el Oficial público, la ley dispone, que, prestando en esta forma, firmen el acta de la referencia del art. 174, en la cual se debe hacer de él mención expresa.

3º Dos testigos que, en razón del conocimiento que tengan de los futuros esposos, declaren sobre la identidad de las personas y que los creen hábiles para contraer matrimonio, esto es, que no conocen que exista un impedimento que obste á su unión.





Esta declaración debe consignarse en el acta, la que será firmada por los testigos que sepan y puedan hacerlo.

CAPÍTULO VI

De la oposición

Art. 177. *Sólo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos en este Código.*

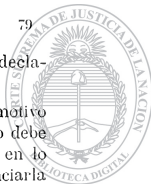
La oposición que no se funde en la existencia de alguno de esos impedimentos, será rechazada sin más trámite.

100.—La oposición al matrimonio puede ser deducida desde la iniciación de los actos previos ó preparatorios hasta su celebración—art. 183—y debe ser hecha ante el Oficial público que intervenga en las diligencias previas—art. 182.

Los motivos de oposición son tanto las causas que constituyen impedimentos *dirimentes* como las que sólo importan impedimentos *impedientes*; y así, son motivos de oposición:

- 1º Los enumerados en el artículo 166;
- 2º El designado por el art. 250; y
- 3º Los que pueden autorizar á los padres, tutores ó curadores á negar su consentimiento, que son los enumerados en el art. 181.

101.—Si la oposición no se fundase en alguno de los impedimentos legales de que queda hecha referencia, el Oficial público la rechazará, aún *de oficio*, levantando acta, en la cual debe hacerse constar la



causal ó motivo alegado para la oposición y la declaración que la rechace—art. 187.

102.—Habiendo cuestión ó duda de si el motivo alegado es de los legales, la resolución del punto debe ser remitida al tribunal de primera instancia en lo civil, porque es éste el competente para pronunciarla—art. 188.

Art. 178. *El derecho de hacer oposición á la celebración del matrimonio por razón de los impedimentos establecidos en el artículo 166, compete:*

1º Al cónyuge de la persona que quiere contraer otro.

2º A los parientes de cualquiera de los futuros esposos, dentro del cuarto grado de consanguinidad ó afinidad.

3º A los tutores ó curadores.

4º Al Ministerio público, que deberá deducir oposición, siempre que tenga conocimiento de esos impedimentos.

103.—Los impedimentos para el matrimonio son de dos clases: *dirimentes*, que son los que causan su nulidad, y los simplemente *prohibitivos*.

El presente artículo se ocupa de declarar quienes son las personas que pueden hacer oposición en razón de un impedimento dirimente y las designa con toda precisión, diciendo:

104.—*1º El cónyuge de la persona que quiere contraer matrimonio.*

Natural es que se le conceda el derecho de oposición desde que el matrimonio crea un vínculo indisoluble



durante la vida de cualquiera de los esposos y hace de ellos *dos en un solo cuerpo*.—El marido pertenece á su esposa como ésta á él y como ni hay disolución del vínculo matrimonial, ni es permitida la poligamia, justo es dar al cónyuge el derecho de oponerse al matrimonio del otro. Este derecho es imprescriptible é irrenunciable, porque se trata de un principio de orden público que no hace parte del patrimonio de nadie.

105.—2º *Los parientes de cada uno de los futuros esposos, dentro del cuarto grado de consanguinidad ó afinidad.*

Ciertamente que á todos y cada uno de ellos interesa de inmediato que el matrimonio de cualquiera de sus parientes no sea contraído con impedimentos que causen su nulidad y que, respondiendo los más de ellos á sentimientos de moral, hagan de él una unión repugnante ó escandalosa.

106.—El derecho de oposición es un derecho concedido *concurrentemente* á todos los parientes de consanguinidad ó afinidad comprendidos dentro del cuarto grado civil, como quiera que la ley no concede á los unos *en defecto* de los otros. De modo que, aun cuando hubiese consentimiento de los ascendientes, por ejemplo, los descendientes ó colaterales del que trata de casarse pueden hacer oposición por cualquiera de los motivos legales.

107.—3º *A los tutores ó curadores*, porque siendo uno de sus deberes principales velar por el bien de los incapaces sujetos á su autoridad, es justo concederles el derecho de oponerse á un matrimonio pretendido, que es reprobado por la ley.

108.—4º *Al Ministerio público*, al cual impone la ley el deber de deducir oposición, siempre que tenga



conocimiento de la existencia, en el caso, de un impedimento dirimente.

El matrimonio es una institución pública y los impedimentos que causan su nulidad obedecen á reglas fundamentales de moral y de orden social. Es natural, de consiguiente, que el Ministerio público tenga el deber de hacer oposición toda vez que llegue á su noticia la existencia de un impedimento dirimente.

Este deber no existe cuando se trata de impedimentos que no sean de los enumerados en el artículo 166. Más aún, creemos que en el caso de tratarse de un impedimento simplemente *prohibitivo*, el Ministerio público no tiene derecho para *deducir*, por derecho propio, oposición.

109.—No obstante la enumeración que nuestro artículo hace de las personas á quienes es concedido el derecho de oponerse al matrimonio, no queda suprimida *la denuncia* que cualquiera puede hacer, de palabra ó por escrito, de la existencia de un impedimento de los designados en el art. 166. Debe ser hecha al Oficial público, quien levantará de ella el acta correspondiente y la pasará al juez letrado de lo civil á los efectos de derecho—arts. 192 y 193.

Art. 179. *Si la mujer viuda quiere contraer matrimonio contrariando lo dispuesto en el artículo 250, los parientes del marido en grado sucesible tendrán derecho á deducir oposición.*

110.—Por el artículo 250 se prohíbe á la mujer casarse dentro de diez meses de disuelto ó anulado el matrimonio, salvo que haya quedado en cinta, en cuyo



caso podrá contraer uno nuevo después del alumbramiento.

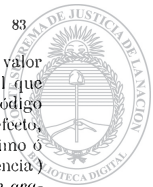
Cuando tratemos de dicho artículo 250, daremos la razón de esta prohibición.

111.—Aquí nos limitaremos á tratar de los que tienen derecho para oponerse al matrimonio que la viuda pretenda contraer dentro de los trescientos días posteriores al de la disolución ó anulación del anterior.

Tienen este derecho «*los parientes del marido en grado sucesible*», dice nuestro artículo.

Esta cláusula demuestra que el derecho de oposición lo tienen los ascendientes, los descendientes y los colaterales del difunto marido como facultad *concurrente*, sin contemplación al orden de preferencias de las líneas y grados en las sucesiones. Puede, por consiguiente, ejercerlo un ascendiente, por ejemplo, el suegro ó suegra de la viuda, aun cuando exista y se muestre indiferente ó inactivo un hijo legítimo del esposo fallecido. La ley, en efecto, no dice que el derecho corresponda á los ascendientes *á falta* de los descendientes, y á los colaterales á falta de éstos y aquéllos, ni emplea ninguna otra frase ó palabra que revele que su intención es hacer que el ejercicio de aquel derecho requiera un interés inmediato y presente en la sucesión del marido fallecido, ó del hijo por nacer; lo que importa decir, que la prohibición del artículo 250 se funda, más que en el interés de los bienes de fortuna, en el interés moral de impedir la confusión en la filiación y conservar pura la familia.

112.—Pensamos que no puede sostenerse la doctrina contraria diciendo que las palabras de la ley *en grado sucesible* importan exigir que se pertenezca á la línea y se esté en el grado que concedan derecho



preferente en la sucesión, porque no es este el valor natural de aquéllas, ni es con él, sino con el que nosotros le atribuimos, que están usadas por el Código en otro de sus pasajes. El art. 3158 dice, en efecto, que: «En caso de inacción del heredero legítimo o testamentario, la acción (de petición de herencia) corresponde a los parientes que se encuentran *en grado sucesible*, y el que la intente no puede ser repulsado por el tenedor de la herencia, porque *existan otros parientes más próximos*.» En *grado sucesible* no quiere, pues, decir el pariente más próximo a quien corresponda la herencia, sino simplemente estar dentro del grado hasta donde alcanza el derecho de suceder.

Art. 180. *Los padres, los tutores y curadores podrán además deducir oposición por falta de su consentimiento.*

Art. 181. *Los padres, tutores y curadores deben expresar los motivos de la oposición; pero los padres estarán exentos de esa obligación cuando se trate de un hijo varón menor de 18 años ó mujer menor de 15 años, excepto el caso en que estén gozando del usufructo de sus bienes.*

La oposición sólo puede fundarse:

1º *En la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 166.*

2º *En enfermedad contagiosa de la persona que pretenda casarse con el menor.*



3º *En su conducta desarreglada ó immoral.*

4º *En que haya sido condenado por delito de robo, hurto, estafa ó cualquiera otro que tenga pena mayor de un año de prisión.*

5º *Falta de medios de subsistencia y de aptitud para adquirirlos.*

113.—El artículo 167 dispone que la mujer mayor de doce años y el hombre de catorce, pero menores de edad, y los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito, no pueden contraer matrimonio entre sí, ni con otras personas, sin el consentimiento de su padre legítimo ó natural que los hubiesen reconocido, ó sin el de la madre á falta de padre, ó sin el del tutor ó curador á falta de ambos.

114.—La falta de este consentimiento constituye un impedimento *prohibitivo* y, por consiguiente, puede ser alegado por los padres, tutores y curadores como motivo para oponerse al matrimonio de los incapaces que están bajo su autoridad, que es lo que declara el art. 180.

115.—Es regla general, de autoridad axiomática, fundada en la razón y consignada en la ley,—arts. 177 y 181, inc. 3º,—que todo el que hace oposición al matrimonio que trata de celebrarse debe expresar el motivo ó sea el impedimento en que se funde su oposición. Esta regla rige con los padres, tutores y curadores, como rige con los parientes de los futuros esposos, con el ministerio público y con cualquiera persona que denunciase la existencia de un impedimento dirimente.



Hay una sola excepción á la regla, y es la siguiente : los padres están exentos de la obligación de expresar el motivo de su oposición cuando se trate de un hijo varón menor de *diez y ocho* ó mujer menor de *quince*, siempre que no estuviesen gozando del usufructo de los bienes de éstos. Es una excepción fundada en el cariño de los padres, libre de todo motivo de interés egoísta, y en la poca reflexión de los hijos. Su resistencia á prestar su consentimiento no puede inspirarse sino en el bien de los propios hijos, cuya suerte hace toda la aspiración, todo el anhelo de los padres y es la razón de sus sacrificios.

En las palabras de la ley—*los padres*—se comprenden el padre y la madre, y tanto los legítimos como los naturales, porque la ley no distingue y en todos concurren los motivos de su disposición.

116.—Las únicas causas que pueden autorizar la oposición de los padres, tutores y curadores son : 1º, Las generales del artículo 166 ; 2º, Las particulares de los incisos 2º, 3º, 4º y 5º del 181 que nos ocupa. Entre estas últimas, hay unas que son bien definidas, como el haber sido condenado por delito que tenga pena *mayor de un año de prisión*, y otras que, en definitiva, quedan sujetas á la apreciación judicial, como son una enfermedad contagiosa, conducta desarreglada ó inmoral y falta de aptitud para adquirir medios de subsistencia, porque todos estos motivos tienen que ser apreciados por el juez según su prudencia y sabiduría.

117.—El efecto de la negativa de los padres, tutores y curadores á prestar su consentimiento, confirmada por sentencia, es que los incapaces no pueden contraer matrimonio hasta que, llegados á la mayor edad, ó cesada la incapacidad del sordo-mudo, alcancen la



plena capacidad de obrar con total independencia de toda autoridad paterna, tutelar ó judicial supletoria, á menos que en el intermedio desaparezca el motivo que obstaculizó el casamiento.

Art. 182. *La oposición debe deducirse ante el Oficial público que intervenga en las diligencias previas á la celebración del matrimonio.*

Art. 183. *La oposición puede deducirse desde que se hayan iniciado las diligencias para el matrimonio hasta que éste se celebre.*

118.—Estas disposiciones son puramente reglamentarias y su alcance no se presta á dudas.

La oposición contra el matrimonio proyectado puede deducirse desde que se hayan iniciado las diligencias previas hasta que se celebre y debe deducirse ante el *Oficial público* que interviene en las diligencias previas, no porque éste deba decidir sobre su mérito, pues el juicio que provoque debe ser definido por la autoridad judicial—arts. 188 y 189,—sino á fin de que suficientemente instruido con los documentos respectivos—art. 185—y oídos los interesados á su respecto—arts. 186 y 188,—pase con esta ilustración al juez de 1ª instancia, quien debe proceder sumariamente.

Art. 184. *La oposición se hará verbalmente ó por escrito, expresando:*

1º *El nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio del oponente.*

2º *El parentesco que lo ligue con alguno de los futuros esposos.*



3º *El impedimento en que funda su oposición.*

4º *Los motivos que tenga para creer que existe el impedimento.*

5º *Si tiene ó no documentos que prueben la existencia del impedimento y sus referencias.*

Cuando la oposición se deduzca verbalmente, el Oficial público levantará acta circunstanciada que deberá firmar con el oponente y con dos testigos, si éste no supiere ó no pudiere firmar. Cuando la oposición se deduzca por escrito, se transcribirá en el libro de actas con las mismas formalidades.

119.—La oposición puede ser hecha por escrito ó verbalmente, y en cualquiera forma que se la haga debe expresarse todo cuanto previene el artículo que nos ocupa para que quede constancia de quien la hace, por qué causas y con qué pruebas.

Si fuese hecha por escrito, se transcribirá éste en el libro de actas, haciendo que el oponente firme la transcripción con el Oficial público. Si aquél no supiere ó no pudiere firmar, la firmará el Oficial público con dos testigos que declaren sobre la fidelidad de la copia.

Si fuere hecha verbalmente, el Oficial público levantará acta de ella consignando todas las circunstancias y la firmará con el oponente. Si éste no supiere ó no pudiere hacerlo, la firmará el Oficial público con dos testigos que aseguren que su contenido es conforme con lo expuesto por el oponente.



Con esta disposición legal se consigue que en el Libro de Registro del estado civil se encuentre constancia de todo lo obrado respecto al matrimonio.

Art. 185. *Si el oponente tuviere documentos debe presentarlos en el mismo acto. Si no los tuviere, expresará el lugar donde existen, y los detallará, si tuviere noticia de ellos.*

120.—La disposición de este artículo es útil no sólo para las partes, sino también para facilitar la brevedad del juicio ante el juez civil.

Es útil para las partes, porque podrán ilustrarse acerca de los impedimentos que obstan al matrimonio, adquiriendo, por ejemplo, una de ellas noticia documentada de la unión anterior de la otra y librarse así de la celebración de un matrimonio nulo.

121.—Obsérvese que la no presentación de los documentos en el acto de deducida la oposición no impide que sean presentados después, así como su no presentación ante el Oficial público no obsta á que sean presentados ante el tribunal civil. No hay disposición que resuelva lo contrario.

Art. 186. *Deducida en forma la oposición, se dará conocimiento de ella á los futuros esposos por el Oficial público que deba celebrar el matrimonio.*

Si algunos de ellos ó ambos estuviesen conformes en la existencia del impedimento legal, el oficial público lo hará constar en el acta y no celebrará el matrimonio.



122.—Desde que se presenta parte legítima invocando un motivo que estima legal para impedir la celebración del matrimonio, natural es que se haga saber á los interesados, ó sea á los futuros esposos. Esta notificación debe serles hecha por el Oficial público que interviene en las diligencias previas, levantando acta en que se la haga constar; pudiendo los dos futuros esposos, ó uno de ellos expresar, en el mismo acto, su reconocimiento de la existencia del impedimento legal, ó manifestar su disconformidad, ó reservar su contestación para después. Si ambos ó alguno de ellos reconociese la existencia del impedimento, el Oficial público no celebrará el matrimonio. Si reservasen su respuesta para después, deberán darla en el plazo del art. 188, y será consignada en la forma allí establecida.

Si en el acto de la notificación, la oposición fuese contradicha por los dos ó por alguno de los futuros esposos, se consignará en el acta con el detalle debido cuanto se expusiere al respecto y con ello el expediente quedará en estado para ser remitido al juez de 1ª instancia en lo civil—art. 188.

Art. 187. *Si la oposición no se fundase en alguno de los impedimentos legales, el oficial público ante quien se deduzca, la rechazará de oficio, levantando acta.*

123.—Esta disposición responde al objeto de resguardar á los futuros esposos—hasta cierto punto—contra una oposición formulada al intento único de entorpecer las diligencias previas y retardar la celebración del matrimonio.

La resolución del Oficial público que rechaza la ope-

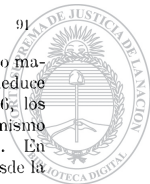


sición deducida, porque evidentemente no se funda en un motivo legal, importa sin duda una prevención capaz de hacer desistir al oponente de la intención dolosa que abrigase, ó hacerle apercibirse de su error y apartarse de él.

No puede concederse otro alcance, porque las funciones del Oficial público encargado de intervenir en la celebración del matrimonio son esencialmente administrativas y, por lo tanto, sus resoluciones no tienen ni pueden tener el sello de una sentencia judicial, ni la autoridad de un auto ejecutoriado. La facultad de decidir en casos de carácter contencioso es acordada exclusivamente, por nuestra ley fundamental, al poder judicial, prohibiendo al poder ejecutivo y consiguientemente á todo empleado ú oficina de esta rama del gobierno, ejercerla en ningún caso, sin que nada, ni nadie pueda acordársela, porque sólo la voluntad del pueblo puede, por los resortes legales, alterar las disposiciones de nuestra Carta fundamental:—arts. 95 y 101 de la Constitución.

Dentro de qué término, bajo qué condiciones y en qué forma será dado ocurrir al juez correspondiente contra la resolución expedida por el oficial público, debe decirlo la ley que regula el procedimiento judicial.

Art. 188. *Si los futuros esposos no reconocieran la existencia del impedimento, deberán expresarlo ante el Oficial público dentro de los tres días siguientes al de la notificación; éste levantará acta y remitirá al Juez letrado de lo civil copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados, suspendiendo la celebración del matrimonio.*



124.—Deducida oposición contra un pretendido matrimonio, el Oficial público ante el cual se la deduce la hace saber á los futuros esposos —art. 186, los cuales pueden reconocerla ú objetarla en el mismo acto, ó reservar para después su contestación. En este último caso, tienen tres días, contados desde la notificación de la oposición, para responder á ella, respuesta que debe ser dada ante el Oficial público y consignada en un acta, que éste levantará y firmará con los futuros esposos, ó con dos testigos si aquéllos no supieren ó no pudieren firmar—arg. del art. 184.

125.—Con esta respuesta,—que los futuros esposos pueden instruir acompañando los documentos que poseyesen,—el incidente queda en estado para pasar á conocimiento y decisión del juez de 1ª instancia en lo civil, al cual,—sin más trámite,—debe el Oficial público remitir copia autorizada de todo lo actuado ante él y los documentos que los interesados hubiesen presentado y suspender la celebración del matrimonio, so pena de las responsabilidades decretadas por los artículos 264 y 265.

126.—El efecto inmediato de toda oposición es que el Oficial público debe suspender la celebración del matrimonio hasta que le sea comunicada una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que la decida, sea rechazándola, sea declarando la existencia del impedimento alegado—art. 190. Bien puede decirse que, —antes de estar juzgada,—la oposición es por sí sola un impedimento prohibitivo.



Art. 189. *Los Tribunales civiles sustanciarán y decidirán en juicio sumario con citación fiscal la oposición deducida, y remitirán copia legalizada de la sentencia al Oficial público.*

127.—Son los tribunales civiles los que conocen de la oposición, como ellos son los que conocen y deciden de las causas sobre divorcio y nulidad del matrimonio—arts. 168, 188, 189 y 259.

128.—La ley de fondo establece—con competencia indiscutible—que el juicio sobre *oposición* sea sumario. La naturaleza de la causa y las funestas consecuencias para la moral que un procedimiento lento acarrearía, así lo imponen. Está de por medio una ley de la naturaleza que incendia una pasión que se aviva con la resistencia, y sería frecuente que á los medios empleados para retardar el matrimonio prolongando el curso de la causa, se contestase con hechos que la moral y aun el honor de las familias requieren evitar.

129.—A la ley que regula el procedimiento judicial cumple establecer los trámites del juicio de oposición, trámites que, al mismo tiempo que consulten la brevedad, consulten igualmente la necesidad de una ilustración plena de la causa respecto á la existencia del impedimento, á fin de que no se celebre un matrimonio afectado de nulidad.

130.—El juez de 1ª instancia tiene el deber de remitir al Oficial público encargado de la celebración del matrimonio, testimonio legalizado de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada dada en el juicio, ya sea que rechace la oposición, ya que declare la existencia de un impedimento, ora permanente, ora



temporario. Le es indispensable conocerla para proceder á la celebración del matrimonio, si la oposición es rechazada, ó para cerrar la puerta á toda pretensión de los interesados en caso contrario—art. 190.

131.—El ministerio público ó fiscal debe intervenir siempre en el juicio, sin que haya de hacerse diferencia entre los casos en que la oposición se funde en un impedimento dirimente y aquellos en que se invoque una causa simplemente prohibitiva, porque aun cuando el matrimonio es un contrato entre partes privadas, es al mismo tiempo una institución de grande trascendencia social. Es la base de la sociedad civilizada y, por consiguiente, es justa la intervención del ministerio fiscal en todos los casos, como lo dispone nuestro artículo.

Art. 190. *El Oficial público no procederá á la celebración del matrimonio mientras que la sentencia que desestime la oposición no haya pasado en autoridad de cosa juzgada.*

Si la sentencia declarase la existencia del impedimento en que se funda la oposición, no podrá celebrarse el matrimonio; tanto en uno, como en otro caso, el Oficial público anotará al margen del acta de oposición la parte dispositiva de la sentencia.

132.—El primero ó inmediato efecto de la oposición, ó de la denuncia de existir alguno de los impedimentos del artículo 166 que obste al matrimonio, es la *suspensión* de su celebración hasta que una sentencia



dada en el juicio correspondiente resuelva sobre el mérito de aquélla ó de ésta—art. 198.—No basta que el Oficial público sepa que ha sido pronunciada una sentencia que rechaza la oposición ó que desestima la denuncia para que en fuerza de este solo hecho se crea autorizado á proceder á la celebración del matrimonio, sino que es indispensable que la sentencia haya adquirido el sello de la cosa juzgada, como lo declara el presente artículo, porque sólo entonces es irreformable; y de ello tendrá conocimiento el Oficial público por el testimonio en forma que el juez respectivo debe remitirle—art. 189.

133.—Es natural que el Oficial público no debe proceder á la celebración del matrimonio cuando la sentencia declara fundada la oposición, ó procedente la denuncia, porque de lo contrario ¿á qué someter el caso á la decisión judicial? ¿Qué valor, qué efecto tendría la sentencia si no ha de regir el caso? Apenas, pues, que nuestro artículo precisara decir que « *si la sentencia declarase la existencia del impedimento en que se funda la oposición, no podrá celebrarse el matrimonio* ».

134.—Dispone, finalmente, que el Oficial público anotará al margen del acta de oposición la parte positiva de la sentencia, ya sea que rechace, ya que declare fundada la oposición. Responde esta disposición á que en todo tiempo y sin necesidad de recurrir á otras oficinas, se encuentren consignados en los libros del Registro Civil todos los antecedentes del matrimonio y pueda con solo vista de ellos resolverse las cuestiones y disiparse las dudas que surgieren.



Art. 191. *Si la oposición fuera rechazada, su autor, no siendo un ascendiente ó el ministerio público, pagará á los futuros esposos una indemnización prudencialmente fijada por los Tribunales que conozcan de ella.*

135.—La responsabilidad que este artículo impone al que hace una oposición infundada, reposa en la máxima de derecho que dice, que el que por culpa ó negligencia causa un daño, debe repararlo—art. 1143.

Una oposición injusta es un tropiezo indebidamente puesto á la libertad, ó sea al derecho que toda persona tiene para contraer matrimonio con quien y en el tiempo que estime conveniente. La oposición indebida es un acto ilícito, de cuyas consecuencias es pasible su autor, y es justo, por consiguiente, que la ley le imponga la responsabilidad de los daños é intereses causados.

136.—Su indemnización debe ser fijada *prudencialmente* por los jueces que conozcan de la oposición,—dice nuestro artículo,—armonizando con el carácter sumario del juicio de la referencia y con la necesidad de que las cuestiones—aún las incidentales—que dicen relación con el matrimonio tengan pronta solución.

137.—La ley hace excepción de los ascendientes y de los encargados del *ministerio público*, los cuales en ningún caso son pasibles de daños é intereses, según su disposición. Es que supone que los primeros no han obrado sino en el interés de sus descendientes, y en defensa de los intereses sociales los segundos, cuando han promovido y sustentado la oposición.



138.—Por lo demás, la responsabilidad declarada por el artículo que nos ocupa está sometida á las reglas del derecho común y, por consiguiente, rigen á su respecto las disposiciones, entre otras, de los artículos 1101, 1102 y 1112.

Art. 192. *Cualquier persona puede denunciar la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 166, incurriendo en las responsabilidades del caso cuando la denuncia fuese maliciosa.*

139.—Como hemos dicho otras veces, el matrimonio no es simplemente un contrato privado, sino una verdadera institución social fundada sobre la voluntad de las partes. Es la piedra angular de la organización de la sociedad, y sólo así se explica que la ley lo reglamente ampliamente, que establezca causas ó motivos que impidan su celebración y que conceda á todo individuo del pueblo la facultad de *denunciar* la existencia de un impedimento dirimente, de los enumerados en el artículo 166.

Como el de cualquiera otro, el ejercicio de este derecho debe hacerse con lealtad, es decir, honestamente, porque el dolo es siempre prohibido.

140.—La denuncia debe revestir la forma decretada por la ley que regula el procedimiento judicial, y si fuese hecha maliciosamente, el denunciante responderá de todos los daños é intereses causados—art. 1113,—é incurrirá además en la responsabilidad criminal á que hubiere lugar, como sucedería—por ejemplo—en el caso de imputarse falsamente al futuro esposo la muerte del marido de la mujer con quien tratara de casarse—art. 177 del Código Penal.



Art. 193. *Hecha en forma la denuncia, el Oficial público la remitirá al Juez letrado de lo civil, quien dará vista de ella al Ministerio fiscal, éste, dentro de tres días, deducirá oposición ó manifestará que considera infundada la denuncia.*

141.—Con argumento deducido del artículo 184, puede y debe decirse que la denuncia puede ser hecha verbalmente ó por escrito, debiendo expresarse en éste, ó en el acta que se labrará, de la que fuese hecha de palabra, el nombre, apellido y domicilio del denunciante, el impedimento que se afirmase ó estimase existir y los elementos de convicción á su respecto, con presentación de los documentos que tuviese á su disposición y que sirviesen para la comprobación de la existencia del impedimento denunciado.

142.—El Oficial público encargado del Registro Civil, que es ante quien debe formalizarse la denuncia, la remitirá al juez de 1ª instancia, dando de ella aviso á los futuros esposos—arg. del art. 186—y suspendiendo, consiguientemente, la celebración del matrimonio—art. 198—hasta que le sea comunicada la resolución judicial que fuere expedida á su respecto.

143.—El juez letrado dará vista de la denuncia al Ministerio fiscal, quien—dentro de tres días—deducirá oposición contra el pretendido matrimonio, si encuentra mérito para ello, ó se expedirá manifestando que considera infundada la denuncia.

La ley de procedimientos establecerá el modo y tiempo de dar participación en los autos á los interesados.



Cuando la denuncia fuese hecha por escrito, el Oficial público la transcribirá en el libro de actas antes de remitirla al juez letrado—arg. del citado art. 184.

CAPÍTULO VII

De la celebración del matrimonio

Art. 194. *El matrimonio debe celebrarse ante el Oficial público encargado del Registro Civil, en su oficina, públicamente, compareciendo personalmente los futuros esposos ó sus apoderados en el caso previsto por el artículo 172, en presencia de dos testigos y con las formalidades que esta ley prescribe.*

Si alguno de los futuros cónyuges estuviere imposibilitado para concurrir á la oficina, el matrimonio podrá celebrarse en su domicilio.

144.—Llenadas que fueren las diligencias *precias* y resueltas favorablemente á las partes las cuestiones originadas por oposición ó denuncia, puede procederse á la celebración del matrimonio, á cuyo acto deben concurrir tres clases de personas: 1ª Los esposos, personalmente, si no contrajeran el matrimonio por medio de apoderados, pues si lo contraen en esta última forma, deben comparecer en persona los respectivos representantes; 2ª Los testigos del acto, los cuales deben ser en número de dos, ó cuatro respectivamente; y 3ª El Oficial público, encargado



de pronunciar en nombre de la ley, que los casados quedan unidos en matrimonio.

El matrimonio debe celebrarse *en la oficina* del Registro Civil, salvo que alguno de los contrayentes estuviese imposibilitado para concurrir á ella, en cuyo caso es permitido que se celebre en su domicilio, ó en la casa de su residencia.

145.—La celebración del matrimonio debe hacerse *públicamente*, dice nuestro artículo, lo que importa establecer que cuando el acto tenga lugar, las puertas de la casa deben estar abiertas, á fin de que sea accesible á las personas que quisieran presenciarlo.

Finalmente, el acto debe ser practicado con las demás formalidades que la ley prescribe, designadas en los arts. 195 y 196.

Las providencias que se toma y la solemnidad que se imprime al acto demuestran por sí solas la importancia que á los ojos de la ley tiene el matrimonio. Hay en él un contrato privado entre el hombre y la mujer que se unen con lazo indisoluble, y se requiere naturalmente su consentimiento; importa una verdadera institución de carácter eminentemente social y se impone la intervención de un Oficial público como representante de la sociedad; por derecho propio y en fuerza del matrimonio, el marido es el administrador de sus propios bienes, de los de su esposa y de los de la sociedad conyugal, y su mujer está de tal manera sometida á su autoridad, que está afectada de *incapacidad* para obrar por sí sola sin la autorización de su esposo. Dadas estas consecuencias inmediatas del matrimonio, conviene que sea conocido de los terceros, y la ley impone, en consecuencia, que su celebración sea *pública*, dejando así consultados todos los intereses.

deberán concurrir dos testigos, y cuatro si se celebra en el domicilio de alguno de los cónyuges.



146.—La ley quiere que el matrimonio sea celebrado en la Oficina pública del encargado del Registro Civil y dispone que así *debe* hacerse, pero permite que, en caso de que alguno de los futuros esposos estuviese imposibilitado para concurrir á ella, se celebre en su domicilio, ó casa de su residencia—art. 194.

Obedeciendo á la publicidad con que debe verificarse acto tan importante, el artículo que nos ocupa dispone que si se celebra en la Oficina pública, deberán concurrir dos testigos, por lo menos, y cuatro si se celebrare en el domicilio de alguno de los cónyuges; y decimos *por lo menos*, porque pueden concurrir y firmar el acta en mayor número, sin que esta circunstancia traiga irregularidad en el instrumento.

147.—¿Qué calidades deben tener los testigos? ¿Cuáles deben ser su sexo, edad y demás condiciones? Del acto á que deben concurrir, debe levantarse acta oficial,—arts. 197 y 199,—la cual es un verdadero *instrumento público* y, por consiguiente, los testigos deben sujetarse á la disposición combinada de los arts. 200 y 1024.

Art. 196. *En el acto de la celebración del matrimonio el Oficial público dará lectura á los futuros esposos de los artículos 207, 208 y 210 de este Código, recibirá de cada uno de ellos personalmente, uno despues del*

otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

El Oficial público no podrá oponerse á que los esposos, después de prestar su consentimiento ante él, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto.

148.—Los futuros esposos deben conocer, *conocen* debe decirse con la autoridad del derecho escrito—art. 2º—todas las disposiciones legales referentes á la celebración del matrimonio y á las obligaciones que por él se contraen, y sin embargo, el artículo que nos ocupa, al objeto de que se aperciban hasta el último momento de los graves deberes que van á contraer y puedan desistir de su intento,—lo que pueden hacer sin responsabilidades civiles,—ordena al Oficial público que, en el acto, pero antes de la celebración del matrimonio, lea á los que van á contraerlo, los artículos 207, 208 y 210, que contienen las más graves obligaciones que pesan sobre los casados, que son: guardarse recíproca fidelidad durante subsista el matrimonio, sin que la infidelidad del uno autorice al otro á proceder del mismo modo; que el marido debe vivir en una misma casa con su mujer y prestarle todos los recursos que le fueren necesarios; y que la mujer está obligada á habitar con su marido donde quiera que éste fije su residencia.

149.—Después de esta lectura debe interrogarlos, uno después de otro, para que expresen su consentimiento sobre si quieren respectivamente tomarse por marido y mujer. No basta la manifestación que al





respecto hayan hecho con sujeción al artículo 174, sino que es necesario que presten su consentimiento en el momento en que el acto se verifica; y si fuere debidamente manifestado, esto es, sin sujeción á término, ó condición alguna—art. 201—el Oficial público pronunciará en nombre de la ley *que quedan unidos en matrimonio*. «Esto es demasiado seco: he ahí los sacerdotes», exclamaba el primer cónsul ante esta frase de la ley francesa, á cuyo respecto no podemos menos que copiar los profundos conceptos de Laurent: «Hay—dice—una profunda verdad en estas palabras. «El matrimonio no se contrata únicamente en presencia de la sociedad humana: se contrata, ante todo, en presencia de Dios. Es ante Dios que los futuros esposos se han unido, antes de presentarse ante el Oficial del estado civil. Ved porqué es necesario que el matrimonio sea acompañado de ceremonias religiosas, y no necesitamos decir, estas solemnidades tienen á nuestros ojos más valor que el seco ceremonial de la ley. No es que queremos dar al sacerdote una autoridad que la razón le niega. No decimos que el matrimonio se hace por el sacerdote; se hace por Dios; es Dios que une las almas, y es el lazo de las almas lo que hace la esencia del matrimonio.» Tom. 2º, nº 426.

150.—Nuestra ley salva expresamente el respeto debido á las creencias religiosas cuando declara, que el Oficial público no podrá oponerse jamás á que los esposos, después de prestar su consentimiento ante él, es decir, después que han celebrado ante él el matrimonio, hagan bendecir su unión en el mismo acto, ó después, por un ministro ó sacerdote de su culto. Ciertamente que esta declaración no satisface sino á los sentimientos religiosos de los casados y

nada más, porque con ella y sin ella, con y sin la bendición religiosa, solo, exclusivamente solo el matrimonio celebrado ante el Oficial público del Registro Civil surte los efectos que hacen de aquella institución la base del orden social. Sin el consentimiento de los contrayentes, expresado ante el Oficial público, no hay unión que produzca los efectos del matrimonio, vale decir, el reconocimiento de la familia, la autoridad marital, la autoridad paterna, la legitimidad de los hijos... No se estará sino al frente de un concubinato... art. 171.

151.—La ley hace preceder y acompañar al matrimonio de circunstancias que hacen de él un *acto solemne* y ordena que de su celebración se levante acta con las formalidades indicadas en los arts. 194, 195, 197, 199 y 200. La falta de ellas ¿importará nulidad del acto? No; la ley—es cierto—rodea de formalidades el acto de la celebración del matrimonio y ordena que se levante acta de él, pero no hace depender de ellas su validez.

No impone esas formalidades bajo pena de nulidad, ni siquiera está ésta en su espíritu, y por el contrario, los artículos 254 y 255, que permiten la prueba de la existencia del matrimonio, por todos los medios de derecho, cuando el acta de su celebración *ha sido omitida por el Oficial público*, demuestran acabadamente que la ley no impone bajo pena de nulidad las formalidades recordadas. Y como la nulidad de los actos jurídicos es obra exclusiva de la ley—art. 1071—y no es, por lo tanto, permitido á los jueces declarar más nulidades que las establecidas por el Código, en ningún caso podrá pronunciarse judicialmente la nulidad del matrimonio por falta de las formalidades de la referencia. Las únicas que importarían su nulidad,





porque así lo declara la ley, son las relativas a la prestación del consentimiento, expresado ante el Oficial público encargado del Registro Civil—art. 171—con la excepción establecida por el 203.

Art. 197. *Si de las diligencias previas resultara, a juicio del Oficial público encargado del Registro Civil, 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 en la que se consignará además :*

1° La declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y la hecha por el Oficial público, de que quedan unidos en nombre de la ley.

2° El reconocimiento que los contrayentes hicieron de los hijos naturales, si los tuvieron, que legitimen por su matrimonio.

3° El nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio de los testigos del acto, si fuesen distintos de los que declararan sobre la habilidad de los contrayentes.

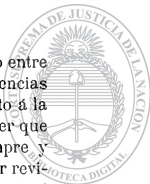
4° La mención del poder, con determinación de la fecha, lugar y escribano ú Oficial público ante quien se hubiese otorgado, en caso que el matrimonio se celebre por medio de apoderado, cuyo instrumento habilitante se archivará en la oficina.



152.—Las diligencias previas tienen por objeto:
1º La declaración que de su resolución de celebrar matrimonio deben hacer los futuros esposos ante el Oficial público encargado del Registro Civil, del domicilio de cualquiera de ellos; 2º La prestación, ó comprobación del consentimiento de los padres, tutores, *et cétera*, requerido por la ley en el caso; 3º La prueba por documento auténtico y por testigos de la identidad y habilidad de los pretendientes para contraer entre sí matrimonio:—arts. 174 á 176.

Y bien, el artículo que nos ocupa dispone que cuando de las diligencias previas resultase, *à juicio del Oficial público*, que los futuros esposos son hábiles para casarse, «se procederá *inmediatamente* á la celebración del matrimonio». Esta cláusula no importa una oposición; sólo quiere decir que el Oficial público procederá á su celebración sin retardo, inmediatamente, si los futuros esposos así lo exigieren; pero cuando éstos quieran retardar su matrimonio, el Oficial público no tiene derecho para imponerles su inmediata celebración. Es un acto esencialmente voluntario, que no puede celebrarse sino en el día que los interesados quieran.

153.—La disposición por la cual se deja al *juicio del Oficial público* apreciar si las diligencias previas practicadas comprueban suficientemente la habilidad de los futuros esposos para casarse, responde al objeto de prevenir los obstáculos que la malicia pudiera oponer á la celebración del matrimonio, alegándose—en ausencia de motivos para una oposición legal—la falta de comprobantes suficientes acerca de la habilidad de los pretendientes para su unión. Disposición análoga, inspirada en idéntico propósito, es la tomada por los artículos 177 y 187. Pero, cuando las objeciones no fuesen evidentemente infundadas y se alegasen motivos serios que autorizasen á dudar sobre la habilidad



de los futuros esposos para contraer matrimonio entre sí, el Oficial público debe, ó adelantar las diligencias previas hasta disipar las dudas, ó remitir el punto á la decisión judicial. La ley no autoriza para sostener que la resolución del Oficial público deberá ser siempre y en todo caso definitiva, sin que jamás pueda ser revisada y juzgada por los jueces ordinarios. Ni está, ni puede estar en el espíritu de la ley la conclusión contraria.

154.—En el caso de nuestro artículo, en el acta única de su referencia debe hacerse constar, además de las diligencias previas, de conformidad á los artículos 175 y 176, las circunstancias expresadas en sus cuatro incisos, con la separación é individualización correspondientes. Y así, en el reconocimiento que los contrayentes hiciesen de los hijos naturales que tuviesen, se hará la posible individualización para que no ocurran dudas acerca de las personas reconocidas. No será necesario, después de consignado el *reconocimiento*, agregar que los esposos *declaran legítimar* á sus hijos naturales, porque hecho el reconocimiento de la paternidad, la legitimación se opera por el matrimonio, *ministerio legis*:— *tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*. — Véase lo que decimos bajo los artículos 351 y 352.

155.—Por lo demás, el poder de la referencia del inc. 4º de nuestro artículo, debe ser un poder *especial*, como lo requiere no sólo el art. 172, sino también el 1915 en su inc. 5º.



Art. 198. *Si de las diligencias previas no resultara probada la habilidad de los contrayentes, ó si se dedujese oposición ó se hiciese denuncia, el Oficial público suspenderá la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad, se rechace la oposición ó se desestime la denuncia, haciéndolo constar en acta de que dará copia á los interesados, si la pidieran, para que puedan ocurrir al Juez Letrado de lo Civil.*

156.—Si en contrario al caso legislado por el artículo anterior inmediato, las diligencias previas practicadas no probasen, á juicio del Oficial público, contra la opinión de los interesados, la habilidad de éstos, ó si se dedujese oposición, alegándose causas legales, ó se hiciese denuncia de la existencia de algun impedimento de los enunciados por el art. 166, el Oficial público debe suspender la celebración del matrimonio y remitir los antecedentes al juez de 1ª instancia en lo civil para que en el juicio correspondiente resuelva lo que corresponda en justicia.

En el primer caso, el Oficial de justicia debe hacer saber á los interesados su juicio sobre la insuficiencia de las diligencias previas, á fin de que puedan agregar otros elementos de convicción que demuestren plenamente su habilidad para casarse; y es sólo en el caso que sostuvieran, en contradicción con el Oficial público, que lo obrado basta al objeto, que éste debe pronunciar su resolución, levantar el acta correspondiente y dar copia de ella á los futuros esposos si se la pidiesen.



157.—En los de oposición ó denuncia, el Oficial público remitirá todos los antecedentes al juez letrado respectivo, suspendiendo la celebración del matrimonio hasta recibir copia legalizada de la sentencia que haya definido el caso.—Véase lo que decimos sobre el particular bajo los arts. 188 y 193.

Art. 199. *En el caso del artículo anterior, el acta de la celebración del matrimonio se hará por separado de la de las diligencias previas, y se hará constar:*

- 1º La fecha en que el acto tiene lugar.*
- 2º El nombre y apellido, edad, profesión, domicilio y lugar del nacimiento de los comparecientes.*
- 3º El nombre y apellido, profesión, domicilio y nacionalidad de sus respectivos padres, si fueren conocidos.*
- 4º El nombre y apellido del cónyuge premuerto, cuando alguno de los cónyuges ha sido ya casado.*
- 5º El consentimiento de los padres, tutores ó curadores, ó el supletorio del Juez en los casos en que es requerido.*
- 6º La mención de si hubo ó no oposición y de su rechazo.*
- 7º La declaración de los contrayentes de que se toman por esposos y la hecha por el Oficial público de que quedan unidos en nombre de la Ley.*
- 8º El reconocimiento que los contrayentes hicieran de los hijos naturales, si*



los tuvieren, que legitimen por su matrimonio.

9º *El nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio de los testigos.*

10. *La mención del poder, con determinación de la fecha, lugar y escribano ú Oficial público ante quien se hubiese otorgado en caso que el matrimonio se celebre por medio de apoderado, cuyo instrumento habilitante se archivará en la oficina.*

158.—Las disposiciones de este artículo, que son puramente reglamentarias, no se prestan á dudas, y nos limitaremos á decir, con motivo del inc. 6º, que también debe hacerse mención en el acta de si hubo ó no denuncia de algún impedimento y de su rechazo.

Por lo demás, en el caso del presente artículo como en el del anterior inmediato, el acta del matrimonio debe ser redactada en el tiempo y firmada por todas las personas de la referencia del artículo 200 que sigue.

Art. 200. *El acta de matrimonio será redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervienen en él ó por otros á ruego de los que no pudieren ó no supieren hacerlo.*

159.—Los esposos, los padres, tutores y curadores en su caso y los testigos del acto, todos deben firmar el acta, ú otros á su ruego cuando no pudieren en el momento, ó no supieren hacerlo.

Esta disposición y la de los artículos 197 y 199, de-



muestran que la ley quiere que la celebración del matrimonio sea comprobada por un instrumento público y solemne, en el que, á más de mencionarse que los contrayentes se tomaron por esposos y que el Oficial público los declaró unidos en matrimonio, se haga mención del padre y madre de cada uno de ellos, con las circunstancias del nombre, apellido, profesión domicilio y nacionalidad, de modo que pueda comprobarse la identidad de las personas. Este documento, no es una condición *sine qua non* del matrimonio, pues sólo está destinado á servir de prueba del acto ; de lo que se deduce, que, un defecto cualquiera en el instrumento puede afectar su forma de tal, hasta quitarle su valor probatorio, pero sin comprometerse por eso en nada la validez del matrimonio. Véase lo dicho bajo el artículo 196.

Art. 201. *La declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos, no puede someterse á término ni á condición alguna.*

160.—Sin necesidad de empeñarse en el estudio que filósofos profundos han hecho para demostrar el carácter del matrimonio y su sello inquebrantable durante la vida, basta recordar que,—en razón de su trascendental importancia en el orden social,—la ley tiene declarado que el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos, para comprender que la disposición del artículo que nos ocupa se impone por la lógica. Dado que el vínculo de unión es indisoluble, necesariamente tiene que establecerse, que la declaración que hacen los contrayentes de tomarse respectivamente por esposos, no



puede someterse á término, ni á condición alguna. Lo contrario implica la disolución del vínculo á voluntad de los contrayentes.

Es, pues, una imposición lógica del principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial la declaración que hace el artículo que nos ocupa.

Además, la naturaleza íntima del matrimonio confirma la resolución del artículo.

Art. 202. *El Jefe de la Oficina del Registro Civil entregará á los esposos copia legalizada del acta de matrimonio.*

161.—El matrimonio confiere un estado, cuyas consecuencias son inmediatas é importantes, como éstas : 1ª Aunque la mujer casada sea mayor de edad, con el matrimonio se hace *incapaz* para tratar y contratar sin licencia de su marido. 2ª El marido es el representante de ella y tiene la administración de sus bienes propios, de los bienes de su esposa y de los bienes de la sociedad conyugal. 3ª Para los efectos del fuero, la esposa sigue la nacionalidad de su marido. 4ª La emancipación.

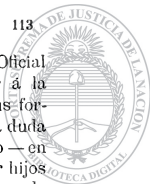
Hay, pues, motivos suficientes para hacer necesario que los casados posean el documento con que justificar su estado en sus numerosas relaciones con terceros, y á llenar esta necesidad responde la disposición del artículo que nos ocupa, ordenando que el Oficial público encargado del Registro Civil les dé copia legalizada del acta de matrimonio, expedida en papel común y gratuitamente, según el art. 206, sin que él, ni ningún otro funcionario pueda cobrar por ello emolumentos.



Art. 203. *El Oficial público procederá a la celebración del matrimonio con prescindencia de todas ó de algunas de las formalidades que deben precederle, cuando se justificase con el certificado de un médico, y donde éste no existiere con el testimonio de dos vecinos, que alguno de los futuros esposos se encuentra en peligro de muerte, y que manifestasen que quieren reconocer hijos naturales, haciéndolo constar en el acta. Cuando hubiere peligro en la demora, el matrimonio, en artículo de muerte podrá celebrarse ante cualquier funcionario judicial, el cual deberá levantar acta de la celebración, haciendo constar las circunstancias mencionadas en los incisos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 y 10 del art. 199, y la remitirá al Oficial público encargado del Registro Civil para que la protocolice.*

162.—Tan importante es el matrimonio, así para el bienestar de la familia como para la prosperidad social, que la ley facilita su celebración en el caso urgente de encontrarse alguno de los futuros esposos *in periculo mortis*. Permite en este caso que pueda prescindirse de todas ó de algunas de las diligencias y formalidades previas y procederse á celebrar, sin demora, el matrimonio.

163.—Dos requisitos son necesarios para ello: 1º Que alguno de los futuros esposos se encuentre en peligro de muerte; y 2º Que manifiesten que quieren reconocer hijos naturales. No basta la existencia de una sola de estas circunstancias, sino que es nece-



saría la concurrencia de las dos para que el Oficial público se encuentre habilitado para proceder a la celebración del casamiento prescindiendo de sus formalidades precisas. El texto de la ley no deja duda al respecto: no habla disyuntivamente diciendo — en peligro de muerte, ó cuando quisiesen reconocer hijos naturales—sino copulativamente: «cuando alguno de los futuros esposos se encuentre en peligro de muerte, y que manifestasen que quieren reconocer hijos naturales»; resultando de esto, consiguientemente, que, la circunstancia que más actúa en el espíritu de la ley para el favor ó excepción que nos ocupa, es *la legitimación* de los hijos, materia que en todo concepto merece favores especiales.

164.—La excepción se extrema — por decir así — disponiéndose, que, cuando el peligro de muerte en que se encuentre cualquiera de los futuros esposos sea tan inminente que no permita demoras, el matrimonio pueda celebrarse válidamente *ante cualquiera funcionario judicial*, el cual levantará el acta de su celebración, haciendo constar en ella todas las circunstancias mencionadas en el artículo 199, excepción hecha de la del inc. 6º, y la remitirá original al Oficial público encargado del Registro Civil para que la protocolice. Queda, así, establecida esta excepción á la regla del artículo 171, que declara nulo el matrimonio en que los contrayentes no expresasen su consentimiento *ante el Oficial público encargado del Registro Civil*. En el caso de excepción, es válido el que se celebre ante cualquiera funcionario judicial.



Art. 204. *En los casos del artículo anterior, el acta de la celebración del matrimonio será publicada durante ocho días por medio de avisos fijados en las puertas de la oficina.*

165.—Los motivos de esta disposición están en que las diligencias previas al matrimonio han sido omitidas y se ha celebrado éste con precipitación, sin averiguarse la habilidad de los esposos para contraerlo y sin dar tiempo á hacerse oposición ó denunciarse la existencia de algún impedimento. Necesario es, por consiguiente, que el acta de su celebración sea publicada para que la denuncia pueda ser hecha y también para que el acto sea conocido del público, como quiera que crea un estado que interesa á terceros conocer.

Art. 205. *Todas las actuaciones relativas á la celebración del matrimonio con excepción de lo que disponen los artículos 189 y 193, en lo que se refiere á substanciar y decidir la oposición, se seguirán ante el Oficial público y serán extendidas en libros encuadernados y foliados, sin perjuicio de otras formalidades que establezcan las leyes del Registro Civil.*

166.—El artículo hace distinción entre lo que es de carácter contencioso de lo que no lo es, y declara, que, lo primero corresponde á los tribunales ordinarios de la ley y lo segundo lo atribuye al conocimiento y resolución del Oficial público encargado del Registro Civil, dejando así consultado el principio fundamental de nuestra Constitución, según el cual, los asuntos con-



tenciosos son de la competencia exclusiva del poder judicial, sin que en ningún caso ni por motivo alguno pueda el Poder Ejecutivo conocer en ellos. Y así, todo lo que se refiere á la substanciación y definición de la oposición al matrimonio corresponde á los jueces: lo demás, que es puramente de carácter administrativo, debe practicarse ante el Oficial público recordado.

Art. 206. *La copia del acta á que se refiere el artículo 202 se expedirá en papel común, y tanto esta copia como todas las actuaciones, para las que no se exigirá papel sellado, serán gratuitas, sin que funcionario alguno pueda cobrar emolumentos.*

167.—Con esta disposición y con la del art. 202 queda establecido, que, las diligencias para la celebración del matrimonio, el acta de su celebración y aún la copia de ella, que debe ser dada á los contrayentes, se extenderán en papel común y serán gratuitas, sin que funcionario alguno pueda cobrar emolumentos.

El matrimonio, esta verdadera base de la sociedad civilizada, queda así facilitado para la clase más numerosa, y de esperar es que en la campaña de muchas provincias, la gratuidad decretada sirva para suprimir muchos concubinatos.



CAPÍTULO VIII

Derechos y obligaciones de los cónyuges

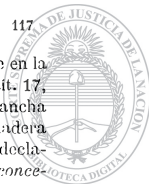
Art. 207. *Los esposos están obligados á guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro á proceder del mismo modo. El que faltare á esta obligación puede ser demandado por el otro por acción de divorcio, sin perjuicio de la que le acuerde el Código Penal.*

168.—El matrimonio es un hecho que confiere un estado y crea relaciones de que nacen derechos y obligaciones, unas veces *entre los esposos*, solamente, y entre ellos y terceros, otras.

De las obligaciones entre los esposos, la principal es la de guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro á proceder del mismo modo.

169.—El deber de la fidelidad es de derecho natural, porque es una condición esencial del amor que une dos almas. El cariño y la pasión que arrastran á dos seres á confundirse en la unidad de la posesión recíproca, son tan esencialmente egoístas, que no admiten distribución. Esta conclusión de la razón vive de antemano en la conciencia.—Pothier, VI, 174, n° 379; Ahrens, «Curso de Derecho Natural»; Laurent, tomo 3, n° 84.

170.—La ley la consagra con igualdad para marido y mujer, sin que esta regla, que es notoriamente justa, suprima las diferencias establecidas por las costumbres. La infidelidad de parte de la mujer es de consecuencias



más graves que la del hombre, porque introduce en la familia hijos que no le pertenecen,—ley 1ª, al fin, tit. 17, part. 7ª,—y porque arroja sobre el hogar una mancha que humilla. La virtud de la mujer es una verdadera dignificación de la especie y en ella reposa esta declaración que hace la ley: *se presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido*—art. 279.

171.—El deber de fidelidad no es impuesto como simplemente moral ó de conciencia, sino como de orden jurídico acompañado de sanción. Su falta, en efecto, autoriza la demanda judicial á los efectos del divorcio, y el esposo culpable puede perder las ventajas que le ofreciera el contrato matrimonial, art. 232, y no tiene derecho á suceder á su cónyuge, art. 3608, independientemente de la acusación que autorizase el Código Penal.

172.—El deber de fidelidad, ¿vive durante la existencia del matrimonio, ó desaparece con la separación de los esposos por divorcio? El Código tuvo expresamente consignada la resolución afirmativa, pues su artículo 208, decía :

« Los esposos que vivan separados durante el juicio
« de divorcio ó en virtud de sentencia de divorcio,
« *tienen obligación* de guardarse mutuamente fide-
« dad, y podrá ser criminalmente acusado por el otro,
« el que cometiere adulterio.»

Este artículo era tomado del 1399 de Freitas, que dice así : Art. 1399. «Dado que en virtud del divorcio
« los cónyuges vivan separados, subsistirán entre ellos
« los derechos y obligaciones en cuanto á sus perso-
« nas, de que se trató en el Cap. 3º, § 1º de este título,
« no antecedente.

« Subsistirá por tanto la obligación de fidelidad reci-



« proca, y podrá ser acusado criminalmente por el
« otro aquél que comete adulterio. »

La *Ley de Matrimonio* suprimió el recordado artículo 208 del Código, sin exponerse, durante su discusión en el Congreso, las razones que aconsejaron esta supresión. Nosotros—al menos—no hemos tropezado con ellas en nuestras lecturas.

¿ Importa esta supresión la cancelación del deber de fidelidad que impone el artículo 207? El sólo hecho de la supresión no prueba que el legislador haya tenido la voluntad de borrar el deber de fidelidad. Pudo estimar que era innecesario repetirlo desde que estaba impuesto por el artículo 207, y nada más.

Si la voluntad del Congreso hubiese sido suprimir aquel deber durante la separación de los casados por el divorcio, lo habría dicho explícitamente. El deber estaba impuesto en dos pasajes: primeramente, y en términos absolutos, en el capítulo sobre derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí, y *repetido* en el capítulo *efectos del divorcio*. Suprimir la repetición no es suprimir el principio. Para borrar éste era necesario decirlo explícitamente, ó suprimir el concepto que lo consagra *en los dos pasajes*.

Pensamos que el deber de fidelidad subsiste, no obstante la separación de los casados: 1º Porque al designar los *efectos* del divorcio, la ley no ha suprimido aquel deber impuesto en términos absolutos por el art. 207; 2º Porque tal supresión no es requerida ni para la defensa de ningún derecho, ni para el ejercicio de ninguna facultad que corresponda á la mujer durante la separación; 3º Porque no siendo ni necesaria ni útil á la mujer su supresión, su conservación se impone por la naturaleza misma del matrimonio; 4º Porque estando autorizado el divorcio no sólo por el adulterio del marido ó



de la mujer, sino también por otras causas menos trascendentales, conviene inantener la obligación de la fidelidad para que en todo tiempo sea *más fácil* la reconciliación de los esposos y la reconstrucción de la vida matrimonial, facilidad que es necesario consultar desde que se reconoce la importancia del matrimonio en los destinos de la familia y de la sociedad en general; 5º Porque la conclusión contraria — que pugna con la moral — ni siquiera es útil á los hijos que nacieron de la infidelidad, porque en todo caso son *adulterinos*, sin padres, ni madres, ni parientes á los ojos de la ley — arts. 372 y 376.

173.—En derecho francés, la separación de cuerpos, ó sea la separación personal de los esposos, que es lo único que el divorcio significa en el nuestro, el deber de fidelidad se conserva por la razón de que se conserva el matrimonio, ó sea el vínculo de unión. Laurent, dice, bien que incidentalmente, en el n° 376, tom. 3, que: «La separación de cuerpos deja subsistir el matrimonio *y el deber de fidelidad* que de él nace.»

Sostiene lo mismo — detenidamente — al ocuparse « de los *efectos* de la separación de cuerpos. » « Los esposos — dice — están separados de cuerpos, pero se conservan esposos, el matrimonio subsiste...: por consiguiente, *todos los efectos* del matrimonio subsisten, á excepción del sólo efecto que la separación destruye, que es la obligación de la vida común. . . « Sin duda la mujer separada de cuerpos continúa obligada á la fidelidad; si la viola, puede ser perseguida por adulterio... » y esto no obstante que el Código Napoleón guarda silencio, acerca de si la mujer separada de cuerpo está ó no obligada á guardar fidelidad. Este deber nace de la existencia del matri-



monio y de la obligación que la mujer contrae al respecto con el casamiento.

Mourlon había dicho ya: «La separación de cuerpos no rompe el lazo del matrimonio, no hace sino aflojarlo. Liberta á los esposos de la obligación de vivir *juntos y en la misma casa*, lo que hace cesar, por vía de consecuencia, los derechos y los deberes que resultan de la vida común; pero allí se limita su efecto. Bajo toda otra relación y *en cuanto al deber de fidelidad*... el matrimonio subsiste sin perder nada de su valor.»—Tom. 1º, nº 825.

Art. 208. *El marido está obligado á vivir en una misma casa con su mujer, á prestarle todos los recursos que le fueren necesarios y á ejercer todos los actos y acciones que á ella correspondan, haciendo los gastos judiciales necesarios, aún en el caso de que fuese acusada criminalmente. Faltando el marido á estas obligaciones, la mujer tiene derecho á pedir judicialmente que aquél le dé los alimentos necesarios y las expensas que les fuesen indispensables en los juicios.*

174.—En la sociedad formada por el matrimonio, el marido es su cabeza, tiene la suprema dirección y decide en todos los negocios que atañen á la sociedad conyugal. La mujer es, según el espíritu del cristianismo y como la define un escritor, el accesorio y el complemento del hombre—*adjutorium simile sibi*—destinada á formar con él un solo todo, un solo ser: *duo in carne una*, sometida á su autoridad y obligada



á acompañarle y habitar con él donde quiera que fije su residencia.

175.—El marido, á su vez, debe prestar á su esposa todos los recursos que le fueren necesarios, y como es su representante legal, debe ejercer todos los actos y ejercitar todas las acciones que á ella correspondan, defender su derecho y buscar la justa prosperidad de sus intereses, haciendo al efecto todos los gastos necesarios, aun cuando se tratase de su acusación por acto delictuoso.

La ley y la naturaleza imponen de consuno este deber: la primera en los términos expresos de nuestro artículo, y la segunda con la fuerza del cariño y de la pasión, que suprime de los actos de protección el sello del sacrificio para tornarlos en satisfactorios. Este deber no puede—en los casos ordinarios—ser superior á los recursos del marido y á su estado. Referentemente á los alimentos, su medida está en las necesidades personales y sociales de la una y en el trabajo y empleo honrado de las fuerzas del otro para alcanzar bienes de fortuna, determinada por la prudencia judicial. En esto están conformes la doctrina y la jurisprudencia, así la propia como la extranjera. Tratando de la francesa, dice Dalloz, verb. Alimentos, n^o 37 y 38: «La apreciación de las necesidades de aquel á quien se debe alimentos y de la fortuna del que los debe, es hecha por los jueces de la causa... y basta, en ausencia de un modo de proceder especial trazado por la ley, que las bases de fijación de los alimentos sean indicadas, sin que haya necesidad, para el juez, de establecer por cálculos rigurosos la fortuna del deudor de los alimentos.»

176.—Cuando el marido faltase á sus obligaciones, olvidando los deberes que quedan recordados, la mujer



tiene derecho para reclamar judicialmente de su esposo la prestación de alimentos y las expensas que le fuesen indispensables, ya sea para la prosecución de la causa sobre petición alimenticia, ya para cualquiera otra que le fuese indispensable sostener, de carácter civil ó criminal. La suma que el marido dede entregar como expensas, se determina prudencialmente por el juez, teniendo en cuenta la fortuna del obligado á darlas, la importancia del asunto y la remuneración moderada del letrado que hubiera de intervenir. Para estar en juicio á estos efectos, la mujer no necesita autorización del marido, ni licencia judicial — art. 214.

Art. 209. *Si no hubiere contrato nupcial, el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, incluso los de la mujer, tanto de los que llevó al matrimonio, como de los que adquiriese después por títulos propios.*

177.—Este artículo establece una regla general y una excepción.

La regla es esta: el marido es el administrador legal de todos los bienes de la sociedad conyugal y también de todos los bienes de su esposa, así de los que ésta hubiese llevado al matrimonio, como de los que adquiriese durante él por títulos propios.

La excepción es: salvo la disposición en contrario del contrato nupcial.

La regla general aquí establecida está confirmada por el artículo 1310 en estos términos: « *El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, sean dotales ó adquiridos después de formada la sociedad...* » Es el verdadero jefe



de la familia en cuya persona se reúnen el poder sobre la esposa é hijos y el de la administración de los bienes de ellos y de los pertenecientes á la sociedad conyugal.

En sus actos de administrador procede con entera independencia, sin necesidad de consulta y menos de la concurrencia de su esposa; pero esta independencia no imprime á sus actos un sello inquebrantable, pues la mujer puede pedir su revocación en los casos de derecho — art. 1332. Su calidad y facultad de administrador no las recibe sino de la ley, y es uno de los efectos del matrimonio; lo que ha autorizado á decir, que el marido es *por derecho propio* administrador de los bienes de su esposa y de los de la sociedad conyugal.

178.—*La excepción.* Nuestro artículo dice: *Si no hubiese contrato nupcial*, el marido es el administrador de todos los bienes. . . ¿Puede en nuestro derecho, el contrato de matrimonio limitar, en la medida de la voluntad de las partes, las facultades de administración del esposo? No: el principio de que el marido es el administrador de todos los bienes, es una regla que hace parte del régimen del matrimonio y es de orden público, y esto importa decir que sus excepciones no pueden ser, en cuanto á su extensión y casos, obra de la voluntad particular. Deben ser y son, en efecto, obra de la ley. El art. 1251 dispone que en el contrato nupcial la mujer puede estipular una limitación al poder del marido, reservando para ella el derecho de administrar *algún bien raíz* de los que lleva al matrimonio, ó de los que adquiriese después por título propio. No puede reservarse la administración de cualquiera clase de bienes, sino solamente de los *raíces*, y no todos, ni la mayor parte, siendo muchos, sino sólo *alguno* de



ellos. Esta limitación está confirmada *in terminis* por la última parte del art. 1260 que dice, que, sólo podrá reservarse la administración de *algún* bien raíz de los que lleve al matrimonio, ó adquiriera después por título propio, ó de los que el esposo le donase. El art. 1261 consigna otro caso de excepción, que es aquel en que, después de celebrado el matrimonio, la mujer adquiriese bienes por legado, herencia ó donación, bajo la condición de no ser recibidos y administrados por el marido. La mujer podrá administrar estos bienes, con licencia de su esposo ó, en su defecto, con la supletoria del juez. Y para que no quede duda de que la mujer no puede reservarse la administración sino de *algún bien raíz* y no de todos ó de la mayor parte de sus bienes, ya sea de los que llevase al matrimonio, ya de los que adquiriese después, el artículo 1260 dispone perentoriamente que «*no podrá reservarse la administración de sus bienes... sino sólo... la de algún bien raíz.*»

Art. 209.—183. Proyecto de Goyena, art. 60. En contra L. 8, Tit. 15, Lib. 5, Cód. Rom. y L. 17, Tit. 11, Part. 4ª.

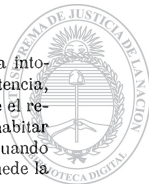
Art. 210. *La mujer está obligada á habitar con su marido donde quiera que éste fije su residencia. Si faltase á esa obligación, el marido puede pedir las medidas judiciales necesarias y tendrá derecho á negarle alimentos. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir á la mujer de esta obligación cuando de su ejecución resulte peligro para su vida.*



179.—Sin la habitación común, los resortes de la vida conyugal se debilitarían y el matrimonio perdería, con positivo perjuicio de la sociedad, la mitad de su importancia. La mujer — complemento del hombre — debe seguirle y habitar con su marido donde quiera que éste fije su residencia. Su falta del hogar le quitaría la vida y el orden que su presencia le trae.

El deber que tiene la mujer de acompañar á su marido y habitar con él donde quiera que fije su residencia tiene su fundamento en la naturaleza íntima del matrimonio, y al imponerlo la ley no hace sino repetir lo que está en la conciencia universal. El matrimonio implica por la fuerza de las cosas vida común, y no puede haber vida común sin habitación común: sólo á esta condición pueden los esposos prestarse los servicios y cuidados que se deben reciprocamente. De la obligación que tiene la mujer de habitar con su marido nace, dice un distinguido jurisconsulto, el principio establecido por el artículo 90, inc. 9º, de que la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se hallase en otro lugar con licencia suya.

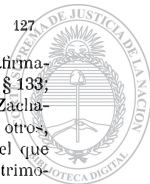
180.—¿Es *absoluto* aquel deber? La ley lo hace tan severo, que no establece sino esta excepción: los tribunales pueden, con conocimiento de causa, *eximir* á la mujer de esta obligación «*cuando de su ejecución resulte peligro para su vida.*» Esto no importa condenar á la mujer — sin remedio — á habitar con su marido por intolerable que sea, á consecuencia de sus malos tratamientos, la vida que le dé, siempre que el hecho de la habitación común no traiga peligro para su vida. La ley establece que sólo en el caso extremo de este peligro pueden los jueces eximir á la mujer del deber de habitar con su marido y acordarle consiguientemente la facultad de tener una habitación separada sin recurrir á la separación personal del divorcio.



Cuando en razón de malos tratamientos se haga intolerable la vida común, pero sin peligro de la existencia, la esposa no está en un campo sin salida: tiene el recurso del divorcio para libertarse del deber de habitar con su esposo — art. 224. En resumen: sólo cuando de su ejecución resulte peligro para su vida, puede la mujer ser eximida de la obligación de habitar con su marido, sin recurrir al remedio del divorcio: en los demás casos no puede ser libertada de aquella obligación, sino por vía del divorcio.

181.—¿Cuál es la sanción legal correspondiente al deber que tiene la esposa de habitar con su marido? Nuestro artículo dice que el esposo puede pedir las «medidas judiciales necesarias», á más del derecho que tendrá para negar á su esposa *alimentos*.

182.—MEDIDAS JUDICIALES NECESARIAS. ¿Cuáles son ellas? La ley no lo dice. Anteriormente, el Código hablaba en el art. 187 de «medidas policiales», y la Ley de Matrimonio ha cambiado diciendo: «medidas judiciales». Estimamos fundado el cambio, porque en el fondo de la cuestión entre el marido que exige que su esposa sea restituida á la habitación común y ella que lo resiste, hay un negocio que compromete un derecho privado, que debe ser conocido y resuelto por los jueces de la ley, y no por un brazo de la rama ejecutiva del gobierno. Pero cuando el Código hablaba de medidas policiales, estaba revelado por esta palabra, que podían ser de la clase de las que cuadran al carácter ejecutivo de la Policía, es decir, la fuerza, llevando á la mujer *manu militari* á la casa de su esposo. Pero cuando la ley actual dice medidas judiciales, nace esta cuestión: ¿pueden los tribunales decretar que la mujer sea llevada por la fuerza al domicilio ó residencia de su marido? Cuestión es esta en que están divididos los



más distinguidos juristas. Sostienen la afirmativa: Marcadé, bajo el art. 214, n.º II; Zachariæ, § 133; Massé y Vergé, en nota 4; Aubry y Rau, sob. Zachariæ, tom. 4, pág. 120; Demol, T. 2, n.º 107 y otros, siendo el argumento principal de esta opinión el que invoca Marcadé en estos términos: «En el matrimonio, es su propia persona lo que la mujer me ha prometido, ¿por qué no podría perseguir por las vías legales la posesión de esta persona, objeto directo del contrato? ¿Por qué, para conseguirla, no podría usar aún de la fuerza pública cuando no tengo sino este recurso y cuando debe esperarse de él un buen resultado?» En respuesta á este argumento—que clasifica de *brutal*—Laurent grita con razón: *¿Por qué no apostar gendarmería en la cámara nupcial?*

Opinamos con los que condenan el empleo de la fuerza pública en esta materia.

La obligación de habitar con su marido es impuesta á la mujer menos por la materialidad del hecho, apenas se precisa decirlo, que por la vida íntima que entraña, la cual no puede ser sino humillante para el uno si la otra no le imprime el sello del corazón.

Si la paz y el cariño habían de quedar restablecidos con el hecho de la restitución de la esposa al domicilio matrimonial, el empleo de la fuerza estaría siquiera recomendado por sus efectos; pero cuando aquel hecho no borra el odio ó repugnancia que á la mujer inspira su marido, y, en la generalidad de los casos, la violencia reagrava el mal, á su inutilidad se agrega la ilegalidad del recurso. No hay ley en efecto que disponga que la mujer debe ser restituida *por la fuerza* á la casa de su marido y no hay principio de derecho que autorice semejante medida de coerción.

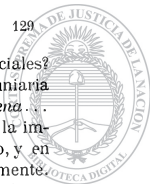
Por el contrario, en tratándose de obligaciones de hacer, el artículo 653 dispone terminantemente, que



no puede pedirse la ejecución forzada cuando fuese necesaria violencia *contra la persona* del deudor. Si esto es así, tratándose de hechos que están en el comercio humano y cuya inejecución puede resolverse en interés pecuniario, *a fortiori* debe ser lo mismo cuando se trata de una obligación que en mucho no es sino moral. El hecho material de habitar en la casa de su marido no es lo que constituye la obligación de habitar con él: es mucho más que eso y es algo que no se puede imponer por la fuerza sin herir todo sentimiento y sin faltar á todas las conveniencias. Es imposible hacer *manu militari* lo que no es ni puede ser sino obra de la afección. Ni aún limitada al sólo hecho material de que la mujer habitase con su marido sería eficaz el empleo de la fuerza. «Veamos el efecto de su obra—dice Laurent. Los gendarmes conducen á la mujer á la casa conyugal. No la tendrán á la mujer á la vista, porque cometerían atentado contra la libertad individual. Tampoco podría el marido encerrar á su mujer bajo llave. Luego, en el momento en que obligada por la fuerza la mujer pone los pies en el domicilio del marido, puede salir de él. ¿Se recurrirá nuevamente á la fuerza? ¿Estarán los gendarmes permanentemente ocupados en conducir al domicilio conyugal á la mujer recalcitrante? Confesemos: aquí, los gendarmes son impotentes. No hay fuerza en el mundo que pueda obligar á la mujer á habitar con su marido si ella no lo quiere.» Véase tom. 3, nº. 93; Mourlon, tom. 1º, nº. 758, nota 1; Pont, en Revista Crítica de Leg. y Jurisp., año 1851, pág. 594, y año 1852, página 530.

Merece que trascribamos aquí el artículo 588 del Código Civil del Cantón de Zurich. Dice así:

Art. 588. «La mujer deberá seguir al marido á su morada; *pero no es permitido obligarla por la fuerza.*»

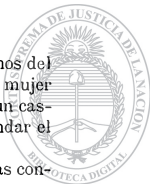


183.—¿Cuáles serían, pues, las medidas judiciales? ¿Multar á la mujer? ¿Imponerle una pena pecuniaria si no reconstruye la habitación común? Pero, *pena*... ¿Cómo imponerla los jueces cuando la ley no la impone? El arbitrario no es permitido en derecho, y en esta materia el art. 1100 lo prohíbe terminantemente.

¿Condenarla á daños é intereses? Aun cuando fuera posible traducir en una suma de dinero la falta de la mujer, ¿cuál sería el hombre que se diera por satisfecho con recibir un puñado de monedas en cambio de afección?

La ley ha debido indicar las medidas. En su silencio, no encontramos otras más apropiadas que el consejo de los padres y parientes, las amonestaciones circunspectas de los jueces y quizá la interposición de los sacerdotes de la comunión respectiva. Las primeras y las últimas no son ciertamente *judiciales*, pero son, comúnmente, las más eficaces, como lo persuade la experiencia.

184.—*Alimentos.*—Uno de los primeros deberes del esposo es, como dice el artículo 208, vivir en una misma casa con su esposa y «*prestarle todos los recursos que le fueren necesarios*», en lo cual se comprenden *los alimentos*. Pero éstos, como las demás atenciones personales que el marido debe prestar á su mujer, tienen por base la vida común, la habitación común con sus cargas y ventajas reciprocas. Cuando la mujer deserta de sus deberes; cuando se rebela contra la autoridad de su esposo y abandona el domicilio conyugal, se hace indigna de los cuidados de su marido, quien, en su consecuencia, puede negarle los alimentos. Se comprende que sería inicuo imponer al esposo la carga de alimentar á una mujer que abandona su casa y que, si no la empaña con las sombras del crimen, niega á



su marido sus cuidados y su afección. En manos del esposo, aquella facultad sirve para obligar á la mujer á volver sobre sus pasos, ó para imponer algún castigo á su falta, si no estimase conveniente demandar el divorcio.

La jurisprudencia francesa tiene sentadas estas conclusiones en la materia :

« La mujer que vive fuera del domicilio conyugal
« sin haber hecho pronunciar judicialmente la separación de cuerpos, no puede ser admitida á formar
« contra su marido demanda de pensión alimenticia.»

« La mujer casada que ha abandonado voluntariamente el domicilio conyugal (especialmente para
« entregarse á una vida desordenada) no tiene derecho de demandar una pensión alimenticia contra
« su marido, aun cuando él rehusase recibirla.» —
Dalloz.—Alimentos—n^{os}. 17 y 18.

Art. 210.—Véase todo el Tit. 3, Lib. 7, Rec. de Indias.

Art. 211. *La mujer no puede estar en juicio, por sí ni por procurador, sin licencia especial del marido, dada por escrito, con excepción de los casos en que este Código presume la autorización del marido ó no la exige, ó sólo exige una autorización general, ó sólo una autorización judicial.*

185.—El principio de la incapacidad de la mujer casada tiene en el Código su desenvolvimiento, cuyos lineamientos principales conviene trazar.

1º Como efecto inmediato del matrimonio, la mujer,



aunque sea mayor de edad, queda afectada de incapacidad.

Esta incapacidad es solamente de *hecho*, y no de derecho, y no es absoluta, sino limitada á cierta clase de actos, ó al modo de ejercerlos—art. 55.

2º Pero la mujer es una persona natural á la que acompaña siempre su capacidad inalienable de *derecho* y puede, por lo tanto, adquirir todos los que no le estén prohibidos—arts. 53 y 56.

Le es necesario, de consiguiente, tener un representante que obre por ella, y la ley se lo da en la persona de su esposo, al cual impone el deber de ejercer todos los actos y acciones que correspondan á su mujer—art. 57, inc. 4º y 208.

3º Como consecuencia de su incapacidad originada por el matrimonio, la mujer no puede estar en juicio, por sí, ni por procurador, sea como demandante, sea como demandada, sin licencia especial de su marido; ni tratar ó contratar á título oneroso ó lucrativo, sea contrayendo obligación, ó adquiriendo, modificando, ó renunciando derechos propios ó ajenos sobre bienes raíces, muebles, ó acciones, sin licencia ó poder de su marido—art. 211 y 212.

4º Casos hay en que la regla que establece la incapacidad de la mujer para estar en juicio sin licencia del marido, sufre excepciones, y son :

- a) Cuando la ley presume la autorización del esposo;
- b) Cuando no la exige;
- c) Cuando sólo exige una autorización general;
- d) Cuando sólo exige una autorización judicial—art. 211.

5º Casos hay en que también la regla que prohíbe



á la mujer tratar ó contratar sin licencia ó poder de su marido, sufre excepciones, y son :

- a) Cuando se presume que está autorizada ;
- b) Cuando se trata de actos ó negocios para los cuales no se requiere la autorización marital ;
- c) Cuando baste la autorización judicial—arts. 213, 214 y 216.

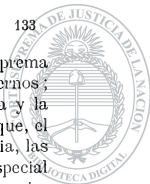
6º Los actos y obligaciones de la mujer, ejecutados sin licencia del marido, están afectados de nulidad, no absoluta, sino relativa, y sólo pueden reclamarla la mujer y el marido y los herederos de ambos—art. 215.

7º El marido puede ratificar expresa ó tácitamente y general ó especialmente los actos ejecutados por su mujer sin su autorización—art. 219.

Tales son los capítulos principales de la legislación del Código, referentemente á la incapacidad de la mujer casada.

186.—¿ En qué se funda esta incapacidad ?

La familia es un verdadero organismo porque es una sociedad. En ella, el marido es la cabeza que dirige y decide en todos los negocios, porque en él se reúnen el poder marital, el poder sobre los hijos y las facultades de administración de los bienes de su esposa y de los de la sociedad conyugal. A los fines internos y externos de la familia, la ley da al jefe de ella la suprema dirección y la administración, sin control, de los negocios. En este orden de reglas, se impone la incapacidad de la mujer, porque su ingerencia en éstos, sin noticia y autorización de su esposo, traería anarquía en la dirección, perjuicios en los intereses de fortuna y sometería á pruebas peligrosas la armonía entre los esposos. Además, la naturaleza determina para el hombre y la mujer una misión



especial en la familia: á aquél corresponde la suprema dirección, la representación y los negocios externos; á ésta, la vida del hogar, su dirección interna y la crianza y educación de los hijos. De manera que, el carácter peculiar de la organización de la familia, las propias conveniencias de ésta y la naturaleza especial de la mujer imponen su incapacidad en el matrimonio, y resulta que esta incapacidad, á la vez que es un razgo en la organización de la familia, es una protección á sus intereses.

187.—Dada, pues, su incapacidad de hecho, natural es que no sea permitido á la mujer casada estar en juicio, por sí ó por procurador, sin licencia del marido. *Estar en juicio* quiere decir tomar parte en un negocio judicial, y como se toma parte interviniendo ya como demandante, ya como demandado, la prohibición decretada abarca uno y otro rol. La mujer, pues, no puede estar en juicio, sea como demandante, sea como demandada, sin licencia de su marido. La ley 55 de Toro dice sobre el particular:—« La mujer durante « el matrimonio . . . no puede hacer contrato alguno . . . , « ni estar en juicio *faciendo*, *ni defendiendo* sin la dicha « licencia de su marido, é si estubiere por sí ó por su « procurador, mandamos que no vala lo que ficiere. »

188.—La licencia del marido debe ser *especial* para el caso ocurrido, porque como debe acordarla sólo después de deliberar si conviene ó si es ó no útil ó necesario autorizar á su mujer para empeñarse en un proceso como actora ó demandada, natural es que la licencia sea para el caso concreto que ocurra y deba por lo mismo ser *especial*.

Esta consideración se robustece recordando que afortunadamente para las familias son pocas veces que ocurre la necesidad de sostener pleitos, y no se



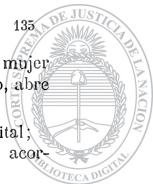
concibe, por lo tanto, en la prudencia de los esposos una autorización general, sino en casos excepcionales, que pueden ocurrir, como lo persuade el propio artículo que nos ocupa desde que, entre los casos de excepción á la regla, recuerda expresamente de aquel en que la ley sólo exija una *autorización general*.

189.—La que acordare el esposo debe ser «dada *por escrito*», porque como la falta de autorización marital causa la nulidad de los actos de la mujer, el legítimo interés de los terceros requiere que la licencia del marido se haga constar de modo que haya de ella prueba escrita.

¿De qué clase debe ser el instrumento *escrito*? ¿Debe ser un instrumento solemne, es decir, una escritura pública? La ley no la exige: requiere sólo que la licencia del marido sea dada *por escrito*; luego basta que sea dada en instrumento privado, porque dada ~~en~~ esta forma está dada *por escrito* y queda satisfecha la exigencia de la ley.

Esta decisión es impuesta por una regla formal de nuestro derecho. La expresión *por escrito* que emplea la ley queda cumplida, ya sea por instrumento público, ya por instrumento *particular*, cuando la forma del instrumento público no fuese *exclusivamente* dispuesta, dice inequívocamente el artículo 1012.

No debe confundirse la forma de la *licencia* marital con la forma que debe revestir el consentimiento ó sea la manifestación de voluntad de la mujer en el acto ó contrato que verifica con la autorización de su esposo. En el primer caso, la forma exigida por la ley queda llenada con el instrumento *privado*, en el segundo la forma del instrumento será la que fuese exigida para el caso de que se trate.



190.—A la regla de la incapacidad de la mujer para estar en juicio sin licencia de su marido, abre la ley las siguientes excepciones:

1ª Cuando la ley no exige la autorización marital;

2ª Cuando hay presunción *juris* de estar acordada;

3ª Cuando sólo es necesaria una autorización *judicial*; y

4ª Cuando no es requerida sino una autorización *general*.

191.—*Primera excepción*.—Cuando la ley no exige autorización marital. Esa autorización no es requerida en los pleitos entre el marido y su mujer, ni para defenderse cuando fuese ella criminalmente acusada, ni para hacer su testamento ó revocar el que hubiere hecho, ni para administrar los bienes que se hubiese reservado por el contrato matrimonial, ni cuando estuviese separada de bienes.—Ver arts. 214 y 1336 y lo que allí decimos.

192.—*Segunda excepción*.—Cuando la ley presume que el marido tiene acordada su licencia á la mujer para estar en el juicio de que se trata. La presunción *juris* prevalece mientras no es destruida por prueba directa y contraria. Mientras ésta no sea dada, debe, en fuerza de la presunción legal, tenerse por concedida la licencia marital y en tal caso se comprende que no hay por qué pedir lo que se tiene.

193.—*Tercera excepción*.—Que es cuando sólo es necesaria una autorización *judicial*. Casos de esta especie son: 1º Cuando el marido está loco. Hay entonces imposibilidad de que preste su autorización y la suple el juez; 2º Cuando estuviese en un lugar no conocido. También aquí es imposible que la mujer obtenga licencia de su marido con la oportunidad co-



rrespondiente y debe acordarla el juez ; 3º En los casos del artículo 135, cuando fuere necesario que la mujer esté en juicio ; 4º Cuando la mujer separada de bienes se viese en la necesidad de estar en juicio en defensa de sus intereses propios cuya administración le pertenece—arts. 216 y 1336.

194.—Cuarta excepción:—Cuando la ley « sólo exige una autorización *general*. »

El sentido de esta cláusula es que la mujer no necesita—para estar en juicio—la licencia *especial* de su marido, en los casos en que la ley estima bastante una *autorización general*. Esta declaración de la ley implica reconocer que el marido tiene facultad para acordar á su mujer autorización general para estar en juicio.

Por la ley 11, tit. 1º, lib. 10, de la Nov. Recop., que cita nuestro codificador, está establecido que así como la mujer no puede hacer durante el matrimonio, contrato alguno sin licencia del marido, tampoco puede apartarse de ningún contrato que á ella corresponda, ni libertar á nadie de él, *ni estar en juicio* sin la licencia de su esposo, y por la 12 del mismo título y libro se declara que el marido puede conceder á su mujer licencia *general* para contratar « *y para haber todo aquello que no podía hacer sin su licencia,* » lo que importa decir que puede darle autorización *general para estar en juicio*.

El Código no se ha apartado de esta disposición de nuestro antiguo derecho, porque ni la prohíbe, ni hay nada que la haga incompatible con él. Por el contrario, la cláusula de la excepción que nos ocupa implica—como hemos dicho—el reconocimiento legal de la facultad en el marido para acordar á su esposa, por *autorización general*, permiso para estar en juicio.



Ni cabe otra cosa en la lógica de los principios:—si la ley permite al marido que dé á su mujer autorización general para ejecutar un conjunto de actos no definidos—art. 213—es lógico y justo permitirle que también pueda conceder á su esposa, por autorización general, permiso para estar en juicio.

195.—El artículo que nos ocupa establece en su primera parte esta regla: la mujer casada no puede estar en juicio sin licencia especial del marido, y en la segunda consigna los casos de excepción.

¿Se la debe entender limitativamente, de modo que no sean admisibles más excepciones que las designadas por la ley?

La afirmativa se impone con estas reglas que rigen en la materia: *inclusso unius exclusio alterius*; la designación ó enunciación de los casos de excepción, confirma la regla para todos los demás; las excepciones son obra exclusiva del legislador y no se las puede extender por interpretación ó inducción á casos no comprendidos en la disposición excepcional. En Francia, según Laurent, la Corte de Casación ha sentado al respecto el siguiente principio: no se puede admitir más excepciones que las formalmente establecidas por la ley,—Tom. 3, n. 104.

La aplicación de las reglas elementales de la materia conduce á esta conclusión. La contraria implica reconocer en los jueces una facultad que sólo es atributo del legislador.

Art. 211.—LL. 11 y 12, Tit. 1, Lib. 10, Nov. Rec.—Conforme con el artículo 215 del Cód. Francés, y 204 de Nápoles.—En contra: L. 14, Tit. 13, Lib. 4, Cód. Rom. y art. 84 Cód. de Rusia.—Las Leyes de Partida guardan silencio sobre la materia.—El art. 223 del Cód. Francés y 151 del Sardo no admiten la autorización general.



Art. 212. *Tampoco puede la mujer, sin licencia ó poder del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni adquirir bienes ó acciones por título oneroso ó lucrativo, ni enajenar ni obligar sus bienes, ni contraer obligación alguna, ni remitir obligación á su favor.*

196.—Como el anterior inmediato, el presente artículo es una consecuencia forzosa de los principios capitales del régimen del matrimonio.

Si la mujer casada está afectada de *incapacidad de hecho* y si el marido es el jefe de la familia y tiene la dirección de todos los negocios que hacen relación á la sociedad conyugal y á sus intereses y á la persona ó intereses de su esposa, arts. 208 y 209, natural es que no sea á ésta permitido ejecutar acto jurídico alguno sin el beneplácito y *licencia* de su esposo.

197.—El detalle que la ley hace de los actos y contratos que la mujer no puede ejecutar sin la autorización de su marido, no importa limitar á ellos su incapacidad.

La incapacidad de la mujer casada es general, y por consiguiente, general es también la prohibición de ejecutar actos ó contratos sin licencia de su marido.

Esta prohibición rige en todos los casos en que no hubiese una excepción formalmente establecida por la ley.

198.—La presunción de la autorización marital que para ciertos casos establece la ley, lejos de ser un desmentido de aquella regla, es su confirmación, porque



precisamente la presunción *juris* importa la *existencia* de la autorización, declarada por la ley misma. — artículos 949 y 954.

199.—El artículo 211 exige que la licencia marital —que se conceda á la mujer para estar en juicio— debe ser dada por *escrito*.

El 212 que nos ocupa no requiere esta formalidad, y el Dr. Segovia escribe con tal motivo estas juiciosas palabras: «Nuestro artículo no exige que la licencia se dé por escrito, como lo hace el anterior, pero habría sido muy conveniente, y los contratantes no deben omitir tan prudente precaución, tratándose de contratos que en defecto de confesión, deben probarse por escrito y no por testigos.» Desde que la ley no exige la licencia *por escrito*, es claro que puede ser dada sin esta formalidad, y por consiguiente, que puede ser válidamente dada de palabras.

El acto de la mujer no puede por lo tanto ser atacado de nulidad por la circunstancia de haberle sido dada la licencia *verbalmente*. Cuestión distinta es la de saber si, á falta de la confesión del marido, la prueba de su autorización puede hacerse por testigos cuando no haya principio de prueba por escrito y el acto de la mujer sea de los regidos por el artículo 1227.

Respecto de esta cuestión, nuestra opinión es que la prueba debe ser hecha por escrito, y no por testigos no habiendo principio de prueba escrita.

200.—La *licencia* puede ser expresa ó tácita.

El artículo que nos ocupa no contiene esta declaración, pero hay disposiciones legales expresas que la hacen indiscutible, como son las de los artículos 948, 949 y 952, según las cuales la declaración de la voluntad puede ser expresa ó tácita, y los hechos exteriores de

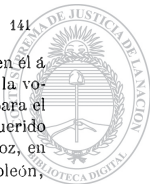


manifestación pueden consistir ó en la ejecución de un hecho material, ó simplemente en la expresión tácita de la voluntad, deducida de actos que acusen con certeza su existencia ; y como la ley no exige que la licencia marital sea dada en «expresión *positiva*», es indudable que puede ser dada tácitamente. Y así, cuando—por ejemplo—de conformidad al artículo 1286, marido y mujer, mayores de edad, otorgan y firman una escritura pública de venta de un inmueble de propiedad de la esposa, ¿cómo dudar de que existe la licencia del marido aun cuando en la escritura no se encuentre escrito que *autoriza* á su mujer, que le concede *licencia*, que le *permite* enajenar su propiedad, ú otra expresión semejante, ya que no hay ninguna sacramental? Existe declaración tácita de la voluntad y ella basta, porque — repetimos — la ley no requiere una manifestación *positiva*.

201.—La autorización marital confiere á la mujer la capacidad de que carece, pero se la confiere sólo para el acto ó negocio para el cual le es conferida la licencia; y del mismo modo que el mandatario debe circunscribirse en los límites de sus poderes, art. 1939, la mujer igualmente debe circunscribirse al asunto autorizado. Si ejecutase otro, no podría prevalecerse de la autorización, porque no le ha sido dada para dicho acto.

La exactitud de este principio no puede ser desconocida, pero su aplicación no es tan fácil como pudiera parecer, porque los negocios no son tan llanos y bien deslindados que permitan trazar en todo caso una línea de separación entre los actos autorizados y los no autorizados.

La doctrina y la jurisprudencia francesas establecen que la autorización alcanza á los actos que son una dependencia necesaria del acto autorizado,



de suerte que pueda estimarse comprendidos en él á título de accesorios, porque debe suponerse que la voluntad del marido ha sido autorizar á su mujer para el negocio todo entero y por consecuencia que ha querido autorizarla para todos los actos necesarios—Dalloz, en *Códigos Anotados*, artículos 217 del Código Napoleón, recuerda las siguientes decisiones :

123.— Cuando la autorización ha sido dada para un acto determinado, no puede ella extenderse á un acto diferente que no ha sido expresado. Así, por ejemplo, la autorización de vender dada á la mujer, no le concede la facultad de prestar y recíprocamente.

124.— De la misma manera, si la mujer autorizada para vender, ha hecho, bajo la forma de venta, una donación disfrazada, es admitida á hacer anular la donación por falta de autorización especial del marido.

125.— El consentimiento dado por el marido en un acto anterior no importa para la mujer autorización suficiente de obligarse, cuando este acto no ha previsto ni autorizado las obligaciones que han sido especialmente contratadas por la mujer.

Ha sido igualmente juzgado que, « el endoso de un billete á la orden no es, por su naturaleza, un acto de administración. »

En consecuencia, la mujer que no ha recibido de su marido sino una procuración general, no está por ello autorizada á traspasar por endoso un billete á la orden, perteneciente á su marido.—Devilleneuve y Gilbert — *Jurisprudencia del siglo XIX* — « Autorización de la mujer casada » — n° 33.

Referentemente á la autorización marital dada á la mujer para estar en juicio, han sido hechas, entre otras declaraciones, las siguientes :

La autorización para litigar no importa la de transigir.



La autorización para litigar no acuerda á la mujer la de deferir el juramento — Dalloz, obra citada, artículo 215, números 95 y 104.

Laurent, tomo 3º, nº 144, dice :

« Se supone que la mujer practica un acto en ejecución de aquel para el cual ha sido autorizada : ¿ es válido ? Si el acto de ejecución es una dependencia necesaria del primero, de suerte que esté comprendido en él á título de accesorio, la mujer está autorizada á hacerlo ; porque debe suponerse que en el momento de la autorización el pensamiento del marido recaía sobre el negocio todo entero, y por consiguiente, que ha querido autorizar á su mujer á hacer todos los actos necesarios. Pero si el acto que la mujer ejecuta, aunque hecho en ejecución de aquel para el cual fué autorizada, es un acto de una naturaleza diferente, un acto que el marido no ha podido prever, porque no era una dependencia necesaria de aquel para el cual fué dada su autorización, entonces el nuevo acto es nulo. »

En la generalidad de los casos que ocurran ante nuestros tribunales sobre extensión de la autorización marital, las reglas y principios que informan los artículos 1917 á 1922 y el 1939 del Código, proporcionan luz suficiente para resolverlos en armonía con el espíritu de la ley, si no cayeran dentro de sus disposiciones expresas.

202.—Como las facultades del marido no son iguales según que sea mayor ó menor de edad y que el matrimonio se haya ó no celebrado con las autorizaciones necesarias, es indispensable tener en cuenta las diferencias en los distintos casos que pueden ocurrir, que es lo que vamos á hacer abriendo dos secciones.

SECCIÓN PRIMERA

Cuando el matrimonio es celebrado con la autorización requerida. Pueden ocurrir estos casos:

- 1º Marido *mayor* y mujer *menor* de edad ;
- 2º Marido *menor* y mujer *mayor* de edad ; y
- 3º Marido y mujer *menores* de edad.

203.—*En el 1.º caso*, será plenamente eficaz la licencia ó autorización que el marido acordase á su mujer para la ejecución de cualquiera acto jurídico que él pudiera ejecutar sin necesidad de autorización judicial, porque desde que tales actos son de los que caen bajo su administración, puede encargar á su esposa su ejecución, acordándole su autorización, que entraña un verdadero mandato.

Nada importa que la mujer sea menor de edad, porque el mandato puede ser eficazmente conferido á una persona incapaz de obligarse, art. 1931, y el mandante queda obligado por la ejecución del mandato ; salvos los casos en que por disposición especial fuese requerido que el mandatario sea un mayor de edad, como lo requiere expresamente, por ejemplo, la ley de procedimientos judiciales en lo civil de la provincia de Corrientes, de 10 de Noviembre de 1890—art. 9—y lo requiere también la ley 19, tit. 5, part. 3ª en su parte final, que dice: « ... como quier que los otros, que son puestos para demandar, ó á responder por otro EN JUICIO deuen ser, á lo menos, de EDAD DE XXV AÑOS »,—con los cuales se llegaba á la mayoría y se adquiría capacidad plena para obrar por sí mismo.

204.—Pero será ineficaz para los actos en que, por tratarse de bienes pertenecientes á la esposa menor de edad, el marido necesite de autorización judicial,





como son los de la referencia de los artículos 1283, 1312 y 1313, porque careciendo de poder para ejecutarlos por sí mismo, no puede conferirlo á otro, ya sea que se trate de actos de simple administración, ya de disposición:—arts. 1928 y 1929.

205.—*En el 2º caso*, será eficaz la autorización del marido á su mujer mayor de edad cuando es dada respecto de actos que están dentro de las facultades de aquél, porque como la incapacidad de la mujer casada procede de su sometimiento á la autoridad marital y como protección á la sociedad conyugal, de la cual el marido es cabeza y administrador legal, con la autorización de éste desaparece la incapacidad de la esposa:—art. 1286.

Además, la autorización es un mandato, que en el caso supuesto estaria conferido á una persona mayor de edad, y como la autorización de que se trata debe ser dada para actos de administración ó de disposición que estén dentro de las facultades del menor emancipado, de conformidad á las disposiciones combinadas de los artículos 133, 134, 135 y—1310 y 1311 y sus concordantes, será inobjetable la que el esposo menor de edad confiriera á su esposa.

206.—Pero será ineficaz la que le confriese para actos que estén fuera de sus facultades, porque para conferir un mandato cualquiera, ora tenga por objeto hechos ó actos de mera administración, ora de disposición ó enajenación, es indispensable que el mandante tenga respectivamente la administración de los bienes de que se trate y capacidad para disponer de ellos:—artículos 1928 y 1929.

Y así, el esposo menor de edad no puede conferir válidamente á su esposa autorización para ven-



der un inmueble de su exclusiva propiedad, porque como el menor emancipado no tiene facultad para hacer su enajenación sin previa autorización judicial, no puede conferir válidamente poder á su esposa para tal acto—arts. 1394 y 1929.

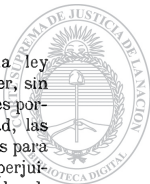
207.—¿Qué decir de la autorización que el menor emancipado confiriese á su mujer para vender un inmueble de exclusiva propiedad de ella?

Tal autorización no sería eficaz, porque el esposo menor de edad no tiene facultad para acordarla.

Esta conclusión no puede ser dudosa en nuestro derecho.

La ley declara que los menores de edad emancipados *no* pueden vender *sin licencia judicial* los bienes raíces suyos, *ni los de su esposa*—art. 1394—debiendo entenderse esta disposición aun cuando las esposas fuesen mayores de edad, lo cual tiene su confirmación en el artículo 1286, que dispone que siendo la mujer mayor de edad, puede con licencia del marido (que sea mayor, se entiende) ó los dos juntos, enajenar sin autorización judicial sus bienes raíces, lo que importa decir que el menor emancipado no puede vender sin autorización judicial los bienes raíces de su esposa mayor de edad, aun cuando ella consintiese en la enajenación, ó concurriese al acto. No pudiendo vender los inmuebles de su mujer, ni con el consentimiento y concurso de ella, es evidente que su autorización para la venta será ineficaz.

La autorización no puede tener ni tiene mayor importancia jurídica que la intervención directa del esposo asociado á su mujer, y desde que carece de facultad para esto último no es dudoso que tampoco puede conferir válidamente su autorización marital.



Ni puede ser de otro modo, porque si la ley niega al menor emancipado la facultad de vender, sin autorización judicial, los bienes raíces suyos, es porque estima que no posee, en razón de su edad, las aptitudes intelectuales y de prudencia necesarias para el acierto en sus actos. Para salvarlo de los perjuicios de su inexperiencia limita sus facultades de administración y disposición, limitación que por su naturaleza y por sus efectos importa una protección. ¿Cómo adoptar una regla distinta tratándose de los bienes de su esposa? La suerte de ésta se identifica con la de su marido, y como la prosperidad de sus bienes importa la prosperidad de la sociedad conyugal y el bienestar de la familia común, no se concibe que se conceda al esposo menor de edad la facultad de autorizar á su mujer para la venta de los inmuebles de su exclusiva propiedad y se le niegue á él la relativa para la enajenación de los suyos.

Su incapacidad intelectual es idéntica para el último como para el primer caso, y como tanto le interesa la conservación y prosperidad de los bienes de su esposa como la de los suyos propios, habría contradicción evidente si la incapacidad legal para un caso no rigiera para el otro.

208.—*En el 3^{er} caso*, será ineficaz la autorización que se refiera á actos que los menores de edad emancipados no pueden ejecutar sin autorización judicial—art. 125—y será eficaz en todos los demás casos—art. 133.



SECCIÓN SEGUNDA

209.—Cuando el matrimonio es contraído sin la autorización necesaria.

Pueden ocurrir estos casos:

- 1° Marido *mayor* y mujer *menor* de edad;
- 2° Marido *menor* y mujer *mayor* de edad;
- 3° Marido y mujer *menores* de edad.

210.—*En el primer caso*, la autorización conferida por el marido á su esposa estará regida, en general, por las reglas recordadas bajo el 1^{er} caso de la *Sección 1ª*, porque como se trata de un casado *mayor de edad*, no le es aplicable la disposición penal del artículo 170.—No es él, sino su mujer quien ha incurrido en la falta de contraer matrimonio sin la autorización de sus padres, ó de su tutor, ó sin la supletoria del juez de su domicilio.

211.—*En el segundo caso*, la autorización que el esposo confiera á su esposa será ineficaz, porque la concede un menor de edad que se ha casado sin la autorización necesaria y que no tiene la posesión ni la administración de sus bienes, ni los del matrimonio, ni los de su esposa, según queda dicho bajo el artículo 170, por las razones allí expuestas. No puede conferir á su esposa mandato alguno de administración ó de disposición desde que él carece de las facultades respectivas:—arts. 1928 y 1929.

Es un menor de edad que *no* se ha emancipado por el matrimonio, porque la emancipación no se concede sino á condición de que el casamiento se haga con la autorización paterna ó tutelar, ó la supletoria del juez, según se ha dicho bajo el art. 170, y está de consiguien-



te bajo la autoridad de su padre, madre, ó tutor á que estuvo sometido antes de casarse.

212.—*En el tercer caso*, la autorización será igualmente ineficaz, porque tanto el marido que la da como la esposa á quien le es dada son menores de edad casados sin las autorizaciones necesarias, sometidos por esta causa á la disposición penal del art. 170. Careciendo aquél de toda facultad, así de administración como de disposición, no puede conferir á su esposa mandato alguno al respecto.

Art. 112.—LL. 11 y 14, Tit. 1, Lib. 10, Nov. Rec. y L. 12, Tit. 23, Part. 1.^a—El Cód. Francés, art. 117 y el de Holanda, art. 163, exigen á más la autorización de sus más proximos parientes.

Art. 213. *Se presume que la mujer está autorizada por el marido, si ejerce públicamente alguna profesión ó industria, como directora de un colegio, maestra de escuela, actriz, etc., y en tales casos se entiende que está autorizada por el marido para todos los actos ó contratos concernientes á su profesión ó industria, si no hubiese reclamación por parte de él, anunciada al público ó judicialmente intimada á quien con ella hubiese de contratar.*

Se presume también la autorización del marido en las compras al contado que la mujer hiciere, y en las compras al fiado de objetos destinados al consumo ordinario de la familia.

213.—Es regla general que la mujer no puede tra-



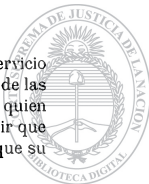
tar ni contratar sin licencia del marido en tanto que no está legitimamente divorciada, ó separada de bienes. Esta regla es una de las principales del régimen del matrimonio, y se funda en las consideraciones expuestas bajo el art. 111.

214.—La licencia puede ser expresa ó tácita, y casos hay en que la ley misma la presume, como son los que por vía de ejemplo ó de demostración indica el presente artículo.

La presunción establecida en los casos de la referencia debe entenderse cuando el marido sabe ó puede saber que su mujer ejerce una profesión ó industria determinada, porque su silencio, ó sea su falta de protesta, importa consentir y autorizar los actos de su esposa. Así, cuando vive en el mismo lugar en que su mujer ejerce el comercio, regenteando públicamente una casa determinada, ó donde tiene la dirección de un establecimiento de educación, la presunción tiene base, porque el marido no puede ignorar la ocupación de su esposa; pero cuando el esposo se encontrase—por una causa cualquiera—en lugares distantes, donde no le han llegado noticias de los actos de su mujer, la presunción no puede tener lugar porque no hay términos hábiles para ella. El silencio del marido no puede en tal caso traducirse como autorización implícita, pues la presunción legal se ajusta á las reglas de la manifestación implícita de la voluntad, inducida por la ley misma de hechos positivos ó negativos.

215.—En cuanto á la presunción establecida respecto de las compras al contado y de las al fiado que la mujer hiciese de objetos destinados al consumo ordinario de la familia, no puede desconocerse que se funda en consideraciones de autoridad incontestable.

El esposo es la cabeza de la familia y es de su deber



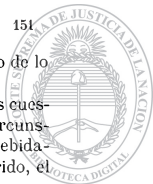
proveer todo lo necesario para el sustento y servicio ordinario de ella, y como está en el orden natural de las cosas y es de hábito universal que sea la mujer quien corra con esta tarea del hogar, es natural presumir que el marido presta su autorización general para que su mujer haga las compras necesarias.

Pothier dice al respecto: «cuando una mujer casada
« toma mercaderías y ocupa artesanos para provisio-
« nes de la familia, estos actos que ejecuta con el con-
« sentimiento tácito de su marido, y que es de uso
« dejar á su cuidado, no requieren la autorización del
« esposo para ser válidos, porque no se estima que sea
« la mujer quien los ejecuta á su nombre, sino que es
« el marido quien lo hace por ministerio de su mu-
« jer.» — VII, 20, n° 49.

Nuestro derecho armoniza plenamente con esta doctrina. En la autorización del marido hay un mandato; luego el esposo obra por intermedio de su mujer; y como la presunción legal no hace sino dejar establecido, salvo prueba en contrario, que existe la autorización marital, es evidente que el marido obra por ministerio de su esposa en los casos de nuestro artículo.

216.—La presunción está limitada á la compra de los «objetos destinados *al consumo ordinario* de la familia», y, por consiguiente, no alcanza á los que no pueden estar comprendidos en esta clasificación.

No es posible trazar una línea de separación entre lo que constituye el consumo ordinario de una familia y lo que excede de él, porque es materia que varía según los grados de fortuna que se posea. La compra de cierta cantidad y clase de artículos de consumo diario puede ser una exorbitancia para una casa de modestos recursos de fortuna y estar fuera de la presunción



legal, mientras que sería una pequeñez y dentro de lo ordinario para la familia de un acaudalado.

La prudencia judicial decidirá en cada caso las cuestiones de esta índole, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la causa y apreciando debidamente, en cuanto sea posible, la fortuna del marido, el rango de su familia, etc.

Art. 214. *No es necesaria la autorización del marido en los pleitos entre él y su mujer, ni para defenderse cuando fuese criminalmente acusada, ni para hacer su testamento ó revocar el que hubiese hecho, ni para administrar los bienes que se hubiese reservado por el contrato de matrimonio.*

217.—La regla de que la mujer casada no puede ejecutar actos jurídicos sin autorización de su marido no puede ser *absoluta*, so pena de consagrar en muchos casos una verdadera tiranía y sacrificar los intereses de la mujer.

Hay necesidad de hacer excepciones á la regla, y el presente artículo provee en la materia declarando que la esposa no necesita la autorización del marido en los siguientes casos :

- 1º En los pleitos entre él y su mujer ;
- 2º Para defenderse cuando fuese ella criminalmente acusada ;
- 3º Para hacer su testamento ó revocar el que hubiese hecho ;
- 4º Para administrar los bienes que se hubiese reservado por el contrato de matrimonio.



218.—*El primer caso* comprende todo negocio judicial contencioso en que la mujer sea parte, ya como actora, ya como demandada, porque los términos de la ley son generales. *En los pleitos entre él (el esposo) y su mujer*, dice, sin establecer limitaciones. ¿Cómo no declarar á la mujer casada desligada de la necesidad de la autorización marital para todo pleito que hubiera de sostener contra su esposo, sea como demandante, sea como demandada? Habría tanta injusticia en la resolución contraria, como inútil sería obligarla á solicitar un permiso de antemano negado. Y así:

219.—El juicio de divorcio — que no tiene por objeto sino la separación personal de los esposos y en el cual se formulan cargos de mala conducta — es pleito entre marido y mujer, y por consiguiente, ésta no necesita la autorización de su marido para provocarlo y seguirlo hasta su terminación.

El juicio que la mujer puede promover sobre la separación de bienes para salvar sus intereses propios de la mala administración de su esposo, es pleito entre marido y mujer, y por lo tanto, no necesita licencia marital para provocarlo y continuarlo.

220.—Cuando es el marido quien instaura el pleito contra su esposa, no hay por qué deba solicitar permiso para estar en juicio, porque su sola promoción evidencia que el esposo quiere que su mujer sea emplazada á comparecer y tomar parte en la causa, pues no de otra manera puede ser legalmente resuelta.

221.—*El segundo caso* está limitado á cuando la mujer fuese *acusada* criminalmente, y por lo tanto, no se comprende en la excepción el caso en que ella hubiera de ser la acusadora.

La razón de esta distinción es óbvia. Cuando

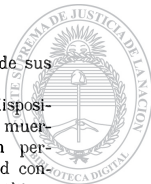


la mujer es *acusada*, es inútil deliberar sobre si debe ó no comparecer y tomar parte en la causa: la defensa es una verdadera necesidad, toda una imposición moral; por consiguiente es inútil buscar á su respecto la deliberación del marido. Esta consideración es decisiva y en ella descansa la declaración de la ley, de no ser necesaria la autorización marital cuando la mujer hubiese de defenderse en el caso de ser criminalmente *acusada*. Sería monstruoso hacer depender la defensa de su honor, de su vida, ó de su libertad de la deliberación de su marido, ó de la supletoria del juez.

222.—Pero las cosas cambian cuando no es ella la acusada y haya de ser la *acusadora*.

La intervención del marido en este caso se impone, porque el hecho de que su esposa comparezca en juicio entablando una acusación criminal, es negocio que puede comprometer los bienes del marido, los de la sociedad, los de la esposa y aun su crédito y hasta su honor y alterar la paz del hogar. En defensa de estos grandes intereses es indispensable dar participación al marido manteniendo el caso que nos ocupa sometido á la regla general que hace necesaria la autorización marital. La mujer no puede, de consiguiente, promover como *acusadora* ningún juicio criminal, sin el previo permiso de su esposo.

223.—*En el tercer caso*, la libertad de la mujer para hacer su testamento, ó para revocar ó modificar el hecho, sin necesidad de la autorización de su esposo, no puede ser suprimida sin incurrir en un rasgo de tiranía. De la propia manera que los hijos de familia adultos no precisan la autorización del padre para las disposiciones de su última voluntad, así también la mujer casada debe estar libertada de toda dependen-



cia á la autoridad marital para la disposición de sus bienes por testamento.

Es de esencia del testamento el que sus disposiciones no tengan efecto sino después de la muerte del testador, y por consiguiente ningún perjuicio puede acarrear al esposo, ni á la sociedad conyugal, el que la mujer haga sus disposiciones de última voluntad sin autorización de su marido. Es también de esencia del testamento el que sea obra libérrima del testador, y es en estas consideraciones en que se inspira la ley para declarar que no es necesaria la autorización del marido cuando la mujer trate de la facción de su testamento, ó de la revocación del que hubiese hecho antes ó después de casada.

224.—*El cuarto caso* de excepción se refiere á la administración de los bienes que la mujer se hubiese reservado por el contrato de matrimonio.

Esta reserva es permitida y está expresamente autorizada por el inc. 2º del artículo 1251, por los motivos que al tratar de él expondremos. La declaración de no necesitar la mujer la autorización de su esposo para la administración de los bienes reservados es impuesta por aquella reserva ó indispensable para su eficacia, porque de lo contrario desaparecería de hecho la facultad de libre administración que por el contrato de matrimonio hubiese estipulado la mujer respecto de algún bien raíz llevado al matrimonio, ó adquirido después por título propio.

Tiene pues facultad para ejecutar sin permiso marital todos los actos y contratos que no conciernen sino á la administración del bien ó bienes reservados, pero no los que importen disposición ó enajenación.

225.—Conviene tener presente que la mujer casada que sea menor de edad está afectada de doble incapa-



cidad: la una, la procedente del matrimonio, en virtud de la cual no puede tratar ni contratar sin licencia del marido, salvo los casos de excepción de que acabamos de ocuparnos; y la otra, la procedente de su minoridad.

Por el matrimonio ha adquirido su emancipación y la capacidad que la emancipación atribuye: pero esta capacidad no es plena, sino limitada.

Tiene capacidad para cierta clase y entidad de actos, pero no la tiene para los demás, respecto de los cuales necesita autorización judicial — arts. 134 y 135. De manera que si se tratase — por ejemplo — de un pleito que la mujer debe promover contra su esposo, no le será necesaria la autorización de éste, pero no podrá entablaria, no podrá estar en juicio sin *previa autorización judicial* — art. 135, inciso último, — porque si bien es verdad que por excepción está fuera de la incapacidad de la mujer casada, también es verdad que se conserva con la incapacidad de la minoridad, que no le permite, bajo pena de nulidad, estar en juicio en pleito civil sin autorización expresa del juez.

226.—¿Puede la mujer casada, durante la integridad del matrimonio, reconocer sus hijos naturales sin necesidad de la autorización de su esposo?

La libertad individual es altamente simpática, el espíritu se inclina siempre á reconocerla en su más lata expresión y es ciertamente una regla de derecho, que, se goza de ella mientras no haya una restricción legal.

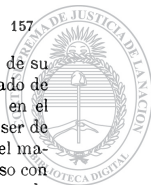
El reconocimiento de un hijo natural — que no es sino una confesión — es una deuda impuesta por la naturaleza, cuya satisfacción es tanto más imperiosa para la madre, cuanto que ella es siempre cierta aunque sea incierto el padre: «*semper certa mater est*



etiamsi vulgo conceperit.» Nada hay más interesante para el hombre que el reconocimiento de su filiación, ó sea el estado de familia, el cual reposa en un hecho de la naturaleza, evidente en este caso, como es la concepción, porque evidente es el hecho del desprendimiento del hijo del seno materno. Reconocer este hecho, confesar la maternidad y asegurar consiguientemente el estado de familia de una persona, es cumplir un deber sagrado.

Estimamos, sin embargo, que la mujer casada no está libertada, para el reconocimiento de sus hijos naturales, de la necesidad de la autorización de su esposo.

Desde el momento en que la mujer contrae matrimonio, queda, por obra de la ley, sujeta á la autoridad del marido, sin cuyo permiso no puede ejecutar acto jurídico alguno, sin más excepciones que las formalmente designadas por la ley misma. Sus actos, sus bienes, su propio honor no son ya puramente suyos. Su persona y su suerte se confunden con las de su esposo: *erunt duo in carne una: itaque jam non sunt duo, sed una caro*; expresión bella y sublime, que pone de manifiesto la naturaleza especial del matrimonio y su importancia para el orden social. En el régimen del matrimonio, el marido es la cabeza, el director, á quien está sometida la esposa hasta el grado de declararse su incapacidad para tratar y contratar sin la autorización marital. Todo lo que afecta y puede comprometer la suerte de la sociedad conyugal ó la integridad del matrimonio está puesto bajo la vigilancia y dirección del marido y está vedado á la mujer, á menos de contar con la autorización de su esposo, por más que se trate de un acto de interés personal inmediato. Y así, aunque sea mayor de edad, no puede aceptar ni repudiar por sí sola, con independencia de su marido, su *legiti-*



mación — art. 354. Necesita el consentimiento de su marido, porque aunque se trata de su propio estado de familia, ya no es sólo ella quien tiene interés en el acto: también lo tiene su marido, porque puede ser de tal importancia que comprometa la integridad del matrimonio. No puede la mujer obrar en este caso con independencia de su esposo, porque aunque se trate de un acto de importancia para ella, fundado en un hecho de la naturaleza, puede comprometer la paz entre los esposos y consiguientemente la integridad del matrimonio, y esto basta para que la ley decida que le es necesaria la autorización marital. No es este el único ni siquiera el mayor de los sacrificios que la ley impone en favor de la armonía entre marido y mujer. Sacrifica al propio hijo negándole derecho para hacer indagación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuirse aquél a una mujer casada—art. 360. Las razones de esta disposición pueden resumirse en esta: es tan grande la importancia de la paz entre los esposos, así para la familia como para la sociedad, que para conservarla puede y aun debe llegarse hasta el sacrificio del hijo. Si, pues, la mujer no puede aceptar ni rechazar su legitimidad con independencia de su marido; si su propio hijo es sacrificado para salvar, con el honor de la madre, la integridad del matrimonio ¿cómo acordarle el derecho de reconocer sus hijos naturales sin necesidad de la autorización marital? Una tal facultad importaría dejar en manos de la esposa el derecho de abrir profunda herida en el corazón de su esposo, humillarlo ante la sociedad y hacer la desgracia de la familia, con perjuicio de los intereses de la comunidad. Tratando de los casos en que el hijo de familia adulto no necesita la autorización del padre, el artículo 320 los enumera, incluyendo expresamente aquél en



que *reconociese sus hijos naturales*: este es su texto:

«No se precisa la autorización del padre para estar en juicio, cuando el hijo de familia adulto fuese demandado criminalmente, ni para las disposiciones de su última voluntad, *ni cuando reconociere sus hijos naturales.*» Cuando enumera los casos en que la mujer casada no necesita la autorización del marido no incluye el del reconocimiento de hijos naturales. Esta diferencia en los textos demuestra que el legislador ha estimado procedente la excepción respecto a la autoridad paterna é improcedente respecto a la autoridad marital. El doctor Freitas, en su nota al artículo 1575 de su proyecto dice: que, por olvido no se incluyó en el 1308, entre los que la mujer casada puede ejecutar sin autorización de su marido ó del juez, este caso: «5° Cuando reconoce «sus hijos naturales tenidos antes del matrimonio.» Pero esta nota de Freitas no perjudica nuestra tesis y por el contrario concurre indirectamente a sustentarla, porque habiéndola conocido nuestro codificador y no aceptado el inciso transcripto, es prueba acabada de que no lo estimó justo, ni concordante con el espíritu del Código. Puede agregarse esta última consideración igualmente decisiva. La regla es la incapacidad de la mujer casada para la ejecución de todo acto y contrato sin licencia del marido, y las excepciones las enumera la ley misma designándolas formalmente. Esta enumeración excluye todo otro caso no comprendido en la disposición excepcional, porque *inclusso unius exclusio alterius*. La enumeración de los casos de excepción importa la confirmación de la regla para todo otro que no sea de los enumerados, y como no se encuentra entre ellos el de reconocer sus hijos naturales, no puede la mujer

hacer reconocimiento de los suyos sin autorización de su marido.

Art. 214.—Todos los Códigos antiguos y modernos; el Derecho Romano como el Derecho Español.

Art. 215. *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.*

227.—El marido, la mujer y los herederos de ambos son los *únicos* que pueden reclamar la nulidad. . . Desde que queda dicho quienes son los *únicos* que pueden reclamarla, queda dicho que no puede ser reclamada por ningún otro.

228.—La incapacidad de la mujer casada para tratar y contratar sin licencia de su marido no es radical ó absoluta. Está decretada en favor de la autoridad marital, en favor de la sociedad conyugal y en protección á la mujer misma. Origina solamente una nulidad relativa, porque está pronunciada con el carácter de una protección, y es por eso que el acto ejecutado sin la autorización del esposo puede, no obstante su nulidad, ser ratificado por el marido, lo que no podría tener lugar si se tratase de una nulidad *absoluta*, porque lo que es absolutamente nulo no tiene existencia en derecho y no puede ser ratificada la nada. Siendo pronunciada como una protección, es natural que únicamente pueda ser reclamada por los protegidos, vale decir por la mujer, por el marido y los sucesores de ambos, porque si hubiera de poder alegarse por todo el que tuviese interés en ello, dejaría de ser un favor y se convertiría en un recurso ordinario, que podría ser empleado





contra los protegidos por la ley, lo que importaría la supresión de la protección. Es por eso que, tratando de la nulidad relativa, el artículo 1082 dice con propiedad científica, que, «no puede ser declarada por juez sino á pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el Ministerio público en el solo interés de la ley, *ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes*», principio al cual se ajusta la declaración del artículo que nos ocupa.

229.—La ley dice que los esposos y sus herederos son los únicos que pueden *reclamar* la nulidad, comprendiendo así los dos casos: aquel en que se la deduce y aquel en que se la opone, ó en otros términos, cuando se la invoca como acción, y cuando se la alega como excepción.

230.—La acción de nulidad es prescriptible y se prescribe contra la mujer por dos años, á contar desde el día de la disolución del matrimonio—art. 4065.

Esto importa establecer que la mujer puede deducir la acción de nulidad *después* de la disolución del matrimonio, y se basa en que desde entonces cesa su incapacidad y queda libertada de toda autoridad.

231.—El marido puede deducirla *durante* y *después* del matrimonio. *Durante*, en nombre de un interés, que bien puede ser simplemente moral cuando sólo obrase en desagravio de su autoridad marital y únicamente porque su mujer ejecutó el acto *sin su autorización*; y á nombre de un interés pecuniario, *después* de la disolución del matrimonio, si le asistiese tal interés, porque si no le asiste ninguno no tendrá derecho para alegar la nulidad, porque



donde no hay interés no hay acción. Véase Mourlon, Tom. 1º, nº 819; Laurent. Tom. 3º, nº 158.

232.—La mujer puede deducir la nulidad durante y después del matrimonio sin necesidad de justificar que el acto ejecutado sin licencia de su marido causó daño ó perjuicio en sus intereses. Su incapacidad y la consiguiente nulidad de sus actos son decretadas en respeto de la autoridad marital, en favor de los intereses de la sociedad conyugal y en favor de la mujer misma. Desde que la necesidad de la autorización es establecida no solo en protección de los intereses de fortuna, sino también de los morales de los esposos y de la familia, es natural y lógico que su falta autorice el ejercicio de la acción. Por consiguiente, la mujer debe estar autorizada para demandar la nulidad por el hecho solo de haber ejecutado el acto sin licencia de su marido.

Esto no quiere decir que se va contra la regla que declara que no hay acción donde no hay interés, porque basta que exista un interés moral reconocido por la ley para que la acción exista. Y así, por ejemplo, la acción de filiación, á la que va aparejada la *petitio hæreditatis*, es procedente en razón del interés moral que se entraña en el estado de familia de las personas, aun cuando la de petición de herencia haya sido perdida por la prescripción—art. 296.

Art. 215.—Cód. Francés, art. 225.—De Nápoles, art. 211.



Art. 216. *Bastará que la mujer sea solamente autorizada por el Juez del domicilio, cuando estuviere el marido loco ó en lugar no conocido, en los casos del artículo 135 de este Código, en cuanto á los actos que los menores casados no pueden ejecutar.*

233.—Ni la locura del marido, ni su ausencia en lugar no conocido suprimen la incapacidad de la mujer casada. Continúa incapaz, y toda vez que para salvar ó beneficiar sus propios bienes, los de su esposo, ó de la sociedad conyugal fuere necesario ejecutar alguno de los actos que según el artículo 135 está fuera de las facultades de los menores emancipados, le bastará ser autorizada por el juez de su domicilio actual, como quiera que le es imposible obtener la licencia marital á causa de la insania de su esposo ó de su ausencia en lugar no conocido. Pothier, dice á este respecto: «Cuando un marido cae en estado de demencia, siendo este estado una enfermedad que puede sobrevenirle sin su falta, no debe privarle de ninguno de sus derechos, ni por consiguiente, del derecho de la potestad que tiene sobre su esposa: solamente impide su ejercicio. Conservándose la mujer bajo la potestad de su marido, á falta de la autorización que éste puede conferirle, debe tener recurso á la del juez, que es representativa de aquélla.» VII, 11, nº 26.

234.—Los actos que la mujer ejecuta con autorización judicial dada en razón del impedimento accidental del esposo, son actos cuyas cargas obligan á éste y le benefician sus ventajas del propio modo que si hubiesen sido practicados por él,—art. 1316,—



porque, como dice Pothier, la autorización judicial es representativa de la licencia marital.

235.—En el caso de locura, ninguna dificultad puede ocurrir, pues no puede ser dudoso que la mujer debe probar la insania del marido en el juicio y por los medios establecidos por los artículos 140 y siguientes y justificar la necesidad ó conveniencia del acto que pretenda ejecutar.

Declarada por sentencia la insania, la mujer entra á ser curadora de su marido,—art. 510,—y puesta que fuese en posesión del cargo.—arts. 433 y 509,—puede ejecutar los actos de administración sin necesidad de autorización especial del juez, porque le basta la general que acompaña á la curaduría que desempeña, pero le será necesaria autorización especial para todos los que están fuera de sus facultades de curadora. Lo mismo debe decirse respecto de los bienes de la sociedad conyugal, porque con la curaduría se transfiere en ella la administración que correspondía á su esposo y sus actos y contratos obligan á la sociedad y al marido—arts. 1318 y 1320.

236.—¿Adquiere también la administración de los suyos propios? Decididamente sí, porque desde que se transfiere en ella la administración que corresponde á su marido, según el art. 1318 citado, es claro que adquiere la de los bienes propios suyos, porque es parte integrante de la general que corresponde á su marido. Esta conclusión está evidentemente sustentada por el artículo 1319 que, al fijar las limitaciones de las facultades de la mujer curadora de su esposo, dice, que no podrá,—sin autorización especial del juez,—enajenar los bienes raíces del marido, *de ella*, y los adquiridos durante el matrimonio... Pothier es explícito al respecto: «Cuando la mujer,



« dice, es nombrada por el juez, curadora de la persona y bienes de su marido, su nombramiento para esta curaduría contiene necesariamente autorización para administrar tanto los bienes de su marido como *los suyos* (de ella). » Ni puede ser de otro modo, porque desde que se le transfiere la administración de los bienes de su esposo y los de la sociedad conyugal, ¿por qué no se le ha de transmitir la de los suyos?

Es menos grave darle la administración de los bienes propios que la administración de los ajenos.

Por lo demás, la administración de la mujer casada curadora de su marido está sujeta á las limitaciones especiales del artículo 1319 y á las generales de los 135 y 509 y sus concordantes.

237.—Pero el artículo que nos ocupa legisla no sólo para el caso de la locura del esposo, sino también para el de su ausencia de su domicilio ó residencia, ignorándose el lugar en que se encontrare.

Ciertamente que el declarado ausente con presunción de fallecimiento por sentencia pasada en cosa juzgada, es una persona afectada de incapacidad *absoluta*,—art. 54, inc. 5º,—cuya esposa tiene derecho para impedir el ejercicio provisorio de las facultades subordinadas al fallecimiento de su marido y para tomar la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal hasta el día en que se decrete la sucesión definitiva del esposo—arts. 1341, 1343 y 1344. Durante este periodo de tiempo, puede ocurrir la necesidad de ejecutar un acto jurídico no comprendido en las facultades de la administración y la mujer debe tener el recurso de ocurrir al juez para la autorización del caso, so pena del sacrificio de sus intereses, de los de su marido y de los de la sociedad conyugal.



238.—La disposición legal ¿debe entenderse limitada al caso de ausencia con presunción de fallecimiento judicialmente declarada, ó debe entenderse á aquellos en que, ausente el marido de su domicilio ó residencia, se ignore el lugar en que se encuentre? Pensamos que debe entenderse con esta extensión. A diferencia del artículo 222 del Código francés, el nuestro no usa de la palabra *ausente*, sino que dice: «cuando el marido estuviese *en lugar no conocido*», lo que no permite argüir con el significado técnico de las palabras *ausente declarado en juicio*—art. 54, inc. 5º—que importan la ausencia con presunción de fallecimiento.

Cuando el marido se ha ausentado de su casa sin conocerse su paradero y ocurre la necesidad de un acto jurídico indispensable para salvar los intereses de la esposa, los bienes del marido, ó los de la sociedad conyugal, la mujer debe tener el recurso de solicitar la autorización judicial desde que le es imposible obtener la de su esposo, y á esta necesidad provee nuestro artículo declarando que bastará la autorización del juez cuando el marido *estuviese en lugar no conocido*. Este alcance de la ley armoniza con su espíritu y su letra, y decimos su espíritu, porque el que notoriamente preside sus disposiciones sobre la materia es salvaguardar los intereses de la mujer, de la sociedad conyugal y los del marido, creando el recurso de la autorización judicial cuando la mujer se encuentra en la imposibilidad de obtener la marital. Laurent sostiene la conclusión contraria, pero sólo en fuerza de los términos en que está concebido el art. 222 del Código Napoleón, y aun en este terreno sus argumentos no son concluyentes—Tom. 3º, nº 127. Mourlon piensa de distinto modo aún para el caso de que se sepa el lugar en que se encuentra el marido:—dice así:—La au-



torización judicial puede y debe suplir la autorización del marido cuando está en estado de declaración ó aun de simple presunción de ausencia. ¿Sucede lo mismo cuando está simplemente *no presente*? En principio no, porque la *no presencia* del marido no constituye la *imposibilidad* de obtener su autorización. Se puede esperar su regreso ó escribirle, puesto que se sabe donde está. Con todo, si en caso de *urgencia* fuera *imposible* á la mujer tener, en tiempo útil, la autorización de su marido, podría entonces suplirla con la autorización de la justicia. Esta solución es, á la verdad, contraria al artículo 222 del Código Napoleón que no habla sino del marido *ausente*, y sobre todo al art. 863 del Código de Procedimientos, que fija expresamente el caso de *presunción* ó de la *declaración de ausencia*; pero no estando concebidos estos textos en un sentido exclusivo, «se puede, fundándose en su espíritu, aplicarlos todas las veces que hay *imposibilidad comprobada de obtener en tiempo* la autorización del marido». Tom. 1º, nº 778. En el campo de nuestra ley, reputamos estrictamente ajustada á su letra y á su espíritu la conclusión que sostenemos.

Art. 217. *Los Tribunales con conocimiento de causa, pueden suplir la autorización del marido, cuando éste se hallare ausente ó impedido para darla, y en los casos especiales previstos por este Código.*

239.—La incapacidad de la mujer casada y la consiguiente necesidad de la autorización de su esposo para poder ejecutar actos jurídicos son pronunciadas, como se ha dicho varias veces, en respeto á la autoridad marital y en servicio de los intereses de la socie-



dad conyugal y aun como protección á la mujer misma. Cuando no es posible el ejercicio de la facultad marital y es necesaria á la mujer la autorización que la habilite para la ejecución del acto, la intervención de la justicia se hace indispensable, y el artículo que nos ocupa declara consiguientemente que los tribunales pueden suplir la autorización del marido. La que acuerden los jueces es representativa de la del esposo y supletoria de ella, y es por eso que los actos ejecutados por la mujer en consecuencia de la autorización judicial, obligan al marido del propio modo que si hubiesen sido hechos por él—art. 1316.

La ley 59 de Toro, que es la 15, tit. 1º, lib. 10 de la Nov. Recop. resuelve que: «Cuando el marido estuviere ausente, y no se espera el próximo venir, ó corre peligro en la tardanza, que la justicia con conocimiento de causa, seyendo legítima ó necesaria ó provechosa á su mujer, pueda dar licencia á la mujer, la que el marido le había de dar, la cual así dada, vala como si el marido se la diese.»

240.—La autorización dada por los jueces puede ser especial ó general, como especial ó general puede ser la que en el caso correspondiera al marido acordar; y así, cuando por hallarse ausente el esposo fuese necesario para asegurar, por ejemplo, el alimento de los hijos, autorizar á la mujer á ejercer alguna profesión ó industria determinada, la autorización que se le acordare importaría habilitarla *para todos los actos ó contratos concernientes á su industria ó profesión*—art. 213.—Del mismo modo, la autorización judicial que se dice á la mujer para administrar los bienes que adquiriese por herencia, donación ó legado bajo la condición de no ser recibidos y administrados por el marido, importaría concederle facultad para hacer



todos los actos ó contratos concernientes á su administración—art. 1261.

241.—Nuestro artículo designa tres casos en los cuales pueden los jueces suplir la autorización marital y son :

Cuando el marido está ausente :

Cuando está impedido para darla ; y finalmente

En los casos especiales previstos por el Código.

242.—Referentemente á los casos de ausencia del esposo, nos referimos á lo dicho bajo el artículo anterior inmediato—(216).

243.—Los casos en que el marido estuviese impedido para acordar licencia á su mujer serian, entre otros, los siguientes :—Cuando en razón de su estado de insolvencia y concurso de sus acreedores estuviese separado de la administración de sus bienes ; cuando estuviese afectado de incapacidad absoluta en razón de la declaración judicial de su insania, etc., porque no teniendo actualmente la administración de los bienes, ni siéndole dado disponer de ellos, no puede autorizar ó sea conferir mandato á su mujer para los actos de la referencia—arts. 1928 y 1929.

244.—Entre los casos especiales previstos por el Código puede citarse éstos :—1º Cuando después de celebrado el matrimonio la esposa adquiere bienes por herencia, donación ó legado, bajo la condición impuesta por el testador ó donante de que el marido no reciba ni administre los bienes, la mujer podrá administrarlos con licencia judicial, si el esposo se la negara, ó no pudiera dársela por estar impedido para darla—art. 1261.—2º La mujer separada de bienes, aunque tiene la administración de los de su propiedad y aun puede enajenar los muebles, carece de facultad para



la enajenación de los inmuebles y para constituir sobre ellos derechos reales, actos que sólo puede ejecutar *con autorización judicial* — art. 1336; 3º La mujer que fuese nombrada curadora de su marido incapaz puede dar en arriendo los bienes inmuebles de éste por el mismo tiempo que el marido puede dar en arriendo los de su mujer; pero para darlos por un plazo mayor, la esposa curadora debe solicitar permiso *judicial* — art. 1321 combinado con los 1312 y 1313...

245.—Para conceder su autorización, los jueces deben tomar conocimiento de la causa á fin de deliberar con debida instrucción sobre si es ó no útil á la mujer el acto que pretende ejecutar. Es esta la disposición de nuestro artículo cuando dice que « los tribunales *con conocimiento de causa*, pueden suplir la autorización del marido »...

La mujer debe—según los casos—presentarse y exponer la causa ó razón por qué no puede solicitar ú obtener la autorización marital y demostrar la necesidad ó conveniencia del acto para cuya ejecución pide el permiso judicial; y en mérito de esta solicitud, el juez, previos los tramites debidos, de conformidad á la ley que regula el procedimiento judicial, resolverá lo que corresponda.

246.—El Código, en su artículo 194 de numeración vieja, disponia que los tribunales podian suplir la falta de la autorización del marido cuando éste... *la rehusare sin motivo fundado*, y la autorización fuese necesaria y útil á la mujer ó al matrimonio. La ley del Congreso, conocida con el título de *Ley de matrimonio*, ha suprimido del citado artículo 194 la parte que queda recordada, dándole la redacción que hoy tienen el 217 que nos ocupa. ¿Fué intención del legislador



suprimir el recurso de la autorización judicial *contra* la negativa del marido, aun cuando ésta fuese injusta ó perjudicial á la mujer? Esto importa preguntar si fué su intención conferir al marido un poder tiránico y tornar en facultad perjudicial á la mujer la concedida al esposo en beneficio suyo, en favor de los intereses del matrimonio y en *protección* á ella.

La supresión no ha obedecido á este propósito: se ha pensado que era útil mencionar los *casos especiales* previstos por el Código y que no era necesario conservar la frase—«cuando el marido rehusase su autorización sin motivo fundado»—porque quedaba establecida en otros artículos. En efecto, el art. 1261, declara que la mujer podrá administrar sus bienes con licencia del juez, si el marido *no se la diere*. Aquí queda establecido que *contra* la negativa del marido hay recurso á la justicia. El 226 estatuye que los actos de la esposa autorizados por el juez *contra* la voluntad del marido, no obligan los bienes de éste, ni el haber social, sino hasta la concurrencia del beneficio que el esposo ó la sociedad hubiesen reportado de sus actos. Aquí también queda establecido que *contra* la negativa del esposo hay recurso para ante los jueces en solicitud de la autorización negada. El principio contrario no cabe en la letra, ni en el espíritu de la ley y entraña un poder tiránico que pugna con las reglas liberales que presiden la organización y régimen de la familia en el país.

Art 217.—LL. 13 y 15, Tit. 1, Lib. 10, Nov. Rec. — Cód. Francés, art. 218—De Nápoles, 207 y siguientes.



Art. 218. *El marido puede revocar á su arbitrio la autorización que hubiere concedido á su mujer; pero la revocación no tendrá efecto retroactivo en perjuicio de tercero.*

247.—La facultad reconocida al marido para revocar á su arbitrio la licencia que hubiese concedido á su mujer, es la recíproca de la que le asiste para concedérsela cuando la estime necesario ó conveniente.

Puede revocar á su arbitrio la que él ha concedido, pero no puede revocar la que contra su voluntad ha sido otorgada por la justicia.

248.—¿Podrá la mujer recurrir á los jueces *contra* la revocación del marido? La revocación de la autorización dada puede importar para la mujer tanto como la negativa, porque puede ser necesaria á los intereses de la esposa la conservación de la concedida en razón de no haberse aun ejecutado el acto para que fué dada, ó de ser indispensable complementarlo para alcanzar el beneficio buscado. Siendo así, la revocación le perjudica tanto como la negativa y podrá de consiguiente solicitar de la justicia la conservación de la que le concedió su esposo.

249.—La revocación no tendrá efecto retroactivo en perjuicio de terceros, dice nuestro artículo. La autorización puede tener por objeto: 1° un acto que haga relación á un derecho ó á un bien de exclusiva propiedad de la esposa, como cuando, siendo mayor de edad, fuese autorizada para vender un inmueble de su dominio particular; 2° hechos que tengan por objeto los bienes ó actos que estén dentro de las facultades del marido en su calidad de administrador de sus bienes propios, de los de su esposa y de los del matrimonio.



En cualquiera de estos casos, la autorización marital atribuye á la esposa capacidad legal para la ejecución del acto autorizado, cuya validez es, bajo este aspecto, inatacable; y á uno y otro se aplica la regla de que la revocación no tendrá efecto retroactivo *en perjuicio de tercero*.

Esta regla es ampliamente jurídica, porque es absolutamente justa y rige en este caso como en otros análogos, ya sea que se trate de actos que no interesan de inmediato sino á la mujer, ya de los que comprometen los bienes propios del marido ó del matrimonio. Así, la cesación de la separación judicial de bienes restituye á éstos al estado anterior de la separación, tal cual si ésta no hubiese ocurrido, pero se conservan válidos todos los actos legales que hubiese ejecutado la mujer durante el tiempo de la separación,—art. 1338;—la confirmación de los actos jurídicos se retrotrae al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, ó al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad; pero el efecto retroactivo no perjudica los derechos de terceros—art. 1098. La regla contraria implica iniquidad.

250.—La revocación no surtirá efecto respecto de terceros sino desde que han tenido ó podido tener conocimiento de ella. Este principio que rige en el mandato y que está consignado en el artículo 1998, es de estricta aplicación á la revocación que nos ocupa, porque si la autorización acordada á la mujer, fué para actos que entran en las facultades del esposo, hay en el caso un mandato y está consiguientemente sometido al principio recordado. No puede regir otra regla cuando la autorización tuvo por objeto un bien de exclusiva propiedad de la mujer, porque desde que la autorización confiere á la esposa capacidad para la



ejecución del acto, para los terceros que tratan con ella con conocimiento de la autorización, su revocación no puede regir sino desde la fecha en que dichos terceros tuvieron ó pudieron tener conocimiento de la revocación. Lo contrario sería evidentemente injusto y, por lo tanto, es fundadamente que el artículo que nos ocupa establece, abarcando los dos casos de la autorización marital, que la revocación no tendrá efecto retroactivo en perjuicio de tercero.

Art. 219. *El marido puede ratificar general ó especialmente los actos para los cuales no hubiere autorizado á su mujer. La ratificación puede ser tácita por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia.*

251.—Tenemos dicho bajo el art. 211 y otros, que la autorización que el marido conceda á su mujer para tratar y contratar puede ser *general ó especial*. Guardando lógica con esta facultad, el presente establece que puede ratificar *general ó especialmente* los actos ó contratos que hubiese ejecutado su mujer sin su consentimiento ó autorización; y como ésta, también la ratificación puede ser expresa ó tácita. Es expresa la que de palabra ó por escrito contiene inequívoca aprobación del acto ejecutado, y es tácita la dada por hechos que importando manifestación de voluntad impliquen la aprobación dicha—arts. 948, 952 y 1969.

252.—Hay diferencia entre la ratificación y la confirmación. La ratificación es la aprobación de un acto que otro ha hecho á nuestro nombre careciendo



de poder, ó excediendo el que se le ha dado, sin hacer contemplación alguna á los vicios de nulidad que el acto tenga,—arts. 1965, 1970 y 1971;—y la confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto á una acción de nulidad—art. 1093. Así, hay confirmación cuando el mayor de edad aprueba en instrumento legal un acto pasado en su minoridad con el vicio de la no concurrencia del Ministerio de Menores, por ejemplo—art. 1094. Hay ratificación cuando el mandante aprueba el acto que el mandatario ejecutó en nombre de aquél, pasando los límites del mandato—art. 1965; ó cuando aprueba expresa ó tácitamente el ejecutado en su nombre por quien no tuvo poder ni representación suya,—art. 1195. En su nota al art. 1093, nuestro codificador dice sobre el particular: «La confirmación contiene virtualmente « renuncia de la acción de nulidad; pero toda renun- « cia no constituye una confirmación. Tampoco la « confirmación es una novación, ni una ratificación « del acto, como algunos escritores enseñan. El « efecto de la novación es crear una obligación que « reemplace la antigua: la confirmación, por el con- « trario, tiene sólo por objeto reparar los vicios del « acto á que se refiere. La ratificación es la expre- « sión técnica por la cual una persona aprueba los « actos que otra ha hecho á su nombre sin haber re- « cibido el mandato correspondiente. »

253.—Cuando el acto ejecutado por la mujer es de los que sólo ella puede ejecutar, bien que *con autorización* de su esposo, como por ejemplo, la venta de un inmueble de exclusiva propiedad de la mujer, lo que corresponde es la confirmación y no la ratificación, porque no puede decirse que la esposa contrató á

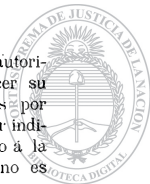


nombre ó en representación de su esposo. La confirmación debe ser hecha en tal caso de conformidad a las disposiciones del título sobre «*Confirmación de los actos nulos ó anulables.*»

254.—Cuando el acto ejecutado es de los que corresponden al marido en razón de sus facultades de tal, se estima que la mujer ha obrado en nombre del esposo y lo que procede respecto de dicho acto es, no la confirmación,—sino la ratificación por el marido si él quisiera prestar su aprobación al acto.

255.—¿Contra quiénes surte efecto la ratificación? Es claro que contra el marido que ratifica y contra sus herederos, porque los actos jurídicos surten efecto no sólo contra el autor de ellos, sino también contra sus herederos y sucesores universales—art. 1229.

Si la ratificación tiene lugar durante el matrimonio, surte efecto *erga omnes*, es decir, contra el marido y sus herederos y contra la mujer y sus herederos. Ciertamente que la acción de nulidad por falta de autorización corresponde separadamente á marido y mujer y á sus respectivos sucesores—art. 315. Ciertamente también que nadie puede renunciar sino sus derechos y no los ajenos, con lo que pudiera argüirse para sostener que la ratificación del esposo puede surtir efecto contra él y sus herederos, pero no suprimir la acción de nulidad que corresponde á la mujer. Pero el marido es el jefe de la familia y el administrador de los bienes y negocios así del matrimonio como de la esposa, y por lo tanto, la ratificación del acto ejecutado por la mujer sin su consentimiento, ratificación cuya conveniencia es uno de tantos negocios que caen bajo sus facultades, debe surtir efecto para la esposa como cualquier otro acto regular del marido. Lo contrario importaría dejar de hecho al arbitrio de la



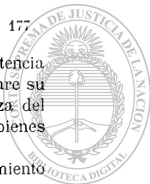
esposa, la facultad de tratar y contratar sin la autorización del esposo, sin poder éste ni restablecer su autoridad, ni reparar los perjuicios causados por aquélla en sus bienes, que no son ni pueden ser indiferentes al marido. Este resultado es contrario á la letra y espíritu del Código; por consiguiente, no es aceptable la doctrina que conduce á él.

256.—Por lo demás, la ratificación tiene el mismo efecto que la autorización previa—art. 1196—y se retrotrae al día ó fecha del acto ratificado—art. 1970,—del propio modo que la confirmación; pero sin perjudicar en uno y otro caso los derechos de terceros—art. 1970 citado y 1099.

Art. 219. L. 11, Tit. 1°, Lib. 10, Nov. Rec.

Art. 220. *Los actos y contratos de la mujer no autorizados por el marido, ó 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 ó el marido hubiesen reportado del acto.*

257.—La incapacidad que afecta á la mujer casada en razón del matrimonio no es absoluta, sino simplemente relativa y, por consiguiente, los actos ejecutados por ella sin autorización de su marido no están viciados sino de nulidad de este último carácter, la que no puede ser reclamada sino por el esposo y la esposa y los herederos de ambos. El acto anulable de la



mujer se reputa válido mientras no haya una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare su nulidad, y obliga los bienes de ella en fuerza del principio de derecho común que dice, que, los bienes del obligado son la garantía de sus acreedores.

El acto ejecutado por la mujer sin el consentimiento de su marido y el ejecutado por la misma con autorización judicial, dada *contra* la voluntad del esposo, obligan *solamente* los bienes de la mujer, salvo en el primer caso si se pidiese su rescisión, sea por la misma mujer con autorización del marido, sea por éste en uso de sus facultades propias.

Esta regla de la limitación de la responsabilidad á los bienes propios de la mujer está consagrada por el artículo 1426 del Código Napoleón, concebido así :

« Los actos ejecutados por la mujer sin el consentimiento del marido y aun los practicados con autorización de la justicia, no obligan los bienes de la comunidad, sino cuando contrata como comerciante público y para el hecho de su comercio » y por el 146, inc. 3º del de Chile, que dice : « Si la mujer ha sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, obligará solamente sus bienes propios ; mas no obligará el haber social, ni los bienes del marido, sino hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad ó el marido, hubiesen reportado del acto. »

Queda de esta manera justamente salvada la autoridad que incumbe al marido en la dirección y administración de todos los negocios del matrimonio. Si la mujer ha obrado sin licencia del marido, la limitación de la obligación á los bienes de ella como garantía es una especie de correctivo á su falta. Si obra con autorización judicial *contra* la voluntad del marido, se tiene este resultado : la autoridad marital no es tiránica, por-



que hay contra ella recurso á la justicia, pero queda correctamente salvada con la limitación de la responsabilidad á los bienes propios de la mujer.

258.—La ley abre esta excepción: «obligarán el « haber social y los bienes del marido hasta la concurrencia del beneficio que la sociedad conyugal ó el « marido hubiesen reportado del acto.» Se funda esto en que no es justo que, prevalidos de los actos nulos ó anulables de la mujer, su marido ó la sociedad conyugal enriquezcan con perjuicio de tercero.

E aun dixerón, que ninguno non deve enriquezer tortizeramente con daño de otro, escribe la Regla 17, tit. 34, part. 7^a.

Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria tocupletiore fieri, dice la ley 206, tit. 17, lib. 50 del Digesto: *Quia pecunia mea que ad te peruenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est,* agrega Celso. De modo que, siempre que por un hecho cualquiera, propio ó de otro, voluntario ó involuntario, se encuentra uno haber enriquecido con daño de tercero, se está en la obligación de devolverlo que se ha aprovechado; á cuyo efecto era dada en el derecho romano la acción denominada *in rem verso*, fundada en la equidad, ó sea en la justicia natural. Véase lo dicho bajo el art. 43.

259.—Cuando obra con la autorización de su marido, ó con la judicial, dada en la imposibilidad de obtenerse la marital, ó en caso de no necesitarse sino la del juez, el acto de la mujer obliga no sólo los bienes de ella sino también los de la sociedad conyugal y los del marido. Arts. 216, 217 y 1316 y arg. del 1320.



CAPÍTULO IX

Del divorcio

Art. 221. *El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial.*

260.—La indisolubilidad del matrimonio es de derecho natural y fué siempre sostenida por la iglesia católica. El voto de perpetuidad es, dice Portalis, el voto de la naturaleza, y nada es más verdadero que esto.

El matrimonio es la unión de dos almas que se confunden en una aspiración única. La perpetuidad es la característica del amor que las une y es á la vez una condición de su unión. La indisolubilidad del lazo que hace de las dos una está en la naturaleza; pero el poder temporal consagró muchas veces el principio contrario estableciendo que el divorcio disuelve el matrimonio y, consiguientemente, que los divorciados pueden contraer nuevo matrimonio aún en vida de su anterior consorte.

Y así, en el libro 24, tit. 11 de las Pandectas, de *Divortiis et Repudiis* se registra el pasaje en que los emperadores Teodosio y Valentiniano dicen: « Aunque los matrimonios permitidos por la ley se contraen por el solo consentimiento de los esposos, queremos que no pueda disolverse sino después del envío del billete



de repudiación, porque el favor de los hijos exige que su disolución sea difícil. » *Consensu licita matrimonia posse contrahi contracta non nisi misso repudio solvi præcipimus. Solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse, favor imperat liberorum.* Y el emperador Justiniano ha declarado, tomando por base una sentencia de Paulo, que el matrimonio se disuelve por la muerte, por *el divorcio*, por la cautividad y aún por toda otra especie de servidumbre de cualquiera de los esposos. He aquí su resolución en las Pandectas, lug. antes citado: « *Dirimitur matrimonium DIVORTIO, morte, captivitate vel alia contingente servitute alterutrius eorum.* »

La iglesia católica condenó esta conclusión y declaró constantemente que el segundo matrimonio de cualquiera de los divorciados durante la vida de su consorte era un verdadero adulterio.

261.—En la República Argentina este principio fué siempre é invariablemente mantenido y la conciencia nacional es inequívoca y descansa en la regla axiomática de la indisolubilidad del matrimonio. Por consiguiente, se conforma con la conciencia del país y con nuestro nunca variado derecho la declaración formulada por el artículo que nos ocupa de que, el divorcio que el Código autoriza consiste *únicamente* en la *separación personal* de los esposos, *sin que se disuelva* el vínculo matrimonial. De esto se deduce que los divorciados pueden unirse nuevamente, ó, como se dice, reintegrarse en su matrimonio, porque el vínculo de su unión no se rompe sino con la muerte de uno de los esposos. Arts. 238 y 228.

262.—La palabra divorcio viene, según Gayo, de la diversidad de caracteres de los que rompen el matrimonio, *a diversitate mentium*, ó de las diversas

partes que forman después de haberlo roto, QUIA IN DIVERSAS PARTES eunt qui distrahunt matrimonium; y en el caso de su declaración legítima, el cónyuge inocente tiene derecho para pedir la separación judicial de bienes, art. 1340. No se produce *ipso facto*, *ipsoque jure*: sólo hay facultad para pedirla.

Art. 222. *No puede renunciarse en las convenciones matrimoniales la facultad de pedir el divorcio al juez competente.*

263.—Nuestra ley reconoce, y con razón, que los futuros esposos tienen derecho á hacer, antes de celebrar matrimonio, estipulaciones destinadas á regular ciertas relaciones jurídicas entre los casados y aún á fijar la excepcional capacidad de la mujer durante el matrimonio; pero, al mismo tiempo que hace este reconocimiento, limita la materia de las estipulaciones declarando de un modo formal é inequívoco, que *únicamente* pueden versar sobre estos objetos: 1º Designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2º Reserva á la mujer de la administración de algún bien raíz de su exclusiva propiedad; 3º Las donaciones que el esposo hiciere á la esposa; 4º Las donaciones que los esposos se hicieren de los bienes que dejasen por su fallecimiento—art. 1251. Estando declarado por la ley que *únicamente* sobre estos objetos es permitido estipular en los contratos de matrimonio, es claro que queda prohibido estipular sobre cualquiera otro y, por consiguiente, que es nula toda estipulación sobre un objeto que no sea de los enumerados, en fuerza del principio consignado en el art. 18. Pero, el legislador ha querido acentuar más y más esta prohibición declarando expresamente en el art.



1252, que «toda convención entre los esposos (futuros) *sobre cualquier otro objeto* relativo á su matrimonio, como toda *renuncia* del uno que resulte á favor del otro... es de ningún valor.»

Esto sólo es bastante para declarar nula y sin efecto la renuncia que en las convenciones matrimoniales se hiciese por los futuros esposos de la facultad de pedir el divorcio al juez competente; pero el artículo que nos ocupa ha querido escribir esta expresa prohibición en servicio á la importancia del punto. El matrimonio es la unión de dos almas que se complementan recíprocamente: es, como dice un afamado jurisconsulto, una escuela de perfeccionamiento intelectual y moral, pero á condición, agregamos nosotros, de que el cariño y la armonía reinen entre los esposos. Cuando estos dones del cielo desaparecen y son sustituidos por el odio y la reyerta, aquella escuela se torna en escuela de escándalo, que es indispensable suprimir en bien de los casados, en bien de los hijos y hasta en bien de la sociedad. El divorcio es un remedio, extremo seguramente, pero un remedio inexcusable contra aquel mal. Era, pues, altamente conveniente declarar que no es permitido renunciarse en las convenciones matrimoniales la facultad de pedir el divorcio al juez competente.

Art. 223. *No hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Ellos no serán tenidos por divorciados sin sentencia de Juez competente.*

264.—El matrimonio es un acto esencialmente voluntario y sus contrayentes van á él en busca de la



felicidad, creyendo encontrarla tan cumplida como es dado alcanzarla. Es deber de los esposos guardarse fidelidad, prestarse ayuda, compartir los dolores de la peregrinación y hacer vida común, viviendo en la misma casa. No se concibe el matrimonio sin esta vida íntima, confundida en una.

El divorcio, aún limitado como está por nuestra ley á la separación personal de los esposos, es en sí mismo una desgracia, pero una desgracia indispensable para curar una mayor de consecuencias trascendentales. Siendo el matrimonio un acto libre de las partes ¿no les será permitido decretar por consentimiento mutuo su separación personal? Trátándose de un contrato cuyas consecuencias afectan de inmediato la suerte de los casados ¿no tendrán el derecho de romper de común acuerdo las obligaciones contraídas, entre ellas la de hacer vida común? El matrimonio es un contrato que tiene su fundamento — es verdad — en la libre voluntad de los esposos, pero es al mismo tiempo toda una institución de importancia capital para el orden social. Es el fundamento de la organización de las sociedades civilizadas y es por eso que está legislado no sólo en mira del interés personal de los casados, sino también y especialmente de los intereses de la comunidad. Los deberes que la ley impone á los esposos responden á este doble propósito y por consiguiente no puede serles permitido suprimirlos á su arbitrio.

Las obligaciones impuestas en el interés de la sociedad están arriba de la voluntad de los individuos: su dispensa debe ser obra de los resortes del poder público. De consiguiente no puede haber divorcio por mutuo consentimiento de los esposos y no pueden y no deben ser tenidos por divorciados *sin sentencia de juez competente*.



Este principio está consignado en el proemio del tit. 10 de la part. 4ª.

265.—Nada importa que las causas que autorizan el divorcio se hayan hecho públicas y notorias por su repetición y por su volumen. Nunca será bastante un acto privado de los esposos para dejar establecida su legal separación. Son necesarios un juicio y la sentencia de juez competente: de lo contrario, la separación de los esposos no surtirá efectos legales. Habrá un hecho, pero no un estado legal en la relación de los casados.

266.—El juicio se seguirá por los trámites que establezca la ley del procedimiento judicial, y si alguno de los esposos, marido ó mujer, fuese menor de edad, será indispensable que sea asistido por un curador especial, elegido por la parte á este solo fin, ó en su defecto nombrado por el juez de la causa.—Art. 226.



Art. 224. *Las causas de divorcio son las siguientes:*

1^a *Adulterio de la mujer ó del marido.*

2^a *Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal ó como cómplice.*

3^a *La provocación de uno de los cónyuges al otro á cometer adulterio ú otros delitos.*

4^a *La sevicia.*

5^a *Las injurias graves: para apreciar la gravedad de la injuria, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse.*

6^a *Los malos tratamientos, aunque no sean graves cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal.*

7^a *El abandono voluntario y malicioso.*

267.—Las causas del divorcio no están dejadas al arbitrio de los jueces y menos al criterio de las partes interesadas. Las establece la ley misma, consultando siempre tanto el interés de la sociedad como el privado de los esposos; y las establece consignándolas determinada y formalmente, con claro espíritu de excluir toda otra que no sea de las enumeradas. No hay ni puede admitirse otros motivos para el divorcio que los designados por la ley.

268.—En derecho romano, Rómulo no permitía al marido repudiar á su mujer sino en el caso de adulterio ó de ciertos crímenes cometidos por ella, según Plutarco sobre Rómulo; pero parece que la ley de



las Doce tablas permitió á los maridos repudiar á sus mujeres á voluntad. Con todo, los romanos pasaron mucho tiempo sin usar de esta disposición facultativa, hasta el sexto siglo de la fundación de Roma, en que se abusó de ella. Esta facultad fué suprimida con el progreso del tiempo y se hizo determinación de causas para el divorcio, el cual, como es sabido, suprimía el vínculo matrimonial. Fueron Constantino, sus sucesores en el imperio y sobre todo Justiniano, quienes fijaron las causas por las cuales el marido ó la mujer podían demandar el divorcio.

Teodosio y Valentiniano las establecen así: En relación á la mujer, «si una mujer ha descubierto
« que su marido se ha hecho culpable de adulterio,
« de homicidio, de envenenamiento, de conspiración
« contra el estado, ó que haya sido condenado por
« crimen de falsedad, que haya violado sepulcros, ó
« profanado templos; que sea ladrón, ó haya ocultado á ladrones; que haya sustraído bestias ó
« esclavos; si, sin respeto para sí mismo y para su
« casa, ha reunido mujeres de mala vida (lo que
« irrita sobre todo á las mujeres honestas); si ha
« atentado contra su vida con el veneno, el puñal ó
« de cualquiera otra manera semejante; si la ha
« golpeado (lo que no puede sufrir una mujer nacida
« libre), y que lo pruebe, es necesario entonces acordarle el recurso del billete de repudiación y aprobar
« tales causas de divorcio.»

Un marido tampoco puede repudiar á su mujer sino por iguales causas, esto es, «por haber sin
« su noticia ó contra su voluntad comido con hombres extraños, haber pasado noches fuera de su
« casa sin motivo plausible, ó haber asistido contra
« su prohibición á los juegos de circos, de teatro, ó
« de la arena.»



Justiniano agregó á estas faltas la de « si una mujer ha usado medios para procurarse un mal parto, ó si ha ido á los baños con hombres por libertinaje, » pero por sus novelas introdujo últimamente modificaciones en la materia, reduciendo á pocas las causas de divorcio. Véase Pandectas, lib. 24, tit. II, *de divortiis et repudiis*.

269.—Entre nosotros han regido las designadas por las leyes de la Iglesia Católica y en el Título 10 de la Part. 4ª, hasta que el Código las ha reducido á las enumeradas en el art. 224 que nos ocupa.

Fuera de ellas no puede admitirse ninguna otra, porque están designadas taxativamente. Ya si, la locura, la epilepsia, por violentos que sean sus ataques, no pueden autorizar el divorcio. Tampoco pueden autorizarlo las enfermedades asquerosas ó que producen deformidad. Por el contrario, es deber de los esposos prestarse en estos casos toda la ayuda, todos los cuidados y todos los recursos que la desgracia reclama. Es en las pruebas crueles de la vida cuando son llamados respectivamente los esposos á llenar el uno con el otro el más noble de los deberes, la más grande de las obligaciones del matrimonio: la asistencia. Si el uno cae postrado por el dolor, el otro debe tenderle la mano y aliviar sus penas con el bálsamo de las atenciones cariñosas, enaltecidas por la abnegación. Estos principios son conformes, dice Pothier, á las decisiones del papa Alejandro, relativas á la enfermedad de la lepra, que era común en su tiempo: « *Quoniam*, dice este papa, *vir et uxor una caro sint, et non debeat sine altera esse diutius, mandamus ut uxores viros et viri uxores qui lepræ morbum incurunt, sequantur, etc.* »

¿Qué hay de más natural, dice la ley romana,



que el que la mujer participe de las desgracias del marido y el marido de las desgracias de la mujer? *¿Quid tam humanum est, quàm fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse?* Pands. Tom. 23, Reg. CCCXCIV.

270.—La primera causa designada es el *adulterio* y ciertamente que es una de las más graves. Es la violación de la fidelidad que recíprocamente se deben los esposos. A este respecto, nuestra ley se ha apartado del derecho antiguo que no autorizaba sino al hombre para pedir el divorcio por el adulterio de su mujer. El Código ha consignado la igualdad que la justicia demanda declarando que así el adulterio del marido como el de la mujer autoriza el divorcio.

271.—La segunda causa es «la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, sea como autor principal ó como cómplice».

El esposo que llega hasta el extremo de atentar contra la existencia del otro revela un odio mortal incompatible con la vida común. El divorcio de las almas está hecho antes que los jueces de la tierra lo pronuncien. Nada importará que la responsabilidad penal de la tentativa, ya del autor, ya del cómplice, sea moderada por alguna circunstancia atenuante. Ella servirá para disminuir el castigo infligido al delito, pero no para hacer que la falta deje de ser causa de divorcio.

272.—La tercera causa es «la provocación de uno de los cónyuges al otro á cometer adulterio ú otros delitos».

En algún otro lugar hemos dicho que el matrimonio es una escuela de perfeccionamiento tanto intelectual como moral. Nada es más contrario á esto que la corrupción de uno de los esposos llevada al extremo



de provocar al otro á cometer adulterio ú otro delito cualquiera. En razón de la intimidad de la vida, en el matrimonio más que en otro estado ó condición, la influencia personal es decisiva, casi irresistible, y, por consiguiente, si á pesar de las provocaciones no fuese permitido solicitar el divorcio, el esposo inocente quedaría condenado á ser víctima de su consorte, y habría derecho para decir que la ley autorizaba *de hecho* á que el matrimonio se tornase en escuela de crímenes. Sostener semejante foco de perversión sería minar la base de la sociedad.

273.—La cuarta causa es «la *sevicia*». La sevicia importa crueldad y crueldad excesiva, y nunca fué dudoso que es justa causa de divorcio. El esposo que incurre en actos de verdadera sevicia viola los deberes del matrimonio y no puede exigir del otro que se conserve en la vida común. En esta materia, la ley no puede imponer el silencio y la impasibilidad de la abnegación ante hechos que ponen en peligro la existencia, ó que amenazan con grave daño personal.

274.—La quinta causa son las injurias *graves*. No debe olvidarse la diferencia fundamental que hay entre la injuria verdadera y un hecho ó acto injurioso. La injuria entraña dolo, ánimo de ofender y, por consiguiente, responsabilidad. El loco que pronuncia una frase injuriosa, ó que ejecuta un acto de este carácter no hace un acto humano, porque no hay deliberación, intención y libertad. Nadie puede pretender que los hechos ó palabras ofensivas de un alienado sean causa que autorice á romper la integridad del matrimonio.

275.—Para dar lugar al divorcio, las injurias deben ser *graves*, y para apreciar su gravedad debe tomarse



en consideración no sólo la posición social, sino también la educación de los esposos y las circunstancias particulares del caso. No basta que los casados ocupen por su fortuna y por su cuna, como se dice, un nivel inferior en las capas sociales, para que sin más que este antecedente se estime no grave la injuria.

No cabe en el campo de nuestra ley decir, que «entre personas de clase inferior las injurias no causan sino una impresión pasajera», á lo que con razón responde Vauvenargues: hay canalla de guante blanco, como hay obreros de elevado corazón. En nuestros días la educación se difunde por todas las capas de la sociedad y con ella nace altivo el sentimiento de la dignidad humana. Es, pues, con entero acierto que nuestra ley establece, que para apreciar la gravedad de la injuria no sólo debe tenerse en cuenta la posición social de los casados, sino también *su educación* con las demás circunstancias del caso.

276.—Es un principio admitido que no puede estimarse que exista injuria cuando se trata del ejercicio de un derecho; y así, la mujer no puede alegar que ha sido gravemente injuriada y demandar en consecuencia el divorcio por haber su esposo publicado avisos desautorizando el proceder de su esposa que, sin su consentimiento, ejerciese alguna industria, porque en esto no hay sino el uso de un derecho reconocido por la ley. Véase el art. 213.

277.—Las causas que autorizan el divorcio entrañan violación de los deberes matrimoniales, de lo que se deduce lógicamente, que es indispensable que las que se invoquen como injurias hayan sucedido después de celebrado el matrimonio. Esta regla nace de la naturaleza misma de las causas del di-



vorcio. Se discute con ardor sobre este punto: Se casa un hombre y después de casado descubre que su esposa estaba en cinta, por acto de otro, antes de casarse. ¿Puede el marido pedir el divorcio alegando que este hecho, que le fué ocultado por la mujer antes del matrimonio, importa una injuria grave?

Laurent sostiene la negativa. Reconoce que la conducta observada por la mujer ocultando su estado á su prometido y disimulando su embarazo, es infame, pero niega que haya en ello una injuria grave en el sentido de la ley. «Según el texto, dice: la « injuria de un esposo contra el otro es lo que constituye la causa del divorcio. Esto supone la celebración del matrimonio. El espíritu de la ley es « notoriamente evidente; y en la especie, no hay « violación de un derecho conyugal: luego no hay « causa de divorcio. En vano se dirá que la injuria « acompaña al matrimonio y que continúa con el « silencio de la esposa culpable. Para calificar un « hecho es necesario considerarlo en el momento en « que se produce. La falta de la mujer es anterior « al matrimonio: luego no importa una injuria entre « esposos. Ella es culpable de reticencia, se dice: « sí, pero esta misma falta es anterior al matrimonio. « ¿Cómo una falta cometida antes del matrimonio « sería una infracción de las obligaciones que el « matrimonio impone entre los esposos? »

Nos parece errada la opinión de este notable jurisconsulto, como inconsistentes sus argumentos.

La que oculta su embarazo al hombre que cree casarse con una mujer virtuosa, le infiere una gran ofensa. A haber conocido su falta no la habría elegido para compañera en la vida. Y la ofensa es hecha en el momento mismo de contraerse el matrimonio y

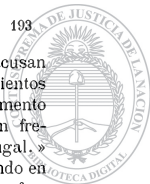


persiste hasta que, descubierta, la culpable confiesa su falta. Esta, en cuanto al comercio sexual de la mujer, tiene por fecha una época en que pudo disponer libremente de su persona, pero la ofensa hecha al marido con su ocultación es contemporánea con el matrimonio. La disimulación de su embarazo es « concomitante y consecutivo » con él, como dice el escritor de quien tomamos estos conceptos. La que comete la perfidia de su ocultación en el momento de la celebración del matrimonio engaña cruelmente, torpemente á su esposo, infiriéndole una herida que no se cierra jamás. Semejante ultraje es una injuria grave que debe autorizar el divorcio. Legrand, *Medicina Legal* — Embarazo anterior al matrimonio, pág. 127.

La Corte de Burdeos ha dicho en un caso sometido á su decisión, que « no hay injuria más grave para « un esposo que la disimulación que emplea con él « una mujer que contrae matrimonio llevando en su « seno el fruto de su falta, que trata de introducir en « la familia de su esposo un hijo que no le pertenece y que recompensa con afrentosa ingratitud « el testimonio de estimación que recibe del que va á « unir su destino al suyo... »

278.—Pero, cuando después de conocer el embarazo de su esposa (producido en fecha anterior al matrimonio) el marido sigue haciendo vida común con ella, no podrá solicitar divorcio por aquella causa, porque es evidente que ha habido perdón, es decir, reconciliación entre ellos y ha quedado borrada la injuria—art. 228.

279.—*La sexta causa* son « los malos tratamientos, aunque no sean graves, cuando sean tan frecuentes que hagan intolerable la vida conyugal. » No son



solamente las injurias graves y la sevicia que acusan odio y crueldad, sino también los malos tratamientos que en razón de su frecuencia se tornan en tormento continuo. Nuestra ley dice, «cuando sean tan frecuentes que hagan *intolerable* la vida conyugal.» La prudencia judicial dirá en cada caso, teniendo en cuenta el tiempo, la clase y continuidad de las ofensas y mortificaciones y la condición moral de los esposos, cuándo se haga intolerable la vida común. En esta materia mucho queda encargado á la prudencia y sabiduría de los magistrados, porque no es posible fijar reglas; pero no debe olvidarse que no debe hacerse fácil el divorcio, porque por sí solo es una desgracia para la familia y para la sociedad.

280.—*La séptima causa* es «el abandono voluntario y malicioso,» porque el de esta clase importa faltar gravemente á las obligaciones que impone el matrimonio. El que voluntariamente y no por motivos lícitos abandona á su consorte, se rebela contra sus obligaciones de hacer vida común, compartir las tareas de la educación de los hijos y prestar á su compañero sus atenciones y cuidados. Tal conducta, que en muchos casos puede importar toda una crueldad, autoriza el divorcio. «Es necesario agregar que hay injurias que, en todas las clases de la sociedad y cualquiera que sea la educación de los esposos, constituyen una injuria grave, dice Laurent. Un marido abandona á su mujer durante su alumbramiento, á grado que personas caritativas se ven en la necesidad de hacer un bolsillo para subvenir á sus necesidades las más urgentes; á este cruel abandono, el marido agrega imputaciones de adulterio y propósitos odiosos. Hay en esto, dice con razón la corte de Dijon, injurias graves, cualquiera que sea



la condición social de las partes, porque implican el olvido de los deberes y sentimientos que forman la esencia misma del matrimonio. »

Art. 225. *Puesta la acción de divorcio, ó antes de ella en casos de urgencia, podrá el Juez á instancia de la parte, decretar la separación personal de los casados y el depósito de la mujer en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción; determinar el cuidado de los hijos con arreglo á las disposiciones de este Código y los alimentos que han de prestarse á la mujer y á los hijos que no quedasen en poder del padre, como también las expensas necesarias á la mujer para el juicio de divorcio.*

281.—Cuando la paz y el cariño han desaparecido entre los esposos y han sido sustituidos por el odio y las reyertas, la ley provee á este estado desgraciado, permitiendo el divorcio; pero con esto solo no quedan suficientemente servidos los respetos personales, porque si para la separación de los casados había de esperarse siempre la sentencia que decretare el divorcio, podrían ocurrir, durante el curso del juicio, incidentes deplorables. A prevenirlos responde el presente artículo, declarando que, entablada que fuere la acción de divorcio, y aun antes en casos de verdadera urgencia, el juez puede—á instancia de parte—decretar la separación personal de los casados, disponiendo el depósito de la mujer en casa honesta, dentro de los límites de su jurisdicción.



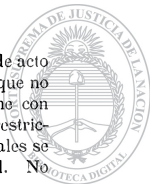
282.—Decretada la separación provisoria, debe igualmente el juez proveer al cuidado de los hijos, declarando, con sujeción á las reglas de derecho,—art. 233,—en poder de cuál de los padres deben quedar los que no fueren menores de cinco años, y determinar los alimentos que han de prestárseles, cuando no hayan de quedar en poder del padre, así como los que deban darse á la mujer y las expensas necesarias para el juicio de divorcio.

283.—El juez debe proceder en todo esto con exquisita prudencia, tomando en cuenta la condición social de los esposos, su educación y su fortuna, sin olvidar que sólo se trata de disposiciones provisorias, tomadas sin perfecto conocimiento de causa.

284.—Hasta aquí las medidas referentes á las personas: pero como también debe cuidarse de los bienes, la ley dispone,—art. 231,—que puede igualmente el juez,—durante el juicio de divorcio,—ordenar, á petición de la mujer cuando la conducta del marido haga temer enajenaciones fraudulentas, ó disipación de los bienes matrimoniales, que se haga inventario de ellos y se pongan bajo la administración de tercero, si el marido no quisiere afianzar el importe de los bienes.

Art. 226. *Si alguno de los cónyuges fuese menor de edad, no podrá estar en juicio, como demandante ó demandado, sin la asistencia de un curador especial, que para este solo fin elegirá la parte, y en su defecto nombrará el juez.*

285.—Uno de los efectos del matrimonio es la emancipación de los casados, emancipación que se



produce *ipso facto et ipso jure*, sin necesidad de acto alguno del favorecido. Pero es emancipación que no concede la plenitud de las facultades que se tiene con la mayor edad, sino limitada, es decir, con las restricciones enumeradas en el art. 135, entre las cuales se encuentra la de estar en juicio en pleito civil. No obstante, pues, su emancipación, los menores casados continúan para ciertos negocios afectados de su incapacidad procedente de la menor edad y necesitan permiso judicial para estar en juicio civil, según el inc. último del art. citado y, por consiguiente, para tomar parte como demandante ó como demandado en el que se promueva sobre divorcio. Para complementar la capacidad del menor emancipado, nuestro artículo requiere que sea asistido por un *curador especial*, y le concede la prerrogativa de nombrarlo á su elección, la cual debe recaer,—como es natural,—en persona que no esté inhabilitada para estar por sí misma en juicio. En caso que la parte interesada no hiciere el nombramiento, lo hará el juez de la causa.

286.—¿ Debe tomar parte en esta causa el Defensor de Menores? La afirmativa no es dudosa. Se trata en ella de algo que interesa á la persona y á los bienes de un menor de edad, y es de consiguiente, indispensable su intervención según el art. 528 y sus concordantes 59 y 62.

En vano se objetará con el artículo 60, que la mujer casada está expresamente exceptuada de la representación promiscua del Ministerio de Menores, porque esta excepción está establecida en el concepto de que está *representada por su esposo*, quien tiene el deber de ejercer todos los actos y acciones que á ella corresponden, tanto en los negocios extrajudiciales como en los judiciales. Pero en el juicio de divorcio no puede

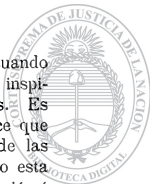


el marido representar á su esposa, porque es pleito que tiene con ella y está en él contra ella. Los intereses de la esposa están contra los del esposo y, por consiguiente, el marido no puede tener la representación de su mujer,—art. 61,—y debe intervenir un curador especial en complementación de la capacidad de la menor emancipada, y, consiguientemente, el Ministerio de Menores, porque no siendo el caso de excepción, debe estarse á la regla general que exige su concurrencia bajo pena de nulidad. El artículo 1327 concurre á esta demostración. Dispone que la mujer menor de edad no podrá pedir la separación de bienes sin estar asistida de un curador especial y sin la concurrencia del Defensor de Menores. La separación de los casados es asunto más grave y trascendental que la separación de bienes y no se concibe que la intervención del Ministerio Público de Menores sea indispensable para éste y no lo sea para aquél. Está evidentemente en la letra y espíritu de la ley que el Defensor de Menores debe intervenir como parte esencial en el juicio de divorcio cuando una de las partes es menor de edad.

Art. 226.—L. 5. Tit. 4, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 1, Tit. 9 y L. 8, Tit. 23, Part. 3.—L. 29, Tit. 11, Part. 4.

Art. 227. *Toda clase de prueba será admitida en este juicio, con excepción de la confesión ó juramento de los cónyuges.*

287.—En toda clase de negocios la confesión formal de la parte es la prueba por excelencia. Constituye el más sólido fundamento de una sentencia destinada á definir derechos particulares: pero sólo es así cuan-



do se trata de intereses pecuniarios, mas no cuando se trata de intereses morales como son los que inspiran el principio de la vida común de los casados. Es en nombre de estos intereses que la ley establece que no hay divorcio por común consentimiento de las partes, de cuya regla no es sino un corolario esta otra sentada por el presente artículo: la confesión ó juramento de los cónyuges no puede servir de prueba en el juicio de divorcio. Lo contrario importaría admitir el divorcio por común consentimiento de las partes, porque todo quedaría dependiente de la confabulación ó concierto de los interesados para prestar el juramento ó confesión del caso.

288.—Hay diferencia entre la confesión en general y el juramento. El artículo 1224, obedeciendo á las diferencias que los distinguen, los enuncia en incisos distintos al designar las diversas clases de prueba: prueba por *confesión* de partes; prueba por *juramento* judicial. El juramento es de dos clases: es supletorio ó decisorio. El supletorio es dado para suplir ó complementar una prueba insuficiente, y es decisorio el deferido por una de las partes á la otra con obligación de pasar por lo que jurase. Uno y otro están comprendidos en la declaración de que el juramento de los cónyuges no puede servir de prueba en el juicio de divorcio. Ello es conforme con la ley y la jurisprudencia francesas, y Pothier escribe sobre el particular lo siguiente: «En los negocios ordinarios, « cuando el demandado reconoce los hechos que el « demandante ha alegado como fundamento de su « demanda, los hechos son tenidos por averiguados, « sin que en tal caso sea necesario que el juez ordene « la prueba á su respecto, quien no tiene otra cosa « que hacer sino ver si los hechos, estimándolos como « constantes y averiguados, son bastantes para fun-



« dar la demanda. 'Sucede de distinto modo respecto
« de la demanda en separación: no pudiendo tener
« lugar esta separación sino por grandes motivos y
« no siendo permitido á las partes separarse por mutuo
« consentimiento, la colusión que hay que temer entre
« la mujer y su marido, conviniendo en los hechos
« que ella alegare, debe impedir al juez para dar
« por probados los hechos y debe ordenar á su res-
« pecto la prueba aunque el marido los reconozca. »
VI, 239, nº 519.

Art. 228. *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 ó 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 á la demanda de divorcio.*

289.—La acción de divorcio se funda en la ofensa que importan los hechos violatorios de los deberes matrimoniales. Cuando el ofendido entabla la acción, ó tiene resuelto entablarla, conserva vivo el resentimiento que despierta la ofensa; pero cuando sobreviene el perdón del ofendido para el ofensor, el resentimiento desaparece y la ofensa queda cubierta. Y como la reconciliación importa perdón, la reconciliación extingue la acción de divorcio respecto de los hechos anteriores á ella y causa la cesación de los efectos del divorcio ya declarado, y con mayor razón extingue la acción entablada, pero aún no juzgada. El art. 272



del Código francés, que es una de las fuentes del nuestro, se inspira en este pasaje del ilustre Pothier — VI, 240, n° 520. « Cuando ha estallado un principio
« de ruptura entre marido y mujer, que ha sido
« seguido de reconciliación, los hechos de mal tra-
« tamiento que han precedido á este principio de
« ruptura son cubiertos por la conciliación, la cual
« inhabilita á la mujer para quejarse de ellos. Esta
« es la razón por la cual la mujer no debe ser escu-
« chada en adelante en una demanda de separación,
« si no es por hechos nuevos ocurridos después de
« la reconciliación. »

290.—El perdón para ser tal debe ser un acto humano, es decir, hecho con deliberación y voluntad, lo que importa decir que no puede estimarse que exista perdón en la reconciliación hecha por un insano.

Los mismos actos que importen una reconciliación tácita no pueden tener este valor cuando el interesado ignoró á la sazón los hechos ejecutados por su cónyuge, que dieran origen á la acción de divorcio. Laurent y las resoluciones que cita en Tom. 3°, n° 209.

291.—De acuerdo con la regla de derecho que dice, que las cosas como se hacen se deshagan, y recordando que no hay divorcio por común consentimiento de las partes, sino que se necesita una sentencia de juez competente que lo declare, el artículo 89 de la ley española sobre matrimonio civil requiere que los divorciados pongan la *reconciliación* en conocimiento del juez que dictó la sentencia de divorcio. Nuestra ley no impone este requisito, como no lo impone la generalidad de los códigos extranjeros. Le basta el hecho de la reconciliación, sin siquiera exigir de los interesados constatarla por acto



escrito, público ó privado, al objeto de su prueba. Con el digno propósito de que se haga la reintegración del matrimonio con entera facilidad, adopta el sistema liberal de permitir que el simple hecho de la reconciliación privada, desnuda de toda formalidad, surta el efecto de la reintegración del matrimonio con todas sus consecuencias, extinguiendo consiguientemente la acción nacida de los hechos anteriores, haciendo cesar los efectos de la sentencia de divorcio, poniendo término á la acción ya deducida, pero aún no juzgada, y restituyendo todo, personas y cosas, al estado anterior á la demanda de divorcio.

292.—¿Cómo se prueba la reconciliación? Por los medios ordinarios de derecho? La ley guarda silencio sobre el particular: luego queda sometido el punto á las reglas del derecho común. ¿Será permitido usar como prueba de la confesión de la parte existiendo una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que ha decretado el divorcio? La razón de dudar está en que el divorcio decretado crea un estado y que no es dado permitir que él dependa de la confesión ó juramento del interesado. Pensamos que la resolución jurídica y justa está en la afirmativa. Hay una sentencia de divorcio: los esposos se han separado, y cuando ellos quieren, mucho ó poco tiempo después de su separación, se reconcilian, perdonándose las ofensas y firmando para mayor satisfacción una escritura pública ó privada en comprobación del acto. ¿Podrá ser invocada esta escritura como prueba? ¿Quién puede dudarla? Y bien, ¿qué es la escritura pública sino la declaración ó confesión de la parte ante el oficial público y los testigos? ¿Qué otra cosa es el reconocimiento de la firma en un instrumento privado sino una confesión? Luego es admisible la confesión de la parte para la



prueba de la reconciliación entre los esposos ; y entre la confesión hecha por medio de escritura pública ó de reconocimiento de firma y la que se hace en juicio, sea contestando á la demanda, absolviendo posiciones ó por juramento judicial, no hay sino diferencia de formas: el fondo es el mismo.

Laurent dice á este respecto: «La cuestión es «dudosa en nuestra opinión. Por la afirmativa se «dice que, en principio, nada se opone á que el «perdón de una injuria sea probado por la confesión: «este perdón extingue la acción. Si una declaración «del demandado es insuficiente para romper el ma- «trimonio, no se ve por qué una declaración del «demandante no bastaría para mantenerlo. No hay «fraude ni colusión que temer. En fin, si la disolu- «ción del matrimonio debe ser evitada en cuanto «sea posible, por esto mismo importa facilitar la «prueba de la reconciliación que extingue la acción «de divorcio. Estas razones son muy poderosas: «tal es también la opinión general. Hay, sin embar- «go, un motivo de dudar que nos hace inclinar á la «opinión contraria. El que hace una confesión dis- «pone del derecho que hace su objeto. Y, ¿se puede «disponer del derecho de intentar la acción de divor- «cio? El esposo ofendido ¿puede renunciarla perdo- «nando la injuria, pero si niega que ha perdonado, «puede invocarse su confesión en una materia de «estado personal? Porque hay un estado en causa, «el matrimonio. Desde luego, el proceso no puede «ser decidido por la sola voluntad de una de las «partes. Por la misma razón no admitimos el jura- «mento. » T. 3º, nº 210.

293.—La argumentación de Laurent no es sólida. No es verdad que el proceso sea decidido por la



sola voluntad de una de las partes. Se tiene la voluntad de las dos: la de la parte que alega la existencia de la reconciliación ó invoca como prueba la confesión de la otra, y la de ésta que reconoce y confiesa la reconciliación.

¿Qué es la reconciliación? El acuerdo de la voluntad de las partes: un acto privado entre marido y mujer sin concurrencia de terceros: la armonía restablecida por voluntad de los que estuvieron alejados. La ley concede plena eficacia á este acto, lo que importa decir que reconoce que la *sola* voluntad de las dos partes basta para extinguir la acción que nace de los hechos anteriores y hasta para *hacer cesar los efectos* de una sentencia pasada en cosa juzgada. Si para esto, que es lo más, basta la voluntad de las dos partes, no se descubre por qué no deba bastar la voluntad de las mismas para decidir el proceso sobre la existencia de la reconciliación.

294.—Por lo demás, no es nuevo en nuestro derecho que la reconciliación, ó sea el perdón, cubre los hechos ofensivos y extingue la acción que de ellos nace. La ley 8ª, tit. 17, part. 7ª, consigna expresamente este principio diciendo: «*Otrosi dezimos, que si despues que la mujer ha fecho el adulterio, la recibe el marido en su lecho á sabiendas, ó la tiene en su casa como á su muger, que del yerro que ouiesse fecho en ante que la acogiesse, non la podria despues acusar; e maguer la acusasse, non seria tenuta de responder á la acusacion, poniendo ante si tal defension como esta. Ca, pues que assi la acojo en su casa, entiendese que la perdono, e non le peso del yerro que fizo.*»

Estas palabras de nuestro artículo: «La ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita



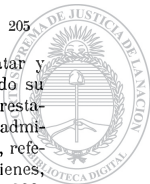
« con la mujer, después de haber dejado la habitación común », son precisamente las equivalentes de las de la ley de las Partidas : « *Ca, pues que assi la acojo en su casa, entiendese que la perdono.* »

« *Entiendese* que la perdono », es decir, se presume que hay perdón, y el perdón, ó sea la reconciliación suprime la acción.

295.—Nuestro artículo dice que « la ley presume la reconciliación cuando el marido cohabita con la mujer después de haber dejado la habitación común. » Uno de los deberes del matrimonio entre los esposos es la habitación común : por consiguiente, cuando el marido, no obstante conocer los actos de la mujer que lo autoricen á entablar acción de divorcio, sigue viviendo en la misma casa que su esposa, de este hecho no nace presunción de reconciliación, porque no obedece sino á un deber que puede seguir cumpliendo sin hacer vida íntima con su mujer ; pero cuando en razón de los actos de ésta se ha retirado de la casa y ha ido á vivir en otra, propia ó ajena, su regreso á la habitada por su mujer, ó sea su cohabitación con ella hace *presumir* la reconciliación.

Esta presunción es no sólo *juris*, sino también *juris et de jure*, porque no puede permitirse que el marido pueda alegar y probar que no tuvo intención de perdonar las faltas de su mujer. Esta es la doctrina contenida en la ley 8ª, tit. 17, part. 7ª transcrita y la que nace de la naturaleza de las cosas.

296.—« La reconciliación restituye todo al estado anterior á la demanda de divorcio », agrega nuestro artículo. Esto debe entenderse de las cosas que sólo dependen de la unión de las personas. Y así, como resultado de la reconciliación, el marido readquiere su autoridad marital y por lo tanto la mujer queda



de nuevo sujeta á la regla que le prohíbe tratar y contratar sin autorización de su esposo, cuando su separación estaba autorizada por sentencia; se restablece en la autoridad paterna, en su carácter de administrador de los bienes dotales, etc., etc.; pero, referentemente á la cesación de la separación de bienes, hay que estar á lo legislado por el artículo 1338, según el cual la separación judicial de bienes no cesa sino por uno de estos dos medios: por la voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por *escritura pública*; ó por decreto judicial expedido á *pedimento* de marido y mujer, lo que importa decir, que la reconciliación no opera *ipso facto* la cesación de la separación de bienes.

297.—La ley, art. 232, autoriza al cónyuge inocente que no hubiese dado causa al divorcio para revocar las donaciones ó las ventajas que por su contrato matrimonial hubiese hecho al otro cónyuge, y se pregunta si la reconciliación de los divorciados deja, *ipso facto et ipso jure*, ó sea *ministerio legis*, sin efecto la revocación que el esposo ofendido hubiese hecho de la donación ó ventajas dichas.

Pensamos que la negativa se impone en nuestro derecho.

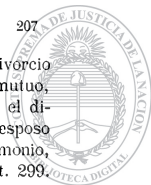
La revocación de la donación no es una consecuencia *necesaria* del divorcio. Tiene por base la ingratitud, y el cónyuge ofendido tiene la *facultad* para revocar las ventajas que por su contrato de matrimonio hubiese ofrecido al otro cónyuge. Puede renunciar expresa ó tácitamente al uso de esta facultad, sin que por esto el divorcio decretado deje de existir y surtir sus efectos legales, lo que evidencia que la revocación de la donación ó ventajas no es un resultado *forzoso é insalvable* del divorcio. Del mismo modo,



el hecho simple de la reconciliación no entraña la nulidad ó cancelación de la revocación de la referencia, porque, como queda dicho, la revocación ni es un resultado forzoso del divorcio, ni siquiera es incompatible con la reintegración del matrimonio. La regla de que las cosas como se hacen se deshagan, tiene aquí estricta aplicación.

La revocación de las donaciones ó ventajas matrimoniales son obra *especial* y voluntaria del esposo ofendido, y se necesita, naturalmente, para que quede sin efecto, de un acto contrario del propio esposo que hizo la revocación. La cesación de la separación de bienes ofrece un poderoso argumento. Pronunciado el divorcio, los esposos tienen derecho para solicitar la separación de los bienes. Esta separación no es una consecuencia forzosa é indispensable del divorcio, sino fruto de un acto *especial* y esencialmente voluntario del interesado, y su cesación no se produce *ipso facto* por la simple reconciliación, sino que es necesario un acto expreso de las partes, ó una declaración judicial,—art. 1338. Del mismo modo, la revocación de las donaciones puede hacerse después de pronunciado el divorcio y es materia de un acto voluntario y *especial* del esposo inocente, y por consiguiente, no puede quedar sin efecto sino por un acto contrario del propio esposo.

Es inútil invocar en pró ó en contra las opiniones de los escritores que comentan ó ilustran el Código Napoleón, porque las leyes son distintas. La nuestra se limita á conceder al cónyuge inocente que no hubiese dado causa al divorcio la *facultad* de revocar las donaciones ó ventajas que por su contrato de matrimonio hubiese hecho ó prometido al otro cónyuge, —*podrá revocar*, son las palabras del art. 232 ; —mientras que la ley francesa resuelve imperativa-



mente que «por cualquiera causa que el divorcio tenga lugar, fuera del caso del consentimiento mutuo, el esposo contra el cual hubiese sido admitido el divorcio PERDERÁ todas las ventajas que el otro esposo le hubiese hecho, sea por su contrato de matrimonio, sea después de contraído el matrimonio»—art. 299.

Hay en la ley francesa una revocación *ministerio legis*, operada consiguientemente *sin* y aun *contra* la voluntad del esposo inocente. Es una consecuencia forzosa é insalvable del divorcio decretado. En nuestra ley, no: se limita á conceder una facultad, á cuyo uso puede renunciar el interesado expresa ó tácitamente.

298.—Puede ocurrir que durante el juicio de divorcio, uno de los esposos,—demandante ó demandado,—fallezca. Se pregunta si el sobreviviente, ó los herederos del fallecido pueden continuar el juicio al objeto de que, probada la culpabilidad del cónyuge respectivo, el otro ó sus herederos hagan la revocación de las donaciones ó ventajas matrimoniales.

Es una cuestión en cuyo pro y contra pueden aducirse buenas razones.

Nosotros opinamos por la afirmativa. Ciertamente que la continuación del juicio no puede tener por objeto la declaración del divorcio, porque habiendo fallecido uno de los esposos sería insensato pretender que el juez autorizase la separación de las personas cuando la muerte ya las ha separado para siempre. Pero con la acción de divorcio va paralela la facultad que el artículo 232 concede al esposo inocente para la revocación de las donaciones y ventajas matrimoniales, revocación que se funda en la ingratitud, puesto que tiene por causa la mala conducta del otro esposo contra los deberes que el matrimonio impone. De



esta facultad puede usar no sólo el que ha deducido la acción de divorcio, ó sea el demandante, sino también *el que no la ha deducido*, ó sea el demandado, cuando de la causa resulte que *aquel* y no éste es el culpable, vale decir, quien ha dado causa al divorcio. Esta facultad está, en su calidad de derecho, en el patrimonio del cónyuge fallecido y pasa por la muerte á sus herederos, quienes necesitan, para ejercerla, rendir la prueba de los hechos. No puede argüirse en contra con la disposición de los artículos 1898 y 1899, de los que el primero declara que «la revocación de una donación por causa de ingratitud, no puede ser demandada sino por el donante y sus herederos», y el segundo, que «la demanda por la revocación de las donaciones no puede ser intentada sino contra el donatario, y no contra sus herederos ó sucesores»; pero que «cuando ha sido entablada contra el donatario, puede continuar contra sus herederos ó sucesores», porque si estas disposiciones no son un inconveniente para el esposo, no son ni pueden ser para sus herederos que representan su persona y ocupan su lugar. Nota de nuestro ilustre codificador al art. 3375; ley 13, tit. 9, part. 7ª y Pands., Tom. 23, Reg. 619; Art. 3451 del Código. La continuación del juicio se haría sólo al objeto de la revocación de las donaciones y no para la declaración del divorcio.

Puede y debe decirse que el derecho para pedir el divorcio es personalísimo y, por lo tanto, que no pasa á los herederos, porque expira con la muerte de la persona á quien corresponde; pero la facultad de revocar las donaciones matrimoniales, ni es por su naturaleza inherente á la persona, ni es siquiera una consecuencia forzosa del divorcio, de modo que pueda decirse que no pudiendo haber divorcio no puede hacerse la revocación, por aquello de que no puede haber



efecto sin causa. La facultad para la revocación es *distinta* y va *separada* de la acción del divorcio y, por consiguiente, puede ejercitarse aquélla aunque ésta haya expirado con la muerte de la parte. La moral y los principios de nuestro derecho sustentan esta conclusión.

Art. 228.—L. 8, Tit. 17, Part. 7.—Cap. 10, Novela 131—Cód. de Holanda, artículo 271.

CAPÍTULO X

Efectos del divorcio

Art. 229. *Separados por sentencia de divorcio, cada uno de los cónyuges puede fijar su domicilio ó residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero; pero si tuviese hijos á su cargo, no podrá trasportarlos fuera del país sin licencia del juez del domicilio.*

299.—En razón del matrimonio, la mujer queda afectada de incapacidad de tratar y contratar sin la autorizaci6n de su esposo y obligada á habitar con su marido donde quiera que éste fije su residencia—art. 210;—de donde procede natural y lógicamente que no puede tener como no tiene otro domicilio que el de su marido, en tanto que se conserva íntegro el matrimonio—art. 90, inc. 9º.

300.—Pero, cuando en razón de causas particula-



res, una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ha decretado el divorcio ó sea la separación personal de los esposos, el deber de habitar en la misma casa con su marido y de seguirle donde quiera que fije su residencia se borra, y la mujer puede, de consiguiente, cambiar de habitación y crearse un nuevo domicilio en fuerza de su desvinculación de la autoridad marital y del principio que consagra la libertad de elegir el que á cada uno le plazca.—Este derecho está de tal manera fundado en la naturaleza humana, que se confunde con el anhelo de la propia felicidad. Suprimido ó coartado, fuera de casos muy justificados de excepción, el hombre carecería de los grandes recursos que le proporciona su libertad de perseguir del modo y en el lugar de su elección, su perfeccionamiento y la felicidad que le es dado alcanzar. Es por eso que la facultad de cambiar el domicilio de un lugar á otro fué siempre no sólo reconocida por la ley, sino también conservada, prohibiendo su restricción, sea por disposiciones de última voluntad, sea por contrato. «Son « especialmente prohibidas las condiciones siguientes, « —dice el art. 365:—1^a Habitar siempre un lugar « determinado, ó sujetar la elección de domicilio á la « voluntad de un tercero... », repitiendo el art. 3643, que «son especialmente prohibidas las condiciones designadas en el artículo 365».

Con sujeción á este principio era natural y lógico establecer que la mujer, que por razón del divorcio legalmente decretado, estaba desvinculada de la autoridad marital y del deber de habitar en la misma casa que él, tiene entera libertad para crear un domicilio ó sentar su residencia donde quiera que estimase conveniente. Véase lo que decimos bajo el art. 97.

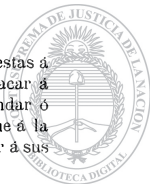
301.—La declaración que al respecto hace el ar-



ticulo que nos ocupa, estaba ya hecha implícitamente por el inc. 9º del art. 90 citado, que dice así: «La mujer casada tiene el domicilio de su marido... La que se halle separada de su marido por autoridad competente, conserva el domicilio de éste, *si no ha creado otro...*» Esto entraña el reconocimiento inequívoco del derecho en la mujer divorciada para fijar su domicilio ó residencia donde crea conveniente, aunque sea en el extranjero. Restablecida su libertad, natural es que la disfrute sin reatos. Hasta aquí puede alcanzar la fórmula usual en el divorcio según el derecho de las Pandectas: *tuas res tibi habetur*; gozad de lo que os pertenece.

302.—Pero cuando tuviese hijos dejados á su cargo, sea en razón de ser menores de cinco años,—art. 233,—sea porque el juez estimó conveniente ponerlos bajo su cuidado y dirección, no podrá transportarlos fuera de la República sin licencia del juez del domicilio. La educación de los menores de edad interesa al Estado en alto grado y de este interés procede su derecho para la intervención indirecta que en la materia toma, determinando los principios fundamentales que deben presidirla; y á fin de que los hijos puestos bajo la dirección de la madre divorciada sean educados según las reglas que el país ha adoptado como las más apropiadas á su progreso y á su política, establece que no pueden ser sacados de la República sin permiso del juez, el cual no debe ser dado sino cuando se demuestre su verdadera necesidad ó conveniencia. Esta disposición es también requerida por la necesidad de que el marido que se conserva en la República pueda vigilar la conducta de la mujer respecto de la crianza y educación de los hijos.

303.—Hay diferencia entre las restricciones im-



puestas sobre el particular al tutor y las impuestas á la madre divorciada. Al tutor se le prohíbe sacar á sus pupilos fuera de la República, y aun mandar ó llevarlos consigo á *otra provincia*, mientras que á la mujer divorciada sólo se le prohíbe transportar á sus hijos fuera de la Nación—art. 466.

La diferencia reposa en la naturaleza de las cosas: es más amplia la facultad de la madre sobre sus hijos, que la del tutor sobre sus pupilos, porque hay más motivos para confiar en la primera que en el segundo.

Art. 230. *Si la mujer fuese mayor de edad, podrá ejercer todos los actos de la vida civil.*

Cualquiera de los cónyuges que fuese menor de edad, quedará sujeto á las disposiciones de este Código, relativas á los menores emancipados.

304.—Desaparecida la vida común y libertada la mujer de la autoridad del marido, natural es que, siendo mayor de edad, se declare que tiene capacidad para ejercer todos los actos de la vida civil. No hay razón para no concederle la capacidad plena que confiere el artículo 129: *tuas res tibi agito*.

Podrá, por consiguiente, administrar por sí misma sus intereses, venderlos, gravarlos, estar en juicio, *et cetera* sin necesitar de autorización de su marido, ni del juez.

305.—Pero, cuando cualquiera de los esposos,—el marido ó la mujer,—fuese menor de edad, natural es también que quede sujeto á las disposiciones relativas á los menores emancipados, lo que importa decir:



1º, Que el casado menor, no obstante el divorcio, continúa libertado de la autoridad paterna ó tutelar bajo la cual estuvo antes de contraer matrimonio:

2º, Que su capacidad de *hecho* consiste únicamente en la que le confiere la emancipación, capacidad que no es plena, sino *limitada*, como quiera que está sujeta á las numerosas é importantes restricciones de los artículos 134 y 135.

Todo esto es estrictamente justo y encuadrado en los principios de nuestro derecho escrito, porque si es verdad que el divorcio judicialmente declarado liberta á la mujer de la autoridad de su marido, no le da una edad que no tiene: y, siendo menor, queda afectada de la incapacidad que la minoridad origina aún en los emancipados.

Esto es igualmente cierto respecto del marido menor de edad. Si su capacidad es limitada respecto de sus bienes propios en la integridad del matrimonio, no hay razón para que esa capacidad crezca por razón del divorcio.



Art. 231. *Si durante el juicio de divorcio, la conducta del marido hiciere temer enajenaciones fraudulentas, ó disipación de los bienes del matrimonio, la mujer podrá pedir al juez de la causa que se haga inventario de ellos y se pongan á cargo de otro administrador, ó que el marido dé fianza del importe de los bienes. Dada la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, con arreglo á lo dispuesto en el título de la « Sociedad Conyugal ».*

306.—Evidentemente, la primera parte de este artículo tiene por objeto establecer, en favor de la mujer, medidas de seguridad de sus bienes y derechos, lo que es justo, porque jamás puede consentirse desnudarla de todo recurso contra las facultades de administración y enajenación que por ley corresponden al marido.

Cuando el cariño y la armonía entre los esposos se rompen y son sustituidos por el odio y las reyertas, no es de mirarse como raro que el marido abuse de sus facultades y perjudique los bienes y derechos de su mujer. Para que los daños puedan ser prevenidos, la ley declara que, si durante el juicio de divorcio la conducta del marido hace temer razonablemente enajenaciones fraudulentas, ó disipación de los bienes de la sociedad conyugal, la mujer podrá pedir al juez de la causa de divorcio que se proceda, con la brevedad que el caso requiera, al inventario de ellos y se encargue su administración á un tercero, ó que el marido dé fianza del importe de los bienes, es decir, ó



que se aparte al esposo de la administración de los bienes, ó que afiance su importe. Esto importa toda una restricción ó modificación á las facultades de administración y de enajenación que al marido confieren los artículos 1310, 1311, 1312 y 1313 y sus concordantes, restricción que tiene su razón de ser en la conducta del propio marido, que da lugar á sospechar de la rectitud y lealtad de sus actos para con su esposa.

307.—Como la obligación de afianzar no procede en este caso de estipulación entre partes, sino de disposición de la ley, tendrá en los que ocurran estricta aplicación el artículo 2034, que confiere al juez la facultad de admitir prendas ó hipotecas suficientes en lugar de la fianza.

308.—Nuestro artículo dice: « *si durante el juicio de divorcio*, la conducta del marido hiciese temer enajenaciones fraudulentas... » *Antes* del juicio de divorcio ¿quedará indefensa la mujer respecto de sus derechos? ¿No tiene recursos contra la mala administración de su marido, ó contra los actos de él, ejecutados en fraude de los derechos de ella? La respuesta no es dudosa, porque es de expreso derecho que, independientemente de la acción de divorcio, la mujer: puede, 1º, pedir la separación de bienes en razón de que la mala administración del marido traiga el peligro de que se pierdan los bienes propios de ella; 2º, argüir de fraude y pedir la revocación de cualquier acto de su esposo, de conformidad á las reglas que presiden el nacimiento y ejercicio de la ley *pauliana*.—arts. 1328 y 1332.

309.—Hay no poca relación entre las causas inmediatas que dan margen al derecho para pedir la separación de bienes y las que autorizan á solicitar



que se afiance su buena administración, pero no se borra la diferencia que las distingue.

La mujer puede demandar la separación judicial de bienes en los cuatro casos siguientes :

1º Por razón de divorcio decretado por autoridad competente, siendo inocente la mujer—art. 231 que nos ocupa y 1340 ;

2º Por fallecimiento presunto del esposo—art. 1341 ;

3º Por mala administración del marido — artículo 1328 ; y

4º Por haber hecho el esposo concurso de acreedores—art. 1328 citado.

Estos tres últimos casos son independientes de toda acción de divorcio, sea que esta acción no esté juzgada, sea que exista sentencia ejecutoria que lo declare.

En el primero, el divorcio *declarado* es un antecedente que hace procedente el pedido de separación de bienes. El hecho solo de estar decretado el divorcio faculta para el pedido de aquella separación con tal que la mujer no haya dado lugar á él.

310.—El derecho para pedir que el marido dé fianza por el valor de los bienes ú otras seguridades que equivalgan á ella, no tiene por causa eficiente la acción de divorcio, ni la facultad de pedir separación de bienes, sino el peligro de que el marido sacrifique los intereses de la mujer á impulsos del odio, ó de la venganza, ú otra causa. Persuaden de esto : 1º, el artículo 231 que nos ocupa al disponer que la mujer puede pedir fianza cuando la conducta de su marido *haya temer* enajenaciones fraudulentas, ó disipación de los bienes de la sociedad conyugal. No tiene facultad discrecional para todo y cualquiera caso ; tampoco le está concedida llanamente sobre el simple hecho de estar deducida la acción de divorcio. La



ley se la atribuye solamente cuando la conducta del marido sea tal que *haga temer* actos irregulares suyos en perjuicio de la mujer. Cuando no hay motivos que hagan nacer este temor, la mujer no tiene la facultad de que se trata; 2º el artículo 1329 al establecer que *durante* y aún *antes* de estar entablada la acción de separación de bienes, la mujer puede, *si hubiere peligro en la demora*, pedir el embargo de los bienes muebles de su exclusiva propiedad que se encuentran en poder del marido y la no enajenación de los bienes de éste, ó de la sociedad conyugal. Los *peligros* á que se refiere la ley son la disipación de los bienes, ó su enajenación fraudulenta en perjuicio de la mujer. De modo que en uno y otro caso son dichos peligros los que autorizan estas medidas de seguridad: fianza, embargo é inhibición de enajenar.

311.—Para decidir acerca de la procedencia de estas medidas no hay por qué detenerse á considerar si la mujer aparece ó no ó puede ó no resultar culpable en el juicio de divorcio, porque ni el deber que tiene el marido de hacer una administración honrada y leal, ni el derecho de la mujer para defender sus intereses dependen de que sea inocente ó culpable con relación á los motivos del divorcio. Las faltas de la mujer contra sus deberes matrimoniales, que puedan autorizar el juicio de separación de las personas, no se castiga con la pérdida de sus bienes. Su sanción está fijada por el artículo 232, que autoriza al esposo inocente á revocar las donaciones ó ventajas hechas ú ofrecidas al otro socio en su contrato de matrimonio, y por el 3608 que le niega suceder á su consorte; y el deber que tiene el marido de no perjudicar los bienes de su esposa y de no disipar los



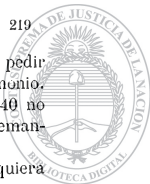
de la sociedad conyugal tiene por base el principio de justicia natural que prohíbe hacer mal á otro; y siendo el marido el administrador de todos los bienes del matrimonio, incluso los de la mujer, arts. 209 y 1010, natural y justo es que se conceda á ésta los medios de impedir que aquél abuse de sus facultades de administración y disposición y de asegurar no sólo la no enajenación de sus bienes de él, sino también de los gananciales, á fin de que sea eficaz la responsabilidad que el marido tiene para con ella— arts. 1288, 1290, 1291 y 1333 y sus concordantes.

Digamos, *en resumen*, que, las medidas de seguridad, fianza, embargo de bienes é inhibición de enajenación, tienen origen *en el peligro de que el marido sacrifique los intereses de su esposa y su justificación en los principios de justicia natural.*

312.—Desde la existencia de una sentencia ejecutoriada que declare el divorcio, « los cónyuges pueden pedir la separación de los bienes del matrimonio, con arreglo á lo dispuesto en el título de la sociedad conyugal », dice la última parte de nuestro artículo. Nada más natural.

Rota la armonía entre los esposos, desaparecida la confianza recíproca, borrada la vida común y pronunciada la capacidad de la mujer para todos los actos de la vida civil, sin más limitaciones que las procedentes de su edad, si fuese menor, es lógico y justo autorizar á los esposos para pedir, con sujeción á lo establecido en el título de la sociedad conyugal, la separación judicial de los bienes comunes á fin de que cada uno administre lo suyo con entera libertad: *tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito.* Cayo, lib. 11, en las Pand., lib. 24, tit. II.

Esta disposición de nuestro artículo es concordante



con la del 1340, que permite al cónyuge inocente pedir la separación judicial de los bienes del matrimonio. Tanto el que nos ocupa como el recordado 1340 no hacen sino declarar que el divorcio autoriza á demandar la separación.

La ley no la pronuncia por sí misma, ni siquiera impone á las partes el deber de solicitarla. Les concede facultad, de la cual pueden ó no usar á su arbitrio, lo que demuestra evidentemente que la sociedad conyugal, en cuanto á los bienes, no se disuelve *ministerio legis*, y que puede continuar si los esposos así lo quieren.

La cita que nuestro codificador hace de la ley 5ª, tit. 4º, lib. 10 de la Nov. Recop., no puede ser oportuna sino solamente en cuanto declara que el marido puede enajenar sin autorización ni acuerdo de la mujer los bienes gananciales del matrimonio: «Y
« otrosí, dice, que los bienes que fuesen ganados,
« mejorados y multiplicados durante el matrimonio
« entre el marido y la mujer, que no fueren castrenses ni casi castrenses, que los pueda enajenar
« el marido durante el matrimonio, si quisiere, sin
« licencia ni otorgamiento de su mujer, y que el
« contrato de enajenamiento vala, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar ó
« damnificar á la mujer... »

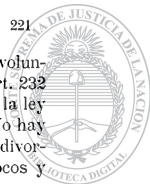
Art. 231. L. 5, Tit. 4, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 1. Tit. 9 y L. 8, Tit. 23, Part. 3ª—L. 29, Tit. 11, Part. 4ª.



Art. 232. *El cónyuge inocente que no hubiese dado causa al divorcio, podrá revocar las donaciones ó ventajas que por el contrato del matrimonio hubiere hecho ó prometido al otro cónyuge, sea que hubiesen de tener efecto en vida ó después de su fallecimiento.*

313.—Es permitido á los futuros esposos estipular, *antes* de la celebración del matrimonio, entre otros, sobre los siguientes puntos: 1º, sobre la donación que el esposo hiciese á la esposa, y 2º, sobre las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejasen después de su fallecimiento: art. 1251, incs. 3º y 4º. Y bien, el marido ó la mujer inocente que no hubiese dado causa al divorcio tiene derecho para revocar estas liberalidades que hubiese hecho á su consorte culpable. Es la sanción que la ley permite y que hace depender de la voluntad del cónyuge ofendido contra el otro que ha faltado á los deberes que impone el matrimonio.

314.—No es esta la única sanción pronunciada contra la violación á tales deberes. El artículo 3608 impone esta mayor: que el esposo culpable pierde el derecho de sucesión acordado en los siguientes casos: 1º, cuando quedan viudo ó viuda ó hijos legítimos; 2º, cuando quedan viudo ó viuda y ascendientes, con ó sin la concurrencia de hijos naturales; 3º, cuando no han quedado descendientes ni ascendientes, con ó sin la concurrencia de hijos naturales—arts. 3604, 3605 y 3606. El derecho de sucesión entre los cónyuges en cualquiera de estos casos se pierde por el esposo culpable que ha dado causa al divorcio. Esta



pérdida del derecho sucesorio no depende de la voluntad del esposo inocente, como en el caso del art. 232 que nos ocupa, sino que es pronunciada por la ley misma con ella, sin ella y á pesar de ella. No hay derecho sucesorio para el cónyuge culpable del divorcio. Los términos del art. 3608 son inequívocos y perentorios: dicen así: «Estando divorciados por sentencia de juez competente, el que hubiese dado causa al divorcio *no tendrá* ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores.» La ley le niega el derecho, independientemente del cónyuge inocente.

315.—La facultad concedida al esposo inocente para revocar las donaciones y ventajas concedidas por el contrato matrimonial, se funda en la ingratitud del otro que ha faltado á los deberes personales que el matrimonio impone. Por consiguiente, entre los esposos divorciados, los efectos de la revocación remontan al día de la donación, con las consecuencias declaradas por el art. 1901.

Esta retroactividad no puede perjudicar á terceros lastimando derechos ya adquiridos, art. 1900, siempre que los terceros no hubiesen obrado en colusión con el esposo culpable, porque si han procedido con dolo ó fraude, la mujer podrá pedir la nulidad del acto—art. 1079—y dejar prevalente la revocación de la donación.

316.—Cuando la muerte del esposo inocente ocurriese bajo el imperio de la reconciliación sucedida después de la sentencia de divorcio, el esposo culpable sobreviviente le sucederá en la porción correspondiente, porque en tal caso no es aplicable el art. 3608. La reconciliación restituye las cosas al estado anterior á la demanda de divorcio y en su consecuencia la



muerte de su consorte ha sobrevenido cuando ha sido restablecida su aptitud ó capacidad para ser heredero suyo.

317.—¿Quedaré sin efecto *ipso facto et ipso jure* á consecuencia de la reconciliación ulterior la revocación de las donaciones matrimoniales, hechas por el cónyuge inocente? Véase sobre el particular lo dicho bajo el art. 228.

318.—No es sólo en el derecho moderno que son castigadas las faltas que han dado causa al divorcio, lo que prueba que el matrimonio fué considerado siempre como un elemento importante en la organización de la sociedad. En las Pandectas, lib. 24, tit. II, se registra lo siguiente: «Cuando la mala « conducta de la mujer ha dado lugar al divorcio, « era castigada con la pérdida de una parte de su « dote, que el marido retenia: y Ulpiano nos enseña « que en honor de las costumbres, la mujer perdía « la sexta parte de su dote cuando era reconocida « culpable de falta grave y la octava en el caso de « una falta menos criminal. »

Se llama *falta grave* el adulterio solamente; y más leves todas las otras.

Relativamente al marido, cuando él ha dado causa al divorcio «sus costumbres son castigadas con la « obligación de devolver inmediatamente la dote que « no estaba obligado á devolver sino en uno, dos ó « tres años, cuando su falta era grave; y cuando « era leve, los pagos serían hechos con seis meses « de anticipación por cada año... »

Si perversis mulieris moribus divortio locus fuerat, puniebatur mulier amissione partis dotis quam vir retinere poterat. Docet autem Ulpianus quod «mo-

rum nomine, graviorum quidem, sextæ retinentur; leviorum autem, octavæ.

Graviores mores sunt adulteria tantum; leviores, omnes reliqui.

Quod ad maritum attinet, si ejus mores divortio causam dedernut, «mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, quæ a die reddi debet, ita: propter maiores mores, præsentem dotem reddi; propter minores, senum mensium die... Lib. 24, tit. 2.

Nuestra ley es más justa, porque decreta penas iguales así para el marido como para la mujer.

Art. 233. *Los hijos menores de cinco años quedarán á cargo de la madre. Los mayores de esta edad, se entregarán al esposo que, á juicio del juez, sea el más á propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido ó por la mujer preferente derecho á tenerlos.*

319.—Cuando el hogar se encuentra envuelto en la desgracia de la desafección entre los esposos, la ley, que no puede curar aquel mal, se ocupa de lo que está á su alcance; y así, con relación á las personas, autoriza su separación, porque ni puede decretarse el martirio de uno de los esposos, ni hacer del matrimonio una escuela de inmoralidad y de escándalo; con relación á los bienes consagra en favor de la mujer los derechos y facultades indispensables para garantizar sus intereses, previniendo los abusos del esposo administrador; y con relación á los hijos toma las providencias consignadas en el presente artículo y en otros de que nos ocuparemos en adelante.





320.—Dos reglas establece la ley.

La primera, que los hijos menores de cinco años de edad quedarán á cargo de la madre.

La segunda, que respecto de los mayores de aquella edad, el juez debe proceder consultando preferentemente el bien de ellos.

321.—La primera regla es impuesta por la naturaleza, porque en la tierna edad del niño los cuidados de la madre son indispensables é insubstituibles; y la regla se aplica cualquiera que sea la conducta de ésta respecto de sus deberes matrimoniales, porque cualquiera que sea su infidelidad á estos deberes, el amor para el hijo es siempre acendrado y sus cuidados no se agotan jamás.

322.—Hay una excepción, y es, cuando la madre, condenada por sentencia, tuviese que ir á prisión, reclusión ó destierro, porque en este caso y durante el cumplimiento de su condena, no puede tener consigo á ningún hijo, por poca edad que tenga, sin el expreso consentimiento de su marido—art. 234. Esta excepción debe ser entendida razonablemente, reconociendo en el juez cierta facultad discrecional en casos especiales. ¿Quién puede arrancar de los brazos de la madre á un niño de días de edad? Hacerlo sería matarle, y no está en el espíritu de la ley este rasgo de barbarie.

323.—La segunda regla está fundada en consideraciones de autoridad incontestable. Los efectos funestos de la malquerencia entre los esposos deben limitarse en lo posible en cuanto hacen relación á los hijos. Para ellos, la separación personal de los padres es ya por sí sola una verdadera desgracia, porque les suprime la dirección, los cuidados y la vigilancia conjunta de los autores de sus días y el ejemplo



edificante de su vida común en paz y armonía. Cuando este mal ha sobrevenido por obra de los padres, la ley debe venir en auxilio de los hijos, porque su conservación y educación interesan al estado; y es lo que hace al establecer que decretado el divorcio, el juez debe ocuparse de la colocación y destino de los hijos, entregándolos al esposo que sea más á propósito para educarlos, sin que sea permitido alegarse por el marido ó por la mujer preferente derecho para tenerlos.

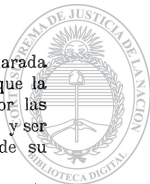
324.—Cuando ninguno de los padres merezca tenerlos, el juez debe colocarlos bajo la dirección de un tercero, prefiriendo á los parientes, ó en un establecimiento de educación, según lo aconsejaren ó lo hicieren necesario las circunstancias del caso, porque lo que debe inspirar al magistrado es el bien de los menores.

325.—Se ajustan á esta regla las siguientes declaraciones de la jurisprudencia francesa:

El ejercicio exclusivo de la autoridad paterna, que durante el matrimonio pertenece al marido, sufre en caso de separación de cuerpos, una modificación necesaria, y los jueces deben, en las medidas que prescriban, consultar á la vez el interés de los esposos y de los niños.

Es aplicable á la separación de cuerpos el artículo 302, Cód. Nap., según el cual los hijos son confiados al esposo que ha obtenido el divorcio, á menos que el tribunal, á pedido de la familia ó del ministerio público (de menores en nuestro derecho) ordene, para mayor ventaja de los hijos, que todos ó algunos de ellos sean confiados á los cuidados, sea del otro esposo, sea de una tercera persona.

La guarda y educación de los hijos pueden ser



confiadas á la madre, en cuyo favor ha sido declarada la separación de cuerpos, si está demostrado que la elección que de ella se hace está justificada por las garantías morales é intelectuales que presenta y ser más útil á los hijos en razón de su edad y de su sexo.

Pero el padre, cuyo poder paterno está simplemente modificado, conserva el derecho de vigilar la educación (religiosa sobre todo) de sus hijos y de recurrir á la justicia si resulta necesario restringir la extensión de los poderes conferidos á la madre.

Los jueces que podrían confiar la guarda de los hijos á la madre, tienen derecho de ordenar que los hijos sean colocados en una casa de educación, donde el padre y la madre pueden visitarlos...

El acuerdo de los esposos sobre puntos esenciales á la educación de los hijos debe ser aprobado por el tribunal, á menos que de ello pueda resultar perjuicio para los hijos. *Dalloz, Jurisprudencia General. Separ. de cuerpos*, nº 145 á 167; *Devilleneuve y Gilbert. Jurisprudencia del siglo XIX, 185, 1860, Separación de cuerpos. § 8. Guarda de los hijos.*

Art. 233. L. 3, Tit. 19, Part. 4—L. 9, Tit. 47, Lib. 8, Cód. Rom.—Estas leyes, lo mismo que la 3, tit. 8, Lib. 3, del Fuero Real, limitan á tres años lo que llaman el tiempo de la lactancia. En casi todos los Códigos se niega al esposo que ha dado causa al divorcio, el derecho de tener los hijos. Las leyes los dejan á cargo del cónyuge inocente, tenga ó no aptitud para crearlos y educarlos. Nada tienen que ver las relaciones del marido y de la mujer con la conducta probable que uno ú otro observarán con sus hijos. He creído que los hijos y el derecho de tenerlos, no pueden ser objeto de pena al que diese causa al divorcio: que el mejor bienestar de los hijos debe sólo atenderse cuando se trata de la separación personal de los padres.

Art. 234. *Si por acusación criminal de alguno de los esposos contra el otro, hubiese condenación á prisión, reclusión ó destierro, ninguno de los hijos de cualquier edad que sea, podrá ir con el que deba cumplir alguna de estas penas, sin consentimiento del otro cónyuge.*

326.—Este es otro de los artículos que demuestran que en la separación de los esposos, las providencias respecto de los hijos se inspiran más en la educación y el bien de ellos que en servir los sentimientos de los padres. Ciertamente que es doloroso separarlos de sus hijos, pero la medida se impone para bien de éstos. Si la resolución de nuestro artículo obedece á las conveniencias de los hijos y á las ventajas que la sociedad reporta de su educación, la cláusula «*sin el consentimiento del otro cónyuge*» que tiene, es inconsecuente con el propósito de la ley. Si la estancia de un niño ó de una niña en una casa de prisión ó reclusión importa un peligro, porque puede llevar á su alma gérmenes de corrupción, no se descubre una razón fundamental para permitir que con el solo consentimiento del otro cónyuge el niño pueda ser llevado allí. El primitivo art. 214, no contenía esta cláusula y establecía llanamente la prohibición, sin dejarla pendiente de la voluntad del esposo inocente.





Art. 235. *El padre y la madre quedarán sujetos á todas las cargas y obligaciones que tienen para con sus hijos, cualquiera que sea el que hubiere dado causa al divorcio.*

327.—La mala conducta de los esposos entre sí puede autorizar el divorcio, que es la separación de las personas y la consiguiente supresión de la vida común: pero no autoriza ni puede autorizar la dispensa de sus deberes para con sus hijos, deberes que la naturaleza impone y la ley humana confirma en bien de éstos y en beneficio de la sociedad. Todas las cargas y obligaciones que á la paternidad y la maternidad imponen las leyes en la vida ordinaria de los casados, todas continúan siendo obligatorias para uno y otro durante el divorcio; y por consiguiente uno y otro deben concurrir á sufragar los gastos de alimento y educación y los procedentes de enfermedades y prestar á sus hijos las atenciones y cuidados que en razón de éstas necesitan.

La jurisprudencia francesa decide á este respecto que « la mujer, aun separada de cuerpo, está como « el marido y solidariamente con él obligada á los gastos de educación de los hijos comunes, aunque estos « hijos hayan sido colocados por el padre sólo en « la casa de educación en que los gastos han sido « hechos, y aun cuando á la mujer correspondiese « su cuidado, si no ha usado de este derecho que le « pertenecía de retirarlos de la pensión donde el marido los ha colocado. » Dalloz. *Separ. de corps.* n° 167.

328.—Esta obligación de los padres compromete no sólo los bienes de ellos, sino también los de la

madre y aun los de los propios hijos, porque el alimento y la educación son las más ineludibles necesidades—art. 299.

329.—En el caso de divorcio, y si los hijos quedaren en poder del padre, incumbe á éste de un modo especial alimentarlos y educarlos en proporción á su condición social y á sus medios de fortuna,—art. 305, —sin perjuicio de que la madre deba concurrir á sufragar los gastos si dispone de recursos, porque sobre uno y otro pesa la carga del alimento y educación de los hijos. Y tanto más especialmente incumbirá al padre el cumplimiento de este deber, si sus hijos tuvieren bienes suyos y él el usufructo de ellos, porque una de las cargas reales del usufructo son los gastos de subsistencia y educación de los hijos—art. 325, inc. 2º.

330.—Como la obligación es común, puede ocurrir el caso de que, no teniendo ni el padre ni la madre, separadamente, los recursos necesarios, disientan sobre la proporción en que cada uno debe concurrir; y en tal caso, es el juez quien debe fijar las sumas respectivas con que el padre y la madre deban contribuir para los gastos. «El juez en caso necesario reglará la contribución», dice el Código de Chile, y no puede ser de otro modo, porque allí donde hay conflicto de derechos ó de deberes, allí debe estar la justicia para resolverlos.

Art. 235.—Proyecto de Goyena, art. 83.—La L. 3, Tit. 19, Part. 4º y algunos Códigos modernos hacen sólo cargar con el deber de alimentar y educar á los hijos, al esposo que hubiera dado causa al divorcio.





Art. 236. *El marido que hubiere dado causa al divorcio debe contribuir á la subsistencia de la mujer, si ella no tuviera medios propios suficientes. El juez determinará la cantidad y forma, atendidas las circunstancias de ambos.*

Art. 237. *Cualquiera de los esposos que hubiere dado causa al divorcio, tendrá derecho á que el otro, si tiene medios, le provea de lo preciso para su subsistencia, si le fuese de toda necesidad.*

331.—He aquí las dos reglas que estos artículos establecen en satisfacción de deberes naturales.

El cónyuge inocente, llamado mujer, que no ha dado causa al divorcio, debe ser atendido por el marido culpable, si ella no tuviese medios propios suficientes.

El mismo esposo culpable que ha dado causa al divorcio debe ser protegido por el otro, si le fuese de toda necesidad y éste tuviera medios.

Los divorciados están separados: la vida común ha sido suprimida, las atenciones personales borradas y el hogar matrimonial sin el suave calor del cariño y de la paz, pero los esposos continúan ligados por los lazos indisolubles del matrimonio. Son seres que se eligieron recíprocamente para eternos compañeros y que fueron por entero el uno del otro. Llevar sobre este altar las atenciones que la desgracia del uno impone, es dignificar la personalidad humana.

Cuando la ley impone los deberes que quedan enunciados no acude sólo á la satisfacción de necesidades

materiales, como la desnudez y el hambre, sino á sentimientos nobles que impulsan la verdadera grandeza del individuo y de la sociedad.



CAPÍTULO XI

De la disolución del matrimonio

Art. 238. *El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos.*

332.—No obstante que la naturaleza íntima del matrimonio entraña su indisolubilidad durante la vida de los casados, las leyes civiles de varios pueblos se han apartado muchas veces de este principio, que reinó siempre en nuestra legislación.

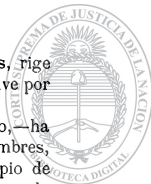
333.—La ley romana consagró la disolución del matrimonio válido por el divorcio, el cautiverio, etc. « *Dirimitur matrimonium* DIVORTIO, morte, CAPTIVITATE, vel alia contingente servitute alterutrius eorum. »

El Código francés declara la disolución del matrimonio por tres causas, á saber: la muerte natural, la pena que lleva consigo la muerte *civil* y el *divorcio*.

El matrimonio se disuelve :

- «1º Por *muerte* de uno de los esposos;
- «2º Por el *divorcio* legalmente pronunciado;
- «3º Por la condenación definitiva de uno de los esposos á una pena que importe la *muerte civil*, dice el art. 227. »

El divorcio fué abolido por la ley de Mayo 8 de 1816 y la muerte civil por la de 31 de Mayo de 1854, pero el divorcio fué restablecido por disposición legislativa de 17 de Julio de 1884.



En Escocia y en otros pueblos protestantes, rige también la regla de que el matrimonio se disuelve por el divorcio.

En la República Argentina,—por el contrario,—ha regido siempre en sus leyes y en sus costumbres, (hablamos con relación al divorcio), el principio de que «el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos», según el precepto *quod Deus conjunxit homo non separet*: lo que Dios ha unido, no lo separe el hombre.

Laurent escribe: «... el matrimonio es contratado en un espíritu de perpetuidad. El voto de la perpetuidad es—dice Portalis—el voto de la naturaleza misma.

Nada más verdadero. El matrimonio es la unión de dos almas; ¿se concibe que dos almas se unan por tiempo? En el momento en que ellas se unen, aspiran á la eternidad del lazo que hace de dos seres uno; ellas se dicen que es Dios mismo que las ha creado la una para la otra; sienten que, separadas, serían dos seres incompletos; no les basta la vida común en este mundo y querrian continuarla más allá de esta corta existencia; esperan que el amor podrá más que la muerte.

Tal es el ideal. Contratado en un espíritu de perpetuidad, el matrimonio es, por eso mismo, indisoluble.»

Pothier dice al respecto: «El matrimonio no se disuelve sino por la muerte natural de uno de los esposos: mientras viven el uno y el otro, el matrimonio es indisoluble», y sostiene luminosamente,—de conformidad á la doctrina de la iglesia católica,—que en esta respuesta de Jesu-Cristo: «*Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mæchatur; et qui*



dimissam duxerit, mæchatur», y en este pasaje del Evangelio de San Mateo: «*Quia omnis qui dimiserit uxorem suam, exceptâ fornicationis causa, facit eam mæchari, et qui dimissam duxerit, adulterat*», no se establece que el adulterio de la mujer disuelva el matrimonio.

334.—La iglesia católica abre una excepción á la regla de la indisolubilidad, estableciendo que el matrimonio *ratum, non consummatum* puede disolverse por la *profesión religiosa*; y si los tribunales eclesiásticos declarasen en la República, en un caso ocurente, la disolución del matrimonio legitimamente contraído, pero no consumado por el comercio carnal, tal declaración no surtiría efectos civiles desde que la ley no reconoce la disolución del vínculo por otra causa que no sea la muerte de uno de los casados.

Art. 238.—L. L. 4, Tit. 8, 2 y 5, Tit. 10, Part. 4.—Cód. de Austria, art. 111—Sardo, art. 144.

Art. 239. *El matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiese celebrado, no se disolverá en la República sino de conformidad al artículo anterior.*

335.—Las leyes no son obligatorias sino dentro del territorio del poder ó de la soberanía que las dicta, salvo que por convención especial deban ser igualmente obligatorias en otro estado.

En la República Argentina,—las leyes extranjeras no pueden ser aplicadas cuando son contrarias á los principios fundamentales de su organización social, á menos que, de conformidad con aquella excepción,



que está admitida por el art. 31 de la Constitución de la República, deban regir en ella en fuerza de un pacto internacional. Los fundamentos de aquella regla los hemos recordado al ocuparnos del artículo 14.

336.—Y bien, la indisolubilidad del vínculo matrimonial durante la vida de los dos esposos, es un principio sobre el cual ha construido la ley el régimen de la familia.

Es estimado acertado é indispensable para la organización del país, para el desarrollo de su política y para la conquista de sus destinos y, por consiguiente, la lógica impone establecer que el matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiese celebrado, no puede declararse, ni admitirse que sea disuelto en la República, sino por la muerte de uno de los esposos. Una regla distinta contrariaría la disposición del artículo 14 y heriría de muerte la organización dada á la familia en la República.

Véase lo que decimos bajo el artículo 164.

Art. 240. *El fallecimiento presunto del cónyuge ausente ó desaparecido, no habilita al otro esposo para contraer nuevo matrimonio.*

Mientras no se pruebe el fallecimiento del cónyuge ausente ó desaparecido, el matrimonio no se reputa disuelto.

337.—Sólo la muerte, pero la muerte real, disuelve el matrimonio válido—art. 238; y, por consiguiente, una simple presunción de derecho no basta para declararlo disuelto. La muerte es un hecho, y debe ser probado para que se diga que está suprimido el vínculo matrimonial.



338.—No está fuera de esta regla la sentencia que declara el fallecimiento presunto del ausente, porque la presunción de su muerte no es *juris et de jure*, sino únicamente *juris*. Se evidencia con sólo recordar que la ley misma suprime los efectos de la sentencia con la aparición del ausente ó la noticia cierta de su existencia—art. 124; aparte de que la presunción del fallecimiento sólo tiene efecto con relación á los bienes y nunca para autorizar un nuevo matrimonio, como se declara en el artículo que nos ocupa. Housques-Fourcade dice al respecto, que la ley bien ha podido, en el estado de incertidumbre en que se está respecto de su existencia, reglar provisoriamente la suerte de los bienes, mediante ciertas garantías, como habría sido reglado en caso de fallecimiento probado. Pero no podía bien evidentemente, en ningún periodo de la ausencia, establecer un régimen provisorio en lo que concierne al matrimonio del ausente y autorizar á su consorte á contraer provisoriamente una nueva unión.—Baudry-Lacantinerie. *De las personas*, 1272. No hay réplica posible contra esta observación de simple buen sentido.

339.—No está, pues, autorizada la mujer para contraer nuevo matrimonio por el hecho sólo de la ausencia de su marido, por prolongada que sea y aun cuando exista una sentencia que declare su fallecimiento presunto; pero puede ocurrir que se case, no obstante la prohibición legal, y cumple preguntar si este segundo matrimonio será válido, ó más jurídicamente dicho, si podrá ser declarado nulo.

La negativa nos parece evidente. Ciertamente que la mujer ha hecho mal en contraer nuevo matrimonio sin la certeza del fallecimiento de su marido ausente, porque sin ello no estaba habilitada para su segunda



unión; pero no es esta la cuestión, sino saber, si puede ser pedida por un tercero y declarada por el juez la nulidad del nuevo matrimonio por el hecho de estar pronunciado el fallecimiento sólo presunto del ausente. Esta declaración es imposible desde que se parte del antecedente de que no se tiene noticia del ausente, vale decir, que no se sabe si existe ó ha muerto.

El solicitante de la nulidad tiene que probar la existencia real del ausente para que la acción prospere, porque la causa de nulidad es la *subsistencia* del matrimonio *anterior*—art. 166, inc. 5º, y desde que la prueba de la existencia *no es* dada, no puede ser pronunciada la nulidad de la segunda unión. No es eficaz alegar la última parte del artículo que dice: «mientras no se pruebe el fallecimiento del cónyuge ausente ó desaparecido, el matrimonio *no se reputa disuelto*.» Esto importa decir, que cualquiera que sea el tiempo de la ausencia y aun cuando exista sentencia que declare el fallecimiento presunto del ausente, aquél ni ésta tienen influencia respecto del matrimonio. La ley *no reputa*, no estima disuelto el matrimonio mientras no exista prueba del fallecimiento del ausente ó desaparecido. Esta declaración *negativa* de la ley no importa establecer la presunción de que el ausente *vice*. La ley no establece esta presunción, y por consiguiente no se la puede invocar en calidad de legal. Si la ley la estableciese, el peso de la prueba de la muerte de su marido caería sobre la mujer y, no dándola, la nulidad de su segundo matrimonio sería pronunciada; pero como la ley no la establece, el peso de la prueba de *haber estado vivo* en la fecha del segundo matrimonio corresponde al que solicita su nulidad, y no siendo rendida esa prueba, la nulidad no puede ser pronunciada.

Repetimos, nos parece evidentemente legal esta conclusión.

CAPÍTULO XII

De la nulidad del matrimonio

Art. 241. *Es absolutamente nulo el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 166, y su nulidad puede ser demandada por el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento y por los que hubieran podido oponerse á la celebración del matrimonio.*

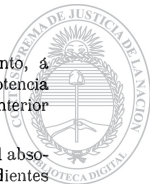
340.—De los impedimentos, unos son *dirimentes* y otros simplemente *impedientes*.

Los impedimentos dirimentes son los únicos que causan nulidad, y de ellos hay unos que son *generales* porque son impedimentos *erga omnes*, como la infancia, la locura; y otros *relativos*, porque no impiden el matrimonio sino con relación á ciertas personas, como el parentesco, la participación en el asesinato de uno de los cónyuges, *et cetera*.

341.—De los impedimentos dirimentes, unos causan *nulidad absoluta* y otros sólo hacen *anulable* el matrimonio.

Causan nulidad absoluta, según declaración del presente artículo, los impedimentos designados en los incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 166, y según el siguiente inmediato 242 sólo hacen *anulable* el matrimonio los impedimentos de los incisos 4º y 7º





del dicho art. 166, los vicios en el consentimiento, á que se refiere el art. 173 y, finalmente, la impotencia manifiesta y absoluta de uno de los esposos, anterior á la celebración del matrimonio.

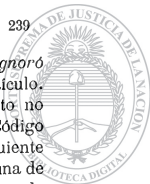
342.—Los impedimentos que causan nulidad absoluta son: 1º, la consanguinidad entre ascendientes y descendientes, sin limitación, sean legítimos ó ilegítimos; 2º, la consanguinidad entre hermanos ó medios hermanos, legítimos ó ilegítimos; 3º, la afinidad en línea recta en todos los grados; 4º, el matrimonio anterior mientras subsista; y 5º, haber sido autor voluntario ó cómplice de homicidio de uno de los cónyuges.

El matrimonio contraído con cualquiera de estos impedimentos está afectado de nulidad *absoluta* y, de consiguiente, siempre y en todo momento se reputa nulo, aunque su nulidad no haya sido declarada por sentencia—art. 1072—y no es susceptible de confirmación—art. 1081.

343.—Los impedimentos que sólo hacen *anulable* el matrimonio son: 1º, no tener la mujer doce años cumplidos y el hombre catorce en el día de la celebración del matrimonio; 2º, la locura de cualquiera de los cónyuges en la misma época; 3º, la violencia, el dolo y el error sobre la identidad del individuo físico ó de la persona civil; y 4º, la impotencia, anterior al matrimonio.

El matrimonio afectado de cualquiera de estos impedimentos es válido y surte todos los efectos civiles mientras no sea declarado nulo, y su nulidad sólo regirá desde el día de la sentencia que la declare—art. 1080.

344.—La nulidad absoluta podrá ser deducida por los que hubieran podido oponerse á la celebración



del matrimonio y también por *el cónyuge que ignoró la existencia del impedimento*, dice nuestro artículo. Luego el cónyuge que conoció el impedimento no puede reclamar la nulidad. El art. 241 del Código francés resuelve lo contrario, inspirado en el siguiente pasaje de Pothier, VI, 201, nº 443: « Cada una de
« las partes que han contraído matrimonio puede
« intentar contra la otra la demanda de casación
« (nulidad) del matrimonio cuando pretenda que hay
« un impedimento dirimente que lo anule.

« Esta demanda puede ser intentada aún por aque-
« lla de las partes que ha engañado á la otra ocul-
« tándole un impedimento que lo haga nulo. Por
« ejemplo, si un hombre obligado en las órdenes
« sagradas, ó en estado de religión por votos solem-
« nes se ha casado con una mujer á quien ha ocultado
« su estado, que no era conocido en el lugar en que
« ha fijado por largo tiempo su residencia, este sa-
« cerdote ó este monje es admitido á intentar contra
« la mujer á quien ha engañado la demanda de nuli-
« dad de su matrimonio. »

El principio sentado por nuestra ley consulta mejor las conveniencias generales, el interés de los hijos y la moral, y se ajusta á las reglas que establecen que « *nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem; nemo ex proprio dolo consequi potest actionem* » y está adoptado por el artículo 1081, que declara que la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en hacerlo, *excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba*. Por consiguiente, el artículo que nos ocupa no ha podido disponer lo contrario de lo que dispone, sin incurrir en contradicción con el citado 1081.

345.—El principio de que no hay acción en jus-



ticia donde no hay interés, está reconocido en nuestro derecho y lo demuestra, entre otros, el artículo últimamente citado, que declara que la nulidad absoluta puede ser reclamada por todo el que tenga *interés* en hacerlo, entendiéndose por interés no sólo los pecuniarios sino también los morales. Y así, los tutores ó curadores, los ascendientes, los descendientes, los colaterales *et cetera*, de cualquiera de los esposos pueden demandar la nulidad del matrimonio sin más interés que el honor de la familia.

El ministerio público fiscal puede también demandarla sin que le asista más interés que el que va envuelto en la conveniencia moral de la aplicación de las leyes y predominio de las buenas costumbres. Ocurre lo mismo en la reclamación de la filiación, por ejemplo, pues aun cuando el interesado hubiese perdido por la prescripción su derecho para participar en la herencia, puede y tiene derecho para reclamar su filiación en nombre de los intereses morales que se entrañan en el estado de familia. Ser—por ejemplo—hijo legítimo y no natural; hijo natural y no adulterino entraña un interés moral que la ley reconoce suficiente para autorizar una acción.



Art. 242. *Es anulable el matrimonio:*

1º Cuando fuese celebrado con el impedimento establecido en el inciso 4º del artículo 166.

La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación habrían podido oponerse á la celebración del matrimonio.

No podrá demandarse la nulidad después que el cónyuge ó los cónyuges incapaces hubieren llegado á la edad legal, ni, cualquiera que fuese la edad, cuando la esposa hubiese concebido.

2º Cuando fuese celebrado el matrimonio con el impedimento establecido en el inciso 7º del artículo 166.

La nulidad podrá ser demandada por los que hubieren podido oponerse al matrimonio.

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 hubiere hecho vida marital después de conocida la incapacidad.

3º Cuando el consentimiento adoleciera de alguno de los vicios á que se refiere el artículo 173.

En este caso, la nulidad únicamente podrá ser demandada por el cónyuge que



ha sufrido el error, el dolo ó la violencia. Esta acción se extingue para el marido si ha habido cohabitación durante tres días después de conocido el error, ó el dolo, ó de suprimida la violencia, y para la mujer durante treinta días después.

4º En el caso de impotencia absoluta y manifiesta de uno de los cónyuges, anterior á la celebración del matrimonio.

La acción corresponde exclusivamente al otro cónyuge.

346.—El artículo anterior inmediato se ocupó de los impedimentos dirimientes que causan la nulidad del matrimonio y de las personas que pueden demandarla. El presente trata de los impedimentos ó causas que lo hacen *anulable* y de las personas que pueden pedir su anulación.

347.—Los actos jurídicos anulables se reputan válidos y surten sus efectos mientras no son judicialmente anulados por juez competente, y se tienen por nulos solamente desde el día de la sentencia que los anule.—art. 1080.

El matrimonio es anulable en cuatro casos, de los que vamos á ocuparnos separadamente.

348.—*Primer caso:* Cuando es contraído por una mujer que no tiene *doce* años cumplidos, ó por un hombre que no tiene *catorce* en el día del matrimonio.

Este defecto no vicia al matrimonio de nulidad absoluta, sino que simplemente lo hace anulable, lo que importa decir, que no hay sino nulidad relativa y, por consiguiente, que no puede ser deducida sino por el cónyuge incapaz y por los que *en su representación*



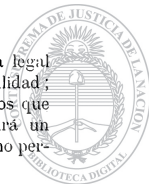
habrían podido oponerse á la celebración del matrimonio, como lo declara el inc. 1º de nuestro artículo, dejando así la materia sujeta á las reglas del derecho común. Por consiguiente, no puede deducirla el otro cónyuge capaz ni ningún otro, porque la nulidad relativa importa una protección, y no puede, por lo tanto, ser alegada sino por aquél en cuyo beneficio ha sido establecida por la ley.—arts. 1082 y 1083.

Pothier sostiene la misma doctrina que nuestro Código. Distingue los vicios respecto del matrimonio en dos clases: vicios *absolutos* y vicios *respectivos*. « Llamamos *vicios respectivos*—dice—aquellos que no
« son vicios de un matrimonio sino porque se ha vio-
« lado el derecho de una de las partes interesadas,
« como son aquellos que resultan del defecto de con-
« sentimiento del padre ó madre para el matrimonio
« de sus hijos menores: el que resulta de la violencia
« hecha á una de las partes contratantes para arran-
« carle su consentimiento. . . La demanda en casación
« del matrimonio no puede ser intentada por razón
« de los *vicios respectivos*, sino *por la parte que pre-*
« *tenda haber sido violados sus derechos.* »

Excepción hecha de lo referente á la autorización paterna, la doctrina del ilustre jurisconsulto es la que nuestro Código sustenta con sus disposiciones sobre nulidad relativa de los actos jurídicos en general.

El matrimonio anulable está afectado de un vicio que no permite que se lo considere ni absolutamente válido, ni absolutamente nulo. Es un matrimonio imperfecto que puede quedar sin efecto á solicitud de determinadas personas, como puede adquirir el sello de firmeza por actos que importen una confirmación tácita.

Si los autorizados por la ley, ó si aquél cuyos derechos han sido lastimados por el defecto que acompaña al matrimonio demanda su nulidad y ella es pronun-

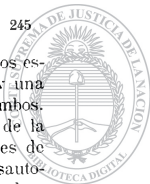


ciada, el matrimonio deja de tener existencia legal desde la fecha de la sentencia que declara su nulidad; si, por el contrario, el interesado ejecutase actos que importan confirmación, el matrimonio adquirirá un sello tal de firmeza, que será considerado como perfecto desde la fecha de su celebración.

349. El mismo ó los mismos esposos incapaces no podrán demandar la nulidad si no la han deducido dentro del término de su incapacidad, es decir, *antes* de haber cumplido *doce* años la mujer y *catorce* el marido, porque la ley dispone que no podrán deducirla *después* que hubieren llegado á la edad legal. Se entiende, por lo tanto, que cuando han llegado á la edad legal sin haberla deducido, han renunciado la acción y han confirmado el matrimonio.—art. 1193.

350.—En beneficio de éste y del hijo ya concebido, la ley se aparta de la regla establecida y abre á ella una excepción decidiendo que, cualquiera que sea la edad de los esposos, no podrá deducirse la acción de nulidad, y, consiguientemente, oponerla cuando la esposa hubiere concebido. En tales condiciones, autorizar á los padres para reclamar la nulidad y romper el lazo que los une sería autorizarlos á hacer la desgracia del hijo.

351.—Cuando la mujer fuese de la edad legal y sea el marido quien no la tenga, ¿el embarazo de aquella será un obstáculo para el ejercicio de la nulidad por parte de éste? La afirmativa nos parece verdadera; porque los términos de nuestra ley son generales y comprenden todos los casos, inclusive el propuesto. «*No podrá demandarse la nulidad—dice—después que el cónyuge ó los cónyuges hubieren llegado á la edad legal, ni CUALQUIERA QUE FUESE LA EDAD, cuando la esposa hubiese concebido.*» Desde que la esposa



ha concebido, cualquiera que sea la edad de los esposos, la acción de nulidad no procede. Ya hay una familia, ya hay un hijo, y la ley protege á ambos. La presunción de la inhabilidad del hombre ó de la mujer para uno de los fines del matrimonio antes de la edad legal, desaparece con el hecho que la desautoriza en el caso, y las otras consideraciones que han inspirado á la ley ceden *por excepción* ante consideraciones más graves en casos concretos, que ciertamente no pueden ser sino muy pocos.

En derecho francés se sostiene lo contrario, pero es porque los términos de la ley francesa,—que es distinta de la nuestra,—imponen la negativa en la especie que nos ocupa.

El artículo 185 del Código Napoleón dice así: «Sin embargo, el matrimonio contraído por esposos que no tenían aún la edad requerida, ó de los cuales uno de ellos no había alcanzado esta edad, no puede ser atacado, 1º... 2º Cuando la mujer *que no tenía esta edad* ha concebido...» La excepción establecida por el Código francés, está, pues, evidentemente *limitada* al caso en que la mujer *que no tenía la edad legal* ha concebido. La excepción no se extiende á un caso que no sea éste; luego la negativa se impone en la especie de que tratamos. Pero en la ley argentina la excepción *no está limitada* á cuando la mujer no tenga la edad legal: sus términos son amplios como hemos visto, y no hay razón para *restringirlos* por interpretación creando limitaciones que la ley no establece.

352.—*Segundo caso:* Cuando el matrimonio ha sido celebrado con el impedimento del inc. 7º, del artículo 166, ó sea *la locura*.

Como este defecto, cuya verdadera expresión es la



falta de consentimiento, puede existir respecto de las dos partes, cada una en su caso puede demandar la nulidad del matrimonio. La acción puede deducirse por los que hubieren podido oponerse á la celebración, que son los designados por el art. 178.

353.—El mismo incapaz puede entablarla cuando recobrase el uso de su razón, siempre que no hubiese continuado la vida marital desde que desapareció su incapacidad. Si restablecida su razón ha continuado la vida marital, habrá confirmación tácita de su matrimonio, y por consiguiente, no podrá demandar su nulidad.

A la acción se opondría la excepción de la confirmación tácita, cuyos efectos remontan,—entre los casados,—á la fecha de la celebración del matrimonio.—art. 1099.

Si el otro cónyuge ha ignorado la locura de su prometido antes de la celebración del matrimonio y no hubiese hecho vida marital después de haberla conocido, podrá demandar la nulidad; pero si después de conocerla ha seguido haciendo vida matrimonial, no tiene derecho á entablarla, porque habrá confirmación tácita del matrimonio, y no podrá, de consiguiente, objetar su validez.—arts. 1097 y 1193.

354.—Si el cónyuge capaz contrajo matrimonio conociendo la incapacidad ó locura de su prometido, no podrá demandar la nulidad, porque estará bajo el imperio de los artículos 241 y 1081, de los que el primero establece que el que contrae matrimonio con conocimiento del impedimento que lo anula, no puede demandar su nulidad, y el segundo estatuye en regla general, que la nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que tenga interés en hacerlo, excepto el

que ha ejecutado el acto *sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba.*

355.—*Tercer caso:* que es cuando el consentimiento adoleciera de los vicios de error, dolo, ó violencia.—art. 173.

Estos vicios sólo pueden perjudicar á los esposos, y es por eso que sólo el cónyuge que ha padecido error, ó que ha sido víctima del dolo ó la violencia puede demandar la nulidad del matrimonio. Ningún otro puede deducirla y menos el autor de la violencia ó del dolo: *Nemo ex proprio dolo consequi potest actionem; nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem.* El art. 1192 es expreso: dice así: « El derecho de anular los contratos por vicios del consentimiento, corresponde á la parte que los hubiere sufrido, y no á la otra parte, ni al autor del dolo, violencia, simulación ó fraude. »

Cuando el consentimiento de una de las partes para su matrimonio ha sido arrancado por violencia ó por seducción, sólo esa parte es admitida á intentar la acción de casación del matrimonio: la otra parte no es admitida á intentarla, dice Pothier, VI, 202, nº 444 al fin, lo que es enteramente conforme con nuestro derecho.

356.—Pero esta acción de nulidad expira para el marido si cohabitó con su esposa durante tres días después de conocido el error ó dolo, ó de suprimida ó desaparecida la violencia; y para la mujer, si hubo cohabitación durante treinta días después de dicho conocimiento ó supresión del dolo, error ó violencia respectivamente. Hay en estos casos confirmación tácita del matrimonio.

357.—*El cuarto caso* es cuando hay impotencia





absoluta y manifiesta de uno de los cónyuges, anterior a la celebración del matrimonio.

358.—En el silencio que sobre esta causal guarda el Código Napoleón, sus expositores y comentadores discuten vivamente sobre si su artículo 180 puede ser aplicado al caso de impotencia anterior al matrimonio.

Tres opiniones se han producido al respecto.

En el primer sistema se sostiene que la impotencia no es jamás causa de nulidad, cualquiera que sea su origen y su carácter, natural ó accidental, invisible ó manifiesta. Este sistema está sostenido por repetidas decisiones judiciales.

En el segundo sistema, la impotencia natural, aun cuando esté revelada por un signo exterior de conformación, no es causa de nulidad; pero la impotencia accidental, solamente cuando es anterior al matrimonio, y siempre que haga al esposo completamente incapaz de llenar el deber principal del matrimonio, es causa de nulidad. Este sistema está sostenido,—entre otros,—por Duvergier y Duranton.

En el tercer sistema, en fin, se establece que la impotencia, sea natural, sea accidental, constituye, cuando es visible, un error en la persona y es, á este título, una causa de nulidad del matrimonio.

Se cuenta entre los adeptos á este sistema, médicos legistas de alta talla, como Legrand du Saulle, por ejemplo.

Pothier, VI, 40, n^{os} 96 á 98, escribe: « La impotencia para la generación es también, en la persona que la padece, un impedimento dirimente del matrimonio que la hace incapaz para casarse.

« Aunque la unión de los cuerpos no sea precisa y
« absolutamente de la esencia del matrimonio y que
« los cónyuges pueden, de común consentimiento,



« abstenerse de ella, sin embargo como la procreación
« de los hijos... es el fin principal del matrimonio,
« es necesario, para ser capaz para el matrimonio,
« tener cuando menos el poder de llegar á la unión
« de los cuerpos.

« Si los impúberes son considerados como incapaces
« de contraer matrimonio porque no son hábiles para
« la generación, aunque en adelante puedan serlo,
« con mayor razón los impotentes, que jamás pueden
« llegar á serlo, son incapaces para el matrimonio.

« Para que la impotencia sea un impedimento, es
« necesario que sea de nacimiento, ó sobrevenida des-
« pués... y que sea perpetua é incurable... y que
« sea anterior al matrimonio...; la sobrevenida des-
« pués de su celebración no lo anula. »

359.—Y bien; nuestra ley ha adoptado esta doctrina de Pothier, estableciendo que la impotencia absoluta y manifiesta de uno de los esposos, anterior al matrimonio, causa su nulidad, sea que la impotencia sea fruto de la naturaleza, ó de culpa del que la padece, siempre que sea absoluta y manifiesta, vale decir, que se denuncie notoria por imperfección de los órganos sexuales.

360.—Como es natural, sólo el otro esposo puede deducir la nulidad procedente de la impotencia de su cónyuge, porque es para él y no para éste que el defecto puede importar una contrariedad, que á haberlo conocido no habría aceptado el matrimonio. Tiene aquí estricta aplicación el principio de que no hay acción donde no hay interés. Nadie que no sea el cónyuge tiene interés en la capacidad de su consorte á los fines de la procreación: luego nadie que no sea él puede demandar la nulidad del matrimonio por falta de esa capacidad.



361.—¿Cuánto tiempo dura la acción de nulidad procedente de la incapacidad ó impotencia? La ley no lo dice: legisla especialmente para los casos de error, dolo ó violencia y guarda silencio respecto de la impotencia.

¿Se aplicará la disposición que rige los casos de violencia, dolo ó error, en el concepto de que la impotencia del un cónyuge no conocida por el otro antes de la celebración del matrimonio, importa un error sobre una de las cualidades indispensables para hacer apta á la persona, para uno de los fines del matrimonio, la procreación?

La jurisprudencia llenará este vacío de la ley, probablemente en el sentido de la afirmativa.

362.—La edad avanzada, la senectud, suprime la capacidad para los actos de generación. Pero, ciertamente que esta incapacidad no afecta de nulidad el matrimonio.

La ley no prohíbe el casamiento entre personas ancianas, ni entre una anciana y otra no anciana, y por consiguiente, es válido el matrimonio entre ellas celebrado, porque está permitido lo que no está prohibido: nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no prohíbe, dice el art. 19 de la Constitución de la República. Es que el matrimonio no tiene por único objeto la procreación y no puede, por lo tanto, decirse que la impotencia de la vejez lo vicia de nulidad.



Art. 243. *La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los dos esposos; uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiere la nulidad del primero, se juzgará previamente esta oposición.*

363.—Tres disposiciones principales contiene este artículo :

1ª La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los dos esposos ;

2ª Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra el segundo matrimonio contraído por su cónyuge ; y

3ª Cuando se opusiere la nulidad del primer matrimonio, se juzgará *previamente* esta oposición.

364.—*Primera disposición :* Es inmoral y produce escándalo la vida común que hacen dos personas á título de un matrimonio reprobado por la ley. La acción de nulidad tiene por principal objeto producir la separación de las personas con la declaración judicial de la invalidez ó inexistencia del matrimonio. Esta acción era deducible, y aún no era dado en ciertos casos deducirla sino después de disuelta la unión por la muerte de uno de los casados ; pero al ministerio público, representante de la sociedad, no era permitido demandar la nulidad del matrimonio después que la muerte ha separado á las personas. Esto es corriente en derecho francés : el art. 190 del Código Napoleón dice : « El procurador imperial, en « todos los casos á que se aplica el artículo 184, y « bajo las modificaciones establecidas en el artículo



« 185, puede y debe demandar la nulidad del matrimonio *en vida de los dos esposos* y hacerlos condenar á separarse. »

De conformidad á este texto de la ley y ocupándose del art. 184, Marcadé dice: «El ministerio público, mandatario y representante legal de la sociedad lastimada por el atentado que los matrimonios de que se trata importan contra las buenas costumbres, está encargado de atacar estos matrimonios y *hacer separar los esposos*; y como este alto interés de la sociedad ya no existiría si el matrimonio ilegal se encontrase suprimido por la muerte de uno de los esposos, el ministerio público dejará entonces de tener acción. Es pues en vida de los dos esposos que el ministerio público debe obrar. »

Nuestro ilustre codificador ha generalizado este principio estableciendo, no como excepción, sino como regla, que la nulidad del matrimonio no puede ser deducida sino *en vida de los dos esposos*: cuando la muerte los ha separado, es improcedente la acción, porque ha desaparecido el objeto principal de ella. Disposición sabia que, sin herir legítimos derechos, impone silencio sobre un hecho desaparecido: la unión que causa escándalo.

365.—Pero, lo que se prohíbe es *intentar* la acción, deducirla, demandar la nulidad del matrimonio. No está prohibido, ni ha podido prohibirse oponer la nulidad para defender derechos legítimos y rechazar pretensiones infundadas. Cuando los hijos, por ejemplo, del primer matrimonio fuesen demandados por los del segundo para repartirse la herencia del reputado padre común, aquéllos pueden repeler la demanda alegando y probando la nulidad del segundo matrimonio. Cuando los hijos del segundo están en



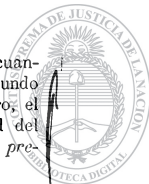
posesión de los bienes de la herencia, los hijos del primero no necesitan deducir acción de nulidad: les basta entablar la de petición de herencia, en cuyo curso pueden sostener y probar la nulidad del segundo matrimonio para excluir á los nacidos de él de toda participación en los bienes.

Esto demuestra acabadamente, que la declaración hecha por nuestro artículo, de que la acción de nulidad no puede intentarse sino en vida de los dos esposos, ~~no lastima derechos legítimos, porque ni siquiera es un tropiezo para que se haga su defensa en tiempo y eficazmente.~~

366.—*Segunda declaración:* Abriendo una excepción á la primera, la segunda declaración dispone que «uno de los cónyuges puede deducir *en todo tiempo* la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge».

El segundo matrimonio es absolutamente nulo desde que el primero es válido y está subsistente—art. 241. El cónyuge del primer matrimonio tiene derecho para pedir la nulidad del segundo—art. 178, inc. 1° y 241, y puede deducirla desde el primer momento, porque sus derechos de esposa, por ejemplo, están lastimados con el acto de la celebración del segundo matrimonio; y puede entablarla aún después de muerto su marido, porque el título de esposa que usa la segunda mujer contradice el título verdadero de tal de la primera.

El conflicto de títulos refleja en los derechos que al título acompañan, y el conflicto entraña un interés real que legitima la acción. Es justo, como se ve, conceder á la primera mujer ó al primer marido derecho para entablar *en todo tiempo* acción de nulidad contra el segundo matrimonio.



367.— Tercera declaración: Se establece que, cuando á la acción de nulidad entablada contra el segundo matrimonio por uno de los esposos del primero, el ó los cónyuges del segundo oponen la nulidad del primer matrimonio, esta oposición será juzgada *preciamente*.

La existencia de un matrimonio, aun cuando sea nulo, importa un verdadero obstáculo para una segunda unión. El interesado debe solicitar previamente la declaración de nulidad para estar habilitado á contraer un nuevo matrimonio. Sin esta declaración, el existente es un impedimento prohibitivo para la celebración del segundo. Y es necesario que la declaración sea judicial, porque como á nadie es lícito hacerse justicia por sí mismo, no basta que el interesado decida por sí y ante sí que es nulo su primer matrimonio, sino que debe ocurrir á la autoridad encargada de resolver sobre las cuestiones de derecho privado, que es la de los jueces—art. 259,—los cuales no pueden decidir sin citación y audiencia del otro cónyuge. Pero puede suceder que faltando á estas reglas, uno de los esposos contraiga segundo matrimonio y que en consecuencia el otro demande la nulidad de esta nueva unión. Si á esta demanda se opusiere por el ó por los cónyuges del segundo matrimonio que el primero era nulo, natural es que se resuelva *preciamente* esta cuestión prejudicial, porque si se declara que es nulo, como esta declaración se retrotrae para los esposos á la fecha de su celebración, resultará que no había un matrimonio *existente* cuando fué contraído el segundo, el que será, por lo tanto, válido, si no existiere otra causa que lo invalide.

Esta disposición de nuestra ley es conforme con la del Código Napoleón, cuyo art. 189 dice así: «Si



« los nuevos esposos oponen la nulidad del primer
« matrimonio, la validez ó la nulidad de este matri-
« monio debe ser juzgada *previamente*. »

Pothier escribe al respecto lo que sigue: « Lo que acabamos de decir, que un matrimonio existente es un impedimento dirimente para un segundo contraído durante subsista el primero, no tiene lugar sino cuando el primero es válido. Si era nulo, como lo que es nulo no produce ningún efecto: *quod nullum est, nullum producit effectum*, no puede constituir un impedimento dirimente para un otro matrimonio. Sin embargo, el que ha contraído un matrimonio, aunque nulo, no debe ser admitido á contraer otro antes de haber hecho pronunciar la nulidad del primero... Pero si de hecho ha contraído otro, el contraído sin antes haber hecho pronunciar la nulidad del primero, no dejará de ser válido si ulteriormente se demuestra la nulidad del primero. » VI, 46, n° 107.

CAPÍTULO XIII

Efectos de la nulidad del matrimonio

Art. 244. *Si el matrimonio nulo hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges, producirá hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido, no sólo con relación á las personas y bienes de los cónyuges, sino también en relación á los hijos.*

En tal caso, la nulidad sólo tendrá los efectos siguientes:

1º En cuanto á los cónyuges, cesarán todos los derechos y obligaciones que pro-



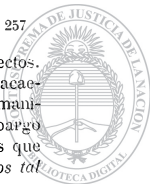
duce el matrimonio, con la sola excepción de la obligación recíproca de prestarse alimentos en caso necesario.

2º En cuanto á los bienes, los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges; pero antes del fallecimiento de uno de ellos, el otro no tendrá derecho á las ventajas ó beneficios que en el contrato de matrimonio se hubiesen hecho al que de ellos sobreviviese.

3º En cuanto á los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, serán considerados como legítimos, con los derechos y obligaciones de los hijos de un matrimonio válido.

4º En cuanto á los hijos naturales concebidos antes del matrimonio putativo entre el padre y la madre, y nacidos después, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce este efecto.

368.—Se entiende por matrimonio *putativo* aquel matrimonio que, aunque nulo, ha sido celebrado con buena fe por las dos partes, ó por una, al menos, y al cual, no obstante la declaración de nulidad, la ley concede ciertos efectos civiles. Cuando la nulidad es absoluta, el matrimonio no debiera producir efecto alguno en fuerza de que *quod nullum est, nullum producit effectum*; pero la buena fe cubre la nulidad y en mérito de ella la ley concede al matrimonio nulo los mismos efectos del matrimonio válido, hasta el día en que se pronuncia su nulidad.



La legitimidad de los hijos es uno de esos efectos.

La ley 1ª, título 13, part, 4ª, dice: «... si acae-
« ciese que entre algunos de los que se casan mani-
« fiestamente en faz de la Iglesia, ouiese tal embargo
« por que el casamiento se deue partir, los hijos que
« fiziessen, *ante que sopiessen que auia entre ellos tal*
« *embargo*, serían *legítimos*. »

Es la buena fe la base de los favores legales. En presencia de ella, la ley olvida el aforismo *quod nullum est, nullum producit effectum*, y con razón, porque el matrimonio es no sólo un contrato entre partes, sino sobre todo una institución social de gran trascendencia. Interesa no sólo á los casados, sino también á la familia y á la sociedad en general; y para servir los intereses de éstas concede al matrimonio nulo, contraído con buena fe, aunque su nulidad sea absoluta, los efectos del matrimonio válido, hasta el día de la sentencia que declara su nulidad.

Por consiguiente, cuando se quiere determinar los efectos civiles que ha producido un matrimonio putativo, cuya nulidad ha sido declarada por sentencia, no hay sino que asimilarlo á un matrimonio válido disuelto en la fecha de ella, porque los efectos de uno y otro son idénticos, con las excepciones que la ley consigna formalmente.

369.—Y así, el matrimonio putativo producirá hasta el día que se declare su nulidad, dice nuestro artículo, *todos los efectos* del matrimonio válido, no sólo respecto de las personas y bienes de los casados, sino también y principalmente respecto de los hijos.

Hasta el día en que se declare su nulidad; luego desde ese día en adelante no producirá ninguno de los efectos civiles, pero los producidos hasta entonces



perdurarán. Por consiguiente, los hijos concebidos después de la sentencia que ha declarado la nulidad no son beneficiados por la ley. No son legítimos, sino ilegítimos, de la clase que corresponda á la condición de los padres: adulterinos, incestuosos ó naturales, según el caso.

370.—¿Bastará que la buena fe exista en el momento de la celebración del matrimonio, ó será necesario que continúe hasta la declaración judicial de su nulidad? Basta que exista al principio, y esto no puede ser dudoso en nuestro derecho. A condición de que sea *contraído* de buena fe, *producirá hasta el día* que se declare su nulidad los efectos del matrimonio válido, dice la ley. No se hace más exigencia sino que sea *contraído* de buena fe. A esta condición, la ley declara que *producirá* los mismos efectos del matrimonio válido *hasta el día* en que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada lo declare nulo.

El artículo 247 resuelve perentoriamente el punto, sin permitir duda. Define indirectamente lo que es la buena fe y determina el tiempo en que se la debe tener, definiendo lo que es la *mala fe* y el tiempo en que ella perjudica. « Consiste la mala fe de los « cónyuges, dice, en el conocimiento que hubiesen « tenido, ó debido tener, *el día de la celebración* del « matrimonio, del impedimento que causa la nulidad... » Luego la mala fe que perjudica es únicamente la que se tiene antes de la celebración del matrimonio, de lo que se deduce que, habiendo buena fe en la celebración, el conocimiento que posteriormente tengan los casados del impedimento que causa nulidad no priva que el matrimonio surta efectos hasta el día que su nulidad sea judicialmente pronunciada.



Es ésta otra de las indulgencias de la ley. La rigidez de la moral impone ciertamente á los casados el deber de separarse y poner término á la vida matrimonial desde el momento que tienen conocimiento del impedimento que hace nula su unión ; pero en mérito de la buena fe con que fué contraída, la ley abunda en piedad para los hijos y en favores para los casados disponiendo, que, habiendo buena fe en la celebración del matrimonio, la mala fe ulterior no perjudica. « Basta que la buena fe haya existido en el momento en que el matrimonio ha sido contraído, escribe Mourlon. Los esposos que después de haberse casado de buena fe descubren que su matrimonio es nulo, son bien excusables si no se separan inmediatamente. El temor de un escándalo, la esperanza legítima de que la nulidad se cubrirá ó que no será descubierta, los desnuda de energía para romper una unión en la que hasta entonces han vivido honestamente. La ley ha debido tener en cuenta esta posición difícil y cubrirla con su indulgencia. » Tom. 1º, nº 705.

La ley 1ª, tít. 13, part. 4ª, requiere la existencia de la buena fe en los momentos de la concepción para que los hijos sean legítimos, ó por lo menos que los esposos *duden* de la existencia del impedimento que causa la nulidad. « . . . Si después *sopiessen ciertamente* que auia entre ellos tal embargo, *fiziessen* « *fijos*, todos quantos hijos después ouiessen *non serian* « *legítimos*. Pero si algunos, mientra que ouiessen « tal embargo non lo sabiendo ambos, o el vno dellos, « fuessen acusados ante alguno de los jueces de Santa « Iglesia ; e ante que el embargo fuesse prouado, nin « la sentencia dada, ouiessen *fijos* ; quantos *fijos* *fizieren*, *entre tanto que estuuieren en esta duda*, todos « serian legítimos. »

El Código modifica estas reglas estableciendo como



hemos dicho, que basta que la buena fe exista en la celebración del matrimonio.

371.—Según el artículo 3860, todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio. Esta revocación se opera *ministerio legis* al simple hecho de la celebración del matrimonio; y como el putativo produce *todos los efectos* del válido, es evidente que con el hecho de su celebración queda revocado *ipso jure* el testamento anteriormente hecho por cualquiera de los esposos.

Pero hecha la declaración de nulidad del matrimonio putativo ¿se restablecerá el testamento á su primitivo valor? ¿Revivirá en la forma y con la eficacia que tuviera antes de declararse nulo el matrimonio? ¿No podría—acaso—sostenerse la afirmativa arguyendo con el principio de que la declaración de nulidad restituye las cosas al mismo ó igual estado en que se hallaban antes del acto anulado?

Pensamos que no.

El matrimonio putativo, y especialmente aquel en que las dos partes son de buena fé, produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día de la sentencia que declara su nulidad. Desde ese día ya no produce ninguno, pero los producidos hasta entonces perduran. Y así, los hijos que han adquirido la legitimidad siguen siendo legítimos; los naturales legitimados continúan con esta cualidad; la patria potestad del padre no se suprime con la declaración de nulidad; el usufructo legal que tiene en los bienes de los hijos no se cancela. Los efectos del matrimonio putativo siguen rigiendo aún después de declarado nulo. Esta es la regla en la materia y no la que establece que la nulidad restituye las cosas al mismo



ó igual estado que tenían antes del acto anulado. Por consiguiente, la revocación del testamento, hecha de pleno derecho á la sola celebración del matrimonio, continúa rigiendo después de ser éste declarado nulo. Celebrado un matrimonio válido, el testamento queda revocado *ministerio legis*, y disuelto aquél por la muerte de uno de los esposos, esta revocación continúa rigiendo. Del mismo modo, hecha la declaración de nulidad del matrimonio putativo, la revocación operada de pleno derecho con la celebración del matrimonio, debe seguir rigiendo.

Además, nuestro artículo *limita* los efectos de la nulidad del matrimonio á los expresamente declarados en sus cuatro incisos, excluyendo todo otro.

«La nulidad *sólo* tendrá los efectos siguientes» —dice—y entre los enumerados no está el que quede suprimida la revocación del testamento. Esta disposición de la ley hace que no sea aplicable al matrimonio putativo la regla de que la nulidad restituye las cosas á su estado primitivo.

372.—En contemplación á la importancia del matrimonio así para la familia como para la sociedad y de la buena fe con que es contraído por ambos cónyuges, la ley se aparta del rigorismo de los principios y formula disposiciones protectoras de las personas y de los bienes.

Respecto de los cónyuges declara el inciso 1º, que « cesarán todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio, con la sola excepción de la obligación recíproca de prestarse alimentos en caso necesario. »

Cesan, por lo tanto, los derechos y deberes siguientes: 1º La autoridad marital y la incapacidad que afecta á la mujer en razón del matrimonio. Si



es mayor de edad podrá ejecutar todos los actos de la vida civil sin necesidad de autorización de su marido.

2º El deber de fidelidad. Han dejado de ser esposos; el vínculo del matrimonio no existe; son extraños el uno al otro. Ha desaparecido, por consiguiente, por la naturaleza de las cosas, el deber de guardarse fidelidad.

3º La protección y cuidados recíprocos, la obligación de vivir el hombre con la mujer, de seguir ésta á aquél donde quiera que fijase su residencia y de ejercer el marido todas las acciones que corresponden á ella. La declaración de que no existe matrimonio y el deber consiguiente de los casados de separarse el uno del otro, trae, por consecuencia natural, la cesación de los deberes y derechos recordados.

373.—La ley hace una excepción declarando que los casados continúan con la obligación recíproca de prestarse alimentos en caso necesario. Es éste otro de los efectos que contra las reglas comunes, y como favor tributado á la buena fe, se concede al matrimonio putativo declarado nulo. Hubo sincera unión, fué ignorado el impedimento que se oponía al matrimonio y los esposos vivían honestamente cuando la noticia del impedimento los sorprende.

Es justo declarar que, no obstante la nulidad pronunciada, continúan recíprocamente obligados á prestarse alimentos en caso necesario. El art. 201 del Código francés no impone este deber, y sin embargo, de la sola declaración de que el matrimonio anulado produce *efectos civiles*, escritores de la talla de Laurent sostienen que los esposos continúan con aquel deber: tom. 2º, nº 510.

Nuestra ley ha sido explícita, estableciendo en términos inequívocos este deber.



374.—*El inciso 2º* dice que la nulidad del matrimonio produce «*los mismos* efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges», pero agrega que «antes del «fallecimiento de uno de ellos, el otro no tendrá «derecho á las ventajas ó beneficios que en el contrato «de matrimonio se hubiesen hecho al que de ellos «sobreviviese.»

Si la nulidad declarada produce los mismos efectos de la muerte de uno de los esposos, se deduce evidentemente, que con la declaración de la nulidad se disuelve la sociedad conyugal. Esta disolución está declarada en términos explícitos por el art. 1325.

En su consecuencia, el marido llevará los bienes de su exclusiva propiedad, la mujer los suyos dotedales y los gananciales se repartirán por mitad.

375.—Pero la frase «la nulidad produce los *mismos efectos* del fallecimiento», debe ser entendida razonablemente.

No quiere decir que la sucesión entre los esposos se abra en la fecha de la sentencia que declara la nulidad *viendo los esposos*, porque : 1º Las sucesiones no se abren sino con la muerte real de las personas, ó con la presunta declarada judicialmente,—artículos 118 á 123, 3313 y 3316 ; 2º Porque sería absurda la sucesión recíproca y *simultánea* entre los esposos : el marido sucediendo á la mujer y al mismo tiempo, la mujer sucediendo al marido.

376.—La acción de nulidad no puede ser deducida sino durante la vida de los dos esposos,—art. 243 : pero puede suceder que antes de ser juzgada, fallezca uno de los cónyuges y que la sentencia que declare la nulidad sea pronunciada después de dicho fallecimiento. Es indudable que en este caso el otro cónyuge heredará al fallecido, porque según la ley, el



matrimonio putativo surte todos los efectos del válido hasta el día de la sentencia que declara su nulidad, entre los cuales está el derecho de suceder concedido al sobreviviente. El fallecimiento sobrevino antes de declarada la nulidad; con la muerte se abre la sucesión, y el cónyuge sobreviviente heredó antes de estar declarada la nulidad del matrimonio.

El resultado sería el mismo si la acción deducida en vida de los esposos hubiera de expirar con el hecho de la muerte de cualquiera de los esposos, sucedida antes de ser aquélla juzgada, porque habría que estimar válido el matrimonio, sin recurso para atacarlo, y el derecho á suceder del cónyuge sobreviviente quedaría regido por las reglas del derecho común, que le conceden el de heredar al fallecido.

377.—Cuando la sentencia que declara la nulidad es pronunciada antes del fallecimiento de los esposos, ¿se conserva entre ellos el derecho de sucesión de modo que muerto el uno, el otro pueda ejercitar el derecho acordado por los artículos 3604, 3605, 3606, 3609 y 3629? La negativa nos parece la verdadera. La sentencia que declara la nulidad casa la calidad de esposo de cada uno de los casados: los declara no esposos, y entonces, á la muerte del uno, el otro no tiene título, no tiene calidad que lo habilite para heredar. Para suceder como esposo, es necesario ser esposo en el momento en que ocurre la muerte, porque es en ese momento en que la sucesión se defiere.—arts. 3321 y 3316.

378.—Es permitido á los futuros cónyuges estipular, —entre otras cosas— sobre «Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento».—art. 1251, inc. 4°. A este respecto, el que nos ocupa declara que el cónyuge beneficiado



no tendrá derecho á ellas, antes de haber fallecido el otro cónyuge, no obstante la regla de que la nulidad declarada del matrimonio putativo surte los mismos efectos del fallecimiento de uno de los esposos. Esta disposición de la ley se ajusta á la naturaleza de aquellas estipulaciones. Acordadas para no tener efecto sino después de la muerte de uno de los contrayentes, sería violar la voluntad de las partes hacerlas exigibles antes del tiempo convenido. Son estipulaciones de carácter privado y perfectamente lícitas, que deben tener entre los interesados la misma autoridad de la ley. Por consiguiente, la declaración que al respecto hace nuestro artículo es perfectamente justa y jurídica. Los favores de la ley en consideración á la buena fe no pueden, en un matrimonio nulo, ir más allá de lo que la justicia acuerda á los esposos, igualmente de buena fe, en un matrimonio válido.

379.—*El inciso 3º* declara que los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, serán considerados como legítimos, con los derechos y obligaciones de los hijos de un matrimonio válido.

Este favor á los hijos es concedido no sólo cuando ambos esposos tuvieron buena fe, sino también cuando no la tuvo sino uno de ellos, según el art. 245 que dice, que, en el último caso, el matrimonio nulo producirá también los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe y á los hijos. Esta decisión la teníamos ya en nuestras viejas leyes. La citada en otro lugar, ley 1ª, tit. 13, part. 4ª, dice: «E
« esto sería también, si ambos no supiesen que y auiá
« tal embargo, como si non lo sopiesse mas del uno
« dellos. Ca el non saber deste solo faze los fijos legi-
« timos. »

Los hijos del matrimonio putativo forman, pues,



parte de las familias de su padre y madre en calidad de legítimos; heredan á sus padres y parientes como éstos á ellos; continúan, después de la declaración de nulidad, bajo la potestad de su padre ó madre en tanto que no llegan á la mayor edad ó no se emancipan y,—en una palabra,—tienen todos los derechos y todas las obligaciones que tienen los hijos concebidos en un matrimonio válido.

380.—Un escritor competente piensa que en la disposición del inc. 3º que nos ocupa, no están comprendidos los hijos concebidos durante el matrimonio putativo de personas que, una de ellas ó ambas, eran legítimamente casadas, y estima que esta decisión está autorizada por el artículo 372.

Nuestra opinión es contraria á la del ilustrado escritor. Los términos del inc. 3º son generales, no distingue casos y, por consiguiente, abraza todos. Una interpretación que haga distinciones no autorizadas ni por la letra ni por el espíritu de la ley, es inaceptable. En lugar de interpretar la ley, es hacerla y eso no es permitido á los jueces: corresponde al legislador.

El artículo 372 tampoco autoriza aquella conclusión. Cuando este artículo dice que es adulterino el hijo «que procede *de la unión*» de personas que en el momento de la concepción no podían contraer matrimonio, no entiende por *unión* la legítima ó sea la que procede del lazo conyugal, sino el comercio carnal, pero fuera de matrimonio, de las personas de que procede el generado. Esto es tan evidente que no necesita demostración, la que por otra parte es fácil hacer. El artículo citado se registra en el título que trata de los hijos naturales, adulterinos é incestuosos, es decir, de los hijos que nacen *fuera* de matrimonio. Luego la palabra *unión* que emplea, no se refiere á la unión



por matrimonio, sino al mero comercio carnal sin vínculo conyugal. Esto mismo se hace evidente con el art. 376, que declara, que los hijos adulterinos y los incestuosos *no tienen*, por las leyes, padre ó madre, ni parientes algunos por parte de padre ó de madre, lo que es verdad cuando son concebidos *fuera* de matrimonio, pero no cuando son concebidos en matrimonio putativo, porque entonces los incestuosos *son tenidos por legítimos* con todos los derechos y obligaciones de los concebidos en un matrimonio válido: tienen padre y madre, son parientes de los parientes del padre y de la madre y son miembros de las familias de uno y otro.

Lo mismo sucede con los adulterinos, á los cuales, á la par que á los incestuosos, comprende el recordado art. 376.

Las fuentes de nuestra ley concurren á esta demostración. En la nota 1ª de Massé y Vergé al § 172 de Zachariæ de que está tomado nuestro artículo, se establece claramente que la definición que se hace de los hijos adulterinos, se refiere á los concebidos *fuera* de matrimonio, y se hace *expresa excepción* de los concebidos en matrimonio putativo, los cuales disfrutan del favor especial de la legitimidad. «La buena fe, dice, del padre y de la madre, que viven en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que la madre hubiese sido víctima, no pueden hacer desaparecer la tacha original del nacimiento del hijo que, en uno y otro caso, se conserva adulterino. La ley ni la moral pueden admitir la buena fe en las uniones *ilegítimas* (la admiten en la unión legítima del matrimonio putativo), sea que resulte de error, sea que resulte de la violencia; y el matrimonio putativo es una *excepción cuyo beneficio es reservado á las uniones legítimas.*»

El art. 246 del Código ofrece una última demostración. Declara que cuando el matrimonio fuese con-



traído de *mala fe* por *ambos cónyuges*, los hijos serán considerados como ilegítimos y *en la clase* en que los pusiese *el impedimento que causare la nulidad*. Serán *incestuosos* si el impedimento es el parentesco; serán *adulterinos* si consiste en la existencia de un matrimonio anterior; lo que demuestra que el artículo que nos ocupa, 241, abraza en su inc. 3º el caso de nulidad por estar ambos ó uno de los cónyuges obligados en un matrimonio anterior subsistente.

381.—*El inciso 4º* declara que los hijos naturales concebidos *antes* del matrimonio putativo entre los padres y nacidos *después* de su celebración, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce este efecto. Pero los *naturales*, como dice la ley, que son aquellos que al tiempo de su concepción sus padres podían contraer matrimonio—art. 345—y no los adulterinos é incestuosos. Estos no tienen padres, ni madres, ni parientes—art. 376,—ni es permitida á su respecto la indagación de la paternidad ó maternidad—art. 375;—todo lo que importa decir, legalmente hablando, que no pueden pedir ser reconocidos por sus padres. El reconocimiento voluntario que hicieren carecerá de todo valor legal, no surtirá efecto alguno, sin más excepción que la única consagrada por la ley, y es, que podrán pedirles alimento hasta la edad de diez y ocho años, siempre que estuviesen imposibilitados para proveer á sus necesidades.

A los incestuosos y adulterinos concebidos en el matrimonio putativo de sus padres, la ley concede la legitimidad, pero no concede la legitimación á los concebidos *fuera* del matrimonio, aunque nacieren dentro de él. En el último caso, es concedida á los hijos *naturales* cuando el marido supo, antes del



casamiento, el embarazo de su esposa, ó si por cualquier otro modo reconoció antes ó después del nacimiento que era suyo el hijo que diera á luz su mujer —art. 356. La base de la legitimación es *el reconocimiento*, como lo persuaden este último artículo citado y los 351 y 352. Produce efectos legales respecto de los hijos naturales: no tiene valor respecto de los incestuosos y adulterinos. Este inconveniente jurídico concurre con consideraciones morales y de orden público para no conceder la legitimación á los hijos incestuosos y adulterinos y limitar el favor de la ley á los verdaderamente naturales.

382.—El inciso 4º que nos ocupa habla de los hijos naturales concebidos *antes* del matrimonio putativo entre sus padres y *nacidos después*. Y los naturales *nacidos antes* de dicho matrimonio ¿no podrán ser legitimados, sobre la base del reconocimiento paterno y materno, de conformidad á los artículos 351 y 352? La afirmativa nos parece legal y justa.

El matrimonio putativo produce «*todos los efectos del matrimonio válido...* con relación á los hijos», dice el artículo que anotamos. Y desde que la legitimación de los naturales nacidos *fuera* del matrimonio de sus padres queda operada por el subsiguiente verdadero que contrajesen, igual legitimación debe operarse por el putativo.

Al hablar de los concebidos antes y *nacidos después*, el inciso 4º es simplemente enunciativo y no limitativo. Enuncia uno de los efectos que, á semejanza del matrimonio válido, produce el putativo, pero no limita á él su disposición.



Art. 245. *Si hubo buena fe sólo de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, producirá también los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al esposo de buena fe y á los hijos, y no respecto al cónyuge de mala fe.*

La nulidad en este caso tendrá los efectos siguientes :

1º El cónyuge de mala fe no podrá exigir que el de buena fe le preste alimentos.

2º El cónyuge de mala fe no tendrá derecho á ninguna de las ventajas que se le hubiesen acordado en el contrato de matrimonio.

3º El cónyuge de mala fe no tendrá los derechos de la patria protestad sobre los hijos ; pero sí las obligaciones.

383.—Teniendo presente la disposición de este artículo, bajo el anterior inmediato ya hemos dicho buena parte de lo que aquí se dispone.

Si en la celebración del casamiento no hubo buena fe sino sólo de parte de uno de los cónyuges, hay sin embargo matrimonio putativo y produce, hasta el día de la sentencia que declare su nulidad, los efectos del matrimonio válido, pero únicamente respecto al esposo de buena fe y á los hijos, y no respecto al cónyuge de mala fe, lo que es una de las tantas aplicaciones del principio que dice, que á nadie aprovecha su dolo.

El Código de las Partidas consigna el mismo principio.



La ley 3, tit. 3, part. 4ª, dice: «Casándose algu-
« nos concejaramente, sabiendo ellos mismos que
« auian entre sí tal embargo, por que non lo deuian
« fazer, los fijos que ouiessem non serian legitimos:
« mas si el vno dellos lo sopiesse, e non ambos, en
« tal manera *serian los fijos legitimos*. Ca el non
« *saber del vno*, les escusa que les non puedan dezir,
« que non son fijos de derecho.»

La 1ª del tit. 13, de la misma part. 4ª, dice: «...E
« esto seria tambien, si ambos non sopiessem que y
« auia tal embargo, *como si non lo sopiessem mas*
« *del vno dellos*. Ca el non *saber deste solo*, *faze*
« *los fijos legitimos*.»

384.—En consecuencia del principio de que á nadie
aprovecha su mala fe, se tiene:

1º Que el cónyuge de mala fe no tiene derecho para
exigir que el de buena fe le preste alimentos, pero
éste podrá exigirlos de aquél. Así queda castigado
el dolo y protegida la buena fe.

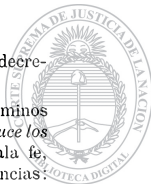
2º El cónyuge de mala fe no tiene derecho á nin-
guna de las ventajas que se le hubiesen acordado en
el contrato de matrimonio. Esas ventajas quedan
revocadas de pleno derecho, es decir, *ipso jure* en
castigo de su mala fe, en tanto que el de buena fe
disfrutará de todas las establecidas en su favor.

3º El cónyuge de mala fe no tendrá los derechos
de la patria potestad sobre los hijos, derechos que
consiguientemente corresponderán al esposo de buena
fe, pero tendrá todas las obligaciones de la paternidad
ó maternidad. De acuerdo con el espíritu que preside
esta disposición legal, el cónyuge de mala fe tampoco
tendrá el usufructo de los bienes del hijo, que es
parte integrante de la patria potestad plena—art. 298.

Tales son las disposiciones penales expresas decretadas contra el cónyuge de mala fe.

385.—Pero el artículo dice también en términos generales, que el matrimonio putativo *no produce los efectos del válido* respecto al esposo de mala fe, declaración de la cual surgen estas consecuencias: que respecto á él la ley no ve sino una unión criminal, de la cual no nacen derechos sino cargas; que no hay para él sociedad conyugal y por consiguiente que no puede corresponderle á título de gananciales parte de los rendimientos ó frutos de los bienes de exclusiva propiedad del otro; que de los bienes adquiridos con el trabajo común durante el matrimonio, llevará lo que le corresponda, como en el caso de la disolución de una sociedad ó comunidad de hecho—art. 246, inc. 2°, salvo el caso de bigamia, que está especialmente legislado por el artículo 1350.

386.—Pero el matrimonio produce los efectos del válido respecto al cónyuge de buena fe, y por lo tanto tiene éste todos los derechos que proceden de esta declaración y de las contenidas en los incisos 1° y 2° del art. 244.





Art. 246. *Si el matrimonio nulo fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno.*

La nulidad tendrá los efectos siguientes:

1º *La unión será reputada como concubinato.*

2º *En relación á los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, quedando sin efecto alguno el contrato de matrimonio.*

3º *En cuanto á los hijos serán considerados como ilegítimos y en la clase en que los pusiese el impedimento que causare la nulidad.*

387.—Cuando el matrimonio es contraído de mala fe por ambos cónyuges, esto es, cuando lo contraen con conocimiento del impedimento que causa su nulidad, perpetran un delito, el cual no es un acto jurídico y no produce por consiguiente efectos de este carácter. La unión del marido y mujer no es ni puede ser sino un concubinato, pero calificado, porque el matrimonio así contraído importa un delito del derecho criminal, castigado con pena grave: penitenciaría por tres á seis años.—art. 143 del Código Penal.

388.—Los hijos que proceden de semejante unión son ilegítimos y de la clase en que los coloca el impedimento que obsta á la unión de sus padres. Serán incestuosos, adulterinos ó naturales calificados según que la causa de nulidad sea el parentesco, un



matrimonio anterior subsistente, ó el impedimento del inc. 6' del art. 166.—arts. 372 y 373. No hay una clasificación especial para el nacido de la unión reprobada por el inc. 6' del artículo 166, pero ciertamente que no es un hijo *natural* en el sentido del artículo 358.

389.—En cuanto á los bienes, su reparto se hará como en el caso de la liquidación de una comunidad de hecho. Jamás puede ser estimada como sociedad de derecho, porque su origen es ilícito, es un delito; y el contrato matrimonial que existiere es nulo y sus cláusulas y estipulaciones no producirán efecto, porque obedecen á causa ilícita.—art. 536.

Art. 247. *Consiste la mala fe de los cónyuges en el conocimiento que hubiesen tenido, ó debido tener, el día de la celebración del matrimonio, del impedimento que causa la nulidad.*

No habrá buena fe por ignorancia ó error de derecho.

Tampoco la habrá por ignorancia ó error de hecho que no sea excusable, á menos que el error fuese ocasionado por dolo.

390.—Ninguna dificultad puede traer la declaración de que la mala fe de los esposos consiste en haber celebrado el matrimonio con *conocimiento* del impedimento que causa su nulidad. Dado este conocimiento, la declaración de la mala fe se impone desde que no es dado en esta materia excusarse con la ignorancia ó error de derecho. La celebración del



matrimonio con impedimento que lo hace nulo es un acto ilícito, y en los actos ilícitos no es admitida como excusa la ignorancia de derecho.—art. 957. El mismo artículo que nos ocupa declara que no habrá buena fe por la ignorancia ó error de derecho, lo que importa decir que hay la presunción *juris et de jure* de que se conoce la ley que prohíbe contraer matrimonio con impedimento declarado dirimente. Importa, pues, verdadera mala fe celebrarlo con conocimiento de tal impedimento, porque importa violar la ley á sabiendas.

391.—En el otro caso las cosas no se presentan con igual llaneza. Hay mala fe, se dice, cuando se celebra matrimonio con impedimento dirimente de que *ha debido* tenerse conocimiento. La ley misma reconoce que los cónyuges *no han tenido* conocimiento del impedimento en el día de la celebración del casamiento: se refiere en esta parte al caso en que los esposos no lo conocieron, pero que *han debido* conocerlo, y coloca uno y otro caso bajo una sola disposición, declarando que en los dos hay mala fe. Es que las palabras *debido tener* se refieren á la culpa grave, implican la ignorancia por incuria ó abandono altamente culpable, y en derecho la culpa grave se equipara al dolo, sin que esto importe confundirlos, ni suprimir sus diferencias. Se los nivela, pero sólo en el sentido de que están sometidos á una sola y misma regla. Hemos de volver sobre este punto que es de verdadero interés jurídico.

392.—La ignorancia ó error de hecho salva la buena fe, pero sólo cuando es excusable, salvo que el error fuese ocasionado por dolo. El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero



estado de las cosas *proviene* de una *negligencia culpable*, dice el artículo 963. La ley de Partidas dice sobre el particular, después de poner un ejemplo de ignorancia ó error de hecho excusable, «*Ca pues que el yerro auiene por DERECHA RAZON, non le deue empecer.*» 14, tit. 29, part. 3^a. Cuando no hay desidia y existen motivos que puedan hacer incurrir en error á la generalidad de los hombres, habrá error excusable y no podrá decirse que hubo mala fe.

393.—Cuando el error procede del dolo, sea de la persona con quien se trata, sea de un tercero, no hay culpa que imputar al que ha sido víctima, y su buena fe no puede ser comprometida. Es, pues, justo y jurídico que nuestro artículo la salve sin reservas, como lo hace. Véanse el artículo 969 y sus concordantes.

394.—¿Es la buena ó la mala fe que se presume? Marcadé, n° 695, «*Del Matrimonio*», sostiene que es la buena fe, é invoca como argumento el art. 2268 del Código francés, que establece, en materia de prescripción, que la buena fe se presume, disposición que repite el 4042 del nuestro, que dice: «Se presume siempre la buena fe, y basta que haya existido en el momento de la adquisición», y el art. 2396 la establece en estos términos generales: «Todo poseedor tiene para sí *la presunción* de la buena fe de su posesión..., salvo los casos en que la mala fe se presume.»

Laurent, tom. 2º, n° 506, sostiene la conclusión contraria de la que sostiene Marcadé, reconociendo que la de éste es la común de los autores.

Ciertamente que la presunción de derecho, como lo dice su propio nombre, es obra exclusiva de la ley. Donde no hay ley que la establezca, no hay presunción



juris, y no hay ley que la establezca en materia de matrimonio. Sin embargo, pensamos que no son los esposos quienes deben probar su buena fe, sino que los que sostienen que no hubo matrimonio putativo son los que deben probar la mala fe de los cónyuges.

¿En qué consiste la buena fe? En *no haber conocido* el impedimento que causa la nulidad: una negación. ¿En qué consiste la mala fe? En *el conocimiento* del impedimento: una afirmación. Y bien, la negación no se prueba: son, pues, los que desconocen que ha habido matrimonio putativo quienes deben probar la existencia de la mala fe, porque ésta importa una afirmación, como aquélla una negación.

Art. 248. *El cónyuge de buena fe puede demandar al cónyuge de mala fe y á los terceros que hubiesen provocado el error, por indemnización de daños y perjuicios.*

395.—El que ejecuta un delito del derecho civil está obligado á la reparación de los daños é intereses que causare.—art. 1111. Este principio es la base capital del presente artículo y es fundamental en derecho.

La responsabilidad del cónyuge de mala fe y la de sus cómplices ó consejeros es *solidaria*, en cuanto al deber de reparar los daños é intereses causados. Esta solidaridad está impuesta por la ley.—art. 1115.

Conviene ver lo que decimos bajo el art. 969, y tener presente los 1101, 1102, 1103 y sus concordantes 1110 y 1111.



Art. 249. *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.*

396.—Es esta una disposición que se impone por los principios naturales de justicia en que reposa.

Sea que haya buena fe en los dos esposos, sea que no la tenga sino uno, ó sea que ambos sean de mala fe, la nulidad del matrimonio no puede perjudicar á los terceros que hubieren contratado con los esposos. Los actos de los casados con terceros, tendrán los vicios de forma ó de fondo que los afectaren en calidad de tales, pero no perderán su eficacia por el hecho, —ajeno á los terceros,—de la nulidad del matrimonio por un impedimento que ellos no conocían, ni estaban obligados á conocer. La celebración del matrimonio, este acto externo pasado ante el Oficial Público respectivo, da á los casados la cualidad de esposos para ante los terceros, y basta esta circunstancia para asegurar la firmeza de los derechos adquiridos por éstos á virtud de contratos licitos y eficaces acordados de buena fe. La doctrina contraria importaría consagrar la iniquidad y autorizar la prosperidad de graves delitos, teniendo por base la confabulación entre los esposos.



CAPÍTULO XIV

De las segundas ó ulteriores nupcias

Art. 250. *La mujer no podrá casarse hasta pasados diez meses de disuelto ó anulado el matrimonio, á menos de haber quedado en cinta, en cuyo caso podrá casarse después del alumbramiento.*

397.—El hombre viudo puede casarse en el tiempo que quiera desde la disolución del anterior matrimonio, porque no hay ley que le limite su libertad al respecto, ni motivos que aconsejen limitársela.

No sucede lo mismo con la mujer, á la cual prohíbe el presente artículo contraer nueva unión antes de pasados diez meses de la disolución ó anulación del anterior matrimonio, por motivos que afectan al estado de las personas, ó sea á la filiación.

«Hasta pasados *diez meses* . . . » Nuestro artículo no ha debido usar de la división del tiempo en meses, sino de la de días para armonizar con los arts. 76 y 77 y con los relativos á la legitimidad de los hijos, porque en el Calendario Gregoriano que nos rige,—art. 23,—los meses no constan uniformemente de treinta días cada uno, como sucedía en el calendario *republicano* vigente en Francia cuando fué redactado el Código Napoleón.

398.—Teniendo en cuenta que el *máximum* de duración del embarazo es de *300 días*, según el art. 77, la prohibición impuesta á la viuda debe entenderse limitada á los 300 días posteriores al de la disolución



ó anulación del matrimonio, exclusive el día del nacimiento, de conformidad á los artículos 24 y 77.

La razón de esta prohibición está en que es necesario evitar la confusión en la filiación para conservar pura la familia. La concepción es un misterio y, además, no hay medios hasta ahora para conocer el momento en que se opera; y como el embarazo puede durar ó *ciento ochenta* días como *mínimum*, ó *trescientos* como *máximum*, sería imposible saber, si la viuda pudiera casarse inmediatamente de anulado ó disuelto el matrimonio, si el hijo que diera á luz después del plazo mínimo del embarazo era fruto de su primera unión, ú obra de su segundo marido, porque hay tiempo bastante de gestación para poder ser así del uno como del otro. Esta es la razón fundamental de la prohibición, la cual se extiende, como queda dicho, á todo el plazo de la duración *máxima* del embarazo; pero no absolutamente y para todo caso, sino por el contrario haciendo distinciones, porque si la viuda alumbrare dentro del plazo de la prohibición, no es posible que exista confusión en la filiación desde que se casare *después* de su desembarazo. El segundo hijo que diera á luz después de nuevamente casada, no podía ser obra de su primer marido, y sería necesariamente, á los ojos de la ley, fruto de su segunda unión. Por ejemplo: la viuda alumbra á los ciento y cincuenta días de la muerte de su primer marido, se casa poco tiempo después y alumbra nuevamente dentro de los trescientos y *un* días posteriores al de dicha muerte. Este segundo hijo no puede ser, evidentemente, obra del primer marido y, consiguientemente, no es posible que en tal caso haya confusión en la filiación. No hay, por lo tanto, motivo para conservar la prohibición hasta la expiración del plazo *máximo* del embarazo, y debe permitirse á la viuda que pueda contraer nuevo

matrimonio después de su alumbramiento, que tuviera lugar en cualquier tiempo dentro de los *trescientos y un días* posteriores al de la disolución ó anulación de su unión anterior, que es lo que hace el artículo que nos ocupa cuando dice: «*á menos de haber quedado en cinta, en cuyo caso podrá casarse después del alumbramiento.*»



399.—Como hemos dicho al principio de este título, esta prohibición constituye un impedimento para el matrimonio, pero simplemente temporal y sin ser nunca dirimente, vale decir, sin que el matrimonio contraído en contravención á la prohibición sea nulo por dicha causa. La contravención está castigada en este caso con la pena del artículo 251, y, por consiguiente, no puede invocarse para sustentar la nulidad el principio establecido por el art. 18, á más de que los impedimentos dirimientes, que son los que hacen nulo el matrimonio, están limitados á los enumerados por el art. 166, entre los cuales no se encuentra el que nos ocupa.

400.—Si la viuda se casase dentro del plazo prohibido ¿cuál es la presunción legal respecto de la filiación?

Los artículos 275 y 276, resuelven el caso. «El hijo que naciere *antes* de los ciento ochenta días del *segundo* matrimonio, *se presume concebido en el primero*, siempre que naciese *dentro* de los trescientos días de disuelto ó anulado el primer matrimonio», dice el art. 275, y «*Se presume concebido en el segundo* matrimonio el hijo que naciere *después* de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos días posteriores á la disolución del primer matrimonio», dice el 276.

Es la resolución más justa que puede darse en el



caso, pero sin desconocer que alguna vez puede ser contraria á la verdad.

Art. 251. *La mujer que se casase en contravención del artículo anterior, perderá los legados, y cualquiera otra liberalidad ó beneficio que el marido le hubiese hecho en su testamento.*

401.—El objeto de este artículo es establecer la sanción del anterior, disponiendo al efecto, que, la mujer viuda que contrajese matrimonio antes de vencer los plazos allí establecidos, perderá los legados y cualquiera otra liberalidad ó beneficio que el marido le hubiese hecho en su testamento, y el efecto de esta sanción es la declaración implícita de la validez de tal matrimonio, porque, como dejamos dicho bajo el art. 18, cuando la ley se limita á castigar la contravención con una pena distinta de la nulidad, reconoce implícitamente la validez del acto. Además, los arts. 166 y 276 concurren á demostrar la validez del matrimonio dicho, el primero en tanto cuanto limita á los en él enumerados los impedimentos que causan nulidad, y no registrarse entre ellos el de la prohibición que nos ocupa, y el segundo porque evidentemente reconoce la validez del matrimonio.

402.—La sanción impuesta por nuestro artículo se limita á los legados y á cualquiera otra liberalidad ó beneficio que el marido hubiese hecho á su esposa *en su testamento*, y, por consiguiente, no alcanza á las donaciones que aquél le hubiese hecho en sus convenciones matrimoniales—art. 1251, inc. 3º, ni á las hechas de los bienes que dejase por su fallecimiento—inc. 4º, y menos á los gananciales que le

correspondan por razón de la sociedad conyugal y á la porción legítima que la ley le acuerda en la herencia de su esposo. Se trata de una disposición penal, que es, de consiguiente, de estricta interpretación.

Art. 252. *La viuda que teniendo bajo su potestad hijos menores de edad, contrajese matrimonio, debe pedir al Juez que les nombre tutor.*

Si no lo hiciese, es responsable con todos sus bienes de los perjuicios que resultaren á los intereses de sus hijos.

La misma obligación y responsabilidad tiene el marido de ella.

403.—La justa preocupación de este artículo es el interés de los menores de edad, tanto con relación á sus bienes de fortuna como á su educación.

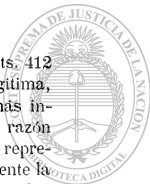
La patria potestad que á falta del padre tiene la madre viuda sobre sus hijos, se acaba cuando ésta contrae nuevo matrimonio—art. 342.

Y bien; el que nos ocupa dispone que la viuda que teniendo bajo su potestad hijos menores de edad contrajese matrimonio, tiene el deber, so pena de daños é intereses, de pedir al juez que les nombre tutor, á fin de que haya quien cuide de sus bienes de fortuna y atienda á su alimento y educación.

Este mismo deber y responsabilidad tiene el marido de ella.

404.—Al imponérselos determinadamente, no es intención de la ley establecer que *sólo ellos* están obligados á pedir al juez que les nombre tutor, pues tienen esta obligación los demás parientes del menor





y el Ministerio público de los de esta clase—arts. 412 y 525, sino que, tratándose de la madre legítima, bajo cuya potestad estuvieron, su deber es más inmediato, como lo es también de su marido en razón de que *forman una sola persona* y ser él el representante de su esposa. Les impone especialmente la responsabilidad de los daños ó intereses para mejor asegurar el cumplimiento de su deber y evitar consiguientemente el desamparo de los menores. Puede agregarse esta consideración: la ley adopta esta provisión teniendo presente, que, la madre puede ser influenciada por su nuevo marido en el sentido de que le permita explotar los intereses de los menores, teniéndolos al efecto sin un tutor que responda de ellos y los administre debidamente.

405.—El deber que nuestro artículo impone á la madre y á su nuevo marido y especialmente las garantías ó providencias de seguridad que toma en favor de los hijos menores, no son una novedad. En nuestro antiguo derecho existían más eficaces, porque reposaban sobre la hipoteca tácita. «... Si muriese « el marido de alguna mujer de quien ouiesse fijos, « e teniendo ella en guarda a ellos, e a sus bienes, « *se casasse otra vez; que fincan entonce todos los « bienes de la madre obligados a sus fijos, et aun los « de aquel con quien casa, fasta que hayan guarda- « dor, e que les den cuenta, et recabdo de lo suyo...*», dice la ley 26, tit. 13, part. 5ª.

El Código no ha repetido esta garantía de la hipoteca legal, porque es sistema que con razón ha condeñado, adoptando el que reposa pura y exclusivamente en la convencional constituida por el dendor de una obligación, ó por un tercero.—arts. 3149 y 3155.



CAPÍTULO XV

Disposiciones generales

Art. 253. *Los matrimonios celebrados con posterioridad á la vigencia de esta ley, se probarán con el acta de la celebración del matrimonio ó su testimonio.*

406.—En satisfacción de una necesidad de orden público, la ley impone la clase de prueba con que deben justificarse los actos jurídicos, aun cuando no tengan por objeto sino intereses privados. Y así, los contratos de una entidad mayor de doscientos pesos deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos sino en casos excepcionales. Si esto hace respecto de actos de interés puramente privado, con mayor razón exige que el matrimonio, que tanta trascendencia tiene en la organización y destinos de la sociedad, deba probarse, por regla general, con el acta original de su celebración, ó con testimonio de ella.

Pero, cuando hay imposibilidad de presentar el testimonio ó el acta, es permitido probar el matrimonio por todos los medios de derecho.—art. 254.

Esto importa decir, que lo que constituye la regla de derecho común es la prueba por medio del acta, ó su testimonio, y para el caso excepcional de la imposibilidad de presentarla, todos los otros medios probatorios, como testigos, presunciones, etc. «No adoptamos
« en manera alguna, dice Toullier al respecto, los
« principios de la jurisprudencia romana, según la



« cual una larga cohabitación, el honor que el marido
« había hecho á la que él llamaba su mujer, la voz
« pública, la opinión de los vecinos, parecían pruebas
« suficientes para establecer la existencia y la certi-
« dumbre de los matrimonios. El código exige la
« presentación del acta de su celebración. »

407.—La exigencia del acta ó su testimonio para la prueba no es para todos y cualquiera matrimonio, sino sólo para los celebrados con *posterioridad* á la ley llamada de Matrimonio civil de 12 de Noviembre de 1888, inmodificada por la de 12 de Noviembre de 1889, lo cual es conforme con el principio del art. 3º que declara, que las leyes no tienen efecto retroactivo, principio que se aplica á los medios probatorios, como tenemos dicho bajo el citado artículo 3º. Tom. 1º, nº 7.

Los anteriores á dicha ley se probarán por los medios de prueba admitidos en la fecha de su celebración.

408.—La exigencia dicha no es sólo para la justificación del estado, ó sea del título de un cónyuge hacia el otro, sino como regla general para todos los que deban justificar la existencia del matrimonio entre los que se digan ó á quienes se atribuya la calidad de esposos. No existe entre nosotros motivos para la discusión que sobre el particular se sostuvo un tiempo entre los comentadores del Código Napoleón. El art. 194 de éste dice : « Nadie puede reclamar *el título de esposo* y los efectos civiles del matrimonio, si no presenta *un acta de celebración inscrita en el registro del estado civil.* » Sólo un esposo puede reclamar *el título* de tal hacia el otro : un tercero no puede reclamar *el título de esposo*. En mérito de esta redacción del artículo ha podido, pues, sostenerse que la exigencia del *acta de celebración inscrita en el registro*,



para la prueba, es únicamente para los esposos, inteligencia que está rechazada por la opinión general, que la estima aplicable á todos. Nuestra ley no autoriza esta discusión: 1º, porque sus términos son generales; 2º, porque el artículo 271 evidencia que su disposición es *erga omnes*, puesto que la impone aun para la prueba de la filiación, en la que entra como elemento necesario *la inscripción del matrimonio en el registro civil*; 3º, porque el art. 258 hace igual evidencia en tanto cuanto declara que ni los esposos, ni terceros pueden invocar la *posesión de estado* cuando se trata de establecer el *estado de los casados* ó de reclamar los efectos civiles del matrimonio.

Art. 254. *Si hubiere imposibilidad de presentar el acta ó su testimonio, se admitirán todos los medios de prueba; estas pruebas no se recibirán sin que previamente se justifique la imposibilidad.*

409.—La importancia del matrimonio en la organización y destinos de la sociedad ha llevado á la ley á hacer de él toda una institución y á formular detalladamente su régimen, estableciendo por el artículo anterior inmediato que su prueba debe hacerse—por regla general—con el acta de su celebración ó con un testimonio de ella, que el Oficial público debe entregar á los esposos.—art. 202.

Pero, precisamente porque el matrimonio influye de un modo directo y decisivo en la organización de la sociedad es que no es posible, en caso de imposibilidad de presentar el acta ó su testimonio, cerrar las puertas á toda otra prueba, máxime cuando la imposibilidad proceda de acto no imputable á los interesados.



Es, pues, con razón que el presente artículo establece que en un caso de imposibilidad se admitirán todos los otros medios de prueba.

410.—Pero estas pruebas no serán admitidas sino cuando previamente se justifique la imposibilidad de presentar el acta ó su testimonio. De otro modo, esas pruebas no serían de *excepción*, sino de derecho común.

¿Cuándo se entiende que hay imposibilidad? El artículo siguiente lo dice, detallando los casos.

411.—¿Por qué medios debe justificarse la imposibilidad de presentar el acta ó su testimonio? La ley no impone prueba determinada, lo que importa decir que el punto está sometido al derecho común y, por consiguiente, que puede ser probado por testigos, inspección ocular, etc., etc.

Art. 255. *La disposición del artículo anterior se aplica:*

1º Cuando el registro ha sido destruido ó perdido en todo ó en parte.

2º Cuando estuviere incompleto ó hubiere sido llevado con irregularidad.

3º Cuando el acta ha sido omitida por el Oficial público.

412.—Ocupase aquí la ley de determinar los casos de imposibilidad de presentar el acta, de la celebración del matrimonio ó su testimonio, en los cuales los interesados pueden usar de todos los medios probatorios admitidos en derecho.

413.—*Primer caso:* Cuando los registros han sido destruidos ó perdidos, como podría ocurrir en conse-



cuencia de un incendio, ó á causa de una invasión enemiga que hubiere obligado al Oficial público á abandonar el asiento de la oficina y perder —por un accidente de las circunstancias—los registros que tratara de salvar llevándolos consigo.

No es necesario que la destrucción ó pérdida sea total, porque basta que sea parcial, siempre que abrace la época dentro de la cual haya sido ó debido ser celebrado el matrimonio.

Para la imposibilidad de que se trata, lo mismo es que se hayan perdido en parte, como en todo. Así, por ejemplo, los esposos que pretendan que el acta de su casamiento estaba sentada en las fojas que han sido arrancadas del Registro, deben ser escuchados y admitidos á la prueba por todos los medios de derecho.

414.—Segundo caso: Cuando el registro estuviese incompleto ó llevado con irregularidad.

Incompleto, como cuando faltase integralmente el libro de un año, ó cuando al libro respectivo le faltasen hojas donde ha podido estar asentada el acta, ó cuando se hubiere interrumpido el asiento de las actas matrimoniales por una razón cualquiera, pues en todos estos casos el registro estará incompleto.

Llevado con irregularidad, porque á los ojos de la ley un registro llevado con lagunas y sin orden es como si no existiera, ó estuviera incompleto. «Es necesario considerar como inexistentes los registros que han sido llevados, pero sin orden alguno y con lagunas: la ley no reconoce lo que ha sido hecho en violación de sus prescripciones», dice Mourlon, Tom. 1º, nº 267, citando á Demolombe y á Aubry y Rau sobre Zacharia.

415.—Tercer caso: Cuando el acta de matrimonio



ha sido omitida por el Oficial encargado del Registro.

No es sin dificultades que ha de conseguirse fijar con acierto el valor y alcance de esta cláusula de la ley. Si no obstante la existencia de un registro llevado con regularidad, la sola afirmación de la parte, de no encontrarse en el registro el acta de su matrimonio, porque el Oficial público omitió sentarla, ha de ser bastante para estar habilitada á hacer la prueba de su celebración por todos los medios de derecho, resultará que en lugar de admitirse esta prueba por vía de *excepción*, será ordinaria y de *derecho común*.

En el campo del derecho francés, fuente de nuestra legislación sobre la materia, esto no es admisible.

Marcadé, bajo el art. 196, dice: « Cuando los esposos pretendiesen, y ofreciesen probar, que su matrimonio fué verdaderamente celebrado en tal época, por tal oficial del estado civil, quien no tuvo el cuidado de sentar el acta; si el registro no presenta ningún blanco, ninguna interrupción, como entonces no se estaría en el caso del art. 46 y menos en el caso del proceso criminal previsto por el art. 298, *los reclamantes no deberán ser admitidos á hacer esta prueba* . . »

Mourlon, tomo citado, n.º 712, escribe: « Cuando los registros son regularmente llevados, las partes que pretenden que el acta de la celebración ha sido omitida, y que, en consecuencia, demandan el beneficio de nuestra excepción, no deben ser atendidas; de lo contrario, la prueba que la ley admite por *excepción* vendría á ser—de hecho—*de derecho común*. »

Esto es evidente, y pensamos que la cláusula de la referencia debe entenderse para los casos en que presunciones violentas, deducidas de las propias irregularidades del registro, permitan la prueba por todos los medios ordinarios de derecho á consecuencia de



ser presumible que el Oficial público omitió sentar el acta.

Dalloz, Códigos anotados, consigna bajo los números 63 y 64 las siguientes decisiones:

« La prueba testimonial es admisible para probar
« la celebración de un matrimonio cuya acta no ha
« sido inscrita en el registro, cuando existen presun-
« ciones graves, tales como la posesión la más
« constante del estado de marido y mujer y la circuns-
« tancia de que los esposos no sabían leer ni escribir
« y que el Oficial del estado civil no sabía escribir y
« firmaba apenas... En tal caso, hay lugar á admi-
« tir á estos esposos á probar su matrimonio... »

« En sentido contrario, cuando no se alega que
« las actas del estado civil han sido destruidas ó
« perdidas, un individuo no está autorizado á probar
« por testigos su matrimonio no inscripto en estos
« registros, aun cuando tuviese la posesión de es-
« tado. »

Art. 256. *La sentencia que decida que un acta ha sido destruída, perdida ú omitida, será comunicada inmediatamente al Oficial público, el cual la transcribirá en un registro suplementario que será llevado con las formalidades que prescribe el artículo 205.*

416.—Cuando existe una sentencia dada en juicio declarando que el acta de celebración de un matrimonio ha sido omitida por el Oficial público, perdida ó destruida, esta sentencia deja establecido, con la autoridad de la cosa juzgada, que hay imposibilidad de presentar el acta de celebración, y nace de consiguiente el derecho de los interesados para probar



la celebración del matrimonio por los demás medios de derecho.—art. 254.

La importancia de esta sentencia y la conveniencia incontestable de que en los registros del estado civil se encuentren todos los antecedentes relativos al matrimonio, persuaden de la razón que asiste á la ley para ordenar, como ordena, que dicha sentencia será comunicada inmediatamente al Oficial público, quien la transcribirá en un registro *suplementario* que debe llevar con las mismas formalidades prescritas por el art. 205.

417.—Esta sentencia no responde sino á la necesidad, impuesta por el art. 254, de justificar *previamente* la imposibilidad de presentar el acta de la celebración del matrimonio para entonces poder probar, por los otros medios de derecho, dicha celebración. Nada decide sobre la existencia del matrimonio, que es punto á justificarse después en el juicio correspondiente, por los trámites y con citación é intervención de los que deban ser parte en la causa.

Art. 257. *Cuando la destrucción, falsificación ó pérdida de una acta de matrimonio dé lugar á una acción criminal, la sentencia que declare la existencia del matrimonio se inscribirá en el Registro de estado civil y suplirá al acta.*

418.—La pérdida, la destrucción, la omisión, la falsificación de un acta de matrimonio pueden ser hechos inocentes, como pueden ser obra de un delito. Cuando es resultado de un acto criminal, puede ocurrir que deducida la acción penal contra el autor y cómplices del hecho, sea el oficial encargado del



registro y terceros, sea el oficial sólo ó terceros solos, se ponga en tela de juicio si se celebró ó no el matrimonio de la referencia del acta omitida, falsificada, ó destruida y se dicte sentencia declarando que hubo celebración de matrimonio. Esta sentencia se inscribirá en el registro del estado civil y suplirá al acta. Tal es la disposición de nuestro artículo.

419.—Desde que esta sentencia inscrita en el registro suple al acta, tiene ella el mismo valor y responde á los mismos objetos del acta de celebración y, por consiguiente, sirve para justificar *erga omnes* que el matrimonio fué celebrado. Este valor es decisivo é inacatable contra los que fueron parte en el juicio criminal, porque respecto de ellos la sentencia pasada en cosa juzgada *pro veritate habetur*; pero respecto de todo otro sólo justifica *prima facie* la celebración del matrimonio, sin suprimir la prueba contraria.

420.—La sentencia que declara que el matrimonio fué celebrado, no tiene ninguna influencia respecto de su validez ó nulidad. Puede ser verdad que el matrimonio se celebró ante el Oficial público, pero esto no quiere decir que la unión está exenta de vicios que la anulen, del propio modo que el acta original no da, ni quita respecto de tales vicios. Puede ser que haya habido error sobre la identidad del individuo físico ó de la persona civil que vicie el consentimiento; que los casados sean parientes en grado que constituya impedimento dirimente; que uno ó ambos cónyuges estén ligados por lazos de un matrimonio anterior subsistente. Ninguna de estas causas de nulidad queda cubierta con la sentencia dada en el juicio criminal que declara que el matrimonio *fué celebrado*, y, por lo tanto, y no obstante ella, la nulidad del matrimonio puede ser alegada

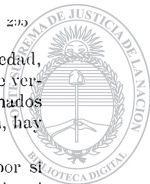


en el tiempo y por las personas á quienes la ley concede la acción de nulidad.

Art. 258. *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 ó de reclamar los efectos civiles del matrimonio. 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.*

421.—Teniendo en cuenta la importancia del matrimonio en la organización de la sociedad y su influencia en sus destinos, la ley dispone que la celebración del matrimonio no se prueba sino con el acta respectiva, ó con el testimonio de ella, que el Oficial público debe dar á los casados.—arts. 253 y 202.

422.—De esta regla es corolario forzoso que la posesión de estado no puede ser invocada para tal prueba ni por los esposos, ni por los terceros cuando se trata de establecer *el estado* de los casados, ó de reclamar los efectos civiles del matrimonio. La ley exige que el matrimonio se pruebe con el acta de su celebración, y la posesión de estado no es esa acta. La posesión de estado en el matrimonio no puede ser sino la sucesión de hechos y de actos que importen el reconocimiento constante de la calidad de marido y mujer. Cuando durante largo tiempo el hombre se llama esposo de la mujer con quien vive y ésta se denomina esposa de aquél; cuando se



tratan en tal calidad en la familia y la sociedad, haciendo la vida y prestándose los cuidados de verdaderos casados; cuando los hijos son estimados legítimos, criados y educados en esta condición, hay posesión de estado.

Pero esta posesión de estado no puede ser por sí sola una prueba de la celebración del matrimonio ni en favor de los esposos, ni en favor de terceros, no obstante de que en otra materia, en la filiación, es estimada la más perfecta. La razón es dada así por Mourlon: La ley ha considerado que, si la posesión de estado de esposo bastase para dispensar la presentación del acta de celebración del matrimonio, el concubinato usurparía frecuentemente el lugar de las uniones legítimas; porque muy frecuentemente sucede, en las grandes ciudades sobre todo, que dos personas que no son casadas se dicen y se establecen como marido y mujer, viviendo públicamente con el título de esposo y con todas las exterioridades propias á justificar este título.

Nosotros diríamos que una disposición contraria sería el salvoconducto del torpe concubinato de personas entre quienes á nombre de la moral y de los intereses públicos está prohibido el matrimonio.

423.—Pero, la posesión de estado no carece por absoluto de valor, pues la ley establece terminantemente, que, cuando hay posesión de estado y *existe el acta* de matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas para dicha acta no podrá ser alegada contra su validez. Los vicios de que adoleciere quedan cubiertos y suprimida, por consiguiente, la acción de nulidad que de ellos procediera. Esta disposición se limita á los vicios de forma; de lo que se deduce que las causas constitutivas de los impedimentos dirimen-



tes,—por ejemplo,—se conservan como son y pueden ser alegadas por los interesados particulares y por el ministerio público.

Art. 259. *El conocimiento y decisión de las causas sobre divorcio ó nulidad del matrimonio celebrado antes ó después de la vigencia de esta ley, corresponde á la jurisdicción civil.*

424.—La jurisdicción y competencia atribuida á los tribunales, es obra exclusiva de la ley y son dadas en servicio de los intereses públicos. El departamento judicial es parte principal del gobierno del Estado y sus atribuciones son principios de orden público que jamás pueden ser de propiedad particular, ni adquirirse respecto de ellas derecho alguno que obstaculice su supresión ó modificación en el tiempo y en la manera permitida por la carta fundamental del país. De consiguiente, el poder legislativo puede, sin más restricciones que las establecidas por la Constitución, suprimir unos tribunales y crear otros y cambiar ó modificar sus facultades jurisdiccionales, atribuyendo á los unos las que correspondían á los otros. Es esto lo que ha hecho el Código, retirando de los tribunales eclesiásticos el poder que antes tenían para conocer y decidir en las causas de divorcio y nulidad del matrimonio y acordándolo á los tribunales civiles. Esta reforma se imponía. Es la ley civil quien hace del matrimonio una institución social, quien establece el régimen de la familia, fija las causas de nulidad, le concede efectos civiles, autoriza el divorcio, determina los deberes de los esposos, el gobierno y administración de los bienes, etc., etc., y es, por consiguiente, el



poder civil quien debe conocer y decidir en las causas en que se comprometen la aplicación y autoridad de sus leyes.

La soberanía que no se basta á sí misma; que no posee resortes emanados de su propia fuente y que se ve obligada á comparecer ante autoridades extrañas para hacer efectivas sus disposiciones y mandatos, no es una soberanía en el valor real y científico de esta palabra.

425.—Este cambio en la jurisdicción se aplica tanto respecto de los matrimonios celebrados después de la vigencia de la Ley de Matrimonio como de los celebrados antes, sin que nadie pueda objetarlo, porque —como se ha dicho antes—nadie puede alegar derecho para impedir el ejercicio legítimo de las facultades de la soberanía. La organización dada al gobierno político del Estado ó á uno de sus departamentos, sea por la Ley fundamental, sea por el Congreso en uso de sus facultades, no entra nunca á formar parte del patrimonio de los particulares, sean ciudadanos, sean extranjeros; y tanto la soberanía como los poderes constituidos, conservan respectivamente la facultad de suprimir ó modificar las reglas de derecho público interno vigentes y sustituirlas por las que estimen más apropiadas al progreso y bienestar de la sociedad.



Art. 260. *Cuando se tratase de un matrimonio celebrado con anterioridad á 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.*

426.—El matrimonio mereció siempre los favores de la ley, porque siempre fué considerado la base de la organización social; y desde que la nueva ley, denominada « *Ley de Matrimonio* », ha reducido á menor número las causas de nulidad, ó sean los impedimentos dirimientes, natural es que disponga que, cuando se trate de la nulidad de una unión celebrada antes de la recordada ley, se apliquen sus disposiciones, porque así queda más consultada la estabilidad del matrimonio y, consiguientemente, los intereses de la familia y de la sociedad en general. Puede agregarse esta consideración jurídica: la nulidad es una pena, y desde que ulteriormente á la celebración del matrimonio ha venido una ley más benigna, debe aplicarse ésta y no la anterior, á semejanza de lo que es corriente en derecho penal. Así, por ejemplo, no siendo ya un impedimento dirimente las órdenes sagradas, será declarado válido el matrimonio de un sacerdote católico, aun cuando por la ley vigente á su celebración fuera nulo.

427.—Pero, si la acción de nulidad se fundare en defectos de *forma*, se aplicarán las leyes canónicas, porque son las que regían al respecto antes de la nueva ley. Esta disposición se funda en el principio de que la forma de un acto debe regirse siempre por

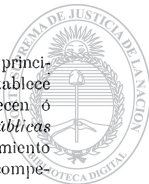


la ley vigente en su fecha. *Tempus regit actum*, del propio modo que *locus regit actum*. Y así, una ley posterior no trae ningún cambio, ni á favor, ni en perjuicio de un testamento hecho con sujeción á la ley de su fecha.—art. 3659. Es tan fundamental aquel principio, que, la regla de la irretroactividad de la ley se aplica también á la forma de los actos jurídicos. Véase en el tom. 1º el art. 3, nº 8.

Art. 261. *Las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio deben intentarse en el domicilio de los cónyuges. Si el marido no tuviere su domicilio en la República, la acción podrá ser intentada ante el Juez del último domicilio que hubiera tenido en ella, si el matrimonio se hubiese celebrado en la República.*

428.—No tiene este artículo por objeto determinar por qué leyes deba juzgarse de la validez ó nulidad de un matrimonio, ni por qué leyes decidirse si es ó no el caso de decretar la separación de las personas, que es á lo que se reduce el divorcio según nuestra ley. Estas cuestiones de fondo son legisladas en otro lugar.—art. 159 y siguientes y 221 y siguientes.

El objeto del presente se limita á decidir una cuestión de jurisdicción judicial, declarando: 1º Que, cuando los esposos tienen su domicilio en la República, las acciones de nulidad y divorcio deben deducirse ante el juez de dicho domicilio; 2º Que, cuando el domicilio de los cónyuges no estuviere en la República, dichas acciones podrán ser intentadas ante el juez del último domicilio que hubiesen tenido en ella, si el matrimonio se celebró en la República.

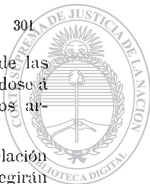


429.—*La primera parte* es conforme con el principio, que es científico y legal á la vez, que establece que el domicilio real y el de derecho establecen ó determinan *la competencia de las autoridades públicas* para el conocimiento de los derechos y cumplimiento de las obligaciones, cuando no es el caso de competencia especial.—art. 100.

No debe olvidarse que el domicilio *de derecho* de la mujer casada es el de su marido, y por consiguiente, que, desde que el marido tiene su domicilio en la República, la esposa lo tiene igualmente en ella, aun cuando habitare en distinto lugar con licencia de su esposo.—art. 90, inc. 9°. Con sujeción á esto deben ser entendidas estas palabras de nuestro artículo: «domicilio *de los cónyuges*.»

430.—*La segunda parte* es, puede decirse, un derivado de la sumisión de los cónyuges á las leyes del lugar que eligieron para la celebración de su matrimonio. Se garantiza de esta manera la ejecución de las leyes de la República, cuyo amparo buscaron las partes para su unión; pero es indudable que serán fáciles los conflictos de jurisdicción desde que el país extranjero en que tuviere su domicilio el matrimonio por tenerlo allí el marido, puede tener igualmente establecido por sus leyes,—de conformidad con el principio de que las relaciones y derechos personales de los cónyuges se rigen por las leyes del domicilio matrimonial,—que las acciones de nulidad y de divorcio, y especialmente la última, deben ser deducidas ante sus jueces.

En este conflicto de jurisdicción, las buenas razones estarán de lado de las autoridades del domicilio matrimonial, porque la ley del domicilio es la regla más equitativa, por ser la que mejor consulta las exigencias



de la soberanía y las relaciones de derecho de las partes privadas; regla que nuestra ley, ajustándose a los adelantos científicos, tiene adoptada en los artículos 100, 160, 3318, 3319...

431.—En los casos que ocurrieren, teniendo relación con el Paraguay, Bolivia, Perú y Uruguay, regirán las siguientes reglas del tratado estipulado en el Congreso Americano reunido en Montevideo en Febrero de 1889:

En el Título XIV, « *De la jurisdicción* », se dice :

Art. 50. « Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar á cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. »

« Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado. »

Art. 62. « El juicio sobre nulidad del matrimonio, *divorcio*, disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos *se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal*. »

Respecto de éste, dice el art. 8º tit. II :

Art. 8º « El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio, y en defecto de éste, *se reputa por tal el del marido*. »

Agregando el art. 9º que « Las personas que no tuvieren domicilio conocido lo tienen *en el lugar de su residencia*. »



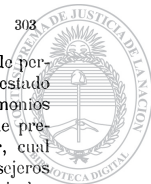
Art. 262. *Toda sentencia sobre divorcio ó nulidad de matrimonio será comunicada por el juez de la causa, inmediatamente después de ejecutoriada, al Oficial público encargado del Registro, para que la anote al margen del acta del matrimonio, si éste hubiere sido celebrado con posterioridad á esta ley, ó en un registro especial si se tratase de matrimonios contraídos antes de su vigencia.*

432.—Esta disposición no responde sino á la organización del Registro y á la conveniencia de que en él se encuentren en todo tiempo los datos que hagan relación á la celebración del matrimonio, á su nulidad declarada y al divorcio de los casados.

La comunicación de la sentencia al oficial encargado del Registro debe ser hecha por el juez ó tribunal á quien corresponda ordenar y presidir su ejecución ó cumplimiento.

Art. 263. *En la capital de la República y territorios nacionales, desempeñarán las funciones que esta ley encomienda á los Oficiales públicos, los jefes de las secciones del Registro del estado civil; las mismas funciones serán desempeñadas en las provincias donde hubiere Registro del estado civil por los encargados de llevarlo, y donde no los hubiere, por la autoridad judicial del distrito.*

433.—La mayor población de la República ha de



requerir y su mayor ilustración y riqueza han de permitir en un futuro próximo, que las oficinas del estado civil de las personas y Registro de los matrimonios sean servidas por empleados permanentes y de preparación adecuada, de modo que puedan ser, cual corresponde á sus destinos, los primeros consejeros que encaminen á las partes en el sentido de alejarlas de enlaces nulos y lleven los Libros con la regularidad que en bien de los casados y de los intereses públicos exige la ley.

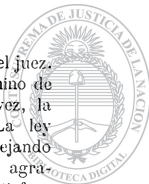
Art. 264. *Será castigado con prisión de uno á tres meses y con pérdida del oficio, el Oficial público que casare á un menor sin el consentimiento de sus padres, tutores ó curadores, ó del judicial en su defecto, y con prisión de uno á dos años, y con multa de cien á quinientos pesos aquel que celebre un matrimonio, sabiendo que existe un impedimento que puede ser causa de la nulidad del acto.*

Art. 265. *Incurrirá en la multa de cien á quinientos pesos, el Oficial del Registro Civil que contravenga cualquiera de las otras disposiciones de la presente Ley.*

434.—A dos clases de personas imponen castigo estos artículos:

- 1ª Al Oficial público encargado del registro;
- 2ª Á los contrayentes de matrimonio.

435.—*Al Oficial público en dos casos: 1º Cuando casare á un menor de edad sin el consentimiento de sus*



padres, tutores ó curadores, ó sin el supletorio del juez. En este caso, el castigo es de prisión por término de uno á tres meses y pérdida del oficio á la vez, la cual será siempre agregada á la primera. La ley fija el *máximum* y *minimum* de la pena, dejando al juez graduarla según las circunstancias agravantes del caso. Es el sistema que más satisface las exigencias de la justicia. 2º Cuando incurriere en cualquiera otra falta contra las disposiciones referentes al matrimonio. En este caso el castigo será una multa no menor de cien pesos y no mayor de quinientos, correspondiendo también en este caso al juez fijar, dentro de aquellos extremos, el monto de la multa según las circunstancias especiales de la causa.

436.—*A los contrayentes*, cuando celebrasen matrimonio sabiendo que existe un impedimento que puede ser causa de la nulidad del enlace. La pena es prisión de uno á dos años y multa de cien á quinientos pesos. Entre el *máximum* y *minimum*, los jueces fijarán en cada caso la pena correspondiente según las circunstancias que impriman al delito mayor ó menor gravedad.

437.—Como de todo delito nacen dos acciones, una penal para el castigo y la otra civil para el resarcimiento de los daños é intereses causados por el hecho delictuoso, sus autores y cómplices responderán solidariamente de los daños é intereses que hubiesen causado.—arts. 1111 y 1115.



Art. 266. *El cónyuge que hubiere contraído matrimonio conociendo la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 166 y que haya producido su nulidad, responderá al otro de las pérdidas é intereses, sin perjuicio de la acción criminal que corresponda. Si el daño efectivo no pudiera ser fijado, el Juez apreciará el daño moral en una cantidad de dinero proporcionada á las circunstancias del caso.*

438.—Este artículo es innecesario.

Por el 247 se establece que la mala fe del cónyuge consiste en el *conocimiento* que tuvo, el día de la celebración del matrimonio, del impedimento que causa su nulidad. El artículo 264 declara que es delito contraer matrimonio *sabiendo* que existe un impedimento que puede ser causa de nulidad del acto, como quiera que le impone la pena, bien grave, por cierto, de uno ó dos años de prisión y multa de cien á quinientos pesos. Finalmente, por el artículo 248 se establece que el cónyuge de mala fe debe indemnizar al de buena fe los daños é intereses que le hubiere causado la declaración de nulidad del matrimonio. Está, pues, establecido que el cónyuge que hubiere contraído matrimonio conociendo la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 166, y que haya producido su nulidad, responderá al otro de las pérdidas é intereses; que es la declaración innecesariamente repetida por el 266 que nos ocupa, con más la particularidad de que la



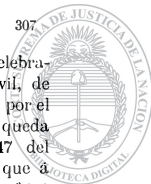
hace limitadamente á los impedimentos del citado artículo 166, mientras la responsabilidad se extiende á otros casos de nulidad, como son, cuando por violencia ha arrancado el consentimiento de su cónyuge, ó lo ha obtenido por dolo.—art. 173.

439.—Si el daño efectivo que directamente se causare en los bienes, ó indirectamente con el daño moral, no pudiese ser fijado, el juez apreciará el procedente de este último en una cantidad de dinero, proporcionada á la calidad de las personas, su educación y rango social, y á las demás circunstancias de la causa. Véase lo que decimos bajo los artículos 1101, 1102 y 1112.

Art. 267. *Los ministros, pastores y sacerdotes de cualquiera religión ó secta, que procedieran á la celebración de un matrimonio religioso, sin tener á la vista el acta de la celebración del matrimonio, estarán sujetos á las responsabilidades establecidas por el artículo 147 del Código Penal, y si desempeñasen oficio público, serán separados de él.*

440.—La disposición de este artículo tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la ley civil sobre matrimonio y dejar asegurada definitivamente la autoridad del poder político del Estado para legislar á su respecto.

441.—La ley prohíbe á los ministros, sacerdotes y pastores de toda y cualquiera religión proceder á la celebración de un matrimonio religioso sin tener á



la vista el acta respectiva que compruebe la celebración del matrimonio ante el Oficial público civil, de la manera establecida, bajo pena de nulidad, por el art. 171. La ejecución de este acto prohibido queda sometida á la responsabilidad del artículo 147 del Código Penal, que dice así: « El eclesiástico que á « sabiendas autorice un matrimonio ilegal, sufrirá « la pena de arresto de tres meses á un año. Si « autorizase un matrimonio ilegal sin saberlo, cuando « su ignorancia provenga de no haber exigido los « comprobantes de que los contrayentes están habilitados para el acto, la pena será de arresto hasta « tres meses. » Pero nuestro artículo agrava la pena declarando, que, si el ministro, pastor ó sacerdote culpable desempeñase un oficio ó cargo público, será separado de él, es decir, destituido.

Art. 268. *La aplicación de las penas establecidas en los artículos precedentes será pedida por el Ministerio público ante el Juzgado competente.*

442.—Los artículos 264 á 267 imponen penas pecuniaria, de arresto y de prisión á los delitos que en ellos se definen, y como el Ministerio público tiene por principal objeto perseguir ante la justicia, en representación del pueblo, el castigo de los delinquentes, el que nos ocupa le impone el deber de pedir la aplicación de las penas dichas, y debe al efecto promover el juicio correspondiente en el tiempo y ante el tribunal que deba conocer de la causa. Es la principal misión del Ministerio público.

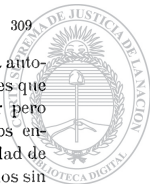


Art. 269. *Deróganse todas las disposiciones de este Código relativas á hijos sacrílegos. Los que actualmente son llamados hijos sacrílegos tendrán la filiación que les corresponda según las disposiciones civiles que quedan vigentes.*

443.—Antes de dada la «Ley de Matrimonio», las órdenes mayores y el voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la iglesia católica, constituían impedimento dirimente, y los hijos concebidos de padre ó madre afectados de este impedimento eran declarados *sacrílegos*, inhibidos de hacer indagación sobre la paternidad ó maternidad y no tenían, por la ley, ni padre ó madre, ni pariente alguno por parte de padre ó madre.—arts. 374, 375 y 376.

444.—«La Ley de Matrimonio» ha suprimido aquellos impedimentos, reduciendo los que obstan al matrimonio como *dirimentes* á los enumerados en el artículo 166, y es, por lo tanto, con razón que el presente declara derogadas *todas* las disposiciones del Código relativas á los en él llamados hijos sacrílegos. Ya no hay hijos de esta clase, porque los sacerdotes y toda persona, hombre ó mujer, ligada con voto solemne de castidad, pueden casarse legítimamente en la República. Los hijos que á ellas deban su existencia, concebidos fuera de matrimonio, serán naturales, incestuosos ó adulterinos, según corresponda, pero no ya sacrílegos.

Esta innovación puede originar desacuerdos y aún



conflictos entre el poder político del Estado y la autoridad eclesiástica papal, en razón de las facultades que á aquél corresponden, derivadas del *patronato*; pero es de esperar que la prudencia y sabiduría de los encargados respectivamente de la suprema autoridad de uno y otro poder sepan prevenirlos ó solucionarlos sin mengua de los principios fundamentales de nuestra organización social.

Art. 270. *Los registros públicos que debían ser creados por las Municipalidades, según el artículo 80 de este Código, deberán serlo por las legislaturas respectivas.*

445.—La necesidad de esta disposición fué sentida muy en breve. El artículo 80 del Código dejaba á las Municipalidades la creación de los registros del nacimiento de las personas, creando así en el seno de las provincias un principio de variedad inconveniente en las disposiciones sobre materia tan importante. La reforma introducida por el artículo que nos ocupa corrige aquel error, encomendando á las legislaturas respectivas la legislación del caso. Los registros tendrán así un régimen uniforme en cada provincia, y aún es de desear una legislación igual en todas ellas.



Art. 271. *El artículo 263 de este Código queda reformado como sigue: « La filiación legítima se probará : por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, donde exista, y á 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 inscripción, ó cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres ó como de padres no conocidos, la filiación legítima puede probarse por todos los medios de prueba. »*

446.—El citado artículo 263 (297 después de incorporada la ley de matrimonio al Código) hacia en su texto la siguiente diferencia, en cuanto á los medios de prueba á emplearse en la justificación de la filiación legítima :

1º Inscripción en los libros ó registros parroquiales, así del nacimiento del hijo como del matrimonio de los padres ;

2ª La posesión de estado ; y

3ª La prueba testimonial, á falta de la inscripción en los libros parroquiales y de la posesión de estado, cuando la inscripción se ha hecho bajo falsos nombres, ó como de padres no conocidos.

El artículo que nos ocupa dice sencillamente que la filiación legítima se prueba :

1º Por la inscripción del nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres en los registros respectivos ; y



2º Por todos los medios de prueba admitidos en derecho cuando hay falsa inscripción, ó cuando la inscripción ha sido hecha bajo falsos nombres, ó como de padres no conocidos.

Es más perfecto el artículo actual que el anterior de su referencia.

447.—La falta de mención expresa de la posesión de estado ¿importa rechazar este medio de prueba en los casos del nº 2º?

Ciertamente, no; porque la frase *por todos los medios de prueba* es general y abraza todos los medios probatorios, y por consiguiente, la prueba por posesión de estado, que expresa un conjunto de hechos que importa el reconocimiento continuo é indubitable de la paternidad, hechos que, en su mayor parte, se prueban con testigos.

Cuando estudiemos el título «*De los hijos legítimos*» y nos ocupemos del artículo que hoy está bajo nuestra vista, escribiremos á su respecto algunas notas.

Art. 272. *El viudo ó viuda que teniendo hijos del precedente matrimonio, pase á ulteriores nupcias, está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio, ó á sus descendientes legítimos, la propiedad de los bienes que por testamento ó abintestato hubiese heredado de alguno de ellos, conservando sólo durante su vida el usufructo de dichos bienes.*

448.—La regla de la reserva de bienes para los hijos del matrimonio anterior es vieja en nuestro derecho.



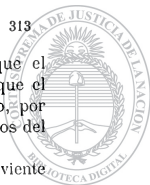
La ley 1ª, tit. 2, lib. 3 del Fuero Real de España dice: «... o si la mujer hobiere fijos de dos maridos,
« o de mas, cada uno de los fijos hereden las arras
« que dió su padre: *de guisa, que los fijos de un padre*
« *no partan en las arras que dió el padre de los*
« *otros.*»

La ley 26, tit. 13, part. 5ª declara que: «Marido
« de alguna mujer finando, si casasse ella despues
« con otro, las arras, e las donaciones que el marido
« finado le ouiesse dado *en salvo fincan á sus fijos*
« *del primer marido;* e deuenlas cobrar, e auer des-
« pues de la muerte de su madre.»

Esta obligación de la reserva alcanzaba á los bienes que el cónyuge sobreviviente adquiriese sucediendo *ab intestato* á alguno de los hijos del primer matrimonio, ya antes, ya después de haber contraído segundo matrimonio; es decir, aquellos bienes que procediesen del cónyuge fallecido. Nov. 32, cap. 46, § 2.

Y esta obligación de reserva establecida respecto de la mujer, fué expresamente extendida al marido viudo que casare nuevamente. La ley 15 de Toro, que es la 7ª, tit. 4, lib. 10 de la Nov. Recop., dice: «En
« todos los casos que las mujeres casando segunda
« vez son obligadas a reservar a los fijos del primer
« matrimonio la propiedad de lo que obiere del primer
« marido, o heredare de los fijos del primer matrimo-
« nio; *en los mismos casos el varon que casare segun-*
« *da, o tercera vez, sea obligado a reservar la pro-*
« *piedad dello a los fijos del primer matrimonio; de*
« *manera que lo establecido cerca de este caso en las*
« *mujeres que casaren segunda vez, haya lugar en los*
« *varones que pasaren a segundo o tercero matri-*
« *monio.*»

449.—Y bien, nuestra ley ha introducido impor-



tante modificación en la materia, haciendo que el gravamen de la reserva se limite á los bienes que el padre, ó la madre, viudos, hubieren adquirido por *testamento*, ó *ab intestato*, de alguno de sus hijos del anterior matrimonio.

Cualesquiera otros bienes que el esposo sobreviviente adquiriera por título singular ó universal, del cónyuge difunto, son de libre disposición, si no hay una causa especial que restrinja los derechos de su dueño.

Por nuestro derecho anterior, la reserva alcanzaba á los bienes que el viudo ó la viuda hubiere adquirido de su primer consorte, como lo persuade la ley 15 de Toro recordada; pero por disposición del artículo que nos ocupa, tales bienes son de libre disposición, es decir, no están sujetos á la carga de ser reservados para los hijos del primer matrimonio.

450.—Pero,—como lo dice la ley misma,—la reserva decretada es sólo de la propiedad, perteneciendo el usufructo al viudo ó á la viuda, sin restricción alguna; de lo que se deduce que de los frutos, sean naturales, sean civiles, percibidos á título del usufructo, así como del valor de tales frutos, el viudo y la viuda pueden, respectivamente, disponer á su arbitrio con la libertad del dueño absoluto; siendo digno de recordar que, á pesar de ser usufructuarios, no están obligados á afianzar, porque expresamente están dispensados por ley de esta carga.—art. 2892.

451.—¿A quiénes beneficia la reserva? O mejor dicho: ¿En favor de quiénes está decretada?

La ley dice que «El viudo ó viuda está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio, ó á sus descendientes legítimos, la propiedad de los bienes. . . »

La frase «los hijos del primer matrimonio, ó á sus descendientes legítimos» pudiera hacer creer que la



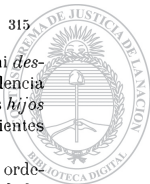
reserva no está decretada para los hijos *legitimados*, porque hijos *de matrimonio* son propiamente los *concebidos* en él, y no los concebidos y nacidos *fuera* del matrimonio de sus padres. Jamás se dice *hijo de matrimonio* al que fué concebido y nacido *fuera* de él. El hijo legitimado puede ser igualado por la ley á los legítimos en cuanto á los derechos civiles que se les acuerde; pero la ley no va contra la verdad de los hechos llamando hijo de matrimonio al que fué concebido y dado á luz cuando sus padres no vivían en unión legítima.

Sin embargo de esto, estimamos que la reserva es ordenada también en favor de los hijos legitimados.

¿Qué entiende la ley por *hijos de matrimonio*? ¿Qué quiere decir con estas palabras? No es dudoso que se refiere á los *hijos legítimos*, esto es, á los concebidos *durante* el matrimonio de los padres y á los concebidos *antes*, pero nacidos *dentro* de dicho matrimonio, pues unos y otros son *legítimos*.—arts. 280, 287 y 393.

Es tan evidente que las palabras de nuestro artículo, —*hijos de matrimonio*,—quieren decir hijos legítimos, que nos creemos desobligados de toda demostración: pero como el Código ofrece elementos decisivos de convicción al respecto, es de nuestro deber recordarlos.

El artículo siguiente inmediato—273—dice que « cesa la obligación de la reserva, si al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen *hijos* ni descendientes *legítimos* de ellos... » Esta última frase se descompone así: cuando no existen *hijos legítimos* ni *descendientes legítimos* de ellos. Luego es evidente que el artículo 272 que nos ocupa se refiere á los hijos legítimos al hablar de hijos de matrimonio, porque cuando él establece la obligación de la reserva y el 273 dice que cesa esta obligación cuando á la muerte del padre ó madre que contrajo



segundo matrimonio *no* existen *hijos legítimos* ni *descendientes legítimos* de ellos, está hecha la evidencia de que la reserva es ordenada en favor de los *hijos legítimos* del primer matrimonio y de los descendientes legítimos de ellos.

Siendo esto así, no puede ser dudoso que es ordenada también en favor de los legitimados por dicho primer matrimonio, porque, en cuanto á los efectos legales, ó sea á los derechos concedidos por la ley, los legitimados son *iguales* á los legítimos; igualdad que es establecida, no por la doctrina ó la jurisprudencia, sino por la ley misma, en términos tan explícitos y comprensivos, que para no aplicarla será necesario una excepción formalmente consignada en disposición legal, que en el presente caso no existe.

« Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, « *son iguales* á los legítimos para todos los efectos « legales, desde el día de la celebración del matrimonio... La designación de *hijos legítimos*, *hijos de* « *legítimo matrimonio*, comprende los hijos legitimados » dice el art. 353.

Por consiguiente, también los hijos legitimados son favorecidos por la reserva, desde que es evidente que por las palabras « hijos de matrimonio » la ley entiende decir *hijos legítimos*.

Art. 272.—L. 7, Tit. 4, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 26, Tit. 13, Part. 5.—L. 3 y siguientes, Tit. 9, Lib. 5, Cód. Rom.—Cód. Sardo, arts. 146 y 147. En contra: todos los otros Códigos modernos. Las leyes declaraban reservables, á más de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio, todos los demás que hubiese adquirido de su difunto consorte por testamento, donación ú otro cualquier título lucrativo. El artículo limita la reserva sólo á los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio.



Art. 273. *Cesa la obligación de la reserva, si al morir el padre ó la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos de ellos, aun cuando existan sus herederos.*

452.—Es el artículo 804 del proyecto de Goyena, quien escribe á su pie lo siguiente :

« Conforme con la Novela 2, cap. 2; con la 22, cap. 26, y con la ley 3, párrafo 1, título 9, libro 5 del Código : el objeto de la reforma es favorecer á los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio, no á sus herederos, respecto de los cuales no obran las consideraciones por que fué introducida. »

453.—Estas palabras de nuestro artículo, cuando « no existen *hijos* ni descendientes *legítimos* de ellos » deben ser entendidas de conformidad á lo que dejamos dicho bajo el artículo anterior inmediato, comprendiendo consiguientemente, en su disposición, á los legitimados por subsiguiente matrimonio. De modo que, si no existieren hijos legítimos, es decir, hijos concebidos en matrimonio, ó concebidos antes, pero nacidos dentro de él,—arts. 287 y 393,—pero existiesen hijos legitimados, la obligación de la reserva no cesará, porque también es decretada en favor de ellos por el art. 272, según acabamos de decirlo.

Art. 273.—L. 3, Tit. 9, Lib. 5, Cód. Rom.

