





# NOTAS

AL

## CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

BIBLIOTECA CORTE	
Nº D	6339
UBICACIÓN	9.201
FICHA MATERIA	



# NOTAS

AL

## CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

POR

JOSÉ M. GUASTAVINO

TOMO PRIMERO

ARTÍCULOS 1 Á 138



BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

79—PERÚ—85

—  
1898







# INDICE

---



## TÍTULOS PRELIMINARES

---

### TÍTULO I

PÁGINAS

De las leyes.....	1
-------------------	---

### TÍTULO II

Del modo de contar los intervalos del Derecho .....	43
---	----

## LIBRO PRIMERO

### De las personas

---

#### SECCIÓN PRIMERA

### De las personas en general

#### TÍTULO I

De las personas jurídicas.....	48
CAPÍTULO I—Del principio de la existencia de las personas jurídicas .....	78
CAPÍTULO II— Del fin de la existencia de las personas jurídicas.....	81



## TÍTULO II

De las personas de existencia visible.....	88
--	----

## TÍTULO III

De las personas por nacer.....	112
--------------------------------	-----

## TÍTULO IV

De la existencia de las personas antes del nacimiento.....	124
--	-----

## TÍTULO V

De las pruebas del nacimiento de las personas .....	140
---	-----

## TÍTULO VI

Del domicilio.....	151
--------------------	-----

## TÍTULO VII

Del fin de la existencia de las personas.....	192
---	-----

## TÍTULO VIII

De las personas ausentes con presunción de fallecimiento.	203
---	-----

## TÍTULO IX

De los menores.....	212
---------------------	-----

## TÍTULO X

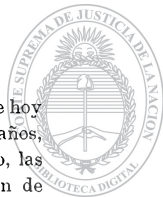
De los dementes.....	267
----------------------	-----

## TÍTULO XI

De los sordo-mudos.....	299
-------------------------	-----

## DOS PALABRAS

---



Las *Notas al Código Civil Argentino* que hoy publico, fueron escritas hacen dieciséis años, excepto las que se refieren al matrimonio, las que, por tratarse de una ley posterior, son de redacción más reciente.

Ellas tuvieron origen en el deseo de que pudieran servir de guía á mis hijos en el estudio de esta rama del derecho.

Al entregarlas al análisis y á la meditación de los hombres competentes, pienso que podrán ser de algún provecho y que se las considerará como una contribución al progreso intelectual de mi país.

Pongo ésta obra al amparo del genio protector de Vélez Sarsfield, y ojalá sirva ella para despertar nobles emulaciones y estímulos que afiancen las conquistas de la ciencia y hagan cada vez más duradera la gloria del sabio codificador argentino.

JOSÉ M. GUASTAVINO.

Buenos Aires, Marzo 28 de 1898.



# CÓDIGO CIVIL

## DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

---



### TÍTULOS PRELIMINARES

#### TÍTULO PRIMERO

##### De las Leyes



**Artículo 1.** *Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos ó extranjeros, domiciliados ó transeuntes.*

**1**—La resolución de este artículo está fundada en la concepción exacta de la soberanía del Estado, la cual no sería completa si hubiera de admitirse que una persona pudiese hollar su territorio sin quedar sometida á sus leyes.—La autoridad de éstas domina todo el territorio del país, de cuya soberanía son expresión y—por consiguiente—son obligatorias para todo el que lo habite, ora sea ciudadano, ora extranjero, ya domiciliado, ya transeunte, sin distinción de creencias, ni de condiciones.

---

**Artículo 1.** L. 15, Tit. 1, Part. 1<sup>a</sup>—L. 3 y siguientes, Tit. 2, Lib. 3, Nov. Rec.—Cód. de Nápoles, art. 5.



**Art. 2.** *Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que ellas determinen. Si no designan tiempo, la ley publicada en la capital de la República ó en la capital de la Provincia, es obligatoria desde el día siguiente de su publicación; en los departamentos de campaña, ocho días después de publicada en la ciudad capital del Estado ó capital de la Provincia.*

2—Si la ley es la regla á la que las personas deben ajustar sus actos, ¿cómo puede ser obligatoria antes de que pueda ser conocida?

Se ajusta evidentemente á la naturaleza de las cosas el principio de que las leyes no son obligatorias *sino después de su publicación.*

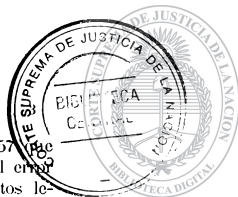
3—¿Desde qué fecha obligan? Es claro que desde el día que ellas determinen, si es que lo determinan, y, en su defecto, desde los siguientes:

En la Capital de la República y

En la Capital de la Provincia, desde el día siguiente de su publicación en cada una de ellas; y

En los departamentos de campaña, ocho días después de publicadas en la capital de la Nación ó capital de la Provincia.

4—Se presume, por lo tanto, *juris et de jure*, que, durante este último plazo, los domiciliados ó los moradores de los departamentos de campaña tienen conocimiento de la ley, como se presume también, con la misma calidad, que los vecinos ó habitantes de la capital de la Nación, ó de la capital de la Provincia tienen conocimiento de ella en el día de su publicación.



Es en esta presunción que reposa el art. 957, que declara que «la ignorancia de las leyes, ó el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos.»

**Art. 2.** En la primera parte, conforme con todos los Códigos modernos y L. 12, Tit. 2, Lib. 3, Nov. Rec. — Zachariæ, tom. 1, págs. 24 y 25.

**Art. 3.** *Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos.*

5—El orden y la existencia misma de la sociedad serían imposibles sin este principio fundamental de derecho.

El desarrollo de la vida, ora del individuo, ora de la sociedad, no puede hacerse sino á condición de la estabilidad de los derechos y del valor legal de los hechos fundamentales en que reposan.

Por eso la ley VII, Cód. *De Legibus*, dice: «*Leges et constitutiones certum est dare formam negotiis, NON AD FACTA PRÆTERITA REVOCARI; nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*».

6—La irretroactividad de la ley se aplica también á los efectos de los actos jurídicos y á los contratos mismos cuyo efecto esté suspendido por estar sometidos á una condición, ó á un plazo.—Savigny, «Derecho Romano;» §§ 385 y 392.

7—Se aplica igualmente á los medios probatorios, y, por lo tanto, los medios de prueba á usarse son los autorizados por la ley bajo cuyo imperio pasó





el acto, y no los de la nueva.—Ley 15, Tit. 14, part. 3<sup>a</sup> al fin; Marcadé bajo el art. 2, del Cód. francés, § 5; Laurent, Tom. 1, N. 141 y siguientes.

8—Se aplica del mismo modo á *la forma* de los actos jurídicos, la cual no puede ni debe regirse sino por las leyes vigentes en la fecha en que aquéllos se realizan. Savigny escribe al respecto, en el Tom. 8, § 388, de su obra sobre «Derecho Romano», lo siguiente:

«La forma de los actos jurídicos debe también «reglarse exclusivamente según la ley en vigor á «la época en que el acto ha sido hecho, de suerte «que una ley posterior no tiene influencia alguna «sobre su validez, sea que haga la forma del acto «más fácil ó más difícil. Se puede expresar esta «proposición en estos términos: *tempus regit actum*, «paralelamente á la regla del derecho local: *locus regit actum*, y representa un más alto grado de «certeza y de necesidad que esta última, porque se «la puede mirar como una regla fundada en derecho general y destinada á favorecer los actos jurídicos. En efecto, para la regla del derecho local, «motivos de equidad hacen que alguna vez se permita á las partes elegir, entre dos derechos, el «del lugar en que el acto se hace y el del lugar «al cual pertenece el acto jurídico bajo otros respectos, por ejemplo: el derecho del domicilio. Para «la regla, *tempus regit actum*, esta alternativa es «imposible, porque nadie podría prever que la forma del acto será cambiada por una ley futura y «cómo será cambiada».

Este principio está expresamente consagrado por el art. 3659 del Código, respecto de los testamentos, y la jurisprudencia ha de aplicarlo—con razón—á

los actos jurídicos en general. El texto del recordado artículo es este: «La validez del testamento depende de la observancia de la ley que rija al tiempo de hacerse. Una ley posterior no trae cambio alguno, ni á favor, ni en perjuicio del testamento, aunque sea dada viviendo el testador».

Téngase presente que por nuestro Código, art. 1080, el estado de las personas, ó sea su capacidad de derecho y de hecho, no importa un derecho adquirido, y puede, de consiguiente, ser modificado por la nueva ley, pues, como dice aquel artículo: «La capacidad civil de las personas es regida por las nuevas leyes, aunque abroguen ó modifiquen las cualidades establecidas por las leyes anteriores, pero sólo para los actos y efectos posteriores, sin que la nueva ley pueda invalidar ó alterar lo que se hubiese hecho en virtud de la capacidad que tenían las personas por las leyes anteriores, ni los efectos producidos bajo el imperio de la antigua ley».

Tratan de la irretroactividad no sólo Savigny en el § 383 y siguientes, sino también Massé, «Derecho Comercial», Tom. 1º, N. 76; Zachariae, Tom. 1º, § 28; Marcadé sobre el art. 2, del Cód. Napoleón, especialmente en el § 2; Aubry y Rau, § 30; Laurent, Tom. 1º, N. 111 y siguientes; Duvergier en la Revista de Derecho francés y extranjero, Tom. 2º, traducido por el Dr. Varela en «Concordancias y fundamentos del Cód. Civil Argentino», art. 5.

---

**Art. 3.** En los últimos tiempos, Merlin, Clavot, Meyer y varios jurisconsultos alemanes han combatido el principio de la no retroactividad de las leyes como incompatible con muchas de las relaciones de derecho. La fuerza de las consideraciones legales de estos jurisconsultos ha hecho decir á Freitas, en la nota que pone al primer artículo de su Proyecto de Código Civil para el





**Art. 4.** *Las leyes que tengan por objeto aclarar ó interpretar otras leyes, no tienen efecto respecto á los casos ya juzgados.*

9—Es decir, á casos ya juzgados definitivamente, ó sea en último resorte, porque tales decisiones, que se reputan ser *la verdad*, declaran derechos y los confirman con sello ilevante: y como la ley no tiene efecto retroactivo, es natural que la que tenga por objeto interpretar ó declarar otras no debe tener efecto sobre casos ya decididos por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Novela de Justiniano, 19; Galindo, Lib. 1º Tit. 2, § 12 y 16, citado por el Dr. Acevedo en su proyecto de Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, art. 13; Código Chileno, art. 9; Savigny, Tom. 8, § 397; Código de Comercio Argentino, Reg. XVII; Eseriche, verb. *Efecto Retroactivo*, V. n. 11; Tejedor, «Derecho Comercial», n. 7; Massé, «Derecho Comercial», n. 78; Aubny y Brau, § 30, texto y nota 9;

---

Brasil, *que el estado de la ciencia sobre este asunto era bien poco satisfactorio*. Pero Savigny, antes de ahora, se hizo cargo de contestar las equivocadas teorías de los jurisconsultos citados, y consagró á este objeto doscientas páginas del tomo 8 de su grande obra sobre el Derecho Romano. Explica perfectamente la materia; destruye todos los argumentos que se oponen al principio recibido, y demuestra, sin dejar la menor duda, que en todas las relaciones de derecho: derecho de las personas, derecho de la familia, derecho de las cosas, derecho de las obligaciones, derecho de sucesión, etc., las leyes no pueden tener efecto retroactivo ni alterar los derechos adquiridos: y que esta doctrina, bien entendida, está en plena conformidad con toda la legislación civil y criminal, mientras que el principio contrario dejaría insubsistentes y al arbitrio del legislador todas las relaciones de derecho sobre que reposa la sociedad.



Duvergier, en la «Revista de derecho francés y extranjero», traducido por Varela en «Concordancias...», bajo el art. 5º del Código Argentino.

**Art. 4.** Cód. de Prusia, artículos 14 al 21.

**Art. 5.** *Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público.*

**10**—Antes que sacrificio, esta regla no importa sino la limitación que las necesidades de la colectividad imponen al derecho individual: es el interés privado que cede al interés público para que se opere el progreso social. Ciertamente que el bien no sería sino un vano anhelo si por regla general los derechos del individuo no fueran inviolables para la ley misma; pero al lado de esta regla general nacen y prosperan excepciones impuestas por el interés común, como condición indispensable para el orden y progreso sociales. Una de esas excepciones es la consagrada por el presente artículo, y con razón, porque, si es verdad que la ley del progreso es ley fundada en la naturaleza humana, sería contrariada si las nuevas necesidades, que nacen á medida que se opera el desarrollo de las fuerzas sociales, hubieran de encontrar un tropiezo insuperable en el derecho individual, adquirido antes. Si es cierto que la sociedad marcha siempre adelante, es indispensable que el derecho del individuo le allane el paso, y es justo, de consiguiente, establecer que nadie puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público.

Varela, en sus «Concordancias...», transcribe el

estudio que Duvergier, citado por nuestro sabio codificador, hace de esta materia.

**Art. 5.** Morell, Tit. 1, Cap. 2.—Esta materia está perfectamente tratada en una Memoria de Duvergier que se halla en la *Revista de la Legislación*, año de 1815, Pág. 1.

**Art. 6.** *La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales ó extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en país extranjero.*

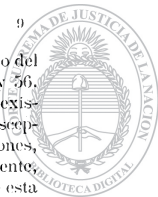
La recíproca de esta conclusión está consagrada en el siguiente

**Art. 7.** *La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en la República.*

**11**—Estos artículos se refieren á la capacidad de las personas para obrar por sí mismas en los actos jurídicos, ó sea á la capacidad *de hecho*, porque la capacidad *de derecho* se rige y se juzga siempre por las leyes de la República, como lo decide expresamente el art. 983 de este Código.

**12**—¿Qué se entiende por estas clasificaciones: *capacidad de derecho, capacidad de hecho, incapacidad de derecho ó incapacidad de hecho?*





Conviene definir las con claridad desentrañando del Código mismo su significado: arts. 30, 52, 54 y 56.

Todo ente, sea de existencia visible, sea de existencia puramente ideal ó jurídica, que sea susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, es una persona: arts. 30 y 31. Por consiguiente, toda persona tiene *capacidad de derecho*, porque esta capacidad es la cualidad que hace del ente una persona. Capacidad de derecho quiere decir aptitud para ser sujeto del derecho, ser susceptible de adquirir derechos, ó contraer obligaciones, y, en una palabra, *ser persona*. De esto se deduce natural y lógicamente que jamás puede haber incapacidad *absoluta de derecho* en una persona, porque hay implicancia en los términos. Persona quiere decir capacidad para ser sujeto del derecho y, por consiguiente, donde haya incapacidad absoluta de derecho, no hay ni puede haber persona.

Pero, de las personas, unas hay que tienen, en el campo de la ley, capacidad para obrar por sí mismas en la adquisición, renuncia, transmisión, ó modificación de los derechos, y otras que no pueden obrar por sí mismas en los actos de estos objetos en razón de depender de una representación necesaria, ó de necesitar, en defecto de ésta, de autorización judicial. De las primeras se dice que tienen *capacidad de hecho* y de las segundas que son *incapaces de hecho*.

Como se sabe, hay personas que tienen capacidad plena para obrar por sí mismas en todos los actos de la vida civil, como son los mayores de edad; otras que la tienen sólo para cierta clase y entidad de actos jurídicos y carecen de ella para los demás, como son los menores de edad emancipados; y otras, en fin, que carecen absolutamente de aquella capa-



cidad, como sucede con las personas de existencia puramente ideal ó jurídica, las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes declarados tales por sentencia pasada en cosa juzgada.

De esto resulta evidente :

- 1º Que la *capacidad de hecho* es unas veces *plena*;
- 2º Que en otras es *limitada* á cierta clase y entidad de actos jurídicos, y
- 3º Que la *incapacidad de hecho* es igualmente *limitada* en unos casos á determinada especie de actos, y *plena ó absoluta* en otros.

Como la incapacidad *de derecho* consiste en estar negada á la persona su capacidad para adquirir ó ser sujeto del derecho, esta incapacidad *no es*, ni puede ser jamás *absoluta*, como lo hemos dicho, sino simplemente limitada á cierta clase de derechos.

Con esta noción clara de aquellas clasificaciones se iluminan varios pasajes del Código, de que tendremos oportunidad de ocuparnos en estas notas.

**13**—Como dejamos dicho, los artículos 6 y 7 de que tratamos no se refieren sino á la capacidad ó incapacidad *de hecho* y, por consiguiente, la disposición de su última parte no riñe con el principio de que los bienes se rigen por la ley del lugar en que están situados: *lex rei sitæ*.

Se dispone por ellos que la capacidad ó incapacidad de las personas, sean nacionales, sean extranjeras, domiciliadas en la República Argentina, se rige siempre, y en todo caso, por las leyes de ella, aun cuando se trate de *actos ejecutados en país extranjero*, ó de actos que, aunque ejecutados en la República, tengan por objeto *bienes existentes en país extranjero*; y, recíprocamente, que la capacidad ó

incapacidad de las personas domiciliadas *fuera* de la República será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados en la República Argentina, ó ejecutados en cualquiera otro país cuando tengan por objeto *bienes existentes en la República Argentina*.

Esto vale tanto como consignar las siguientes reglas absolutas:

1ª Regla.—La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas en la República Argentina, sean nacionales ó extranjeras, será juzgada siempre, y en todo caso, por las leyes argentinas.

2ª Regla.—La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio argentino será juzgada siempre, y en todo caso, por las leyes de su respectivo domicilio.

Los párrafos de la obra del juez Story sobre «Conflicto de las Leyes», que más inmediatamente tratan de estas reglas y las ilustran, son los 64, 65 y 66.

Cuando haya de juzgarse de la capacidad *de derecho*, en el sentido de la capacidad para adquirir bienes inmuebles, ó muebles permanentemente situados en la República, se habrá de recurrir á las leyes de ella, porque es por ellas que debe juzgarse siempre de tal capacidad según los términos explícitos de los arts. 10, 11 y 983 del Código.

---

**Art. 6.** La última parte del artículo no se opone al principio de que los bienes son regidos por la ley del lugar en que están situados, pues en este artículo sólo se trata de la capacidad de las personas, y no del régimen de los bienes ó de los derechos reales que los afectan.







**Art. 8.** *Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes á las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas.*

**14—** Habiéndose legislado por los artículos anteriores acerca de la capacidad de hecho de las personas cuando se trata de actos ejecutados, ó respecto de bienes situados fuera del país de su domicilio, ocúpase el presente de fijar el régimen de las consecuencias ó efectos de los actos jurídicos, de los contratos hechos y de los derechos adquiridos fuera de su dicho domicilio, y establece en su primera parte, que, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado, pero declarando, en la segunda, que no tendrán ejecución en la República Argentina, respecto de los bienes situados en el territorio de ella, si tales actos ó contratos no fueren conformes con las leyes argentinas que reglan la capacidad y estado de las personas.

¿Hay incongruencia entre esta última parte del artículo 8 y las reglas establecidas por los dos inmediatos anteriores?

Resueltamente no, y es fácil demostrarlo con perfecta claridad.

¿Cuál es la materia sometida á las leyes argentinas, en tratándose de bienes situados en su territorio, como condición para la ejecución de los contratos hechos y de los derechos adquiridos fuera del lugar

del domicilio de la persona? No otra, sino la *capacidad* de esa persona.

¿De cuántas clases es la capacidad?

De dos: la una, *capacidad de hecho*, y la otra, *capacidad de derecho*; y como el texto del artículo no distingue, digamos que habla de una y otra, lo que, por otra parte, es la verdad.

Y bien: si en el caso á decidirse se tratase de la *capacidad de hecho*, se aplicará—para la decisión—los artículos 6 y 7, y se tendrá que el 8 que nos ocupa deja expedita la aplicación de las reglas que constituyen el régimen de la *capacidad de hecho* de las personas. Si la *capacidad* de que se trata fuese la *de derecho*, el mismo artículo 8 deja expedita la aplicación de los artículos 10, 11 y 983, por los cuales se juzga siempre, y en todos los casos, de la *capacidad de derecho* de las personas en tratándose de la adquisición de inmuebles, ó de muebles permanentemente situados en la República.

Y resulta evidente que no hay incongruencia entre la disposición del artículo 8 y las contenidas en los 6 y 7 del Código.

Por lo demás, la parte más inmediatamente pertinente de la obra de Savigny, que nuestro ilustre codificador cita en su siguiente nota, es el § 362, Tom. 8º.

---

**Arts. 6, 7 y 8.** Freitas, sobre los artículos 6, 7 y 8, que son de su proyecto de Código para el Brasil, dice: « El domicilio y no la nacionalidad determina el asiento jurídico de las personas para saber qué leyes civiles rigen su capacidad de derecho. Este es, en verdad, el pensamiento del Código Civil Francés y de los escritores franceses, cuando dicen que el estado y capacidad de las personas se reglan por las leyes de su nacionalidad, pues confunden la nacionalidad con el domicilio, identificando ideas esencialmente diversas. Esta confusión aparece en el derecho internacional privado de Félix, quien, tratando del estatuto per-





**Art. 9.** *Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud, ó las que revistan el carácter de penales, son meramente territoriales.*

**15**—Se trata aquí de las incapacidades de derecho y como las de esta clase se juzgan siempre, y en todo caso, por las leyes de la República, según la disposición del art. 983, el presente que nos ocupa armoniza con la recordada disposición al declarar que son puramente territoriales las incapacidades pronunciadas contra las leyes de la naturaleza, la procedente de la esclavitud, por ejemplo, y las que revisten un carácter penal, como es la de la muerte civil.

Story, en su obra *«Conflicto de las leyes»*, § 104, escribe lo siguiente: «Las inhabilidades personales, «que no tienen su origen en la ley de la naturaleza,

---

sonal, emplea como sinónimos las palabras *nacionalidad* y *domicilio*. En la página 39 dice que: «las expresiones *lugar del domicilio del individuo* y *territorio de la nación ó patria*, pueden ser empleadas indiferentemente; » y en efecto, él lo hace así confundiendo todo. Mucho contribuye á esta confusión el artículo 9 del Código Francés, declarando no ser nacional el que hubiese nacido en Francia de un extranjero; y el artículo 10, declarando ser nacional el hijo de francés nacido en país extranjero. De es'a manera, como el lugar del domicilio de origen no es el del nacimiento sino el del domicilio del padre, resulta que la nacionalidad del Código Francés es lo mismo que el domicilio de origen. El error de tal suposición es evidente, porque el domicilio no es inmutable; su variación no exige una mutación de la nacionalidad; y por lo tanto, el lugar del domicilio de origen no nos ofrece fundamento para decidir una cuestión de nacionalidad. Esta objeción no tendrá peso alguno para aquellos que, como Demolombe (Tom. I, Pág. 448), sostuvieron, contra una realidad innegable, que, en la teoría del Código Francés, no se puede tener domicilio en país extranjero. Demangé, en sus notas críticas á Félix,



« sino en los principios de las leyes positivas ó consuetudinarias de un país extranjero, y especialmente  
 « las que tienen un carácter penal, no son generalmente  
 « aplicadas en otros países, donde no existen esas  
 « inhabilidades. Así, las inhabilidades que resultan  
 « de la herejía, excomunión, interdicto papal, infamia  
 « y otras inhabilidades penales, no constituyen inhabilidad en ningún otro país, sino en aquel en que  
 « tiene origen. Son estrictamente territoriales. Así,  
 « el estado de esclavitud no será reconocido en ningún país cuyas instituciones y leyes prohíban la  
 « esclavatura...»

Conviene ver también los N.ºs. 91 y 92, y el Cap. XVI de la citada obra y el 50 de la de Fiore, Tomo 1.º, sobre «*Derecho internacional privado*».

Entre otros ejemplos que confirman el juicio de Story, podemos nosotros presentar el que ofrece el art. 15 de la Constitución de la República, que

pág. 57, dice: « Según Fœlix, no puede tenerse domicilio sino en el territorio de la nación de la cual el individuo es miembro. » — « Suscitase, entre tanto, la cuestión de saber cuál será la ley personal del extranjero domiciliado en Francia, de que habla el artículo 13 del Código, que no ha dejado de pertenecer á su nación. Nosotros creemos que el domicilio prevalece sobre la nacionalidad. »

Story, en su obra *Conflict of Laws*, consagra todo el largo capítulo IV á discutir la cuestión de cuáles sean las leyes que deban regir la capacidad de las personas. Pone los textos de varios juriconsultos que han tratado la materia, y apoyado en los poderosos fundamentos que expone, en las decisiones de los tribunales de los Estados Unidos, y en la opinión de los juriconsultos franceses Pothier y Merlin (este último cambió más tarde de opinión), concluye que la ley local del domicilio de la persona es la que rige su capacidad legal. Savigny, que se ocupó extensamente de la cuestión y le consagró el más profundo estudio, demuestra de la manera más incontestable que el domicilio determina el derecho territorial especial, al cual cada uno está sujeto, como á su derecho personal. Tom. 8, Cap. 1.



declara, que, «en la Nación Argentina no hay esclavos... y que los esclavos que de cualquier modo se introduzcan, quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República».

**Art. 9.** Story, *Conflict of Laws*, pág. 105.

**Art. 10.** *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 adquirirlos, á los modos de transferirlos, y á las solemnidades 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.*

**16**—Savigny, en el lugar citado por el codificador, que es el § 366, Tom. 8º, sostiene con razones fundamentales el principio que adopta el presente artículo, principio que consiste en que los bienes inmuebles se rigen siempre por la ley del lugar en que están situados: *lex rei sitæ*.

La razón fundamental de esta regla está consignada en el pasaje que el Dr. Vélez copia en su nota al artículo: *la sumisión voluntaria á la ley local*. Se trata de la organización de la propiedad territorial, que es materia que tiene un interés general y se relaciona estrechamente con las facultades de la soberanía del país. Todo acto referente á la adquisición de un inmueble, su transferencia, el modo de conservar su propiedad y dominio, de gravarlo, per-

derlo, etc., debe regirse por la ley del lugar de su ubicación, sin distinción de si se trata de un nacional ó de un extranjero.

Referentemente á la capacidad, así para adquirir como para transferir la propiedad raíz, Story, *Conflicto de las Leyes*, n.º 430 y 431, dice: «Puede establecerse como un principio general de la ley común que una parte debe tener capacidad para adquirir de acuerdo con la ley del *situs*; de lo contrario debe ser excluida de todo derecho de propiedad. Así, si las leyes de un país excluyen á los extraños de poseer tierras, ya sea por sucesión, ó por compra, ó por legado, tal título (derecho) es completamente ineficaz para ellos, sea cual fuere la ley del lugar de su domicilio. Por el contrario, si por la ley local los extraños pueden adquirir y poseer tierras, no importa nada el saber cuál puede ser la ley de su domicilio, sea de origen ó de elección. Del mismo modo, si una persona es incapaz por la ley del *situs*, su transferencia debe tenerse por nula, aunque por la ley de su domicilio tal incapacidad personal no exista. Por el contrario, si tiene capacidad para transferir por la ley del *situs*, puede tener un título válido, aunque por la ley de su domicilio tenga una incapacidad. Este es el resultado tácito pero irresistible del principio adoptado por la ley común, el cual no admite excepción. Podemos ilustrar el principio refiriéndonos á casos que ocurren comúnmente bajo el dominio de la ley común. Por esa ley una persona se considera un menor y es incapaz de transferir bienes reales mientras no ha llegado á la edad de veintiún años. Pero, por la ley de algunos países extranjeros, la menor edad continúa hasta los veinticinco, y aún hasta los treinta años. Supongamos, pues, un extranjero poseyendo en propiedad tierras





en Inglaterra ó en los Estados Unidos (donde prevalece la ley común), el que por la ley de su domicilio está en la menor edad, pero que pasa de la edad de veintitún años. Claro es que puede transferir sus bienes reales en Inglaterra ó Estados Unidos, no obstante la incapacidad doméstica, pues tiene la edad requerida por la ley local. Por el contrario, supongamos una mujer casada, que está domiciliada en un país extraño, y por la ley de ese país es capaz de enajenar sus bienes reales sin el consentimiento de su marido, y que tiene bienes reales en Inglaterra ó Estados Unidos, donde es incapaz de enajenarlos sin ese consentimiento; no puede enajenarlos sin el consentimiento de su marido; y su acto separado (independiente de él) debe tenerse *ipso facto* por nulo por la ley del *situs*.

17—La *lex rei sitæ* es la única apta para asegurar á la propiedad territorial los caracteres de estabilidad y de certeza; y, por consiguiente, no sólo es la adquisición, la transferencia y modificación, sino también la pérdida ó sea la *prescripción* del derecho sobre los inmuebles que se rige por la *lex rei sitæ*, según lo resuelve la última parte de nuestro artículo, lo cual es también sostenido por Savigny en el § 367, n. 5, en estos términos: «La adquisición de la propiedad por usucapón se distingue esencialmente de la adquisición por tradición en que la tradición es un acto instantáneo, mientras que la usucapón resulta de la sucesión de hechos continuos durante un largo tiempo. Para los inmuebles, la aplicación de la *lex rei sitæ* no es contestada por nadie».

En el siglo último, Pothier la sostenía ya en estos términos: «Las leyes que conciernen á las prescripciones por las cuales adquirimos la propiedad de



« las cosas, siendo leyes que tienen por objeto las  
« cosas, son leyes que constituyen estatuto real, las  
« cuales, según la naturaleza de los estatutos rea-  
« les, ejercen su imperio sobre todas las cosas que  
« le están sujetas, respecto de toda clase de perso-  
« nas.

« ... La ley que debe reglar la prescripción que nos  
« hace adquirir la propiedad de una heredad... debe,  
« pues, ser la ley del lugar en que la heredad está  
« situada; no importa donde esté el domicilio tan-  
« to del poseedor, que adquiere, como del propieta-  
« rio que es despojado por la prescripción ». Tom. 9,  
*De la Prescripción*, n. 247.

Dunod, citado por Baudry-Lacantinerie y Tissier,  
dice « que no hay duda que para juzgar de la pres-  
« cripción de los inmuebles se debe seguir las le-  
« yes y costumbres del lugar en que las cosas están  
« situadas ». Y Laurent, *Derech. civ. intern.*, n. 224  
y siguientes, dice con razón que « la certidumbre de  
« la propiedad es una necesidad social: es el ése-  
« tado donde los bienes están situados quien tiene  
« interés en poner fin a la incertidumbre de la pro-  
« piedad; es su existencia que sería amenazada si  
« la propiedad quedase incierta; por lo tanto, es la  
« ley territorial que debe regir la prescripción, la  
« duración y las condiciones de la posesión ».

**18**—Desde que la *lex rei sitæ* debe regir la pres-  
cripción de los inmuebles, es natural que á ella deban  
ajustarse y por ella deban ser apreciadas la pose-  
sión, el título, la buena fe, la suspensión y la inter-  
rupción de la prescripción, porque todas estas cosas  
son partes de un todo único: la prescripción adqui-  
sitiva.

A este respecto, Baudry-Lacantinerie y Tissier  
escriben lo siguiente: « El principio se aplica á to-





« das las reglas y condiciones de la prescripción  
« adquisitiva en lo que concierne á la duración de  
« la posesión, el título, la buena fe. Se aplica tam-  
« bién al punto de vista de la distinción de las co-  
« sas prescriptibles ó imprescriptibles. En fin, sirve  
« á determinar el punto de partida, las causas de  
« suspensión é interrupción de la prescripción. En  
« lo que concierne á la suspensión especialmente,  
« tendrá ó no lugar según lo que decida la ley de  
« la situación, sin que haya de aplicarse la ley per-  
« sonal del que invoca este favor. Un menor ex-  
« tranjero no puede, por ejemplo, invocar la suspen-  
« sión de la prescripción si no es admitida por la  
« ley del lugar de la situación del inmueble, y, á  
« la inversa, puede invocar la suspensión estable-  
« cida por esta ley aun cuando su ley personal no  
« la admita ». *Trat. de Derecho Civil*, De la Pres-  
cripción, n. 968. Es útil ver Fiore, « *Derecho Inter-  
nacional* », Tom. 2, n. 866 y siguientes; Edic. de  
París, 1885.

---

**Art. 10.** L. 15, Tit. 14, Part. 3ª — Story, § 224 — Savigny dice respecto á esto lo siguiente : « El que quiere adquirir ó ejercer un derecho sobre una cosa se trasporta, con esta intención, al lugar que ella ocupa : y por esta relación del derecho especial se somete voluntariamente al derecho de la localidad. Así, pues, cuando se dice que los derechos reales se juzgan según el derecho del lugar donde la cosa se encuentra, *lex rei sitæ*, se parte del mismo principio que cuando se aplica al estado de las personas la *Lex domicilii*. Este principio es la sumisión voluntaria. » Tom. 8, § 366.



**Art. 11.** *Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de trasportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, ó que son de su uso personal, esté ó no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos ó trasportados á otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño.*

**19**—La regla y la excepción consagradas por este artículo son, en el día, las que prevalecen en los dominios de la ciencia, bajo la autoridad de los más notables jurisconsultos.

Los bienes muebles que tienen una situación permanente, son equiparados á los inmuebles y se rigen por la *lex rei sitae*, y los demás por la del domicilio de su dueño.

Las tendencias en el sentido de la modificación de estas reglas no han avanzado aún mucho terreno.

Véase Fiore «Derecho Internacional», n. 884 y siguientes.

---

**Art. 11.** Las cosas muebles, sin asiento fijo, susceptibles de una circulación rápida, de fácil deterioro, consumibles algunas veces al primer uso, consistiendo otras en género y no en especie, determinándose por cantidades abstractas, y pudiendo ser legalmente substituidas por otras homogéneas, que prestan las mismas funciones, como sucede en el mutuo, y en el casi-usufructo, no pueden ser afectadas por los derechos reales, no participan del territorio en que ocasionalmente se encuentran, y en esas circunstancias peculiares á ellas se funda el artículo y la especie.—Story, *Conflict of Laws*, § 362 hasta 376 y 380, y § 388 al fin.—Respecto á la última parte trata extensamente la mate-



**Art. 12.** *Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado.*

**20**—Savigny sostiene la doctrina de este artículo en el tom. 8<sup>o</sup>, § 381 de su obra sobre derecho romano, y Goyena, en su proyecto de Cód. para España, la consigna, en el art. 10, en estos términos: « Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán « por las leyes del país en que se hubieren otorgado ».

Qué se entiende por *forma* de los actos jurídicos en general, lo dice el artículo 1007; pero debe tenerse presente que, respecto de los contratos, nuestro derecho hace distinciones y legisla para los diversos casos como sigue:

1<sup>o</sup> Si se trata de contratos entre presentes, la forma de los actos será juzgada por las leyes y *usos* del lugar en que se han concluido: art. 1214.

2<sup>o</sup> Si se trata de contratos concluidos entre ausentes y fuesen hechos por instrumento particular firmado por *una* de las partes, la forma de los actos será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento; pero, si los contratos fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, ó por medio de representantes ó agentes, ó por correspondencia epistolar, la forma de

---

ria: pero de su misma doctrina se deduce que los muebles que tienen asiento fijo, como los muebles de una casa, de una biblioteca, etc., deben ser regidos por la ley del lugar en que se hallen. — Savigny sostiene perfectamente la doctrina del artículo. Tom. 8, § 366.



los actos será juzgada por las leyes que fuesen más favorables á la validez del contrato: art. 1215.

**21**—En cuanto á *usos*, véase lo que á su respecto decimos bajo el art. 17, manifestando aquí, si quiera sea de paso, que es con razón que el art. 1214 se refiere no sólo á las leyes, sino también á los *usos*, porque, desde que se establece que la forma de los contratos tiene por régimen el imperante en el lugar en que fueren concluidos, natural y justo es reconocer con su autoridad legítima los usos consentidos por la *lex loci*.

Lo mismo debe decirse respecto de los actos jurídicos en general, porque el art. 984 establece igual principio, declarando que: «Respecto á las formas « y solemnidades de los actos jurídicos, su validez « ó nulidad será juzgada por las *leyes* y *usos* del « lugar en que los actos se realizasen».

**22**—Aquí podemos dejar establecido que la validez de los contratos empuña tres capítulos que tienen sus reglas propias: 1ª *La forma* del acto: es regida por las leyes y usos del país en que hubiese sido otorgado, arts. 12 y 1214. 2ª La capacidad ó incapacidad *de hecho* de las partes: es juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, arts. 6, 7 y 982. 3ª La capacidad *de derecho*, el objeto del acto ó contrato y sus vicios substanciales: se juzgan por la ley argentina, art. 983.

---

**Art 12.** Cód. de Luisiana, art. 10 — Cód. Francés, art. 233 (sólo respecto á los testamentos). Story, *Conflict of Laws*, desde el párrafo 260—larga é importantísima discusión del artículo.—L. 18, § 4, Tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 2, Tit. 32, Lib. 6, Cód. Rom., y L. 6, Tit. 2, Lib. 21, Díg.



**Art. 13.** *La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino á solicitud de parte interesada, á cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieron obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, ó en virtud de ley especial.*

**23.**—Nadie está dispensado del conocimiento que debe tener de las leyes, y por eso es que nadie puede excepcionarse con su ignorancia. Pero este principio se entiende sólo con relación á las leyes de la República, porque, como son publicadas como condición para ser obligatorias, hay base para presumirse *juris et de jure* que son conocidas de todos en el tiempo que deben principiar á regir.

No pasa así con las leyes extranjeras, cuyo conocimiento obligatorio se limita al territorio de la soberanía que las dicta. Las primeras son en la República la regla viva de las relaciones de derecho que están bajo su autoridad, y las otras un simple hecho, cuando en razón de una causa especial no se hiciesen también obligatorias en la República. Está, de consiguiente, en la naturaleza de las cosas el que baste que las primeras sean alegadas para que las autoridades de la Nación las reconozcan como leyes y las apliquen, amparando los derechos que concedan ó garantan, y que las segundas necesiten que los interesados soliciten su aplicación, probando su existencia con las cláusulas y términos que les atribuyan.

La última parte del artículo se justifica por el simple buen sentido, bajo la autoridad de los principios



fundamentales de nuestro derecho público. Si por razón de una convención diplomática, ó sea de un tratado público, la ley extranjera debe también ser obligatoria en la República Argentina, se debe decir con nuestra carta fundamental que aquella ley es una ley suprema de la Nación y, por consiguientes, que no es en ella un simple hecho que deba ser probado, sino una regla, una ley argentina, cuya sola invocación basta para que sea obligatoria su aplicación. El art. 31 de la Constitución Nacional dice: «Esta Constitución, las leyes de la Nación que « en su consecuencia se dicten por el Congreso, y « *los tratados con las potencias extranjeras, son la « ley suprema de la Nación . . .*»

---

**Art. 13** La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba.

**Art. 14.** *Las leyes extranjeras no serán aplicables:*

1º *Cuando su aplicación se oponga al derecho público <sup>(1)</sup> ó criminal de la República <sup>(2)</sup>, á la religión del Estado <sup>(3)</sup>, á la tolerancia de cultos <sup>(4)</sup>, ó á la moral y buenas costumbres;*

2º *Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código <sup>(5)</sup>;*

3º *Cuando fueren de mero privilegio;*

4º *Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables á la validez de los actos <sup>(6)</sup>.*

**24—El inciso 1º.** Todas las leyes y reglas fundamentales que constituyen el organismo político del



Estado, las que demarcan la división, atribuciones y limitaciones de los departamentos del gobierno y todo lo que *ad statum reipublice spectat*, forman el derecho público de la Nación, que debe imperar y prevalecer siempre en su territorio, sin permitirse en ningún caso que actos ó estipulaciones acordadas dentro ó fuera de la República le arrebaten su autoridad. Son la base establecida por la soberanía del pueblo para el organismo del gobierno político y el desenvolvimiento de la Nación: son, como se dice en la ciencia, principios fundamentales de orden público que deben regir y primar siempre.—Véase Story, «*Conflicto de las Leyes*», Tom. 1º, Cap. 2º, n. 17 y siguientes.

Caen bajo el mismo concepto las decisiones del Código Penal, sea en cuanto definen los hechos como delitos, sea en cuanto imponen pena; el principio de la tolerancia de los cultos religiosos que nuestra Constitución consagra en su art. 20; y los preceptos y reglas de la moral cristiana, cuya observancia constituye é imprime á los actos humanos el sello de las buenas costumbres: Story, obra citada, n. 258.

El inciso que nos ocupa habla también de «*la religión del Estado*», refiriéndose á la profesada por la mayoría del pueblo de la República, que es la católica, tal como la profesa y enseña la Iglesia de esta congregación; y nuestro codificador recuerda como ejemplo, en su nota, las leyes extranjeras «que permiten matrimonios que la Iglesia Católica condena.» Tal sería, según las primitivas disposiciones de nuestro Código, el caso de un matrimonio celebrado en el extranjero con el impedimento de *cultus disparitas*, estimado dirimente por la Iglesia Católica, y es el celebrado entre un bautizado y un infiel. Tal matrimonio es nulo según las decisiones



de la Iglesia Católica y, por consiguiente, á estar al texto del inciso que nos ocupa, sería desconocida en la República la validez del matrimonio celebrado en un país en que el *cultus disparitas* no fuera un impedimento dirimente. Pero, las modificaciones hechas al Código por la ley del Congreso de 12 de Noviembre de 1889, conocida con el nombre de *Ley de Matrimonio*, imponen una decisión contraria. Esta ley reduce los impedimentos dirimientes á los enumerados en su art. 9º, que es hoy el 166 del Código, y decimos reduce, porque el efecto de toda disposición ó cláusula enumerativa es negar la facultad ú objeto de su disposición para los casos no enumerados: *inclusio unius exclusio alterius*; y, por consiguiente, después de esta ley no es permitido desconocer la validez del matrimonio celebrado en el extranjero entre un cristiano y un infiel: no obstante la decisión contraria de la Iglesia Católica, porque aquella ley lo declara legal en la República, y esa ley, dada por el Congreso sin agravio de la Constitución, tiene la autoridad de la Constitución misma, porque es, según ella, la suprema ley del país: art. 31 de la Constitución Nacional.

Savigny, en su obra sobre «*Derecho Romano*», Tom. 8º, § 365, consigna reglas que sirven para ilustrar muchos casos que caen bajo la disposición del inciso que nos ocupa: acerca de cuya materia, Story, en «*Conflicto de las Leyes*», Tom. 1º, n. 228, dice también que la ley extranjera no se aplica cuando «es injusta en sí, ó contra buenas costumbres: ó contraria á la ley pública del Estado, en cuanto á su relación con los intereses de la religión, de la moralidad, ó del bienestar general de la sociedad:» y Freitas, en el art. 5º de su proyecto, establece que las leyes extranjeras no serán aplicadas: «1º Cuando





*su aplicación se opusiere al derecho público y criminal del Imperio, à la religión del Estado, tolerancia de los cultos, y à la moral y buenas costumbres».*

Fiore, que en su obra «*Nuevo derecho internacional público*» condena en mucho los principios consagrados por nuestro Código, reconoce las dificultades que en la práctica se encuentran para establecer una clara y perfecta línea de separación entre las reglas y disposiciones que constituyen el derecho público de un Estado y las que no entran en esta denominación, aceptando con tal motivo la observación de Westlake formulada así: «¿En qué sistema de clasificación se buscará los límites de este derecho público que gozaría de una autoridad superior à la de las reglas del derecho internacional privado? ¿Cuáles leyes ó costumbres constituyen este *orden público* que no sería permitido turbar?»

Es la jurisprudencia la llamada à ilustrar el campo de estas dudas y à dominar sus dificultades, solucionándolas con el criterio del derecho deducido de la naturaleza humana y de los fines del hombre y de la sociedad; pero es de observar que aquel mismo escritor salva siempre, aun bajo el principio que sostiene como una aspiración, el caso en que la ley extranjera esté en oposición con el derecho público del país en que se pretenda aplicarla, reconociendo que, en tales condiciones, no sería justo exigir su aplicación.

**25—El inciso 2º.** Se establece en él que las leyes extranjeras no serán aplicables en la República «cuando su aplicación fuese incompatible con el espíritu de la legislación de este Código.»

Evidente es que la ley extranjera no puede ni debe aplicarse en la Nación Argentina cuando estuviese en abierta contradicción con un precepto prohibitivo de



su ley, porque lo contrario importaría que la ley de la República fuese derogada por la ley extranjera, lo que entraña la desaparición de la soberanía del país.

La misma regla es establecida por nuestro inciso con relación al espíritu que preside la legislación del Código, y con razón, porque ese espíritu es el alma de la ley, es lo que la vivifica y le permite desenvolverse y abarcar todas las relaciones jurídicas del hombre en el progreso del tiempo. Tan importante es, que, cuando en el artículo 16 se designan las fuentes á que el juez debe recurrir para resolver las cuestiones que le sean sometidas, inmediatamente después de «las palabras» de la ley ó sea de su texto expreso, señala *el espíritu* de la misma como el principio á que debe ajustarse.—Freitas, en el art. 5º de su proyecto, escribe la misma disposición diciendo: «No serán aplicadas las leyes extranjeras... 2º *En los casos en que su aplicación... fuese incompatible con el espíritu de la legislación de este Código*», y cita como ejemplos: «la odiosa institución de la muerte civil del Cód. Francés..., modificada por la ley de 31 de Mayo de 1854: las de incapacidad de los infames, *indignos*, á semejanza de nuestro antiguo Derecho».

**26—El inciso 3º.** Establece que las leyes extranjeras no deben aplicarse en la República «*cuando fuesen de mero privilegio*», disposición escrita por Freitas en el inc. 3º, art. 5º de su proyecto, y que debe entenderse en el sentido de que la ley extranjera, siendo de *mero privilegio*, no debe ser aplicada cuando el privilegio que concede no fuese conforme con las leyes generales argentinas, ó con el espíritu que las preside. En el caso contrario, no hay



choque, no hay contradicción, ni discordancia, y debe concederse su aplicación.

**27—El inciso 4.** «Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables á la validez de los actos».

Interesa siempre al hombre que los actos que ejecuta con deliberación y voluntad tengan valor legal y sirvan á los intereses que se tuvo en mira al ejecutarlos. Dar vida y conceder efecto á los actos y estipulaciones libres y honestas, es una regla dominante en el derecho, impuesta por el justo interés de las partes y por la moral. Es obedeciendo á esta regla que la ley declara—art. 1231—que las estipulaciones licitas tienen para las partes la misma autoridad que la ley; y es, por consiguiente, de buena legislación establecer, como lo hace el inciso que nos ocupa, que cuando hay colisión entre las leyes extranjeras y las argentinas, siendo éstas más favorables á la validez de los actos, no sean aplicables aquellas en la República.

---

**Art. 14.** (1) Como las leyes de Francia y de otros Estados de Europa que consideran los derechos civiles como únicamente propios á la calidad de nacional.

(2) Como las leyes de los países en que la bigamia es permitida, cuando en la República es un crimen.

(3) Leyes, por ejemplo, en odio al culto católico, ó que permiten matrimonios que la Iglesia Católica condena.

(4) Como tantas leyes que fulminan incapacidades de derecho á los herejes, apóstatas, etc., y que aun las declaran á los que no profesan la religión dominante, ó como la ley francesa, que permite al menor (hijo de familia) abandonar la casa paterna para tomar servicio militar.

(5) Como la institución de la muerte civil que ha regido en Francia hasta el 31 de Mayo de 1854, y que aún existe en Rusia.

(6) Aproveche al nacional ó al extranjero, como en general lo declara el Código de Prusia. Esta misma idea aparece en los escritores franceses, pero sólo como un favor para los nacionales: legislación viciosa impregnada del *jus Quiritium*, como dice Freitas. — Sobre esta materia, véase á Savigny, tomo VIII, § 365.

**Art. 15.** *Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad ó insuficiencia de las leyes.*

28—Es esta una de las disposiciones legales impuesta por la necesidad del orden social. Desde que á nadie es permitido hacerse justicia por sí mismo, nunca puede ser dado á los jueces excusarse de fallar las causas alegando que la cuestión no está legislada, que la disposición de la ley es ininteligible, ó que sus provisiones son dudosas sobre el punto discutido. El poder judicial no llenaría los fines de su institución, que son eminentemente sociales, si fuese permitido al magistrado excusar la decisión de los pleitos por aquellas causas, excusa que jamás puede ser fundada, desde que la ley le permite, para los casos en que la cuestión no pudiera resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la disposición legal, recurrir á las leyes análogas y aun á los principios generales del derecho.

Goyena, en el art. 12 de su proyecto, establece que «El juez que rehuse fallar á pretexto de silencio, obscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad», y cita en favor de esta decisión no sólo códigos modernos, sino también leyes del Digesto, cuyo texto copia.

---

**Art. 15.** L. 233. *Del Estilo.*—Cód. Francés. art. 4.





**Art. 16.** *Si una cuestión civil no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá á los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.*

**29**—Este artículo es el verdadero complemento del anterior inmediato. Si el juez no puede excusarse de resolver las causas pretextando el silencio, obscuridad, ó insuficiencia de la ley, art. 15, es necesario darle recursos legales con que suplir estos defectos del derecho vigente, y es á esta necesidad que provee el presente estableciendo que, cuando una cuestión civil no puede ser resuelta ni por el texto expreso de la ley, ni por su espíritu, el juez recurra, para decidirla, á los principios de leyes análogas y, en último caso, á los principios generales del derecho, tomando en consideración las circunstancias especiales del caso.

Por principios generales del derecho se entienden los del derecho natural y de la moral, que constituyen lo que llamamos equidad. «La equidad, tan « recomendada en derecho, no es otra cosa que la « razón ó justicia natural, y ésta debe ser el verdadero suplemento de las leyes expresas», dice con razón Goyena bajo el art. 12 de su proyecto.

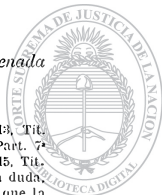
Es con este criterio que debe leerse la Regla 38 de las Pandectas ordenadas por Pothier, Tit. 17, Lib. 50: «La equidad debe ser considerada en todo « y especialmente en el derecho. *In omnibus quidem, maxime tamen in jure equitas spectanda sit*», y esta nota de aquel sabio, que cita á Ci-



cerón: «Es necesario observar la equidad en todo lo  
« que hacemos y en todos nuestros contratos para no  
« descarriarnos en nada; pero sobre todo en el des-  
« recho, sea que respondamos á cuestiones, ó que  
« las juzguemos, á fin de que la equidad sea la  
« regla del derecho y no sea lastimada ni por nues-  
« tras decisiones, ni por nuestros juicios. Se hace  
« el elogio de Servio Sulpicio cuando se dice de él  
« que no tanto era consejero del derecho como de  
« la justicia y que subordinaba el derecho civil á  
« la equidad».

*Leyes análogas:* son las semejantes, aunque por la naturaleza del asunto caigan bajo distinta jurisdicción.

**30**—Por lo demás, nuestro artículo habla de cuestión *civil*, no sólo porque los negocios de este carácter son los únicos objetos del Código Civil, sino también porque en derecho penal el juez no puede suplir el silencio de la ley ni respecto de la clasificación del acto como delito, ni respecto de la pena. Si no existe ley que lo clasifique de delito y le imponga una pena, el juez no puede ver un delincuente en el autor del acto. No hay ilicitud donde no hay una ley prohibitiva, y cuando la ley no decreta una pena para el contraventor, los jueces no pueden imponerla. La ley ampara al ejecutor de un acto, sea positivo, sea negativo, que no sea ilícito:—«Ningún habitante de la Nación será obligado á hacer lo que no manda la ley, *ni privado de lo que ella no prohíbe*», dice la Constitución Nacional en su art. 19, y el 1º del Código Penal define el delito ó



falta diciendo ser «toda acción ú omisión *penada por la ley.*»

**Art. 16.** Conforme al art. 7 del Cód. de Austria.—L. 13, Tit. 5, Lib. 22, Dig.—L. 11, Tit. 5, Lib. 19, id.—L. 1, Tit. 33, Part. 7ª y regla 36, Tit. 34, Part. 7ª; pero las leyes 11, Tit. 22 y 15, Tit. 23, Part. 3ª, ordenan que, no pudiendo el Juez salir de la duda, de hecho ó de derecho, remita la causa al Soberano para que la decida.

**Art. 17.** *Las leyes no pueden ser derogadas en todo ó en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre ó práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren á ellos.*

**31**—Es natural que sólo el que tiene facultad para dictar reglas ó leyes es quien tiene facultad para modificarlas ó derogarlas, lo que importa decir que las leyes no pueden ser modificadas ó derogadas sino por otras leyes, como lo decide nuestro artículo.

Armoniza con esta declaración la siguiente conclusión contenida en el artículo: no hay derecho consuetudinario *contra las leyes*, de la cual se deduce que, cuando la ley hace referencia á usos ó costumbres, debe entenderse de costumbres y usos sobre materias no legisladas, porque de lo contrario habría derecho consuetudinario *contra las leyes*. Véase Dalloz, «Códigos Anotados», sobre art. 1º, Cód. Civil, n. 464.

Qué se entiende por uso y qué por costumbre lo dicen las leyes 1ª y 4ª, tit. 2, part. 1ª; y bajo qué condiciones la costumbre es creadora de derecho, véase la ley 6ª del mismo título y partida, las glosas de Gregorio López, las notas de Sanponts y



lo que expone Gutiérrez Fernández en sus «Estudios fundamentales sobre el derecho civil español». Tom. 1º, págs. 104 á 122, Edic. de Madrid, 1871. Referentemente á la costumbre, la ley 21, tit. 2, lib. 2, de la Rec. de Indias, dice: «Cuando Nos fuéremos servidos de conformarnos en «respuesta: « de consulta, con lo que parece, *siendo costumbre*: « Declaramos que esta no se ha de entender en « dos ó tres actos solos, sino en muchos continuados, sin interrupción ni orden en contrario. Y « para que tengan efecto las mercedes que hiciermos en este presupuesto, se han de fundar en « costumbre asentada, fija, sin alteración ni prohibición en contrario, y con muchos actos en el « mismo género que la confirmen».

Uno de los medios más seguros para probar la costumbre son, sin duda, los procesos judiciales. « Cuando en efecto, alguno se apoya en la costumbre de una villa ó de una provincia, creo que es « preciso examinar desde luego si hay algunos juicios contradictorios que confirmen la costumbre « alegada», dice Ulpiano, lib. 4, de off. proc., según Pothier en Pandectas, lib. 1º, tit. III, XXVIII.

Se refieren á usos y costumbres los artículos 984, 1214, 2655, 2665, 3054, 3504.

---

**Art. 17.** LL. 3 y 11, Tit. 2, Lib. 3, Nov. Rec. que derogaron las Leyes Romanas, y la 4 y 6, Tit. 2, Part. 1ª.—El Cód. Francés guarda silencio sobre este punto. El Cód. de Luisiana admite expresamente la costumbre.





**Art. 18.** *Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.*

**32**—Savigny, tom. 4<sup>o</sup>, § 203, estudia y aclara el punto con su ilustración y talento reconocidos, fijando el valor y verdadero alcance de la ley romana, que dice así: «*Ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habentur: licet legislator prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est*».

Nosotros diremos estas pocas palabras: Los actos prohibidos son actos ilícitos y—por consiguiente—no son actos jurídicos, sino simples hechos que imponen responsabilidad á sus autores y cómplices, siempre que los hubieren ejecutado con discernimiento, intención y libertad—arts. 931 y 1101. Siendo actos ilícitos, no pueden tener ni tienen existencia legal en el campo del derecho, lo que importa decir que son nulos. Es, por lo tanto, estrictamente jurídico y se ajusta á la naturaleza de las cosas la regla general sentada por nuestro artículo, según la cual son de ningún valor los actos prohibidos por las leyes.

Pero el artículo agrega: «*si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención*», porque puede suceder que la misma ley prohibitiva acuerde validez al acto, sea expresa, sea implícitamente, limitándose á castigar la contravención con otra pena distinta de la nulidad, como sucedería si hiciese la prohibición bajo simple pena de una multa.

Por lo demás, la simple prohibición lleva apare-



jada la nulidad, como lo hacen evidente los términos de nuestro artículo.

Véase en Goyena el 4º de su proyecto.

**Art. 18** Es muy importante sobre este punto la L. Rom. 5, Tit. 14, Lib. 1 del Cód.—Cód. de Chile, art. 10.—Cód. de Luisiana, art. 12.—Leclercq, *Droit Romain*, tom. 1, págs. 238, y 239.—Igual artículo fué propuesto al formarse el Cód. Francés y no fué admitido, quedando este punto sin resolverse—Véase Zacharie tom. 1, pág. 46, LL. 17, y 22, Tit. 1, y 1, Tit. 3 y 6, y 7, Tit. 11, Lib. 10, Nov. Rec.

**Art. 19.** *La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia.*

**33**—Renunciar de toda protección legal, ora sea con relación á los respetos humanos, ora á los derechos sobre los bienes y ponerse fuera del amparo de la autoridad de las leyes y de las garantías acordadas, es ciertamente un rasgo de insensatez á que no puede acordarse valor ni efecto. Lo mismo debe decirse de la renuncia general de las leyes aun cuando en la generalidad del caso no se comprendan todas, absolutamente todas las que acuerden garantías, ó reconozcan derechos al renunciante, porque para que la renuncia valga es necesario que el que la hace sepa qué es lo que renuncia; y esto no cabe en las renunciaciones generales, que vendrían á ser un lazo para los incautos ó ignorantes, como dice con razón Goyena bajo el art. 4º de su proyecto.

Fuera de esto, el hombre tiene libertad para disponer de lo suyo, y puede, por lo tanto, renunciar los derechos que le confieren las leyes, cuando esos



derechos no afectan ó no tienen en mira sino el interés individual y no está prohibida su renuncia. Esta regla de justicia natural no está consignada sólo en los Códigos modernos, sino que ya se la encuentra formulada en las Pandectas. «Nada impide hacer convenciones contrarias al derecho que no mira sino á la utilidad privada de las partes, porque no se puede, contra la voluntad del acreedor, forzarle á recibir lo que le es debido:—*nam quod cuique pro eo præstatur, invito non tribuitur*». L. 156, § final *de reg. jur.* De lo que se deduce que «se puede hacer convenciones que deroguen el edicto de los ediles, sea en el acto de una venta, sea por estipulación posterior». Y, en general, «sabemos cuáles deben ser las cargas del vendedor y del comprador. Si hacen algunas reservas en el contrato, la convención debe ser observada». Pothier, Pand. Lib. 2, tit. XIV, art. III, § II.

**34.**—Pero los derechos concedidos, más que en el interés particular, en servicio de la causa pública, no pueden ser renunciados. «El derecho público no puede ser cambiado por las convenciones de los particulares:—*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*». L. 38, lib. 2, tit. XIV, Dig.; «las convenciones de los particulares no pueden derogar al derecho público:—*privatorum conventio juri publico non derogat*». L. 45, § 1, *de reg. jur.* «*De republica, et in omnibus, que ad publicam lesionem respiciunt, pacisci non licet*». Véase Pothier, Pand., lugar citado, y Goyena, bajo el art. 11 de su proyecto; arts. 21 y 906 de este Código con lo que á su respecto decimos; Marcadé, sobre el art. 6; Aubry y Rau, § 36; y Laurent, tom. 1º, N.º. 37 á 49.

Pero, no sólo se requiere que los derechos sean concedidos en mira sólo del interés particular, sino



que también es necesario que *no esté prohibida* su renuncia, como acertadamente dice nuestro artículo, para que sean renunciables. Así, por ejemplo, ninguna renuncia puede hacer uno de los esposos que resulte en favor del otro—art. 1252—y la renuncia que hiciere contra esta prohibición no surtiría efecto, porque sería nula—art. 18. Así igualmente, les está prohibido hacerse el uno al otro donación durante el matrimonio, y la donación importa siempre—por su naturaleza—una *renuncia de derechos*—art. 1841, inc. 1°.

Pudieran multiplicarse los ejemplos, pero estos bastan para dejar demostrado el acierto con que el artículo que nos ocupa, al sentar la regla de que son renunciables los derechos conferidos por las leyes que miren sólo el interés individual, agrega—siempre «que no esté prohibida su renuncia».

---

**Art. 19.** Cód. de Austria, art. 937.—Cód. de Prusia, Part. 1°, art. 193.—Cód. de Chile, art. 12. Véase Zacharie, tom. 1, pág. 44, § 31.

**Art. 20.** *La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley.*

**35**—Ocupándonos del artículo 2 hemos visto que su disposición reposa en la presunción *juris et de jure* de que las leyes son conocidas dentro de los plazos que al efecto conceden. En una presunción de esta clase, el contenido de la presunción es declarado por la ley como una verdad inatacable y, por consiguiente, es inadmisibile contra ella la prueba en contrario. Y bien, desde que se presume *juris et de jure* que se tiene conocimiento de las leyes



desde el momento—á más tardar—en que entran á ser obligatorias, ¿cómo admitir la excepción de su ignorancia para excusar la falta cometida contra ellas? Establecer que son conocidas y admitir la excepción de su ignorancia, es contradictorio. Cuando la ley permite que pueda alegarse la ignorancia, establece por este solo hecho que para el caso especial de su referencia no hay aquella presunción *juris et de jure* contra el interesado que trata de excusar su falta. Digamos, pues, que cuando nuestro artículo establece que «la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley,» establece una regla, una afirmación absoluta, fundada en la presunción *juris et de jure* del conocimiento de las leyes dentro de los plazos legales; y que cuando la ley permite invocar la excepción de su ignorancia, esta permisición importa que aquella presunción no rige en el caso de que se trata. Lo contrario importaría contradicción.

Véase el art. 957, y lo que á su respecto decimos.

---

**Art. 20.** L. 3, Tit. 14, Part. 5ª.—Cód. de Luisiana, art. 7.—Cód. de Austria, art. 2.—Véase el proyecto de Goyena, art. 2, y Zachariæ, § 26.—Las LL. 21, Tit. 1, Part. 1ª, y 6, Tit. 14, Part. 3ª, copiaron las Leyes Romanas sobre la ignorancia del derecho.

**Art. 21.** *Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.*

**36**—Dejar en manos de los particulares la fábrica de las sociedades civilizadas, según la expresión de un juez notable, vale decir la organización social y

el orden público, importaría decretar la anarquía y el atraso para que sobre los escombros de la regularidad y de la civilización se erigiera prepotente la fuerza bruta, ciega y bárbara. Nó: en el campo de los destinos humanos se impone como regla fundamental el que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres, y es por eso que *pacta que contra leges constitutionesque*, vel contra bonos mores fiunt, *nullam vim habere indubitati juris est*. L. 6, Cód. de Conv. . . *Privatorum conventio juri publico non derogat*;—*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*; Pandectas, Lib. 2, Tit. XIV, Art. III, § II.

Ciertamente que es muy difícil, si no imposible, establecer reglas generales que determinen cuáles son las leyes que deben ser consideradas como del grupo de las que interesan al orden público, y es por eso que los Códigos, aun los más adelantados, ni han intentado siquiera formularlas; pero es fácil enumerar las principales, dejando que la jurisprudencia se pronuncie respecto de las demás.

Véase Dalloz, «Códigos Anotados», art. 6 del Cód. Civil.

---

**Art. 21.** L. 28, Tit. 11, Part. 5.—Cód. Francés, art. 6.—De Nápoles, art. 7.—Sardo, art. 3.—LL. 27 y 38, Tit. 14, L. 2, Dig. y L. 5, Tit. 14, Lib. 1, Cód. Rom.





**Art. 22.** *Lo que no está dicho explícita ó implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial.*

**37**—Es evidentemente acertada esta disposición. Puede decirse con acento firme que era necesario ser un sabio para conocer todos los Códigos españoles, dominar su espíritu, concordar sus disposiciones y señalar sin dar lugar á dudas, de las muchas y distintas dadas sobre una misma materia, cuáles estaban abrogadas, cuáles no. Si á este inconveniente hubiéramos agregado el que lleva aparejado la fórmula: «quedan derogadas las leyes anteriores en cuanto se opongan á la presente», habríamos nadado en cuestiones de todo género y condenádonos á movernos en un inmenso laberinto sin salida. La fórmula del artículo nos ha salvado del escollo.

Como un ejemplo de las leyes viejas que quedan vivas por estar implícitamente incorporadas en el Código, recordaremos la 46, tit. 28, part. 3ª, según la cual, el comprador que no ha pagado el precio no adquiere el dominio del inmueble comprado, no obstante habersele hecho tradición de él, si el vendedor no se ha fiado de algún modo en aquél y no se estipuló plazo para el pago; y lo adquiere en caso contrario. Esta disposición está implícitamente consignada en los arts. 3957 y 3958, y, por lo tanto, sigue rigiendo con autoridad legal.

---

**Art. 22.** Cód. del Ducado de Baden, art. 1, Letra b.



## TÍTULO II

## Del modo de contar los intervalos del derecho

**Art. 23.** *Los días, meses y años se contarán para todos los efectos legales, por el Calendario Gregoriano.*

**38**—Se divide el calendario en antiguo y moderno, llamándose el primero calendario *romano* y el segundo *gregoriano*. El primero, que fué formado por Rómulo, corregido por Numa y después por Julio César, (véase Pandectas por Pothier, Tomo 1°, págs. 643 á 651,) vivió hasta el papado de Gregorio XIII, quien le hizo la última corrección.

El defecto notado en el Calendario tal cual lo dejó César el año 708 de Roma,— 42 ó 43 años antes del nacimiento de Jesucristo, y que dió lugar á su reforma por el Papa Gregorio XIII—fué « que ponía « el año de 365 días y 6 horas, cuando no es mas « que de 365 días, 5 horas y 49 minutos: este error « de *once* minutos había producido por el año 1580 « una equivocación de *diez días*, es decir, que el « equinoccio de la primavera no caía en el 21 de « Marzo, como en el año 325, tiempo en que se « celebró el Concilio de Nicea, sino en el 11 del mismo mes. »

« Para salvar este error, Gregorio XIII hizo quitar « *diez* días del mes de Octubre del año 1582 y ordenó, para impedir que se cayese en lo sucesivo « en el mismo inconveniente, que cada cuatrocientos « (400) años, los últimos de los tres primeros si-





« glos no serian bisiestos, como queria Julio César,  
« y que sólo lo fuese el último año del cuarto siglo,  
« lo que ha tenido lugar en 1700 y 1800 y lo que  
« se seguirá igualmente en 1900; pero el último año  
« del año 2000, que es el cuarto siglo, será bisiesto. »

« Este es todo el cambio que Gregorio XIII hizo  
« en el antiguo calendario *romano*: su reforma ha  
« formado la época de un nuevo calendario, que se  
« llama *gregoriano*, del nombre de su autor..., »  
que es el que nuestro artículo adopta para contar  
con sujeción á él los intervalos ó plazos del derecho.

**Art. 24.** *El día es el intervalo entero que corre de media noche á media noche; y los plazos de días no se contarán de momento á momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha.*

**39**—Este artículo define lo que es el día civil, ó sea una revolución de veinticuatro horas.

No siempre fué uniforme el punto de partida para contar el día. Han habido pueblos que lo han contado desde el nacimiento del sol, otros desde que se pone, otros desde mediodía y otros, en fin, desde media noche.

Nuestra ley adopta la regla de la ley romana que lo cuenta desde la media noche de un día á la media noche siguiente. La ley *More Romano* dice: « *More Romano, dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur.* » Pothier, Pand., lib. 2, tit. 12, art. III.

Siempre fué de buena doctrina,—Curia Filípica, Jui. Civil, § XVI, n. 7,—que en los plazos de días no se computára y contára el día de su concesión, y nues-



tro artículo lo decide así estableciendo terminantemente, que, los plazos de días no se contarán de momento á momento, ni por horas, sino desde la media noche *en que termina el día de su fecha*, lo cual, por otra parte, es consecuente con el punto de partida adoptado para establecer la revolución de 24 horas que constituye el día.

Queda—por consiguiente—establecida por nuestra ley esta máxima: «*dies à quo non computatur in termino.*»

**Art. 25.** *Los plazos de mes ó meses, de año ó años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha. Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses ó el año.*

**Art. 26.** *Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses ó años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriese desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes.*

**40—**Desde que por el art. 23 se ha adoptado el calendario gregoriano para contar con sujeción á él los plazos del derecho, y desde que en este calendario los meses no se componen de un número igual de días, no caben en la materia de los presentes artículos reglas más naturales y sencillas que las



que en ellos se establecen, sin que en su aplicación puedan tocarse dificultades, ni producirse inconvenientes. Son más sencillas que las proyectadas por Goyena en su art. 15 y son tomadas de Freitas, arts. 11 y 12. Ver Código Chileno, art. 48.

**Art. 27.** *Todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último día; y así los actos que deben ejecutarse EN Ó DENTRO de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la media noche, en que termina el último día del plazo.*

**41**—Los términos deben ser *continuos*, lo que importa decir que deben correr sin interrupción, ó que no debe haber solución de continuidad y, por lo tanto, que en los plazos quedan comprendidos los días de fiesta, ora cívica, ora religiosa.

Deben ser *completos* en favor de los interesados y—de consiguiente—siempre deben terminar en la media noche del último día del plazo, porque es en ese momento que expira su último día, según la disposición del artículo 24.

**42**—Siendo esto indudable, como lo es, es igualmente indudable que todo acto que deba ejecutarse en ó dentro de cierto plazo, se ejecuta en tiempo hábil ejecutándose antes de la media noche en que expira el último día del plazo. *Si quid ante medium noctis actum sit, dici qui præterit adscribatur...* » dice Censorio. *Itaque quidquid in his viginti quatuor horis, id est, duabus dimidiatis noctibus et luce mediâ, actum est, quasi quâvis horâ lucis actum esset.* Digesto, l. 8, § 2, *de verb. signif.*, en Pothier, Pand., tom. 2, pág. 579 y véase el art. 42 del Cód. de Chile.



**Art. 28.** *En los plazos que señalasen las leyes, ó los tribunales, ó los decretos del Gobierno, se comprenderán los días feriados, á menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así.*

**43**—Por el artículo anterior inmediato quedó ya establecido que todo plazo será continuo, lo que vale decir que se comprenderán en él los días de fiesta. Y bien, el presente dispone que esta regla regirá en los plazos que acordasen las leyes, los tribunales, ó los decretos del gobierno, siempre que no se expresase que el plazo señalado sea de días hábiles, es decir, de días en que puedan practicarse diligencias judiciales.

**Art. 29.** *Las disposiciones de los artículos anteriores serán aplicables á todos los plazos señalados por las leyes, por los jueces, ó por las partes en los actos jurídicos, siempre que en las leyes ó en esos actos no se disponga de otro modo.*

**44**—Déjase, pues, salva da á los particulares, á las provincias cuando dictan leyes en ejercicio de su capacidad política, ó hacen contratos en su carácter de personas jurídicas, á las municipalidades, etc., etc., la facultad de apartarse de las anteriores disposiciones del presente título; pero cuando no hubiere convenio ó disposición en contrario, regirán esas disposiciones como reglas del derecho común.

Este artículo es tomado del proyecto de Freitas, art. 15.



# LIBRO PRIMERO

## DE LAS PERSONAS

### SECCIÓN PRIMERA

#### DE LAS PERSONAS EN GENERAL

#### TÍTULO PRIMERO

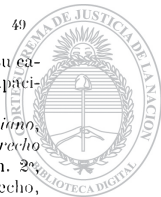
#### De las personas jurídicas <sup>(\*)</sup>

**Art. 30.** *Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, ó contraer obligaciones.*

**45**—Ser susceptible ó tener aptitud para ser sujeto del derecho, es lo que constituye la persona. Por eso se dice con razón que todo derecho es siempre y ante todas cosas personal. Si la aptitud para ser sujeto del derecho es la característica de la persona, es evidente que ser persona y tener incapacidad absoluta de derecho, son términos contradictorios. De aquí se

---

(\*) Se usa de la expresión *persona jurídica*, como opuesta á la persona natural, es decir, al individuo, para mostrar que ellas no existen sino con un fin jurídico. Otras veces se empleaba la expresión *personas morales*, denominación impropia, porque nada tiene de común con las relaciones morales. Los romanos no tuvieron ningún término genérico aplicable á todas las personas jurídicas. Para designarlas en general decían que ellas representaban una persona: *hæreditas personæ vice fungitur sicuti municipium*, L. 22, Dig. *De fidejus.* — Del *bonorum possessor*, decía igualmente, *vice hæredis est*, L. 2<sup>a</sup> Dig. *De bonorum possessor.*—En todos los Códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llama personas morales, á pesar de que necesariamente tienen que disponer sobre el Estado, Municipalidades, Corporaciones, Establecimientos públicos,



deduce que cuando la ley reconoce en un ente su calidad de persona, jamás puede afectarlo de incapacidad absoluta de derecho.

Véase Ortolan *Instituciones del Emp. Justiniano*, Parte 1ª, tit. 1ª, *De las personas*; Maynz, *Derecho Romano*, § 96; Savigny, *Derecho Romano*, tom. 2ª, § 60; Ahrens, *Derecho Natural*, Noción del Derecho, Cap. 3, § 1ª, Edic. de París, 1853.

**Art. 31.** *Las personas son de una existencia ideal ó de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, ó contraer las obligaciones que este Código regla, en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad ó incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados les conceden ó niegan las leyes.*

**46**—No hay sino dos clases de persona: la real y verdadera, que es el individuo de la especie humana,

---

etc. El Código de Austria, en su primera parte sobre el derecho relativo de las personas, solo en dos artículos, el 26 y 27, indica esas personas, refiriéndose á las municipalidades y á las sociedades autorizadas ó no autorizadas. El Código de Prusia contiene un largo tratado sobre las sociedades en general y sobre las corporaciones y municipalidades en particular. El de Luisiana concluye el primer libro con sólo un título sobre las corporaciones. Unicamente el Código de Chile contiene un título *De las personas jurídicas*; pero, en él, hay un error tan grave que destruye toda la importancia que debía prometerse de su ilustrado autor. Los jurisconsultos franceses y españoles no se ocupan de las personas morales; pero en Savigny se encontrará extensamente tratada la materia (Tom. II del *Derecho Romano*). De él ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que proyecta, al cual seguimos á la letra.



y la de creación puramente jurídica, que es el individuo ideal, revestido de la capacidad jurídica que le atribuye la ley.

La capacidad ó incapacidad de las personas, ya sea de las de existencia visible, ya de las de puramente ideal, de que habla nuestro artículo, abraza la capacidad *de hecho* y *de derecho* y la incapacidad también *de hecho* y *de derecho*, tal como queda recordado bajo los artículos 6 y 7.

No entra en la índole de nuestro trabajo examinar la cuestión de si la capacidad *de derecho* de las personas depende exclusivamente de la ley, ó si es superior á ella por tener su fundamento en la naturaleza humana. Otro es el terreno de esta cuestión, de fácil solución.

---

**Art. 31.** Como en un Código Civil no se trata sino del derecho privado, la capacidad artificial de la persona de existencia ideal sólo se aplica á las relaciones de derecho privado, y no á las de derecho público. Comúnmente, en el dominio del derecho público, ciertos poderes no pueden ejercerse sino por una reunión de personas ó una unidad colectiva. Considerar una unidad semejante, por ejemplo, un tribunal de justicia, como persona de existencia ideal, sería errar en la esencia de la constitución de la persona jurídica, porque á esos seres colectivos les falta la capacidad de poseer bienes como tales, de adquirir derechos y contraer obligaciones con los particulares.

**Art. 32.** *Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, ó contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, ó personas jurídicas.*

**47**—El derecho presupone la persona: donde está la persona está el derecho; y como no hay sino dos clases de personas, la visible y la puramente ideal,—

art. 31,—es natural que el sujeto del derecho de que se trate, que no sea una persona de existencia visible, necesariamente tiene que ser una persona moral ó jurídica: un sér incorpóreo.

**Art. 33.** *Las personas jurídicas, sobre las cuales este Código legisla, son las que, de una existencia necesaria, ó de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes:*

- 1ª *El Estado;*
- 2ª *Cada una de las provincias federales;*
- 3ª *Cada uno de sus municipios;*
- 4ª *La Iglesia;*
- 5ª *Los establecimientos de utilidad pública, religiosos ó piadosos, científicos ó literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros, y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado.*

**48**—Después de la extensa nota que nuestro sabio codificador ha escrito referentemente á este artículo y al siguiente inmediato, no resta sino recordar al lector que Savigny,—en su obra sobre Derecho Romano, tom. 2º,—estudia detenidamente el punto con







la ilustración que le distingue; pero debe observarse que nuestra ley requiere, para la constitución ó existencia de las asociaciones en su calidad de persona jurídica: 1º que tengan por sus estatutos capacidad para adquirir bienes; 2º que posean patrimonio propio.

No les prohíbe que reciban asignaciones del Estado, con las cuales provean al desenvolvimiento de su acción que asegure sus fines, sino que subsistan *exclusivamente* de ellas, lo cual es consecuente con la condición legal de *que posean patrimonio propio* que baste para su existencia.

**Art. 34.** *Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus Provincias ó Municipios, los establecimientos, corporaciones ó asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior.*

**49**—Con esta decisión de nuestro artículo quedan zanjadas las complicadas cuestiones que han dividido siempre así á los jurisconsultos como á las cortes de justicia. Desde que los estados extranjeros, sus provincias, municipalidades y corporaciones son reconocidas con la personalidad jurídica que les atribuye la ley de su constitución, siempre que llenen las condiciones requeridas por el art. 33, podrán obrar en la República en el campo de sus fines lícitos, con los poderes y por medio de los agentes ó representantes acordados por sus estatutos.

Es útil tener presente la larga nota que el Dr. Story

escribe respecto de las *Corporaciones* en su obra sobre «*Conflicto de las leyes*», n. 105, nota A.

**Arts. 33 y 34.** El Cód. de Chile, en el título *De las personas jurídicas*, no reconoce como tales al Fisco, á las municipalidades, á las iglesias, á las comunidades religiosas, ni á las sociedades anónimas, por la razón de ser regidas por legislaciones especiales, ó ser personas del derecho público. Freitas combate la doctrina y las resoluciones del Cód. Chileno, diciendo que debe reconocerse la soberanía del derecho civil, siempre que se trate de bienes, de su posesión y dominio; que un Estado extranjero puede verse en el caso de demandar á un individuo en su domicilio por obligaciones ó créditos á su favor, sin poder llevar el negocio por la vía diplomática. Desde que se reconoce que las mismas obligaciones que se forman entre particulares pueden formarse entre un Estado y un particular, es forzoso admitir que los tribunales deben administrar justicia, sin distinción de personas. Los Tribunales franceses están declarados competentes para juzgar las cuestiones civiles entre el Gobierno y los simples particulares, lo que no puede explicarse sin admitir la misma personalidad jurídica creada para las asociaciones de interés público.

Para sostener los dos artículos contra la grande autoridad, que para con los jurisconsultos debe gozar el Cód. de Chile, creo que debe decirse algo más.

En nuestra República no puede haber duda alguna en la materia. La Constitución Nacional ha creado una Suprema Corte de Justicia, ante la cual el Estado, en cuestiones con los particulares, debe demandar sus derechos, y ante la cual también puede ser demandado, previa autorización del Congreso. La misma Corte de Justicia es el tribunal competente en las cuestiones civiles de una Provincia con otra, ó entre un Estado y las personas particulares. Por consiguiente, el Estado y las Provincias son personas civiles, personas jurídicas, desde que no son personas individuales, y pueden estar en juicio sobre sus bienes, ó sobre sus derechos á la par de los particulares. Además, las leyes de la Nación reconocen en los Estados derechos exclusivos sobre bienes y territorios, y los distinguen de las propiedades nacionales. Las leyes provinciales, por otra parte, clasifican y determinan los bienes que sean municipales, distintos de los bienes del Gobierno del Estado, residiendo el dominio y la administración en las respectivas municipalidades.

Y este derecho no es nuevo; era el derecho administrativo del Imperio Romano, que en mucha parte ha llegado hasta nosotros. En Roma, el Fisco podía ser demandado ante los jueces ordina-





**Art. 35.** *Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes ó estatutos les hubiesen constituido.*

**50**—Las personas jurídicas son una creación del derecho: son una individualidad ideal que no se con-

rios. Mil leyes sobre sus privilegios en los juicios demuestran que el Estado era considerado como persona civil, capaz de adquirir bienes y contraer obligaciones con los particulares. Las causas fiscales tenían el beneficio de ser juzgadas en presencia del abogado fiscal (\*). En los juicios, el Fisco no podía ser condenado á pagar intereses (\*\*). Cuando el Fisco demandaba no se le podía oponer la compensación sino cuando la suma era debida por la misma oficina que demandaba (†). Los jueces no podían, en las cuestiones fiscales, obligar al Fisco á dar fianzas, porque siempre se le presumía solvente (‡), y varios otros privilegios, como el de la restitución de la sentencia. En cuanto á las municipalidades, en Roma como en los pueblos modernos tenían bienes propios que no pertenecían al Fisco del imperio, y que administraban con absoluta independencia de los Emperadores. Serrigny, en su grande obra sobre el Derecho Administrativo del Imperio Romano, al tratar de los bienes de las municipalidades, principia el capítulo 8 de esta manera: « Desde la más remota antigüedad las municipalidades han formado personas morales ó jurídicas, y en esta calidad han sido reconocidas capaces de adquirir y poseer bienes. »

Quando Roma, por la conquista, se anexaba un Estado, ordinariamente le dejaba su régimen particular, contentándose con sólo imponerle algunas cargas. Esto no inquietaba al despotismo imperial. El Derecho Romano reconocía en las municipalidades una persona moral capaz de adquirir bienes y contraer

(\*) *Quod sine avvocato pronunciatum sit, Divus Marcus rescrescit, nihil esse actum.* L. 7, Dig. De jure fisci, y L. 3. § 9, eodem tit.

(\*) *Fiscus ex suis contractibus usuras non dat.* L. 17, § 45, Dig. De usuris, L. 6, De jure fisci.

(†) *Et senatus censuit et sepe rescriptum est. compensationi in causa fiscali ita denum locum esse, si eadem statio quid debeat qua petit.* L. 1, Cod. De compensat.

(‡) *Nec solet fiscus satidare.* L. 1. § 18, Dig. Ut Legat.



funde, ni se identifica con las individualidades de existencia visible que la constituyen. Cualquiera que sea

obligaciones (\*). El ejercicio de las acciones municipales se hacía bajo el nombre de un actor ó síndico elegido por la Curia. La ley permitía el embargo de los bienes de los deudores á una municipalidad; y á su turno, si una municipalidad era condenada, el acreedor podía hacerse dar la posesión de bienes municipales, y obtener un decreto para hacerlos vender (\*). Esto prueba que los bienes de las municipalidades pertenecían á una persona igual á las demás en razón de sus bienes, derechos y obligaciones.

Respecto á la Iglesia, podemos decir que después de la Constitución de Constantino, en 321, por la cual cada iglesia ó asamblea católica adquirió la capacidad de recibir bienes de las disposiciones testamentarias de toda persona, llegó ella á ser una persona jurídica (\*). No tenía ninguna dependencia del Estado en la administración de sus propiedades (\*), y estuvo siempre exenta de las contribuciones directas, derecho que ha regido en España hasta el siglo pasado. Poco importaba, pues, que, como iglesia espiritual, estuviera sujeta á otra legislación, si en cuanto á sus bienes y á las relaciones de derecho sobre ellos con los particulares, debía necesariamente reconocer la autoridad del derecho civil. En Roma abundaban los establecimientos de beneficencia: hospicios para los recién nacidos, para los huérfanos pobres, para los ancianos, para alimentar á los indigentes inválidos, para viajeros pobres, hospitales para curar enfermos, etc., etc. Ninguno de los establecimientos de beneficencia existentes en la época actual, dice Serrigny, era desconocido de los romanos: y todos eran considerados como personas jurídicas, con capacidad de poseer y adquirir bienes (\*). Las asociaciones, corporaciones ó establecimientos públicos, podían, á ejemplo de las municipalidades, poseer bienes, tener una caja y un síndico para administrarlos y representarlos en todos los actos de la vida civil (\*\*). En otros términos, estas corporaciones, continúa el autor citado, constituían una persona moral, enteramente distinta de los miembros que la componían. La consecuencia de la personalidad de una corporación era que lo que ella debía no era debido por los individuos que la componían, y, recíprocamente, que lo que se le debía no era debido á ninguno de sus miembros (\*\*).

(\*) L. 1 y 2, Dig. *Quod cuiusq. univ.*

(\*) L. 8, id. y L. 1 y 2, Dig.

(\*) *Habent unusquisque licentiam sanctissimo catholico, venerabilique concilio decedens bonorum quod obtulerit, relinquere.*

(\*) Véase Serrigny, cap. 5.

(\*) Lib. 2, Tit. 6, § 1002.

(\*) L. 1, § 1, Dig. *Quod cuiusq. univ.*—Serrigny, § 1003.

(\*) *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent.* L. 7, § 1, Dig. eod.



la ficción, la ley no alcanza á identificar una creación suya con los seres de la especie humana, y es imposible para acordarles la razón, la voluntad y la libertad que son absolutamente indispensables para ejecutar actos jurídicos y entrar en relaciones de derecho ya sea con personas de su misma clase, ya con las de existencia visible. Están afectadas, consiguientemente, por su naturaleza, de *incapacidad absoluta de hecho*, porque carecen de las facultades ó atributos indispensables para obrar *por sí mismas*; y, por consiguiente, sólo pueden actuar por intermedio de los representantes que les hubieren constituido sus cartas ó estatutos. Véase Savigny, tom. 2, § 90; Pothier, II, 28, n. 49.

Oportunamente veremos que una de las principales y naturales consecuencias de la falta de razón, voluntad y libertad en las personas de creación puramente jurídica, es el que no puedan ser responsabilizadas por delito, ni por acción criminal, ni civilmente por indemnización de daños.

-----

**Art. 35.** Para realizar la idea de la persona jurídica era necesario crear una representación que remediase de una manera artificial su incapacidad de obrar; pero solamente en el dominio del derecho de los bienes. Muchas veces las personas jurídicas son creadas para otros fines más importantes que la capacidad de derecho privado, y entonces los órganos generales de las personas jurídicas los representan al mismo tiempo en la materia de derecho privado. Cuando se da por fundamento necesario de la representación artificial la incapacidad natural de obrar á la persona jurídica, que es un sér ideal, debe esto entenderse literalmente. Mas de un autor se figura que un acto que emanasen de todos los miembros de una corporación debía considerarse como acto de la corporación misma, y que la representación no ha sido introducida sino á causa de la dificultad de traer á todos los miembros de la corporación á una comunidad de voluntad y de acción. Pero en realidad, la totalidad de los miembros que forman una corporación difiere esencialmente de la corporación misma, y aunque los miembros de ella, sin excepción algu-



**Art. 36.** *Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios.*

**51**—Las personas jurídicas están,—por su propia naturaleza,—afectadas de incapacidad *absoluta* de hecho y, por lo tanto, no pueden obrar por sí mismas, sino indispensablemente por medio de sus representantes, dados por sus estatutos, ó por la ley, según los casos.

Sus miembros, ni en su conjunto, ni separadamente, son la persona jurídica,—art. 39,—y no pueden, de consiguiente, obligarla con sus actos particulares ó colectivos, cuando no tienen su legítima representación. Esta conclusión reposa en el principio de que nadie puede obrar por otro sin poder suyo—art. 1195.

Los representantes de las personas jurídicas no desempeñan sino un mandato, y de aquí se deduce que los actos que en nombre de tales personas ejecutan en

---

na, se reunieran para obrar, no sería esto un acto del sér ideal que llamamos persona jurídica. El carácter esencial de una corporación es que su derecho repose, no sobre sus miembros reunidos, sino sobre un conjunto ideal. Una corporación es semejante á un pupilo, cuya tutela será ejercida por el que ha nombrado la ley. Para la formación de la persona jurídica ha debido preceder su constitución, y á ella la creación de la representación que ha de obrar, como en un banco, el directorio que ha de gobernar los intereses de la sociedad. Todos los miembros reunidos no podrán legalmente apartarse de la constitución y ejecutar actos que por ella correspondiesen al directorio del banco. La persona jurídica, pues, sólo por medio de sus representantes, puede adquirir derechos y ejercer actos, y no por medio de los individuos que forman la corporación, aunque fuese la totalidad del número. (Véase Savigny, tomo 2, §§ 90 y 96.)



los límites de sus poderes, se reputan actos de éstos, como lo declara nuestro artículo, exactamente igual á lo que rige en el mandato ordinario, respecto del cual establece el 1980 que «los actos jurídicos « ejecutados por el mandatario en los límites de sus « poderes, y á nombre del mandante, como las obligaciones que hubiere contraído, son considerados « como hechos por éste personalmente ». Y se dice, en los límites de su ministerio ó de sus poderes, porque cuando se extralimitan, sus actos no obligan al mandante—art. 1965. La razón es tan obvia como fundamental. En los actos ejecutados extralimitando poderes, el ejecutor de los actos no es mandatario, porque su mandato no llega hasta allí: es un simple tercero que obra á nombre de otro *sin poder suyo*, y, por consiguiente, sus actos caen bajo la disposición del art. 1195 que declara, que el acto no obliga á aquél en cuyo nombre fué ejecutado sin su poder, salvo que lo ratificare expresa ó implícitamente. « *Citra mandatum etiam gestum videtur hoc in quo mandatarius fines mandati excessit* ».

**52**—Cuándo se estima,—respecto de terceros,—que los mandatarios obran dentro de los límites de su ministerio, véase el art. 1968; y en cuanto á la última parte del que nos ocupa, que declara que en los casos de extralimitación, los actos de los mandatarios sólo producirán efecto respecto de ellos, ténganse presentes las distinciones y limitaciones que hacen los artículos 1965 y 1967.



**Art. 37.** *Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, ó en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato.*

**53—**Los estatutos y las cartas de su aprobación constituyen la primera regla ó sea el régimen inmediato de las corporaciones y sociedades con carácter de persona jurídica, y en ellos se encuentran ó deben encontrarse siempre consignados los poderes limitados de sus representantes; pero, puede suceder que los estatutos sean defectuosos sobre el particular, y para ese caso provee nuestro artículo declarando que la validez de los actos de tales representantes se regirá por las reglas del mandato ordinario; disposición natural y justa, porque, tratándose como se trata de los derechos é intereses de las personas jurídicas en sus relaciones civiles con otras de su clase, ó con las de existencia visible, deben estar sujetas á la ley común en todo cuanto no esté especialmente regido por sus estatutos y las cartas de su aprobación.

**Art. 38.** *Será derecho implícito de las asociaciones con carácter de personas jurídicas, admitir nuevos miembros en lugar de los que hubieran fallecido, ó dejado de serlo, con tal que no excedan el número determinado en sus estatutos.*

**54—**Esta disposición provee á la conservación de las personas jurídicas en la integridad de sus miem-





bros con arreglo á sus estatutos, decidiendo que es un derecho implícito de las asociaciones la admisión de nuevos miembros en reemplazo de los que hubieren fallecido, ó dejado de ser tales miembros por renuncia, destitución ó cesación, etc.

Este derecho corresponderá á la asamblea cuyo voto importe decisión obligatoria para todos los asociados, según las provisiones de sus estatutos, debiendo, en su defecto, ajustarse á las reglas que son comunes en los cuerpos colegiados.

Si los estatutos ó las cartas de su aprobación determinan el número de miembros de que no sea dado exceder, es por demás claro que no pueda admitirse á nadie más allá de ese número, porque siendo los estatutos la ley de la asociación serían ineficaces los actos ejecutados contra sus disposiciones prohibitivas ó limitativas.

**55**—Téngase presente el siguiente principio, con el que más de una vez han sido sostenidos con suceso los derechos de ciertas corporaciones:—Para la constitución de una corporación voluntaria se hace necesario el consentimiento de tres miembros cuando menos. Una vez constituida, continúa aun con un miembro sólo.

« Neracio piensa que tres personas bastan para « fundar un colegio (corporación) y es necesario « ajustarse á su opinión ». Ley 85, *de verb. signif.* Digesto.

« 3º En el orden de los decuriones, ó en toda « otra comunidad es indiferente que se conserven en « ella los mismos miembros, que una parte haya sido « cambiada, ó aun el todo ».

« Pero si la comunidad está reducida á uno sólo « de sus miembros, él podrá perseguir, ó ser perse-



« guido á nombre de la comunidad, porque ella no  
« está totalmente destruida y todos sus derechos sub-  
« sisten en uno de sus miembros ». L. 7, § 2.

Véase Pandectas por Pothier, lib. 3, tit. 4, art. 1º;  
Savigny, *Derecho Romano*, tom. 2, § 89; Sala, *Diges-  
to Romano Español*, tom. 1º, lib. 3, tit. 4.

He aquí el texto latino de los pasajes del Digesto:

« *Neratius-Priscus tres facere existimat collegium;  
« et hoc magis sequendum est* ».

« *Hinc, 3º: « in decurionibus, vel aliis universita-  
« tibus, nihil refert utrum omnes iidem maneant, au  
« piers maneat, vel omnes immutati sint* ».

« *Sed si universitas ad unum redit, magis admi-  
« ttitur posse aum concenire vel conceniri: cum jus  
« omnium in unum reciderit, et stet nomen univer-  
« sitatis* ».

**Art. 39.** *Las corporaciones, asociaciones, etc., serán  
consideradas como personas enteramente  
distintas de sus miembros. Los bienes  
que pertenezcan á la asociación, no perte-  
necen á ninguno de sus miembros; y nin-  
guno de sus miembros, ni todos ellos, están  
obligados á satisfacer las deudas de la  
corporación, si expresamente no se hubie-  
sen obligado como fiadores, mancomunados con ella.*

**56**—La persona jurídica es una creación del dere-  
cho, es un individuo ideal substancialmente distinto  
de cada individuo y de todos los individuos de la  
especie humana que son miembros de la asociación  
ó corporación. La ley no puede sino reconocer esta



verdad de la naturaleza, porque con su alteración sería imposible, no sólo en el campo de la ciencia jurídica, sino aun de hecho, la existencia de las personas morales: á cada momento se encontrarían heridas de muerte por los actos de cada uno de sus miembros, ó á consecuencia de ellos. Los bienes, por consiguiente, que pertenezcan á la asociación, no pertenecen á ninguno de sus miembros, á menos que por el título de adquisición ó por algún otro acto se cree entre ellos comunidad de derechos. Véase Savigny, *Derecho Romano*, tom. 2º, § 91. Son dos personas absolutamente distintas: lo que es de la una no es de la otra, y lo que debe la una no debe la otra, si no hay una causa legal que cree entre ellas mancomunidad de derechos ó de obligación, sea simple, sea solidaria, del propio modo que entre dos personas de existencia visible. Dedúcese de esto que, el acreedor de la asociación ó sea de la persona ideal no puede exigir el pago de su crédito á ninguno de los miembros de ella, ni á todos tomados en conjunto, si no mediere una causa que los hiciesen responsables como fiadores, como simples mancomunados, ó como deudores solidarios.

El Código de Chile dice sobre el particular lo siguiente, que es conforme con el nuestro:

Art. 519. « Lo que pertenece á una corporación, « no pertenece ni en todo ni en parte á ninguno de « los individuos que la componen; y recíprocamente « las deudas de una corporación no dan á nadie « derecho para demandarlas, en todo ó en parte, á « ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios « de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.

« Sin embargo, los miembros pueden, *expresándolo*, obligarse en particular, al mismo tiempo que



« la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria, si se estipula expresamente la solidaridad »....

En el derecho de las Pandectas se establece:

« Estos cuerpos ó comunidades son estimadas en derecho como una persona diferente de todas aquellas que la componen ».

« De aquí procede: 1º Si una ciudad ó una comunidad nombra un agente, no se estima nombrado por varios particulares, y obra por la ciudad ó comunidad y no por cada miembro individualmente de la una ó de la otra ». Dig. l. 2. *de verb. signif.*

« 2º Las deudas de una comunidad, sean activas ó pasivas, no son de cada uno de sus miembros ». L. 7, § 1.

**Art. 40.** *Los derechos respectivos de los miembros de una asociación con el carácter de persona jurídica, son reglados por el contrato, por el objeto de la asociación, ó por las disposiciones de sus estatutos.*

**57**—Para reglar los derechos que correspondan á los miembros entre sí de una corporación ó asociación que tenga el carácter de persona jurídica, hay las siguientes fuentes:

El contrato que hubieren hecho al objeto de crear la corporación;

Las disposiciones de sus estatutos aprobados;

El objeto de la asociación.

Si por el contrato ó por los estatutos se dispone sobre los derechos respectivos de los miembros de



la asociación, sus disposiciones deben ser cumplidas, siempre que no fueren contrarias á la ley, á la moral, ó á las buenas costumbres, porque las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla á la cual deben someterse como á la ley misma—art. 1231; pero, si el contrato y los estatutos no fuesen suficientes para determinar los derechos de la referencia, se recurrirá al objeto de la asociación como medio para establecerlos con sujeción á la intención ó voluntad presumida de las partes.

No sería raro que en alguno de los casos prácticos que ocurrieran fueran útiles las reglas de los artículos 723 y 751, como análogas.

**Art. 41.** *Respecto de los terceros, los establecimientos ó corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias ó legados por testamentos, donaciones, por actos entre vivos, crear obligaciones é intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles ó criminales.*

**58**—Es natural y responde á los objetos de su constitución, el que las personas de pura creación jurídica tengan, por regla general, la misma capacidad de derecho que los particulares para la adquisición de bienes, su posesión, constitución de servidum-



bres, aceptación de herencias, legados, donaciones, por actos entre vivos, ejercicio de las acciones civiles y criminales que les correspondan según los actos jurídicos ó los hechos de que procedan, compatibles con su capacidad de derecho, según su naturaleza peculiar.

La designación que nuestro artículo hace de los derechos que aquellas personas pueden adquirir y de los actos jurídicos que pueden ejecutar, no es limitativa, sino simplemente demostrativa ó por vía de ejemplo, y—por consiguiente—debe decirse, á imitación del artículo 53, que, las personas jurídicas pueden ejecutar todos los actos, adquirir los derechos y crear todas las obligaciones que no les estuviesen prohibidas por sus estatutos, ó por la ley, ó que no fuesen incompatibles con el carácter ó naturaleza de su personalidad y el fin de su institución. Y así, pueden aceptar ó constituir hipotecas y prenda; hacer cesión de derechos; recibir las cosas ajenas, ó dar las suyas en locación, *et cetera, et cetera*. Véase Savigny—tomo 2.º, §§ 91 á 96.

**59—***Constituir servidumbres reales*, dice nuestro artículo, porque el Código no autoriza las servidumbres llamadas *personales*, según la nota de nuestro ilustre codificador al art. 3006, bien que hay poca consecuencia en definir en el cuerpo de la ley la naturaleza de un acto jurídico ó de un derecho que, según la misma ley, no puede ni debe existir, como lo veremos bajo aquel artículo.

**60—***Recibir usufructos de las propiedades ajenas*, —agrega nuestro artículo.—¿Y el uso? ¿Querrá la ley—al designar el usufructo—decir que las personas jurídicas no pueden recibir el uso de las propiedades ajenas? Ya hemos dicho que el artículo no es limitativo,



sino simplemente demostrativo cuando hace designación de los actos que pueden ejecutar y derechos que pueden adquirir aquellas personas y, por consiguiente, no es con argumentos fundados en la cualidad limitativa del texto que puede negarse á las personas jurídicas su capacidad para adquirir el derecho real de *uso*.

Es en otro terreno y con otros elementos de juicio que debe resolverse esta cuestión.

El uso es un derecho real que tiene por medida las necesidades del usuario, y consiste en el uso propio y personal del titular; de lo que se deduce que no es aplicable á las personas jurídicas. « *El uso y la habitación se limitan á las necesidades personales del usuario. . . .* » dice el art. 2987 de nuestro Código, acerca de lo cual la ley 20, tit. 31, part. 3.<sup>a</sup>, se expresa así:—« *E de tal otorgamiento como este (el « uso ) non se puede apronechar del tan lleneramente, a aquel á quien es fecho, como del usufruto. Porque « este que ha el uso tan solamente, non puede esquilmar la cosa, si non en lo que oviere menester ende « para su despesa. . . .* »; y así, quien tuviere el uso de una huerta, no puede tomar de la fruta ú hortaliza sino solamente « *lo que oviere menester para comer el, é su compañía; . . .* » dice la misma ley.

Las necesidades personales del usuario son, pues, el objeto inmediato y la medida del uso y—por consiguiente—no puede aplicarse este derecho á las personas de existencia puramente ideal. Esta es la conclusión á que lógica y espontáneamente conduce el carácter ó sea la naturaleza de mera ficción de las personas jurídicas. Es la razón fundamental que hace decir á Savigny que « el *uso* no es aplicable á las personas jurídicas, porque consiste en el uso propio y personal del titular. »—Tomo 2, § 91 de su obra sobre el *Derecho Romano*.



**61**—Desde que las personas jurídicas pueden ejecutar todos los actos jurídicos y adquirir todos los derechos que no les estuviesen prohibidos por la ley, por sus estatutos, ó por incompatibilidad con la naturaleza ó fin de su institución, ó con su carácter de persona jurídica, es natural que pueda intentar acciones civiles para la defensa, conservación, ó recuperación de sus derechos, porque lo contrario importaría—*de hecho*—su incapacidad para adquirir bienes, porque adquirirlos y no poder defenderlos es un contra sentido.

En cuanto á las acciones criminales, no es dudoso que pueden deducirlas en la medida de su capacidad de derecho. Pueden acusar criminalmente al estafador, al ladrón de sus bienes, porque estos delitos son contra las cosas; pero no pueden acusar por calumnia—por ejemplo—porque no poseen las calidades personales indispensables para la existencia de este delito. La ley ha podido darles una personalidad ideal con facultad de adquirir bienes; pero su poder no alcanza á darles las calidades morales sin las cuales no existen ni pueden existir la propia estimación, el honor, el buen nombre que fueran el blanco de una falsa imputación de delito. Véase Savigny—§ 94 y 95 y lo que decimos bajo el art. 43.

---

**Art. 41.** Las consecuencias de este artículo son sumamente importantes y graves. Por él, la Iglesia y las corporaciones religiosas, entre otras facultades, tienen la de poder heredar, recibir donaciones y adquirir propiedades raíces, sin intervención alguna de los gobiernos. Todo lo que á este respecto se ha dicho y hecho desde el siglo pasado ha sido por un espíritu irreligioso, ó con la mira de someter absolutamente á las iglesias al poder temporal, aun cuando se quebrantaran los derechos individuales y la libre disposición de los bienes por los propietarios de ellos. Si el permiso á la Iglesia católica de heredar y de adquirir bienes, que el emperador Constantino le dió en 321, le ha importado más que la dudosa cesión del gobierno de Roma, como se ha dicho; si los pueblos han sido arruinados por haber pasado casi todos los bie-





**Art. 42.** *Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes.*

**62**—La persona jurídica es una individualidad que en general—goza de los mismos derechos que las personas naturales, pudiendo, como dice el art. 41—adquirir bienes, tomar y conservar su posesión, gravarlos, recibir herencia, legados, obligarse en favor de terceros, y, para decirlo de una vez, entrar en relaciones de derecho ya con otras personas de su clase, ya con las personas de existencia visible, en todo lo que de alguna manera no le esté prohi-

---

nes raíces al poder de la Iglesia, esos males, en verdad, no han procedido de la capacidad legal de la Iglesia para adquirir bienes, sino de las creencias de los pueblos, del fanatismo religioso, de un orden de ideas y de una civilización enteramente diferente de la actual. Así vemos hoy en Inglaterra y en los Estados Unidos que las iglesias católicas y las congregaciones protestantes tienen, como los particulares, la facultad de adquirir y poseer bienes raíces, sin que los bienes territoriales se degraden, y sin que esa facultad traiga una acumulación de bienes raíces en las personas que se han llamado manos muertas. En la República misma vemos comunidades religiosas con capacidad de adquirir bienes raíces, que serían muy felices si lograran siquiera vivir de sus rentas. Si la existencia de la Iglesia es conveniente y necesaria, no vemos razón alguna para privarle ó limitarle los medios de su propia conservación. El Código de Chile adopta un término medio, permitiendo á las iglesias la adquisición de bienes raíces por sólo el término de cinco años, á cuyo plazo deben enajenar los que hubiesen adquirido por compra ó donaciones que se les hubiere hecho. Diremos, en fin, con Savigny, que si la legislación de algunos países ha restringido la adquisición de las corporaciones de manos muertas, esas restricciones nunca han hecho parte del derecho común. Puede, por lo tanto, sostenerse el artículo, sin perjuicio de que una ley especial limite, cuando fuere oportuno, la capacidad legal de la Iglesia para adquirir bienes raíces.

Sin embargo de haberse reconocido á las iglesias la capacidad



bido ; y como los actos que sus representantes legales ejecutan en los límites de su ministerio se reputan actos de las personas jurídicas, es natural que puedan ser demandadas por acciones civiles del mismo modo que puede ser demandada una persona natural que ha contraído obligaciones por medio de sus mandatarios ; pero, sólo pueden ser demandadas por acciones civiles que *no nazcan de delito*, porque las que proceden de éste no pueden ser deducidas contra las personas jurídicas, como lo veremos bajo el artículo siguiente.

Desde que una comunidad es una persona á los ojos del derecho, se sigue que hay acciones para y contra una comunidad :—y así, desde que el pretor

---

de adquirir bienes, el dominio de éstos ha traído cuestiones que sólo están resueltas por el derecho de Justiniano. ¿Sobre qué reposa el derecho de propiedad? Los dioses del paganismo eran representados como seres individuales, semejantes al hombre. Nada, pues, más natural que atribuir bienes á cada divinidad. Considerar como persona jurídica un templo determinado, consagrado á una divinidad, era seguir el mismo orden de ideas. La Iglesia católica, al contrario, reposa sobre la fe de un sólo Dios, y sobre la comunidad de fe en este sólo Dios y en su revelación está fundada la unidad de la Iglesia; así es que ordinariamente se atribuye la propiedad de los bienes eclesiásticos ya á Jesucristo, ya á la Iglesia cristiana, ó ya al Papa como á su jefe visible. Más reflexionando sobre la generalidad de este punto de vista, él no puede entrar en el dominio del derecho privado, y es preciso admitir la pluralidad de personas jurídicas para los bienes de las iglesias. La aplicación de este sistema la encontramos en una ley de Justiniano (L. 27, Cód. *De Sacros Eccl.*)—« Si un testador instituye á Jesucristo por heredero, se entiende, dice el Código, que es á la iglesia del lugar que aquél habita. Si instituye por heredero á un arcángel ó á un mártir, la sucesión corresponde á la iglesia consagrada al arcángel ó al mártir, en el lugar de su domicilio, y en su falta, á la que exista en la Capital de la Provincia. Si en la aplicación de esta regla hubiese alguna duda, entre muchas iglesias, se prefiere aquella á la cual el testador tenía devoción particular, y faltando esta circunstancia, á la más pobre». (L. 26, Cód.



acuerda el ejercicio de las acciones á un cuerpo de ciudad, ha debido igualmente acordar contra él. Pienso que un diputado que ha hecho gastos para los negocios comunes, debe tener acción contra el cuerpo de la ciudad para ser reembolsado de ellos :—« *Sicut municipum nomine actionem praetor dedit, ita et adversus eos justissime edicendum putavit. Sed et legato qui in negotium publicum sumptum fecit, puto dandam actionem in municipes* ». L. 7,—*de collegiis et corporib.*—Dig.

Si tú y una ciudad tenéis derechos á una herencia, tú y la ciudad tenéis entre vosotros la acción *familiae eriscunda*. Lo mismo debe decirse respecto á

*De Sacros Eccles*). El sugeto, pues, de la sucesión podía ser una parroquia determinada. Puede decirse, por lo tanto, que en el Derecho Romano, ni la Iglesia en general, ni la Iglesia episcopal, tenían la propiedad de los bienes eclesiásticos ó de los bienes de cada diócesis.

Las fundaciones piadosas tienen mucha analogía con los bienes destinados á la Iglesia. Elas comprenden los establecimientos para socorrer á los pobres, á los enfermos, á los peregrinos, á los ancianos, huérfanos, etc. Así, cuando un establecimiento de este género tenga el carácter de persona jurídica, debe ser tratado como un individuo. Las constituciones de los emperadores cristianos los reconocían como personas jurídicas. Si un testador instituya como herederos ó legatarios á los pobres en general, esa disposición era nula, porque el derecho prohibía instituir una persona incierta. Pero Justiniano interpretaba el testamento de la manera siguiente: en el caso supuesto, la sucesión correspondía al hospicio que el testador tenía en mira: si había duda sobre este punto, la sucesión ó legado correspondía al hospicio del lugar de su domicilio; si no lo había, á la iglesia del lugar, con el cargo de consagrar los bienes al alivio de los pobres. Así, también, si un testador instituya por herederos á los cautivos, la sucesión pertenecía á la iglesia del lugar de su domicilio, con el cargo de emplear los bienes en rescate de los cautivos. (L. 49, Cód. *De Epis.*)

Por consiguiente, las fundaciones podían tener, las unas respecto de las otras, respecto del Estado, de las municipalidades y de las iglesias mismas, multitud de relaciones de derecho, que implican necesariamente su individualidad.



los límites de las tierras y al derecho de impedir á la ciudad hacer correr el agua sobre un terreno vecino:—ley 9.

Y como los bienes de las personas son la garantía común de sus acreedores, no hay ni en la ciencia, ni en el campo de la justicia nada que se oponga á que pueda hacerse ejecución en los bienes de las personas jurídicas, como lo resuelve nuestro artículo.

**Art. 43.** *No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales ó civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, ó sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.*

**63**—La ley ha podido dar á la persona puramente ideal,—que es obra suya,—toda la capacidad de derecho que la hiciese apta para la realización de sus fines, pero no ha podido darle lo que está fuera de toda posibilidad, como son las facultades intelectuales con que se tiene la noción y la conciencia de lo bueno y de lo malo, de lo lícito y de lo ilícito, sin lo que no es dado hacer á nadie pasible de responsabilidad. Por consiguiente, está en la esencia de las cosas el que no pueda ejercerse contra una persona jurídica acción alguna criminal, ni la civil procedente de delito para la indemnización de daño, porque tal persona que no comete, ni puede cometer jamás delito, ni participar en su ejecución, física ni moralmente, como ejecutor ó como cómplice, no puede ser pasible de pena, ni responsable de las consecuencias del hecho delictuoso.

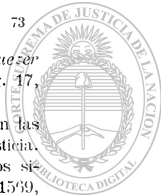
**64**—Son sólo sus agentes ó representantes, en su



calidad de personas de la especie humana ejecutoras ó cómplices en el delito, los que deben sufrir la pena y responder de los daños é intereses. Sólo en el caso que la persona jurídica hubiese enriquecido en mucho ó en poco en razón del delito, ó del fraude de sus administradores, debe devolver aquello con que enriqueció indebidamente, y para esto puede ser demandada civilmente. La responsabilidad de la persona jurídica no procede, en tal caso, del delito, sino *del hecho* de haber enriquecido indebidamente con daño ó perjuicio de tercero. Es este un principio fundamental de justicia del que no está, ni hay razón para que esté exceptuada la persona jurídica; y para la reclamación del caso, no es la acción civil nacida del delito la procedente, sino la nacida del *hecho* de haber beneficiado con daño de otro, conocida en el derecho romano con el nombre *de in rem verso*, que es de origen pretoriano y está fundada en la equidad.

« La jurisprudencia había acabado por admitir—  
 « dice Ortolan,—que, en todos los casos en que una  
 « persona se encontraba haber adquirido sin justa  
 « causa el bien de otro, ó haberlo aprovechado, por  
 « un acto voluntario ó involuntario, procedente de  
 « ella ó de otro,—había lugar contra ella á una *condic-  
 « tio* para la repetición de lo que había aprovechado.  
 « —*Quia pecunia mea que ad te pervenit, eam mihi  
 « a te reddi bonum et æquum est*, dice Celso. *Quasi  
 « ex re tua locupletior factus sin*—dice Africano—  
 « *Quia ex aliena jactura lucrum quaeram*,—dice Pau-  
 « lo ».—*Instituciones de Justiniano*.—Édic. 7ª, tom.  
 3, lib. IV, tit. VII, n. 2218.

La ley 203 del Digesto, tit. 17, lib. 50, dice: «*Jure nature æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria locupletiores fieri*».



«*E aun di-xeron, que ninguno non deve enriquezer tortizeramente con daño de otro*», agrega la Reg. 17, tit. 34, part. 7<sup>a</sup>.

Son numerosas en la ciencia y en la legislación las aplicaciones de este principio fundamental de justicia. En el Código, véanse, entre otros, los artículos siguientes: 50, 197, 621, 761, 767, 769, 912, 1569, 2335, 2336, 2340, 2342.

En las Pandectas ordenadas por Pothier, Lib. XV, Art. III, se trata extensamente de la importante acción *de in rem verso*.

¿Puede responsabilizarse a una persona jurídica por razón del dolo cometido por sus representantes en el ejercicio de sus funciones? Creemos que no, por las razones que dejamos expuestas al hablar de los delitos. La disposición del art. 1751 proporciona un argumento incontestable.

---

**Art. 43.** La cuestión de si las personas jurídicas pueden ó no cometer delitos y sufrir penas, ha sido vivamente controvertida. Puede verse sobre la materia á Savigny, tom. 2, desde la pág. 310. Para nosotros, el artículo del proyecto tiene fundamentos incontestables.

El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, á un sér libre é inteligente. La persona jurídica está privada de este carácter, no siendo sino un sér abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que, en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal.

La capacidad de las personas jurídicas de poder ser demandadas no implica una contradicción, aunque toda acción supone la violación de un derecho. Esta especie de violación del derecho tiene una naturaleza puramente material: ella no interesa la conciencia en el mayor número de casos. Las acciones del derecho civil son destinadas á conservar ó á restablecer los verdaderos límites de las relaciones individuales de derecho. Teniendo, pues, las personas jurídicas la capacidad de la propiedad, esta necesi-



**Art. 44.** *Las personas jurídicas, nacionales ó extranjeras, tienen su domicilio en el lugar en que se hallaren, ó donde funcionen sus direcciones ó administraciones principales, no siendo el caso de competencia especial.*

**65**—Este artículo señala,—no siendo el caso de competencia especial,—dos lugares en que las personas jurídicas tienen su domicilio: 1° *El lugar en que se hallaren;* 2° *El lugar en que funcionen sus direcciones ó administraciones principales.*

Son los artículos 303 y 304 que el señor Freitas ha escrito en su proyecto de Código para el Brasil, citando en su apoyo á Savigny, del que transcribimos el siguiente párrafo: «Puede ser necesario

dad, la de las acciones civiles, existe respecto de ellas como respecto de las personas naturales. No hay, por lo tanto, consecuencia en decir que la persona jurídica puede sufrir por un delito, y que no puede cometerlo. Desde que la propiedad existe, ella puede ser violada cualquiera que sea el propietario, un sér de una existencia ideal ó un sér inteligente y libre.

Los delitos que pueden imputarse á las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros ó por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo ó de fin al delito. Si, pues, un magistrado municipal, por un celo mal entendido, comete un fraude con el fin de enriquecer la caja municipal, no deja de ser por eso el único culpable. Castigar la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal, que exige la identidad del delincuente y del condenado.

Los que creen que los delitos pueden ser imputables á las personas jurídicas les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. La capacidad no excede del objeto de su institución, que es el de hacerle participar del derecho á los bienes. Para esto la capacidad de los contratos es indispensable. Si las personas jurídicas tuvieran la capacidad absoluta de derecho y la de voluntad, serían igualmente capaces de relaciones de familia. Los impúberes y los dementes tienen, como las personas jurídicas, la



« asignar artificialmente á las personas jurídicas un  
« domicilio semejante ó análogo al de las personas  
« naturales, sobre todo cuando se trata de determi-  
« nar la jurisdicción á que están sometidas. En la  
« mayoría de los casos, la relación que existe entre  
« la persona jurídica y el suelo suprime toda incerti-  
« dumbre: tales son los casos de las ciudades y villas,  
« de las iglesias, de las escuelas, de los hospitales,  
« etc.; pero la incertidumbre puede existir para las  
« empresas industriales cuya explotación no se apli-  
« ca á un lugar determinado, ó abraza grandes espa-  
« cios, por ejemplo, si se trata de un camino de fierro,  
« de una navegación á vapor, ó de construir puentes  
« sobre ríos cuyas dos riberas tienen una jurisdicción  
« ó legislación diferente, algunas veces aun pertene-  
« ciendo á un mismo estado. Entonces conviene asig-

---

capacidad de derecho sin la capacidad natural de obrar. Para los unos y para los otros hay los mismos motivos de dar á esta voluntad ficticia una extensión ilimitada, y desde entonces se podría castigar en la persona del pupilo el delito del tutor, si él comete como tutor un robo ó un fraude en el interés de su pupilo. Los casos que se citan de justos castigos á ciudades, municipalidades, etc., han sido ó actos del derecho de la guerra, ó medidas políticas que nunca se hubieran sancionado por el Poder Judicial, pues en ellas siempre resultaban castigados muchos inocentes. El error del argumento nace de que regularmente los actos del mayor número de los ciudadanos de una ciudad, ó de los miembros de una corporación, pasan por ser actos de la ciudad ó de la corporación, confundiendo así la corporación con sus miembros. Por otra parte, todo delito implica dolo ó culpa, y, por lo tanto, la voluntad de cometerlo y la responsabilidad consiguiente. Desde entonces el dolo podría imputarse tanto á las personas jurídicas como á los impúberes ó dementes.

Al lado de la obligación que produce un delito nace otra del todo diferente, *obligatio ex re ex eo quod aliquem pervenit*, que se aplica á las personas jurídicas, como á los dementes ó á los impúberes. Si, pues, el jefe de una corporación comete fraude en el ejercicio de sus funciones, él sólo es responsable por el dolo; pero la caja de la corporación debe restituir la suma con que el





« nar un domicilio á la persona jurídica... » § 354,  
« tom. 8'.

Con sujeción á estas indicaciones, acogidas por el señor Freitas, él y nuestro codificador han asignado su domicilio á las personas jurídicas que tienen su asiento en un lugar determinado, en *el lugar en que se hallaren*, y en los demás casos en *el lugar en que funcionen sus direcciones ó administraciones principales*.

Armonizando con esta regla general, el inciso 3' del art. 90 establece que el domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por el gobierno, ó por las leyes, es el lugar en que está situada su dirección ó administración, si es que en los estatutos ó en la autorización no se les ha asignado un domicilio; y como uno de los casos «*de competencia especial*» á que se refiere la última parte de nues-

---

fraude la hubiera enriquecido. Es preciso no decir lo mismo de las multas que pueden imponerse en un proceso, las cuales no son verdaderas penas, sino gastos, partes esenciales del mecanismo de los procedimientos judiciales. Las personas jurídicas deben someterse á esas multas si quieren participar de los beneficios de un proceso.

Pasando á las disposiciones del derecho sobre la materia, podemos decir que muchas leyes de los Códigos Romanos confirman plenamente la doctrina que hemos expuesto. Un texto dice expresamente que la acción de dolo no puede intentarse contra una municipalidad, porque ella, por su naturaleza, es incapaz de dolo; pero que si se ha enriquecido por el fraude de un administrador, debe restituir la suma de que hubiese aprovechado. (L. 15, § 1, Dig. De Dolo.)

El poseedor de un inmueble, desposeído violentamente á nombre de una municipalidad, obtiene contra ella el interdicto de *ut si ella detiene todo ó parte del inmueble. Si ut me deiecerit quis nomine municipium, in municipes mihi interdictum reddendum Pomponius ait, si quid ad eos pervenit.* (L. 4, Dig. de vi). La expresión *municipes* designa siempre la corporación misma. Muchas otras leyes pudiéramos citar que disponen lo mismo.

tro artículo, puede recordarse el inc. 4º del citado artículo 90, que establece, que las compañías que tengan muchos establecimientos ó sucursales, tienen su *domicilio especial* en el lugar de dichos establecimientos ó sucursales, para el efecto de la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes ó representantes locales de la sociedad.

El Dr. Story dice sobre la materia del artículo que nos ocupa: «*Residencia de una corporación.*—Como « una corporación es un sér artificial é incorpóreo, no « puede estrictamente tener una localidad. No puede « decirse que reside ó que está presente en ninguna « parte en el sentido en que una persona natural reside en un lugar ó está allí presente. Pero como « los derechos y obligaciones de las personas naturales á menudo dependen de su residencia, y las « corporaciones tienen frecuentemente los mismos derechos y obligaciones, se hace necesario atribuir á « una corporación una residencia por analogía á una « persona natural. El único modo en que una corporación puede manifestar su presencia en un lugar, « es haciendo allí sus negocios. El lugar en donde « se hacen los negocios de la corporación se considera, por consiguiente, la residencia de la corporación. Pero el negocio que determina su residencia no es el tráfico ó manufactura que la « corporación hace, sino la administración y dirección « de los negocios de la corporación». *Conflicto de las leyes*, tom. 1º, n. 106, nota, A.





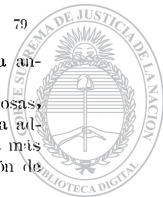
## CAPÍTULO PRIMERO

**Del principio de la existencia de las personas jurídicas**

**Art. 45.** *Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley ó por el Gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa.*

**66—**Apenas se precisa recordar que hay personas jurídicas cuya existencia es anterior al Código, como son la Nación, cada una de las Provincias, la Iglesia, etc. Su reconocimiento como tales personas es anterior á la ley ordinaria y está consagrada por la Constitución Nacional. Las demás requieren para su existencia, ó una ley que las autorice, como los municipios de nueva creación, ó una autorización del Gobierno, dada en el ejercicio de sus facultades legales. Entre las razones que fundan la necesidad de la autorización, sea de la ley, sea del gobierno, está la fundamental que consigna Savigny en los términos del párrafo que nuestro codificador copia en su nota.

Comienza la existencia de las personas jurídicas desde el día en que fuesen autorizadas por la ley, ó por el gobierno con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa; pero casos hay en que la autorización tiene efecto retroactivo, y es, cuando se trata de la autorización



legal de establecimientos de fundación de fecha anterior:—art. 47.

No debe olvidarse respecto de órdenes religiosas, que, es atribución del Congreso de la República admitir en el territorio de la Nación otra ú otras á más de las existentes á la fecha de la promulgación de la Constitución:—art. 67, inc. 20.

**Art. 45.** Independientemente de la razón política, la necesidad del consentimiento del Estado para la formación de una persona jurídica tiene su fundamento en la naturaleza misma del derecho, dice Savigny. « El hombre, por el sólo hecho de su aparición corporal, manifiesta su título á la capacidad de derecho. Por este signo visible cada hombre, como cada juez, sabe los derechos que debe reconocer, ó los que debe proteger. Cuando la capacidad natural del hombre se extiende ficticiamente á un sér ideal, falta este signo visible, y la voluntad de la autoridad suprema puede sólo suplirlo creando sugetos artificiales de derecho. Abandonar estas facultades á las voluntades individuales sería introducir una grande incertidumbre sobre el estado del derecho, á más de los abusos que podrían cometer las voluntades fraudulentas ».

Otras consideraciones políticas y económicas hacen indispensable la autorización del Gobierno para crear la persona jurídica. La extensión ilimitada de las corporaciones de diversas clases no siempre es conveniente ó indiferente á los pueblos. Puede haber conveniencia para la sociedad en evitar la acumulación de bienes en las corporaciones de manos muertas, y esto no podría conseguirse si los particulares pudieran crear á su voluntad nuevas fundaciones.

**Art. 46.** *Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales ó religiosas, según el fin de su instituto.*

**67**—El carácter de persona jurídica nace inmediatamente,—unas veces,—de la ley misma, y otras, de



la autorización del gobierno, según el artículo 45. La asociación,—cualquiera que sea su objeto y su importancia,—que no hubiere alcanzado de una u otra fuente la calidad de persona, no es sino una simple asociación, respecto de cuyos miembros entre sí y de éstos con terceros rigen las reglas del derecho común, de carácter civil ó comercial, según fuere aquélla. No hay en ella un ente ideal, distinto de todos y de cada uno de los asociados, con la capacidad de derecho que la constituya una persona.

---

**Art. 46.** Queda así á los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran, sean religiosas, de beneficencia, ó meramente industriales, sin necesidad de previa licencia de la autoridad pública, como lo exigía el Derecho Romano y el Derecho Español; pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el Código da á las personas jurídicas, creadas por un interés público: y sus miembros, en sus derechos respectivos ó en sus relaciones con los derechos de un tercero, serán regidos por las leyes generales.

**Art. 47.** *En los casos en que la autorización legal de los establecimientos fuese posterior á su fundación, quedará legitimada su existencia como persona jurídica, con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación.*

**68**—La retroactividad establecida por este artículo debe entenderse sin perjuicio de terceros, porque lo contrario importaría lastimar derechos adquiridos, que son inviolables, según el art. 17 de la Constitución. Por consiguiente, los miembros de la sociedad que se hubieren obligado con terceros, sea en razón de un acto ejecutado por todos, sea por medio de sus legítimos administradores, no quedarán liber-



tados de sus obligaciones con solo alegar que, en virtud de la retroactividad recordada, el acto ó la estipulación deben reputarse hechos por la persona jurídica y, consiguientemente, que solo obligan á ésta y sus bienes, y no á sus miembros y los bienes suyos. Los terceros conservarán vivos sus derechos y podrán ejercitar las acciones procedentes del acto ó convención de la referencia, sin que la retroactividad acordada pueda comprometer ni la forma del acto, ni sus efectos, ni los medios probatorios, según queda dicho bajo el art. 3.

En mérito de la expresada retroactividad, será válido y eficaz el legado hecho, no obstante el error padecido por el testador de creer que era persona jurídica el establecimiento ó corporación á quien hiciera el legado.

## CAPÍTULO II

### Del fin de la existencia de las personas jurídicas

**Art. 48.** *Termina la existencia de las corporaciones con carácter de personas jurídicas:*

*1º Por su disolución en virtud de la deliberación de sus miembros, aprobada por el Gobierno;*

*2º Por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, ó por haberse abusado ó incurrido en transgresiones de las condiciones ó cláusulas de la autorización legal, ó porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, ó porque su disolución fuese*

*necesaria ó conveniente á los intereses públicos;*  
*3º Por la conclusión de los bienes destinados á sostenerlas.*



**69**—Son numerosas las causas que producen la disolución de las corporaciones con carácter de personas jurídicas, ó que autorizan á decretarla. Las enumeraremos:

1ª La deliberación de sus miembros, aprobada por el gobierno;

2ª La ley, no obstante la voluntad de aquéllos;

3ª Abusos ó transgresiones de las condiciones ó cláusulas de la autorización legal;

4ª Imposibilidad para el cumplimiento de sus estatutos;

5ª Necesidad ó conveniencia para los intereses públicos; y

6ª Conclusión de los bienes destinados á su subsistencia.

La constitución de las corporaciones con carácter de persona ideal no está dejada al arbitrio de los particulares, sino que es indispensablemente necesaria ó una ley, ó un acto del gobierno que las permita y autorice, con aprobación de sus estatutos. Desde el momento de su constitución entran á ser otros tantos elementos en el concierto de las fuerzas organizadas para operar el progreso social y—por consiguiente—no puede permitirse que su disolución se decrete por la sólo deliberación de sus miembros. Se precisa la aprobación del gobierno, que no será dada sino cuando motivos justos la impongan. Por lo demás, están al alcance del simple buen sentido las consideraciones que justifican la facultad acordada



da ó reconocida, de una parte, en el legislador para disponer por ley la disolución de cierta clase de corporaciones y—por otra,—en el poder administrador para casar su aprobación y declararlas disueltas en razón de abusos perniciosos, ó de transgresiones á las reglas ó condiciones de la autorización legal, ó porque intereses públicos bien definidos reclaman esa medida, ó porque ella es impuesta por la imposibilidad para el cumplimiento de los estatutos, ó por la conclusión de los bienes que estaban destinados á asegurar la subsistencia de las corporaciones. Art. 33.

«Una vez constituida la persona jurídica, dice Savigny, no puede ser disuelta por la sólo voluntad de los miembros actuales, porque existe independientemente de sus miembros: es necesaria la autorización de la autoridad soberana. Además, las personas jurídicas pueden ser disueltas por la decisión sólo de la autoridad, aun contra la voluntad de sus miembros, si llegan á comprometer la seguridad ó los intereses del Estado. Clases enteras de corporaciones que toman una dirección peligrosa pueden ser abolidas simultáneamente, es decir, por una disposición legislativa general. Puede igualmente ser disuelta una persona jurídica en un caso particular en virtud de un acto público y fuera de toda regla. Este derecho se ejerce más ampliamente aun con los establecimientos que tienen carácter público; y sin que se tornen en peligrosos ó perjudiciales, el Estado puede abolirlos desde que existe una vía mejor para llegar al objeto del bien común á que obedece su creación...», tom. 2, § 89.

---

**Art. 48.** La persona jurídica, una vez constituida, no debe ser disuelta por la sólo voluntad de los miembros actuales, porque ella existe, como lo hemos dicho, independiente de sus miembros,





**Art. 49.** *No termina la existencia de las personas jurídicas por el fallecimiento de sus miembros aunque sea en número tal que quedaran reducidos á no poder cumplir el fin de su institución. Corresponde al Gobierno, si los estatutos no lo hubiesen previsto, declarar disuelta la corporación, ó determinar el modo cómo debe hacerse su renovación.*

**70**—La persona jurídica es simplemente una ficción, una idealidad: no la constituye el conjunto de los asociados, y menos una parte de ellos. Es creación de la ley, cuya entidad incorpórea vive independientemente de los socios, y, por consiguiente, el fallecimiento de éstos no la afecta en cuanto á su existencia como persona ideal ó sea como unidad jurídica. Fundado en esta separación ó independencia entre la persona de derecho y los asociados, es que los derechos, así los activos como los pasivos, pertenecen exclusivamente á la unidad artificial, y no á los socios, ora tomados en conjunto, ora separada—

---

y por el motivo principal de un interés público, permanente, mientras que el Gobierno ó la ley no hubiese declarado que había cesado la causa de su existencia.

Las personas jurídicas pueden ser disueltas por la decisión sola de la autoridad pública si ellas vienen á comprometer los intereses generales, pues que solo el interés público, y no intereses individuales, religiosos ó industriales, por grandes que sean, es el motivo de la autorización para su creación.

El derecho á los bienes fué el objeto de la creación de la persona jurídica. Desde que ella no puede tenerlos, y solo debe existir dependiente del Estado ó del favor público, puede decirse que su existencia no es existencia propia, y que se halla confundida con la del Estado ó la de la persona que la sostiene, con relación al derecho de los bienes.



mente. Desde que la persona jurídica vive con independencia de los socios, natural y lógico es que la muerte de éstos, aunque sea de todos, no cause por sí sola la extinción de la corporación. Savigny, § 89, dice: «He demostrado que una corporación puede  
« continuar aun en uno sólo de sus miembros: fre-  
« cuentemente se ha deducido de este principio la  
« conclusión errónea de que una corporación termi-  
« na necesariamente con la muerte de todos sus  
« miembros. Esta conclusión no podría admitirse  
« cuando la corporación reposara sobre un interés  
« pública y permanente. Si, pues, una epidemia lleva  
« sucesivamente en una ciudad todos los miembros  
« de una corporación de artesanos, no podría esti-  
« marse la corporación como disuelta y sus bienes  
« como abandonados ó pertenecientes al Estado».

El art. 560 del Código de Chile resuelve que: «Si  
« por muerte ú otros accidentes quedan reducidos los  
« miembros de una corporación á tan corto número  
« que no puedan ya cumplirse los objetos para que  
« fué instituida, ó si faltan todos ellos y los estatuto-  
« tos no hubieren prevenido el modo de integrarla ó  
« renovarla en estos casos, corresponderá á la au-  
« toridad que legitimó su existencia dictar la forma  
« en que haya de efectuarse la integración ó reno-  
« vación».

El señor Freitas repite la primera parte de este artículo en el suyo que lleva el n. 313; pero referentemente á la segunda dice: «corresponderá al Go-  
« bierno, si los estatutos no hubieren prevenido estos  
« casos, ó declararlas disueltas, ó determinar el modo  
« cómo debe hacerse su renovación», que es lo que ha copiado nuestro codificador en el artículo que nos ocupa.



**Art. 50.** *Disuelta ó acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que á ella pertenecían, tendrán el destino previsto en sus estatutos; y si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados á los objetos que disponga el Cuerpo Legislativo, salvo todo perjuicio á tercero y á los miembros existentes de la corporación.*

**71**—Natural es que cuando los estatutos proveen sobre el destino que debe darse y el modo y proporción en que debe adjudicarse los bienes de una corporación disuelta, se cumplan sus disposiciones, que son la ley para el caso: pero cuando nada disponen sobre el particular, sus bienes y acciones serán, —como dice nuestro artículo,—considerados como vacantes, y pertenecerán como tales al Estado: art. 2376, inc. 3º, cuyo destino ó sea su aplicación será el que la legislatura les asigne. La declaración de que los bienes de la referencia deban ser considerados como vacantes, armoniza con la del artículo 3578, y es evidentemente justa puesto que se trata de corporaciones ó personas jurídicas que no tienen sucesores á quienes correspondan sus bienes.

**72**—Es ajustada á derecho, y consulta las exigencias de la justicia, la salvedad que en favor de terceros y de los miembros existentes de la corporación hace la última parte de nuestro artículo. Y así, el tercero á quien se hubiere dañado con el dolo, ó delito de los representantes de la corporación, deberá ser indemnizado con los bienes de ésta en tanto cuanto



ella hubiere enriquecido con perjuicio del damnificado, según el principio de que hemos recordado bajo el art. 43; y se devolverá á sus dueños legítimos el inmueble en que la corporación hubiere tenido el derecho real de usufructo—art. 2962, porque con su extinción se consolida en la persona del nudo propietario.

---

**Art. 50.** Por el Derecho Romano, constituida una *universitas*, podía continuar con un sólo miembro. *Si universitas ad unum reddit, majus admittitur posse eum convenire et conveniri cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.* (L. 7, Dig. *quod univ*). En tal caso la persona jurídica continúa su existencia, conserva su nombre, y los bienes de la corporación no vienen á ser del único miembro restante. El caso del texto es que ese individuo que hubiese quedado puede obrar directamente en juicio sin el intermedio de un síndico. De este principio y del texto mismo se ha sacado la conclusión errónea de que una corporación acaba necesariamente por la muerte de todos sus miembros: y que así, si una epidemia acabara con todos los padres de un convento, la corporación quedaría disuelta; y sus bienes, como vacantes, pertenecerían al Estado. Este error nace de olvidar el principio, base de toda la teoría, de que la persona jurídica es independiente de cada uno de sus miembros y de todos ellos.

No es al artículo 50, sino al 49, que corresponde esta nota del codificador. J. M. G.



## TÍTULO II

**De las personas de existencia visible**

**Art. 51.** *Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades ó accidentes, son personas de existencia visible.*

**73**—Hay unidad en la especie humana, unidad que no queda comprometida por las diferencias accidentales ó cualitativas de los individuos entre sí, ni por las imperfecciones ó deformidades de detalle ó de conjunto que los afectan, ni por las modalidades que distinguen á una de otra raza. Siendo esto así, desde que se presenten los signos característicos de humanidad, hay en el ente un individuo de la especie, es decir, una persona de existencia visible con todos los derechos y con todas las garantías de que lo rodea la ley, siempre que nazca con vida, si se trata de un recién nacido, porque si nace muerto, no es reputado como persona y hasta se llega á decir que no ha sido concebido; art. 74. ¿Cuáles son los signos, exteriormente apreciables, que imprimen el sello—diremos así—de la criatura humana? «Los textos «no nos dicen...; pero si hemos de juzgar por analogía, parece que la cabeza debe presentar las formas de la humanidad... Una simple desviación «de las formas normales..., por ejemplo, un miembro de más, un miembro de menos, no constituye «un obstáculo para reconocer que hay un indivi-

duo de la especie humana y—por consiguiente—una persona. Véase Savigny, Tom. 2, § 61.

**Art. 51.** Proyecto de Freitas, art. 35. — Goyena, art. 107. — L. 5, Tit. 23, Part. 4 y L. 8, Tit. 33, Part. 7 — L.L. 12 y 14, Tit. 5, Lib 1, Dig.

**Art. 52.** *Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos ó contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces.*

**74**—La nota de nuestro codificador para explicar ó determinar el alcance de las palabras, *adquirir derechos—contraer obligaciones*, está tomada de la que Freitas escribe al pie del art. 17 de su proyecto.

Por lo demás, la regla que el presente artículo establece, diciendo: «son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones todos los que no fueren declarados incapaces», es acertada, ora se la aplique á la incapacidad de hecho, ora á la incapacidad de derecho, en el valor y alcance que tienen estas expresiones, según lo que á su respecto hemos escrito bajo los arts. 6 y 7.

Como se trata de los individuos de la especie humana, se hace bien en consignar á su respecto el principio fundamental de que son capaces de adquirir derechos, ó contraer obligaciones. Hay en cada uno de ellos una persona, y persona quiere decir capacidad para ser sujeto del derecho. El derecho entraña una relación entre persona y persona, poniendo á la una en el caso de dar, hacer ó abstenerse de alguna cosa en favor ó en beneficio de la otra,





dando así nacimiento al derecho adquirido por la una y á la obligación correlativa contraída por la otra.

**Art. 52.** La expresión *adquirir derechos*, á más de comprender implícitamente la posibilidad de contraer obligaciones, abraza en sí todas las facetas de los derechos adquiridos, desde el hecho de la adquisición de cada uno de los derechos, hasta el de su pérdida total.

Esas facetas pueden resumirse del modo siguiente:

- 1º Hecho de la adquisición del derecho;
- 2º Duración y ejercicio del derecho;
- 3º Conservación ó defensa del derecho;
- 4º Pérdida total del derecho;

Y así, cuando las leyes civiles permiten la adquisición de un derecho ó cuando no la prohíben, permiten su ejercicio, su conservación y la libre disposición de ese derecho.

**Art. 53.** *Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.*

**75**—Este artículo es todo un complemento del anterior inmediato, para dejar establecida la legislación fundamental del caso. Por el artículo 52 se acuerda á las personas naturales capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, en tanto que no estén expresamente declaradas incapaces, y por el presente se declara que les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos. Se tiene, de consiguiente, esta regla general y fundamental respecto de las personas de existencia visible:—son reputadas con capacidad para adquirir toda clase de derechos y contraer obligaciones, mientras no estén expresamente declaradas



incapaces, y les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos. Esta capacidad de hecho y de derecho para todos los derechos y actos jurídicos, les es acordada con plena independencia de la calidad de ciudadanos y de su capacidad política: es acordada á las personas en su calidad de hombres, en el campo de las relaciones civiles, siendo, por consiguiente, á este respecto, iguales los ciudadanos y los extranjeros que por cualquier motivo estén bajo la autoridad de la ley argentina, lo cual se encuadra con la siguiente declaración contenida en el art. 20 de la Constitución de la República:—«Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano», y con su espíritu eminentemente liberal, armónico con los fines humanos, revelado en su preámbulo, cuando declara que uno de sus objetos es «afianzar la justicia» y «asegurar los beneficios de la libertad...para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino».

**Art. 54.** *Tienen incapacidad absoluta:*

- 1º Las personas por nacer;*
- 2º Los menores impúberes;*
- 3º Los dementes;*
- 4º Los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito;*
- 5º Los ausentes declarados tales en juicio.*

**76—**La incapacidad de que aquí se trata es la *de hecho*, y es fácil persuadirse de ello con sólo observar:—*Primero*, que no hay persona que pueda ser afectada de incapacidad *absoluta de derecho*, porque hay implicancia en estos términos, según lo hemos





dicho bajo los arts. 6 y 7; y, *Segundo*, porque las personas por nacer, mientras están en el seno materno, son parte de las entrañas de la madre, y aunque en nuestro derecho son verdaderas personas aun antes de su completa separación de ésta, no pueden, naturalmente, tener capacidad para obrar por sí mismas; los impúberes no tienen suficiente discernimiento para actuar por sí mismos en las relaciones de la vida civil y, por lo tanto, son justamente estimados incapaces *de hecho*; los dementes, seres que no tienen el uso de la razón, son incapaces de ejecutar con discernimiento, intención y libertad acto alguno y, consiguientemente, son incapaces para obrar por sí mismos; y por último, los sordo-mudos que, no sabiendo darse á entender por escritos, están en la imposibilidad de hacer conocer su voluntad, están naturalmente inhabilitados para tratar por sí mismos; pero todas estas personas afectadas de incapacidad de hecho pueden adquirir derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales:—Arts. 56, 64, 70, 3321, y no puede, por lo tanto, decirse de ellas que sean incapaces de derecho, con incapacidad *absoluta*.

**77**—Cuando nuestro artículo habla, en su inciso último, de los *ausentes declarados* tales en juicio, ¿á qué ausentes se refiere?

No vemos que á los objetos y en la legislación del Código hayan sino dos clases de ausentes.—La una, de los que no están presentes en el lugar de su domicilio, de su residencia, ó en otro cualquiera en que su presencia sea necesaria para un fin ó acto jurídico determinado, y de esta clase de ausentes tratan los artículos 311, 791, inc. 3º, 1181, 1218, 2880, 3237, 3191, última parte, 3197, 1031 y 1036; la otra, de los ausentes con presunción de fallecimiento, y pen-



samos que es de éstos de quienes habla el inc. 5<sup>o</sup>, declarándolos de incapacidad absoluta. Para pensar así nos fundamos en lo siguiente: *Primero*—En que el código no define otra clase de ausencia fuera de las dos que quedan recordadas y, consiguientemente, no determina los caracteres, ni señala las consecuencias jurídicas de la que constituyera una tercera clase. *Segundo*—En la justa crítica que Freitas hace del código francés, aceptada por nuestro ilustre codificador en su nota al art. 110. No se comprende, en efecto, de qué ausencia trata aquel código si no es la que va acompañada de la presunción de muerte, y tanto más así cuanto que no toma en debida cuenta la circunstancia de que el ausente hubiere dejado representante con poderes suficientes y no legisla, por lo tanto, sobre el particular con la claridad y detalles necesarios; notándose, por otra parte, que, según sus disposiciones, en lugar de la simple declaración de ausencia que mandan pronunciar, correspondía que la declaración fuese del día del fallecimiento presunto. En efecto, el 2<sup>o</sup> párrafo del art. 817 dice así: « Respecto de los coherederos *ausentes*, la acción (de partición) pertenece a los parientes *« puestos en posesión.... »* lo que importa decir que, en el pensamiento de la ley, ha habido un ausente cuyo presunto fallecimiento ha autorizado a que sus parientes en grado sucesible fueran puestos en posesión de los bienes que debieron corresponderles. Véanse los artículos 115 á 133 del código citado. En comprobación de lo que dejamos dicho, transcribimos este párrafo de Marcadé: « Nuestro artículo no habla ni de los presumidos ausentes (simple ausencia), « ni de las personas provistas de consejo judicial. « Para los primeros, el artículo 113 quiere que un « notario sea encargado de representar á los que no



« han dejado apoderado, en las particiones en que son  
« interesados (véase art. 113 n. 3); aquellos que tuvie-  
« sen procurador serán representados por él. En  
« cuanto á los segundos, es claro que no podrán pro-  
« ceder á la partición, sea como demandantes, sea  
« como demandados, sino con asistencia de su con-  
« sejo. Se sabe, por lo demás, que un *ausente* no  
« es llamado á una sucesión sino cuando fué abierta  
« *antes de su desaparición ó de las últimas noticias*  
« *tenidas de él*. Y el art. 136 dice así: « Si se  
« abre una sucesión á la que sea llamado un indi-  
« viduo *cuya existencia no es reconocida*, será entre-  
« gada exclusivamente á aquellos con los cuales él  
« habría tenido derecho de concurrir, ó á aquellos  
« que la habrían recogido en su defecto ». *Tercero*—  
En que sólo la ausencia caracterizada por el art. 110  
de nuestro Código, que hace presumir,—*juris tantum*,  
—la muerte del ausente, puede causar la expiración  
de los poderes del representante que hubiere dejado,  
expiración operada según aquel artículo en su com-  
binación con los 116, 117, 1997 y 1998. *Cuarto*—  
En que solamente dicha ausencia puede autorizar la  
incapacidad *absoluta* (de hecho) del ausente, por  
cuanto una ausencia de menor tiempo, que no lleva  
el sello de la muerte presunta, no causa la expiración  
de los poderes del mandatario; y no se descubre una  
razón que autorizase la declaración de incapacidad  
absoluta de obrar por sí misma respecto de una per-  
sona cuyo fallecimiento no presume la ley y á quien  
se reconoce que tuvo capacidad para nombrar un  
representante con poderes conferidos á su arbitrio.  
*Quinto*—En que la combinación de los artículos 54,  
116 y 119, demuestra la verdad de nuestra tesis. En  
efecto; el 54 enumera á los absolutamente incapaces  
en el orden siguiente:.....los dementes, los sordo-



mudos, los ausentes *declarados tales en juicio*; el 116 dispone que en el *juicio respectivo*, el juez *declarará la ausencia*; y el 119 establece que los deberes y obligaciones del que, por presunto fallecimiento del ausente, ha entrado en la posesión provisoria de sus bienes, son *los mismos* que los del curador del *incapaz* de administrar sus bienes. Esto importa decir que *el ausente declarado tal en juicio* es el ausente con presunción de fallecimiento, porque el ausente sobre el cual pesa la muerte con presunción *juris* es el *único* á quien el Código puede declarar y declara,—por razón de ausencia,—con incapacidad *absoluta* para obrar por sí mismo.

**78**—En cuanto á la incapacidad del insano, declarado tal por sentencia de último resorte, es incapacidad que dura mientras una otra sentencia ejecutoriada no casa la primera,—como lo veremos al tratar del art. 140—aun cuando en el tiempo que medie entre una y otra sentencia, el incapaz tuviese lúcidos intervalos.

---

**Art. 54.** En el número de los incapaces, no pongo los pródigos porque esa calidad no podrá, según este Código, ni sujetarse á juicio ni traer una interdicción. El Cód. de Luisiana, en el artículo 413, abolió la incapacidad de los pródigos ó disipadores. Dice así: « La interdicción no tendrá lugar por causa de disipación ó de prodigalidad ». Las razones de esta resolución son: 1º que la prodigalidad no altera las facultades intelectuales; 2º que la libertad individual no debe ser restringida, sino en los casos de interés público, inmediato y evidente; 3º que en la diferente manera de hacer gastos inútiles que concluyan una fortuna, no hay medio para distinguir con certeza el pródigo del que no lo es, en el estado de nuestras costumbres, y todo sería arbitrario en los jueces, poniendo interdicción á algunos, mientras quedaban innumerables disipadores; y 4º que debe cesar la tutela de los poderes públicos sobre las acciones de los particulares, y ya que no es posible poner un máximo á cada hombre en sus gastos, el que se llamase pródigo habría solo usado ó abusado de su propiedad, sin quebrantar ley alguna.



**Art. 55.** *Son incapaces respecto de ciertos actos ó del modo de ejercerlos:*

*1º Los menores adultos;*

*2º Las mujeres casadas.*

**79**—Como el artículo anterior inmediato, también el presente trata de la incapacidad *de hecho* de las personas. El primero se ocupa de la incapacidad *absoluta* y el segundo de la relativa ó sea de la *limitada* á ciertos actos, ó al modo de ejecutarlos; y designando quienes son los afectados de esta última dice que son, los menores adultos y las mujeres casadas.

Nuestro derecho divide la edad del hombre en tres grandes períodos, clasificándola especialmente en cada uno de ellos. Desde que nace hasta el momento de cumplir catorce años, le llama *impáber*; desde los catorce cumplidos hasta los veintidós, *adulto*; y *mayor de edad* desde los veintidós años cumplidos adelante, arts. 127 y 128. Por las leyes antiguas se definía también el período de la *infancia*, el cual era el comprendido entre el nacimiento y los *siete* años de edad, según la ley 4, tít. 16, part. 4º.

Y bien, observado como un hecho general que el hombre no alcanza á madurar su razón hasta la edad de veintidós años, la ley declara, no sólo en servicio del individuo sino también de la causa pública, que el *adulto* es incapaz para obrar por sí mismo, y le impone un representante que obre por él, con independencia tal, que todos los actos se ejecutan por el representante, en su nombre, sin el concurso del adulto y prescindiendo de su voluntad—arts. 57, inc. 2º y 445. Y en servicio á la autoridad del esposo y en contemplación al régimen de la familia, base de la



sociedad,—la ley declara incapaz á la mujer casada, aunque sea mayor de edad, y dispone que el marido debe obrar por ella—arts. 57, inc. 4º y 208.

La incapacidad del adulto y de la mujer casada *no es absoluta*, y de ello procede que la nulidad de los actos que ejecutan por sí, fuera de su representación necesaria y sin el permiso correspondiente, no es sino relativa; y casos hay—además—en que el adulto es plenamente capaz para obrar por sí mismo, como sucede en tratándose de disposiciones de su última voluntad, del reconocimiento de sus hijos naturales, *et cetera*, y en que también la mujer casada puede obrar sin necesidad de la autorización de su esposo, como sucede en los pleitos entre ella y su marido, para hacer testamento, revocar el hecho, administrar los bienes que se hubiere reservado por el contrato de matrimonio, &—arts. 320 y 214;—todo lo cual evidencia que la incapacidad de los adultos y de las mujeres casadas no es sino una incapacidad de hecho, *limitada* á ciertos actos y al modo de ejecutarlos.

**Art. 56.** *Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos ó contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley.*

**80**—No obstante la incapacidad de hecho—*absoluta*—que afecta á las personas por nacer, á los impúberes, á los dementes, á los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito y á los ausentes declarados tales en juicio, y la *limitada* que afecta á los adultos y á las mujeres casadas, todos estos incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos ó contraer obligaciones por medio de sus representantes legi-



timos, porque siendo, como son, personas naturales, ó sea individuos de la especie humana, tienen, al tenor del artículo 52, capacidad *de derecho*, vale decir aptitud para ser sujetos del derecho y facultad para adquirir todos los que no les estuviesen prohibidos por expresa disposición de ley; y como por motivos que hacen relación así al interés privado como al público á la vez, están declarados incapaces para obrar por sí mismos, es natural y justo decidir que pueden adquirir derechos ó contraer obligaciones por medio de sus representantes legítimos.

**Art. 57.** *Son representantes de los incapaces:*

*1º De las personas por nacer: sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre;*

*2º De los menores impúberes ó adultos: sus tutores;*

*3º De los dementes, sordo-mudos ó ausentes: sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre;*

*4º De las mujeres casadas: sus maridos.*

**81**—El concebido y aun no nacido es, por nuestro derecho, un individuo, es decir, una *persona* natural, —arts. 63 y 64,—cuya existencia comienza desde el día de su concepción en el seno materno, según la expresa declaración del art. 70. Siendo, como es, *persona*, tiene substancialmente capacidad *de derecho*, porque, como tenemos dicho bajo los arts. 6 y 7, jamás puede suceder que una persona esté afectada de incapacidad *absoluta* de derecho. La capacidad



que tiene el aun no nacido, es *limitada*, pues la ley se la concede sólo para ciertos y determinados derechos, como lo dice el citado artículo 70, y es dada en su exclusivo interés. Es capaz para suceder, y también para adquirir á título singular de donación ó legado—arts. 64 y 3321; pero, como es absolutamente incapaz para obrar por sí mismo, es de toda necesidad que tenga un representante que actúe por él en los casos en que deba adquirir bienes, ora sea por herencia, ora por donación, art—64. Y bien, el artículo que nos ocupa provee á esta necesidad, estableciendo que los representantes de las personas por nacer son *sus padres*, y á falta ó incapacidad de éstos, *los curadores* que se les nombre.

**82—*Sus padres.***—Tratándose de los legítimos no se ofrece la menor dificultad, porque teniendo los padres legítimos,—por obra de la ley,—la representación de sus hijos nacidos, durante su minoridad, y la administración de sus bienes,—arts. 308 y 327,—armoniza con estas disposiciones la representación de los concebidos y no nacidos, como quiera que esa representación es al efecto de deliberar y resolver si conviene aceptar la donación hecha, ó la herencia deherida, lo cual importa un acto de verdadera administración. ¿Puede decirse lo mismo respecto de los padres naturales? Se trata de bienes de fortuna y de actos de verdadera administración, y como los padres naturales no tienen la de los bienes de sus hijos, según la expresa decisión del art. 370, no son ellos sus representantes legítimos cuando se trata de resolver si les conviene ó no aceptar una herencia ó donación. Si esto es verdad respecto de los hijos ya nacidos, no puede ser de otro modo respecto de los que aun están en el seno materno. Pero, nada impide que puedan ser nombrados por el juez.





**83—Curadores.**—Cuando falta el padre, ó cuando es incapaz, es la madre quien representará al no nacido, porque en esos casos, ella adquiere la patria potestad, según nuestra opinión, consignada bajo el artículo 339. Cuando falta el padre ó es incapaz y es también incapaz la madre, el representante del concebido y no nacido será el curador que tuviesen el padre y la madre, ó sólo la madre incapaz—art. 514.

**84—**El 2º inc. de nuestro artículo dice, que, los representantes de los menores impúberes y adultos, son sus tutores.

Esta disposición es dada en el concepto de que los menores de edad de que se trata no tienen padres, ó, si los tienen, están apartados del gobierno de las personas de sus hijos, ó de la administración de sus bienes, por una causa cualquiera; y así, cuando los padres son incapaces, debe dárseles un *curador*, y este curador es *tutor* de los hijos menores de edad de los padres incapaces y, consiguientemente, representante de tales menores: art. 514; cuando el padre niega su consentimiento al hijo que necesita entablar acción civil contra un tercero, el juez que suplire la licencia paterna debe dar al hijo un *tutor* especial que lo represente en el juicio: art. 316; cuando el padre no tiene la administración de ciertos bienes del hijo, que han sido donados bajo condición de que no los administre—art. 328,—el juez debe dar al menor un tutor especial—art. 431, inc. 3º,—el cual será el representante del menor en todo cuanto diga relación á dichos bienes; cuando la madre viuda contrae segundas nupcias, pierde la patria potestad y debe darse tutor á sus hijos menores—arts. 312 y 426,—tutor que es, consiguientemente, representante de éstos; lo mismo debe decirse para los casos enumerados en el art. 431, bien entendido que, por regla general, los

hijos de familia son representados por sus padres—  
art. 308.

**85**—El inc. 3º dice, que, son representantes de los dementes, sordo-mudos ó ausentes, sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos los curadores que se les nombre.

La primera parte de este inciso armoniza con el art. 512 que establece que el padre, y por su muerte ó incapacidad la madre, son curadores de sus hijos legítimos solteros, y también de los viudos incapaces que no tuvieren hijos varones que con sujeción al art. 511 puedan desempeñar la curaduría; y la segunda parte concuerda con el principio general consignado en el art. 502, por el cual se dispone que debe darse curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes.

Por lo demás, los incapaces de que trata el inc. 3º que nos ocupa son, el insano declarado tal por sentencia, los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito y los ausentes declarados en juicio con presunción de fallecimiento, porque son éstos los declarados por el art. 54 con incapacidad *absoluta* para obrar por sí mismos.

**86**—El inc. 4º declara que los representantes de las mujeres casadas son sus maridos. Concuerda esta disposición con la del art. 208, que impone al marido el deber de ejercer todos los actos y acciones que correspondan á su mujer y hacer los gastos necesarios para salvar sus derechos. Esta representación le incumbe como resultado de su autoridad marital y como una de las muchas condiciones indispensables para conservar la integridad del matrimonio y servir sus fines, que son eminentemente sociales.





**Art. 58.** *Este Código protege á los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio ó privilegio.*

**87**—La nota del codificador á este artículo condensa cuanto pudiera decirse para sostener su disposición, pudiendo agregarse esta observación: los años que lleva de aplicación el Código no han mostrado que importara un mal para los menores y demás incapaces la supresión de la restitución *in integrum* con que los protegían las antiguas leyes; y es de esperar que el celo y la organización cada vez más perfecta del Ministerio de Menores dejen cumplidas las predicciones de nuestro ilustre codificador.

**Art. 58.** Este artículo es el 43 del proyecto de Freitas para el imperio del Brasil. En varios Códigos están ya suprimidos los beneficios de los menores, incluso el de restitución *in integrum* que abrazaba á todos los incapaces, las Iglesias, el Fisco, etc., privilegio exorbitante que les dan nuestras leyes, no sólo por un daño recibido, sino por una gran ganancia, que en virtud de él puedan obtener. Esa protección exagerada á los incapaces no presenta una utilidad que compense los males que causa á la sociedad, y á los bienes mismos de los menores. La confianza en la adquisición queda vacilante, é impide la seguridad del derecho de propiedad, pues ese beneficio aún dura más que la minoridad de los que favorece. Excluye por el exceso de protección, la concurrencia á la compra de los bienes de los incapaces. Por otra parte, en la época actual, las lesiones no pueden admitirse como vicio en los contratos, según veremos en adelante. Creemos, pues, que más valiera á los menores y á los incapaces una buena administración de sus bienes, que todos los privilegios con que han querido ampararlos las leyes, y á ese objeto tenderán las ulteriores disposiciones de este Código. Más valiera, decimos también, la buena organización del Ministerio de Menores, que podría evitar no sólo los malos contratos de los tutores y curadores, sino la mala conducta de éstos en la administración de los bienes.



**Art. 59.** *A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial ó extrajudicial, de jurisdicción voluntaria ó contenciosa, en que los incapaces demanden ó sean demandados, ó en que se trate de las personas ó bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.*

**88**—La necesidad de la intervención del Ministerio de Menores y la nulidad pronunciada contra todo y cualquiera acto ó juicio en que se treatre de las personas ó bienes de los incapaces y se practicasen sin la intervención de dicho ministerio, es—entre las medidas de protección—la más importante y eficaz que ha tomado la ley.

¿De qué clase es la nulidad pronunciada por nuestro artículo?

¿Es absoluta, ó es simplemente relativa? Los términos de la ley son enérgicos: el Ministerio de Menores es parte legítima y *esencial* en todo negocio judicial ó extrajudicial en que los incapaces demanden ó sean demandados, ó en que se trate de sus personas ó de sus bienes—dice, y agrega que la intervención de aquel ministerio es necesaria « *so pena de nulidad* de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación: »—y teniendo presente que los actos jurídicos son ineficaces, es decir que no existen en el campo del derecho cuando falta en ellos alguno de sus elementos *esenciales*, pudiera estimarse que la nulidad pronunciada es absoluta. Pensamos sin



embargo que son decisivas las razones que sustentan la opinión contraria.

El tutor,—y lo que de éste decimos es aplicable al curador del mayor de edad incapaz, según el art. 509,—es el representante del menor en todos los actos de la vida civil: gestiona y administra solo, y todos los actos se ejecutan por él y en su nombre sin la concurrencia de su pupilo y prescindiendo de su voluntad,—art. 445. La intervención del Defensor de Menores no es requerida por la ley para complementar la persona del tutor, que es un mayor de edad en la plenitud de su capacidad jurídica, sino exclusivamente como una protección al menor, en el sentido de garantizar el acierto y buen proceder del tutor en el manejo de los bienes de su pupilo y en el gobierno de su persona en cuanto á educación, alimento, & &. Esta protección es dedicada al menor contra su tutor y contra los terceros que con éste contratan y—de consiguiente—la falta del Ministerio de Menores no puede ser invocada ni opuesta por éstos. Si la protección acordada á los incapaces fuese también un *recurso útil* para los que están en ejercicio de su plena capacidad, la protección sería no sólo para aquellos, sino también para éstos, lo que importaría suprimirlo: en lugar de ser un recurso protector, sería un recurso de derecho común al alcance de capaces é incapaces. Desde que no puede ser deducida ni opuesta sino por el protegido de la ley,—que es el incapaz,—hay que reconocer que la nulidad fulminada es solo relativa:—art. 1082.—Cuando nuestro artículo dice que el Ministerio de Menores es parte legítima y *esencial*, se entiende que es esencial para que el acto obligue al incapaz, pero no con relación al capaz, ó al negocio ó juicio mismo. Desde que el representante del incapaz ha intervenido en el acto, están llenadas las exigen-



cias que el derecho natural ó sean los principios jurídicos requieren para su validez, y cuando la ley declara la nulidad en razón de la no participación del ministerio pupilar, la declara como protección al incapaz, protección que no puede extenderse á otros, porque dejaría de ser una protección para convertirse en recurso de derecho común. Pudiera hacerse este argumento:—el régimen de la tutela es de orden público y todo acto que contravenga ese régimen debe estar afectado de nulidad absoluta, porque á nadie es permitido dispensarse la observancia de los principios de orden público. Es más especioso que sólido este argumento. El régimen de la tutela es de orden público, es verdad, y de ello se deduce, por ejemplo, que el juez, no puede dispensar al tutor de su obligación de tomar parte en asuntos que interesen la persona ó bienes del menor, ni autorizarle para obrar sin la concurrencia del Ministerio de Menores. . . . ; pero, de que el régimen tutelar sea de orden público no se deduce que la nulidad de que se trata sea absoluta. En el régimen de la tutela hay principios que miran al interés público, pero hay también provisiones que sólo tienen por objeto el interés privado, como es precisamente la intervención del Ministerio pupilar en los asuntos de los incapaces. Una falta contra provisiones de este último carácter no puede importar una nulidad absoluta, sino simplemente relativa, porque lo contrario importaría anular el objeto de la provisión, ó sea la protección que la ley concede en nuestro caso al incapaz declarando la nulidad por la no concurrencia del Ministerio de Menores. En efecto, ¿en qué consiste el que la nulidad pronunciada por la ley sea una protección al incapaz? No en otra cosa sino en la facultad de mantener el acto si es útil ó ventajoso al menor, ó de pedir su nulidad si le es per-



judicial. Si la nulidad fuese absoluta, desaparecería esta facultad y con ella la protección.—Esto es decisivo.

**89**—Cuando los menores están representados por sus padres legítimos, ¿ se necesita la intervención del Ministerio de Menores ? ¿ La impone la ley ? Pensemos que no.

Este punto fué detenidamente estudiado en el Senado de la República cuando en 1879 se discutió las reformas hechas entonces al Código Civil ; y como compartimos con la opinión del senador Paz á este respecto, vamos á trascribir su exposición, que nos parece concluyente.

« Después—dice—de haber el Código declarado  
« cuales son los representantes necesarios de los inca-  
« paces, viene el art. 9 del mismo título (art. 59—  
« hoy) á disponer, que, además de esos representan-  
« tes, ha de ser esencial la intervención del Ministerio  
« de Menores en todo asunto judicial ó extrajudicial,  
« de jurisdicción voluntaria ó contenciosa en que se  
« trate de los incapaces ó de sus bienes.

« Cuando después de haber hablado el legislador  
« de los padres en el inciso 1º, y de haberlo hecho  
« también en el inciso 3º, nos encontramos con que  
« los omite en el inciso 2º, del mismo artículo ( 57 ),  
« se ofrece naturalmente la siguiente pregunta :—Ha  
« sido involuntaria esa omisión ?

« Yo creería que no, y cuando me ha llegado el  
« caso de explicarme dicha omisión, he pensado que  
« el legislador no ha querido hacer figurar á los pa-  
« dres, que ejercen la patria potestad en relación á  
« sus hijos menores ó adultos, entre los representan-  
« tes necesarios, para no dejarlos comprendidos en la  
« doble representación del Ministerio de Menores,



« teniendo sin duda en consideración que hay,—en  
« general,—la suficiente garantía en la representación  
« ejercida por los padres legítimos en ejercicio de la  
« patria potestad sobre sus hijos impúberes y adultos,  
« pues que además de las afecciones naturales, esa  
« garantía es consiguiente á la base de la administraci-  
« ón de los padres; base, según la cual, tienen  
« éstos el usufructo sobre los bienes del hijo, lo que  
« hace que la administración interese más á los padres  
« mismos que á los hijos, porque será tanto mayor  
« el lucro que obtengan, cuanto mejor sea la adminis-  
« tración ».

Contestando á las objeciones que se le hacían sobre la base de la representación por los padres de los hijos *no nacidos* aun, decía:

« Dada la construcción de los diferentes artículos  
« del título « *De las personas de existencia visible* » y  
« del orden que guardan entre sí es evidente, que,  
« cuando los padres representan á los hijos por nacer,  
« es necesaria la intervención del Ministerio de Meno-  
« res, así como también cuando representan á los  
« mayores incapaces.

« La generalidad de los términos del artículo 9º  
« (59), dictado sobre la base del artículo 7º (57),  
« no deja lugar á duda.

« A más de los representantes necesarios, dice el  
« citado artículo 9º, los incapaces son promiscuamen-  
« te representados por el Ministerio de Menores, que  
« que será parte legítima y esencial en todo asunto  
« judicial ó extrajudicial, de jurisdicción voluntaria ó  
« contenciosa, en que los incapaces demanden ó sean  
« demandados, ó en que se trate de las personas ó  
« bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto ó  
« de todo juicio que hubiere lugar sin su participa-  
« ción ».





« Y para que si alguna duda quedara, hubiera ella  
« de desaparecer, tenemos el artículo 10,—que dice:  
« Exceptúanse de la representación del artículo ante-  
« rior, las mujeres casadas ».

« Y aquí es oportuno recordar la regla de interpre-  
« tación que enseña,—que,—dada una excepción,  
« queda confirmada la regla para los casos no excep-  
« tuados. Dada la excepción—entonces—á propósito  
« de la representación relativa á las mujeres casadas,  
« queda confirmada la regla del artículo 9º para  
« aplicarla á todos los demás casos del artículo 7º  
« que no están comprendidos en esa excepción.

« ¿ Por qué debe intervenir el Ministerio de Menores  
« cuando los padres representan á los menores por  
« nacer ?

« Yo me lo explico.

« La representación de las personas por nacer, tie-  
« ne lugar una vez denunciado el embarazo, que  
« resultará falso muchas veces, ó que el hijo no nazca  
« con vida, ó que no lo sea de la persona á quien se  
« atribuye la paternidad, sin que se pueda hacer  
« pleito sobre ese objeto mientras dura ó puede durar  
« legalmente el embarazo.

« Puede haber, de consiguiente, derechos de terce-  
« ros comprometidos en esa administración.

« No tiene entonces nada de particular que el Código  
« procure—en el caso—garantías especiales, que no  
« haya considerado preciso tomar cuando se trata de  
« los menores impúberes y adultos, á cuyo respecto  
« no militan las razones notadas, y para los que hay  
« la bastante seguridad de que una buena administra-  
« ción de sus bienes basada en el interés directo que  
« los padres tienen en el resultado de esa administra-  
« ción.

« En cuanto á la administración de los bienes de



« los mayores incapaces ya no existe,—en garantía,  
« —la razón que acabo de dar.—Entonces el padre no  
« hace la representación en virtud de los derechos que  
« la patria potestad le confiere, sino en calidad de  
« curador.

« La patria potestad termina por el sólo hecho de  
« llegar el hijo á la mayor edad.

« Más aun :—no son los padres siquiera los prime-  
« ramente llamados á hacer la representación de los  
« mayores incapaces ; antes que el padre está el mari-  
« do ó la mujer respectivamente, y los hijos legítimos,  
« si los incapaces los tienen, ejerciendo todos éstos  
« las funciones de curadores. Cuando los padres  
« funcionan en ese carácter es que quedan equipara-  
« dos en el título de las Personas de existencia visible  
« y en ulteriores disposiciones del Código, de una  
« manera perfecta con los curadores y tutores.

« La argumentación, pues, que de ese antecedente  
« se pueda sacar con relación á la representación de  
« los menores que están bajo la patria potestad—y  
« de cuyos bienes tienen el usufructo los padres, no  
« estaría basada en identidad de razones. En un  
« caso el padre está interesado en el buen resultado  
« de la administración, por razón del usufructo de que  
« goza, y en el otro, no tiene más derechos que los  
« que corresponden á un tutor ó curador ».

**Art. 60.** *Exceptuánse de las representaciones del artículo anterior, las mujeres casadas.*

**90**—El principio contrario concluiría por anular la autoridad del marido, sorprendería en muchos casos los secretos del hogar y produciría el trastorno en el seno de la familia, cuya unidad y armonía valen más



que los bienes de fortuna. Los perjuicios que en razón de la independencia con que el marido administra los bienes de su mujer, se ocasionen á ésta, son insignificantes ante la magnitud de los males que produciría la ingerencia del Ministerio de Menores en los actos que el marido hubiera de ejecutar como representante de su esposa.

Nuestro artículo es tomado del de Freitas—art 48—inc. 1º.

**Art. 61.** *Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial ó extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare.*

**91**—Concuerda este artículo con la disposición de los incisos 1º y 4º del 431 en que se establece, que, los jueces darán *tutores especiales* á los menores, cuando los intereses de éstos estuviesen en oposición con los de sus representantes, ora sean sus padres legítimos, ora sus tutores generales ó especiales.

Tratándose de menores de edad, el representante debe ser un *tutor*, según el inc. 2º del art. 57,—sin distinción de impúberes y adultos, de conformidad á estas palabras de Freitas, escritas referenteamente al art. 41 de su proyecto, el que nuestro codificador ha copiado literalmente en el citado art. 57:—« Los representantes de los menores, ya sean impúberes ó adultos, son tutores : no hago la diferencia inútil entre tutores y curadores ».

Cuando los incapaces de que se tratare fuesen mayo-

res de edad, entonces corresponderá el nombramiento de curador, porque según el art. 502,—« *Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes* ».

**Art. 62.** *La representación de los incapaces es extensiva á todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código.*

**92**—Es regla impuesta por el simple buen sentido. Desde que la representación es el auxilio que la ley presta á los incapaces de obrar por sí mismos, natural y justo es que se extienda á todos los actos de la vida civil que sea necesario ó útil ejecutar en pró de los incapaces. Natural y justo es igualmente que no alcance á aquellos actos exceptuados por la ley, porque para esos actos el representante del incapaz no tendrá poderes, no será tal representante. Lo que hiciera excediendo de su ministerio, no obligará á su representado. Casos hay en que la representación no puede ser ejercida prescindiendo de la voluntad del representado, no sólo porque la representación necesaria no alcanza á ellos, sino también porque no la permite la naturaleza del acto. Así, la representación necesaria no alcanza á los actos de última voluntad, ni al reconocimiento de los hijos naturales: estos actos son estricta y esencialmente personales. El representante no puede sustituir su voluntad y su confesión á la confesión y voluntad de su representado, ni la ley puede hacer que la voluntad y confesión de aquél sean tenidas como confesión y voluntad de éste, con prescindencia suya, porque la naturaleza íntima de las cosas no lo permite.—Art. 320,—y véase lo que decimos sobre el particular bajo el art. 140.





## TÍTULO III

## De las personas por nacer

**Art. 63.** *Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.*

**93**—Este artículo declara que el concebido, aunque aun no nacido, es una persona, lo que importa decir que tiene capacidad de derecho, porque esta capacidad es la característica de la persona—art. 70.

Son importantes las consecuencias de esta declaración, como lo persuaden—entre otros artículos :

1.º El 57 inc. 1º que provee de representación á las personas por nacer, estableciendo que son sus representantes sus padres, y á falta ó incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre.

2.º El 64 que declara que la representación tiene lugar siempre que las personas por nacer hubieren de adquirir bienes por donación, ó por herencia.

3.º El 3324 que decide que el concebido tiene capacidad para suceder, aun cuando la irrevocabilidad del derecho adquirido dependa del nacimiento con vida :—art. 70.

Por derecho de las Pandectas y por el posterior del pueblo romano, los que están en el seno materno son tenidos como nacidos en tratándose de su beneficio. « Los que están en el seno materno son estimados ya nacidos á los ojos de la ley—puesto que se les concede las sucesiones que les son deferidas.



« *Qui in utero sunt, in toto pené jure civili intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimæ hereditates his restituntur* » . . . . L. 6—Se mira como ya nacido al hijo que está aun en el seno materno, todas las veces que se trata de su beneficio, aunque no pueda aun ser útil á nadie en tanto que no es nacido—dice Paulo.—« *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partús quæritur: quanquam alii,—antequam nascatur, nequaquam prosit* ».—Pero cuando se dice que el que está en el seno materno es considerado por la ley como ya nacido, es en el supuesto de que nacerá vivo, porque « los que nacen muertos parecen no ser nacidos y no haber existido, porque jamás pudieron ser llamados hijos ».—« *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerunt* ». Pand, Lib. 1º, Tit. V. Sec. VI.

En el campo de nuestro derecho no hay ficción legal de nacimiento: los concebidos, que aun están en el seno materno, son personas:—la vida de las personas comienza desde la concepción en el seno de la madre—art. 70;—por consiguiente, son capaces de derecho antes de su nacimiento, pueden ser representadas y tiene lugar su representación cuando hayan de adquirir bienes por herencia, donación, ó legado. En este orden de ideas, la ficción del nacimiento es innecesaria y nuestro derecho no la hace.

---

**Art. 63.** Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar. El artículo 22 del Código de Austria dice: « Los hijos que aun no han nacido, tienen derecho á la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero ». Lo mismo el Código de Luisiana, art. 29, y el de Prusia, 1ª Parte, Tit. 1, art. 10. Pero el Código de Chile en el art. 74, dice: « Que la existencia legal



**Art. 64.** *Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación ó herencia.*

**94**—La representación se hace necesaria desde que ocurre el caso de una donación ó legado hechos, ó de una herencia deferida al feto sea por la ley, sea por testamento, porque hay que decidir sobre la aceptación, deliberando sobre las ventajas que el acto pudiera acarrear al que aun está en el seno materno. Se hace necesaria también para proceder al inventario respectivo, que es un instrumento de conservación, para interrumpir una prescripción que está corriendo, deducir las acciones de posesión y de propiedad que correspondieran, de partición, de deslinde, *et cetera*, porque desde que ya hay bienes adquiridos, es indispensable proveer á su cuidado y conservación.

« El curadorado al que aun no ha nacido debe  
« cuidar de pagar las deudas, particularmente aque-  
« llas para cuya seguridad se han dado prendas, ó  
« respecto de las cuales se ha estipulado una pena  
« pecuniaria en caso de no pagarse en el plazo con-  
« venido. Debe igualmente velar por que los bienes y  
« efectos hereditarios no puedan—en el intervalo—  
« perderse por la prescripción, y que los deudores de

---

de toda persona principia al nacer » ; pero si los que aun no han nacido no son personas, ¿ por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado ? ¿ Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada ? En el Derecho Romano había acciones sobre este punto. *Nasciturus habetur pro nato*. *Nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur*, etc., etc. Se oponen á éstos, otros textos del Digesto. Savigny los explica perfectamente, demostrando que no hay contradicción entre ellos. Tom. 2, pág. 11.

« la sucesión se libren por ella ».—« *Curator ventri datus, solvendi debiti rationem habere debet; utique ejus quod sub pence, aut pignoribus pretiosis debetur* L. 5, § 1.—*Item si periculum est, ne interim res usucapiantur, ne debitores tempore liberentur, idem curare debet* ». L. 1, § 22.—Pand. lib. 37, tit. 9, art. 2.

En el mismo artículo del título y libro citados, y siempre que el nombramiento no se hubiese hecho para la persona solamente, sino también para los bienes del aun no nacido, se establece que el curador nombrado debe hacer y firmar el inventario de los bienes: —« *Curatore autem constituto, hæc omnia cessare puto. Conscribere tamen curatori debent,.... inventarium rerum facienti* ».

Todos estos deberes corresponden en nuestro derecho al representante del aun no nacido, con sujeción, según los casos, á las reglas de la administración paterna, ó tutelar. A las primeras, si son los padres los que ejercen la representación, y, en todo otro caso, á las segundas.

**95**—La primera condición indispensable para recibir una liberalidad, ó para adquirir una sucesión es la de existir, y por nuestro derecho la existencia de las personas principia desde su concepción en el seno materno—art. 70.

Luego es evidente que el feto es capaz de recibir una donación ó legado hechos en fecha en que aquél ya estaba concebido.—¿ Podrá recibir una donación de fecha anterior á su concepción? En otros términos, ¿ será bastante para la validez de la donación, que el donatario esté concebido en el momento de la *aceptación*, aunque no lo hubiese estado en la fecha de la donación? En esta cuestión, que puede ser materia de controversia, nuestra opinión es por la negativa.







Véase el art. 1840. Por lo demás, la época de la concepción debe determinarse con sujeción á las presunciones legales de la materia.

El Código Napoleón, fijando el tiempo en que principia la capacidad para adquirir por donación, establece lo mismo que nuestra ley. « *Para ser capaz de recibir entre vivos, dice, basta estar concebido en el momento de la donación* »—art. 906.

---

**Art. 64.** En este artículo sólo se trata del feto que puede tener bienes que adquirir por una donación ó testamento, y que necesita una representación protectora; y no para asegurar la legitimidad de los hijos ó prevenir las suposiciones de parto, de lo cual se tratará en otro lugar.

**Art. 65.** *Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella ó del marido, ó de otras partes interesadas.*

**96**—Este artículo y la nota que á su respecto escribe nuestro codificador están tomados de Freitas—art. 56.

Desde que el concebido en el seno materno haya de recibir una donación, ó tenga que adquirir bienes á título de heredero instituido, ó de sucesor legítimo, evidente es que la madre, que el padre, y á falta de ellos los parientes, tienen interés en el embarazo de la madre, en su calidad de sucesores posibles en el caso de que el hijo naciere con vida. Este interés es la base de la resolución de nuestro artículo, y las consideraciones por qué, con la sólo denuncia ó afirmación de cualquiera de los interesados, se da por reconocido el embarazo, sin el reconocimiento de la embarazada, se registran en la nota de nuestro codificador, que, repetimos, está tomada de Freitas. Entre



las *partes interesadas* de que habla nuestro artículo se comprenden los ascendientes, pues bien pueden tener motivos para temer suposición de parto, ó sustitución del hijo nacido muerto y tienen, consiguientemente, legítimo interés para declarar el embarazo y pedir las diligencias precaucionales del caso, como quiera que, si el póstumo naciere sin vida, serían sucesores del padre—art. 3605.

Debemos hacer notar aquí que hay error en la nota de nuestro sabio codificador en cuanto se hace citación del tit. 9—(nueve) en el lib. 25—(veinte y cinco) del Digesto, pues en dicho Libro 25 no hay sino *siete* títulos, como puede verificarse en la edición novísima—latina—con notas integras de Godofredo.—«*Anterpicæ—Apud Joannem Baptistam Verdussen—MDCCXXVI.* y en el ordenado por el ilustre Pothier—Édic. de París, desde 1818 á 1823. El tit. 9—*de ventr. in possess. mitt*, que cita el Dr. Freitas, pertenece—no al 25, sino al Libro 37—de las Pandectas, y con él concluye el libro.

---

**Art. 65.** El Derecho Romano en cuatro títulos contenía disposiciones de un rigor excesivo hasta obligar á la mujer embarazada á declarar, bajo juramento, tomándole valores en prenda ó imponiéndole multas. (Tit. 3, 4, 5 y 9, Lib. 25, Dig.) Había varias diligencias para el reconocimiento del embarazo, depósito de la mujer y reconocimiento del parto. Pero estas medidas deben abolirse: 1º porque el reconocimiento del embarazo requiere examen de médicos, cuyos resultados son muy falibles; 2º porque la mujer embarazada puede no prestarse á ese examen humillante y ofensivo al pudor, y no habria medio de obligarla, por el peligro de su situación, ni hacerle conminaciones penales de ningún género, porque no se trata de su derecho ó interés propio. Basta dejar á salvo el derecho de pedir medidas policiales. La materia no puede corresponder á la justicia civil.



- Art. 66.** *Son partes interesadas para este fin:*
- 1º Los parientes en general del no nacido, y todos aquellos á quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediere el parto, ó si el hijo no naciera vivo, ó si antes del nacimiento se verificare que el hijo no fuera concebido en tiempo propio;*
  - 2º Los acreedores de la herencia;*
  - 3º El Ministerio de Menores.*

**97**—La primera parte del inc. 1º es amplia y se inspira en el sólo interés del no nacido, concediéndose el derecho de denunciar el embarazo á todo pariente del feto. Lo demás tiene por base el interés particular y se lo concede á todo pariente á quien hubiera de pertenecer los bienes ya sea porque no sucediese el parto, ó porque no naciera vivo el hijo, ó porque,—aun antes de su nacimiento,—resultase que no fué concebido en tiempo propio para ser tenido por hijo del esposo de su madre. Este último caso sucedería si el alumbramiento de la viuda no se verificase, á más tardar, dentro del día inmediato siguiente á los trescientos en que por el art. 77 está fijado el máximo de duración del embarazo, contados éstos desde el día de la muerte del marido, según el art. 274, porque quedaría justificado entonces que la concepción no ha tenido lugar en tiempo propio—art. 76.

Se da á los acreedores de la sucesión el derecho de denunciar el embarazo en razón del interés legítimo que tienen de que tales bienes,—que son la garantía de sus créditos,—se recojan y se administren debidamente, y en cuanto al Ministerio de Menores, basta recordar, para dejar justificado nuestro artículo, que,



tratándose de bienes ó de actos que hacen relación á personas por nacer, el Ministerio pupilar, que es un representante promiscuo de los incapaces de la referencia, debe intervenir en todo acto y en todo juicio que afecte las personas, ó los bienes de tales incapaces—art. 59.

**Art. 67.** *Las partes interesadas aunque teman suposición de parto, no pueden suscitar pleito alguno sobre la materia, salvo sin embargo el derecho que les compete para pedir las medidas policiales que sean necesarias. Tampoco podrán suscitar pleito alguno sobre la filiación del no nacido, debiendo quedar estas cuestiones reservadas para después del nacimiento.*

**98**—Por derecho romano, para que la mujer que se creía embarazada fuese puesta en posesión de los bienes que debían pertenecer á su hijo, era absolutamente necesario que estuviese en cinta, sin ser bastante que ella declarase estar en este estado.—« Si, — cuando la mujer pide ser puesta en posesión, — se le contesta su calidad de esposa ó nuera del testador, ó se le sostiene que no está en cinta de él ó de su hijo, el pretor interpondrá su autoridad expidiendo un decreto á ejemplo del edicto Carboniano : así lo ha decidido el emperador Adriano en un rescripto dirigido al pretor Claudio Proculo, cuyo edicto establece que debe tomar conocimiento sumario de la contestación y que, en el caso que la impostura de la mujer que pide la posesión de los bienes le pareciese evidente, no debía ordenar la posesión . . . » — Pand<sup>s</sup>. lib. 37, tit. 9, § I.



En este proceso,—aunque fuera sumario,—se llegaba á reconocimientos indecorosos y á cuestiones escandalosas que afectaban el honor de la madre; y es para evitar desvergüenzas, immoralidades y actos vejatorios del pudor, que nuestro artículo prohíbe que se susciten pleitos ni sobre falsedad del embarazo, ni sobre la filiación del no nacido, disponiendo que todas estas cuestiones queden reservadas para después del nacimiento.

No es mucho el sacrificio que esta disposición pueda importar para los interesados, porque, como dice con razón Freitas bajo los arts. 58 y 59, no es mucha la demora, puesto que no es largo el plazo fijado por la ley como *máximum* del embarazo.

**99**—Según los arts. 281 y 283, la viuda y la recién divorciada, que se creyesen embarazadas, están obligadas á denunciar su embarazo al marido, ó á los parientes que, á falta del hijo póstumo, serían llamados á suceder al difunto; y estos interesados tienen derecho para solicitar ó tomar las medidas necesarias que los aseguren contra un parto supuesto, ó sustitución del hijo, y sirvan para comprobar que la concepción tuvo lugar en tiempo indispensable para reputarse legítimo el hijo. Entre las medidas que pueden solicitarse (medidas que en lugar de *policiales* deben ser *judiciales*—argumento del art. 210)—no se comprenden el depósito y guarda de la mujer embarazada, el reconocimiento judicial del embarazo, el reconocimiento del parto, en el momento de suceder, ni después, por quien quiera que lo pida, aun por la misma mujer antes ó después del fallecimiento de su marido, ni por éste, ni por ningún otro—art. 78.—

Exceptuadas estas medidas, podrán emplearse las expresadas por la ley 17, tit. 6, part. 6ª—, pero sin olvidar que las que ordenase la autoridad competente deben ser de carácter privado y guardando todas las consideraciones debidas á la clase y condición de la embarazada.

**100**—Si el alumbramiento de ésta no se verificase dentro del día siguiente inmediato á los 300 posteriores á la muerte del marido, contados desde su muerte ¿podrán los interesados deducir las acciones que les correspondan, sin esperar el desembarazo de la viuda? Pensamos que sí, porque una de dos en el caso, ó no hay embarazo, ó si hay es evidente que el hijo que se espera no es legítimo por la razón suprema de que, habiendo vencido el tiempo máximo del embarazo, la concepción ha tenido lugar *después* de la muerte del marido y, por consiguiente, no por obra de éste, sino de otro—artº. 76 y 77.

Siendo ya evidente ó que no hay embarazo, ó que, si lo hay, el hijo jamás puede ser reputado legítimo, no hay razón por qué los interesados no puedan ejercitar sus acciones. El vencimiento del mayor plazo del embarazo debe producir algún efecto, que en este caso no puede ser otro que poner término á la prohibición consagrada por nuestro artículo. Argumento decisivo ofrece en pró de esta conclusión el artículo 69 cuando declara que « la representación de las personas por nacer cesará—antes del parto—cuando hubiese terminado el mayor plazo de la duración del embarazo, según las disposiciones de este Código ».





**Art. 68.** *Tampoco la mujer embarazada ó reputada tal, podrá suscitar litigio para contestar su embarazo declarado por el marido ó por las partes interesadas, y su negativa no impedirá la representación determinada en este Código.*

**101**—Es en respeto al pudor de la mujer y en tributo á las consideraciones sociales que no se permite en ningún caso el reconocimiento del embarazo y la promoción de pleito alguno sobre la materia, ni sobre filiación del hijo, debiendo estas cuestiones ser reservadas para después del nacimiento—art. 67. Es natural y lógico de consiguiente que esta prohibición alcance á la mujer embarazada ó reputada tal, cuando su embarazo es denunciado por su esposo, ó por cualquiera otro interesado: las razones que fundan la disposición del artículo 67—sirven, y quizá con mayor energía, para sustentar la del que nos ocupa.

Por la ley romana,—en el caso de nuestro artículo, la mujer era sometida á la visita ó reconocimiento de tres matronas ( parteras ) de habilidad y providad reconocidas, nombradas por el pretor, quien designaba á la vez una casa honesta en que debía ser colocada para ser visitada. « ¿ Qué decir si la mujer resiste ser visitada, ó ir á la casa designada por el pretor? » que éste debe interponer su autoridad para obligarla á cumplir lo ordenado, condenándola á una multa.... Pand. lib., 25, tit. 4, art. 1º.

Es con razón que nuestra ley condena este procedimiento vejatorio.



**Art. 69.** *Cesará la representación de las personas por nacer el día del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores, ó antes del parto cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo, según las disposiciones de este Código.*

**102**—Tratándose de la representación de las personas por nacer, es natural que cese con el nacimiento de la persona, porque desde el momento del desembarazo ya no hay persona *por nacer*, sino persona nacida. Si el niño nace vivo, principia con su nacimiento la representación que cumple á los menores de edad, la cual corresponde á los padres, ó en su defecto á un tutor. Si el niño naciere muerto, la cesación de su representación es definitiva, porque no tiene objeto ni siquiera para los efectos del pasado por cuanto si muere antes de estar completamente separado de la madre, se reputa como que no ha existido nunca—art. 74,—y la nada no puede ser representada.

Cesa también,—aun antes del parto,—si ha vencido el plazo mayor fijado á la duración del embarazo, en el caso de que el título de adquisición dependa del nacimiento dentro del término, de modo que quede conferida al no nacido la calidad de filiación requerida por el título. Y así, cesará la representación con el vencimiento del maximum del embarazo, si el legado hecho, ó la herencia deferida hubieran de pertenecer al póstumo en su calidad de hijo legítimo, ó sea del esposo de su madre, porque será evidente que no es hijo de tal esposo; pero no cesa si la calidad de la filiación no tiene influencia en el título de adquisición, porque subsisten los motivos de la representación y sigue siendo necesaria á los objetos de su ministerio.





## TÍTULO IV

**De la existencia de las personas antes del  
nacimiento**

**Art. 70.** *Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.*

**103**—Bajo la ley romana, el concebido pero aun no nacido no es una persona real, un verdadero individuo, sino parte de las entrañas de la madre: para alcanzar aquella entidad se hace necesario que sea dado á luz y que esté totalmente desprendido del seno materno. Así es que para hacerlo capaz de adquirir derechos, finge la ley que está ya nacido, ficción que tiene lugar en los casos en que se trata de su beneficio. « *Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum naturâ esse. Nam et legitimæ hereditates his restituntur* ». Y Paulo dice.—« *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur quoties de commodis ipsius pirtus queritur: quanquam alii, antequam nascatur nequaquam prosit* ». Dig. Lib. 1<sup>a</sup>, tit. V., Sec. VI.

En nuestro derecho, el concebido y aun no nacido es



una verdadera persona, cuya existencia principia desde su concepción, y es de consiguiente capaz de adquirir derechos, como lo declara el artículo que nos ocupa y también el 3324, con estas palabras:—«El hijo concebido es capaz de suceder».—Siendo el hombre una verdadera persona desde su concepción en el seno materno, no cabe la necesidad de fingir su nacimiento para reconocerlo con capacidad para adquirir ciertos derechos: esta capacidad, que es la característica de la persona, la tiene desde el momento en que principia su existencia. No deja de ser esto una verdad por el hecho de que, en fuerza del texto del presente artículo y de la declaración que hace el 74, los derechos adquiridos por el no nacido quedarían sin valor ni efecto si naciese muerto, porque—como dice el doctor Freitas—lo único que resulta es que no son definitivos ó irrevocables, sino resolubles los derechos adquiridos por el no nacido, cualidad que no es una novedad ni en la ciencia, ni en los códigos.

**Art. 70.** Savigny, en el tom. 2, desde la pág. 5, reúne toda la doctrina del Derecho Romano sobre la materia, en los términos siguientes:

«1º Es preciso que el hijo sea separado de la madre; 2º separado completamente; 3º que viva después de la separación; 4º que sea una criatura humana. Respecto á lo primero, son indiferentes los medios que se empleen para obtener esta separación. Así, pues, en derecho no se distingue el nacimiento natural del que se obtiene por una operación quirúrgica» (\*). Una antigua ley ordenaba expresamente que después de la muerte de una mujer embarazada, su cuerpo fuera abierto á fin de salvar, si era posible, la vida del hijo (\*). La separación debe ser completa (\*). Es preciso que el hijo viva después de la separación (\*). Si, pues, durante un parto trabajoso, el hijo da signo

(\*) *Natum accipit et si execto ventre editus sit.* L. 6, *De liberis.* Dig.—L. 1, § 5, *ad. S. C. Tertul.*

(\*) L. 2. *De mortuo infer.* Dig.

(\*) L. 3. *Cód. De posthumis—Perfecto natus.*

(\*) L. 3. *Cód. De posthumis—Vivus, natus est.*



**Art. 71.** *Naciendo con vida, no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica.*

**104—***Naciendo con vida*, aunque sea por instantes,—entran a ser definitivos los derechos que ha adquirido la persona durante su existencia en el seno materno, dice el art. 70—y el presente decide que, a los efectos legales, no hay diferencia entre el nacimiento espontáneo ó debido sólo a la naturaleza y el sucedido con ayuda del arte humano. Esta resolución tiene en su favor la doble autoridad de la ciencia y de la estadística. Casos—y frecuentes—hay en que, si se deja correr todo el tiempo de la gestación el niño

de vida, pero muere antes de haber sido completamente separado de la madre, nunca tuvo la capacidad de derecho. Debe decirse lo mismo, y con más razón, si antes de comenzar el nacimiento, el hijo hubiese muerto (\*). Es preciso que la vida sea indudable, no importa por qué signos. Antiguamente muchos jurisconsultos miraban como condición indispensable que el nacido hubiese dado algún vagido, pero Justiniano condenó expresamente esta opinión (\*). La duración de la vida es también cosa indiferente; y el hijo tiene la capacidad de derecho aun cuando muera inmediatamente después de su nacimiento (?). En fin, para tener la capacidad de derecho el hijo debe presentar los signos característicos de humanidad, exteriormente apreciables; no debe ser, según la expresión de los romanos, ni *monstrum* ni *prodigium* (\*); pero una simple desviación de las formas normales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de más ó un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho. Los textos no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana. Parece que la cabeza debe representar las formas de la humanidad (\*).

(\*) L. 129. Dig. *De verb. sig. qui mortui nascuntur neque procreati videntur.*

(\*) L. 3. Cód. *De posthumis.*

(?) L. 2 y 3. Cód. *cod. Licet illi eo postquam in terra cecidit, vel in manibus obstetricis decessit.*

(\*) L. 3. Cód. *De posthumis. Ad nullum declinans monstrum vel prodigiū.*

(\*) L. 44. Dig. *De relig.* Las Leyes de Partida conforme con las Leyes Romanas, véase las LL. 3 y 5, Tit. 23, Part. 4ª y 8ª, Tit. 33, Part. 7ª.

nace muerto, en tanto que adelantando el parto por medio de una operación, se asegura la vida del feto que, de ordinario, llega á ser un hombre robusto y alcanza larga vida.

**Art. 72.** *Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, ó que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, ó por nacer antes de tiempo.*

**105**—Queda así,—por los artículos 70, 71 y 72,—establecido en nuestro derecho :

1.º Que hay verdadera persona en el no nacido y que su existencia principia desde su concepción.

2.º Que naciendo con vida, aunque no dure sino instantes, se hacen definitivos los derechos adquiridos durante su existencia en el seno materno.

3.º Que á los efectos de derecho, no hay distinción entre el nacimiento espontáneo y el conseguido por operación quirúrgica.

4.º Que á los mismos efectos, ninguna influencia tienen estas circunstancias :—imposibilidad de prolongar la vida ; morir después de nacer á causa de un vicio orgánico interno, ó por haber nacido fuera de tiempo.

Con estas disposiciones de nuestra ley quedan suprimidas las cuestiones sobre viabilidad del nacido, estimada como condición para su capacidad de derecho, sobre cuya materia es ciertamente importante el estudio que hace Savigny en el *Apéndice III*, tomo 2º de su obra sobre *Derecho Romano*, estimado concluyente por Freitas en su nota al art. 224 de su





proyecto.—Goyena, ocupándose en el 107—del suyo, cita las leyes romanas y españolas que tratan de la viabilidad del nacido.

**Art. 72.** El Cód. Francés, art. 735, exige que el nacido sea viable, de vida, es decir, que no traiga algún vicio por el cual su muerte pueda asegurarse, ó que haya nacido antes de tiempo. Lo mismo dispone el de Nápoles, art. 146, el de Austria, cap. 3, parte 2, el de Baviera, cap. 3, lib. 1. Pero el Cód. Sardo, art. 705, dice que se presume viable el que ha nacido vivo. El de Luisiana: «Basta que el hijo haya nacido viable, aunque no haya vivido sino un instante», art. 948, y en el art. 917 añade: «La existencia del hijo, nacido vivo, se determina por su respiración ó sus vagidos, ó por otros signos». El Cód. de Chile, art. 74, sólo exige que el hijo, después de separado de la madre, haya vivido siquiera un momento. La L. 2, Rec., tit 5, Lib. 10, para quitar dudas en la materia, exigió que el hijo había de nacer en el tiempo regular, vivir veinte y cuatro horas y ser bautizado. La cuestión quedaba siempre como cuestión de hecho, sobre un sólo momento de vida, pues si el nacido vivía sólo veinte y tres horas ó veinte y tres horas y cincuenta minutos, se tendría como abortivo, ó nacido sin vida. Nuestro artículo no exige la viabilidad del nacido como condición de su capacidad de derecho. El fundamento del Cód. Francés y de los Códigos que lo siguen es el siguiente: El hijo que nace antes de los seis meses de la concepción, aunque nazca vivo, es incapaz de prolongar su existencia. Lo mismo se dice del que nace con un vicio orgánico, tan demostrado que pueda asegurarse su pronta muerte; desde entonces á este ser no se le puede atribuir derecho alguno, porque la capacidad de derecho depende, no solamente del nacimiento, sino de la capacidad de la vida, de la viabilidad.

Esta doctrina no tiene ningún fundamento, pues es contraria á los principios generales sobre la capacidad de derecho inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, sin consideración alguna á la mayor ó menor duración que pueda tener esa existencia. Este es el derecho general, y no se comprende qué motivo haya para introducir una restricción respecto al recién nacido. La muerte que sobrevenga puede provenir de circunstancias exteriores y no de la no viabilidad. Por otra parte, ¿cómo conocer el día de la concepción? ¿qué médico puede decir que el nacido no ha estado sino 178 días en el vientre de la madre, y no los 180, los seis meses fijados por las leyes? Se abriría así, una puerta á la incertidumbre de los juicios individuales, y á las opiniones siempre dudosas de los facultativos, sobre el tiempo que el hijo hubiese estado en el vientre materno, por la



**Art. 73.** *Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración ó la voz de los nacidos, ó hubiesen observado otros signos de vida.*

**106**—Nació vivo, nació muerto el dado á luz? Nuestro artículo responde que *se reputa* cierto el nacimiento *con vida* cuando las personas que han asistido al parto hubieren oído la respiración, ó la voz del nacido, ú observado algún otro signo de vida, como, por ejemplo, el movimiento de los brazos, de las piernas, &c. Se está en una cuestión de hechos, que tiene que resolverse con el testimonio de ciencia cierta de las personas que estuvieron presentes ó que asistieron al parto, cuyas declaraciones están sujetas á las leyes respectivas y deben estimarse por el juez con el criterio de las reglas de sana crítica.—Digno es de notarse el favor con que la ley protege la adquisición de derechos del recién nacido,—recordando que no se necesita *la evidencia* de su nacimiento con vida para que este hecho asuma los caracteres de la verdad, en ausencia de una prueba perfecta en contrario, pues por el art. 75—se establece la presunción *juris*,

---

imperfección de su constitución material, que vendría á decidir de los derechos más importantes.

Decimos lo mismo respecto de los vicios orgánicos que el recién nacido presente. No porque una persona parezca con signos indudables de una pronta muerte, queda incapaz de derecho. Sería preciso también que la ley fijara el tiempo en que el vicio orgánico debía desenvolverse para causar la incapacidad del recién nacido, y la ciencia por cierto no podría asegurar qué días ó qué horas de vida le quedaban al nacido con un vicio orgánico.

Savigny ha tratado esta materia extensamente en el apéndice 1 del tom. 2.



del nacimiento con vida para el caso de duda al respecto, presunción que es de verdadera trascendencia, porque prevalece y se impone como verdad legal mientras no haya una prueba directa y perfecta que la destruya.

**Art. 74.** *Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido.*

**107—**« *Otrosi dezimos, que los fijos que nascen « muertos, que son assi como NON NACIDOS, NIN CRIADOS, é por esso non se quebranta por ellos el testamento que el padre, ó la madre ouiessem fecho* »,—dice la ley 8, tit. 33, part. 7<sup>a</sup>.

Y la L. 129, Dig., *de verb signif* se anticipó á establecer, que, los que nacen muertos, ni se estima que han nacido, ni que han existido, porque jamás pueden ser llamados *hijos*:—« *qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerunt* ».

Igual principio es consagrado por el art. 71 del Código de Chile que dice así:—« La criatura que « muere en el vientre materno, ó que perece antes de « estar completamente separada de la madre, ó que « no haya sobrevivido á la separación un momento « siquiera, se reputará *no haber existido jamás* ».

En este principio, que nuestro artículo consagra, reposa la resolución del art. 3324 que declara la incapacidad para suceder en el que, aunque concebido en el seno materno, *naciere muerto*. El nacimiento *con vida* es una condición, cuya falta causa la resolución de los derechos adquiridos por las personas antes de su nacimiento: si nacen con vida, los derechos quedan

definitivamente adquiridos:—si nacen muertos, los derechos quedan resueltos—art. 70.

**Art. 75.** *En caso de duda de si hubieran nacido ó no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario.*

**108**—Importa este artículo todo un favor á las personas que han adquirido derechos durante su existencia en el seno materno. Esa adquisición no se hace irrevocable, sino cuando la criatura nace *con vida*:—art. 70;—y—por consiguiente—cuando se establece que en caso de duda de si el nacimiento fué ó no con vida, se presume *juris* que fué con vida, se concede un verdadero favor, porque la presunción de derecho prevalece mientras no sea destruida por una prueba perfecta y contraria. La verdad legal entrana en la presunción *juris* se impone mientras la verdad contraria no se haga evidente por prueba directa, dada con sujeción á las reglas del derecho común; prueba que debe ser rendida, no por aquel á quien favorece la presunción creada por la ley, sino por el que la contradice, según se establece por el artículo que nos ocupa; lo que es conforme con la ciencia y está decidido de ordinario en la legislación:—Leyes 8 y 12, tit. 14, part. 3<sup>a</sup>; Curia Filipica—Jui. Civ. § XVII —n. 40, &.

**Art. 76.** *La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximum y mínimum de la duración del embarazo.*







**Art. 77.** *El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario.*

**109**—El matrimonio es el fundamento sólido en que reposa la familia, la cual es á su vez la base de la sociedad. Un profundo pensador ha dicho á este respecto: cuando desaparece la familia, poco tiempo de vida le queda al Estado. El matrimonio, institución eminentemente social, al que el cristianismo ha impreso el sello de la más alta autoridad, es el que confiere la legitimidad, lo que vale decir que el hijo verdaderamente legítimo es aquel que ha sido concebido durante el matrimonio. Este es el sentido genuino y el único verdadero de esta regla del Digesto:—« *Pater est quem nuptiæ demonstrant* », la cual no reposa en hechos perceptibles que revelen con certeza la paternidad, sino solamente en una presunción de derecho. La madre es siempre cierta, porque durante muchos meses lleva en sus entrañas al hijo, cuyo desprendimiento del seno materno es un hecho que cae bajo los sentidos y es susceptible de prueba directa y completa. La madre puede decir con seguridad perfecta,—éste es mi hijo, y el hijo, con el testimonio de terceros, de ciencia propia sobre la identidad de su persona, puede á su vez decir con acento firme,—ésta es mi madre:—« *Semper certa mater est etiamsi vulgo conceperit* »; pero no sucede lo mismo con la paternidad, la cual es un misterio porque lo es la concepción.

Nada es más interesante para el hombre que su



estado de familia, el cual es determinado por la ley sobre la base fundamental del lazo con que la naturaleza liga al generado con sus generadores, y siendo como es el matrimonio el que confiere la legitimidad a los hijos *concebidos durante él*, es indispensable conocer la fecha de la concepción para saber si ha sido operada dentro del tiempo corrido desde la celebración del matrimonio hasta la disolución. Pero, el momento de la concepción es un misterio: no es posible determinarlo, porque no hay signos que la revelen en el instante en que se opera.

¿Cuánto tiempo dura la gestación? Es también necesacio saberlo para poder decir si el hijo nacido después de disuelto el matrimonio fué ó no concebido *durante él*; pero es imposible conocer la duración del embarazo desde que es imposible conocer el momento de la concepción. En este estado de las cosas, la ley ha necesitado fijar un plazo bien definido dentro del cual *presumir* operada la concepción, y para ello ha determinado el tiempo máximo y el tiempo mínimo del embarazo, según las mayores probabilidades que la ciencia médica establece sobre el particular, y decide (art. 76) que « La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada *en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el minimum de la duración del embarazo* »—y el art. 77 establece, —como presunción *juris et de jure*,—que el mayor tiempo del embarazo son 300 días y el menor 180—*excluyendo el día del nacimiento*.

Savigny dice sobre el particular lo siguiente:—« Se « toma por punto de partida el tiempo que puede durar « el embarazo antes del nacimiento del niño que nace « vivo. La experiencia nos enseña que una criatura « puede nacer *ciento ochenta y dos días* después de « la concepción, y también mucho más tarde, *hasta*



« *el fin del décimo mes—(e) L. 3, § 11, 12, de suis, (XXXVIII, 16). « Post decem menses mortis natus, non admittetur ad legitimam hereditatem.—De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates sepripsit, et D. Pius pontificibus rescripsit, justo tempore rideri natum. L. 12, de statu hom. (1—5).*

« *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, cum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse* ». Según esta ley fisiológica, se cuenta desde el día del nacimiento, que es cierto, en primer lugar *ciento ochenta y dos días* y después *diez meses*, lo que da un espacio de tiempo de cuatro meses. Si durante estos cuatro meses, ó á una época comprendida en este intervalo, la madre de un niño ha estado casada, el hijo tiene por padre presuntivo al marido ».... Tom. 2, Apéndice III.

El Código de « Las Partidas », que casi en todo ha seguido al derecho Romano, dice en la ley 4, tit. 23, part. 4ª :—« *Ipocras fué un filósofo en arte de la física, e dixo, que lo mas que la mujer preñada puede traer la criatura en el vientre, son diez meses. E por ende, si desde el día de la muerte de su marido fasta diez meses pariese su mujer, legitima sería la criatura que nasciere, e se entiende que es de su marido, maguer en tal tiempo sea nascida ; sólo que ella biviessse con su marido á la sazón que fino. Otrosí dijo este filósofo, que la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que sólo que tenga su nacimiento en día del seteno mes, que es cumplida, é bividera. E deve ser tenida tal criatura por legitima, del padre, e de la madre, que eran casados, e e biven en vno, á la sazón que la concibió . . .*



« Mas si la nascencia de la criatura *tañe un día del*  
« *onzeno* (mes) después de la muerte del padre, non  
« debe ser contado por su fijo »....

Cuando las leyes Romanas y de las Partidas hablan de meses, entienden que el mes se compone de treinta días; y sin entrar á discutir si unas y otras establecen uniformemente que el tiempo mínimo del embarazo es de 180 días, porque es cuestión que no tiene interés para nosotros en este momento, conviene notar que ni el texto de la ley romana, ni el de la ley española, deciden de un modo indiscutible sobre si el día de la concepción debe ó no contarse en los plazos fijados como *máximum* y *minimum* del embarazo.

El código francés fija estos plazos en sus artículos 312 á 315, dejando mucho que desear en cuanto á precisión. El 315 dice así:—« La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio podrá ser contestada ». — Notemos,—dice Delvincourt,—que en la discusión muy larga y luminosa que tuvo lugar en el Consejo del estado « se « había decidido que el término más corto de la gesta-  
« ción era de 180 días; luego,—resulta del art. 314,  
« que basta con un intervalo de 179 días, *entre el ma-*  
« *trimonio y el nacimiento*, para que el niño no pueda  
« ser desconocido. Luego *no* se ha entendido con-  
« tar *el día del parto*; luego este día no debe contar-  
« se en el caso del artículo 315; y, por consiguiente,  
« habiendo fijado el término más largo en 300 días,  
« basta con un intervalo de 299 días *entre el día*  
« *de la disolución del matrimonio y del nacimiento*  
« para que el hijo sea legítimo ».

¿ Debe contarse el día de la concepción, ó lo que es lo mismo *el día del matrimonio y el día de su dis-*  
*olución* en los plazos de 180 y 300 días fijados como *mínimum* y *máximum* de la gestación? Los autores



franceses están divididos. Delvincourt, Toullier y otros dicen que sí, Zachariæ y otros, que no, fundados en la regla:—*dies à quo non computatur in termino*, mientras que Marcadé piensa que, según sea que se trate de uno ó de otros de los artículos de la referencia, el día de la concepción se computa ó se excluye de aquellos plazos.

**110**—¿Qué decidir en nuestro derecho?

Los artículos 76 y 77 que nos ocupan resuelven:

1.º Que la época de la concepción queda fijada en *todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el minimum de la duración del embarazo*;

2.º Que el maximum de duración es de 300 días y el minimum de 180 días.

3.º Que de estos últimos plazos *se excluye el día del nacimiento*.

¿Se incluye ó no en ellos el día de la concepción ó sea el día del matrimonio y el día de su disolución? La negativa se impone, si ha de juzgarse con la regla del artículo 21 que dice:—« los plazos *de días* no se contarán de momento á momento, ni por horas, *sino desde la media noche en que termina el día de su fecha* ».

En presencia de esta disposición terminante, nosotros sostenemos una de estas dos cosas:

1.ª Que en tratando de la legitimidad de los hijos, la ley misma se ha apartado de la regla establecida por el art. 21 é incluye en los plazos de días, fijados como maximum y minimum del embarazo, el día de la concepción ó sea el día del matrimonio, el día de su disolución y el día del divorcio;

2.ª Que si no es posible admitir esto, hay error en varios artículos del Código, que vamos á examinar, y que es necesario corregirlos.

Veamos.



El art. 274 dice:—« La ley supone concebidos durante el matrimonio . . . los póstumos que nacieren *dentro* de trescientos días contados desde el día en que el matrimonio válido ó putativo fué disuelto por muerte del marido ó porque fuere anulado ».

« *Dentro* de 300 días ». . . . Naciendo el póstumo *dentro* del último día de los 300, nace *dentro* de los 300, y *excluyendo* el día del nacimiento, como dispone el art. 77,—quedan 299 y *agregando* el día de la disolución del matrimonio, se tienen los 300 que constituyen el máximum de la gestación. Si *no* se ha de incluir el día de la disolución, no se tiene los 300 días del máximum del embarazo, sino solamente 299 —y habrá error en el artículo que analizamos, el cual debiera estar redactado así:—« La ley supone concebidos durante el matrimonio . . . los póstumos que nacieren dentro de los *trescientos y un días* contados desde el día . . . », porque se verificará que, *excluidos* el día del nacimiento y el día de la disolución del matrimonio, quedan los 300 del máximum del embarazo.

El art. 277 dice así:—« El hijo nacido *dentro* de los trescientos días *posteriores* a la disolución del matrimonio de la madre, se presume concebido durante el matrimonio de ella, aun cuando la madre ú otro que se diga su padre, lo reconozca por hijo natural ».—El día de la disolución *no es* un día *posterior* al de la disolución. Y bien, si de los 300 *posteriores*,—*dentro* de los cuales nace el hijo—*se excluye* el día del nacimiento, como lo dispone expresamente el art. 77, y también se excluye, de conformidad al art. 24, el día en que se disolvió el matrimonio,—que es precisamente el último en que pudo tener lugar la concepción,—no quedan sino 299 días, en lugar de los 300 que constituyen el máximum del embarazo. Ha-



brá entonces error en el artículo, el que debería estar redactado así:—« El hijo nacido dentro de los *trescientos y un* días posteriores... »—Por el contrario, si se admite que el día de la disolución *está incluido* en el plazo, el artículo está bien, porque descontado el día del nacimiento, quedan 299, y *agregando* el día de la disolución, se tiene los 300 de *máximum* de gestación.

El art. 280 dice:—« Son hijos legítimos los nacidos . . . —« *dentro* de los trescientos (días) *siguientes á la disolución* del matrimonio, si no se probase que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento ».

*Dentro* de los 300 *siguientes á la disolución*:—*Descontando* el día del nacimiento quedan 299, y *agregando* el día de la disolución se tienen los 300 del *máximum* del embarazo. Si también se excluye el día de la disolución, no quedan sino 299—faltando—por consiguiente—*uno* para completar el tiempo máximo de la gestación, y en tal caso el artículo debiera estar redactado así:—« Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y *dentro* de los *trecientos y uno* subsiguientes á su disolución, si no se probare, & ».

Oportunamente hemos de demostrar que la última parte de este art. 280 contiene un error, que es grave, porque grave es todo error sobre materia que hace relación á la legitimidad de los hijos.

Tenemos, pues, ó que el día del matrimonio, el día de su disolución y el día del divorcio se cuentan en los plazos del *máximum* y *mínimum* de duración del embarazo, ó, en caso contrario, que contienen error, y grave, los arts. que acabamos de analizar y deben ser modificados.

Entre la primera conclusión, que es fácil explicar, y

la segunda que es más grave, nos decidimos por la primera y sostenemos que la ley misma, abriendo una excepción á la regla del art. 24, incluye en los plazos de la referencia el día del matrimonio, el día de su disolución y el día del divorcio.

Véase lo que decimos bajo los arts. 274 y siguientes.

**Art. 78.** *No tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto ó después de tener lugar, ni á requerimiento de la propia mujer antes ó después de la muerte del marido, ni á requerimiento de éste ó de partes interesadas.*

**111**—La disposición de este artículo es fruto del adelanto de nuestras costumbres. El pudor de la mujer y el desagrado que causan las desvergüenzas y las medidas vejatorias hacen que queden condenados absolutamente el reconocimiento del embarazo, el depósito de la mujer y su vigilancia por un comisionado especial que las leyes romana y española prescriben. Son medidas que quedan proscritas aun cuando la propia mujer, en vez de rechazarlas, las solicitase. Recursos ó medios hay, suaves y permitidos, que el marido y cualquier otro interesado pueden emplear para evitar la sustitución del hijo que naciere, sorprender la suposición ó falsedad del embarazo y tener la prueba de la fecha en que tuviere lugar el nacimiento á los efectos del desconocimiento del hijo que fuere dado á luz más allá del plazo fijado como maximum de la gestación.

Véase lo que sobre la materia decimos bajo los arts. 67 y 68.







## TÍTULO V

**De las pruebas del nacimiento de las personas**

**Art. 79.** *El día del nacimiento, con las circunstancias del lugar, sexo, nombre, apellido, paternidad y maternidad, se probará en la forma siguiente:*

**112**—Es de la mayor importancia tener la comprobación del día del nacimiento de las personas, del lugar en que tuvo lugar, su sexo, nombre y apellido, su paternidad y maternidad, porque todas estas circunstancias son de un valor decisivo para el hombre en sus relaciones ya con la familia, ya con la sociedad en general, decidiendo de su estado y de su capacidad y, consiguientemente, de sus derechos y deberes. El nacimiento con vida es hecho que no necesita ser probado porque está presumido por la ley, pero es de toda importancia la prueba de los siguientes: la paternidad y maternidad, porque son la base natural del estado de familia, á que van acompañados derechos de la mayor importancia, morales los unos y relativos á los bienes de fortuna los otros, como son los sucesorios; el sexo, nombre y apellido, porque sirven no sólo para hacer la individualización de la persona, sino también para comprobar su identidad en los casos en que deba hacerse, que no son pocos; y, finalmente, el día del nacimiento debe ser conocido y justificado, porque sobre su base hay que decidir acerca de la capacidad plena del que hubiere llegado á la mayor edad, de la que asista para contraer matrimonio, hacer



testamento, reconocer hijos naturales, &, según que se haya ó no llegado á la pubertad. El Código ha debido, pues, ocuparse de los medios probatorios del día del nacimiento con estas circunstancias importantes, y lo hace en los artículos siguientes, designando las fuentes sin descender á los detalles, los que deben ser materia de leyes reglamentarias ó de disposiciones administrativas.

**Art. 80.** *De los nacidos en la República, por certificados auténticos extraídos de los asientos de los registros públicos, que para tal fin deben crear las municipalidades, ó por lo que conste de los libros de las parroquias, ó por el modo que el Gobierno Nacional en la Capital, y los Gobiernos de Provincia determinen en sus respectivos reglamentos.*

**113**—En las Provincias, el registro del estado civil de las personas se hace con sujeción á sus leyes propias y á los reglamentos que dicten sus autoridades, porque es materia de su competencia constitucional. En la Capital de la República y en los territorios nacionales, el Registro se hace con sujeción á las leyes que dicte el Congreso y en armonía con las ordenanzas que las Municipalidades locales expidieren en ejercicio de sus facultades legales. El régimen de estos Registros y de las oficinas encargadas de llevarlos son de carácter esencialmente civil, no sólo por su naturaleza, sino también por sus objetos en el orden social. Es la ley civil quien fija el estado de familia de las personas, quien establece las sucesiones, determina los grados de parentesco,



el modo de la concurrencia y la parte ó porción que á cada individuo ó á cada rama corresponde en la herencia, *et cetera, et cetera*, sin consideración á clases sociales, ni á sectas ó creencias religiosas. Pero, en fuerza de lo dispuesto por el Concilio de Trento en su Sesión 24, Capítulos 1º y 2º de la Reforma del Matrimonio, los párrocos llevan libros en que se asientan los matrimonios y nacimientos, cuyas partidas han servido siempre para justificar el estado civil de las personas y el hecho de su nacimiento con las circunstancias de su fecha, paternidad y maternidad.

Y bien, el artículo que nos ocupa dispone acertadamente que el día del nacimiento, con las circunstancias detalladas en el art. 79, se prueba, respecto de los nacidos en la República, con certificados auténticos extraídos de los Registros públicos, nacionales ó provinciales, ó por lo que conste de los libros de las parroquias, con lo que se conserva á los de estas últimas el carácter y la autoridad que han tenido, no sólo respecto del pasado, sino también respecto de los asientos que se hicieren en el porvenir. Pero, por la Ley del Congreso, N.º 1565, de 31 de Octubre de 1881, sobre el establecimiento del Registro Civil en la Capital de la Nación y territorios nacionales, se dispone que: «Ninguna partida extraída de otro Registro que el del Estado Civil podrá presentarse en juicio para probar hechos que hayan debido inscribirse en él, sin que *preceda* la inscripción correspondiente», art. 27.

**114**—El encargado del Registro está obligado á dar á los interesados dentro de veinte y cuatro horas desde que se solicite, copia autorizada de los asientos que se encuentran en los Libros, transcribiendo siempre, íntegramente, la partida con las notas marginales que tuviese.—Art. 25 de la recordada ley de 1881.



**Art. 81.** *De los nacidos en alta mar, por copias auténticas de los actos que por ocasión de tales accidentes, deben hacer los escribanos de los buques de guerra y el capitán ó maestre de los mercantes, en las formas que prescriba la respectiva legislación.*

**115**—Rigen todavía en la República las «Ordenanzas generales de la Armada Naval», mandadas cumplir por resolución dada en Aranjuez á 8 de Marzo de 1793, por el Rey Don Carlos. En el tratado 2º, tit. 6º, se especifican los distintos libros que deben llevarse en los buques de guerra y la materia ú objeto de cada uno de ellos, debiendo los casos de nacimiento caer bajo la disposición final del art. 33. En cuanto á los buques mercantes, el art. 927 del Cód. de Comercio de Octubre de 1889 dispone, como obligación impuesta á los capitanes, el deber de asentar en el libro «*Diario de Navegación*», «los nacimientos y defunciones que ocurrieren á bordo». Un testimonio ó copia auténtica de estas partidas constituirá prueba del día del nacimiento, con las circunstancias del art. 79 que en ellas se contuvieren.

**Art. 82.** *De los nacionales nacidos en país extranjero, por certificados de los registros consulares, ó por los instrumentos hechos en el lugar, según las respectivas leyes, legalizados por los agentes consulares ó diplomáticos de la República.*

**116**—El día del nacimiento de los *nacionales* nacidos en país extranjero se probará—dice este artículo



—por los certificados de los registros consulares, ó por los instrumentos hechos en el lugar con sujeción á las disposiciones que allí rigiesen,—*locus regit actum*,—legalizados sus testimonios por los agentes consulares ó por los diplomáticos de la República, conforme á los estatutos ó reglamentos vigentes.

En el tratado sobre *Derecho Procesal*, estipulado en el Congreso Sud-Americano reunido en Montevideo en 25 de Agosto de 1888, se contienen estas disposiciones: Los documentos auténticos otorgados por los funcionarios de un Estado... surtirán sus efectos en los otros Estados signatarios..., siempre que estén debidamente legalizados. La legalización se considera hecha en debida forma, cuando se practica con arreglo á las leyes del país de donde el documento procede, y éste se halla autenticado por el agente diplomático ó consular que en dicho país, ó en la localidad tenga acreditado el gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución: — arts. 3 y 4.

Cuando nuestro artículo dice... de los *nacionales* nacidos en país extranjero, debe entenderse de los hijos de argentinos nacidos en el extranjero que, en tiempo legal, hubiesen optado por la ciudadanía argentina: art. 1º, inc. 2º de la Ley n. 346 de 8 de Octubre de 1869.

**Art. 83.** *De los extranjeros en el país de su nacionalidad, ó en otro país extranjero, por el modo del artículo anterior.*

**117**—Tratándose de extranjeros, natural es que la prueba del día de su nacimiento deba hacerse con los documentos ó certificados correspondientes, según la

legislación del lugar en que se hizo el registro,—*locus regit actum*,—debiendo los certificados ó testimonios venir legalizados por los agentes consulares ó diplomáticos de la República.

**Art. 84.** *De los hijos de los militares en campaña fuera de la República, ó empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros, como fuesen determinados en los reglamentos militares.*

**118**—La disposición de este artículo no requiere aclaración, y en los casos que ocurrieren se estará á lo dispuesto por los reglamentos militares, sean generales, sean particulares para un ejército determinado, que fueren dados.

Todos estos artículos, desde el 70 hasta el presente, ambos inclusive, son tomados al pie de la letra del proyecto de Freitas, art. 234.

**Art. 85.** *No habiendo registros públicos, ó por falta de asiento en ellos, ó no estando los asientos en la debida forma, puede probarse el día del nacimiento, ó por lo menos el mes ó el año, por otros documentos ó por otros medios de prueba.*

**119**—El nacimiento es un hecho absolutamente independiente de la voluntad del nacido. Y es un hecho de importancia trascendental, porque cuando la criatura nace viva, aunque no dure sino por instantes, toman carácter definitivo los derechos adquiridos por la persona durante su existencia en el seno materno,





se transmiten, con su muerte, á sus sucesores legítimos, queda fijado su estado de familia, cesa la representación del feto y principia la de los menores de edad &c., &c., art. 69 y 70.

Siendo un hecho simple, y hecho absolutamente extraño á la voluntad del nacido, es ajustado á los principios del derecho permitir su prueba por todos los medios legales cuando no existieren registros públicos; cuando—existiendo—no se encontrare en ellos el asiento correspondiente, ó cuando el asiento no estuviere hecho en debida forma, de modo que fuere nulo, ó simplemente defectuoso con defecto que lo desnudara de la autoridad probatoria que atribuye la ley á los hechos en forma regular. La prueba instrumental puede y debe ser exigida en tratándose de actos libres; pero cuando se está en presencia de un hecho simple, en el que no ha intervenido la voluntad humana y respecto del cual no es posible, por lo tanto, imputar al interesado falta ó negligencia, debe ser permitido usar de todos los medios de derecho para la justificación del hecho. Esta regla, que es de buena legislación, tiene su fundamento en la naturaleza de las cosas y está sostenida uniformemente por los jurisconsultos de nota. Freitas la consigna en su art. 235, del cual está tomado el nuestro.

**Art. 86.** *Estando en debida forma los certificados de los registros mencionados, se presume la verdad de ellos, salvo sin embargo, á los interesados el derecho de impugnar en todo ó en parte las declaraciones contenidas en esos documentos, ó la identidad de la persona de que esos documentos tratasen.*

**120**—El nacimiento es un hecho, pero no un acto jurídico.

El asiento que de él se hace en los libros tiene por base, no la declaración del que fué dado á luz, que en ningún tiempo es apto para suministrar los datos de ciencia propia, sino las referencias ó declaraciones de terceros, como son los padres, ú otros á quienes la ley permita hacerlas al encargado del Registro para el asiento respectivo. Cuando éste reviste todas las formas legales, se presume su verdad, dice nuestro artículo, es decir, las declaraciones contenidas en él, respecto del día del nacimiento, sexo, paternidad y maternidad de la criatura dada á luz, son reputadas verdaderas con toda la autoridad de una presunción *juris*, pero con la de presunción de derecho solamente y, por lo tanto, es permitido combatirla y desautorizarla por medio de prueba directa y contraria, la cual debe ser hecha por el que contradijere la presunción legal. Las consideraciones generales de carácter jurídico, reforzadas por la necesidad de que el estado de las personas se ajuste á los hechos de la naturaleza, imponen conceder á los interesados el derecho para impugnar las declaraciones contenidas en el acta ó registro de nacimiento, como igualmente la identidad de la persona á que el registro se refiera; siendo permitido, para hacer la prueba del caso, usar de todos los medios probatorios conocidos en derecho, lo cual no es ni puede ser dudoso, porque si es permitido—art. 85—usar de todos ellos cuando no hubieren registros públicos, ó cuando habiendo no estuviere en ellos el asiento respectivo, ó no tuviere la forma debida, debe á *fortiori* permitírselos para la prueba de la falsedad de las declaraciones del instrumento, ó para la justificación de que la persona que se acoge á él no es la verdadera, porque en todos estos casos ó se trata de







hechos simples, ó se trata de errores, ó de simulación fraudulenta, ó de actos dudosos, cuya prueba está sujeta á las reglas del derecho común, art. 1225.

**Art. 87.** *A falta absoluta de prueba de la edad, por cualquiera de los modos declarados, y cuando su determinación fuere indispensable, se decidirá por la fisonomía, á juicio de facultativos, nombrados por el Juez.*

**121**—Bajo varios de los artículos anteriores hemos manifestado la importancia que tiene el conocimiento y comprobación de la edad de las personas, como antecedente para definir de las relaciones de derecho según la capacidad ó incapacidad de los agentes en los hechos y actos jurídicos; y ocupándonos del presente vamos á indicar otros casos que, poniendo en evidencia la necesidad de conocer la edad de las personas, sirvan para justificar su disposición. Tratándose de actos ejecutados por un menor de edad,—puede discutirse sobre la nulidad, que los afectara, según que el menor fuera ó no impúber:—el testamento que hubiera hecho—por ejemplo—y bajo el cual hubiese fallecido, dudándose si alcanzó ó no á la edad adulta: combinación de los arts. 54, inc. 2º y 320. Lo mismo sería si se discutiese sobre la validez de un matrimonio, alegándose haber sido contraído en la edad de la impubertad, que, referentemente al varón, es durante toda ella un impedimento para el matrimonio, bien entendido que en la suposición nos ponemos fuera de las circunstancias que hacen improcedente la acción de nulidad: artº. 166 y 142. En estos casos sería indispensable determinar la edad para la resolución de la



causa, y si ocurriere la falta absoluta de prueba por cualquiera de los medios declarados en los artículos precedentes, el que nos ocupa declara que se decidirá de la edad por la fisonomía, á juicio de facultativos nombrados por el juez. No hay otro recurso para salvar la dificultad. Está adoptado por el Código de Chile y por Freitas en su proyecto, art. 238.

**Art. 88.** *Si nace más de un hijo vivo en un solo parto, los nacidos son considerados de igual edad y con iguales derechos para los casos de institución ó sustitución á los hijos mayores.*

**122**—Porque el tiempo no se cuenta por horas, dice nuestro codificador, refiriéndose al art. 21, que dice así :—« El día es el intervalo entero que corre de media noche á media noche ; y los plazos de días no se contarán de momento á momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha ».

Teniendo presente esta regla y suponiendo que una de las criaturas naciese en las primeras horas de la noche del día 1º de un mes cualquiera y la otra en las de la mañana del día 2 ¿cómo se contarían los días, meses, ó años de vida de estos gemelos ?

Tratándose de *días*, en la edad del nacido el 1º se contará íntegramente el día *dos* :—en la edad del nacido el 2, no se contará éste, sino el día *tres* y siguientes, de conformidad al art. 21, y resultará que el primer gemelo le llevará al segundo un día de diferencia.

Tratándose de *meses*, ó de *años*, se tendrá que el primero cumplirá uno ó más meses de edad el día 1º de cada mes y uno ó más años de edad el dicho



dia 1<sup>o</sup>, y el segundo los cumplirá el día 2, todo de conformidad al art. 25,—existiendo siempre entre los gemelos—como se vé—un día de diferencia. Tal sería el resultado de la aplicación, natural, diremos así, de las reglas sentadas por los artículos 24 y 25, partiendo de la base del caso supuesto y en el concepto de que no fuera dudoso el intermedio de muchas horas entre los dos nacimientos. ¿Hay alguna dificultad para la aplicación de aquellas reglas? Ninguna, porque jamás podría llegarse á la violación de la que sienta este principio: *el tiempo no se cuenta por horas*, principio que tiene extricta aplicación en el caso de gemelos nacidos *en un mismo día*, pero no en el de gemelos nacidos en días diferentes. En este último, la aplicación de las reglas se hace sin dificultad.

¿Cuál es entonces la verdadera razón del artículo que nos ocupa? La que da Freitas, en su nota al art. 234 de su proyecto, en estos términos:—« *Día del nacimiento*: Exigir la prueba de *la hora* del nacimiento, como lo tiene exigido el artículo 57 del Código Francés, mandando declarar *la hora* en los asientos del registro, sería crear un embazo inútil, é insuperable en muchos casos.

« Inútil, decimos, porque esa precisión se aprovecharía en cuestiones de primogenitura, que son raras, después de la abolición de los primogénitos. Hoy podría suscitarse tal cuestión en insituciones y sustituciones hereditarias (de aquí ha tomado nuestro codificador lo que nuestro artículo contiene sobre el particular) que recayesen en gemelos. Para este proyecto, sin embargo, el tiempo no se cuenta por horas, y *para el caso de adquisición de herencias por gemelos, ahí está la providencia del artículo 239* »,—artículo que dice así:



« *Naciendo más de un hijo vivo en un solo parto se debe considerar á los nacidos como IGUALES EN DERECHO* ». Nazcan en un mismo día, nazcan en días diferentes, los nacidos *en un solo parto*, se consideran *iguales en derecho*.

**123**—¿Cuál sería,—en el campo de nuestro artículo—el día que hubiera de sentarse en el registro como de nacimiento común de los gemelos? El día del nacimiento del primero, ó el día del nacimiento del segundo de éstos? Pensamos que el día del nacimiento del primero, en contemplación á las cuestiones de legitimidad que pudieran sobrevenir.

---

**Art. 88.** Porque el tiempo, como se ha declarado, no se cuenta por horas.

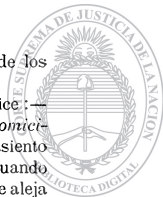
## TÍTULO VI

### Del domicilio

**Art. 89.** *El domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios. El domicilio de origen, es el lugar del domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos.*

**124**—Este artículo define el domicilio en sus dos aspectos generales:—el *real* y el de *origen*.

El *real* es « el lugar »—dice—donde la persona tiene establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios; y el de *origen*, es « el lugar » del



domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos.

La ley romana, ocupándose del primero, dice:— Es fuera de duda que cada individuo *tiene su domicilio* allí donde posee bienes y donde establece el asiento de sus negocios, lugar que no abandona sino cuando un negocio lo llama á otra parte y de donde no se aleja sino para hacer un viaje, el cual se reputa concluído desde que está de regreso.

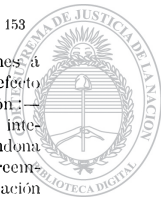
« *Et in eodem loco singulos habere DOMICILIUM non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit; unde rursus non sit discussurus, si nihil avocet; unde quum profectus est, peregrinari videtur; quod si rediit, peregrinari jam destitit.* L. 7, Cód. 10—39, *de incolis.*

Pothier—I-3, n. 8—acepta esta definición y,—en el fondo—también Savigny, T. 8, § CCCLIII—quien lo define así:

« Se considera como domicilio de un individuo *el lugar* en que reside constantemente y que ha elegido libremente como centro de sus negocios y de sus relaciones de derecho.

« La residencia constante no excluye una ausencia momentánea »....

Es fácil apercibirse del defecto que entrañan estas definiciones, así las dadas por las leyes, como las dadas por los jurisconsultos. No definen lo que es el domicilio, no dicen en qué consiste y cuál es su naturaleza: se limitan á determinar *el lugar* en que la persona tiene su domicilio. El Dr. Story, en su obra *Conflicto de las leyes*, incurre en el mismo defecto, diciendo que el domicilio en sentido extricto y legal es *aquel lugar* donde la persona tiene su verdadera, fija y permanente casa y principal establecimiento, y á donde, cuando está ausente, tiene intención de volver:



—*animus recertendi*. Bugnet,—en sus anotaciones, á las *Obras* de Pothier, hace notar el recordado defecto y piensa que puede darse la siguiente definición:— « *Domicilio* es una relación legal y puramente intelectual entre una persona y un lugar ». Se abandona así la materialidad del lugar ó de la casa y se la reemplaza por una abstracción ó sea por una relación de derecho. Cuando una persona está en relación jurídica directa con una cosa, se dice que hay un derecho *real*; cuando la relación jurídica es entre persona y persona, se dice que hay un derecho *personal*; y bien, cuando la relación de derecho es entre la persona y un lugar, se dice que hay *domicilio*.

Ortolán, en su obra « Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano ».—Generalización—Part. 1ª, tit. 1, *De las personas*—critica la definición que Bugnet y otros hacen del domicilio, y da él la siguiente:—« es el asiento legal, el asiento jurídico de toda persona;—asiento donde,—á los ojos de la ley,—se la estima estar, para ciertas aplicaciones del derecho, sea que corporalmente se encuentre allí, sea que no ». En este orden de ideas, Mourlón piensa que el domicilio puede ser definido así:—« *el lugar donde se presume que la persona está siempre presente por sí misma, ó por un mandatario que la reemplaza* ». Repeticiones—tom. 1º, tit. III.—Del domicilio. ¿Cuál es ese lugar? Es aquel donde tiene su principal establecimiento,—responde,—agregando que esta palabra establecimiento no tiene aquí un sentido preciso y rigurosamente determinado. « Así, un niño de poca edad tiene un domicilio, aun cuando no tenga un establecimiento en el sentido propio de esta palabra. El establecimiento de que es aquí cuestión consiste en el interés, de cualquiera naturaleza que sea, interés de familia, de propiedad, de funciones, que une á la per-



sona á cierto lugar. Este interés (establecimiento) es *principal* cuando es tal que nos liga á un lugar de preferencia á todo otro ».

**125**—Por lo demás, el domicilio real no excluye una ausencia transitoria, aun cuando responda á negocios que deban realizarse en un lugar distinto de aquel en que se tiene el domicilio. Es que el domicilio se conserva con solo la intención y, por consiguiente, no lo perjudica una ausencia transitoria, art. 99.

**126**—Hay marcada y radical diferencia entre la manera de crear y la de conservar el domicilio real. Para crearlo se necesita el *hecho* y la *intención*; y para conservarlo basta la *intención*. Es por esto que una ausencia momentánea, aunque fuese impuesta—como se ha dicho—por negocios que deban ejecutarse en un lugar determinado, no suprime el domicilio real que se tiene en otro lugar. La diferencia recordada entre el modo de crear y el modo de retener el domicilio, está fundada en la naturaleza de las cosas y consignada en nuestra ley. El artículo que nos ocupa requiere, en efecto, el hecho, esto es *la residencia*, acompañada, como es natural, de la intención de fijar allí su domicilio, que es siempre un acto de libertad. El art. 91 dice terminantemente á este respecto: «... el domicilio se determina por la residencia, *con intención* de permanecer en el lugar en que se habite», y el 99 declara en términos perentorios que el domicilio se *conserva* con la *sola intención* de no cambiarlo, ó de no adoptar otro.

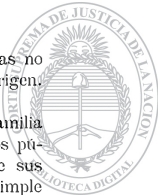
**127**—El domicilio real tiene por base la libertad que asiste á toda persona para fijar en el lugar de su elección el asiento principal de su residencia y de sus negocios; y de tal manera fué siempre res-



petada esta libertad que la ley romana no permitió nunca que fuese coartada por estipulaciones ó por actos de carácter privado. Y así, un legado hecho bajo la condición de un domicilio determinado, se reputa hecho simplemente y, por lo tanto, como no existente tal condición. L. 71, § 2, *de conditionibus*, lib. XXXV, y véase Savigny, tom. 3º, § CXXIII y tom. 8º, § CCCLIII. Y es para garantizar este principio de libertad individual en la elección del domicilio que los arts. 97 y 565 del Código, no permiten que la facultad de cambiarlo de un lugar á otro sea coartada ni por contrato, ni por disposiciones de última voluntad. Por consiguiente, el acto que impusiese una condición que restringiera esa libertad, no tendría efecto:—La nulidad de las cláusulas que importasen condiciones prohibidas, hace de ningún valor la obligación principal, dice el art. 560. La condición prohibida por la ley, deja sin efecto la obligación, repite el art. 564, y el art. 3642 declara que: «En las disposiciones testamentarias, toda condición ó carga, legal ó físicamente imposible, ó contraria á las buenas costumbres, anula la disposición á que se halle impuesta», recordando y repitiendo el 3643 que son especialmente prohibidas las condiciones designadas en el art. 565 del Código.

**128**—El domicilio de *origen*, ó sea el *paternal*, como le llaman algunos, es el domicilio que tienen los padres en el día del nacimiento de los hijos. La ley atribuye á éstos el domicilio de sus padres en razón de estar sujetos á su autoridad. La unidad de la familia y la autoridad paterna requieren que los hijos de familia no tengan otro domicilio que el de sus padres. Este domicilio dura mientras los hijos no llegan á la mayor edad, ó no se emancipan. Siendo mayores, ó emancipados, pueden crear un nuevo do-





micilio de su elección—art. 97;— pero, mientras no lo hagan, conservan el anterior, ó sea el de origen. Arg. del art. 90, inc. 9.

Cesa el domicilio de origen en los hijos de familia y entra á regir el *legal*, cuando son funcionarios públicos,—seculares ó eclesiásticos,—siempre que sus funciones no sean temporarias, periódicas ó de simple comisión; ó cuando son militares y están en servicio activo y no manifestasen intención contraria por algún establecimiento permanente, ó asiento principal de sus negocios en otro lugar: art. 90, incs. 1º y 2º. Cesa igualmente el de origen y rige el *real* cuando con licencia ó autorización de sus padres cambian de residencia y la fijan en otro lugar en que ejercen oficio, profesión ó industria separada: combinación del artículo que nos ocupa con los 317 y 318; Cód. de Chile, arts. 9 y 10.—Pothier, I, n. 16, dice al respecto: «Un menor puede trasladar su domicilio sea al lugar en que se le acuerda un beneficio ó cargo, ú otro empleo no amovible que requiera residencia permanente; sea al lugar en que, con consentimiento de aquellos bajo cuyo poder está, formase un establecimiento de comercio». En este último caso, la autorización paterna, dada al hijo mayor de diez y ocho años, producirá su emancipación y podrá elegir domicilio con la libertad de un mayor de edad—art. 10 y 11, Cód. de Com. de 1889.—Cesa también cuando los padres cambian el que tenían en la fecha del nacimiento de sus hijos, porque el domicilio de éstos, que están bajo su potestad, es el de aquellos—art. 90, inc. 6º.—Este principio está consagrado por los tribunales norte-americanos en estos términos: el domicilio de un *menor* cambia con el de su padre,—como se vé en Story Conf. de las Leyes, n. 46.—La ley romana dice sobre el particular: «*Placet*

*etiam filium-familias domicilium habere posse, non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicunque ipse constituit* ». Pothier, Pandectas, Lib. 50, tit. 1º, n. XXV.

**129**—Cuando nuestro artículo dice que el domicilio de origen es el lugar del domicilio del *padre*, debe entenderse también, en su caso, el de la madre, porque á falta de aquél tiene ella la plenitud de la patria potestad, según el art. 339; y, por consiguiente, cuando la mujer viuda da á luz un hijo de su difunto marido, el niño tiene el domicilio de su madre, y cuando ésta lo cambiare, cambiará también el de aquél—art. 90, inc. 6º. « Si los padres cambian de « domicilio, el de los hijos menores les sigue »—dice Story en la obra y lugar antes citados, y Pothier escribe: « siendo el poder paterno,—á diferencia « de lo que pasa en el derecho romano,—común al « padre y á la madre, después de la muerte de su « marido sucede ésta en los derechos y en la cualidad « de jefe de familia que tenía su marido respecto de « sus hijos. Su domicilio, cualquiera que sea el lugar « en que lo traslade, debe ser el de sus hijos»....

**130**—Contrayendo la viuda un segundo matrimonio, su domicilio es el de su nuevo marido—art. 90, inc. 9º;—y como por aquel hecho pierde la patria potestad—art. 342—sus hijos entran á tener el domicilio de su nuevo representante, esto es, de su tutor legítimo ó dativo. En tanto que se haga el nombramiento de tutor, los menores conservarán el domicilio que tenía su madre antes de casarse, porque es regla, que, se conserva el domicilio que se tiene mientras no se crea otro, salvo disposición excepcional, como la del art. 96. Arg. del art. 98; Pothier n. 19; Story, Conf. de las Leyes n. 47.





**131**—Cuando por la muerte de sus padres, el menor es puesto bajo la autoridad de un tutor que tiene su domicilio en otro lugar ¿pierde el que tenían sus padres y adquiere el del tutor? Si, en virtud del art. 90, inc. 6º, que establece que « los incapaces tienen « el domicilio de sus representantes ». Bugnet dice con este motivo lo siguiente, que aceptamos en cuanto el punto tiene de importante para determinar la jurisdicción de los jueces: « El art. 108 del código francés, da al menor en tutela el domicilio de su tutor ; « pero en el interés del menor bien puede distinguirse « el *domicilio del menor*, del *domicilio de la tutela*, « que sería el lugar en que estaba domiciliado el « último, de los padres, fallecido».... Esta distinción está consagrada en nuestro derecho, pues por el art. 90, inc. 7º, se establece que el « domicilio que tenía « el difunto determina el lugar en que se abre su « sucesión » ; por el 435, que al juez de dicho domicilio es á quien corresponde el discernimiento de la tutela, sin el cual no es permitido ejercer las funciones de tutor, art. 433 ; y por los arts. 438 y 439, que á aquel mismo juez compete dirigir todo lo que á la tutela se refiere ó pertenece, aun cuando los bienes del menor estén fuera del lugar que abraze su jurisdicción y aun cuando *el menor* ó sus padres *mudasen* de domicilio.

**132**—¿Cuál es el domicilio de los hijos naturales?

Para responder debidamente hay que no olvidar las conclusiones siguientes:

1ª El padre y la madre tienen sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos—art. 362.

2ª No tienen, dada por la ley, la administración de sus bienes—art. 370.



3ª Debe en consecuencia dárseles tutor, (dativo, porque la tutela legítima no tiene lugar respecto de los hijos naturales) cuyo cargo puede ser conferido así al padre como á la madre, porque no está prohibido hacer en ellos este nombramiento.

Y bien, pueden ocurrir tres casos:

1º Un hijo natural—menor—de padre y madre desconocidos;

2º De madre conocida y de padre incierto ó ignorado; y

3º De padre y madre conocidos, que reconocieron su paternidad, ó que fué declarada por el juez.

En el primer caso, si el niño está en hospicio ó en casa de expósitos, su domicilio está en el lugar de la ubicación del establecimiento—combinación de los arts. 90, inc. 6º y 430. Si el niño no estuviese recogido en tales casas y tuviere tutor, su domicilio es el de éste—inc. 6º citado. Si, como es común, no vive en hospicio, ni en otro establecimiento semejante, ni tiene tutor, debe juzgarse según las circunstancias y decidirse que su domicilio es el lugar de su residencia permanente, ó el de la persona que de hecho lo tiene bajo su autoridad y cuidados, porque no estando legislado el caso, hay que resolverlo por las leyes análogas, ó por los principios generales de derecho, que son los de la justicia y equidad—art. 16.

Respecto del segundo caso, hay que decir que el domicilio del niño es el domicilio que la madre tiene en el día del nacimiento, y si ella lo cambiare la seguirá el hijo, porque este tiene por domicilio el de su madre natural: «*Ejus, qui justum patrem non habet, prima origo á matre*».

El tercer caso, no ofrece dificultad, porque correspondiendo á los padres naturales sobre sus hijos la patria potestad que los legítimos tienen sobre los

suyos, con ciertas excepciones que no es del caso recordar, el domicilio de los hijos es el de sus padres bajo cuya autoridad se encuentran.

---

**Art. 89.** Pothier, *Introducción general á las costumbres de Orleans*, cap. 1, § I, art. 8. Cód. Francés, art. 102.—Cód. Sar-do, art. 66.

**Art. 90.** *El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente, y así:*

1º *Los funcionarios públicos, eclesiásticos ó seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo estas temporarias, periódicas, ó de simple comisión;*

2º *Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquél, si no manifestasen intención en contrario, por algún establecimiento permanente, ó asiento principal de sus negocios en otro lugar;*

3º *El domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones autorizadas por las leyes ó por el Gobierno, es el lugar donde está situada su dirección ó administración, si en sus estatutos ó en la autorización que se les dió, no tuviesen un domicilio señalado;*





4º *Las compañías que tengan muchos establecimientos ó sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad;*

5º *Los transeuntes ó las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual;*

6º *Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes;*

7º *El domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión;*

8º *Los mayores de edad que sirven, ó trabajan, ó que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona á quien sirven, ó para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa, ó en habitaciones accesorias, con excepción de la mujer casada que, como obrera ó doméstica, habita otra casa que la de su marido;*

9º *La mujer casada tiene el domicilio de su marido, aún cuando se halle en otro lugar con licencia suya. La que se halle separada de su marido por autoridad competente, conserva el domicilio de éste, si no se ha creado otro. La viuda conserva el que tuvo su marido, mientras no se establezca en otra parte.*



**133**—Bajo el artículo anterior hemos tratado del domicilio *real* ó de elección y del domicilio de *origen*, y ocupándonos del presente corresponde estudiar el denominado *legal*, que no es otro que el que la misma ley establece en razón de hechos ó circunstancias especiales, presumiendo, *juris et de jure*, que la persona de que se trata, sea natural, sea puramente jurídica, reside permanentemente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones en un lugar determinado, aun cuando de hecho no estuviese allí presente. La naturaleza de las cosas requiere que contra esta presunción no se admita prueba: exige que sea de la clase que la declara la ley, esto es, *juris et de jure*, porque de lo contrario sería frecuentemente dudoso el lugar del domicilio, muchas veces de imposible determinación y quedarían sancionadas la anarquía y el desorden si fuera permitido que los menores de edad y la esposa—por ejemplo—pudieran pretender un domicilio distinto del de los padres y esposo.

**134**—*Primer inciso*—Se refiere á los «funcionarios públicos», es decir á los empleados públicos que desempeñan un cargo de carácter permanente. Para desempeñar con regularidad las funciones y deberes de un empleo de esta clase, se requiere la permanencia del empleado en el lugar, y como el cargo es de carácter permanente, la ley presume con razón que el que lo ha aceptado tiene la intención de residir allí habitual y permanentemente y declara en consecuencia que allí tiene su domicilio. Esta presunción no cabe respecto de empleos temporarios, de funciones periódicas, ó de encargos de simple comisión, porque en estos casos el hombre tiene siempre, ó generalmente la intención y el propósito de regresar al lugar de su domicilio así que hubiere espirado el

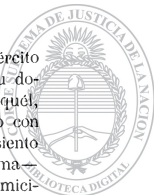


plazo, ó llenándose el objeto de su encargo. La judicatura nacional—por ejemplo—es vitalicia y el domicilio del que la desempeña no está ni puede estar en otro lugar que en aquel donde tiene su asiento el tribunal; pero conserva sin alteración su domicilio el que en calidad de *interventor*, por ejemplo, abandona su casa y el lugar de sus negocios y se traslada á la provincia intervenida por el gobierno de la República.

¿Desde cuándo principia el domicilio legal del empleado? Tratando de esta cuestión, Pothier I, 4, n. 15, dice: «La voluntad de trasladar nuestro domicilio á un otro lugar, debe estar justificada. No es equivocada cuando es un beneficio, un cargo ó un otro empleo no amovible que nos llama allí. En este caso, *desde que hemos llegado al lugar* del empleo, adquirimos allí domicilio».... La ley francesa difiere fundamentalmente de esta opinión de Pothier. El art. 107 no exige que el funcionario llegue al lugar en que debe ejercer su empleo aceptado para que allí tenga su domicilio: basta la aceptación del cargo para que el domicilio quede trasladado por obra de la ley. He aquí su texto: «La aceptación de funciones conferidas á vida importa traslación inmediata del domicilio del funcionario en el lugar en que debe ejercer sus funciones». Nuestro artículo dice: «Los funcionarios públicos....*tienen* su domicilio en el lugar en que *deben llenar* sus funciones».... En fuerza de estas palabras de nuestra ley, pensamos que,—sin perjuicio de casos especiales,—la posesión del cargo por el juramento opera el domicilio legal; y así, un juez nacional de sección juramentado ante la Suprema Corte de Justicia, tiene su domicilio en el lugar del asiento del Juzgado desde el día del juramento.

**135**—*Segundo inciso*—Se refiere á los militares





en servicio activo,—pero á los militares del ejército regular ó permanente,—y dispone que tienen su domicilio en el lugar en que se hallan prestando aquél, si es que no manifestasen intención en contrario con el hecho de un establecimiento permanente ó asiento principal de sus negocios en otro lugar. Se estima—dice la ley romana—que un militar tiene su domicilio en el lugar en que está de guarnición, si no posee nada en su patria. « *Miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret: si nihil in patriâ possideat* ». Pothier, Pandectas, tom. 23, CXXVII, n. 3.—Voet, (Juan) en sus comentarios á las Pandectas, Lib. 5, tit. 1º, § XCIII, dice: « *Militem quoque necessarium favore domicilium in loco, ubi meret, si nihil in suâ patriâ possideat, responsum est* ».

No bastará que el militar manifieste de palabras una intención contraria al domicilio que le fija la ley. Se requieren hechos que la traduzcan y le den el carácter de permanente, porque la intención que no va acompañada del hecho no pasa de ser un proyecto que nunca puede tener el poder de destruir una presunción legal. Es por eso que el inciso que nos ocupa dice: .... « *si no manifiestan intención en contrario, por algún establecimiento permanente, ó asiento principal de sus negocios en otro lugar* ».

**136 — Tercer inciso.**—Se ocupa de los establecimientos, corporaciones y asociaciones que tienen carácter de persona jurídica y declara que su domicilio lo tienen donde está situada su dirección ó administración, si en los estatutos ó en la autorización no se les acordase un domicilio determinado.

A los mismos fines á que responde el domicilio de las personas naturales, es necesario fijar el de las personas jurídicas, porque tanto respecto de las primeras como de las últimas, es necesario conocer el lugar



en que pueden ser ejercidos los derechos activa y pasivamente, es decir, por ellas y contra ellas. Y bien, siendo de regla que los incapaces para obrar por sí mismos tienen el domicilio de sus representantes, natural es que el de las asociaciones ó corporaciones esté allí donde está situada su dirección ó administración, salvo que en sus estatutos, ó en la autorización del gobierno se les designe un domicilio distinto y determinado. Ya el artículo 41 fijó este domicilio, diciendo así: «Las personas jurídicas nacionales ó extranjeras tienen su domicilio *en el lugar en que se hallasen, ó donde funcionen sus direcciones ó administraciones principales*, no siendo el caso de competencia especial». La definición dada del domicilio está fundada, dice Savigny, en las relaciones de la vida natural del hombre y por consiguiente no se puede aplicar á las personas jurídicas; y siendo necesario asignarles uno artificial, . . . conviene hacerlo en el acto de su constitución. Los estatutos—en efecto—suelen determinar el domicilio de las corporaciones, y cuando ellos no lo designan, lo fija la autorización del gobierno, y en muchos casos la ley misma, como sucede con las dadas por el Congreso de la República, cuando conceden á particulares la construcción y explotación de líneas de fierro, ú otros establecimientos destinados al servicio público.

**137** — *Cuarto inciso.* — Decide que las compañías que tengan sucursales, tengan su domicilio especial en el lugar de dichas sucursales para solo la ejecución de las obligaciones allí contraídas. Concuerta esta disposición con la última parte del art. 44.

Queda, pues, establecido por nuestra ley que una persona puede tener dos ó más domicilios, pero en esta inteligencia, que el uno es *general* y el otro ú otros son *especiales*. Nadie puede tener simultáneamente más de



un domicilio general, pero puede tener á un mismo tiempo dos ó más especiales. Esto es lo que se deduce de la definición del domicilio y de la intención que preside su formación. Savigny dice: «Una persona puede tener al mismo tiempo un domicilio en diferentes ciudades, cuando divide el conjunto de sus relaciones y de sus negocios entre ellas y las habita alternativamente según sus necesidades. Más de un jurisconsulto romano había puesto en duda la posibilidad de esta pluralidad de domicilios, pero se acabó por admitirla, reconociendo sí que era un caso raro que no se lo debía admitir sino con reservas».

En las Pandectas por Pothier se lee estos pasajes: Veamos lo que debe decirse cuando un individuo hace igualmente su comercio en dos lugares: «Labeón, dice, que aquel que hace su comercio igualmente en varios lugares, se estima que no tiene domicilio en ninguna parte; pero se hace notar que según algunos jurisconsultos se puede habitar en varios lugares y tener un domicilio, lo que es verdad». Ulpiano es de este último parecer; he aquí lo que dice: «Los prudentes ó jurisconsultos han decidido que un individuo podía tener un domicilio en diversos lugares, es decir, dos domicilios: á saber, si en uno y otro lugar hace construir una casa de manera que aparezca estar fijado *alternativamente* en uno y otro».

« Celso, en el libro primero del Digesto, trata la cuestión de saber si un individuo que tiene dos casas, la una y la otra igualmente amuebladas, pero situadas en dos ciudades diferentes y que las habita una después de otra, sin demorar mayor tiempo en la una que en la otra, debe estimarse que no tiene domicilio sino en el paraje donde se propone ir. Yo dudo si según este cambio alternativo de designio pueda alguien tener su domicilio en dos lugares. Es



«verdad que esto - aunque ocurra rara vez - puede tener lugar». — Lib. 50, Sec. II, art. II, n. XVIII.

Nuestra ley, en el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, no decide por la pluralidad del domicilio, sino por uno único, y en favor de aquel paraje donde se tenga la familia, ó el principal establecimiento. El art. 93 dice, en efecto, así: — «En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, ó el principal establecimiento». Story, en su obra Conf. de las Leyes, n. 45, nota c — escribe lo siguiente: «Nadie puede estar sin su domicilio, y nadie puede tener más de un domicilio á la vez. A veces suele decirse que una persona no puede tener más de un domicilio al mismo tiempo *para el mismo objeto*. Esta calificación fué sujerida probablemente por el uso del término *domicilio* para designar diferentes clases de residencias, á las cuales el término no es aplicable en su sentido técnico expuesto más arriba... Jamás se ha sostenido que una persona pueda tener un domicilio, en su sentido técnico, en más de un país á un tiempo. Las reglas para verificar, ó probar el domicilio, sólo admiten un domicilio á la vez... Lo que aquí se dice del domicilio respecto de un país, es aplicable respecto de un lugar determinado.—Ver Goyena, art. 41.

Por lo demás, respecto al fondo del inciso que nos ocupa, véase la nota 2 de Massé y Vergé á Zachariæ, § 92.

**138— Quinto inciso.** — Dispone que los transeuntes y los de ejercicio ambulante, así como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen á los efectos de derecho en el lugar de su residencia actual. Siendo indispensable designar un domicilio á las personas de la referencia, no es posible fijar otro que el establecido por este inciso. Es regla que se ajusta á la necesi-



dad y á la justicia. El art. 68 del Cód. de Chile es concordante con esta disposición, acerca de la cual puede recordarse este pasaje de la ley 32, tit. 2, part. 3ª. «... E la onzena es, quando el demandado « es reboltoso, ó de mala barata, de guisa, que non « *asosiega en ningún lugar*. Ca atal como este, tenuto « es de responder, *doquier que lo fallasen*»...

**139 — Sexto inciso.** — Establece esta regla general: «Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes», regla fundada en la naturaleza de las cosas— puede decirse—desde que el padre, tutor ó curador respectivo, administra los bienes de sus representados, obra por ellos, solo y con presidencia de su voluntad, en todo cuanto hace relación á sus intereses y gobierna la persona del incapaz, sin más restricciones que las impuestas por la ley. «Hay una razón sin réplica» que funda la resolución — dice Goyena — y la formula así: — «El domicilio tiene por objeto fijar el lugar para el ejercicio de los derechos civiles, activos y pasivos. Luego las personas que no pueden ejercerlos por sí solas y necesitan para ello la autorización ó ministerio de un protector ó administrador legítimo, tienen que seguir el domicilio de éste».

**140 — Séptimo inciso.** — Declara que «el domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión» - regla de consecuencias importantes y de aplicación diaria. Desde que la sucesión se abre allí donde tenía su domicilio el causante de la sucesión, es natural que el derecho á suceder en el patrimonio del difunto se rija por las leyes de ese domicilio, sean los sucesores nacionales ó extranjeros. Es también una consecuencia lógica de aquel principio que es al juez de aquel lugar á quien incumbe la jurisdicción sobre la sucesión y, por consiguiente, es ante él que deben



ser deducidas las acciones concernientes á los bienes sucesorios que algunos de los herederos universales intentaren contra sus coherederos; las relativas á la garantía de los lotes entre los coparticipes y á la modificación ó nulidad de la partición; las referentes á la ejecución de las disposiciones del testador; y finalmente las personales de los acreedores del difunto, antes de estar hecha la división de los bienes hereditarios: — artículos 3317 y 3318. Se exceptúa el caso en que no hubiere sino un solo heredero, porque entonces su domicilio prevalece y determina la competencia jurisdiccional, según el art. 3319.

**141—Octavo inciso—**Dispone que las personas mayores de edad que sirven, que trabajan, ó que están agregadas en casas de otros, tienen el domicilio de la persona para quien trabajan, ó á quien sirven, siempre que residan en la misma casa, ó en habitaciones accesorias, excepción hecha de la mujer casada, que, como obrera ó doméstica, habita otra casa que la de su marido. La idea del domicilio lleva aparejada la de una casa, un hogar, y la de tener allí el centro de los negocios principales:—la habitación, de un lado, y el asiento de la actividad que mira á los intereses de fortuna, de otro. Es justo entonces que la ley fije el domicilio de aquellas personas allí donde sus patrones tienen el suyo, desde que allí se encuentran reunidas, respecto de ellas, las condiciones que originan el domicilio, que son, su habitación ó residencia y el centro de su actividad.

La ley exceptúa á la mujer casada aun cuando, como obrera ó doméstica, habitase la casa de sus patrones, distinta de la de su marido. La razón de la excepción está en la autoridad marital y en la necesidad de conservar hasta en sus detalles la unidad que el matrimonio imprime en la vida de los esposos.



Nuestro inciso concuerda con el art. 73 del Código de Chile y con el 42 del proyecto de Goyena, bien que en este se sujeta á los menores de edad, á la misma regla que á los mayores, lo que no hace la ley argentina. Según ésta, el domicilio de los menores que sirviesen ó trabajasen para otros, aun habitando en casa de sus patrones, es, no el de éstos, sino el de sus representantes.

Pero, hay otros menores de edad que tienen indiscutible derecho para crearse un domicilio de su elección donde estimen conveniente desde el momento que se libentan de la dependencia de la autoridad paterna ó tutelar, y esos menores son los emancipados. Y bien, creemos que también á ellos — aunque no sean mayores de edad — es aplicable la disposición del inciso que nos ocupa y, por consiguiente, que los menores emancipados tendrán su domicilio en la casa de sus patrones, siempre que respecto de ellos concurren las circunstancias requeridas acerca de los mayores de edad.

**142 — Noveno inciso.** — Declara este inciso que la mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando con licencia de éste residiese en otro lugar; que la separada del marido por resolución de autoridad competente, conserva el domicilio del esposo, si no se ha creado otro; y finalmente, que la viuda conserva el que tuvo su marido, si no lo cambiase.

El matrimonio es, antes que un contrato, una institución sobre la cual reposa la sociedad civilizada. Es tal su naturaleza é importancia que se dice de él, que es el padre y no el hijo de la sociedad: *principium urbis et quasi seminarium reipublice*; y en su régimen la esposa está sujeta á la autoridad marital; está obligada á habitar con su marido donde quiera que éste fije su residencia; el marido tiene el deber de pres-



tar á su esposa todos los recursos que le fueren necesarios, atenderla y ejercer todos los actos y acciones que á ella correspondan: — artículos 208 y 210. Desde que esto es así y desde que en honor del cristianismo puede decirse con la autoridad de Marcadé, que nuestra ley parte de la idea tan natural como verdadera, tan bella como profunda, de que la mujer es como el complemento del hombre, destinada á formar con él un solo todo, — *duo in carne una*, — es por demás natural que la mujer casada tenga por domicilio o el de su marido y siga — por lo tanto — el cambio que éste hiciere en él. Los emperadores Antonino y Vero han decidido también en un rescripto, que la mujer durante el matrimonio es destinada ser habitante de la misma ciudad que habita su marido . . . — « *Antoninus et Verus item rescripserunt mulierem, quamdiu nupta est, incolam e usden civitatis videri, cujus maritus ejus est* ». — Voet, (Juan) *ad Pand.* — lib. 5, tit. 1, n. CI, dice: — « Cum vero uxor per matrimonium transeat in viri domicilium, atque insuper in potestate viri sit, quæ materialis potestas in variis tutoriã potestior est ex hodierno jure, vix dubium esse potest, quin marito migrante, uxoris quoque intuitu domicilium debeat censeri translatum: — usque adéo ut et viris doctissimis visum fuerit, inutile esse dotale pactum, quo id ageretur, ut invitã uxore liceret marito domicilium mutare: atque etiam placuerit, marito relegato á loco domicilii, ideoque necessarium alibi constituyente, uxorem invitã — obstringi ad id, ut novum mariti relegati domicilium et ipsa sequatur. Quid enim, secundum Ulpianum, tan humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse ».

Pero, cuando la unidad se rompe y la mujer se separa de su esposo con autoridad competente, esto es,





autorizada por resolución judicial, la esposa puede crearse á voluntad un domicilio distinto del de su marido art. 229. Mientras no forma uno nuevo, conserva el que su esposo tenía en la fecha de la separación, en fuerza de esta regla fundamental: — se conserva el domicilio que se tiene en tanto no sea cambiado. La disposición del art. 98 no es sino una aplicación de esta regla, y lo mismo la última parte del inciso que nos ocupa, en que se declara que «la viuda conserva el que tuvo su marido, mientras no se establezca en otra parte».

A este respecto, la ley romana dice: — «*Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet...*», agregando Pothier en *nota*: «En tanto que no haya establecido su domicilio en otro lugar» —para lo cual tiene perfecto derecho y entera libertad. Pothier *ad Pand.* lib. 50, tit. I, n. XXVIII.

**Art. 90.** Zachariæ, § 88.

1º Cód. Francés, art. 106 y 107.

4º Pothier. *Ad Pand.* Lib. 50, Tit. 1, n. 3.

6º Cód. Francés, art. 108 y 109. — Sardo, art. 71.

7º Cód. Francés, art. 110. — Cód. Sardo, art. 71.

8º Cód. Sardo, art. 72.

9º L. 32, Tit. 2, Part. 3ª. — Cód. Francés, art. 108. — Sardo, art. 71.

**Art. 91.** *La duración del domicilio de derecho, depende de la existencia del hecho que lo motiva. Cesando este, el domicilio se determina por la residencia, con intención de permanecer en el lugar en que se habite.*

**143** — El domicilio de derecho, como lo llama el presente artículo, ó el *legal* como lo denomina el



art. 90, depende en todos los casos enumerados en este último, de la existencia del hecho que lo motiva, y, por consiguiente, cesando el hecho, el domicilio de la persona se determina por la residencia. No es que el domicilio desaparezca con la simple cesación del hecho que lo origina, sino solamente que pierde su carácter de forzoso y se torna en voluntario, si no se lo cambia. El empleado que renuncia y se separa del cargo que desempeñaba, continúa teniendo el domicilio que le fijó la ley en razón del empleo, siempre que continúe residiendo en el mismo lugar, porque se conserva el domicilio que se tiene mientras no sea cambiado. El menor, hijo de familia, que se independiza de la potestad paterna por el hecho de llegar á la mayor edad, sigue teniendo el domicilio de su padre mientras no se crea otro. La mujer divorciada y la mujer viuda, conservan el domicilio de su marido en tanto que no se crean uno nuevo, dice el inciso 9º del art. 90. Es que el domicilio legal no desaparece con la simple desaparición del hecho que lo motiva: solamente pierde su cualidad y en adelante se lo determina por la residencia. En nuestro derecho, no cabe admitir que una persona no tenga un domicilio. O tiene el que voluntariamente se crea con la residencia y la intención—domicilio *real*—ó tiene el que le acuerda la ley—domicilio *legal* ó de derecho; y como es un principio fundamental en la materia, que, el domicilio que se tiene se conserva mientras no se crea otro, es indudable que el domicilio legal no desaparece con la simple cesación del hecho que lo motiva. La conclusión contraria, independientemente de estar en contradicción con la ley—art. 90, inc. 9º—importaría la desautorización de este principio y daría lugar á frecuentes casos en que las personas carecieran de domicilio.



**Art. 92.** *Para que la habitación cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijarse allí para siempre.*

**144**— Cuando se trata del domicilio voluntario ó de elección, se necesita el *hecho* y el *ánimo*. El hecho es la residencia ó sea la habitación, y el ánimo es la intención de residir en el lugar elegido; pero la residencia que causa domicilio no es la fugaz ó transitoria, como la que se tiene cuando se está en viaje y no se hace sino una pausa, ó la que se tiene en un lugar donde no se va sino á estudiar sus conveniencias para deliberar si conviene ó no fijar allí el domicilio. La requerida es la habitual, que es aquella que por su frecuencia y duración toma hasta cierto grado el sello de permanente y es apta para fundar en ella la presunción del ánimo de habitar allí y hacer del lugar el asiento de la residencia y de los negocios.

Ciertamente que en este — como en otros casos — entra en mucho la apreciación judicial para la definición del grado de residencia que la eleve al rango de habitual y la estimación de los hechos que juntos con ella concurren á imponer la declaración del domicilio. No es posible establecer, en la materia, reglas fijas: — las circunstancias especiales de la causa decidirán de la conciencia judicial; y así, se ha decidido que «poca prueba se requiere para demostrar que un hombre desea renunciar su domicilio de origen, cuando la probabilidad del tal deseo es grande»; que «un largo tiempo de residencia hace nacer la presunción de la intención de adquirir domicilio»; que «el hecho de trasladar una persona los restos de sus hijos de un cementerio en otro país al lugar donde reside, y el

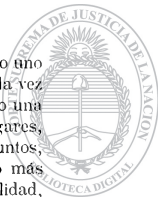


entierro de ellos en este último, se ha considerado como prueba importante de su intención de hacer de ese lugar su residencia permanente ». Stony — Conf. de las Leyes, n. 45, nota c.

**145** — Nuestro artículo dice que « la residencia debe ser habitual . . . , aunque no se tenga *intención de fijarse allí para siempre* ». Con esta frase se suprimen las cuestiones á que daría lugar la prueba de la *intención* de residir por siempre en un lugar determinado, si nuestra ley no hubiese hecho aquella declaración, porque siendo la intención una determinación recóndita del alma, no es susceptible de prueba directa é inequívoca. Los hechos unidos al tiempo son los que dan á la residencia el carácter de habitual, y de esta manera el domicilio tiene por base el hecho de la residencia con el ánimo que ese hecho presupone y queda así establecida perfecta armonía entre este artículo y la segunda parte del 97 - que dice así: — « . . . El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar á otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento. » No hay necesidad de tener la intención de trasladarse allí para siempre, y el ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento, se deducirá de los hechos y circunstancias del caso.

**Art. 93.** *En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, ó el principal establecimiento.*

**146** — Ni puede admitirse á los ojos de la ley una persona sin domicilio, ni que tenga simultáneamente



más de un domicilio general. No puede tener sino uno general—real ó legal—bien que puede tener á la vez uno ó más *especiales*. Por consiguiente, cuando una persona tiene residencia alternativa en varios lugares, cuando sus negocios se realizan en distintos puntos, no puede pretender tener simultáneamente dos ó más domicilios generales. Es esta toda una imposibilidad, por la razón suprema de ser imposible la residencia simultánea en dos lugares. Y bien, inspirada en esta razón fundamental, y siendo necesario decidir cuál es el domicilio en el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, nuestro artículo establece que es el lugar donde se tiene la familia, ó el principal establecimiento. La decisión es de toda justicia, porque nada más natural que suponer que el hombre tiene mayor predilección y está más ligado al lugar donde tiene su familia que á otro alguno. La familia es á la par que el centro de las afecciones, el cuadro de la vida real en que se reflejan todos los anhelos y donde encuentran su compensación todas las fatigas. Declarar domicilio del hombre el lugar de la residencia habitual de la familia, es establecer un antecedente jurídico, de gran importancia, como se verá en su lugar, en armonía con la verdad de las cosas.

Cuando la persona de que se trata no tiene familia y habita alternativamente en diferentes lugares, debe tenerse por su domicilio aquel en que tenga su principal establecimiento, porque es justo suponer que en proporción á sus intereses sus afecciones lo ligen más á ese lugar que á otro, y porque las consecuencias jurídicas del domicilio exigen que aquel sea declarado, preferentemente á otro el asiento real de la persona. Zachariæ, en el § 90 dice — « En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio está entonces en el lugar del principal establecimiento ».



**Art. 94.** *Si una persona tiene establecida su familia en un lugar, y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio.*

**147**—En la familia se retrata la personalidad de su jefe, porque es la expresión de sus esfuerzos por su educación y bienestar. Es, bajo la faz general de la vida, uno de los primeros altares á que consagra sus aspiraciones y sus sacrificios, y á ella convergen, de consiguiente, sus trabajos y sus afanes, así como en ella encuentra la paz y el cariño que curan las heridas del alma. Si, pues, el hombre tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, es el primero el lugar de su domicilio. De acuerdo con Pothier, el doctor Story — Conf. de las Leyes, n. 46 — al fin, sienta la regla de nuestros artículos en estos términos: — «Si un hombre casado tiene establecida su familia en un lugar, y él hace sus negocios en otro, el primero se considera su domicilio».

La familia prevalece sobre los negocios ó bienes de fortuna, según este artículo y el anterior inmediato, como influencia ó antecedente para la designación del domicilio.

**Art. 95.** *La residencia involuntaria por destierro, prisión, etc., no altera el domicilio anterior, si se conserva allí la familia ó se tiene el asiento principal de los negocios.*

**148**—Es regla fundamental que el domicilio que se tiene se conserva mientras no se crea otro, ya sea por hecho del hombre, ya por obra de la ley; de lo que se deduce que la residencia *involuntaria* en un lugar distinto de aquel en que se tiene el domicilio, no puede



tener poder para cambiarlo, porque aunque se tenga la residencia material, no existe la intención de crear allí el domicilio, suprimiendo el anterior. La creación de un domicilio implica la libertad de elección del lugar para la residencia, y es, por lo tanto, natural que la residencia involuntaria, como es la que tiene por origen el destierro y, con mayor razón, la prisión, no cause alteración en el domicilio anterior, si en el lugar en que se lo tiene se conserva la familia, ó se tiene el asiento principal de los negocios.

Por derecho romano, el destierro crea domicilio como quiera que el desterrado tiene el suyo en el lugar de su destierro. El individuo relegado en una isla, tiene *necesariamente* por domicilio, durante el tiempo de su pena, el lugar en que ha sido relegado — dice la ley 22, § 3 del Digesto: — «*Relegatus, in eo loco in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet*».

La pena multiplica el domicilio, pero no lo cambia. Así, el que ha sido relegado puede tener un domicilio en otro lugar que aquel donde ha sido encerrado ó deportado, como escribe Marcelo, — dice la ley 27, § 3: — «*Domicilium autem habere potest et relegatus, a eo loco unde arceatur; ut Marcellus scribit*», lo que importa, según Savigny, que la conservación del anterior domicilio no significa sino que la pena no liberta al desterrado de las cargas que soportaba antes de su condenación.

Tratando de la materia de nuestro artículo, Story — Conf. de las Leyes, n. 47, dice: — «*Décima tercera*, la residencia en un lugar, para que produzca un cambio de domicilio, debe ser voluntaria. Si es, pues, por fuerza, ó contra la voluntad, como por destierro, arresto, ó prisión, subsiste el domicilio anterior de la parte».



**Art. 96.** *En el momento en que el domicilio en país extranjero es abandonado sin ánimo de volver á él, la persona tiene el domicilio de su nacimiento.*

**149**—El derecho de abandonar la patria nativa para ir á buscar, al calor de la fraternidad humana, el bienestar en otro país, es derecho sostenido por los publicistas, con fundamentos inenmovibles, y es natural que desde el momento que el hombre *abandona el domicilio* que tiene en país extranjero, sin ánimo de volver, no tendría domicilio durante todo el tiempo de su viaje hasta llegar á la República y adquirirlo en ella *facto et animo*, si la ley no le acordara uno en cambio del abandonado. ¿Ha debido acordárselo? ¿Por qué y para qué se lo acuerda? «A veces se afirma, escribe Story—que una persona puede estar sin domicilio; como cuando deja un lugar con la intención de fijarse en otro, se ha dicho que mientras está *in transitu*, no tiene domicilio. Juliano, en la ley romana, lo afirma así. «*Si quis domicilio naviqet, vel iter faciat, querens quo se conferat, atque ubi constitua; hunc puto sine domicilio esse*». Pothier, Pand., lib. 50, tit. I, n. 18.

Pero á los ojos de la ley Argentina, no es posible admitir que una persona no tenga domicilio. O lo tiene creado por ella misma, con la residencia y el ánimo, que es el llamado *real*, ó lo tiene fijado por la ley. Que nadie puede estar sin domicilio y nadie puede tener simultáneamente más de un domicilio general, es un principio sin excepción en el Código. Por consiguiente la ley ha debido dar un domicilio al que ha abandonado el que tenía en país extranjero, sin ánimo de volver. ¿Para qué se lo acuerda? ¿qué utilidad pue-





de prestar esta provisión de la ley? La fijación del domicilio es una necesidad jurídica, reclamada por los actos que puede ejecutar durante su viaje la persona que abandone su país para venir á la República, ó ir á otra nación. Durante este viaje puede contratar en una localidad de tránsito sobre bienes existentes en la República Argentina. ¿Por qué ley se decide acerca de la capacidad de esta persona que no tiene domicilio en la República? Por la ley de su domicilio en territorio extranjero, según los artículos 7 y 8; luego es necesario fijarle un domicilio para saber qué ley aplicar y poder decidir si tuvo ó no capacidad para estipular el contrato de la referencia, lo que demuestra que es, como hemos dicho, una necesidad jurídica y que puede, por lo tanto, ser útil la provisión de la ley que acuerda un domicilio al que abandona el que tenía en país extranjero, sin ánimo de volver á él.

El domicilio que le atribuye es el de su nacimiento, es decir el de *origen*, definido por el artículo 89, con el cual llega el inmigrante á las playas argentinas y lo conserva hasta cambiarlo por otro.

**Art. 97.** *El domicilio puede cambiarse de un lugar á otro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar á otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento.*

**150**—El derecho de elegir con entera libertad el lugar en que se ha de residir, solo, ó con la familia, si



se la tiene, y donde establecer el asiento de los negocios, se confunde de tal manera con el que asiste al hombre para perseguir del modo y en el lugar de su elección el anhelo de la propia felicidad, que siempre se ha considerado uno de los derechos fundamentales, cuya integridad interesa á los fines humanos y, por consiguiente, al engrandecimiento social. Es por esto que la facultad de cambiar el domicilio de un lugar á otro fué siempre conservada, hasta el grado de no permitirse que sea restringida por disposiciones de última voluntad, pero ni siquiera por contrato, lo que importa decir que ni aun con la voluntad del interesado puede serle restringida. A este efecto, la ley,—después de consagrar el derecho para cambiar el domicilio de un lugar á otro, declara especial y absolutamente prohibida toda condición que importase coartarla.

Exponiendo los principios del derecho romano, Savigny dice lo siguiente: « De tal manera es considerada esencial la libertad en esta materia, que no puede ser restringida por una disposición de derecho privado. Así—por ejemplo—si un legado es hecho bajo la condición de un domicilio determinado, esta condición sería reputada *no escrita* », y cita en su apoyo la ley 31 *ad num.*, lib. 50, tit. 1 y la 71, § 2, *de Cód.*, lib. 35—del Dig.

Nuestra ley, después de consagrar el principio de la libertad para cambiar de domicilio, la garantiza, como hemos dicho, prohibiendo especialmente toda condición que la coarte; y así, el art. 565, dice: « Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes: 1ª Habitar siempre un lugar determinado, ó sujetar la elección de domicilio á la voluntad de un tercero ».... y el artículo 3643 repite que « son especialmente prohibidas las condiciones designadas en el artículo 565 ».... y agrega que á los jueces corres-



ponde decidir *si toda otra condición ó carga entra en una de las clases de las condiciones* del artículo anterior, que trata de las que anulan la disposición de última voluntad por ser física ó legalmente imposibles, ó contrarias á las buenas costumbres.

**151**—Nuestro artículo declara que « el cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar á otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento ».

Esta disposición es la prueba incontestable de que el domicilio *real* se forma *facto et animo* y, por consiguiente, que nada vale el hecho solo y nada vale el ánimo solo. Se necesita la *concurrencia* de los dos elementos para que se opere el domicilio, es decir, se necesita la *residencia* en el lugar elegido y el *ánimo* de tener allí su principal establecimiento.

« *Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione* », dice el Dig. 50, 1, 20. La residencia es un hecho externo de prueba fácil y directa: el ánimo, que es una determinación de la voluntad, se deduce de los hechos y circunstancias de la causa, cuya apreciación corresponde á la sagacidad y prudencia de los jueces, pues no es posible establecer reglas al respecto. Ocupándonos del art. 92 hemos recordado algunas declaraciones hechas sobre el particular por los tribunales norteamericanos, según el Dr. Estory, y en Francia, según Moulón, « entre las circunstancias propias á la manifestación de cambiar su domicilio, se cita particularmente las siguientes: 1ª La inscripción de la persona en el registro de la guardia nacional del lugar en que ha trasladado su nueva habitación; 2ª Haber participado—en la localidad que nuevamente habita,—de las ventajas que la ley atribuye al domicilio...; 3ª Haber pagado—sin



contestación—su contribución personal que es debida en el municipio del domicilio real; 4ª. Haber comparecido—en materia personal—ante el tribunal del lugar que habita actualmente, sin solicitar su envío ante el tribunal del lugar de su antiguo domicilio; 5ª. Haber vendido todos los bienes que tenía en su antigua residencia y adquiridos en el lugar de su nueva habitación y haberle seguido allí su familia ».

**152**—Dice finalmente nuestro artículo, que, el cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de traslación de la residencia de un lugar a otro, con el ánimo de permanecer y tener allí su principal establecimiento. El *hecho* de la residencia en el nuevo lugar y el *ánimo* de permanecer en él, debe operar y opera el nuevo domicilio, inmediatamente que exista la *concurrencia* de estos dos elementos, y debe producir y produce instantáneamente el *cambio* del antiguo domicilio por el nuevo, porque de lo contrario se tendría la existencia simultánea de dos domicilios, lo que no es posible. Por lo demás, la disposición que nos ocupa es corriente en el derecho general. El Dr. Story, resumiendo las reglas sobre la materia, dice :—« *Séptima*, teniendo toda persona de edad completa, derecho de cambiar el domicilio, se sigue que si se muda a otro lugar con la intención de hacer de él su residencia permanente « (animo manendi), este se convierte instantáneamente en el lugar de su domicilio ».

---

**Art. 97.** Cód. Francés, art. 103. — Sardo, art. 65.

**Art. 98.** *El último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido el nuevo.*



**153**—No es admisible que una persona no tenga domicilio: el domicilio que se tiene se conserva mientras no se adquiere otro. Nuestro artículo armoniza con estas reglas generales, que quedarían falseadas si no se declarase que el último domicilio *conocido* es el que prevalece cuando no es conocido el nuevo. Zachariæ, dice—« En la duda, el proyecto de trasladar el domicilio de un lugar á otro, no se presume. Así, el último domicilio conocido de una persona debe tener lugar de su verdadero domicilio cuando el nuevo es desconocido ». Así, escribe Dalloz en *Los Códigos Anotados*, « el individuo que ha desaparecido de su domicilio sin denunciar ó avisar el nuevo, es reputado conservar aquel en tanto que no manifiesta la intención de fijarlo en otro lugar », y Devilleneuve y Gilbert, en *Jurisprudencia del XIXº Siglo*, dicen bajo el n. 44—« Aquel que, después de haber abandonado su domicilio, no ha hecho conocer su nueva residencia, es reputado haber conservado su domicilio ».

**Art. 99.** *El domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, ó de no adoptar otro.*

**154**—El domicilio tiene por fundamento la residencia con ánimo de permanecer en el lugar y tener allí su establecimiento principal: artº. 92 y 97, lo que importa decir que el domicilio *real* no se adquiere ni con sólo el hecho de la residencia, ni con sólo el ánimo, sino con la concurrencia de estos dos elementos; pero, una vez adquirido, se lo conserva con solo la intención de no cambiarlo, ó de no adoptar otro, lo que es conforme á la naturaleza de las cosas. En efecto, el



que se separa de su domicilio y habita otro lugar *sin ánimo* de residir y fijar allí su establecimiento principal, no crea domicilio, porque no hay concurrencia del *hecho* y del *ánimo*. Si no hay nuevo domicilio, *se conserva* el anterior, porque es regla que el domicilio que se tiene se conserva mientras no se lo cambia por otro. Lo contrario conduciría al resultado de que una persona no tuviera domicilio.

Por lo mismo que el domicilio se conserva con la sola intención de no cambiarlo, no es dudoso que no se lo pierde por el hecho de una ausencia temporaria, aun cuando fuere debida á negocios que deban realizarse en un lugar distinto de aquel en que se tiene el domicilio. Pothier, I, 3, n. 9—dice al respecto:— « . . . Una vez establecido el domicilio en un lugar, se lo puede retener *ánimo solo*. Es lo que pasa cuando una persona deja el lugar de su domicilio para un largo viaje, ó para ir á residir en un lugar en que la llaman negocios pasajeros, ó un empleo amovible, porque aunque esta persona haya llevado consigo todas sus cosas y no haya conservado ningún habitante en el lugar de su domicilio de donde se ha retirado, sin embargo se estima que siempre conserva con el ánimo su domicilio en este lugar y continúa sujeto á los estatutos personales de él, en tanto que no ha establecido en otro lugar un verdadero y constante domicilio ». Story—Conf. de las leyes, n. 11—escribe al respecto: « Sin embargo, en muchos casos la residencia actual no es indispensable para retener el domicilio una vez adquirido, sino que se retiene, *ánimo solo*, por la mera intención de no cambiarlo, ó de no adoptar otro. Si, pues, si una persona deja su casa por asuntos temporales, pero con la intención de volver á ella, este cambio de lugar no es en derecho un cambio de domicilio. Así, pues, si una persona



emprendiese un viaje al mar, ó á un país extranjero, por motivos de salud, ó por placer, ó por negocios de naturaleza temporal, con la intención de volver, tal residencia transitoria no constituirá un nuevo domicilio, ni importaría un abandono del anterior, porque no es el mero acto de habitar en un lugar lo que forma el domicilio, sino *el hecho* unido con la *intención* de permanecer en él:—*animo manendi* ». Y así, aun cuando la persona esperase morir en el país extranjero, han dicho los tribunales norteamericanos, este no se convertiría en su domicilio, porque el *animus manendi* no existiría.

**Art. 100.** *El domicilio de derecho y el domicilio real, determinan la competencia de las autoridades públicas, para el conocimiento de los derechos y cumplimiento de las obligaciones.*

**155**—Es de consecuencias importantes la declaración de este artículo, muy especialmente en su combinación con el inciso 7º del art. 90 que dice « que el domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión ».

En fuerza de la declaración del que nos ocupa, se tiene la regla general, que es constante en derecho, de que las acciones personales deben deducirse ante el juez del domicilio del demandado. *Actor sequitur forum rei*.

La esencia de la obligación—dice Savigny—es referirse á dos personas diferentes:—para la una ella constituye una extensión de la libertad, el imperio sobre una voluntad ajena; para la otra, una restricción de la libertad, la sumisión á una voluntad ajena. ¿Según



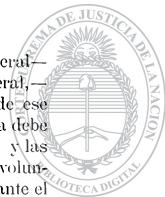
cuál de estas relaciones estrechamente ligadas, aunque diferentes, debemos determinar el asiento de la obligación? Evidentemente bajo la última, porque la necesidad de un acto impuesto a la persona del deudor forma la esencia de la obligación. Esto encuentra una doble confirmación: desde luego, en la gran influencia que el lugar de la ejecución ejerce sobre la jurisdicción, porque la ejecución resulta principalmente de la actividad del deudor, en tanto que el acreedor no obra, ó no juega sino un rol accesorio y secundario; y en seguida en la relación íntima existente entre el derecho local y la jurisdicción siempre subordinada á la persona del demandado, que aquí es el deudor. En fin, las obligaciones sinalagmáticas presentan una dificultad particular, porque las dos personas figuran en ella como deudores aunque con referencia á actos diferentes; y así, la regla que acabamos de establecer sobre el predominio de la persona del deudor parece insuficiente. Pero en toda obligación sinalagmática las deudas son distintas y siempre pueden ser tratadas separadamente:—una vez hecha esta división, nada impide determinar, para cada una de ellas, la jurisdicción y el derecho local según la persona del deudor:—su reunión no es sino una deducción artificial, justificada—por lo demás—por la relación íntima de las dos obligaciones ». Tom. 8º, § 369.

**156**—El domicilio es general, ó especial, y uno y otro se dividen en clases.

El general en *real*, de *origen* y *legal*, definidos por los artículos 89 y 90; y

El especial, en *legal* y *voluntario*. Es *legal*, el del inc. 4º del art. 90, por ejemplo; y es voluntario, el que las personas pueden elegir como domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones, según el art. 101.





**157**—Las acciones personales deben—en general—ser deducidas ante el juez del domicilio general,—*real ó legal*—del demandado, porque el juez de ese domicilio es el que por el artículo que nos ocupa debe conocer de los derechos y obligaciones del caso: y las referentes á actos ó negocios que por ley ó por voluntad de las partes tengan un domicilio especial, ante el juez del domicilio especial respectivo, como en el caso de elección de un domicilio para la ejecución de los contratos, porque esta elección de las partes importa—según el art. 101—extensión de la jurisdicción del juez del lugar.

Entre los casos de competencia especial están comprendidos los regidos por el *forum rei sitæ*.

**Art. 101.** *Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones.*

**158**—Según las reglas del derecho común, cuando el acreedor se ve en el caso de hacer intimar judicialmente á su deudor el cumplimiento de sus obligaciones, ó exigir su ejecución, debe hacerlo ante el juez del domicilio del deudor: *Actor sequitur forum rei*; pero la ley, consultando las conveniencias de las partes, puede permitirles estipular la fijación de un domicilio especial para que allí sean ejecutadas las obligaciones ó se cumpla el contrato, (lo que implica extensión de la jurisdicción como veremos luego)—y es esto lo que hace el presente artículo.

La elección de un domicilio para el cumplimiento de un contrato puede hacerse en el mismo acto del contrato, ó en acto diferente, y puede ser hecha en el solo interés del acreedor, en el solo interés del deudor, ó en el interés de uno y otro á la vez.



La elección de domicilio para el cumplimiento del contrato puede fijarse en el mismo lugar en que el deudor, ó el acreedor tengan su domicilio general, y el cambio de éste no afectará de ningún modo á aquél, el cual por el contrario subsistirá y surtirá sus efectos.

Por lo demás, siempre fué reconocida como de derecho natural la facultad de elegir un lugar determinado para el cumplimiento de los contratos. La ley 13, tit. 11, part. 5<sup>a</sup> dice á este respecto: « . . . . E si por aventura prometiesse vn ome á otro, de dar ó de fazer alguna cosa *en logar cierto*, non señalando día á que lo cumpliesse; si este que fiziesse la promission, andoviesse refuyendo maliciosamente, por non cumplir lo que havia prometido; dezimos que. . . . devele apremiar el juez del logar que lo cumpla allí: maguer non sea fallado en aquel logar, que havia prometido de lo cumplir », . . . . Las diferencias entre el domicilio de origen, real y legal y el elegido para la ejecución de un contrato son las siguientes: 1<sup>a</sup> Aquél es *general* y éste es *especial*: 2<sup>a</sup> No se puede tener simultáneamente dos domicilios generales, pero se puede tener dos ó más especiales al mismo tiempo: 3<sup>a</sup> El deudor puede cambiar á su voluntad su domicilio general, sin que sea lícita ninguna estipulación que coárte esta libertad; en tanto que no está en sus manos cambiar el domicilio especial elegido para el cumplimiento de sus obligaciones, sino solamente cuando la obligación es hecha en su exclusivo interés: 4<sup>a</sup> El domicilio general termina con la muerte de la persona, en el sentido de que no constituye un derecho que forme parte de los bienes hereditarios y, por consiguiente, no pasa á los herederos; mientras que el elegido para la ejecución de un contrato es sucesible, porque es un derecho que procede de una estipulación lícita, que se trasmite, por lo tanto, á los



sucesores del acreedor con los derechos principales á que adhiere.

**Art. 102.** *La elección de un domicilio implica la extensión de la jurisdicción que no pertenecía sino á los jueces del domicilio real de las personas.*

**159**—El resultado primero y principal del domicilio es que el domiciliado queda sujeto á la autoridad del lugar para el conocimiento y decisión de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, y es natural, por consiguiente, que, cuando las partes han elegido un domicilio especial para la ejecución ó cumplimiento de sus contratos, este hecho importe la sumisión de los interesados á la jurisdicción de las autoridades del lugar elegido. Desde que por voluntad de las partes allí deben ser cumplidas las obligaciones estipuladas, á sus jueces corresponde conocer y decidir de las contestaciones que á su respecto sobrevinieren y ordenar su ejecución. Ellos conocerán por lo tanto sobre el tiempo y modo del pago, desde que allí debe hacerse por el deudor y aceptarse por el acreedor.

**Art. 781.**

La ley 32, tit. 2, part. 3ª, dice acerca de la materia que nos ocupa: — «La sesta es, quando el demandado, o otro cuyo heredero el fuesse, ouiesse puesto algun pleyto, o prometido de fazer cosa alguna en aquella tierra, donde fuesse juez, aquel ante quien le fazen la demanda, o lo ouiesse fecho, o prometido en otra parte, poniendo de lo cumplir allí. Ca maguer non fuesse morador de aquel lugar, tenuto seria de responder ante el juzgador por cualquier destas razones sobre dichas ».



La elección de un domicilio especial implica la renuncia que el deudor hace de su derecho para ampararse á la autoridad de los jueces de su domicilio real y, por consiguiente, debe ser de interpretación restrictiva. Fundándose en esta regla se ha decidido en Francia y se sostiene por escritores de nota, que la elección de un domicilio para la ejecución de un contrato no es elegido para recibir la notificación del traspaso de la obligación.—Jurisprudencia del Siglo 19, por Devilleneuve y Gilbert, Domicilio Elegido, n. 20.

Apoyado en el mismo fundamento debe decidirse que la elección de domicilio para la ejecución de un contrato, no autoriza á un acreedor para entablar ante el juez del domicilio elegido la acción de su revocación, fundada en que fué hecho por su deudor en fraude, ó en perjuicio de sus derechos.

La elección de un domicilio especial, hecha en solo favor del acreedor, no puede serle un obstáculo para perseguir á su deudor ante los jueces de su domicilio verdadero por el cumplimiento de sus obligaciones. El deudor no puede oponerse á que el acreedor renuncie sus derechos y lo someta á la acción de sus jueces naturales, que son los de su domicilio general.

**160**—Puede hacerse elección de domicilio en contratos que tienen por objeto derechos reales sobre inmuebles, de modo que quede suprimida la jurisdicción de los jueces de la ubicación del bien y ser extendida á su respecto aun la de los jueces extranjeros? Creemos que en la negativa está la verdad legal y aun la jurídica. La disposición del artículo 10 sería ilusoria si fuese permitido que, á simple voluntad de los particulares, las causas sobre los inmuebles ubicados en la República fueran sometidas á la decisión de jueces extranjeros, que no están obligados á aplicar la ley argentina. El régimen



del *forum rei site* es de orden público, porque es establecido en resguardo de la soberanía y, por consiguiente, no puede permitirse que su efectividad e imperio dependan de la voluntad privada, — art. 21.

---

**Art. 102.** L. 32, Tit. 2, Part. 3ª. — Cód. Francés, art. 111. — Sardo, art. 75.

## TÍTULO VII

### Del fin de la existencia de las personas

**Art. 103.** *Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas.*

**161**—La muerte civil por pena es el estado de aquella persona que se encuentra privada de toda participación en los derechos civiles, á consecuencia de una condenación judicial, á la cual la ley ha concedido este efecto.

Y así, antes de 1854 en que fué abolida en Francia, la muerte civil causaba la disolución del matrimonio, á grado que el otro cónyuge podía contraer uno nuevo aun durante la existencia del condenado; y fué decidido por los tribunales que « la ley abolitiva de la « muerte civil no tiene por efecto hacer revivir el « matrimonio del muerto civilmente, legalmente disuelto por la muerte civil, y desde luego que no « quita al cónyuge de este muerto civilmente la facul-



« tad de casarse segunda vez aun en vida de este  
« último ».

« *Civil muerte es dicha, una manera que y ha de*  
« *una pena, que fué establecida por las leyes, contra*  
« *aquellos que fazen tal yerro, porque merecen ser*  
« *judgados, ó dañados, para arerla. E esta muerte*  
« *atal, que es llamada civil, se departe en dos mane-*  
« *ras. La una de ellis es, como si diessen juyzio*  
« *contra alguno PARA SIEMPRE, que labrasse las obras*  
« *del Rey...., ó para cauar arena... La otra*  
« *manera es, quando destierran a alguno POR SIEMPRE,*  
« *e lo embian en algunas yslas, o en algun otro lugar*  
« *cierto, onde nunca salga, e le toman demas todos*  
« *los bienes* »....

Y á éste le llaman deportado, y aunque el deportado no ha muerto naturalmente, la ley le tiene por muerto en cuanto « *á la honrra, e a la nobleza, e a los fechos deste mundo. E porende non puede fazer testamento, e avn, si lo ouiesse fecho, non valdria* ». L. 2, tit. 18, part. 4<sup>a</sup>.

Pero, habiéndose suprimido, por pragmática de Carlos III, dada en el Prado á 12 de Marzo de 1771, la *perpetuidad* en las penas de presidio, quedó suprimida la muerte civil por penas, pragmática que se registra en la ley 7, tit. 40, lib. 12 de la Nov. Recp.

No es de extrañar, pues, que el Código confirme la supresión de la muerte civil causada por pena, declarando que « *en ningún caso* » tendrá lugar tal muerte, porque es institución que ya estaba condenada por la civilización y por la ley.

En cuanto á la procedente de profesión en comunidades religiosas, nuestro ilustre codificador dice lo bastante para dejar á su respecto justificada la resolución de nuestro artículo.

Y resulta de consiguiente que sólo la muerte natural



pone fin á la existencia de las personas, con la cual desaparecen los derechos y las obligaciones inherentes al individuo y se trasmiten á sus herederos y sucesores los demás.

---

**Art. 103.** Los votos solemnes en comunidades religiosas causan incapacidad para todos los efectos civiles. Desde ese momento, la sucesión de los religiosos es deferida según su testamento, ó se da á los parientes que se encuentran en el grado de sucederles. Pero esta posición de una persona viva no ha podido sostenerse sino con excepciones tan comunes, que todos los días vemos dejar sin efecto la ley que causó la muerte civil por la profesión religiosa. El religioso profeso que ha sido elevado al episcopado y queda secularizado, recobra por su promoción á esta dignidad la vida civil que había perdido por su profesión, y viene á ser capaz de todas las funciones públicas; puede adquirir bienes por todas clases de actos; tiene derecho de disponer por testamento de los que posee, y ab-intestato trasmite su sucesión á sus parientes.

También los religiosos, curas de las parroquias, como ha habido tantos ejemplos en la República, pueden adquirir bienes y disponer de ellos libremente.

Son también restituidos á la vida civil los religiosos que obtienen dispensa de sus votos, dispensas comunes y tan fáciles de obtener, como lo vemos diariamente. Causaba tantas dificultades en las familias esta aparición repentina del individuo á quien ya se había heredado ó contádoasele por muerto en la sucesión de los padres, que Francia no reconoció, como asegura Pothier, la facultad de esas dispensas ni aun en el Sumo Pontífice, y no eran por ellas restituidos á la vida civil los religiosos dispensados de sus votos. En la República Argentina no ha sido así, y ha dependido de un Obispo, de un Vicario Apostólico, y aun de los Vicarios Capitulares, derogar las leyes y restituir la vida civil á los muertos civilmente por la profesión religiosa. Es mejor, pues, que tales leyes no existan, cuando son tantos los medios de dejarlas sin efecto, causando cuestiones difíciles en las familias, tanto más cuanto que ni la muerte civil era efectiva. Mil veces los religiosos han sido miembros de los Cuerpos Legislativos, nacionales ó provinciales, y en muchos pueblos lo son hasta hoy.

Así, pues, si una sucesión es deferida á un religioso ó religiosa, pueden estos hacer una abdicación voluntaria de ella con más conocimiento que las que hacen de las sucesiones futuras al profesar. El religioso, por conservar la vida civil, no deja de ser miembro de una persona jurídica, su convento, sujeto en un todo á los estatutos que lo rijan.

**Art. 104.** *La muerte de las personas, ocurrida dentro de la República, en alta mar ó en país extranjero, se prueba como el nacimiento en iguales casos.*

**162**—Si la prueba del día del nacimiento de las personas es de interés para los que nacen vivos, la prueba del día de la muerte es de interés para los que le sobreviven. Si la primera sirve para decidir la capacidad ó incapacidad referentemente á actos trascendentales como el matrimonio, reconocimiento de hijos, disposición testamentaria en la menor edad, y de la plena para todos los actos de la vida civil; la segunda sirve para conocer la fecha de la apertura de la sucesión y consiguientemente de todos los derechos que proceden del hecho de la muerte, inclusive para saber si el que pretende haber sucedido tuvo ó no aptitud porque estuvo ó no concebido, art. 3324. Es por eso que las leyes, así de la nación como de las provincias, hacen llevar Registro de nacimientos y de defunciones.

¿Cómo se prueba el hecho de la muerte? Como el del nacimiento, en regla general; y así, la muerte de las personas, ocurrida dentro de la República, en alta mar, ó en país extranjero, se prueba, dice el presente artículo, como se prueba el nacimiento en iguales casos. Por consiguiente, el fallecimiento ocurrido dentro de la República se probará con certificados auténticos extraídos de los asientos de los Registros públicos que lleven las municipalidades, ó por lo que conste en los libros parroquiales, ó por el modo que el gobierno nacional, ó el gobierno de provincia dispongan por ley, ó reglamentos para sus respectivos territorios: art. 80; el ocurrido en alta mar, por copias auténticas de los asientos ó actos que por ocasión de







tales accidentes deban hacer los escribanos de los buques de guerra y el capitán ó maestre de los mercantes, en la forma ordenada por la legislación respectiva, art. 81: y el ocurrido en país extranjero, por certificados de los registros consulares, ó por los instrumentos hechos en el lugar, según las respectivas leyes, legalizados por los agentes consulares, ó diplomáticos de la República: art. 82. En caso de que no hubieren registros públicos, ó que no se encontrase en ellos el asiento respectivo, ó que no estuviese hecho en la forma debida, puede probarse el fallecimiento y sus circunstancias del día, mes ó año en que ocurrió por otros documentos, ó por cualquiera otro medio probatorio de los concedidos por derecho, arts. 86, 106 y 108.

**Art. 105.** *La de los militares muertos en combate, respecto de los cuales no hubiese sido posible hacer asientos, por lo que conste en el Ministerio de la Guerra.*

**163**—Si en el Estado Mayor del ejército no se hubiere hecho asiento de la muerte ocurrida en combate, el fallecimiento se probará por lo que conste en el Ministerio de la Guerra, sea en los partes de las batallas, sea en las relaciones de las bajas, ó por otro documento cualquiera y aun por testigos, porque en defecto de asientos regulares, es admisible la prueba testimonial: art. 108, y cualquiera otra de las generales conocidas en derecho, como se dice en el art. 106 y, por consiguiente, la de presunciones, que es una de ellas, art. 1224. La Mayoría del cuerpo á que perteneció el fallecido será siempre una fuente importante de instrucción y más de una vez sus asientos ó



notas un elemento decisivo de convicción, si fueren llevados con la regularidad impuesta por las ordenanzas ó reglamentos.

**Art. 106.** *La de los fallecidos en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales ó lazaretos, por lo que conste de los respectivos asientos, sin perjuicio de las pruebas generales.*

**164**—Es común que, en cumplimiento de las leyes ú ordenanzas, se haga asiento en el Registro público general de los fallecimientos ocurridos en los conventos, cuarteles, hospitales, hospicios, etc., sin perjuicio del que se hace en cada establecimiento con sujeción á sus reglamentos ó estatutos. La prueba del fallecimiento se hará, pues, con el debido certificado ó testimonio extraído del Registro público, ó en su defecto con el tomado de los libros del establecimiento respectivo, como fortalezas, prisiones, lazaretos, *et cetera*, sin perjuicio, como dice nuestro artículo, « de las pruebas generales », ó sean las de derecho común, que son las enumeradas en el art. 1224, las cuales son permitidas á falta del asiento regular, ó cuando hubiere de probarse, en caso de falsedad ó error del asiento, el hecho y fecha del fallecimiento.

**Art. 107.** *La de los militares dentro de la República ó en campaña, y la de los empleados en servicio del ejército, por certificados de los respectivos registros de los hospitales ó ambulancias.*

**165**—Es regla general que el fallecimiento de las



personas se prueba por los mismos medios que el nacimiento y, por consiguiente, la muerte de un militar, acaecida dentro de la República, se probará con el testimonio del asiento hecho en el Registro público respectivo, porque este asiento debe hacerse si el fallecimiento ocurre en una capital, ciudad, ó pueblo de la República. Lo mismo decimos respecto de cualquier empleado en servicio del ejército, cuya partida de defunción esté sentada en el Registro público de la localidad respectiva; pero cuando la muerte ocurre en campaña, la prueba se hará con certificados de los registros de los hospitales ó ambulancias, sin perjuicio también, como en los casos del art. 184, de las pruebas generales, porque siempre habrá lugar á usar de ellas cuando el hecho de la muerte no hubiese sido anotado en los registros correspondientes, ó cuando el asiento contuviere defectos que hicieren necesario completar la prueba por otros medios, como lo declara en regla general el art. 108. Lo mismo sucede con el nacimiento: cuando no existen Registros, cuando no se encuentra en ellos la partida del caso, cuando está pero sin tener las formas regulares, puede probarse el día del nacimiento, ó por lo menos el mes ó el año, por otros documentos, ó por otros medios de prueba, art. 85.

**Art. 108.** *A falta de los referidos documentos, las pruebas del fallecimiento de las personas podrán ser suplidas por otros en los cuales conste el fallecimiento, ó por declaraciones de testigos que sobre él depongan.*

**166**—Como el nacimiento, la muerte de las personas es de consecuencias jurídicas importantes, pues



con ellas concluyen los derechos y las obligaciones que eran inherentes á la persona del fallecido y sus demás derechos, activos y pasivos, pasan á sus sucesores. Siendo, como es, de consecuencias jurídicas trascendentales, es evidentemente justo que á falta de los asientos respectivos en el Registro público, en los Libros de los Hospitales, Lazaretos, Fortalezas, Cuarteles, Ambulancias, etc. etc., sea permitido probar el hecho de la muerte por todos los medios de pruebas conocidos en derecho, y consiguientemente que se pueda utilizar toda enunciación ó constancia que se encuentre en cualquiera documento, público ó privado, y emplear el testimonio de personas que pueda concurrir, con otros elementos de convicción, á hacer la prueba del fallecimiento, si por sí sólo dicho testimonio no la constituyera acabada, pues uno de los medios probatorios del derecho común es el de las presunciones judiciales, art. 1224.

**Art. 109.** *Si dos ó más personas hubiesen fallecido en un desastre común ó en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas.*

**167**—Es la disposición expresa del art. 79 del Código de Chile y del 243 de Freitas redactado así: « Si  
« dos ó más personas hubieren fallecido en un desas-  
« tre común, ó en cualquiera otra circunstancia, de  
« modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció  
« primero, se debe presumir que fallecieron todas



« al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión de derechos entre ellas ».

Por las leyes de Partidas, cuando varias personas mueren en un desastre ó acontecimiento, sin poderse averiguar quien falleció primero, la presunción de supervivencia de la una respecto de la otra debe determinarse por las circunstancias especiales del desastre y en su defecto por la fuerza del sexo, ó de la edad. He aquí el texto de la ley 12, tit. 33, part. 7ª :

« Otrosí dezimos, que muriendo el marido, e la muger en alguna nave que se quebranta en la mar, o en torre, o en casa, que se encendiesse fuego, ó que se cayesse a so ora ; entendemos: que la muger, porque es flaca naturalmente, moriria primero que el varon : e tiene pro saber esto, por razon de las donaciones que el marido, e la muger, fazen el uno al otro en su vida ; e por las posturas, e los pleytos que ponen entre sí, en razon de las dotes, e de las arras. Ca por la muerte del que primero muere, gana á las vezes el otro ; assi como dezimos en las leyes que fablan en esta razón. E aun decimos que si el padre, ó el fijo que fuesse mayor de catorce años, muriessen en alguna lid, o en la mar por el quebrantamiento del navío, o en alguna otra manera semejante ; que si se non pudiere saber qual dellos murió primero, que es de entender que el padre murió primeramente. Esso mismo dezimos, de la madre, que muriesse a so ora con su fijo, por alguna ocasión semejante destas, que les acaeciesse de consuno. Mas si el hijo fuesse menor de edad de catorce años, deve ome sospechar que murio primero, por la flaqueza que es en el, porque es niño : esto tiene pro á saber, quando fuesse contienda entre los parientes, en razon de los bienes, quales dellos los deven aver, ó heredar ».



En cuanto á lo dispuesto por las Pandectas sobre el particular, Moreau de Montalin lo resume en los siguientes términos, cuya exactitud hemos verificado ocurriendo á las fuentes: 1º Presumiéndose que el hijo púber ha sobrevivido á su padre ó á su madre, se deduce que cuando la madre ha perecido con su hijo púber en un naufragio, se decide que el hijo ha sobrevivido, si no se puede saber cuál de las dos personas ha muerto primero; del mismo modo si el padre muere al mismo tiempo que el hijo en la misma batalla, se estima que el padre ha muerto primero. 2º Pero si el hijo impúber ha muerto con su padre, se estima que el padre ha sobrevivido, salva la prueba en contrario; se sigue de aquí que, si una madre muere con su hijo impúber en un naufragio, se presume que el hijo ha muerto primero. 3º Cuando no existe ningún medio para saber, ni ninguna razón para presumir cuál persona murió primero de entre dos, de las cuales, si una hubiese sobrevivido habría sucedido en virtud de una sustitución directa ó fideicomisaria, en los bienes de la otra, cuya supervivencia tampoco consta, la sustitución desaparecerá, se evaporará. 4º Cuando no hay ningún medio para saber, ni razón para presumir cuál de dos personas ha muerto primero, se decide en favor del poseedor, es decir de la persona que, por haber premuerto la otra, tendría acción para demandar la cosa; por ejemplo si un marido y una mujer se han hecho entre ellos una donación, muriendo el donatario la cosa debe volver al donante; pero si el donante y el donatario mueren simultáneamente, la donación vale, sobre todo por la razón que aquel que había podido accionar en repetición de la cosa no resulta que sobreviva al donante ». . . ., véase Pandectas, lib. 31, tit. 5 de *Rebus dubiis*.

**168**—Nuestra ley, siguiendo al Código de Chile y á



Freitas, se aparta de todas estas disposiciones de detalle que no tienen base segura, y decide que cuando dos ó más personas han fallecido en un desastre común... y no haya medio de saberse cuál de ellas falleció primero, se presume que todas fallecieron al mismo tiempo, y, consiguientemente, que no se puede alegar transmisión alguna de derechos entre ellas; lo que es natural y justo desde que se establece por presunción legal, que han muerto simultáneamente, es decir, sin intervalo de tiempo entre el fallecimiento de la una y el fallecimiento de la otra.

**169**—Por lo demás, hay grande y fundamental diferencia entre el art. 88 y el que nos ocupa. Por el 88 se establece que los nacidos vivos de un solo parto son considerados de *igual edad*, aun cuando entre el nacimiento verdadero del uno y el del otro hubieren intermediado horas y sea posible, como es, la prueba directa y acabada de este hecho; y por el 109 de que tratamos se decide, que, sólo cuando no se pudiese saber cuál de dos ó más personas falleció primero, se presume *juris* que fallecieron al mismo tiempo, y por consiguiente esta presunción desaparece ante la prueba de que la una ha sobrevivido á la otra. Es que, si respecto del nacimiento puede decirse que el tiempo no se cuenta por horas, no pasa así en cuanto á la transmisión de los derechos subordinados á la condición de la muerte, porque tratándose de lo último, la transmisión se opera desde que ha habido supervivencia aunque sea *por instantes*. Y así, « el heredero que sobrevive *un solo instante* al difunto, transmite la herencia á sus propios herederos, que gozan como él la facultad de aceptarla ó renunciarla », art. 3453; el legatario de cosas determinadas es propietario de ellas *desde la muerte* del testador, siempre que le hubiere sobrevivido, y transmite á sus herederos el derecho al lega-



do .... artº. 3800 y 3833, combinados; aquel de los esposos que sobreviviere al otro, aunque sea por instantes, ganará la donación que se le hubiere hecho de conformidad al inc. 4º del art. 1251.

**Art. 109.** Todos los Códigos modernos, con excepción del de Chile, han creado presunciones de derecho sobre la prioridad de la muerte, cuando muchos mueren á un tiempo, derivándolas de la edad ó del sexo. Para unos, primero deben haber muerto las mujeres que los varones; para otros la edad de las personas parece que fijaba el orden del fallecimiento. Pero estas presunciones de derecho, que también se ven en las leyes de Partida, eran arbitrarias, y sin ningún fundamento positivo, y lo que es más, no había necesidad alguna de crear tales presunciones de derecho. ¿Qué interés social se presentaba para que necesariamente hubiera una trasmisión de derechos entre personas que habían fallecido á un tiempo, ó de quienes se ignoraba cuál hubiese muerto primero? Mejor es legislar el caso como el Código de Chile y como lo propone Freitas, estableciendo que han muerto todas en el mismo momento y que no ha habido entre ellas trasmisión alguna de derechos. De esto no puede resultar cuestión alguna entre los sucesores de esas personas.

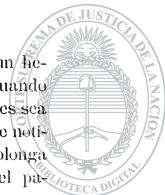
## TÍTULO VIII

### De las personas ausentes con presunción de fallecimiento

**Art. 110.** *La ausencia de una persona del lugar de su domicilio ó residencia en la República, haya ó no dejado representantes, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años, causa la presunción de su fallecimiento.*

**170**—Cuando una persona abandona su domicilio ó su residencia, dejando, ó no, representante que





atienda sus intereses, se está en presencia de un hecho que pasa desapercibido para la ley, aun cuando para sus parientes, acreedores, ó representantes sea extraño y cause inquietud el silencio, ó falta de noticias del ausente; pero cuando la ausencia se prolonga por años y durante ellos no se tiene noticias del paradero ó existencia del que abandonó su hogar, entonces la ley toma en cuenta el hecho y lo define en el propósito de atender los intereses del propio ausente, de sus sucesores, de sus acreedores y hasta los de la comunidad en general, como quiera que interesa á ella el que se conserve la fortuna de los particulares. Obedeciendo á este orden de ideas es que nuestro artículo declara que la ausencia de la persona, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años, causa la *presunción* de su fallecimiento, declaración de consecuencias importantes, como se verá luego, tanto para los interesados en su calidad de sucesores ó legatarios, como para terceros que contraten con los poseedores provisorios de los bienes del ausente. La base de esta presunción de fallecimiento está en la incertidumbre de la vida, originada por la absoluta falta de noticias del ausente durante el largo período de seis años; y es presunción simplemente *juris*, que pierde todo valor ante la verdad y que puede, de consiguiente, ser destruida por prueba directa y contraria. Y así, cuando el ausente se presentare, ó hubiere noticia cierta de su existencia, quedará sin efecto la posesión provisorio de sus bienes dada sobre la base de la presunción de su fallecimiento:— art. 120; cuando después de dada la posesión definitiva, el ausente apareciese, sus bienes le serían entre-



gados en el estado en que se encuentren, ó los que hubiesen sido adquiridos con el valor de ellos: art. 124. Caducará también la presunción y regirá la verdad de la muerte efectiva, si fuese ella probada, y en tal caso los herederos instituidos por testamento podrán reivindicar la herencia de manos de aquellos á quienes se ha dado la posesión definitiva en su calidad de sucesores *ab intestato*, art. 125.

Hay mucha diferencia entre el domicilio y la residencia, y sin embargo nuestro artículo los equipara para los efectos de la presunción de muerte puesto que declara, que la ausencia de una persona sea del lugar del domicilio, sea del lugar de su residencia, sin que de ella se tenga noticia durante seis años, causa la presunción de su fallecimiento; y tiene razón la ley, porque cualesquiera que sean las diferencias entre aquellos términos, no influyen en los efectos de la muerte presunta, porque tanto vale para la apertura de la sucesión, la posesión de los bienes y su división, el que la persona de que se trata,— que ha dejado bienes en la República,— haya tenido en ella su domicilio, ó sólo su residencia, pues, ora se trate de las sucesiones legítimas, ora de las testamentarias, la sucesión ó sea el derecho hereditario se abre desde la muerte del causante, ó por la presunción de fallecimiento — art. 3316,— pronunciada, á solicitud de parte interesada, por el juez del domicilio, si el ausente de que se trata lo tuvo en la República, ó por el juez de *su residencia*, si sólo tuvo ésta, como expresamente lo establece el art. 113.

Terminaremos esta nota recordando que el Cód. de Chile trata de la ausencia con presunción de falleci-



miento desde el art. 80 al 94 inclusive, y que cuanto el Código Napoleón contiene acerca de la ausencia y sus efectos, se encuentra desde el art. 112 al 143, siendo el nuestro, que nos ocupa,— concordante con los 80 y 81 del Cód. Chileno.

**Art. 110.** Freitas observa que el Cód. Francés y los demás que lo han seguido, no hablan precisamente de la ausencia como presunción de fallecimiento, y no se comprende de qué ausencia tratan, pues el carácter de ésta es modificado por la circunstancia de haber dejado ó no el ausente, apoderado ó representante legal. La declaración judicial, que por esos Códigos debe hacerse, es meramente declaración de ausencia, cuando debia ser declaración del día del fallecimiento presunto, según las mismas resoluciones finales, que en dichos Códigos se advierten. Es, pues, inútil notar las concordancias con los Códigos extranjeros.

En la legislación española sólo hay la L. 14, Tít. 14, Part. 3ª, que dice: «*Si aquel de cuya muerte dubdan, dicen que en estrañas é tuengas tierras es muerto, é gran tiempo es pasado, ansi como diez años arriba, abonda que prueben que esto es fama entre los de aquel logar, ó que públicamente dicen todos que es muerto*».

**Art. 111.** *Los seis años serán contados desde el día de la ausencia, si nunca se tuvo noticia del ausente, ó desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él.*

**171**—Por el artículo anterior inmediato se establece, que la ausencia de una persona, sin tenerse de ella noticia durante seis años, causa presunción de su fallecimiento, y el presente determina desde cuándo deben ser contados aquellos años, y dice:

1º *Desde el día de la ausencia, si nunca se tuvo noticia del ausente; ó*

2º *Desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él.*



Debe recordarse, desde luego, que tratándose de un plazo de años, tiene inmediata aplicación el art. 25 que establece que «los plazos de mes ó meses, de año ó años, terminarán el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha».

¿Por qué medios probar el día de la ausencia?

No es dudoso que por todos los del derecho común, pues se trata de la prueba de un hecho simple, no sujeto por ley á un medio especial probatorio. Rigen de consiguiente las reglas comunes.

Conocido el día de la ausencia, el plazo de los seis años espirará el día que el respectivo mes tenga el mismo número de días de su fecha; y se requiere que durante los seis años no se haya tenido noticia del ausente, porque de lo contrario se contarán, no desde el día de la ausencia, sino desde el día ó fecha de la última noticia.

**172—Desde la fecha de la última noticia:**—¿Cómo debe entenderse esto? Debe contarse desde el día en que—por ejemplo—la carta del ausente llegó á su domicilio ó residencia que abandonó, ó desde la fecha que tenga la carta? Pensamos que *desde la fecha* de la carta, porque es esta *la fecha de la última noticia*. Y así, si el ausente escribió con fecha 15 de Marzo y su carta llegó á su destino el 15 de Abril, los seis años se contarán desde el 15 de Marzo y no desde el 15 de Abril. La fecha de la noticia de la existencia del ausente es la fecha de su carta y no la fecha de su recibo por su esposa, hijos, etc.—La noticia de su existencia se limita á 15 de Marzo, *fecha de la noticia*, porque bien pudo el ausente morir al día siguiente y por lo tanto antes de haberse recibido su carta en su domicilio.

Sobre este punto están divididos los escritores fran-



ceses: están por la fecha del recibo Aubry y Rau, Duranton, Plasmán, Delvincourt . . . ; y están por la fecha de la carta Marcadé sobre el art. 115.; Demolombe — n. 58; Mourlón — Repeticiones — n. 390; Massé y Vergé — nota 3 á Zachariæ — § — 97 — que dicen así: — «Nosotros pensamos al contrario que es  
« á la fecha de las noticias que es preciso estar y no  
« á la época de su recibo: si una carta prueba la  
« existencia del que escribió en el día en que la ha es-  
« crito, no prueba que aun exista en el día en que la  
« carta es recibida ».

**Art. 112.** *Causa también presunción de fallecimiento la desaparición de cualquiera persona domiciliada ó residente en la República, que hubiese sido gravemente herida en un conflicto de guerra, ó que naufragase en un buque perdido ó reputado por tal, ó que se hallase en el lugar de un incendio, terremoto, ú otro suceso semejante, en que hubiesen muerto varias personas, sin que de ella se tenga noticia por tres años consecutivos. Los tres años serán contados desde el día del suceso, si fuese conocido, ó desde un término medio entre el principio y fin de la época en que el suceso ocurrió, ó pudo haber ocurrido.*

**173**—Es el inc. 7º del art. 81 del Código Chileno.

Si la falta de noticias, durante seis años consecutivos, de una persona que ha abandonado su domicilio ó residencia, causa la presunción de su muerte, basta un término menor para esa presunción cuando se está



en presencia de estas circunstancias: que la persona de que se trata fué gravemente herida en un conflicto de guerra; que iba á bordo de un buque que ha naufragado, ó que es reputado por tal; que se halló en lugar de un incendio, terremoto, explosión de un polvorín, ú otro accidente semejante en que hubiese ocurrido la muerte de varias personas. La falta de noticias, después de un accidente cualquiera de éstos, durante tres años consecutivos, causa la presunción de fallecimiento, dice nuestro artículo, declarando que los tres años serán contados desde el día del suceso, si fuese conocido, y si no, desde un término medio entre el principio y fin de la época en que el suceso ocurrió, ó pudo haber ocurrido.

Así como en el art. 110, también en el presente concurren, para la resolución legal, estos tres elementos: ausencia, tiempo y falta de noticias, pero en el presente la circunstancia extraordinaria de un conflicto de guerra, terremoto, naufragio, etc., etc., influye decisivamente no sólo para la abreviación del tiempo, sino también para la designación del día presuntivo de la muerte, porque es natural presumir que fué causada por el accidente que la produjo en otras personas.

**174**—Los tres años se cuentan así: desde el día en que tuvo lugar el suceso (acción de guerra, naufragio, terremoto, etc.), si fuese conocido: y en caso contrario, desde el día presuntivo en que el suceso ocurrió. . . . Ese día presuntivo es el « *término medio* entre el principio y fin de la época en que el suceso ocurrió, ó pudo haber ocurrido ». Y así, si el ausente de que se trata se embarcó en el puerto de Buenos Aires en viaje para Burdeos y el buque naufragó antes de llegar á Río Janeiro, los tres años se contarán desde el día en que ocurrió la pérdida del buque, si fuere conocido. Si no pudiese fijarse el día del naufragio, se tomará



el término medio entre el día de la salida del puerto de Buenos Aires, y el día en que debió llegar al de Rio Janeiro, y el día del término medio será aquel desde el cual se contarán los tres años. Si el buque debió hacer escala y llegó salvo á Montevideo, desde cuyo puerto al de Rio Janeiro tuvo lugar el naufragio, el término medio se buscará desde la fecha en que zarpó del puerto de Montevideo.

La prueba de la fecha en que tuvo lugar el terremoto, la acción de guerra, naufragio, etc., así como el tiempo dentro del cual ocurrieron, ó pudieron haber ocurrido estos sucesos, puede hacerse por todos los medios probatorios del derecho, porque no estando impuesta por ley una clase determinada y tratándose de hechos en que los interesados no han tenido parte, é imprevistos y de fuerza mayor los más, el caso se rige por las reglas del derecho común.

**175—***Por regla general*, será necesario probar que en el naufragio, acción de guerra, terremoto, etc., fallecieron varias personas, para que haya lugar á aplicarse el artículo que nos ocupa, porque no solo es el accidente en sí, sino especialmente la circunstancia de haber causado la muerte de varias personas lo que induce á la ley á establecer la presunción del fallecimiento, cuando en el término relativamente corto de tres años no se hubiese tenido noticias del ausente. Nuestro artículo, en efecto, decide que causa presunción de fallecimiento la desaparición del que hubiese sido gravemente herido en un conflicto de guerra, ó que naufragase en un buque perdido, ó que se hallase en el lugar de un incendio, terremoto ú otro suceso semejante, « *en que hubiesen muerto varias personas* »

... Cuando no se probase esta circunstancia, el caso no estará regido por el artículo que nos ocupa, sino por la disposición general del art. 110, que no atiende



sino á la ausencia, al tiempo y á la falta de noticias del ausente. Y decimos *por regla general*, porque si ocurriese, por ejemplo, el caso de un buque desaparecido entre Montevideo y Rio de Janeiro, sin tenerse ninguna noticia de él, de su capitán, de sus tripulantes, ni de los pasajeros en el puerto de su partida, en el de su destino, ni en ninguna otra parte del mundo conocido, lo que importa decir que en el naufragio del buque perecieron cuantas personas iban en él, sin salvar ninguna; en un caso como este, que no es imposible, la prueba directa y cumplida de que « *hubiesen muerto varias personas* » . . . es de toda imposibilidad sin perjudicarse por esto la aplicación del artículo que nos ocupa, probadas que fuesen sus otras circunstancias.

**Art. 113.** *En caso de los artículos anteriores, el cónyuge del ausente, los presuntos herederos legítimos, los instituidos por tales en un testamento abierto, ó los legatarios, los que tuviesen derecho á bienes poseídos por el ausente, ó los que tuviesen sobre sus bienes algún derecho subordinado á la condición de su muerte, el Ministerio Fiscal y el Cónsul respectivo, si el ausente fuere extranjero, pueden pedir una declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento del ausente, al juez del último domicilio ó residencia de aquél.*

**176—**La presunción de fallecimiento es pronunciada por la ley en dos casos, de los que el uno, el legislado por el art. 110, puede y debe llamarse *ordinario* y



*extraordinario* el otro, que es el legislado por el art. 112.

Natural y justo es dar á los interesados el derecho de pedir la declaración judicial de la presunción recordada, y este derecho está establecido por el presente artículo.

**177—**¿A quiénes se concede? A todo el que tenga algún *interés pecuniario* en los bienes del ausente? No: la concesión no es tan extensa. No está hecha, por ejemplo, en favor de los acreedores del ausente, y no se descubre motivo para que les fuera acordada, porque lejos de serles útil la declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento, les perjudica, porque antes de la declaración el acreedor deduce su acción contra su deudor, el ausente, en la integridad de su crédito, en tanto que después de la declaración de su muerte presunta, su crédito se divide entre los herederos y tendrá que demandar á cada uno de ellos por su parte respectiva: art<sup>os</sup>. 3519 y 3524. El acreedor del ausente no tiene necesidad de la declaración del día presuntivo del fallecimiento para cobrar su crédito y, por consiguiente, no puede concedérsele acción para pedir dicha declaración, porque no hay ni puede haber acción donde no hay interés legítimo. El interés es la condición *sine quâ non* de toda acción.

Tienen interés todos los que de cualquier modo tuvieren sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condición de su muerte, y es ajustándose á esta regla fundamental que la concede nuestro artículo al cónyuge del ausente, á los que fuesen presuntos herederos legítimos en el momento en que se pide la declaración, á los instituidos herederos en un testamento abierto, á los legatarios, á los que tuviesen derechos á bienes poseídos por el ausente, al Ministerio fiscal como representante del fisco, que puede ser suce-





sor, y al Cónsul respectivo, como representante de los herederos del ausente, si este fuese extranjero. Todos estos tienen un legítimo interés en la declaración de la muerte presuntiva y fijación del día de ella, y á todos concede nuestra ley derecho para pedir su declaración judicial.

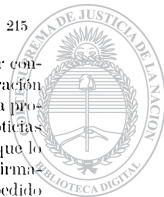
Nuestro artículo contiene esta frase: « los que tuviesen derechos á bienes poseídos por el ausente », que no es necesaria desde que se escribe en él esta otra, que es más comprensiva y suficiente para dejar acordada á aquellos la facultad de que se trata : *« los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte »*, porque con esta declaración puede—entre otros—el donante, por ejemplo, pedir la declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento, cuando la donación hubiese sido hecha bajo la condición de que las cosas donadas se restituirían al donante si éste llegase á sobrevivir al donatario, art. 1837, inc. 2º. El donante tiene en este caso un derecho subordinado á la condición de la muerte del ausente y de consiguiente le corresponde el de pedir la declaración judicial del fallecimiento presunto. Del mismo modo,—é independientemente de su calidad de socia ó heredera,—la mujer tendrá derecho para pedir la declaración de la muerte presunta de su marido ausente, como *donataria* de los bienes de su esposo, que hubieran de pertenecerle á título de convención matrimonial, hecha antes de la celebración del matrimonio, de conformidad al inc. 4º del art. 1251. Igualmente, el *donatario* de bienes cuyo usufructo se hubiere reservado el ausente, tendrá derecho para solicitar la declaración del fallecimiento presunto del desaparecido, porque con la declaración de su muerte, el donatario obtendrá el usufructo



de los bienes donados que se hubiese reservado aquél. art. 1835.

**178—** ¿A qué juez debe pedirse la declaración del día presuntivo del fallecimiento? Al del último domicilio ó residencia del ausente, dice nuestro artículo. Si tuvo domicilio en la República, al juez de ese domicilio; si no tuvo domicilio, sino simplemente residencia, al juez del lugar de la residencia; y si tuvo su domicilio en un punto y su residencia en otro, al juez del lugar del domicilio. Es justo que así sea, porque no hay razón para atribuir á un juez la declaración de la muerte presunta y á otro la dación de la posesión de los bienes, su división, &. Siendo un principio de nuestro derecho que la jurisdicción sobre las sucesiones corresponde al juez del lugar del último domicilio del difunto,—art. 3318,—él debe hacer la declaración del fallecimiento presunto y él conocer y resolver sobre la posesión y división de los bienes del ausente, su administración por la viuda, & & para que así quede dada unidad de dirección á negocios que se relacionan íntimamente. Lo contrario ocasionaría cuestiones, insumiría tiempo y originaría gastos en perjuicio de la causa pública.

**Art. 114.** *Los que se presentasen pidiendo esta declaración, deben justificar el tiempo de la ausencia, las diligencias que hubiesen practicado para saber de la existencia del ausente, sin resultado alguno, el derecho á sucederle, y en su caso, el suceso del naufragio, terremoto, acción de guerra, etc., en que el ausente se encontraba.*



**179**—Al que afirma incumbe la prueba y, por consiguiente, es natural que al que pida la declaración del día presuntivo del fallecimiento corresponda probar el tiempo de la ausencia, la falta de noticias del ausente durante el plazo legal y el título que lo habilita para pedir la declaración, porque la afirmación de todas estas cosas va entrañada en el pedido de que se declare la muerte presunta del ausente. No se presume la muerte sino después de seis ó tres años de ausencia (art<sup>s</sup>. 110 y 112) sin noticias del ausente; luego el que pide la declaración judicial de la muerte presunta, afirma implícitamente que ha corrido el tiempo legal, sin noticias de éste, y debe probar su afirmación. Nadie que no esté facultado por la ley puede solicitar la declaración judicial: luego el que la solicita afirma implícitamente que está autorizado por derecho para hacerlo y debe probar su afirmación, justificando su título ó calidad habilitante.

El que se presenta pidiendo la declaración..... debe justificar su derecho *á suceder* al ausente—dice nuestro artículo—estatuyendo sobre lo que *plerumque fit*. Lo que corresponde y debe decirse es, que el que pida la declaración del día presuntivo del fallecimiento debe probar el título ó calidad que de conformidad al art. 113 lo habilite para solicitarlo. El que se crea heredero, la que se concéptue esposa, el que se estime legatario, el que alegue en fin que tiene sobre los bienes del ausente derechos subordinados á la condición de su muerte, tiene que probar la calidad que invoca ó el título que lo habilite para actuar.

Ocupándonos del artículo 113 hemos visto que el simple *acreedor* no está autorizado para pedir la declaración judicial del fallecimiento presunto del



ausente. Debe entenderse de aquel cuyo crédito no depende ó no está subordinado á la condición de su muerte, porque en caso contrario le asistiría derecho para pedirla, como sucede, por ejemplo, con el donante que ha estipulado que las cosas donadas le serian restituidas en caso de sobrevivir al donatario.

En resumen: el solicitante de la declaración de fallecimiento presunto debe: 1º probar todas las circunstancias que la ley tiene en cuenta para establecer la presunción de la muerte; 2º demostrar su calidad ó título habilitante para solicitar aquella declaración.

Entre los primeros están los hechos de terremoto, incendio, naufragio, conflicto de guerra, & &, que fuesen la causa presumida del fallecimiento del desaparecido y, por consiguiente, debe probarse que tales accidentes ocurrieron y que el ausente se encontró en el lugar del suceso, así como debe probarse también que el ocurrido ocasionó la muerte de varias personas. Esta justificación puede hacerse por todos los medios de derecho, porque no existiendo disposición legal que requiera un medio determinado de prueba, se está en el campo de la ley común y rigen sus reglas ordinarias.

**180**—En cuanto á la justificación de estar el solicitante autorizado para pedir la declaración, hay que tener en cuenta la calidad ó título que invocare. Si se presenta como esposa del ausente, la prueba de su matrimonio debe hacerse presentando testimonio del acta de su celebración, y sólo en el caso de ser imposible presentar el acta, ó su testimonio se admitirá cualquier otro medio de prueba—artº. 253 y 254. Si se invocase ser hijo legítimo del ausente, se hará la prueba justificando por medio de los registros públi-



cos, ó parroquiales tanto el nacimiento del hijo como el matrimonio de los padres, pudiendo recurrir á otros medios probatorios en los casos de no existir Registros, ó por falta de asiento en ellos, ó por no tener la debida forma—art<sup>s</sup>. 85 y 297. Si se pretendiese ser legatario, habrá de presentarse el testamento respectivo que lo justifique.

Por lo demás, nuestro artículo es el 81, inc. 1<sup>o</sup> del Cód. de Chile, concordando con los art<sup>s</sup>. 248 y 249 de Freitas.

**Art. 115.** *El juez debe nombrar un defensor al ausente y un curador á sus bienes, si no hubiese administrador de ellos, y citar al ausente por los periódicos cada mes, por espacio de seis meses.*

**181**—Es el art. 81, inc<sup>s</sup>. 2, 3 y 4, del Cód. de Chile, concordando con los art<sup>s</sup>. 250, 252 y 253 de Freitas, que contiene declaraciones útiles y hasta necesarias, de que carece el nuestro.

Presentada que fuere la solicitud de declaración de muerte presunta, el juez nombrará al ausente un defensor, cuya principal obligación debe ser, oponerse á la declaración del día presuntivo del fallecimiento en tanto no estuviesen bien probadas todas las circunstancias que la ley tiene en cuenta para establecer la presunción de muerte. Este es el rol que cumple al defensor del ausente, porque la declaración de su muerte presunta le perjudica desde que con ella queda autorizada la posesión provisoria de sus bienes por sus herederos testamentarios, por los legítimos y por los legatarios. art. 118.

Debe nombrar un curador á sus bienes, si no hu-



biese administrador de ellos, porque es deber de las justicias proveer al cuidado y conservación de los intereses del ausente, en beneficio de sus sucesores, de sus acreedores y de la causa pública, á la que siempre interesa la conservación de las fortunas de los particulares. Véase Goyena, art. 312.

**182**—Debe igualmente el juez «citar al ausente por los periódicos *cada mes*, por espacio de seis meses».

Esta disposición revela que la ley conceptúa materia grave, como lo es, declarar la muerte presunta del desaparecido, y es por eso que busca medios para hacer llegar hasta él la noticia de estar solicitada la declaración de su fallecimiento presunto, y le acuerda el plazo de *seis meses* ó para que se presente, ó para que envíe noticias de su existencia que impidan la declaración. Esta disposición de nuestro artículo importa decidir que el juez no puede hacer el pronunciamiento de la muerte presunta antes de seis meses, contados desde la primera citación por periódicos, lo que vale decir que el fallecimiento presunto no puede ser declarado, en los casos ordinarios, sino después de seis años y seis meses de ausencia, sin tenerse noticias del desaparecido, y en los casos extraordinarios, después de tres años y seis meses, plazos que siempre serán mayores en la práctica, como es natural. El artículo 116, concurre á evidenciar que el juez no puede hacer el pronunciamiento de la muerte presunta antes de haber corrido los seis meses de la referencia, pues dice que «*pasados* los seis meses..... y oído el defensor del ausente, declarará la ausencia y el día presuntivo del fallecimiento»..... *Antes* de haber pasado estos seis meses no puede hacer la declaración.



**Art. 116.** *Pasados los seis meses, y recibidas las pruebas que presentaren los que hubiesen pedido la declaración del día presuntivo del fallecimiento del ausente, el juez, oído el defensor de éste, declarará la ausencia y el día presuntivo del fallecimiento del mismo, y mandará abrir, si existiese, el testamento cerrado que hubiese dejado.*

**183**—Pasados que fueren los seis meses durante los cuales debe citarse, cada mes, por los periódicos al ausente y toda vez que fuesen bastantes las pruebas rendidas sobre las circunstancias que la ley tiene en cuenta para presumir el fallecimiento, el juez oirá á su respecto al defensor del ausente y resolverá la causa declarando *la ausencia*, dice nuestro artículo, y el día presuntivo del fallecimiento del desaparecido.

He aquí una *ausencia* declarada en juicio, ó sea *un ausente declarado tal en juicio*, al cual se refiere, en nuestra opinión, el inc. 5º del art. 54, que se ocupa de la incapacidad *absoluta* de hecho de las personas. Esta ausencia declarada, este ausente declarado tal en juicio, es ausente *con presunción de fallecimiento*, siendo la *incapacidad absoluta* que de esta declaración nace, la razón en virtud de la cual los poseedores provisorios de los intereses del ausente están sujetos á las mismas obligaciones y no tienen más derechos que los del *curador del incapaz* de administrar sus bienes. art. 119.

Declarado el día presuntivo del fallecimiento, el juez, á petición de parte, mandará abrir, si existiese, el testamento cerrado que hubiese dejado el desaparecido, observándose en su apertura las disposiciones





de los artículos 3725 á 3729. La razón fundamental de aquella disposición está en que, con la declaración de la muerte presunta, se abre la sucesión del ausente, según el artículo 3316 y, por lo tanto, es llegado el tiempo de proceder á la apertura de su testamento para hacer efectivas sus disposiciones de última voluntad, con las limitaciones y precauciones impuestas por la ley misma, en fuerza de que no se trata sino de un fallecimiento simplemente presumido.

**184**—Es digno de observar aquí que en el art. 113 se habla de testamento *abierto* y en el presente se provee á la apertura del testamento *cerrado* que hubiese dejado el ausente.—Es fácil establecer la razón de la diferencia. Allá se trata de la designación de los que pueden pedir la declaración de la muerte presunta de una persona que, mientras no está hecha esta declaración, se estima que está viva. No debe, de consiguiente, *abrirse* su testamento,—que no pasa de ser un proyecto cambiabile hasta la muerte,—porque el nombramiento que en él se haga de heredero ó legatario puede ser revocado hasta los últimos instantes de la vida. Aquí se trata ya de la sucesión de una persona cuya muerte presunta está declarada y—por consiguiente, es justo que se proceda á la apertura de su testamento para que se sepa á quien corresponden sus bienes y se cumplan sus disposiciones de última voluntad.

**Art. 117.** *En el caso del artículo 110, el juez fijará, como día presuntivo del fallecimiento del ausente, el último día de los primeros tres años de la ausencia, ó del día en que se tuvo de él la última noticia, y en el caso del artículo 112, el día del conflicto de*

*guerra, naufragio, terremoto, etc., si fuese conocido, y no siéndolo, el día del término medio entre el principio y el fin de la época en que el suceso ocurrió ó pudo haber ocurrido.*



**185**—Habiéndose legislado en los artículos anteriores sobre el tiempo de la ausencia y sobre las circunstancias que hacen nacer la presunción de fallecimiento del que abandonó su domicilio ó residencia en la República, el presente se ocupa de designar la fecha ó sea el día presuntivo de la muerte del ausente, y dispone:

1º Que en el caso del art. 110, que trata de los ordinarios, el juez fijará como día presuntivo del fallecimiento el *último día* de los primeros tres años de la ausencia, si desde el principio de ella hasta el completo de seis años no se tuvo noticias del ausente, ó, en caso contrario, el último día de los dichos tres primeros años contados desde aquel en que se tuvo del desaparecido la última noticia.

2º Que en los casos del art. 112—que trata de los extraordinarios, fijará como día presuntivo del fallecimiento el día del conflicto de guerra, naufragio, incendio, terremoto, etc., etc., si fuese conocido, y no siéndolo, el día del término medio entre el principio y fin de la época en que el suceso ocurrió, ó pudo haber ocurrido.

Cuando el plazo de tres años hubiera de contarse desde *el día de la última noticia*, debe entenderse el día de la fecha en que fué *dada* y no aquel en que fué *recibida* la noticia, según lo hemos dicho al ocuparnos del artículo 111.

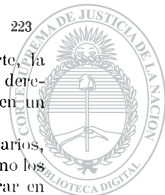


Por lo demás, el artículo que nos ocupa está tomado del 81—incs. 6 y 7 del Cód. de Chile.

**Art. 118.** *Fijado el día presuntivo del fallecimiento, los herederos testamentarios, y en su falta los legítimos, á la época del presuntivo fallecimiento del ausente, ó los herederos de éstos ó los legatarios, entrarán en la posesión provisoria de los bienes del ausente bajo inventario formal y fianzas que aseguren su buena administración. Si no pudiesen dar fianzas, el juez podrá exigir la garantía que juzgue conveniente, ó poner los bienes bajo la administración de un tercero.*

**186**—Cuando á solicitud de parte legítima, el juez declara la muerte presunta del desaparecido, con fijación del día del fallecimiento, la sucesión del ausente queda abierta, según la disposición del artículo 3316, que dice así:—«La sucesión ó el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, ó *por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley*».

Desde que existe una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declara la muerte presunta del desaparecido, es claro que de esta declaración proceden estas dos cosas: 1ª Que el ausente presumido fallecido es á los ojos de la ley absolutamente incapaz para obrar por sí mismo:—art. 54, inc. 5º; 2ª.—Que está abierta la sucesión del ausente y, por consiguiente, que los derechos y acciones de este han pa-



sado á sus sucesores legítimos, porque la muerte, la apertura de la sucesión y la transmisión de los derechos son actos simultáneos, que se suceden en un mismo y único instante.

De esto procede que los herederos testamentarios, los legítimos, ó los herederos de éstos, así como los legatarios, tienen derecho para solicitar y entrar en posesión de los bienes de la herencia; pero como la ley no olvida, ni puede olvidar que sólo se trata de un fallecimiento presunto y, por lo tanto, que bien puede estar vivo el ausente, provee á la seguridad de sus intereses declarando que la posesión dada es sólo *provisoria*. Consulta así los intereses de las dos partes: á los que una vez sucedida la muerte del desaparecido corresponderían sus bienes en su calidad de sucesores ó legatarios, les da la posesión, y los pone con esto en condiciones de conservarlos y hacerlos aumentar en mira de su propio provecho; pero, como el ausente puede estar vivo y regresar de un momento á otro, provee á sus legítimos intereses, haciendo que aquella posesión no sea sino provisoria y que los poseedores no tengan más facultades que las del *curador* de un incapaz de administrar sus bienes. art. 119.

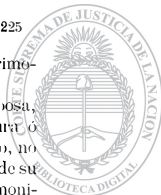
**187**—Esta posesión provisoria se da á todos los que tienen derechos subordinados á la condición de muerte del ausente, y para acordarla se tiene en cuenta, no el día en que el juez hace la declaración de la muerte presunta, sino el *día presuntivo* del fallecimiento, fijado por la sentencia, de acuerdo con las disposiciones del art. 117.—En efecto, nuestro artículo dice que, fijado que fuere el día presuntivo del fallecimiento, serán puestos en posesión de los bienes los herederos testamentarios, y en su falta los legítimos, á la época del *presuntivo fallecimiento del ausente*.



te».... No puede ser de otro modo, porque en el instante de estar declarada la muerte presunta, la sucesión se abre y queda hecha en el mismo momento la transmisión de los derechos; lo que evidencia que no puede tomarse en cuenta para saber á quien acordar la posesión de los bienes sucesorios, sino el día en que está fijado el presunto fallecimiento del ausente.—A los que serían definitivos herederos, si el desaparecido hubiese muerto realmente en el día del presunto fallecimiento, es á quienes corresponde la posesión provisoria de los bienes.

**188**—Esta posesión no puede serles dada sino «bajo «inventario formal y fianzas que aseguren su buena «administración». Es esta una justa exigencia de la ley en favor del ausente, nacida de la naturaleza de las cosas, porque no tratándose sino de un fallecimiento presunto y no teniendo los herederos y legatarios—en el caso—más derechos que los del *curador* del incapaz de administrar sus bienes, es evidentemente justo que se haga inventario de los bienes, que es documento de conservación, y que den fianzas que aseguren su buena administración. Si no pudiesen dar fianzas, el juez exigirá las garantías que estimare convenientes, ó «pondrá los bienes bajo la administración de un tercero», porque en razón de no tratarse sino de un fallecimiento presunto, la ley se preocupa preferentemente de proveer á la seguridad de los bienes del ausente que de las ventajas de sus sucesores.

**189**—La esposa del ausente tiene derecho para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido y, por consiguiente, para oponerse á que se dé la posesión de sus bienes á los sucesores ó legatarios y reclamar



para sí la administración de los bienes del matrimonio. arts. 1341 y 1343.

Esta facultad, expresamente acordada a la esposa, importa dejar pendiente de su voluntad la apertura ó no apertura de la sucesión de su ausente marido, no obstante la declaración judicial del día presuntivo de su fallecimiento. Es facultad que ciertamente no armoniza con las consecuencias lógicas de aquella declaración y con las del artículo 3316 que dice, que, la sucesión se abre por la presunción de muerte del ausente, y está tomada del art. 124 del Código francés, que la acuerda al esposo y á la esposa.

Mourlón la justifica en estos términos:

1º Por prolongada que sea la ausencia de su cónyuge, el esposo presente se conserva ligado por el matrimonio; no le es permitido contratar una nueva unión: la continuación de su asociación pecuniaria, y,—por consiguiente,—la administración que se le confía, es una justa compensación de la posición penosa en que lo ha colocado su consorte;—la viudez forzada que le impone.

2º La comunidad es una verdadera sociedad, un contrato sinalagmático que es formado con el matrimonio y que—por consecuencia,—no debe disolverse contra la voluntad y en perjuicio del esposo presente.

3º La *administración legal* es más útil al ausente que el *envío en posesión provisoria*; porque mientras que sus bienes serían fraccionados, divididos entre los diversos interesados, herederos presuntivos ó legatarios.... que obtuvieran la posesión provisoria, la administración legal tiene la ventaja de concentrarlos en manos de un sólo responsable, el esposo presente.



**Art. 119.** *Los derechos y las obligaciones del que hubiese obtenido la posesión provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes.*

**190**—Es el art. 320 de Goyena.

Como no se trata sino de un fallecimiento meramente presunto, la ley cuida del interés del ausente, disponiendo, como lo hace el presente artículo, que los derechos y las obligaciones de los presuntos herederos y legatarios, à quienes se hubiese dado la posesión provisoria de los bienes, son los mismos que los del curador del incapaz de administrar los suyos. Por consiguiente, están sujetos à las reglas y restricciones que constituyen el régimen de los tutores, en fuerza de la disposición del art. 509, que dice: « Las leyes « sobre la tutela de los menores se aplicarán à la « curaduría de los incapaces », y el art. 121, les niega expresamente la facultad de enajenar los bienes, sean muebles ó inmuebles, cuya posesión provisoria tengan, *sin autorización judicial*, lo que era innecesario establecer, porque lo mismo está prohibido à los tutores por el art. 468 que dice así: « El tutor no puede « enajenar los bienes muebles ó inmuebles del menor, *sin autorización del juez de la tutela* ».

**Art. 120.** *Si dada la posesión provisoria, se presentase el ausente ó hubiese noticia cierta de él, quedará sin efecto alguno.*

**191**—La presunción *juris* cede siempre à la verdad que está justificada debidamente, y cesando aquella cesan sus efectos. Por esto es que queda sin efecto la



posesión provisoria dada en fuerza de la declaración de la muerte presunta, cuando la verdad en contrario constase: 1º por presentarse el ausente; y 2º por tenerse noticia cierta de su existencia.

Como el heredero ó legatario que ha entrado en posesión provisoria no adquiere la propiedad ni siquiera resoluble de los bienes, ni tiene más derechos que los del curador del incapaz de administrar los suyos, lo que vale decir que no es sino un administrador de bienes ajenos, (que pueden llegar á ser suyos, es verdad) es claro que cuando el ausente se presenta, ó hay noticia cierta de él, debe restituirle los bienes y sus frutos, dando cuenta de su administración en la forma ordinaria.

Goyena, bajo el art. 321 de su proyecto, recuerda la disposición del art. 127 del Código francés, del 69 de Luisiana y del 90 Sardo referentemente á la parte que de los frutos y rentas corresponde al poseedor provisorio, estableciendo él el quinto, ó sea el 20 por 100; pero, nuestra ley no ha seguido estas huellas, no dedica de un modo especial parte alguna de los frutos al poseedor provisorio, á quien declara simple administrador, sin más facultades que el curador de un incapaz de administrar sus bienes y dispone que, presentándose el desaparecido, ó teniéndose noticia cierta de él, queda sin efecto la posesión provisoria y debe, de consiguiente, hacérsele devolución de los bienes y sus frutos y rentas; pero, como las leyes sobre la tutela son aplicables á la curaduría de los incapaces, art. 509, y, por lo tanto, al poseedor provisorio de los bienes del presunto fallecido, según hemos dicho bajo el art. 119, puede éste reclamar la remuneración de la décima parte de los frutos líquidos que destina al tutor el art. 185.





Por lo demás, el artículo que nos ocupa es el 88 del Código chileno.

**Art. 121.** *Los herederos presuntivos ó los herederos instituidos, despues de dada la posesión provisoria, pueden hacer división provisoria de los bienes, sin poder enajenarlos, sean muebles ó raices, sin autorización judicial.*

**192**—Se trata de una sucesión abierta por el fallecimiento presunto del ausente y sujeta, por lo tanto, á las reglas y acciones del derecho común en cuanto no fuesen modificadas por disposiciones especiales. Una de ellas es el derecho que asiste á cada uno de los herederos para hacer cesar la comunidad por medio de la acción divisoria *familiae ereiscundae*. Este derecho es concedido por el presente artículo á cada uno de los herederos instituidos, ó presuntivos, porque consulta los intereses del ausente, que es el fin primordial de la ley en la posesión provisoria, y consulta á la vez el de los herederos. Queda mejor consultado el interés del ausente con el reparto de los bienes, porque quedan multiplicadas las fianzas ó seguridades de buena administración que cada poseedor debe dar en garantía de sus responsabilidades, según el art. 118; y queda mejor consultado el interés de los poseedores desde que se ponen bajo la dirección é inmediato cuidado de cada uno de ellos los bienes que pudieran llegar á ser de su propiedad.

En cuanto á la última parte del artículo, en la cual se declara que los poseedores provisorios de los bienes no pueden enajenarlos sin autorización judicial, sean muebles ó raices, nos referimos á lo que hemos dicho bajo el art. 119.



**Art. 122.** *Pasados quince años desde la desaparición del ausente, ó desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, ú ochenta desde su nacimiento, el Juez, á instancia de parte interesada, podrá dar la posesión definitiva de los bienes del ausente á los herederos instituidos, si hubiese testamento, y no habiéndolo, á los herederos presuntivos el día del presunto fallecimiento del ausente, á los legatarios y á todos los que tengan derechos subordinados á la condición de su muerte.*

**193**—Véase el art. 82 del Código chileno.

En los artículos anteriores, la ley se ha ocupado de establecer el tiempo y circunstancias de la ausencia de que nace la presunción de muerte; quiénes pueden pedir la declaración del día del fallecimiento presunto y á quienes debe darse la posesión provisoria de los bienes del ausente, siempre que su mujer no se opusiese al ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido desaparecido. En este periodo de tiempo, que puede llamarse de la *posesión provisoria*, la ley mira más al interés del ausente que al de sus presuntos sucesores, ó legatarios; pero, cuando, ya fuere por razón del tiempo de la ausencia, ya por la edad del desaparecido, su fallecimiento sea, más que una presunción, una grande probabilidad, las provisiones legales se inspiran, y con razón, más en el interés de los que tienen derechos subordinados á la condición de muerte del desaparecido, que en la utilidad de éste. Y así, el presente artículo declara que la posesión *definitiva* puede ser acordada por el juez, á petición de parte legítima, en los casos siguientes:



1º Cuando han pasado *quince años*, contados desde el día de su desaparición, si no se ha tenido noticia cierta de él, ó desde que se tuvo la última noticia cierta de su existencia: 2º Cuando han pasado ochenta años, contados desde su nacimiento.

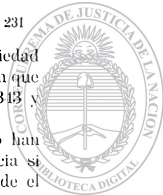
**194**—Esta posesión se llama *definitiva*, no porque sea inatacable, de modo que lleve el sello de firmeza aun contra el propio desaparecido, lo que no sería verdadero decir, porque el art. 124 condena semejante conclusión, sino porque nadie puede impedirla y por sus condiciones y efectos, que son: Que no es necesario dar garantía ni seguridades de buena administración para obtener la efectiva posesión definitiva de los bienes; que las enajenaciones y gravámenes de los bienes acordados con terceros por los poseedores definitivos son eficaces y definitivos aun contra el ausente que regresase, arg. del art. 124; que con la posesión definitiva *queda concluida* la sociedad conyugal y podrá de consiguiente ser exigida y procederse á su liquidación, art. 123; que si el ausente apareciese, le serán entregados sus bienes en el estado en que se encontrasen, ó los que con el valor de ellos hubiesen sido adquiridos, correspondiendo á los poseedores de los bienes los frutos y rentas que hubiesen consumido, art. 124; que siendo el caso de darse la posesión definitiva, la mujer del ausente no tiene derecho para impedir que sea dada y que sean ejercitados los derechos subordinados al fallecimiento de su marido. art. 1343.

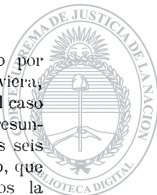
La posesión definitiva puede ser dada, se haya dado ó no la *provisoria*, porque esta no es, ni por su naturaleza, ni por regla alguna de derecho, una condición *sine quâ non* para la primera; y se demuestra esto con sólo recordar que la posesión definitiva se da aun cuando anteriormente y en ejercicio de su derecho la mujer del ausente hubiese *impedido* la posesión provi-

soria, obtando por la continuación de la sociedad conyugal, la cual no puede ir más allá del día en que se decretare la sucesión definitiva,—art<sup>s</sup>. 1341, 1343 y 1344—en razón del tiempo transcurrido.

Este tiempo es, como queda dicho, 1º cuando han pasado *quince* años desde el día de la ausencia si nunca se tuvo noticia cierta del ausente, ó desde el día en que se tuvo noticia cierta de su existencia y 2º cuando han pasado *ochenta* años, contados desde la fecha de su nacimiento. Según esto último, la posesión definitiva puede ser dada sin necesidad de dejar correr previamente los seis años del art. 110, ó los tres del 112. Dentro de un tiempo menor cualquiera, siempre que no se tenga noticia del ausente, puede decretarse la posesión definitiva de sus bienes, pero previa declaración, como es necesario, del día presuntivo de su fallecimiento, porque de lo contrario no se sabría cuando se abrió su sucesión; si el heredero instituido, ya fallecido, adquirió y transmitió ó no la herencia á sus sucesores; si el legatario, ya fallecido cuando es decretada la posesión definitiva, adquirió ó no el legado y lo transmitió ó no á sus herederos, etc., etc. Esta necesidad de fijar el día presuntivo del fallecimiento está impuesta no solo por la naturaleza de las cosas, como acabamos de ver, sino también por el mismo artículo que nos ocupa, cuando dice, que podrá darse « la posesión de los bienes del ausente « á los herederos instituidos, si hubiese testamento, « y no habiéndolo, á los herederos presuntivos *el día « del presunto fallecimiento del ausente* » . . . . Luego es necesario que se haga declaración del día presuntivo de la muerte, debiendo para ello, como lo requiere el art. 116, ser citado previamente el ausente durante seis meses.

**195—** ¿Cuál sería el día á fijarse como del falleci-





miento presunto de un desaparecido que, al año por ejemplo de su ausencia, habría tenido, si viviera, ochenta años de edad? Es indudable que en el caso supuesto puede pedirse la declaración del día presuntivo del fallecimiento antes de estar vencidos los seis años del art. 110 y los tres del 112, y, por lo tanto, que no hay por qué pretender solucionar con ellos la cuestión. ¿Cuál sería, pues, el día á fijarse como el presuntivo de la muerte? No otro que aquél en que, á existir, el desaparecido habría cumplido ochenta años de edad. La presunción de muerte de este ausente se funda principalmente en su avanzada edad, sin perjuicio de requerirse que sea dudosa su existencia en razón de no tenerse noticia de él. Sea larga, sea corta su ausencia, la falta de noticia, unida á la circunstancia de que á la sazón tendría ochenta años de edad, hace más que presumible, muy probable que su silencio con los miembros de su familia, con sus amigos y el abandono de sus intereses se debe á su muerte. La razón, ó mejor dicho el fundamento de la presunción legal del fallecimiento está en su avanzada edad, porque la experiencia enseña que, salvo pocas excepciones, la duración común de la existencia no alcanza á ochenta años. La ley presume, pues, que el ausente no ha sobrevivido á este largo período de tiempo y, por consiguiente, el día presuntivo de su fallecimiento es aquel en que, á existir, habría tenido ochenta años de edad.

**196**—La posesión no la da el juez de oficio, sino á petición de los interesados. ¿Quiénes son ellos? todas las que tienen derechos subordinados á la condición de la muerte del desaparecido; y, por consiguiente, los herederos instituidos, si hubiese testamento; á falta de ellos los legítimos presuntivos en el día del fallecimiento presunto y en su defecto sus sucesores; los legatarios



rios; el donatario, cuando el usufructo de los bienes donados no haya de corresponderle sino después de la muerte del donante; el donante, en el caso que las cosas donadas deban volver á él si sobreviviese al donatario, como lo hemos dicho más detenidamente bajo el art. 113....

Si la posesión *provisoria* hubiese sido dada por error, ó por incuria ó por ignorancia de los más próximos parientes á otros que debian ser excluidos por aquellos, la posesión *definitiva* será dada á los que debieran ser sucesores del ausente en el caso de que verdaderamente hubiese muerto en el día de su fallecimiento presunto. En un caso como este ú otro semejante, los poseedores provisorios restituirán los bienes, con las responsabilidades á que diere lugar su administración. art<sup>º</sup>s. 119 y 120.

**Art. 123.** *Con la posesión definitiva queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal.*

**197**—Conservar por tiempo indefinido, ó por uno muy largo la posesión provisoria y mantener durante él la inmovilidad de los bienes del ausente por medio de la prohibición de disponer de ellos, sería perjudicar el progreso general y desatender el interés de las familias. Cuando por razón del tiempo de la ausencia, ó de la edad del desaparecido su muerte es toda una gran probabilidad, la ley concede la posesión *definitiva* de sus bienes, con efectos muy importantes. Uno de ellos es que con ella queda concluida la sociedad conyugal y, por lo tanto, que los interesados pueden pedir su liquidación y el reparto de los bienes. De acuerdo con esto es que, después de darse á la mujer el derecho de impedir la posesión provisoria, optando por la continuación de la sociedad, el art. 1311 dispone perentoria-



mente que « la continuación de la sociedad conyugal no durará sino hasta el día en que se decretare la sucesión definitiva », disposición que queda más acentuada con la del art. 1343 que limita el derecho de la mujer en estos términos: « . . . pero no podrá (la mujer) optar por la continuación de la sociedad, si hubiese luego, *por el tiempo transcurrido*, de decretarse la sucesión definitiva del marido ».

Otro de los efectos de la posesión *definitiva* es que el poseedor tiene no solo la libre administración de los bienes, sino también su disposición. Puede venderlos, hipotecarlos, donarlos; y los derechos que terceros adquiriesen en virtud de estos actos sobre los bienes, ó respecto de ellos, son eficaces y firmes no solo con relación á los poseedores definitivos, sino también para con el mismo ausente que llegase á presentarse. Esta conclusión se entraña en la disposición del art. 124.

Otro es, que los herederos del desaparecido, tienen derecho para proceder á la división y adjudicación de las bienes sucesorios, entablando al efecto la acción *familiæ erciscundæ*, porque estando declarada la ausencia y fijado el día presuntivo del fallecimiento, la sucesión queda abierta y los dueños de la herencia pueden consiguientemente proceder á su partición. art. 3316.

**Art. 124.** *Si el ausente apareciese después de dada la posesión definitiva de sus bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentren, ó los que con el valor de ellos se hubiesen comprado: pero no podrá exigir el valor de los consumidos, ni las rentas ó intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesión definitiva.*



**198**—Tanto para la posesión provisoria como para la definitiva de los bienes, se procede bajo la base de la presunción *juris* del fallecimiento del ausente, presunción que cede á la verdad debidamente comprobada. El hombre que vive, no obstante la declaración judicial de su muerte presunta, es hombre que conserva sus derechos, sin más limitaciones que las impuestas por la ley en fuerza de hechos lícitos autorizados por ella misma. Por eso es que el presente artículo declara, que, si apareciese el ausente después de dada la posesión definitiva de sus bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentran, ó los que con el valor de ellos se hubiesen adquirido, pero sin poderse exigir de los poseedores el valor de los consumidos, ni las rentas ó intereses percibidos. Se tiene con esto: 1º Que no obstante la declaración judicial del fallecimiento presunto, la ley reconoce que el ausente que *vive* conserva el dominio de sus bienes, con las limitaciones impuestas por la ley misma. 2º Que esas limitaciones son, que quedan perdidos para él el valor de los consumidos y las rentas é intereses percibidos por los poseedores definitivos.

Puede, por lo tanto, el ausente reivindicar de poder de los poseedores, y de los sucesores universales de éstos, sus bienes en el estado que existieren. Esto importa decir que aunque los bienes fueron dados á los sucesores presuntos del desaparecido en su calidad de dueños, *la propiedad* que se les reconoce no es absoluta y permanente, sino, por el contrario, resoluble cuando apareciese el ausente, ó hubiese prueba cierta de su existencia. Se les confiere la propiedad de los bienes, pero bajo la condición de que no aparezca su verdadero dueño, el ausente, ó se pruebe su existencia. Cuando, pues, aparece, ó se tiene prueba cierta de que existe, el derecho queda resuelto, á semejanza de lo





que pasa con los derechos que adquiere la persona, aun *no nacida*, derechos que son efectivos, pero resolubles, como lo hemos visto bajo el art. 70. Goyena, ocupándose del art. 324 de su proyecto, dice sobre el particular: « He observado en el art. 323 que la posesión definitiva trasfiere el derecho de propiedad, aunque *résoluble* » . . . .

El ausente que apareciese no puede reclamar de los sucesores presuntos, de los legatarios etc. á quienes se hubiese dado la posesión definitiva, el valor de los bienes consumidos, ni las rentas ó intereses percibidos, porque como al entregárseles los bienes se les consideró dueños de ellos, y se les transfirió su propiedad, tienen, como dice bien Goyena en el pasaje antes citado, buena fe con título y concepto de propietarios y adquieren, de consiguiente, las rentas y frutos percibidos y están libres de responsabilidad por el valor de los bienes consumidos. En el lib. 50, tit. 17. De *regulis juris antiqui* 137, se lee: « *Qui auctore iudice comparavit, bonæ fidei possessor est* ».

**199**—Es, pues, en el concepto de que sean de *buena fe*, que la ley acuerda á los poseedores definitivos de los bienes del ausente la propiedad de las rentas y frutos percibidos y la irresponsabilidad del valor de los bienes consumidos. Esto no es, ni puede ser dudoso. De modo que, cuando antes, ó después de dada la posesión definitiva, el poseedor sabía, ó llegare á saber que el ausente existe, cargará con las responsabilidades del poseedor de mala fe, desde el día que la tuvo. Véase el art. 91, inc<sup>as</sup>. 4<sup>o</sup> y 6<sup>o</sup> del Código chileno. Nuestra ley requiere buena fe en cada acto de percepción de frutos.

En cuanto á los derechos y responsabilidades por razón de mejoras, deterioros, ó pérdida de las cosas, hay que hacer distinción entre el poseedor de buena y



mala fe y que aplicar las disposiciones relativas á una ú otra de estas calidades.

**200**—Pero el ausente no solo tiene derecho á que se le devuelvan sus bienes propios que se conserven en especie, sino también los que con el valor de los vendidos hubiese adquirido el poseedor. Esto lo resuelve *in terminis* nuestro artículo.

Están en el mismo caso los adquiridos por cambio: los adquiridos así están subrogados á los dados en trueque, y, por consiguiente, el ausente tiene derecho á reclamarlos.

Si el precio de la cosa vendida fuese aun adeudado, en todo ó en parte, el ausente tiene derecho á la suma adeudada.

**201**—¿ Pueden los sucesores y legatarios presuntos puestos en posesión definitiva, oponer la prescripción al ausente que reclama sus bienes? Pensamos que no. La posesión de los sucesores y legatarios presuntos no es llana, no tiene las calidades requeridas para la prescripción: no es á título de dueño llano, definitivo y permanente que poseen: poseen bajo la condición resolutoria de que el ausente *no aparezca*, ó de que *no se tenga noticia cierta* de su existencia. Su posesión bajo esta condición no es hábil para la prescripción, porque el derecho de poseer y el título mismo son, desde el principio, resolubles en fuerza de la condición misma. Cumplida la condición que tenía en suspenso la resolución de los derechos del poseedor, esos derechos quedan nulificados con efecto retroactivo á la fecha del título: art. 543, siendo precisamente el efecto de la resolución el deber de devolver lo que se hubiese recibido á virtud de la obligación, ó sea del título. La posesión estuvo siempre acompañada del reconocimiento de la obligación de restituir los bienes al ausen-



te que apareciese, ó de cuya existencia se tuviera prueba cierta. Luego no es posesión hábil para la prescripción. Diríase que esta ha sido interrumpida momento por momento por la naturaleza misma del título.

Goyena dice: «Al ausente no puede oponerse la prescripción, porque la presunción de muerte cede á la realidad contraria, y no se puede heredar al que vive». art. 326.

**Art. 125.** *Si el ausente hubiese dejado hijos legítimos, cuya existencia se ignoraba, podrán éstos pedir, y deberá entregárseles, los bienes del ausente, como en el caso de la aparición de éste. Lo mismo se hará si se presentasen herederos instituidos en un testamento del que no se tenía conocimiento, y los herederos probasen la efectiva muerte del testador.*

**202**—Si por ignorarse la existencia de hijos legítimos del ausente, la posesión definitiva de sus bienes fué dada á parientes más remotos, pueden aquéllos pedir y debe entregárseles los bienes de su padre en el estado en que se encuentren, tal cual si se tratase del caso de la aparición del ausente. ¿Puede oponérseles la prescripción por los puestos en posesión definitiva? Opinamos que no, por las mismas razones que dejamos expuestas bajo el art. 121 respecto del ausente que apareciere. La calidad de la posesión es la misma respecto de los hijos que respecto del padre. Pero pensamos así limitadamente al tiempo corrido desde el envío en posesión definitiva hasta la muerte efectiva del ausente; pero de aquí en adelante la acción es



prescriptible, porque desde el día de la muerte efectiva del ausente, la posesión de los sucesores presuntos deja de ser condicional y se torna en llana, ordinaria y á título de dueño permanente. Los que se presentan como herederos en grado más próximo para excluir de la herencia á los puestos en posesión definitiva, ó en un grado igual para partir con ellos los bienes, están sujetos á la prescripción de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, que establece el art. 4058 en estos términos: « Después de dada la posesión definitiva del ausente, la acción de sus hijos y descendientes directos para hacer valer sus derechos, se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes ».

**203**—Por lo demás, cuando los hijos legítimos del ausente se presentan pidiendo la entrega de los bienes de su padre, quedan sujetos á lo establecido en el art. 121 y, por consiguiente, no podrán reclamar de los poseedores definitivos el valor de los bienes consumidos, ni las rentas y frutos percibidos, ni atacar los derechos que terceros hubiesen adquirido sobre dichos bienes por actos regulares de los poseedores.

El derecho concedido por nuestro artículo á los hijos legítimos debe extenderse á todo otro sucesor legítimo que deba primar sobre los puestos en posesión definitiva, ó concurrir con ellos en la sucesión del ausente, porque es justo que se le entregue el todo ó parte de los bienes, según corresponda. Combinación de los arts. 118 y 122 con los 3456 y 3457.

**204**—Las cuestiones que se suscitaren entre los pretendientes, sobre su calidad de sucesores, ó de mejor derecho, deben ser conocidas y resueltas cual si se tratase de la sucesión por muerte efectiva del ausente.

**205**—Nuestro artículo dice, que, si se presentasen



herederos instituidos en un testamento del que no se tenía conocimiento, les serán entregados los bienes del ausente, « *si los herederos probasen la efectiva muerte del testador* ».

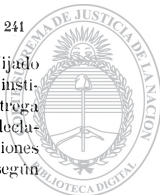
No nos parece que esta disposición deba ser tomada con el absolutismo con que aparece de sus palabras.

Dos casos pueden ocurrir:

1º Que el testamento sea de fecha *anterior* al día del presuntivo fallecimiento del ausente;

2º Que sea de fecha *posterior*.

En el primer caso no vemos por qué haya de exigirse al heredero instituido la prueba de la muerte efectiva del testador, cuando su solución llana y natural se encuentra en el artículo 122 y sus concordantes. En efecto, se dispone en él que pasados quince años desde la desaparición del ausente, ó desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, ú ochenta desde su nacimiento, el juez podrá dar posesión definitiva de los bienes del ausente *á los herederos instituidos*, si hubiese testamento. . . . ¿Prohíbe acaso la ley que, después de dada la posesión de los bienes á determinados sucesores presuntos, puedan solicitarla parientes más próximos del ausente? Absolutamente no, y, entre otras disposiciones, precisamente la primera parte del art. 125 que nos ocupa bastaría para demostrar la falsedad de la conclusión contraria. Si por ignorarse, por ejemplo, la existencia de hijos se da la posesión de los bienes á los hermanos del ausente, tienen aquéllos perfecto derecho para pedir que los bienes les sean entregados, en el estado en que se encuentren. Y por qué no se ha de reconocer este mismo derecho á los herederos instituidos en un testamento insospechable de fecha *anterior* al día del presuntivo fallecimiento del ausente? Los herederos instituidos son personas que tienen derechos subordinados á la condición de la



muerte del testador. Declarada la ausencia y fijado el día del fallecimiento presunto, los herederos instituidos pueden ejercitar sus derechos y pedir la entrega de los bienes, porque la sucesión se abre por la declaración de la muerte presunta no sólo en las sucesiones legítimas, sino también en las testamentarias, según el art. 3316.

Buscando las fuentes en que se inspirara nuestro ilustre codificador, se encuentran estos dos artículos de Freitas :

« Art. 265—Para reclamar un derecho cuya existencia dependa de haber fallecido el ausente ó desaparecido, en el *día presuntivo* del fallecimiento, no será necesario probar que falleciera verdaderamente en esa fecha ; y la presunción aprovechará, en cuanto no se pruebe lo contrario ».

« Art. 266—Pero para reclamar un derecho cuya existencia dependa de haber fallecido el ausente ó desaparecido *antes ó después* del día presuntivo del fallecimiento, no será atendida sin que así se pruebe, ni podrá impedir que el derecho reclamado pase á otros, y ni aun podrá exigir seguridades ».

El primer artículo es la más perfecta confirmación de nuestra conclusión, porque los derechos del heredero instituido dependen de la condición de la muerte del testador y necesariamente le aprovecha la declaración del día del su fallecimiento presunto, porque con él se abre la sucesión del ausente. art. 3316.

El segundo artículo sirve para sustentar la resolución del nuestro, porque siendo el testamento de fecha *posterior* al día presuntivo del fallecimiento, y dependiendo los derechos del heredero instituido de la muerte del testador, que habrá de ocurrir, según su propio título, en una fecha *posterior* á la fijada como de muerte presunta, evidentemente que esta no puede



aprovecharle, porque su título está en abierta contradicción con ella: su título dice que el ausente estuvo vivo en la fecha fijada como de fallecimiento presunto, y como sus derechos están subordinados á la condición de la muerte del testador, es evidente que debe probar la efectiva muerte de éste para que los puestos en posesión definitiva de sus bienes deban entregárselos.

*En resumen:* la declaración del día presuntivo del fallecimiento aprovecha á los herederos instituidos en un testamento de fecha *anterior*, pero no aprovecha á los instituidos en un testamento de fecha *posterior* á la del día del fallecimiento presunto, debiendo los herederos, en tal caso, probar la efectiva muerte del testador.

## TÍTULO IX

### De los menores

**Art. 126.** *Son menores los individuos de uno y otro sexo, que no tuviesen la edad de veinte y dos años cumplidos.*

**206**—La ley no concede á las personas las facultades de la capacidad jurídica plena, sino cuando conceptúa, en mérito de la edad, que han adquirido un completo desarrollo de la razón, que asegure un discernimiento y criterio bastantes para garantir, en regla general, el acierto en los negocios ordinarios de la vida.

El desarrollo de los hombres no es igual en todos los tiempos, civilizaciones y climas, y de ello procede



que la mayor edad no puede ser fijada uniformemente por las leyes de diversos pueblos, ni mantenida invariablemente en un mismo país. Y así, nosotros, por ejemplo, hemos vivido durante largos siglos bajo la ley que fijaba la mayoría en los veinticinco años de edad; pero, el progreso de los conocimientos generales, difundidos en el mayor número, formando más temprano el criterio común, ha permitido á nuestra ley adelantar el tiempo de la mayor edad, fijándola en los veintidós años cumplidos, como lo hace el presente artículo; y la experiencia de once años no ha mostrado que fuera inconveniente esta innovación.

Siendo mayor el que tiene veintidós años cumplidos, son menores los individuos de uno y otro sexo que no tengan esta edad.

**Art. 127.** *Son menores impúberes los que aun no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fuesen de esta edad hasta los veinte y dos años cumplidos.*

**207**—Según el artículo anterior inmediato y el presente, la edad de las personas se divide en tres periodos.

1º El de la *impubertad*, que comprende el tiempo corrido desde el nacimiento hasta los catorce años:

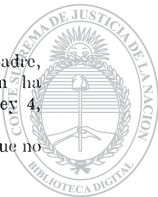
2º El de la edad *adulta*, que es desde catorce años cumplidos hasta los veintidós;

3º El de la *mayor edad*, que es el que corre de veintidós años cumplidos adelante.

Por nuestro antiguo derecho teníamos también el periodo de la *infancia*, que es el tiempo comprendido entre el nacimiento y los siete años de edad.

« Infante es llamado, según latín, todo moço que es





« menor de siete años ; e este atal, non auiendo padre,  
« non lo puede ninguno profijar, porque non ha  
« entendimiento para consentir » . . . . dice la ley 4,  
tít. 16, part. 4ª.

El Código no ha admitido este periodo, porque no es necesario para sus disposiciones.

**Art. 128.** *Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veinte y dos años, y por su emancipación antes que fuesen mayores.*

**208**—La incapacidad que cesa en el menor por el hecho de llegar á la mayor edad, es la incapacidad de *hecho*, ó sea la incapacidad que el menor tiene para obrar por sí mismo en los actos de la vida civil ; y la capacidad que adquiere por el hecho de cumplir veintidós años de edad es la capacidad de *hecho*, ó sea la capacidad de obrar por sí mismo con plena independencia de los padres, tutores y jueces. art. 129.

La capacidad adquirida por la mayor edad es plena, porque el individuo queda habilitado para todos los actos de la vida civil, sin sujeción á representación alguna y sin que sus actos se resientan de ineficacia resultante de la edad ; pero no es plena la adquirida por la emancipación, porque el menor continúa en su incapacidad de *hecho*, procedente de su minoridad, respecto de ciertos actos jurídicos, como son los enumerados en los artº. 134 y 135.

No hay otra emancipación que la legal, es decir la concedida por la ley en razón del matrimonio. No tenemos la acordada por el padre, por la madre, etc., que el Código francés permite y que la ley 15, tít. 18, part. 4ª autoriza respecto del padre.



En cuanto á la precedente del matrimonio, que en nuestro derecho antiguo estaba establecida por la ley 47 de Toro en estos términos: « El hijo ó hija casado é velado, sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre », debe tenerse presente que, si el matrimonio se celebra sin las autorizaciones necesarias, los casados no quedan habilitados ni para la posesión, ni para la administración de sus bienes, art. 177; lo que importa decir que en tal caso el matrimonio no confiere al menor la capacidad de hecho, ó sea la facultad para obrar por sí mismo.

---

**Art. 128.** Savigny, pag. 52. La incapacidad de los menores es limitada al derecho privado, y no se extiende al derecho público. El hijo sujeto á la patria potestad podía, como su padre, por el Derecho Romano, votar en las asambleas del pueblo y ejercer las más altas magistraturas. L. 9, Dig. *De is qui sui. Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur.* L. 14 ad S. C. Treb. *Nam quod ad jus publicum attinet non sequitur jus potestatis.*

**Art. 129.** *La mayor edad habilita, desde el día que comenzare, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna ó autorización de los padres, tutores ó jueces.*

**209**—La mayor edad es aquella en la que la ley concede á la persona facultad plena para obrar por sí misma en todos los actos de la vida civil, sin dependencia de ninguna autoridad, sea paterna, sea tutelar, sea la supletoria del juez; y, por consiguiente, cuando el individuo llega á tener la edad de veintidós años cumplidos, queda, por este simple hecho, habilitado para ejecutar con toda independencia todos los actos de la vida civil, sin que tales actos queden resentidos ni



puedan ser anulados por causa exclusivamente fundada en la edad del agente. Y decimos *por este simple hecho*, porque no se precisa ninguna previa declaración, judicial ó administrativa, para que la persona que llega á los veintidós años cumplidos de edad adquiera la plena facultad de la referencia. La adquiere *ipso facto et ipso jure* el día en que llega á la mayor edad. Por consiguiente, las cuestiones que se suscitaren acerca de la validez de los actos en la duda de que el agente tuviera ó no facultad para proceder por sí mismo, serian cuestiones de hecho, reducidas á averiguar si el autor del acto tenia ó no en su fecha la edad de veintidós años cumplidos.

**Art. 130.** *Para que los menores llegados á la mayor edad entren en la posesión y administración de sus bienes, cuando la entrega de éstos dependa de la orden de los jueces, bastará que simplemente presenten la prueba legal de su edad.*

**210**—El artículo anterior inmediato establece que la mayor edad habilita, por el sólo hecho de llegar á ella y desde el día que se la tiene, para todos los actos de la vida civil, y el presente remueve los obstáculos que en la práctica podrían oponerse á la efectividad del derecho propio, declarando, que, en los casos en que la entrega de los bienes dependiese de orden judicial, será expedida y serán entregados sus bienes al que ha llegado á la mayor edad á la simple presentación de la prueba legal de haber cumplido veintidós años.

La prueba de la edad se hace con los documentos y demás medios probatorios designados en los arts. 79 á 87, y á la vista de la prueba, el juez debe librar la



orden de entrega, si no existiese una razón especial que la impidiese. Armonizando con el presente artículo es que el art. 501 establece que « los que han estado bajo tutela, acabada ésta, pueden pedir la *inmediata* entrega de los bienes suyos que están en poder del tutor, sin esperar á la rendición ó aprobación de las cuentas ». La ley quiere que el que con la mayor edad ha adquirido capacidad plena para obrar por sí mismo, entre sin tardanza en posesión real de sus bienes para que los administre con entera libertad.

**Art. 131.** *La emancipación de los menores, sin distinción de sexo, solo tendrá lugar en el caso de matrimonio de éstos, sin depender tampoco de formalidad alguna, cualquiera que fuese la edad en que se hubieren casado, con tal que el matrimonio se hubiese celebrado con la autorización necesaria, conforme á lo dispuesto en este Código.*

**211**—Ya no existe emancipación acordada sea por el padre, sea por el príncipe.

No hay otra emancipación que la legal, y no procede sino en el caso de matrimonio contraído con las autorizaciones necesarias, ya se trate de varones, ya de mujeres. La emancipación se produce *ipso facto et ipso jure*, sin necesidad de formalidad alguna, ni de declaración judicial. Realizado que fuese el matrimonio, la emancipación del menor casado se opera *ministerio legis*. Por consiguiente, no hay por qué deba consignarse en el acta del matrimonio que el menor de edad que lo ha contraído quede emancipado ni nada semejante á lo estatuido por la ley 15, tit. 18, part. 1<sup>a</sup>.

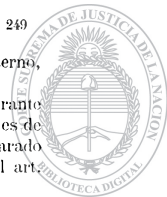


Emanciparse es libertarse ó independizarse de la potestad paterna ó tutelar bajo la cual se está, como lo dice Pothier IX, 70, n. 186 y se contiene en nuestra ley: artº. 128 y 489, inc. 2º.

La emancipación concede al emancipado la facultad de administrar sus bienes, pero no una facultad amplia de administración y disposición, sino, por el contrario, bastante limitada, como lo enseñan los artº. 134, 135 y 2045 n. 1º

**212**—Por regla general, la emancipación no confiere al emancipado capacidad para tener bajo su autoridad á terceros, ni para administrar bienes ajenos, y es por eso que no puede ser tutor durante sea menor, ni curador de mayores incapaces. No pueden ser tutores « los menores de edad », dice el art. 432, y tampoco pueden ser curadores de incapaces, porque según el art. 509, las reglas sobre la tutela de los menores se aplican á la curaduría de los incapaces; pero tiene bajo su autoridad á sus hijos y le corresponde la administración de los bienes de ellos. Lo primero en fuerza del art. 298 y de no existir disposición que niegue al menor emancipado la patria potestad, y lo segundo en razón del art. 327, que declara que « El padre es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad » . . . , con las limitaciones ó restricciones impuestas á la administración de los padres, en general, art. 308, y con las particulares que para los emancipados proceden del art. 135. Le corresponde también la curaduría de su mujer, que fuese declarada incapaz, art. 510, como igualmente la administración de los bienes de ella. art. 1310.

De modo que emancipación no quiere decir facultad plena para administrar y disponer, pero sí importa



liberación ó independencia completa del poder paterno, ó tutelar.

La emancipación es absoluta é irrevocable durante el matrimonio y después de su disolución; pero es de ningún efecto cuando el matrimonio es declarado nulo por sentencia de juez competente, según el art. 132 de que vamos á ocuparnos.

**Art. 132.** *Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada.*

**213**—Hay matrimonios que son absolutamente nulos y otros que son simplemente anulables. Los primeros no pueden ser rehabilitados ó confirmados, porque su nulidad responde á la integridad de principios de orden público, cuya observancia interesa á la sociedad; y los segundos pueden ser revalidados expresa ó tácitamente, porque el vicio que los afecta no compromete sino intereses particulares, á que puede renunciarse. arts. 241 y 242 combinados con el 19.

Nuestro artículo no hace diferencia y, por consiguiente, se refiere á uno y otro de estos matrimonios al declarar que « la emancipación será de ningún efecto » cuando « el matrimonio *fuere anulado* », esto es, cuando fuese declarado nulo por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. De modo que, ya sea que se trate de un matrimonio absolutamente nulo, ya de uno simplemente anulable, la declaración judicial de su nulidad da por resultado que la emancipación operada por el matrimonio *queda sin efecto*, vale decir, suprimida. Pudiera argüirse contra esta conclusión diciendo, que, del mismo modo



que la disolución del matrimonio por la muerte de cualquiera de los esposos deja en pie la emancipación, la declaración de su nulidad debería igualmente dejarla subsistente.

Pero no es posible equiparar la nulidad á la disolución. La nulidad importa la existencia de un vicio que hace inexistente el acto en el campo del derecho. Lo que es nulo no tiene vida en derecho. Es un hecho del que pueden nacer derechos y obligaciones, pero no es un acto jurídico; y, á obedecer á las consecuencias lógicas de los principios, debiera decirse que un matrimonio nulo no opera la emancipación de los menores casados ni antes, ni después de la declaración de su nulidad, en razón de que *quod nullum est nullum producit effectum*. Ya veremos por qué se aparta la ley de este rigorismo de los principios. En la disolución por la muerte, la asociación de las personas desaparece y desaparece también el vínculo que las unió, pero la muerte, que es la causa de estos efectos, no amengua el valor del matrimonio contraído legalmente. El efecto de este matrimonio, ó sea la emancipación de los menores casados puede ser, sin ofensa de ningún principio, irrevocable, y así lo declara la ley,—art. 133,—apoyada en sólidos fundamentos.

**214—**¿Desde cuándo deja de tener efecto la emancipación? Desde el día en que la sentencia de nulidad pasare en autoridad de cosa juzgada, dice nuestro artículo.

Si sólo se tratase de matrimonios anulables, se diría que esta disposición armoniza con la regla general del artículo 1080, según la cual, los actos anulables se reputan *válidos* mientras no son anulados, y sólo se tienen por nulos «*desde el día de la sentencia que los anulase*». Pero como el art. 132 que



nos ocupa se refiere—como hemos visto—tanto al matrimonio simplemente anulable como al *absolutamente* nulo, no puede decirse que su disposición es en todo y cualquier caso concordante con aquella regla.

Tratándose de los absolutamente nulos, la lógica de los principios induce á sostener que la emancipación no se ha operado en ningún momento, por cuanto *quod nullum est nullum producit effectum*; pero la ley se aparta del rigorismo científico para evitar los grandes males que causaría su aplicación.

Importaría para los individuos grandes sacrificios y para la sociedad perjudicial trastorno hacer la siguiente declaración: la nulidad pronunciada de un matrimonio causa la nulidad de todos los actos que tienen su razón de ser en el matrimonio y son consiguientemente nulos todos los actos ejecutados en ejercicio de la emancipación. Para evitar los males que procederían de una declaración como ésta, la ley protege los hechos del pasado estableciendo que la emancipación será sin efecto solo *desde el día* de la sentencia final que declara la nulidad del matrimonio.

Desde entonces, los casados,—si fueren menores de edad,—vuelven á estar bajo la autoridad paterna, si tienen padre, y á falta de ellos, bajo la autoridad del tutor que se les nombre, porque la declaración de nulidad vuelve las cosas al mismo ó igual estado que tenían antes del acto anulado—art. 1081. Anulado el matrimonio, los que fueren casados quedan absolutamente desvinculados el uno del otro, y como son menores de edad y ha sido suprimida su emancipación, deben estar necesariamente ó bajo la autoridad paterna, ó bajo la tutelar.

**215**—Suprimida la emancipación, queda suprimida la facultad de administrar y disponer nacida de ella, porque no existiendo causa no existe efecto; y, por





consiguiente, la administración que tenía el casado de sus bienes propios y de sus hijos, pasa al padre, ó al tutor bajo cuya autoridad se encuentre por razón de la nulidad de su matrimonio.

¿No quedará exceptuado de la disposición de nuestro artículo el cónyuge de buena fe? Queremos decir, si la declaración que deja sin efecto la emancipación, desde la fecha de la sentencia de nulidad, no admite excepción en favor del cónyuge que contrajo de buena fe el matrimonio? Pensamos que no, fundados en lo siguiente.

Nuestra ley pone estos dos principios el uno al frente del otro:

1º La emancipación emanada del matrimonio válido es irrevocable.

2º La producida por un matrimonio nulo es *de ningún efecto* desde la sentencia de nulidad.

Suprimido el matrimonio en razón de su invalidez queda suprimida la emancipación, porque donde no hay causa no hay efecto. ¿Cómo abrir una *excepción* a la regla establecida en términos absolutos? La excepción es obra exclusiva de la ley y como la ley no la establece, no es permitido crearla por interpretación.

Se trata de un matrimonio putativo, es decir de un matrimonio nulo contraído con buena fe, al menos por uno de los cónyuges. Un matrimonio de esta clase no produce efecto sino *hasta* el día de la sentencia que declara su nulidad: más allá, no, según el art. 241, lo que vale decir con el presente que nos ocupa, que, desde el día de dicha sentencia, la emancipación, que es uno de los efectos del matrimonio, queda suprimida. Sostener la subsistencia de la emancipación, como excepción, en favor del cónyuge de buena fe que tenga hijos bajo su po-

testad, y decir en seguida que *él á su vez estaría bajo la potestad paterna* es contradictorio. Si está bajo la potestad paterna, no hay *emancipación*.

**Art. 133.** *La emancipación es irrevocable, y produce el efecto de habilitar á los casados para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan ó no hijos.*

**216**—La emancipación fué siempre concedida más que por el religioso, por el carácter eminentemente social que tiene el matrimonio. Si es verdad que éles la base misma de toda la fábrica de la sociedad civilizada, como dice Lord Robertson, era indispensable que la ley concediese su emancipación á los menores de edad casados. Si se ha de formar una familia y se la ha de gobernar; si se ha de tener la noble carga de proveer á su alimento y educación, asegurándole un porvenir en provecho suyo y de la sociedad, indispensable era la emancipación, porque semejante obra no puede ser cumplida sino con los resortes y con la energía que nacen al calor de la libertad y la independendencia.

Para que la emancipación concedida sea permanente, es decir irrevocable, es necesario que el matrimonio sea contraído legítimamente. A un matrimonio nulo no sigue sino una emancipación temporaria, que termina con la sentencia de nulidad. Si el matrimonio fuese puramente anulable y, en vez de deducirse contra él la acción de nulidad, fuese ratificado expresa ó tácitamente, la emancipación de él procedente sería irrevocable, porque con la ratificación se han suprimido





los vicios que lo hacían anulable, se ha tornado en matrimonio perfectamente legítimo y, consiguientemente, la emancipación de los casados sería irrevocable.

**217**—« La emancipación . . . produce el efecto de habilitar á los casados *para todos los actos de la vida civil* », dice nuestro artículo, debiendo entenderse esta declaración con las limitaciones impuestas por los arts. 134 y 135. Tratando del art. 128 hemos dicho que la emancipación liberta por entero al emancipado de la autoridad paterna ó tutelar bajo la cual vivía antes de su casamiento, pero que no le concedía para los actos de la vida civil la capacidad plena que tiene el llegado á la mayor edad, porque á la verdad no son amplias, sino limitadas las facultades de administración y de disposición que dejan al emancipado los arts. 134 y 135. No tiene, en efecto, capacidad para obrar por sí mismo, con independencia de toda autoridad, en la aprobación de las cuentas de sus tutores, en la enajenación é hipoteca de sus inmuebles, en transacciones y compromisos, en arrendamientos que excedan de tres años, en pagos que pasen de mil pesos, etc., etc., pues, para todos estos actos le es indispensable, bajo pena de nulidad, autorización especial del juez.

**Art. 134.** *Los menores emancipados por el matrimonio no podrán ni con autorización del Defensor de Menores, y bajo pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores, y dar finiquito á éstos, ni hacer donaciones de bienes de cualquier especie y valor, por actos entre vivos.*

**218**—Entramos en las limitaciones impuestas á la facultad de administración y disposición que el art. 128



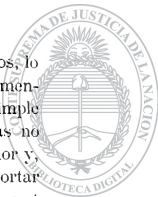
concede al emancipado, confirmada por el art. 133 con la declaración que hace, de que la emancipación produce el efecto de habilitar á los casados *«para todos los actos de la vida civil»*.

Teniendo en cuenta que no sólo es posible, sino muy probable que el menor emancipado se conserve bajo la influencia de su tutor, influencia tanto más peligrosa cuanto que de ordinario se funda en la natural afección que las atenciones del tutor hacen nacer en su pupilo, nuestro artículo declara, para prevenir sorpresas que perjudiquen al menor, que el emancipado por el matrimonio no podrá, ni con autorización del Ministerio de Menores, y bajo pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores y consiguientemente darles finiquito de ellas.

**219**—Durante la minoridad del casado, dichas cuentas deben ser dadas y aprobadas judicialmente, con sujeción á las reglas establecidas por el art. 192 y siguientes.

**220**—Para intervenir el emancipado en el juicio de cuentas, precisa ser autorizado especialmente por el juez de la tutela, art. 135, inc. último, y asistido por un curador especial nombrado al efecto: Arg. del art. 226, debiendo en todo caso tener participación en dicho juicio el Ministerio de menores, bajo pena de nulidad. Art. 528 y sus concordantes. Pothier I, 211, n. 24, dice: « Los menores emancipados no pueden *estar en juicio*, es decir, ser partes en un proceso, sea como demandantes, sea como demandados, *sin estar asistidos de un curador* » . . . .

**221**—Nuestro artículo prohíbe al menor emancipado



hacer donación de sus bienes por acto entre vivos, lo que importa declarar que puede hacerla por testamento. La razón de la diferencia está al alcance del simple buen sentido. Las disposiciones testamentarias no tienen efecto sino después de la muerte del testador y, por consiguiente, no importan ni pueden importar nunca un peligro para el donante, de encontrarse, á consecuencia de su liberalidad, sin recursos con que satisfacer las necesidades de la vida. Cuando la donación se hace por acto entre vivos, este peligro es real, porque es de la naturaleza de la donación que las cosas donadas salgan del poder del donante y pasen al donatario, quedando su patrimonio, desde luego, disminuído en tanto cuanto vale el bien donado, sin que le sea lícito subordinar la donación á cláusula ó condición alguna que le deje, directa ó indirectamente, el poder de revocarla á su voluntad, de restringir, ó neutralizar sus efectos, art.<sup>os</sup> 1823 y 1836; todo lo contrario de lo que sucede con las disposiciones testamentarias, porque el testamento es revocable hasta el último instante de la vida y, por lo tanto, sus disposiciones no son sino proyectos que el testador puede, á su entera voluntad, revocar ó modificar cuando estime conveniente. Precisamente porque las liberalidades de última voluntad no pueden producir un mal para el testador es que, en homenaje á la libertad de disponer de lo suyo, la ley permite al hombre distribuir sus bienes libres, por disposiciones subordinadas á la condición de su muerte, en la medida y en el modo de sus afecciones. art.<sup>os</sup> 3625, 3639 y 3640.



**Art. 135.** *Tampoco podrán, sin expresa autorización del juez, y bajo pena y nulidad, vender ó hipotecar bienes raíces, de cualquier valor que sean;*

*Ni vender los fondos ó rentas públicas que tuviesen, ni las acciones de compañías de comercio ó de industria;*

*Ni contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos;*

*Ni hacer arrendamientos, como arrendadores ó arrendatarios, por plazo que exceda de tres años;*

*Ni recibir pagos que pasen de mil pesos;*

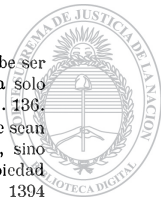
*Ni hacer transacciones, ni sujetar un negocio á juicio arbitral;*

*Ni estar en juicio en pleito civil.*

**222**—Siete incisos contiene este artículo.

El 1º dice que los emancipados *no podrán, sin expresa autorización del juez, y bajo pena de nulidad, vender ó hipotecar bienes raíces, de cualquier valor que sean.*

La propiedad raíz es, por regla general, la base más sólida del bienestar de las familias. Sobrevive al incendio de las revoluciones y á las grandes crisis económicas y es por eso que su enajenación importa á los ojos de la ley, uno de los actos más directamente contrarios á la conservación de la fortuna privada. Natural es entonces que, en su afán por que la emancipación concedida al menor casado no se torne en su daño, la ley limite su facultad de administración y disposición, estableciendo que no puede, bajo pena de nulidad, vender ó hipotecar sus bienes inmuebles



sin expresa autorización judicial, la cual no debe ser general, sino especial para cada caso, y dada solo cuando su utilidad ó necesidad sea evidente. art. 136.

Esta prohibición no se limita á los bienes que sean de exclusiva propiedad del menor emancipado, sino que se extiende á los de igual clase de propiedad de su esposa ó hijos, como lo dispone el art. 1394 en estos términos: «Los menores emancipados no « pueden vender sin licencia judicial los bienes raíces « suyos, ni los de sus mujeres ó hijos».

No es dudoso que tampoco podrán gravar, sea á título gratuito sea á título oneroso, dichos bienes con servidumbres, perpetuas, ó temporarias, reales ó personales, ni conceder su usufructo, porque para el establecimiento ó constitución de estos derechos se precisa ser propietario de los bienes con facultad para venderlos, la que no tiene el emancipado: combinación de los artículos 2865 y 3013.

**223**—El 2º inciso dice que *no* podrán «vender « los fondos ó rentas públicas que tuviesen, ni las « acciones de compañías de comercio ó de industria, « sin expresa autorización del juez».

Esto se entiende de las inscripciones de la deuda pública tanto nacional como provincial, y la prohibición se extiende á la cesión de créditos que pasen de quinientos pesos, según el artículo 1474, cuyo texto es el siguiente: «Exceptúanse los menores emancipados, que no pueden, sin expresa autorización judicial, ceder inscripciones de la deuda pública nacional « ó provincial, acciones de compañía de comercio ó « industria, y créditos que pasen de quinientos pesos».

**224**—El 3º inciso dice: «Ni contraer deudas que « pasen del valor de quinientos pesos», lo que debe entenderse para cada caso particular, porque bien puede



el menor emancipado en el curso de sus negocios y de sus actos, llegar á ser deudor por mucha mayor suma que aquella, sin que este resultado esté comprendido en la prohibición de la ley. Debe recordarse aquí que el emancipado no puede obligarse como fiador por suma alguna, sea mayor, sea menor de quinientos pesos, ni aun con autorización judicial, porque le está absolutamente prohibido por el inciso 1º del art. 2045 que dice así: «Los menores emancipados, aunque obtengan licencia judicial y aunque la fianza no exceda de quinientos pesos» no tienen capacidad para obligarse como fiadores; disposición sabia cuyos fundamentos expondremos cuando nos ocupemos de aquel artículo.

**225**—El inciso 4º dice: «*Ni hacer arrendamientos, como arrendadores ó arrendatarios, por plazo que exceda de tres años*».

El acto de dar ó de recibir en arriendo un inmueble, no es acto de disposición, sino de administración; pero como es importante, considerado en la duración máxima de la ley común, — diez años, art. 1539, — y puede llegar á ser más en razón de las cláusulas ó estipulaciones del contrato, el inciso que nos ocupa limita la capacidad del emancipado, concediéndosela solo para tomar ó dar en arriendo por un tiempo que no exceda de tres años.

**226**—El inciso 5º dice: «*Ni recibir pagos que pasen de quinientos pesos*».

Deduca de aquí que el deudor del menor emancipado que entregase á éste, en pago de su crédito, sin permiso judicial, una suma mayor de quinientos pesos, no quedaría desobligado sino hasta la concurrencia de éstos, y que respecto de lo demás, solo lo quedaría en cuanto el menor emancipado se hubiese





enriquecido con el exceso recibido, art. 768, cuya disposición obedece al principio fundamental de justicia de que hemos recordado bajo el art. 43.

**227**—El inciso 6º dice: «*Ni hacer transacciones ni sujetar un negocio á juicio arbitral*».

Es de esencia de la transacción la renuncia de derechos ó pretensiones, y es por eso que no se permite al menor emancipado hacer transacciones sin permiso expreso del juez. Lo contrario importaría facultarlo para hacer renuncia de sus derechos, con la misma libertad y capacidad de una persona mayor de edad.

El inciso 7º del art. 875 repite la prohibición del que nos ocupa, declarando que no pueden hacer transacciones «*los menores emancipados*».

Tampoco pueden, por sí solos, comprometer un negocio á juicio de árbitros, porque no solo es común, ora se trate de arbitraje necesario, ora de voluntario, hacer renuncia de los recursos contra la sentencia arbitral, sino que también es una imposición de las leyes de procedimientos la estipulación de una multa que deberá pagar la parte que dejase de cumplir con los actos indispensables para la realización del compromiso, todo lo que da al convenio de someter un negocio á la decisión de árbitros una importancia que lo hace digno de figurar entre los exceptuados de la libre administración del menor emancipado.

**228**—El inciso 7º dice: «*Ni estar en juicio en pleito civil*», lo que debe entenderse sea que el emancipado haya de comparecer como demandante, sea como demandado, porque *estar en juicio* comprende uno y otro rol.

Siempre se ha estimado que *estar en juicio*, es decir sostener un pleito es asunto grave, así por las respon-



sabilidades pecuniarias como por las consecuencias morales que acarrea. La experiencia enseña que, si no siempre, sucede frecuentemente que un pleito compromete el porvenir de toda una familia, y es, por consiguiente, justo que la ley no permita, que, personas que aun no han llegado á la edad del completo desarrollo de la razón, puedan estar en juicio sin permiso del juez.

Véase Freitas, art. 72, inc. 8º.

**Art. 136.** *La autorización judicial no será dada sino en caso de absoluta necesidad ó de ventaja evidente, y las ventas que se hicieren de sus bienes serán siempre en pública subasta.*

**229**—El permiso judicial, para los actos de la referencia del art. 135, no debe ser dado sino, como lo dice la ley, en el caso de necesidad *absoluta* ó de *ventaja evidente*, porque de lo contrario los propósitos y las previsiones legales no quedarían cumplidos. Diríase, en armonía con el espíritu de la ley, que el ánimo del juez debe estar prevenido contra los permisos solicitados, para no concederlos sino cuando los actos que se tienen en mira ejecutar sean evidentemente ventajosos ó absolutamente necesarios.

En cuanto á los motivos que el juez deba tener en cuenta para decidir si procede ó no el permiso solicitado, vale decir, si es ó no necesario, no debe olvidar los enumerados por el art. 472, porque apenas es necesario recordar que no está en la letra, ni en el espíritu de la ley cuidar con mayor interés de los bienes de los menores emancipados que de los menores que están bajo la autoridad de sus padres ó tutores.



Sería un error llegar á esta conclusión: permitir la venta de bienes raíces de un menor de edad que está bajo tutela y negarla en idéntico caso para bienes de un menor emancipado. Estas consideraciones inducen á establecer que no es necesaria la autorización judicial para la venta de bienes del menor emancipado, en los mismos casos en que según el art. 473 no se la necesita para la venta de los bienes del menor que está bajo tutela.

**230**—*Las ventas que se hicieren de sus bienes, serán siempre en pública subasta*, dice nuestro artículo, concordando con lo dispuesto por el 475; y la razón fundamental de esta igualdad de disposiciones es la siguiente: Respecto de los bienes para cuya venta necesita, bajo pena de nulidad, permiso expreso del juez, el menor casado no se estima emancipado, si por emancipación se entiende estar libertado de toda autoridad paterna, tutelar ó de la supletoria del juez. Cuando el menor casado no puede proceder por sí solo, sino que le es absolutamente necesaria la autorización judicial, su posición es en mucho igual á la del menor que está bajo tutela; y decimos en mucho, porque hay, sin la menor duda, diferencias entre uno y otro; pero las semejanzas de posición, ó mejor dicho de incapacidad para obrar por sí mismo es la razón por qué la venta de los bienes de uno y otro debe hacerse en forma igual: *en subasta pública*.

Pero, del mismo modo que por el art. 476 el juez está facultado para dispensar que la venta se haga en remate público, cuando se trata de bienes de un pupilo, en igualdad de circunstancias podrá hacer la misma dispensa respecto de bienes de un menor emancipado, porque lo contrario importaría sostener que la ley es más celosa en favor de éstos que de aquéllos, lo que no es verdadero. No puede sostenerse que la ley

protege con mayor interés al menor de edad casado que al menor de edad soltero.

**Art. 137.** *Si alguna cosa fuese debida al menor con cláusula de sólo poder haberla cuando tenga la edad completa, la emancipación no alterará la obligación, ni el tiempo de su exigibilidad.*

**231**—Emanciparse quiere decir libertarse de la autoidad á que se está sometido, y la emancipación por el matrimonio produce este efecto y habilita al emancipado, menor de edad, para ciertos actos que no podría ejercitarlos por sí mismo, sino cuando por haber alcanzado la edad completa se hubiese libertado de toda dependencia paterna ó tutelar. Pero, la emancipación no da lo que no se tiene por la naturaleza, y por eso no hace ni puede hacer que el que *no* tenga la *edad completa* la tenga; es decir, no hace ni puede hacer que tenga la edad de veintidós años cumplidos quien tenga una edad menor que ésta. Es evidente entonces que, si alguna cosa fuese debida al menor con cláusula de haberla solamente cuando tenga la *edad completa*, (22 años), su emancipación por el matrimonio no debe alterar la obligación, ni el tiempo de su exigibilidad, porque lo contrario importaría una flagrante violación de la cláusula y, por la tanto, del derecho, porque siendo una cláusula lícita, constituye la ley del caso. Sería además, en una obligación á término, art. 602, obligar al deudor á hacer el pago antes de vencer el plazo, lo que no es permitido, fuera de los casos de excepción. Art<sup>os</sup>. 604 y 603 y sus concordantes 281 y 787.





**Art. 138.** *El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuese mayor ó menor emancipado, según las leyes de este Código, será considerado como tal, aun cuando sea menor ó no emancipado, según las leyes de su domicilio anterior.*

**Art. 139.** *Pero si fuese ya mayor ó menor emancipado según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquéllas sobre éstas, reputándose la mayor edad ó emancipación como un hecho irrevocable.*

**232**—Estos artículos resuelven en sentido de la opinión más general y justa las cuestiones que sobre el particular han sido largamente debatidas, con motivo del conflicto entre leyes de diversos estados.

Desde luego debe notarse que el art. 138 no es sino una aplicación de la regla general establecida por el art. 6, que dice: « La capacidad ó incapacidad (de hecho) de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales ó extranjeras, *será juzgada por las leyes de este Código* » ...

La edad completa y la minoridad no tienen importancia en derecho sino en razón de la *capacidad* que en el primer caso la ley confiere á la persona para obrar por sí misma en todos los actos de la vida civil, art. 129, y de la *incapacidad* que en el segundo la afecta, sometiéndola á una representación necesaria, art. 54, 55 y 56. Es indudable entonces que cuando se trata de establecer la mayoría, ó minoridad de las personas, se trata sencillamente de su capacidad ó



incapacidad *de hecho* y, por consiguiente, cuando el art. 138 que nos ocupa establece que el que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República Argentina, será considerado menor emancipado ó mayor de edad con sujeción á las leyes argentinas y no con arreglo á las leyes de su anterior domicilio, no hace sino aplicar el principio fundamentalmente sentado en el art. 6º.

Referentemente al principio mismo, he aquí las opiniones de algunos de los más afamados jurisconsultos: « Otra regla es, dice Story, que en virtud de un « cambio de domicilio, la capacidad ó incapacidad de « la persona es reglada por la ley del nuevo domicilio. Pothier establece esta regla, como hemos « visto, en términos perentorios. « El cambio de « domicilio dice, libra á las personas del imperio de « las leyes del lugar del domicilio que dejan y las somete á las del nuevo domicilio que adquieren »... Conf. de las Leyes, n. 69.

« Mi segunda observación se refiere al domicilio, « escribe Savigny, reconocido por nosotros como determinante del derecho local aplicable al estado de las « personas en cada caso particular. Y como por su « naturaleza no es inmutable el domicilio, el estado « de derecho de la persona cambiará con él, si se « admite que este estado debe siempre ser estimado « según el domicilio actual y no según el domicilio « anterior, aun cuando este último remontase á la « época del nacimiento »... « Ved en seguida una « aplicación frecuente é importante de esta regla que « merece toda nuestra atención: la relativa á la época « legal de la mayoría. La aplicación absoluta de la « regla nos daría dos resultados contradictorios. El « Código prusiano fija la mayoría á los 24 años; el « francés en vigencia en Colonia fija la mayoría á



« los 21 años. Si, pues, un individuo de Berlin, de 22  
« años, traslada su domicilio á Colonia, se hará inme-  
« diatamente mayor. Si, al contrario, un habitante  
« de Colonia, de 22 años, traslada su domicilio á Ber-  
« lin, se convertirá en menor, debe ser puesto en  
« tutela y permanecer en ella dos años. El primero  
« de estos resultados, no ofrece ningún inconveniente  
« y difícilmente puede ser contestado. Pero el segun-  
« do, bien que es admitido por antiguos autores, debe  
« ser rechazado por los motivos siguientes »...  
tom. 8º § 365.

**233**—El art. 139 es toda una excepción á la regla del art. 6º, excepción que consulta el derecho inalienable de fijar el domicilio, con entera libertad, en el lugar que estime conveniente, y evita la repugnante consecuencia de estimar incapaz á la persona que ya alcanzó capacidad bajo la ley de su domicilio anterior.

« Cuando un menor, dice Savigny, alcanza la mayo-  
« ridad en el lugar de su domicilio, la independencia  
« que de ella resulta tiene todos los caracteres de un  
« derecho adquirido y no puede serle suprimida por  
« una circunstancia accidental, como es el cambio de  
« domicilio ... Atribuir menos eficacia y duración á  
« la mayoría declarada « por el derecho del antiguo  
« domicilio, sería una decisión contra la naturaleza y  
« abiertamente arbitraria ». Tom. 8º, § 365, al fin.

Fundado en las consideraciones que quedan consignadas, el señor Freitas proyecta su art. 77, que nuestro codificador ha copiado.



## TÍTULO X

## De los dementes

**234**—Nuestro ilustre codificador no ha andado acertado cuando ha escrito por leyenda de este título: *De los dementes*.

El doctor Freitas escribe—« *De los alienados* », ó sea de los locos, en general, y es lo que corresponde, porque los vocablos *loco-alienado* expresan el género, ó sea todo y cualquiera enfermo que padece de perturbación de sus facultades intelectuales que le suprime el libre albedrío, que, según Baillarger, es el hecho verdaderamente esencial de la locura: en tanto que el *demente* es el mismo loco ó alienado cuya enfermedad ha llegado al *grado extremo* de hacerse incurable. Las palabras *alienado, loco*, expresan una generalidad: la palabra *demente* expresa una especialidad, el enfermo de enagenación mental de *último grado*.

El profesor B. Ball, en su notable obra sobre « *Las enfermedades mentales* », dice: « el alienado es un « hombre que, á consecuencia de una perturbación « profunda de las facultades intelectuales, ha perdido « más ó menos completamente su libertad moral y ha « cesado, por consiguiente, de ser responsable de sus « acciones ante la sociedad ».

Qué es la locura? Esquirol la define así: « Es una afección cerebral, ordinariamente crónica, sin fiebre, y caracterizada por desórdenes de la sensibilidad, de la inteligencia y de la voluntad ». Esta definición, que parece no ser perfecta, abraza, sin embargo, suficiente-





mente todos los caracteres y todos los grados de la enfermedad mental llamada locura, que no es sino una y, por consiguiente, las denominaciones de *lypemia*, *mania*, *monomania* « no son en el fondo, según el profesor Ball, sino expresiones sintomáticas de una perturbación profunda de la inteligencia, y *no constituyen enfermedades aparte* », explicándose así, y sólo por esta razón, el que, por ejemplo, « la parálisis general, lejos de estar siempre caracterizada, como se creía en tiempo de Bayle, por el delirio de las grandezas, puede coincidir con la lypemia, con la monomanía, con la excitación maniática, con la hipocondría y hasta con la demencia ».

El ilustrado profesor concluye su *Segunda Lección* en estos términos: « Hemos querido solamente mostrar que es necesario considerar *la locura* como una « *lesión del conjunto*, y no considerar *las diversas formas de delirio como enfermedades especiales* « teniendo cada una lugar aparte »; conclusión que confirma en el curso de sus estudios y especialmente al tratar de la manía y de la demencia, como vamos a verlo.

*Mania*, cuyo nombre es desde largo tiempo atrás sinónimo de *enajenación mental*, es, dice, según la definen los alienistas, constituida por un delirio generalizado, con viva sobreexistación de la inteligencia y una necesidad tumultuaria de movimiento, que son los tres caracteres esenciales de este estado morbozo. Lección 11ª.

La manía no es, pues, sino la locura.

*Demencia*—En la Lección 15ª, consagrada al estudio de la enajenación mental así llamada, dice: « La palabra *demencia* indica el desfallecimiento de las facultades, *la extinción* de la inteligencia... Esquirol dice que es « una afección cerebral, ordinariamente



sin fiebre, y caracterizada por el desfallecimiento de la sensibilidad, de la inteligencia y de la voluntad »: pero, aplicamos exclusivamente la palabra *demencia* á un estado *incurable* que reconoce orígenes muy diferentes, pero que se caracteriza *esencialmente por la ruina irremediable de la razón*.. La demencia es un punto de llegada, no el de partida: no es el principio sino el remate de la enfermedad... todos los que padecen de enajenación mental pueden concluir en la *demencia*, la cual se produce después de uno ó de varios accesos de *mania aguda*; de las diversas formas de *melancolía*; de la *locura puerperal*; pero es incontestablemente menos frecuente en los casos de *monomanía* ó de delirio parcial... Es necesario, agrega, tener muy en cuenta *la forma* del delirio, cuando se quiere calcular respecto del que padece de enajenación mental las probabilidades de una *terminación* en la *demencia*.

Resulta como se ve, al menos en el estado actual de la ciencia, que las palabras locura, enajenación mental, son comprensivas de la demencia y de consiguiente que la leyenda del título debió ser *De los alienados* y no *de los dementes*. Así se habría evitado la impropia redacción del art. 141, que debiera estar concebido así: « Se declaran *alienados* los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de mania, demencia ó imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, ó la mania sea parcial », como con entera propiedad escribe Freitas en el art. 79 de su proyecto.

Téngase presente esta observación que, por ser general, alcanza á todos los artículos del presente título.



**Art. 140.** *Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente.*

**235**—Entre los enumerados por el art. 54 como absolutamente incapaces para obrar por si mismos en los actos de la vida civil, se encuentran los *dementes* declarados tales por sentencia pasada en cosa juzgada, y de ellos se ocupa el presente título.

Para ser tenidos por insanos, para estar consiguientemente sometidos á una representación necesaria y para que la incapacidad sea absoluta y rija para todos y cada uno de los actos del agente, sin necesidad de prueba en cada caso especial, se requiere que la insania sea verificada en juicio contradictorio y declarada por sentencia de juez competente, que no puede ser otro que el del domicilio del insano.

Que la declaración de la insania debe ser hecha en juicio contradictorio, lo persuaden los artículos 142 y 147 que requieren que haya solicitud de parte, que sea nombrado al demandado un curador que lo defienda *en el pleito* y que tome parte *en el juicio* el Ministerio de Menores.

**236**—Los efectos generales é inmediatos de la declaración de la insania son estos:

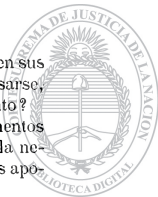
- 1º El declarado insano es, desde el día de la sentencia pasada en cosa juzgada, *absolutamente* incapaz para obrar por si mismo en cualquiera acto de la vida civil,—art. 54, n. 3º.
- 2º Está sometido á una representación necesaria: artículos 56 y 57 y sus numerosos concordantes como los 510, 511 y 512.



3º Los actos de administración y con mayor razón, si es posible hablar así, los de disposición, ejecutados por el declarado insano después de la declaración judicial de la insania, son absolutamente nulos, sin necesidad de prueba en cada caso particular, de que el agente no estaba, en el momento del acto, en uso de su razón. art. 506. La declaración de la insania lo hace absolutamente incapaz y esta incapacidad vive mientras no sea levantada por otra declaración judicial que establezca el restablecimiento del insano—art. 150.

**337**—La disposición del art. 507 que dice: «Los actos anteriores á la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados»—no es un efecto de la declaración judicial de la interdicción ó sea de la insania en nuestro caso. Reposa simplemente en el hecho de la locura, que suprime toda libertad y discernimiento, y en la prueba de que en la fecha del acto de que se trata la locura existía públicamente. Obedece esta disposición al principio fundamental en que reposa el art. 1079, que decide que son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obrasen con una *incapacidad accidental*, como es cuando por cualquiera causa se hallasen *privados de su razón*. La declaración judicial de la insania causa la incapacidad *general* y absoluta del insano y la nulidad de todos sus actos *posteriores* á la declaración; pero, la nulidad de los anteriores no es ni puede ser efecto de la declaración, porque el efecto no es ni puede ser nunca anterior á su causa.

**238**—¿Puede el declarado loco, en tanto que no



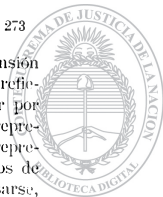
sca casada esta declaración, ejecutar legalmente en sus *intervalos lúcidos* los actos personalísimos de casarse, reconocer sus hijos naturales y hacer testamento?

Alguien sostiene la afirmativa invocando argumentos tomados del Demolombe. Nosotros sostenemos la negativa y vamos a consignar las razones en que nos apoyamos.

A diferencia del Código Francés, el nuestro declara inequívocamente que los alienados declarados tales por sentencia judicial, tienen incapacidad *absoluta* para obrar por sí mismos en cualquiera acto de la vida civil—art. 54, n. 3º, y esta sola declaración hiere de muerte los argumentos de Demolombe que quisieran invocarse en el campo de nuestra ley.

Si el loco declarado tal ha de tener derecho para ejecutar válidamente los importantísimos actos de casarse, hacer testamento y reconocer hijos naturales en sus intervalos lúcidos, ¿por qué no ha de reconocérsele capacidad para ejecutar todo y cualquiera otro acto que en general sería de menor trascendencia que aquéllos? La lógica y la justicia imponen que si se le reconoce capacidad para los primeros, debe reconocérsela para los segundos, y entonces la conclusión sería esta: el demente declarado tal *es capaz* para ejercer todos los actos de la vida civil en los intervalos lúcidos, lo que es evidentemente inconciliable con la incapacidad *absoluta* que afecta al insano desde la declaración judicial de su insania hasta que otra declaración establezca el hecho de su restablecimiento. En lugar de ser absoluta y general la incapacidad durante todo el tiempo que rigiera la declaración judicial de la locura, habría solución de continuidad, recobrando el alienado su capacidad en sus intervalos lúcidos.

No hay por qué extrañar que el art. 509 y los de



su referencia, que determinan la naturaleza y extensión de los poderes del representante del insano, se refieren sólo á aquellos actos en que pueda obrar por él con absoluta independencia é inconsulto el representado y, por lo tanto, que sus facultades de representación no alcancen á los actos personalísimos de reconocer hijos naturales, hacer testamento y casarse, porque esto tiene su explicación en la naturaleza de las cosas. La paternidad es un misterio, porque lo es la concepción: el reconocimiento de un hijo es una *confesión*, cuya razón de ser, sólo está en la conciencia del que la hace.

¿Cómo conceder al representante del insano que haga por éste *confesión* de su paternidad, y eso con total independencia é inconsulto su representado? ¿Cómo hacer que el representante ame por el loco y deba éste contraer matrimonio al calor de las afecciones de aquél y no de las suyas propias? ¿Cómo permitir que la facción de testamento, el nombramiento de heredero, de legatario, etc., que deben ser obra personalísima del testador,—sean hechos por el representante, sin conocer la voluntad del representado? Imposible. La naturaleza de las cosas explica, pues, satisfactoriamente el hecho de que los poderes del representante del insano no alcancen á estos actos: pero, dedúcese acaso de este hecho que el alienado, afectado de incapacidad absoluta durante todo el tiempo que rige la declaración de su insania, puede ejecutarlos en sus intervalos lúcidos? Absolutamente, no. Con declarar que el alienado está afectado de incapacidad *absoluta* para obrar por sí mismo y que esta incapacidad dura mientras dura la declaración judicial de la locura, la ley ha hecho cuanto era necesario hacer para dejar bien establecidas estas dos cosas: 1ª Que el representante del incapaz carece de facultad



para ejecutar los actos personalísimos de la referencia, porque la naturaleza de las cosas impone esta limitación á sus poderes; 2<sup>a</sup> Que el insano no puede ejecutarlos, ni en sus intervalos lúcidos, mientras rija la declaración de su insania, porque durante todo ese tiempo su capacidad es *absoluta*.

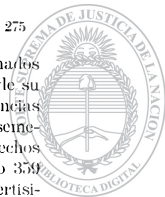
¿Es justo que así sea? No es esa la cuestión, sino saber cuál es el verdadero alcance de la disposición legal; y en este sentido no es dado dudar—según el art. 150—que la incapacidad del loco declarado tal en juicio *no cesa* mientras no haya un auto judicial que declare su restablecimiento.

**239**—Las declamaciones de Demolombe acerca de la crueldad é inhumanidad que según él se entrañan en la doctrina que combate, serian, acaso, atendibles cuando se tratase de decidir de la justicia intrínseca de la ley, pero no cuando la cuestión consiste en fijar el alcance de la disposición legal que declara la incapacidad absoluta y sin reservas del insano.

Y aun respecto de la cuestión puramente teórica, nos permitimos decir que no es fácil criticar con éxito nuestra ley.

No es raro ni nuevo que las leyes sacrifiquen en algunos casos la libertad individual y con ella ciertos derechos, á fin de salvar intereses mayores y prevenir la explotación de la misma persona con cuya desgracia se arguye.

Sirvan de ejemplo, entre otros muchos que podríamos citar, los siguientes: la filiación establecida por el artículo 277 puede ser notoriamente falsa y sacrificar los intereses del hijo, negándole de un modo absoluto el derecho de reclamar la rica sucesión de su padre natural y establecer su verdadero estado de familia; y sin embargo razones de un orden superior justifican plenamente la disposición del artículo.



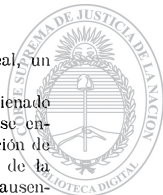
Los actos entre vivos no pueden ser impugnados por causa de incapacidad del agente, después de su fallecimiento, sino cuando concurren las circunstancias especiales del artículo 508; y ¿quién duda que semejante disposición sacrifica en muchos casos derechos no dudosos? Acaso más que otros el artículo 359 compromete ó puede comprometer derechos ciertísimos al decidir que la demanda para la declaración de la filiación natural, no habiendo posesión de estado, solo puede ser deducida *durante* la vida de sus padres; y sin embargo, consideraciones trascendentales de alto interés social justifican esta disposición.

Decimos lo mismo acerca de la regla de la total y absoluta incapacidad del insano, aun en sus intervalos lúcidos, mientras rija la declaración judicial de la insania. La ciencia ha sido hasta ahora impotente para fijar el momento en que principia y aquel en que termina el intervalo lúcido: este intervalo puede ser de largo tiempo como puede no durar sino instantes; y las más de las veces es imposible decidir con acento de certeza el restablecimiento de la razón, porque no es posible fijar los caracteres ciertos é invariables que denuncien el equilibrio de las facultades morales é intelectuales y su diferencia de los que no son sino manifestaciones engañosas de una razón extraviada.

¡Qué difícil, si no imposible, es legislar con acierto en materia tan llena de incertumbres! ¡A cuánta explotación indigna no se abriría la puerta si por declaraciones de los testigos del acto, y por signos fugaces, ligados por encadenamiento aparente, que el sórdido interés puede preparar, hubiera de decidirse de la aptitud intelectual del agente!

« El intervalo lúcido consiste en la suspensión absoluta, pero temporaria, de las manifestaciones y de



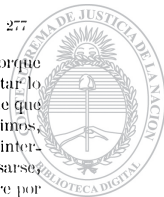


« los caracteres del delirio. Es una tregua real, un  
« armisticio sincero.

« Salvo el caso de un nuevo acceso, el alienado  
« que, según la expresión de la ley romana, se en-  
« cuentra *in suis induciis*, goza de la rehabilitación de  
« sus atributos generales. . . . Para asegurarse de la  
« vuelta de estas facultades, hace un momento ausen-  
« tes, el médico pondrá inútilmente trampas: no con-  
« moverá la solidez del juicio. La paz, si bien pasajera,  
« no es engañosa ni infiel.

« Es necesario discernir (pero cómo, con qué elemen-  
« tos, por medio de qué signos. . . .) del intervalo lúcido  
« *los resplandores de un instante, estos rebotes de la in-*  
« *teligencia y de la calma que se muestran de improvisto*  
« *en un instante*: esta situación es, á la verdad, un  
« excelente augurio y sirve de precursor á una intercu-  
« rrencia real ó la convalecencia misma, *pero nada*  
« *es más frágil. . . .*», dice Legrand du Saulle, en  
su «*Tratado de Medicina legal*», III—*De los inter-*  
*valos lúcidos.*

**240**—Imitando á Demolombe, se invoca como argu-  
mento el que el art. 506 no anula sino *los actos de*  
*administración* que corresponden exclusivamente á su  
representante necesario. A esto hay que responder:  
1º Que la nulidad pronunciada contra los actos de  
administración que ejecutare el incapaz después de  
pronunciada su incapacidad, no se funda en que esos  
actos correspondan exclusivamente á su representante  
necesario, sino en que el insano que los ejecutó es  
absolutamente incapaz para ejecutarlos por sí mismo.  
Tiene representante porque es incapaz y su *incapaci-*  
*dad* es la causa de la nulidad de los actos que ejecuta  
por sí mismo. 2º Que no es dudoso que son nulos  
no solo los actos de administración, sino también, y  
por igual causa, los de disposición que ejecutare el



insano después de la declaración de su insania, porque en materia de incapacidad el que no puede ejecutar lo menos no puede ejecutar lo más; y ciertamente que no hay consecuencia en la doctrina que combatimos, porque si el loco había de poder ejecutar, en sus intervalos lúcidos, los actos importantísimos de casarse, testar y reconocer hijos naturales, no se descubre por qué no había de poder ejecutar válidamente actos de administración.

Se hace otro argumento diciendo, que, el art. 955 « admite implícitamente la validez de los actos celebrados en lúcidos intervalos, *sin distinguir* los dementes en general de los dementes *declarados* ».

El artículo citado no hace á la verdad por su texto tal distinción, pero la hace el Código en los diversos pasajes en que se ocupa de la materia. En efecto, el 54 legisla respecto del insano declarado tal *por sentencia* y decide que tiene incapacidad *absoluta* para obrar por sí mismo. Los artículos 955 y 3650, tratan de los insanos tenidos por tales en razón de la notoriedad del hecho simplemente, ó de los que accidentalmente carecen del uso de su razón, y deciden de la validez ó nulidad de sus actos según los casos, disponiendo en unos que la prueba de la incapacidad ó sea de la locura del agente del acto corresponde al que alega la tacha, y en otros, al contrario, la prueba de que el agente estaba en el uso de su razón cuando ejecutó el acto corresponde al que sostiene su validez, todo lo que no puede tener lugar respecto del insano declarado por sentencia, porque mientras rige esta declaración, en ningún caso puede exigirse otra prueba de la locura que la del auto que la declara y porque no es dado admitir la excepción del intervalo lúcido, porque la incapacidad absoluta del insano declarado no



sufre solución de continuidad mientras rige la declaración judicial de la locura.

La nota de nuestro codificador al art. 3649, concurre á sustentar nuestra opinión.

Hayá ó no error en invocar respecto del testamento la doctrina general en que reposa la disposición del artículo 508, la verdad es que no hay duda de que el Dr. Vélez entiende que el citado art. 3649, *no* se refiere á los locos declarados tales en juicio y es por eso que dice: «... Así, aunque el testador hubiese muerto *sin estar juzgado como demente*, sus disposiciones testamentarias podrán ser tachadas como hechas por un demente».... Entiende, pues, el codificador que el art. 3649 se refiere á los locos en general, á los cuales es permitido testar en sus intervalos lúcidos, suficientemente prolongados, y no á los insanos declarados tales en juicio contradictorio, porque estos están afectados de incapacidad *absoluta* para todos los casos y para todos los actos de la vida civil mientras la declaración de su insania no quede sin efecto por otra contraria.

Finalmente, el señor Freitas bajo el art. 79 de su proyecto, que nuestro codificador ha copiado, dice respecto de la cuestión que nos ocupa:—«*Lúcidos intervalos*: porque tampoco es necesario que el estado de enajenación mental sea permanente y continuo. La existencia de lúcidos intervalos no obsta á la declaración de incapacidad absoluta y á la medida de la representación necesaria; *ni tampoco hace cesar esa incapacidad* y representación».

Hace en seguida crítica fundamental á las ideas y opiniones de Demolombe y concluye así: «Para este «Proyecto resulta una incapacidad *absoluta*, siempre «que los alienados sean declarados tales en juicio, «y su consecuencia será que un alienado en estas cir-



« cunstancias no puede hacer testamento, no puede  
« contraer casamiento válido, ni reconocer hijos natu-  
« rales, etc. »

Esta opinión de tan ilustrado jurisconsulto es el más autorizado comentario que puede presentarse de nuestra ley, cuya paternidad le pertenece.

Agregaremos las opiniones de Baudry-Lacantinerie y de L. Barde, sobre el particular.

« *Les interdits*—Se sabe que existen dos categorías  
« de ellos: los incapaces *judicialmente* y los incapaces legalmente. Los primeros están colocados bajo  
« el peso de una presunción de insanidad de espíritu  
« permanente: esta presunción suprime *en derecho*  
« los intervalos lúcidos que pueden existir *en hecho*, de  
« suerte que la incapacidad de que están afectados  
« se extiende aun á los actos ejecutados *durante un*  
« *intervalo lúcido*»... «*De las Obligaciones*», n. 231.

**Art. 141.** *Se declaran dementes los individuos de uno y otro sexo que se hallen en estado habitual de manía, demencia ó imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, ó la manía sea parcial.*

**241**—Como hemos dicho al ocuparnos de la leyenda del presente título, la redacción de este artículo no debe ser la que tiene, sino esta otra: «Decláranse locos ó alienados los individuos de uno y otro sexo—*et cetera*», —porque así corresponde á la verdad científica.

La declaración de la locura causa en el alienado su incapacidad absoluta para todo acto de la vida civil, y no es justo, dada la gravedad de esta condición, que la ley afecte á un hombre de tal incapacidad, sino



cuando el desequilibrio de sus facultades intelectuales sea constante ó habitual. Su enajenación mental debe ser su estado ordinario, sin que baste por consiguiente el hecho de que haya padecido accesos pasajeros de locura con intervalos de tiempo más ó menos largos. Debe constituir un estado habitual para que autorice la declaración judicial de la locura, sin que á ello obste el que el alienado tenga intervalos lúcidos, porque esta circunstancia no impide que el estado general y ordinario del enfermo sea el de enajenación mental.

Exigiéndose que sea *habitual*, quedan eliminados de los motivos de incapacidad los disturbios accidentales y elementarios del funcionamiento psíquico, pero no comprende el concepto de la insanabilidad por cuanto la declaración de la insania no es una providencia irrevocable,—artículos 146 y 150.

**242** — Tampoco es un obstáculo para la declaración de la locura el que la manía sea *parcial*. Sobre este particular, el Dr. Freitas dice lo siguiente: «Éste es otro punto en que me aparto de la opinión de Demólonbe, que tiene por imposible aplicarse prácticamente la teoría de los autores más competentes, que no admiten fragmentos de enajenación mental. La *manía parcial*, de que se habla en el artículo, es la que tiene el nombre de *melancolía*, ó *monomanía*, *manía resonante* en frase de Pinel; lo que no quiere decir que haya manía circunscrita á un determinado objeto, quedando ilesa la razón humana en todo lo que no se relacione con ese objeto. La psicología con su análisis de las facultades del alma que forman un todo universal y la medicina con sus observaciones prácticas, protestan contra ese estado supuesto de un espíritu al mismo tiempo sano y enfermo»...

**243** — Conviene á este respecto recordar que existe



la locura á doble forma ó *locura circular*, por la cual «se entiende una especie particular de enajenación mental cuyos accesos son caracterizados por la sucesión regular de dos periodos, uno de depresión y el otro de excitación, ó recíprocamente.

Del punto de vista de su marcha, dice el Dr. Ritti, que esta enfermedad puede presentarse bajo estas dos formas distintas: 1ª Cuando los accesos son aislados, ó bien no se producen sino después de un intervalo más ó menos largo, se tiene la locura á doble forma, propiamente dicha, ó á *tipo periódico*. 2ª Si, al contrario, los accesos se siguen sin que se presente entre ellos el *intervalo lúcido*, la enfermedad constituye la locura á doble forma continua, ó á tipo circular.

Se conocen los caracteres de las *locuras intermitentes*; uno de los más importantes es que «el acceso ulterior, como lo ha dicho Falret, semeja en todos conceptos, por los síntomas físicos, intelectuales y morales, y aun por las ideas delirantes expresadas, y también por su marcha, á los accesos precedentes. El enfermo pasa lo más habitualmente por todas las fases de los accesos anteriores».

Si estos han sido bien observados, se puede asignar la época en la cual el enfermo pasará de un período al otro. (A Ritti, *Traité clinique de la folie á double forme* 1883). Según este autor, los alienistas alemanes, Krafft-Ebing, Ludwig Kirm y otros, basados sobre la analogía de la locura á doble forma con las *locuras intermitentes ó periódicas*, han clasificado esta afección entre las *psicosis periódicas*.

**244** — La manía es *remitante ó intermitente*. La primera es en opinión del profesor Régis, una variedad de manía continua caracterizada por la vuelta más ó menos regular de crisis agudas ó paroxismos, separados por periodos de atenuación ó *remisión*.



Se entiende por remisión «una atenuación de los síntomas de la enfermedad», y puede producirse en el curso mismo de un ataque de locura.

*La manía intermitente difiere de la manía remitente, en que en ésta los accesos no están separados por simples periodos de mejoría ó remisiones, sino por intervalos de vuelta completa al estado normal ó intermisiones.* La manía remitente es, pues, una *locura continua* á exacerbaciones, mientras que la manía intermitente es una *locura por accesos, alternando con el estado normal*. Esta distinción tiene sobre todo importancia bajo el punto de vista médico legal. (*E. Régis*,—Manual pratique de Médecine Mental), —2ª edición, 1892.

**245** — Nuestro artículo habla de *mania, demencia é imbecilidad*, porque aunque en el fondo todas estas afecciones no sean sino *una*, la ciencia las estudia separadamente en razón de que en cada una predominan rasgos ó formas especiales.

La *imbecilidad* se distingue de la locura propiamente dicha, en que en aquélla hay postración ó ausencia de las facultades del espíritu, y en ésta desorden completo, según Mandsley.

Después de estudiar los rasgos principales de las desviaciones de la inteligencia en la infinita variedad de formas que pueden afectar, el distinguido profesor Ball se ocupa de la idiotez y de la imbecilidad, que ocasionan la declaración de la incapacidad absoluta en el campo de nuestra ley.

Se trata — dice — de esas imposibilidades para el desarrollo que, poniendo un absoluto obstáculo al progreso del espíritu, constituyen una enfermedad psicológica casi siempre consecutiva á las deformaciones congénitas cuyas causas anatómicas se manifiestan



tan con evidencia tal, que se imponen directamente a nuestra atención.

« La *idiotéz* y el *cretinismo*, agrega, representan dos « grandes tipos, bajo los cuales se coloca habitualmente los diversos miembros de esta gran familia de « los desherados de la inteligencia. Se da el nombre « de *imbéciles* á los que, aunque colocados en cuanto « al fondo en las mismas condiciones que los idiotas, « el defecto de organización de la inteligencia es mucho menos acentuado ».

Y señalando la diferencia que separa al *idiot* del insano llamado *demente*, el célebre Esquirol dice : « La « idiotéz no es una enfermedad. Es un estado en el « cual las facultades intelectuales no se han manifestado jamás . . . El hombre en demencia está privado de « los bienes de que disfrutó antes : es un rico hecho « pobre ; el idiota ha estado siempre en el infortunio y « la miseria », — definición universalmente estimada exacta y que traza, sin duda, una línea de separación bien perceptible entre la locura ó sea la enajenación mental en general y la idiotéz.

A diferencia de lo que pasa con los alienados propiamente dichos, el idiota no presenta ejemplo de perturbaciones intelectuales, porque hay en él falta absoluta de pensamiento : no es el caso de una perturbación, ni tampoco la abolición de la inteligencia, sino una privación más ó menos absoluta de las facultades intelectuales á consecuencia de un vicio de conformación, de una atrofia de los órganos correspondientes. Sin embargo, y á pesar de estas profundas diferencias entre aquellos dos estados del alma, existen entre ellos « estrechas relaciones de parentesco », porque la locura en los padres es una causa frecuente de idiotismo en los hijos.

En esta depresión de la inteligencia existen grados





que Morel fija en tres, colocando en el último á los *idiotas*, en el segundo á los *imbéciles* y en el primero á los *pobres de espíritu*.

Cuando referentemente á la idiotez existe un grado más elevado de inteligencia, se da el nombre de *imbéciles* á aquellos que, quedando infinitamente abajo de los mediocres, poseen sin embargo alguna capacidad, como la del lenguaje, por ejemplo, que les permite expresar sus escasas ideas y comunicarse con sus semejantes: como la memoria, respecto de la cual el profesor de nuestra referencia recuerda ejemplos notables.

Entre los imbeciles, hay muchos que son capaces de desempeñar ciertos oficios y llenar funciones que no requieren gran caudal intelectual. A este respecto, existen grados más numerosos y variados que en el idiotismo; y en los casos concretos habrá que recurrirse siempre á los médicos para que con el estudio detenido y profundo de todas las circunstancias y variantes del desgraciado de que se trate, quede ilustrada la conciencia judicial y pueda decidir con acierto la causa.—Ball—*De las enfermedades mentales*, Lec. 43.

Mandsley, en su obra «*El Crimen y la Locura*», ha escrito extensas y notables páginas sobre las *diversas formas de enajenación mental*, y sobre las peculiares ó más acentuadas de la *locura parcial*, bajo los capítulos *Locura afectiva*, *Locura impulsiva*, *Locura moral* y *Locura de las ideas*, cuya lectura recomendamos.

**Art. 142.** *La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino á solicitud de parte, y después de un examen de facultativos.*

**246**—Es regla general, deducida de la naturaleza y



finés del poder judicial, que los jueces no proceden de oficio. En la materia que nos ocupa es de tanta mayor aplicación esta regla cuanto que sería peligrosísimo para la libertad individual permitir el procedimiento oficioso. Sería poner á disposición del juez un formidable recurso de tiranía.

Sobradamente vigilado queda el insano y consultados sus intereses y los de su familia con la facultad concedida á sus padres, parientes, esposo ó esposa, etc., para promover el juicio y pedir la declaración de la locura, art. 144, la cual no puede ni debe ser pronunciada sino con la opinión de facultativos que, previo examen del enfermo confirme la insania denunciada, con el carácter del art. 141.

Ciertamente que el juez conserva siempre y en todo caso, su independencia y libertad para fallar las causas á la luz de su razón y en el sentido de su conciencia recta y desapasionada : pero es necesario que esté suficientemente ilustrado y que serios elementos de convicción obren sobre su espíritu para que desoiga las conclusiones de la competencia profesional y declare insano al que los peritos estimaren sano, ó accidental y pasajeraamente enfermo. Es demasiado grave declarar loco á un hombre y quitarle la administración de sus bienes, para que aquella declaración se haga sin que del proceso resulte la evidencia de la insania, la cual no es sino un hecho, de cuya existencia, así como de sus caracteres y grado, son los peritos ó sean los médicos los que están llamados á juzgar con mayores probabilidades de acierto.



**Art. 143.** *Si del examen de facultativos resultare ser efectiva la demencia, deberá ser calificada en su respectivo carácter, y si fuese manía deberá decirse si es parcial ó total.*

**247**—¿Cuál es la pieza ó el documento en que deba hacerse la calificación de la enfermedad intelectual? ¿La sentencia en que se declare la locura, ó el informe de los facultativos? Es principalmente en este último en el que debe hacérsela, porque la clasificación científica es requerida como ilustración para que el juez pueda saber si se está en el caso de una insensatez habitual que haga procedente la declaración de la locura, ó si sólo se trata de un desequilibrio pasajero de las facultades intelectuales que no autorice aquella declaración. Se hace esto evidente con solo observar que la calificación en la sentencia no responde á ningún objeto, porque desde que se declare existir la locura, la incapacidad *absoluta* del alienado se produce para todos los actos de la vida civil y para todos los momentos, sin consideración á si la enajenación mental es de este ó de aquel carácter, si la manía es general, ó solo parcial, si la imbecilidad es plena, acabada, ó en crecimiento.

Sin dejar de existir un fondo de *unidad* en las diversas clases de incapacidad mental de que puede ser afligido el hombre, la observación enseña, dice Mandsley, cap. III, que es necesario distinguir los casos de ausencia ó de debilidad de espíritu, de los casos de completo desorden: los primeros constituyen el idiotismo ó la imbecilidad; los segundos la locura propiamente dicha. El idiotismo es un defecto del espíritu, ora congénito, ora debido á causas que han obrado durante los primeros años de la vida, antes del desen-



volvimiento de las facultades mentales ; y, respecto de la locura, sus numerosas variedades pueden ser ordenadas en dos grupos, según que haya ó no desorden intelectual ostensible. La 1ª comprende todos los casos en que hay insensatez de pensamiento ó locura con delirio, y que se puede denominar *locura intelectual* ó *locura de ideas*; la 2ª se compone de todos aquellos en quienes hay insensatez de sentimientos y actos, pero sin delirio y sin incoherencia, pudiéndosele designar propiamente con el nombre de *locura afectiva*.

En cuanto á lo que se entiende por *mania*, en general, ya hemos dicho, al ocuparnos de la leyenda de este título, que es sinónimo de *enajenación mental*.

**Art. 144.** *Los que pueden pedir la declaración de demencia son :*

1º *El esposo ó esposa no divorciados ;*

2º *Los parientes del demente ;*

3º *El Ministerio de Menores ;*

4º *El respectivo Cónsul, si el demente fuese extranjero ;*

5º *Cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, ó incomode á sus vecinos.*

**248**— Este artículo concede el derecho de su referencia á mayor número de personas que el 501, concebido así: «La declaración de incapacidad y nombramiento de curador pueden pedirla al juez, *el Ministerio de Menores y todos los parientes del incapaz*». El que nos ocupa lo concede también al consul ó vicecónsul respectivo, si el alienado fuese extranjero; al esposo ó esposa *no divorciados*, porque de lo contrario el pedido de declaración de demencia se conver-



tiría en arma de venganzas ó de odios; á cualquier persona del pueblo, en fin, cuando el loco sea furioso, ó incomode á sus vecinos, con actos que quedan sujetos á la apreciación judicial.

**Art. 145.** *Si el demente fuese menor de catorce años no podrá pedirse la declaración de demencia.*

**249** — La razón de esta disposición la da el Dr. Freitas en estos términos: « Antes de salir de la impubertad fuera inútil, porque una y otra incapacidad ( la del impúber y la del declarado demente por sentencia ) son *absolutas*. Después de la impubertad no es así, porque la incapacidad de los adultos es *relativa* y la de los alienados es *absoluta* ».

Esta observación es estrictamente aplicable en el campo de nuestro derecho, porque antes de los catorce años cumplidos, el menor es impúber, art. 127, y el *impúber* es *absolutamente* incapaz para obrar por sí mismo, art. 54, inc. 2º, como incapaz *en absoluto* es el demente declarado tal por sentencia, según el inc. 3º del art. citado. Luego no hay necesidad que la declaración de la demencia se haga antes de principiada la edad adulta, porque la absoluta incapacidad del alienado ya existe por razón de su impubertad.

**250** — La incapacidad de los adultos es sólo *relativa*, porque sólo es respecto de ciertos actos, ó del modo de ejercerlos, art. 55; luego respecto de ellos la declaración de la locura *no* es inútil, porque con ella el adulto queda afectado de incapacidad *absoluta*.



**Art. 146.** *Tampoco podrá solicitarse la declaración de demencia, cuando una solicitud igual se hubiese declarado ya improbadada, aunque sea otro el que la solicitase, salvo si expusiese hechos de demencia sobrevinientes á la declaración judicial.*

**251** — Cuando después de terminado un proceso en que no se ha hecho lugar á la declaración de locura, se promueve otro al mismo fin, sea por el propio demandante anterior, ó por un tercero, se está en el caso de aplicar la regla *non bis in idem*, cuando no se alegan hechos sucedidos en fecha posterior á la sentencia que puso fin al juicio anterior. La presunción de sanidad mental, el respeto que se debe al hombre que ya ha sido objeto de un proceso y la necesidad de poner, hasta cierto grado, el sello de firmeza á las resoluciones judiciales, aun en negocios que por su naturaleza, como el que nos ocupa, pueden ser repetidos, hacen que no sea permitido promover un segundo juicio en el caso expresado.

Pero la razón es un atributo, un don que desgraciadamente se pierde por causas hereditarias unas veces, y otras por motivos originados en el curso de la vida; y, por consiguiente, la sentencia que no ha hecho lugar á un primer pedido de declaración de insanidad, no es un inconveniente insuperable contra un segundo proceso, cuando se lo promueve fundado en hechos de enajenación mental *sobrevinientes* á la primera sentencia.

**252** — Los *anteriores* á su fecha no autorizan la repetición de la acción, *aun cuando la promoviese un otro que el primer denunciante.*

Respecto de esta última cláusula, el Dr. Freitas



dice lo siguiente: « Parece que se contraviene á la  
« regla de que la autoridad de la cosa juzgada no tiene  
« lugar sino entre las propias partes . . . ; pero conviene  
« observar que se trata de la capacidad é incapacidad,  
« ó como se acostumbra decir, del *estado de las perso-*  
« *nas*. Estas cualidades, cuando son reconocidas,  
« declaradas ó confirmadas, tienen efecto absoluto  
« *erga omnes*. Si la sentencia que declara algún in-  
« capaz como alienado tiene autoridad para y contra  
« todos porque hay en esto un interés público y una  
« medida de protección general, nada más consecuen-  
« te que atribuirse el mismo carácter á las senten-  
« cias que confirman la capacidad civil de las per-  
« sonas ».

**Art. 147.** *Interpuesta la solicitud de demencia, debe nombrarse para el demandado como demente, un curador provisorio que lo represente y defienda en el pleito, hasta que se pronuncie la sentencia definitiva. En el juicio, es parte esencial el Ministerio de Menores.*

**253**—El contexto y el espíritu de este artículo evidencian de consuno que la declaración de la enajenación mental no puede ser hecha sino en juicio contradictorio. Interpuesta que fuere la denuncia ó solicitud de locura, *debe* el juez nombrar para el *demandado* como alienado, un curador provisorio que *lo represente y defienda en el pleito*, hasta que se pronuncie la *sentencia definitiva*, dice nuestro artículo, agregando que, *en este juicio* es parte esencial el Ministerio de Menores. Hay, pues, un juicio contradictorio que debe terminar con la sentencia que, ó declare



que el demandado es un alienado, ó que rechace la demanda, confirmando implícitamente la competencia mental ó capacidad civil del demandado.

Si el demandado ó denunciado como loco fuese un menor de edad adulto que estuviese bajo la autoridad paternal ó tutelar, su padre ó su tutor deben ejercer las funciones del curador provisorio y estar en juicio en representación del menor, según la expresa disposición del artículo 149, si no fuesen ellos los demandantes.

**254** — El rol del curador provisorio es *defender* á su representado, lo que importa decir que debe contradecir y oponerse á la solicitud de enajenación mental, combatiéndola por los medios de derecho, rechazando los hechos falsos que se alegaren y demostrando, en su caso, que la enfermedad que padeciere el denunciado no tiene los caracteres del art. 141, que requiere que la insania sea habitual. Se trata de un asunto grave, no sólo porque la sola enfermedad que se denuncia importa una verdadera desgracia, sino porque su declaración judicial trae por consecuencia la incapacidad absoluta del paciente para los actos de la vida civil y pierde, por lo tanto, la administración de sus bienes, sin poder hacer nada, por sí mismo, respecto de ellos ni de cualquiera otra cosa, aun en sus intervalos lúcidos, mientras rige la declaración de su insania.

**255** — La concurrencia del Ministerio de Menores en el juicio, requerida *como esencial* por nuestro artículo, es conforme con el 59, en el cual se declara, respecto de todo y cualquiera incapaz, sea mayor ó menor de edad, que dicho Ministerio debe intervenir, bajo pena de nulidad, en los negocios, sean judiciales, sean extrajudiciales, que hagan relación á la persona ó





a los intereses de los incapaces. No hay, acaso, contradicción entre esto y el hecho de *no estar* aún declarado *incapaz* el mayor de edad de que se tratare? No, porque desde el momento de la denuncia judicial de la locura, la ley tiene al denunciado *provisoriamente* como alienado, y es por eso que, no obstante su mayor edad, no le da directa y personal participación en el juicio, sino que le nombra *un curador* que lo *represente* y lo defienda en él; y siendo así, es lógica la intervención del Ministerio de Menores, al tenor del art. 59.

**Art. 148.** *Cuando la demencia aparezca notoria é indudable, el juez mandará inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado, y entregarlos, bajo inventario, á un curador provisorio, para que los administre.*

**256**— Armoniza esta disposición con la general del artículo 505, que dice así: « El juez, durante el juicio, puede, si lo juzgase oportuno, nombrar un curador interino á los bienes, ó un interventor en la administración del demandado por incapaz », con esta diferencia, que la disposición del artículo que nos ocupa es imperativa para el caso que la locura denunciada fuese notoria é indudable, pues en dicho caso el *juez mandará*—dice—entregar bajo inventario los bienes del alienado á un curador provisorio, mientras que la general del 505 es simplemente potestativa, porque sólo dispone que, durante el juicio de incapacidad, el juez *puede nombrar* curador interino, si lo juzgase oportuno... Ni pueden pasar las cosas de otro modo, porque siendo cierta y notoria la locura, los bienes del



alienado sufrirían perjuicio si no se los pusiese bajo la administración de un curador responsable.

**257**— La entrega de los bienes al curador debe hacerse bajo inventario, que es acto de conservación, y el inventario debe ser hecho judicialmente, porque para este caso rige la disposición del art. 451 según la combinada de los 522 y 509.

**258**— El nombramiento de curador provisorio no procede cuando el denunciado como loco fuese un menor adulto sujeto á la autoridad paterna ó tutelar, porque su representación en juicio y la administración de sus bienes corresponde á éstos—art. 149 y sus concordantes 308, 327, 445, desde que la locura del hijo de familia ó del pupilo no es causa para la extinción de la patria potestad, ni de la tutela. Esto, en el concepto de que ni el padre, ni el tutor sean los denunciantes.

**Art. 149.** *Si el denunciado como demente fuese menor de edad, su padre ó su tutor ejercerán las funciones del curador provisorio.*

**259**— Hemos dicho, al final de nuestras notas al artículo anterior inmediato, lo que el presente dispone, esto es, que no procede el nombramiento del curador provisorio de que habla el art. 147, cuando el demandado ó denunciado como alienado fuese un menor de edad adulto que estuviese sujeto á la patria potestad, ó á la tutela. La razón de esta resolución está en que, la locura del menor no es causa que ponga término ni á la patria potestad, ni á la tutela, y como el tutor y el padre son respectivamente los representantes del pupilo y del hijo de familia así en juicio como fuera de él, es natural que no proceda el nombramiento de



curador provisorio y que sean aquellos los que deban representar al menor en el juicio de enajenación mental y defenderlo contra la demanda: art. 308, 327, 445. No se descubre una razón de conveniencia ó jurídica que aconseje lo contrario.

Apenas se necesita observar que esto sólo es así en los casos en que el padre ó el tutor no sean los denunciante, porque de lo contrario no es dado admitir que ejerciten las funciones de curador provisorio, porque no pueden ser agresores ó demandantes y al mismo tiempo defensores del agredido en el mismo juicio.

**Art. 150.** *La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del **Ministerio de Menores.***

**260**—La autoridad y el prestigio de las decisiones judiciales requieren que los efectos de una declaración dada en juicio pleno, no cesen sino cuando una declaración de igual naturaleza les ponga término. Cuando la incapacidad *absoluta* es la consecuencia ó efecto de una sentencia que declara la manía, imbecilidad, ó demencia de un hombre, natural y justo es que esta sentencia surta su efecto mientras otra que sea igualmente final no la abrogue por medio de una declaración contraria. Es también natural y justo que siendo la insanidad intelectual la causa de la incapacidad, no cese ésta sino con el restablecimiento ó curación del paciente. Estas sencillas observaciones ponen de manifiesto la justicia de las conclusiones contenidas en



el artículo que nos ocupa, que son las siguientes: 1<sup>a</sup> La incapacidad no cesa sino con la completa curación ó restablecimiento del paciente: 2<sup>a</sup> La cesación de la incapacidad no se produce sino después de la sentencia pasada en cosa juzgada que declare el restablecimiento completo de aquél: 3<sup>a</sup> Esta sentencia no puede ser pronunciada sino después de un examen de sanidad hecho por facultativos y con audiencia del Ministerio de Menores, que es parte esencial en la causa.

La segunda de estas conclusiones evidencia que la incapacidad absoluta del alienado no cesa en la tregua ó armisticio real, en expresión de Legrand du Saulle, ó sea en los intervalos lúcidos, de cuyo punto nos hemos ocupado detenidamente bajo el artículo 140.

**Art. 151.** *La sentencia sobre demencia y su cesación, sólo hace cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos declarados en este Código, mas no en juicio criminal, para excluir una imputación de delitos ó dar lugar á condenaciones.*

**261**—La sentencia que declara la insania del paciente como la que declara su restablecimiento, no influyen sino sobre la capacidad ó incapacidad civil. El efecto de la primera es la absoluta incapacidad del insano para todo y cualquiera acto de la vida civil y su sujeción á una representación necesaria, y el de la segunda, suprimir los efectos de la primera y restablecer al hombre en su capacidad legal, según corresponda á su edad. Esto enseña que la sentencia de insania ó de restablecimiento no hace relación sino á la capacidad jurídica general de la persona, vale decir á su aptitud facultativa para obrar ó no por sí misma, en



los actos de la vida civil, sin preocuparse de acto alguno particular para decidir de su validez ó nulidad, sino simplemente establecer para lo futuro su estado jurídico, en el sentido de su capacidad ó incapacidad *de hecho*. En derecho criminal, por el contrario, la ley toma y juzga al hombre en las condiciones morales en que lo encuentra en el momento en que ejecutó el acto punible, sin decidir acerca de su responsabilidad por el estado de su razón ó de su libre albedrío antes ó después del hecho delictuoso objeto del proceso. Para establecer la responsabilidad penal, la ley no se preocupa del *estado general* de las facultades intelectuales del agente, sino del estado de ellas *en el momento* de la ejecución del hecho. Si en ese momento, el hombre ha estado loco, la ley lo declara irresponsable, aunque en su vida anterior hubiese disfrutado siempre de su razón, y por el contrario, si el declarado en estado habitual de insania ejecutó el acto en un intervalo lúcido, su responsabilidad ante la ley es indiscutible: Leyes 9, título 1º y 3ª, tit. 18, part. 7ª; art. 81, Cód. Penal; art. 1104 Cód. Civil.

Son, por consiguiente, ajustadas á los principios jurídicos las declaraciones que hace el artículo que nos ocupa, que son estas:

1ª Las sentencias sobre insania y su cesación hacen cosa juzgada en el juicio civil, lo cual debe entenderse armonizando con el art. 146 y sólo para los efectos de la capacidad ó incapacidad civil de las personas y su respectiva sujeción á una representación necesaria.

2ª No hacen cosa juzgada en juicio criminal y, por lo tanto, la declaración de insania no puede servir para excluir toda imputación de delito al declarado insano, ni la declaración de su restablecimiento para hacerlo responsable y dar lugar á condenaciones.

El Dr. Freitas dice á este respecto, fundando el



art. 99 de su proyecto, lo siguiente : « Las sentencias  
« de que se trata, como ya lo hicimos notar en otro  
« lugar, no se refieren á acto determinado alguno, y  
« providencian para lo futuro respecto á la capacidad  
« ó incapacidad ; y las sentencias criminales versan  
« sobre un acto determinado, que se aprecia singular-  
« mente según sus peculiares circunstancias. Para los  
« actos jurídicos es menester una *capacidad*, una *apti-*  
« *tud* ; y declarada la incapacidad de los alienados  
« para lo futuro, no se permite alegar la capacidad en  
« relación á un acto posterior aunque los alienados lo  
« hubieren practicado en intervalo lúcido. Para los  
« actos ilícitos, para los crímenes, nadie es capaz  
« legalmente ; y puede acontecer que los alienados,  
« aunque juzgados incapaces, los hayan practicado en  
« intervalo lúcido » . . .

**Art. 152.** *Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquiera sentencia en un juicio criminal que no hubiese hecho lugar á la acusación por motivo de la demencia del acusado, ó que lo hubiese condenado como si no fuese demente el procesado.*

**262**— En el juicio criminal las funciones del juez se limitan á un caso concreto y tiene por objeto descubrir al agente del hecho delictuoso y decidir sobre su responsabilidad, ó para imponerle la pena de la ley, si ha incurrido en ella, ó para declararlo inocente en caso contrario. La enajenación mental que se declare para escapar de la responsabilidad debe existir durante la perpetración del delito, porque es necesario que el



agente lo haya ejecutado *sin libre albedrío* para no ser pasible de pena. Ninguna influencia tiene en la responsabilidad del caso concreto el que el procesado hubiere ó no padecido de insania antes de perpetrado el delito: su responsabilidad ó irresponsabilidad depende de que disfrutara de su razón cuando ejecutó el hecho, ó que lo practicara en un momento que sus facultades intelectuales estuvieran profundamente perturbadas; y la sentencia tiene que limitarse á establecer uno de estos dos hechos, condenando en el primer caso y absolviendo en el segundo.

Como se ve, la sentencia en el caso de absolución se limita á declarar la insania del procesado *en el tiempo de la perpetración* del delito, y en el caso de condenación, á declarar su estado de sanidad en el mismo tiempo. Se percibe claramente que una absolución como ésta, ó sea la declaración en que reposa, no puede constituir cosa juzgada en juicio civil para los efectos de la *absoluta* incapacidad del procesado y su *sujeción* á una representación necesaria, porque para estos efectos se requiere una sentencia que declare la insania *habitual* de la persona, art. 141, declaración que no ha hecho ni ha podido hacer la sentencia del juicio criminal. Del mismo modo, la sentencia de condenación, basada en la declaración de que el procesado estuvo en uso de su razón, ó no estuvo loco en el tiempo de la perpetración del delito, no puede constituir cosa juzgada en juicio civil para el efecto del artículo 150, porque para este efecto se requiere una declaración de carácter *general* y la de la sentencia del juicio criminal *se limita* al hecho concreto del proceso y al tiempo de su ejecución. El procesado pudo ejecutarlo en un *intervalo lúcido*, el cual no es bastante para *dejar sin efecto* la declaración judicial de su insania *habitual*, ó en el momento de locura *pasajera*, que



no es suficiente para declararlo absolutamente incapaz para los actos de la vida civil.

Oigamos sobre esto al Dr. Freitas en su nota al art. 100 de su proyecto : « El juicio civil—dice—puede  
« dejar de declarar la incapacidad absoluta de un su-  
« puesto alienado, aun cuando éste no fuese juzgado  
« delincuente en el juicio criminal en razón de estar  
« alienado. Puede del mismo modo no hacer cesar la  
« incapacidad absoluta aun cuando el incapaz fuese  
« condenado en el juicio criminal. En el primer caso,  
« el acto criminoso podrá haber sido practicado en  
« ocasión de algún acceso pasajero, sin existir el *esta-*  
« *do habitual* de nuestro artículo 79. En el segundo  
« caso, el acto criminoso podría haber sido practicado  
« en un intervalo lúcido, el cual no impide la con-  
« tinuación de la incapacidad y representación ».

## TÍTULO XI

### De los sordo-mudos.

**Art. 153.** *Los sordo-mudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse á entender por escrito.*

**263** — La disposición de este artículo concuerda con la declaración que hace el 54, que dice así : « tienen incapacidad absoluta ; . . . 4º *Los sordo-mudos que no saben darse á entender por escrito* ».

Para que esta incapacidad exista y produzca efectos, se necesita que una sentencia dada en juicio con-





tradictorio declare la sordo-mudez del enfermo, con la circunstancia de no saber darse á entender por escrito. Hablamos de la incapacidad general que afecta de nulidad todos los actos ejecutados por el incapaz declarado, y no de los actos que hubiere ejecutado antes de la declaración judicial, porque esos actos pueden ser atacados de nulidad, probándose en cada caso, que el agente—el sordo-mudo—fué incapaz de darse á entender por escrito y, por consiguiente, que no hubo consentimiento porque no hubo manifestación externa de la voluntad. El consentimiento no es un acto interno de conciencia, sino la manifestación de la voluntad hecha en términos explícitos, ó implícitamente por hechos que la revelan.

Para que se tenga, pues, un estado de *incapacidad absoluta* del sordo-mudo, que lo sujete de consiguiente á una representación necesaria, es indispensable una sentencia pasada de autoridad de cosa juzgada, y es sólo desde el día que se hizo ejecutoria que principia la incapacidad.

**264**—Esta incapacidad civil tiene por fundamento, de una parte, el desarrollo incompleto de las facultades intelectuales y, de la otra, la imposibilidad del sordo-mudo para el comercio de ideas y de actos jurídicos con sus semejantes. Desde que no sabe darse á entender por escrito, está en la imposibilidad de comunicar sus ideas y deseos, y declarar lo que quiere adquirir y lo que está dispuesto á dar en cambio. No se concibe que una persona que no conoce y que no puede conocer las leyes que rigen las relaciones civiles de los hombres y que tiene imposibilidad para manifestar su voluntad, no sea declarada absolutamente incapaz para obrar por sí misma y sometida á una representación necesaria.

En los casos de sordomutismo ingénito es en los



que generalmente es muy limitado el desarrollo de las facultades intelectuales, y es por esta razón que la ley italiana, por ejemplo, « presume la *incapacidad* a « una autonomía civil y la prolonga hasta tanto que « una pericia médica no compruebe el grado de actividad mental y de comunicación necesarias para « revocarla », según Boari en la traducción de la obra del doctor Krafft-Ebing sobre *Psicología Forense*.

**265**—La sordo-mudez no importa necesariamente la supresión de la razón, pero es por punto general tan limitada, que es fácil confundir la línea de separación entre los dos estados. El punto ha sido estudiado por especialistas competentes, sobre la base de una larga y sagaz observación, y he aquí lo que sobre la materia escribe el doctor Krafft-Ebing en relación a la capacidad civil de los sordos-mudos. Puede distinguirse, dice, dos categorías de sordo-mudos :

1ª Los que han obtenido ventajas de la instrucción recibida, ó que, habiendo sufrido la enfermedad de la sordera cuando su vida psíquica estaba ya desarrollada en parte, no han sufrido más que una molestia en su ulterior evolución intelectual.

2ª Los que sufren de sordera congénita causada por una enfermedad auricular incurable, ó los que no han tenido ninguna educación especial, ó no han obtenido de ésta ventaja alguna.

Los primeros, de un punto de vista general, deberían equipararse a los débiles de inteligencia y los segundos a los idiotas. Es absolutamente raro el caso de que una instrucción bien dirigida logre llevar a un sordo-mudo susceptible de desarrollo hasta un grado que permita reconocerle la capacidad civil. De ahí que estén más que justificadas las limitaciones legislativas tendentes a tutelar a los sordo-mudos y a defender



sus derechos, así como la presunción de su insuficiencia civil.

Solamente cuando el sordo-mudo tiene absoluto dominio del lenguaje escrito se podrá hablar de su capacidad civil. Abstracción hecha de su capacidad de manifestar sus propias ideas, el peritaje debe comprobar la inteligencia del individuo como tal, porque los procesos morbosos cerebrales, que por último dejan al individuo sordo-mudo, provocan, y no pocas veces, alteraciones en la evolución intelectual, en vía orgánica en sí y por sí, y no puramente funcional. Sería de descartar que á los sordo-mudos no se les concediera facultad de cumplir actos civiles sino públicamente y por escrito.

**266**—El art. 167 abre una excepción á la incapacidad *absoluta* del sordo-mudo, declarando que puede casarse previo consentimiento de su representante, ó el supletorio del juez.

Independientemente del sello que el catolicismo y otras comuniones religiosas imprimen al matrimonio, él es ante todo y por su naturaleza *un contrato*, que cae bajo el imperio y está legislado por la ley civil. Es demasíadamente grande su influencia en el orden y progreso de la sociedad para que así no sea. Siendo un contrato, se necesita el consentimiento de las partes, como elemento *esencial* cuya falta causa nulidad; pero el consentimiento en los contratos no es un acto íntimo de la conciencia, que pueda conservarse oculto, misterioso, sino la manifestación externa de la voluntad, sea expresa, sea implícita. ¿Cómo puede manifestar la suya, especialmente el sordo-mudo congénito que no sabe darse á entender por escrito? Cada uno se dará cuenta del propósito que inspira á la ley al declarar que pueden contraer matrimonio aquellos desgraciados que, no sabiendo leer, no saben lo que es y lo



que vale el casamiento, las obligaciones que contrae, los derechos que adquiere, el vínculo indisoluble que los une á sus elegidas, las responsabilidades que acto tan trascendental lleva aparejadas, etc., etc.

En Francia está resuelto por los tribunales que un sordo-mudo, aun cuando no sepa escribir, es capaz de contraer matrimonio, siempre que pueda manifestar su voluntad. Dalloz resume las decisiones judiciales en estos términos: «Un sordo-mudo, aunque no sepa escribir, pero que pueda manifestar su voluntad, es capaz de contraer matrimonio». *Jurisprudencia General, tabla alfabética*, años 1845 á 1867. Se está al frente de una cuestión de hecho, la manifestación de la voluntad, librada enteramente al juicio del magistrado. El apreciará los hechos que importen el consentimiento del sordo-mudo para el matrimonio. Véase lo que decimos sobre el particular bajo el art. 167.

**267**—Por lo demás, la incapacidad absoluta de que está afectado el sordo-mudo lo inhabilita para el ejercicio de la patria potestad y para la administración de los bienes y lo sujeta á la curaduría de su esposa, según el artículo 510.

**Art. 154.** *Para que tenga lugar la representación de los sordo-mudos, debe procederse como con respecto á los dementes; y después de la declaración oficial, debe observarse lo que queda dispuesto respecto á los dementes.*

**268**—Debe haber un juicio en el que el sordo-mudo esté representado y defendido por un curador



especial, con la concurrencia del Ministerio de Menores, que es parte esencial en el juicio.

Debe procederse á examen pericial, art. 155, al objeto de saberse si el sordo-mudo de que se trata es ó no capaz de darse á entender por escrito.

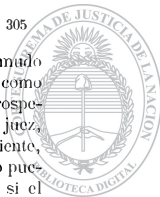
Si fuere menor de edad, su padre ó su tutor ejercerán las funciones de curador en el juicio, si no fueren ellos los denunciante.

Después de la sentencia que declare la sordo-mudez con la calidad de que el denunciado no sabe darse á entender por escrito, comienza su incapacidad absoluta para todos los actos de la vida civil, la que no acaba sino cuando una segunda sentencia declare lo contrario: artículos 158 y 150.

**269**—Pronunciada que fuere la sentencia de incapacidad, se nombrará curador al sordo-mudo mayor de edad y se le hará entrega de sus bienes bajo inventario judicial. Artículos 502, 509 y sus relativos 451 y 452.

**270**—Si las circunstancias lo requieren, el juez debe tomar, aun durante el juicio, medidas conservatorias de los bienes del denunciado como incapaz. Y así, cuando apareciese indudable que el denunciado es verdaderamente sordo-mudo y que no sabe darse á entender por escrito, lo que en todo caso puede el juez verificar con entera facilidad sometiéndolo á un interrogatorio por escrito, mandará sin demora recaudar sus bienes y encargar de su administración á un curador provisorio, bajo formal inventario, exigiéndole rendición de cuentas cuantas veces estimase procedente: artículos 148 y 505.

**Art. 155.** *El examen de los facultativos será únicamente para verificar si pueden ó no darse á entender por escrito.*



**271**—Para saber si un hombre es sordo y mudo no es necesario informe pericial. El denunciado como incapaz tiene en su mano poder impedir la prosperidad de la demanda con solo dirigir la palabra al juez, evidenciando que oye y que habla. Por consiguiente, los peritos que fuesen nombrados en el juicio, no pueden tener sino la misión limitada de averiguar si el denunciado sabe ó no darse á entender por escrito, vale decir si sabe ó no leer y escribir. Con el informe afirmativo ó negativo de los peritos, informe que siempre será fácil al juez comprobar sometiendo al denunciado á un examen en su presencia, pronunciará su fallo, sea rechazando la demanda, sea declarando al demandado incapaz en razón de su sordo-mudez con la circunstancia de no saber darse á entender por escrito.

**Art. 156.** *Las personas que pueden solicitar la declaración judicial de la incapacidad de los dementes, pueden pedir la de la incapacidad de los sordo-mudos.*

**272**—Esas personas son, según el art. 144:

- 1º El esposo ó la esposa no divorciados ;
- 2º Los parientes del sordo-mudo ;
- 3º El Ministerio de Menores ; y—
- 4º El respectivo Cónsul, si el sordo-mudo fuese extranjero.

**Art. 157.** *La declaración judicial no tendrá lugar sino cuando se tratare de sordo-mudos que hayan cumplido catorce años.*

**273**—Antes de los catorce años cumplidos se está en la edad de la impubertad, y como el impúber está afectado



tado, por razón de la edad, de *incapacidad absoluta* para obrar por sí mismo, según el inc. 2º del art. 54, es evidentemente inútil provocar el juicio sobre su sordo-mudez, desde que el resultado favorable á la demanda no daría sino lo que ya se tiene: la declaración de la incapacidad absoluta del denunciado.

Véase lo dicho bajo el art. 145.

**Art. 158.** *Cesará la incapacidad de los sordo-mudos, del mismo modo que la de los dementes.*

**274** — Ocupándonos del artículo 150 hemos visto que la declaración de incapacidad del insano, hecha por sentencia ejecutoriada, no cesa en sus efectos hasta que una nueva declaración judicial contraria, fundada en el completo restablecimiento del insano, lo restituya á su capacidad civil. Pasa lo mismo respecto del sordo-mudo declarado incapaz por sentencia: su interdicción vive hasta que una nueva declaración judicial no la levante, declaración que no puede ser hecha sino en un segundo juicio, seguido al efecto en la misma forma que el anterior.

Sin más excepción que la de poder contraer matrimonio, el sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito, se conserva absolutamente incapaz para ejecutar por sí mismo acto alguno jurídico, hasta que una segunda sentencia deje sin efecto la primera.

## ADVERTENCIAS



- 1ª. Las citas que hacemos de los artículos del Código, se ajustan á la numeración que corresponde, dada la incorporación á él de la Ley de Matrimonio.
- 2ª. No repetimos sino en muy pocos casos las citas del Codificador.
- 3ª. Las obras que citamos en el cuerpo de las notas, son de la edición expresada en el siguiente cuadro:

AUTORES	OBRAS	EDICIÓN
<i>Accarias, Calixto</i> .....	De la transacción.....	París 1863
<i>Ahrens</i> ,.....	Derecho Natural.....	» 1853
<i>Alvarez</i> .....	Derecho Real de España, anotado por el Dr. Vélez Sarsfield .....	Bs. Aires 1834
<i>Aubry y Rau</i> .....	Derecho Civil Francés.....	París 1871
<i>Baudry—Lacantinerie</i> .	Tratado teórico y práctico de Derecho Civil.....	» 1895-1897
<i>B. Ball</i> .....	Enfermedades Mentales.. ...	» 1880
<i>Caravantes, José de</i> ....	Ley de Enjuiciamiento Civil..	Madrid 1856
<i>Curia Filípica</i> .....	Juicios Civil, Criminal, etc...	París 1853
<i>Dalloz</i> .....	Jurisprudencia General, años 1845 á 1882.....	» 1845-1882
» .....	Repertorio.....	» 1845-1864
» .....	Códigos Anotados.....	» 1873





AUTORES	OBRAS	EDICIÓN
<i>Demolombe, Marcadé, Cormenin, etc.</i>	{ Revista Crítica de Legislación y Jurisprudencia.....	Paris 1851-1870
<i>Donoso, Justo</i>	Derecho Canónico.....	» 1852
<i>Devilleneuve y Gilbert</i>	Jurisprudencia del siglo XIX.	» 1858
<i>Escrive</i>	Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.....	» 1851
<i>Ferrer y Subirana</i>	Anotaciones á «Las Siete Partidas».....	Barcelona 1843
<i>Fiore</i>	Derecho Internacional.....	Paris 1885
»	Derecho Internacional Privado	Madrid 1878
<i>Freitas</i>	Código Civil.....	Río de Jan. 1860
<i>Goyena</i>	Concordancias del Código Civil.....	Madrid 1852
<i>Krafft,—Ebbing R.</i>	Psicología Forense.....	Turin 1897
<i>Laurent</i>	Principios del Derecho Civil..	Bruselas 1876
<i>Legrand du Sault</i>	Tratado de Medicina Legal..	Paris 1886
<i>Marcadé y Pont</i>	Explicación del Código Napoleón.....	» 1868
<i>Massé</i>	Derecho Comercial.....	» 1861
<i>Mourlon</i>	Repeticiones sobre el Código Napoleón.....	» 1869
<i>Maynz</i>	Derecho Romano.....	» 1870-74
<i>Martí de Eixalá</i>	Anotaciones á «Las Siete Partidas».....	Barcelona 1843
<i>Maudsley</i>	El Crimen y la Locura.....	Madrid 1880
»	Patología de la Inteligencia..	» 1880
<i>Namur</i>	Las Institutas é Historia del Derecho Romano..	Paris 1878
<i>Ortolan</i>	Instituciones de Justiniano...	» 1863
<i>Pothier</i>	Obras.....	» 1861
»	Pandectas de Justiniano .....	» 1818-1823
<i>Revista Práctica de Derecho Francés</i>	.....	Paris 1856-1870
<i>Revista Crítica de Legislación y Jurisprudencia</i>	.....	» 1851-1870
<i>Revista idem, idem</i>	Nueva Serie.....	» 1871-1878
<i>Régis</i>	Medicina Mental.....	» 1892
<i>Ritti</i>	Tratado clínico de la locura á doble forma.....	» 1883

AUTORES	OBRAS	EDICIÓN
<i>Saponts y Barba</i> .....	Anotaciones á «Las Siete Partidas».....	Barcelona 1843
<i>Savigny</i> ....	Derecho Romano.....	París 1855
» .....	Derecho de las Obligaciones..	» 1863
» .....	De la Posesión.....	» 1866
<i>Sala, Juan</i> .....	Digesto Romano Español....	Madrid 1856
<i>Story</i> .....	Conflicto de las Leyes.....	Bs. Aires 1891
<i>Sirey</i> .....	Leyes y Resoluciones.....	París 1791-1880
<i>Tejedor, Carlos</i> .....	Derecho Comercial.....	Bs. Aires 1863
<i>Varela, Luis V.</i> .....	Concordancias, etc., etc.....	» » 1873
<i>Voet, Juan</i> .....	Commentarius ad Pandectas.	París 1827
<i>Wolowski</i> .....	Revista de Legislación y Jurisprudencia .....	» 1835 á 1853
<i>Zachariæ</i> .....	Derecho Civil Francés.....	» 1851

