

NOTAS

AL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPLEN	
Nº 1 EN	6341
UBICACIÓN	C. 1.º
FICHA MATERIA	

NOTAS

AL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

POR

JOSÉ M. GUASTAVINO

TOMO TERCERO

ARTÍCULOS 274 Á 430



BUENOS AIRES
FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

79 — PERÚ — 85

1899





ÍNDICE

SECCIÓN SEGUNDA



PÁGINAS

TÍTULO II

De los hijos legítimos.....	1
-----------------------------	---

TÍTULO III

De la patria potestad.....	85
----------------------------	----

TÍTULO IV

De la legitimación.....	183
-------------------------	-----

TÍTULO V

De los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos

CAPÍTULO I—De los hijos naturales.....	212
CAPÍTULO II—De los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos.....	246

TÍTULO VI

Del parentesco y sus grados; y de los derechos y obligaciones de los parientes

CAPÍTULO I—Del parentesco por consanguinidad.....	260
CAPÍTULO II—Del parentesco por afinidad.....	270



CAPÍTULO III—Del parentesco ilegítimo.....	PÁGINAS 274
CAPÍTULO IV—Derechos y obligaciones de los parientes....	276

TÍTULO VII

De la tutela

CAPÍTULO I—De la tutela en general.....	291
CAPÍTULO II—De la tutela dada por los padres.....	299
CAPÍTULO III—De la tutela legítima.....	306
CAPÍTULO IV—De la tutela dativa.....	310
CAPÍTULO V—De la tutela de los hijos naturales.....	312

CÓDIGO CIVIL

DE LA REPÚBLICA ARGENTINA



SECCIÓN SEGUNDA

TÍTULO II

De los hijos legítimos



1 — Antes de ocuparnos de cada uno de los artículos de este importante título, estimamos conveniente adelantar algunas nociones generales que sirvan para facilitar su estudio.

2 — La relación natural establecida por la generación entre el generado y sus generadores, se llama: *filiación*, con relación al hijo; *paternidad*, con relación al padre; y *maternidad*, con relación a la madre.

3 — La filiación, del mismo modo que la paternidad y la maternidad, es de dos clases: *legítima* é *ilegítima*.

Es *legítima* la que procede de matrimonio, y es *ilegítima* la que procede de cópula fuera de matrimonio.

Por consiguiente, es el matrimonio el que confiere la verdadera legitimidad y, por lo tanto, el hijo verda-



deramente legítimo es el *concebido* en matrimonio: *Pater is est quem nuptiae demonstrant.*

4—¿Hay evidencia de la paternidad? ¿Se presentan hechos perceptibles que la revelen con certeza? No, porque la concepción es un misterio. No se sabe cuándo se opera, porque no existen signos que la denuncien en el momento en que tiene lugar. Es imposible, por lo tanto, poder decidir con certeza en todos los casos si la mujer ha ó no concebido durante el matrimonio.

5—La *maternidad* puede siempre ser clara y firmemente establecida, aun cuando se trate de un hijo ilegítimo, porque el embarazo de la mujer es un hecho que se revela á los sentidos y su alumbramiento es susceptible de prueba directa y perfecta; y además, la identidad del hijo desprendido del seno materno puede igualmente ser probada directa y acabadamente sin dejar lugar á dudas. Luego la madre es siempre cierta: *Semper certa mater est etiamsi vulgo conceperit.*

6—Pero con sólo dejar demostrada la maternidad no queda establecida la maternidad legítima. Es necesario demostrar ó probar además: 1º, que la madre fué ó es casada; y 2º, que el hijo dado á luz fué concebido durante el matrimonio de su madre.

La prueba de estos dos hechos autoriza á establecer la maternidad legítima.

Acerca del primer hecho hay prueba directa y perfecta, porque el matrimonio es un acto pasado ante el oficial público encargado del Registro Civil, del cual se levanta acta solemne, que contiene la declaración de los contrayentes, de que se toman por esposos, y la hecha por el oficial público, de que quedan unidos en nombre de la ley: art. 197.

En cuanto al segundo hecho, ó sea la concepción de la mujer dentro del matrimonio, ¿cómo probarlo?

La prueba es imposible, porque hasta ahora es imposible conocer el momento en que la concepción se opera. ¿Qué hacer en tal situación? ¿Cómo resolver el punto? ¿Dejar que los jueces lo resuelvan según las circunstancias y las probabilidades de cada caso? Pero, el arbitrario es en esta materia, más que en ninguna otra, absolutamente inaceptable, porque originaría tantos y tan grandes trastornos en la familia, que el orden social quedaría profundamente resentido.

Ha sido necesario que la ley misma lo resolviera, y lo ha resuelto sobre la base de la experiencia.

Se ha observado que la gestación ó embarazo puede durar hasta *trescientos* (300) días. Ciertamente que no pueden ser sino muy pocos los casos que lleguen á esta extremidad, pues los hechos diarios ponen fuera de duda que en la gran mayoría, el desembarazo sobreviene á los nueve meses, poco más ó menos, de la concepción, es decir, entre los 270 y 275 ó 78 de gestación. De modo que, estableciendo como regla general que su duración, como máximo, son *trescientos* días, puede suceder, y es fácil que suceda, que muchos hijos naturales sean favorecidos con la legitimidad, sin que sea posible contradecir su calidad de *legítimos*.

Los peligros de uno y otro lado se traducen así: si se abrevia el plazo, puede suceder que hijos verdaderamente legítimos, que serían muy pocos, fueran privados de la legitimidad; si se lo extiende hasta los 300 días, es más fácil que suceda que hijos que no son legítimos adquieran la legitimidad y entren indebidamente en una familia á que no debieran incorporarse.

La ley ha tenido que decidirse por uno de estos





extremos, y se ha decidido por el último, prefiriendo que algunos hijos disfruten indebidamente de la legitimidad antes que sacrificar á uno verdaderamente legítimo, y ha declarado, en efecto, que el *máximum* de la duración del embarazo son *trescientos días*, excluyendo el del nacimiento. Tal es la expresa disposición legal, que dice así :

« Art. 77. El *máximum* de tiempo del embarazo se « presume que es de trescientos días, . . . excluyendo « el día del nacimiento. »

Pero, así como hay alumbramientos retardados, hay también otros que se adelantan, y son frecuentes los casos ; y se ha observado que el desarrollo del feto en ciento ochenta días de gestación es relativamente perfecto hasta el grado de que nace y desenvuelve la vida en condiciones regulares ; y obedeciendo á esta observación la ley establece, que, el *minimum* de la duración del embarazo son ciento ochenta días, excluyendo el del nacimiento. Esta es en efecto la declaración del citado art. 77, que dice así :

7 — « Art. 77. . . . se presume . . . que el *minimum* « (de tiempo del embarazo) es de ciento ochenta « días, excluyendo el día del nacimiento. »

Y bien, fijados el *máximum* y el *minimum* de tiempo de la duración del embarazo, se tienen los elementos necesarios para resolver la cuestión relativa á la época de la concepción. Ciertamente que es imposible fijar el día y menos aun el momento cierto en que se opera, porque ello es hasta ahora un secreto de la naturaleza ; pero puede establecerse un periodo determinado dentro del cual se tenga por sucedida, y es esto lo que hace la ley, diciendo :

« 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.* »

Puede con esto saberse con perfecta certeza legal si el hijo dado á luz fué ó no concebido *durante* el matrimonio de la madre, porque siendo conocido el día del nacimiento, el cual es susceptible de prueba directa y cumplida, se cuentan desde él, retrocediendo, dos plazos, *trescientos días y ciento ochenta*, y si durante *todo el espacio de tiempo comprendido entre los 300 y los 180 días* así contados (máximum y mínimum del embarazo), la madre del niño nacido estuvo casada, es de evidencia legal que el hijo fué concebido *durante* el matrimonio.

Según todo esto, la demostración de la *maternidad legítima* queda hecha, probándose: 1º, que el que la invoca es hijo de la mujer á quien se atribuye la maternidad, para lo cual hay que probar que dió á luz un hijo y que el pretendiente es ese hijo, prueba que se hace con sujeción á los artº. 79 y siguientes; 2º, que ha sido casada y ha contraído su matrimonio ante el oficial público del Registro Civil; y 3º, que el hijo fué concebido *durante* el matrimonio, prueba que se hace del modo que acaba de decirse.

8— La *paternidad* no se presta á esta prueba perfecta, por la razón suprema de ser un misterio el momento de la concepción, pues no existen signos perceptibles que la denuncien. La ley la declara, no en razón de un hecho que la implique de inmediato y necesariamente, sino como *presunción* fundada en el deber de *fidelidad*. Por la naturaleza íntima del matrimonio y por la ley humana, la esposa debe fidelidad á su esposo, y sobre la base de este deber, que es dignificación de la especie, la ley pronuncia su fallo declarando, *por presunción*, que el hijo de la mujer,



concebido durante su matrimonio, tiene por padre al marido. Su texto dice :

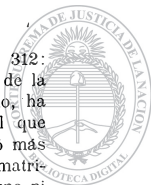
« Art. 279. La ley *presume* que los hijos concebidos « por la madre, durante el matrimonio, *tienen por padre al marido.* »

Esta presunción no es *juris et de jure*, sino solamente *juris*.

9— Finalmente, por nuestro derecho está establecido que, en tratándose de plazos de días, los plazos no se cuentan de momento á momento, ni por horas, sino *desde la media noche en que termina el día de su fecha* y, por consiguiente, que *dies a quo non computatur in termino*.

10—Según esto, sería de afirmar que por nuestro derecho el máximo de la duración del embarazo son 300 días *plenos*, sin contar el día del matrimonio, de la muerte, del divorcio y el del nacimiento; y el *minimum* 180 días, igualmente *plenos*, sin contar tampoco el día del matrimonio, de la muerte, del divorcio y del nacimiento; por la razón de que dichos plazos se cuentan por nuestra ley, en regla general, principiando del día del casamiento, del día de su disolución, ó del día del divorcio, como lo persuaden los arts. 274, 277, 280, 284, y por consiguiente, que deben contarse desde la media noche del día de la fecha del matrimonio, de la muerte, ó del divorcio, de conformidad al art. 24; pero pronto veremos que no es así.

11—En derecho francés, según la opinión más autorizada y corriente, los plazos de 300 y 180 días se componen respectivamente de 299 y 179 días *plenos*, y se completan los 300 y 180 con las fracciones del día del matrimonio, muerte ó divorcio y del día del nacimiento.



Y es por eso que Marcadé dice bajo el art. 312:

« Así, el niño que nace el día 179° después de la
« celebración del matrimonio, ó más temprano, ha
« sido concebido *antes* del matrimonio; aquel que
« nace el día 301° después de la disolución, ó más
« tarde, no ha sido concebido sino *después* del matri-
« monio; rigurosamente y en principio, ni el uno ni
« el otro son legítimos. Otra cosa sería si el primero
« hubiese nacido el día *siguiente* y el último el día
« *precedente*. »

Delvincourt sostiene que este es el sistema adoptado por la ley francesa, é invoca como confirmación el art. 312 del Código Napoleón; y

Mourlon, que es enteramente explícito, escribe así:

« En presencia de esta dificultad, la ley ha recurrido á dos presunciones respecto á las cuales la ciencia fisiológica le ha proporcionado elementos.

« *Primera presunción*: Los embarazos *más cortos* son de 180 días.

« *Segunda presunción*: Los embarazos *más largos* son de 300 días.

« Establecido esto, del hecho conocido, el alumbramiento, la ley saca esta consecuencia negativa, que la concepción no ha podido tener lugar:

« Ni el 301° día á contar del alumbramiento, porque para que ello fuera posible, sería necesario que el embarazo pudiese durar *más de 300 días*, lo que no es dado admitir;

« Ni el 179° día á contar de la misma época, porque para que eso fuera posible sería necesario que el embarazo pudiera durar *menos de 180 días*, lo que menos es dado admitir.

« De lo que procede esta consecuencia afirmativa: la concepción del hijo se hace necesariamente en el tiempo que separa los dos términos extremos,



« es decir, entre el 300º y el 180º día á contar del
« alumbramiento.

« He aquí, en resumen, cuando se quiere conocer
« el tiempo en el cual se coloca necesariamente la
« concepción, el proceder á seguir :

« Se cuentan 300 días retrocediendo, es decir, en el
« pasado á partir del día del alumbramiento ; llegado
« al 300º día, se cuenta, remontando, *121 días*, que
« constituyen el intervalo durante el cual la concep-
« ción ha sido posible para el niño.

« El *minimum* del embarazo, he dicho, es de 180
« días ; su *máximum* de 300 días. Pero notemos :

« 1º Que, según opinión general, el cálculo de estos
« plazos se hace, no por horas, *de momento ad mo-*
« *mentum*, sino por días, *de die ad diem*, es decir, de
« 24 en 24 horas, de media noche á media noche.

« 2º Que el embarazo *más corto* dura 179 días
plenos ;

« 3º Que el embarazo *más largo* no puede durar
« sino 299 días *plenos*. Las dos fracciones del día del
« alumbramiento y del día de la concepción hacen ó
« componen el 180º y el 300º día.

« Así, 179 días *plenos* para el embarazo más corto
« y 299 días *plenos*, para el embarazo más largo. »

Laurent y muchos otros escritores de nota son de la misma opinión.

12—En el campo de la ley argentina, ¿será verdad que los 300 y 180 días del *máximum* y *minimum* de duración del embarazo sean *plenos*, sin contar el día del matrimonio, de la disolución, ó de divorcio, de conformidad al art. 24 y sin contar también el día del nacimiento del hijo, según el art. 77?

Nuestra opinión es por la negativa, es decir, pensamos que en aquellos plazos la ley cuenta el día del

matrimonio, el día del divorcio y el día de la muerte ó de la declaración de nulidad, pero que excluye el día del nacimiento del hijo.

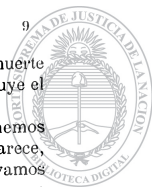
Al ocuparnos de los art^s. 76 y 77, hemos expuesto consideraciones legales que, nos parece, justifican suficientemente nuestra opinión; pero vamos á consignar aquí otra que es decisiva, porque es evidente.

Por declaración expresa de la ley, la época de la concepción está fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el *máximum* y *minimum* de la duración del embarazo,—art. 76,—y si fuese verdad que en los 300 y 180 días que respectivamente constituyen el *máximum* y *minimum* NO DEBE CONTARSE ni el día del matrimonio, ni el de la disolución por la muerte del marido ó porque fuese anulado, ni el del divorcio, se tendría que la concepción de la mujer tuvo lugar por obra de su marido *después* que su marido falleció, lo que sencillamente es un absurdo, ó *después* que el matrimonio fué declarado nulo, debiendo no obstante estimarse que el hijo fué concebido *durante* el matrimonio y, consiguientemente, que es legítimo. Estas consecuencias, de las que la una es contraria á la naturaleza y las otras á las reglas fundamentales de justicia que presiden la legislación sobre la legitimidad de los hijos, evidencian que los días del matrimonio, de la muerte, de declaración de nulidad ó divorcio deben contarse forzosamente en los plazos del *máximum* y *minimum* del embarazo.

Concuera esta conclusión con el art. 230 de Freitas, en el cual se ha inspirado nuestro codificador.

Dicho artículo, dice así:

« Se presume que el tiempo máximo de duración
« del embarazo es de diez meses y el mínimo de seis
« meses, á contar *del día del nacimiento*. »





A contar del día del nacimiento: Disposición perfectamente calculada, porque de ese modo los plazos se cuentan, sin faltar á regla alguna, hasta los días, *inclusives*, del matrimonio, de su disolución, ó del divorcio, que son precisamente los últimos en que la mujer pudo concebir por obra de su marido, de manera á que el hijo fuera concebido en tiempo hábil para quedar asegurada su legitimidad.

Con el criterio que dejamos establecido, pasamos á estudiar cada una de las disposiciones de este importante título.

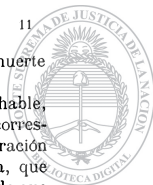
Art. 274. *La ley supone concebidos durante el matrimonio, los hijos que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido ó putativo de la madre, y los póstumos que nacieren dentro de trescientos días, contados desde el día en que el matrimonio válido ó putativo fué disuelto por muerte del marido, ó porque fuese anulado.*

13—Dos declaraciones distintas, sentadas sobre la base de la duración mínima del embarazo, la una, y sobre la base de la duración máxima, la otra, contiene este artículo.

Ellas son :

1ª Que la ley presume concebido durante el matrimonio, el hijo que naciere *después* de ciento ochenta (180) días del casamiento válido ó putativo de la madre ; y

2ª Que igualmente presume concebido durante el matrimonio, el póstumo que naciere *dentro* de trescientos (300) días, contados desde el día en que el



matrimonio válido ó putativo fué disuelto por muerte del marido, ó porque fuese anulado.

La primera de estas declaraciones es irreprochable, porque deducido el día del nacimiento, como corresponde hacerse, quedan los 180 días de la duración mínima del embarazo ; pero no así la segunda, que contiene un grave error, como va á verse, desde que al decirse que se presume concebido durante el matrimonio al póstumo nacido *dentro* de 300 días, contados como queda establecido, se dice implícita, pero evidentemente que la presunción no favorece al que naciere *después* de dichos 300 días.

Supongamos que el matrimonio tuvo lugar, ó que fué disuelto por muerte del marido ó por declaración de nulidad, el día 1º de Marzo.

Tendremos:

Marzo.....	31	días	
Abril.....	30	»	
Mayo.....	31	»	
Junio.....	30	»	
Julio.....	31	»	
Agosto 27 días.....	27	»	= 180 días
» 4 días más...	4	»	
Septiembre.....	30	»	
Octubre.....	31	»	
Noviembre.....	30	»	~
Diciembre 25 días...	25	»	
	<hr/>		
	300	»	= 300
Un día más.....	1	»	
	<hr/>		
	301	»	

14—Referentemente á la primera declaración se tiene que, naciendo el hijo *después* del día 27 de Agosto, quedaran siempre, contados desde dicho



día 27 hasta el 1° de Marzo, ambos inclusive, los 180 días que constituyen el tiempo mínimo de duración del embarazo.

15— En cuanto á la segunda declaración, es notorio el error que contiene, porque el día de más tardío nacimiento, de modo que tenga lugar *dentro* de los 300 días de disuelto el matrimonio, es el vigésimo-quinto, 25° de Diciembre; pero descontando dicho día, como corresponde hacerse por disposición expresa del art. 77, no quedan sino 299 días, vale decir, no se tiene el tiempo máximo de duración del embarazo, que el hijo tiene derecho de reclamar en defensa de su legitimidad.

El nacido el vigésimosexto, 26° día de Diciembre, no estará favorecido según nuestro artículo, por la presunción de haber sido concebido durante el matrimonio, puesto que nace *después* y no dentro de los 300 días de su disolución; y sin embargo, se está en el caso estricto del tiempo máximo del embarazo y consiguientemente del favor de la presunción legal, porque descontando el día del nacimiento, quedan los 300 de la duración mayor de la preñez, y así tendría que declararse en los casos llevados á resolución judicial.

Es que hay error en la redacción de nuestro artículo, el cual debe estar concebido así: «... y los « póstumos que nacieren dentro de trescientos y un « días contados desde el día (inclusive) en que el « matrimonio válido ó putativo fué disuelto por « muerte del marido ó porque fuese anulado ».

Ó en esta otra forma, armónica con los art^{os}. 276 y 277: «... y los póstumos que nacieren dentro « de trescientos días *posteriores* al de la disolución del

« matrimonio válido ó putativo por muerte del marido
« ó porque fuese anulado ».

Art. 275. *Si disuelto ó anulado el matrimonio, la madre contrajere otro en el plazo prohibido por el art. 250 del título anterior, el hijo que naciere antes de los ciento ochenta días del segundo matrimonio, se presume concebido en el primero, siempre que naciere dentro de los trescientos días de disuelto ó anulado el primer matrimonio.*

16— El art. 250 declara que « la mujer no podrá casarse hasta pasados *diez meses* de disuelto ó anulado el matrimonio... »

Ocupándonos de dicho artículo hemos indicado las razones en que se funda y hecho notar que en su redacción no ha debido usarse de la división del tiempo en meses, sino de la de en días, porque en el calendario Gregoriano que nos rige, los meses no se componen uniformemente de 30 días.

Como la prohibición que aquel artículo impone no es bajo pena de nulidad del segundo matrimonio, la legitimidad de los hijos concebidos durante él es regida por las reglas generales, y era necesario que la ley resolviera á cuál de los esposos, si al del primero ó al del segundo matrimonio, debía atribuirse la paternidad del hijo dado á luz por la mujer que se hubiere casado dentro del plazo prohibido. A llenar esta necesidad están consagrados los artículos 275 y 276.

17— ¿Cuál es la regla que adoptan? La siguiente:





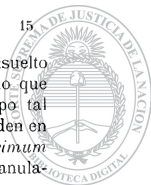
Si el hijo nace *antes* de haber transcurrido el tiempo mínimo del embarazo que pudiera ser obra del segundo marido, la ley presume que la concepción tuvo lugar en el primer matrimonio de la madre.

Si el hijo nace *después* de haber transcurrido el tiempo mínimo de embarazo, la ley presume que el hijo fué concebido en el segundo matrimonio de la madre.

Es la única regla que podía adoptarse, porque se conforma con la presunción—que no admite prueba contraria—de que la duración *mínima* del embarazo son 180 días,—art. 77,—y deslinda con la mayor certeza posible las familias. Ciertamente que puede ocurrir que en razón de la regla se atribuya la paternidad del hijo al esposo que no es verdaderamente el padre, pero no es posible salvar de este peligro, porque es un misterio el momento de la concepción.

La regla adoptada no es perfecta, pero es la mejor.

18—De conformidad con ella, el artículo que nos ocupa dice, que se presume concebido en el primer matrimonio el hijo que naciere *antes* de los ciento ochenta días del segundo, es decir, *antes* de haber corrido ciento ochenta días, contados desde el día de la fecha del segundo matrimonio, siempre que naciere *dentro* de los trescientos días de disuelto ó anulado el primero. Esta condición ó salvedad, es absolutamente indispensable, porque estando establecido que el *máximum* de duración del embarazo son *trescientos días*, sin ser permitido alegar ni probar lo contrario, no puede declararse operada la concepción en el primer matrimonio y atribuirse consiguientemente al primer marido la paternidad del hijo que la mujer da á luz en un tiempo en que,



según la ley, ha sido concebido *después* de disuelto el matrimonio; ó en otros términos, es necesario que el nacimiento del hijo se verifique en un tiempo tal que, descontado el día del alumbramiento, queden en su favor los 300 días que constituyen el *máximum* del embarazo, contados desde la disolución ó anulación del matrimonio.

19 — Siendo esto así, es evidente que nuestro artículo incurre en error cuando dice « siempre que naciere dentro de *trescientos días* de disuelto ó anulado el primer matrimonio », pues debe decir « dentro de *trescientos y un días* . . . » porque así se verificará que excluido el día del nacimiento, quedan los 300 días del *máximum* del embarazo que el hijo tiene derecho á invocar para justificar su legitimidad, mientras que con los términos de nuestro artículo el hijo queda perjudicado en un día, porque hecha aquella exclusión no quedan sino 299 días.

20 — La corrección se impone, pues es la misma que debe hacerse al artículo anterior inmediato y en caso idéntico, porque—como en aquél—se trata en el presente de un hijo *póstumo* á quien, en defensa de su legitimidad, debe concederse los 300 días que constituyen el tiempo máximo del embarazo.

Ejemplo :

Muere el primer marido de la mujer el día 1º de Marzo y la viuda contrae nuevo matrimonio el 1º de Noviembre.



Tendremos: Marzo.....	31 días
Abril.....	30 »
Mayo.....	31 »
Junio.....	30 »
Julio.....	31 »
Agosto....	31 »
Septiembre.....	30 »
Octubre.....	31 »
Noviembre.....	30 »
Diciembre, 26 días.	26 » 300
Un día más	1
	<hr/> 301 días

El hijo nacido el día 27 de Diciembre no puede ser atribuido al segundo marido, porque no se tienen sino 56 de su casamiento, y debe él—el hijo—disfrutar de la presunción legal de haber sido concebido durante el primer matrimonio de su madre, porque, deducido el día del nacimiento, quedan los 300 que constituyen la duración máxima del embarazo.

Art. 276. *Se presume concebido en el segundo matrimonio el hijo que naciere después de los ciento ochenta días de su celebración, aunque se esté dentro de los trescientos días posteriores á la disolución del primer matrimonio.*

21 — En armonía con la regla adoptada para atribuir la concepción de la mujer al primero ó segundo marido, regla que dejamos recordada bajo el artículo anterior inmediato, el que nos ocupa declara que se presume concebido en el segundo matrimonio el hijo que naciere *después* de 180 días de su celebración,



aunque se esté *dentro* de los 300 días *posteriores* a la disolución del primer matrimonio.

DESPUÉS de 180 días de celebrado el segundo matrimonio, porque después de corrido este plazo ya se tiene el tiempo de duración mínima del embarazo.

Ciertamente que el hijo así nacido puede ser del primer esposo é incurrirse, por obra de la ley, en el error de atribuir su paternidad al segundo; pero ya tenemos dicho que no hay medio de salvar de este peligro emergente del misterio de la concepción.

22 — La última parte del artículo es perfecta. «Aunque se esté *dentro* de los 300 días *posteriores* a la disolución del matrimonio», dice. El día de la disolución, ó sea el día en que el esposo muere, ó en que se declara nulo el matrimonio, *no es* un día *posterior* á su disolución, porque es el día en que la disolución tiene lugar; y bien, suprimido el día del nacimiento, de conformidad al art. 77, quedan 299 días *posteriores* á la disolución y agregando el día en que ésta se verifica, se tiene los 300 que constituyen la duración máxima del embarazo.

Art. 277. *El hijo nacido dentro de los trescientos días posteriores á 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 reconozcan por hijo natural.*

23 — El hijo nacido dentro de los trescientos días *posteriores* al de la disolución del matrimonio de la madre, nace dentro del tiempo máximo de duración del embarazo, porque suprimido el día del nacimiento quedan 299 de los *posteriores* al día de la disolución y agregado



éste, que es el último hábil para la concepción de la mujer por obra de su marido, se tienen los 300 de la duración máxima de la preñez. Cabe, por consiguiente, poder decidir, como decide la ley, que el hijo, dentro de tal tiempo nacido, se presume concebido *durante* el matrimonio de la madre.

24—Pero, puede muy bien suceder que sea hijo natural, vale decir, que haya sido concebido *después* de disuelto el matrimonio, lo que no es imposible, ni repugna á las reglas de la gestación, siempre que el nacimiento tenga lugar *después* de corrido el tiempo mínimo de duración del embarazo. Pero es que la ley favorece la legitimidad y, por lo tanto, por más que pueda ser verdadero que el hijo es simplemente *natural*, lo declara concebido *durante* el matrimonio, aun cuando la madre hiciese declaración contraria y hubiese otro que lo reconociera como hijo suyo.

Es que la ley—en todo caso de duda—favorece al hijo con la legitimidad, porque para ella, como para la conciencia universal, la familia legítima es la base de la sociedad y una condición de su engrandecimiento. Por eso no permite que ni la madre ni un tercero puedan alegar y probar que el hijo dado á luz no ha sido concebido en el matrimonio de ella. Si la conducta incorrecta de la esposa salvó los límites del hogar y lastimó las consideraciones sociales, la ley cubre el escándalo en contemplación á las familias de los casados y á la memoria del muerto, prefiriendo incorporar á aquéllas un hijo de dudosa paternidad antes que abrir las puertas para que se ierga el cinismo de la mujer, ó para que estallen los pleitos escandalosos en que se discuta la fidelidad de la esposa, porque la prohibición del artículo no es sólo para ésta y para el que se creyera padre natural del niño, sino también para todo y

cualquiera otro que tuviera interés en desconocer ó atacar la legitimidad.

Art. 278. *Las presunciones de la ley expresadas en los artículos anteriores no admiten prueba en contra.*

25 — Los artículos de la referencia del presente son los 274, 275, 276 y 277, y el principio de que la presunción por ellos establecida es *juris et de jure*, lo que importa decidir que no cabe alegar ni admitir contra ella prueba alguna, es concordante con las declaraciones de los art^{os}. 76 y 77, que son sus verdaderos sustentáculos.

26 — Siendo la concepción un misterio y siendo imposible conocer el verdadero tiempo de duración del embarazo, ha sido indispensable que la ley misma lo fijase y estableciese además la época ó periodo de tiempo preciso dentro del cual deba estimarse operada la concepción de los que naciesen vivos. Dejar estos puntos á la decisión judicial según las circunstancias particulares de cada caso, sería desorganizar la familia, porque la legitimidad de los hijos estaría sujeta á la variedad de apreciación de circunstancias múltiples, avivadas por el misterio en que se oculta el momento de la concepción. Era, pues, indispensable que la ley misma estableciese por presunción si los hijos habían sido ó no concebidos durante el matrimonio de su madre y que esa presunción estuviera libre de toda objeción porque no fuera permitido prueba contra ella, que es lo que hace nuestro artículo. Esta presunción está limitada á lo que queda dicho, es decir, á establecer si el hijo dado á luz fué ó no concebido durante el matrimonio, pero no alcanza á la paternidad, ó sea á la legiti-





midad del hijo, porque esto último está legislado en otro lugar y con presunción *juris* solamente, como se verá pronto.

Art. 279. *La ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido.*

27—Hijo legítimo es aquel que ha sido concebido durante el matrimonio, porque, como hemos dicho en otro lugar, es el matrimonio que confiere la legitimidad. Este es el sentido genuino y único verdadero de la conocida regla consignada en el Digesto: *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, regla que no reposa en hechos perceptibles que revelen con certeza la paternidad, sino simplemente en una presunción de derecho: «*la ley presume...*», como dice nuestro artículo.

La madre es siempre cierta, porque lleva—durante muchos meses—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 cierta, y es por eso que la madre puede decir con acento firme, éste es mi hijo.

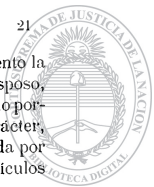
El hijo á su vez puede decir con igual certeza, ésta es mi madre, porque puede probar con el testimonio de terceros de ciencia cierta la identidad de su persona, todo lo cual autoriza á establecer que «*semper certa mater est etiamsi vulgo conceperit*»; pero respecto de la paternidad las cosas cambian, porque siendo un misterio el momento de la concepción, es imposible disponer de elementos con que probar aquélla de una manera directa y acabada, imposibilidad que obliga á la ley á atribuir—por presunción—la paternidad al marido de la mujer.

28—Esta presunción, que tiene por fundamento la virtud de la mujer y el deber de fidelidad á su esposo, es simplemente *juris* y no *juris et de jure*, no sólo porque la ley no la establece con este último carácter, sino porque ella misma permite que sea destruida por prueba contraria, como lo persuaden los artículos 280, 284 y 286 y sus concordantes.

Merecen ser transcritas las palabras que el ilustrado Laurent escribe referentemente á la base de la presunción que nos ocupa.

«¿Hay en ello una simple apariencia, una probabilidad dudosa? No, por cierto, porque tiene por fundamento el sentimiento del deber que Dios ha grabado en nuestra conciencia. La mujer debe fidelidad á su marido, deber que no puede violar sino cometiendo un crimen. ¿Es la fidelidad que hace la regla casi universal, ó es el adulterio?

No formulamos la cuestión sino para presentar la protesta de la conciencia que se subleva á la sola suposición de que el crimen reine soberanamente en el seno de las familias. No, es la afección, y en defecto de la afección, el deber. Esta base es tan sólida como las escrituras auténticas. El padre es, pues, en realidad tan cierto como la madre. Escuchemos un instante á D'Aguesseau: «Nada más fuerte que esta presunción. La ley no presume nunca el crimen: favorable siempre á la inocencia, cuando un mismo efecto puede tener dos causas, la una injusta y justa y legítima la otra, rechaza absolutamente la primera para ajustarse únicamente á la última. Así, aunque pueda ocurrir que un hijo concebido en el matrimonio sea deudor de la vida por sólo el crimen de la madre, sin embargo, porque bien puede suceder que la deba á la unión lícita de la mujer con su marido, se presume siempre que la madre es inocente y que el hijo es legi-





timo hasta que lo contrario sea demostrado por *pruebas evidentes*. »

Art. 280. *Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes á su disolución, 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.*

29 — El fondo de esta resolución no es de derecho moderno, sino antiguo, pues se la encuentra en las Pandectas en estos términos :

A este respecto: 1º Es necesario no escuchar á un hombre que habiendo habitado siempre con su mujer, se niega á reconocer el hijo que le ha dado.

2º

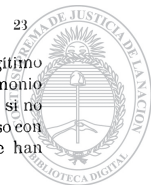
3º Si suponemos que un marido ha estado ausente, por ejemplo durante diez años, y que á su regreso ha encontrado un hijo de un año en su casa, nos parece bien decidido... que este niño no es hijo del marido. *Quocirca: 1º Non ferendum eum qui cum uxore suá assidue moratus, noli filium agnoscere.*

2º

3º *Si fingamus abfuisse maritum V. G. per decennium; reversum, anniculum invenisse in domo sua; placet... hunc non esse mariti filium.*

La ley supone siempre la fidelidad de la esposa, pero cuando la evidencia de los hechos la desmiente, la presunción cede á la verdad.

Tal es la regla que preside la resolución de nuestro artículo, según el cual la paternidad pertenece al espo-



so de la madre, ó en otros términos el hijo es legítimo si nace *después* de 180 días de celebrado el matrimonio y dentro de los 300 siguientes al de su disolución, si no se probase que fué *imposible* al marido tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

30—Antes de detenernos en el estudio de este artículo, observemos que él es uno de los varios que sirven para demostrar que el día del casamiento y especialmente el día de la muerte ó sea de la disolución del matrimonio, *se incluye* en los 300 días que constituyen el tiempo máximo de duración del embarazo.

«Son hijos legítimos — dice — los nacidos... *dentro* «de los trescientos (días) *siguientes* á su disolución...» El día en que el matrimonio se disuelve por muerte del marido *no es* día *siguiente* al de su disolución, porque es el día en que ésta se opera. Los *siguientes* son los posteriores al día de la muerte del marido.

Y bien, si son legítimos los hijos que nacieren *dentro* de los 300 días siguientes á la disolución del matrimonio, es forzosamente porque fueron concebidos durante él, porque es el matrimonio el que confiere la legitimidad.

Veamos, por consiguiente, si—respecto de los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes á la disolución del matrimonio—se tiene el tiempo máximo de duración del embarazo. Suprimiendo el día del nacimiento, de conformidad al art. 77, quedan 299 días de los 300 siguientes al de la disolución y agregando el día de la muerte del marido, que es el último hábil para la concepción de la mujer por obra de su esposo, se completan los 300 días del *máximum* del embarazo.

Lo mismo ocurre respecto del *minimum*; y como



más adelante hemos de invocarla para justificar nuestro juicio acerca de lo que estimamos un error en la redacción del artículo, recordemos una vez más la regla de que en los respectivos plazos del *máximum* y *mínimum* de duración del embarazo, *se incluyen* los días de la celebración del matrimonio, muerte del marido, declaración de la nulidad del matrimonio y declaración del divorcio.

31 — Sentado esto, estudiemos nuestro artículo, formando para mayor claridad los dos cuadros siguientes, en el supuesto — para el 1^{er} cuadro — de que el matrimonio fué *contraído* ó fué *disuelto* el día 1^o de Marzo, y para el 2^o cuadro — que el marido *se ausentó* de su casa el día 3 del propio Marzo, con imposibilidad, desde dicho día *inclusive* — de tener acceso con su mujer.

1 ^{er} cuadro		2 ^o cuadro	
DÍAS DEL MATRIMONIO Ó DE SU DISOLUCIÓN		DÍAS DE LA AUSENCIA DEL MARIDO	
Marzo	31 días	Marzo (del 3 inclusive) ..	29 días
Abril	30 »	Abril	30 »
Mayo	31 »	Mayo	31 »
Junio	30 »	Junio	30 » = 120
Julio	31 »	Julio	31 »
Agosto (28 días)	28 » = 181	Agosto	31 »
» 3 días más	3 »	Septiembre	30 »
Septiembre	30 »	Octubre	31 »
Octubre	31 »	Noviembre	30 »
Noviembre	30 »	Diciembre (28 días)	28 »
Diciembre	26 »		
	301 días		301 días

32 — Nuestro artículo contiene estas tres conclusiones :

1^a Es legítimo el hijo que nace después de 180 días desde la celebración del matrimonio.

2^a Es legítimo el hijo que nace dentro de los trescientos días siguientes al de la disolución del matrimonio.



3ª No es legítimo el hijo nacido dentro de dichos trescientos días, si se probase que fué imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

33—La *primera* de estas conclusiones es inobjetable, porque deducido el día del nacimiento quedarán siempre y en todo caso los 180 días que componen el tiempo *minimum* del embarazo. Y así, en el 1º cuadro, se verá que el alumbramiento más temprano deberá tener lugar en el día 28 de Agosto y que excluido este día, como corresponde hacerse, quedan los 180 de la duración mínima del embarazo.

34—La *segunda* conclusión es igualmente inobjetable, porque deducido el día del nacimiento quedan los 300 de la duración máxima. Así, el hijo nacido el día 26 de Diciembre habrá nacido *dentro* de los 300 días *siguientes* al de la disolución del matrimonio, y deducido dicho día 26, quedan los 300 del *maximum* de duración del embarazo.

35—La *tercera* conclusión contiene un error fácil de demostrar y grave en razón de la importancia y trascendencia de la materia.

Un hombre, que vive con su esposa, es aprehendido en su casa el día 2 de Marzo, y á las 11 de la noche de ese mismo día es conducido á una isla, donde se le mantiene en absoluta incomunicación hasta el 1º de Julio, exclusive, en el que vuelve á su casa, donde encuentra á su mujer, con quien hace vida de paz y de afección y la cual da á luz un hijo el día 28 de Diciembre.

36—Se pregunta, ¿es legítimo este hijo?

No, resueltamente no, según los términos del artículo, porque en el caso supuesto, véase el 2º cuadro,



el marido ha estado imposibilitado para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento, pues se parte de la suposición de que desde el día 3 de Marzo, *inclusive*, hasta el 30 de Junio, también *inclusive*, le fué imposible dicho acceso, en razón de que durante todo ese tiempo fué mantenido *manu militari* en absoluta incomunicación, y, por consiguiente, ratiocinando bajo el punto de vista del *máximum* del embarazo se diría, para sostener la ilegitimidad del hijo, que su concepción no pudo tener lugar el 3 de Marzo por obra del marido, porque en ese día le fué *imposible* tener acceso con su mujer, sino cuando más tarde el día 2, y computando éste en el tiempo *máximum* del embarazo, como corresponde hacerse, se tendrá que nació *después* de 301 días, sin contar el del nacimiento, lo que importa que habría un embarazo de 301 días, contra el art. 77 que fija en 300 su máxima duración. Luego el hijo sería ilegítimo.

37—Sin embargo, el hijo es legítimo, según los principios y reglas que presiden la materia, y si el caso supuesto se convirtiera en caso práctico sometido a la resolución judicial, los jueces se pronunciarían por la legitimidad con sujeción á ellos.

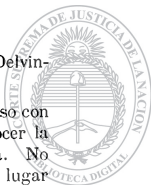
No es dudoso (véase Marcadé sobre el art. 312 del código francés y Laurent, t. 3 n. 364), que el hijo tiene derecho para elegir sea el *máximum*, sea el *minimum* de la duración del embarazo para justificar que fué concebido durante el matrimonio, en tiempo hábil, y dejar, consiguientemente, establecida su legitimidad. Y así, el nacido el día 28 de Diciembre puede alegar que, habiendo el marido de su madre podido tener acceso con ella el día 1º de Julio, su concepción pudo tener lugar en dicho día, y en este concepto, excluyendo el día del nacimiento, pero incluyendo, como corres-



ponde hacerse, el día de la concepción, se tiene los 180 días del *minimum* del embarazo y, por consiguiente, que su legitimidad es indisputable. Y así es en efecto, porque resulta que nació *después* de 180 días, contados desde el de la concepción inclusive hasta el día del nacimiento, excluido éste.

38—Esto demuestra acabadamente que hay error en el artículo cuando dice: «... los primeros *ciento veinte* días de los trescientos que han precedido al nacimiento...», pues ha debido decir los primeros *ciento veintiún* días, porque entonces, la posibilidad de acceso del marido con su mujer sólo podría colocarse en 2 de Julio; y siendo así, resultaría que el hijo nacido el 28 de Diciembre no puede invocar en su favor el *minimum* del embarazo, porque habría nacido *dentro* de los 180 días contados desde el día *inclusive* de la concepción (2 de Julio) hasta el día *exclusive* del nacimiento (28 de Diciembre), y por lo tanto, que no existen los 180 días que constituyen el *minimum* de duración del embarazo. Tampoco podría invocar el *máximum*, porque siendo imposible que fuera concebido el día 3 de Marzo, sólo pudo serlo el 2, y entonces su nacimiento habría tenido lugar *después* de *trescientos y un* días (301), lo que importa decir que el embarazo ha durado 301, sin contar el del nacimiento; lo que no es admisible, porque es contrario al art. 77.

El cálculo hecho por Goyena, que nuestro ilustre codificador transcribe en su nota al artículo que nos ocupa, es errado, y el error procede de no haber tenido presente, al inspirarse en el código francés, que según las ideas que prevalecieron en la redacción de este código, el mayor tiempo del embarazo es de *doscientos noventa y nueve* (299) días plenos, exclusive el día del nacimiento y exclusive también el día del matrimonio ó de la concepción, según queda recordado al



principio de este título, con las opiniones de Delyincourt, Marcadé y Mourlon.

39— Por lo demás, la imposibilidad de acceso con su mujer, que el esposo alegase para desconocer la legitimidad del hijo, debe ser real y comprobada. No bastará que justifique su ausencia de su casa en lugar remoto, porque este hecho, dadas las facilidades de comunicación, en nuestros días, no implica por sí solo la imposibilidad de acceso que la ley requiere para justificar que el hijo de la mujer casada no es obra de su esposo. Debe presentarse prueba perfecta del hecho ó de los hechos conexos que demuestren que fué efectivamente imposible que el marido tuviera acceso con su mujer todo el tiempo durante el cual, según la ley, debe estimarse concebido el hijo.

Art. 280. L. 16, Tit. 6, Part. 6^a; L. 4, Tit. 23, Part. 4^a— y véase la L. 2, Tit. 5, Lib. 10, Nov. Rec. Son muy importantes en la materia las Leyes Romanas 5, Tit. 4, Lib. 2, Dig.—6, Tit. 6, Lib. 1, idem, 3, § 12, Tit. 16, Lib. 38, idem—L. 29, Tit. 2, Lib. 28 idem, y Nove'la 39, cap. 2—Art. 312, Cód. Francés—de Nápoles, art. 234—de Holanda, art. 305, y de Austria, art. 138.—El Cód. de Prusia exige 210 días, ó siete meses cumplidos desde la celebración del matrimonio, y 302 después de su disolución.

En los ciento veinte días de los trescientos que han precedido al matrimonio. Goyena explica este término de la manera siguiente—en las notas al art. 101: «Ó en los cuatro primeros meses (contándose de treinta días) de los diez anteriores al nacimiento. Probada la imposibilidad física del acceso en el tiempo del artículo, la criatura no habrá nacido dentro de los trescientos días (diez meses), que son el término más largo de los nacimientos tardíos, ni después de los ciento ochenta días (seis meses), término de los nacimientos más precoces: ejemplo:

« La mujer libra en 26 de Diciembre.

« Los diez meses de treinta días, ó los trescientos días anteriores al nacimiento, comienzan á correr desde el 1^o de Marzo, y se completan en 25 de Diciembre, ambos inclusive.

« Los cuatro primeros meses de los diez, ó los ciento veinte días de los trescientos, se completan el 29 de Junio inclusive; y el marido prueba la imposibilidad física del acceso por haber



Art. 281. *La mujer que, muerto el marido, se creyere embarazada, debe denunciarlo á los que, no existiendo el hijo póstumo, serían llamados á suceder al difunto. Los interesados pueden pedir todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar que el parto es efectivo y ha tenido lugar en el tiempo en que el hijo debe ser tenido por legítimo.*

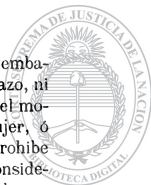
40 — Esta obligación, impuesta á la viuda que se creyere embarazada se funda, como se revela por el propio artículo, en el interés que asiste á los que, no existiendo el hijo póstumo, serían llamados á la sucesión del difunto; obligación que es imperfecta, jurídicamente hablando, porque la ley no castiga su contravención.

Con ó sin la denuncia de la mujer, *los interesados* que la creyesen embarazada, ó que, por el contrario, dudaren de la verdad del embarazo, tienen derecho para pedir todas las medidas que fueren necesarias para asegurar, no sólo que el parto es efectivo, sino también el día en que tenga lugar, para así saber si el hijo nacido fué concebido en tiempo hábil que le conceda la legitimidad.

41 — Entre las medidas á tomarse no se compren

estado ausente en todo el dicho periodo, y no haber regresado hasta el 30 de Junio.

« El parto no será legítimo, porque pasó ya un día del oncenno mes, ó tuvo lugar á los trescientos un días desde que sobrevino la imposibilidad física, y dentro de los ciento ochenta días, ó sin tocar un solo día del séptimo mes desde que cesó: desde el 30 de Junio, en que regresó el marido, hasta el 26 de Diciembre, en que libró su mujer, ambos inclusive, van seis meses justos de treinta días, ó ciento ochenta días. »



derán jamás el depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento judicial del embarazo, ni el reconocimiento del parto antes, después, ni en el momento de suceder, aun cuando lo pidiese la mujer, ó consintiera en que se hiciese, porque la ley prohíbe absolutamente estas medidas en fuerza de consideraciones que están arriba de la voluntad particular.

Véase lo que sobre la materia decimos bajo los artículos 66 y 67.

Art. 281. Véase L. 17, Tit. 6, Part. 6ª, y L. 1, Tit. 9, L. 37, Dig., y los artículos desde el 190 al 199, Cód. de Chile.

Art. 282. *La madre tendrá derecho á que de los bienes que han de corresponder al póstumo se le asigne lo necesario para los gastos que se causaren por el parto; y aunque el hijo no nazca vivo, ó resulte que la mujer no ha estado embarazada, no estará obligada á restituir lo que hubiere recibido.*

42— Los cuidados de la mujer en el parto son reclamados á todo título, ora con relación á ella, ora con relación al hijo, cuyo nacimiento con vida interesa no sólo á él, sino también á la familia. Es justo, de consiguiente, que, de los bienes que hayan de corresponder al póstumo, se asigne á la madre lo necesario para los gastos que se causaren por el parto; y aunque el hijo naciere sin vida, ó la mujer se hubiere engañado al creerse embarazada, no está obligada á restituir lo que hubiere recibido, aun cuando no hubiere invertido y conservase en su poder el todo ó parte. En el primer caso, porque hubo título sufi-

ciente para pedir y recibir lo necesario para los gastos, y no es culpa de la madre que su hijo naciera sin vida; y en el segundo, para evitar los pleitos y vejámenes de que sería víctima la mujer si se permitiese que, no obstante su error de buena fe, estaba sujeta á la restitución de lo recibido.

43 — Pero ¿qué decir en el caso de que la mala fe de la mujer fuere notoria? Por ejemplo, cuando nace el hijo mucho después del plazo de duración máxima del embarazo, de modo que sea evidente que es hijo natural. ¿Regiría aquella regla? Pensamos que no, porque es evidente que la mujer procedió con conciencia de falta de acción. No ignoraba, ni podía ignorar que su embarazo no era debido á obra de su marido, sino de otro después del fallecimiento de aquél; y en tal caso es de estricta aplicación el principio formulado por Ortolan en estos términos: «La jurisprudencia habia acabado por admitir 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, habia lugar contra ella á una *condictio* para la repetición de lo que habia aprovechado.» Ver lo dicho bajo el art. 43.

De acuerdo con este principio, el art. 199 del Código de Chile dice: «...; y aunque el hijo no nazca vivo, ó resulte no haber habido preñez, no será obligada á restituir lo que se le hubiere asignado; á menos de probarse que ha procedido de mala fe, pretendiéndose embarazada, ó que el hijo es *ilegitimo*.»





Art. 283. *La mujer recién divorciada, que se creyere embarazada, debe denunciarlo al juez ó al marido, en el término de treinta días desde su separación; y éste podrá pedir las diligencias necesarias para asegurarse también de que el parto es efectivo, y ha tenido lugar en el tiempo necesario para que el hijo deba ser reputado legítimo.*

44 — A menos de haber reconciliación privada entre los esposos, no es legítimo el hijo dado á luz por la mujer divorciada después de trescientos días contados desde aquel en que tuvo lugar la separación definitiva ó provisoria de los casados, según es de expresa disposición legal, — art. 284, — y por consiguiente, es justo que se imponga á la esposa que se creyere embarazada el deber de denunciarlo, sea á su marido, sea al juez, para que aquél pueda pedir las diligencias necesarias que aseguren: 1º, la efectividad del parto, y 2º, que ha tenido lugar, además, en el tiempo necesario para ser considerado legítimo.

45 — La mujer debe cumplir con este deber dentro de treinta días, contados desde su separación definitiva ó provisoria; pero es un deber puramente moral desde que su falta no es castigada.

46 — No es dudoso que el esposo puede pedir las medidas necesarias de la referencia, no obstante que su esposa no hubiese denunciado su preñez, porque la ley no hace de la denuncia una condición *sine qua non* para la solicitud de las diligencias.

47 — Sobre la clase de medidas que pueden ser

tomadas, véase lo que decimos bajo los arts. 66 y 67.

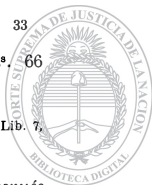
Art. 283. Véase L. 17, Tit. 6, Part. 6ª, y L. 1, Tit. 9, Lib. 7, Dig., y los artículos desde el 190 al 197, Cód. de Chile.

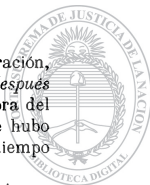
Art. 284. *En caso de divorcio, si la mujer después de su separación definitiva ó provisoria, tuviera algún hijo nacido después de los trescientos días desde aquel en que la separación se realizó de hecho, el marido ó sus herederos tienen derecho á negar la paternidad, á menos que se probase que hubo reconciliación privada entre los esposos. Estas disposiciones se extienden al caso de separación provisoria de los cónyuges, por motivo de acción de nulidad del matrimonio.*

48 — Cuando la paz ha desaparecido del hogar y la separación definitiva ó provisoria de los casados es decretada por autoridad judicial, la presunción natural es que no hay entre ellos acercamiento.

De aquí procede la resolución del presente artículo que dice, que, si la mujer, después de su separación definitiva ó provisoria, tuviere algún hijo nacido *después* de 300 días, contados desde aquel en que la separación se realizó de hecho, el marido ó sus herederos tienen derecho para negar la paternidad, salvo que se probase que hubo reconciliación privada entre los esposos.

Los 300 días de que habla la ley se ajustan al tiempo del máximo del embarazo y, por consiguiente, deben ser *plenos*, sin incluirse consiguientemente en





ellos el día en que de hecho tuvo lugar la separación, porque así resultará que el hijo fué concebido *después* del día de la separación y por lo tanto, no por obra del marido, sino de otro, á menos de probarse que hubo reconciliación privada entre los esposos en tiempo hábil.

Es igual al caso de la disolución del matrimonio por muerte del marido.

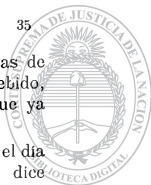
Formemos el cuadro, partiendo del supuesto de que la separación de los esposos tuvo lugar de hecho el 1° de Marzo.

Tendremos :

Marzo.....	30 días
Abril.....	30 »
Mayo.....	31 »
Junio.....	30 »
Julio.....	31 »
Agosto.....	31 »
Septiembre.....	30 »
Octubre.....	31 »
Noviembre.....	30 »
Diciembre (26 días).....	26 »
	<hr/>
	300

Un día más (el 27).

El hijo nacido el 26 de Diciembre es legítimo, porque habrá nacido *dentro* de los 300 días plenos *posteriores* al de la separación y, por consiguiente, excluido el día del nacimiento, quedarán 299 días plenos, y agregando el día de la separación se tienen los 300 del *máximum* del embarazo ; pero el nacido el día 27 de Diciembre, es decir, *después* de los 300 días será adulterino, porque excluido el día del nacimiento, quedarán los 300 *plenos* POSTERIORES al de la disolución, y agre-



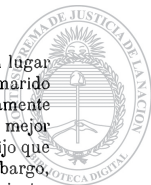
gado el día de la separación se tendrán 301 días de embarazo, lo que no es admisible: fué concebido, cuando más temprano, el día 2 de Marzo, en que ya los esposos estaban distanciados.

49 — El plazo de los 300 días se cuenta desde el día «en que la separación se realizó *de hecho*», dice nuestro artículo, lo que debe entenderse así: desde que la separación se realizó de hecho *en virtud de providencia judicial*, porque, como la ley no reconoce divorcio por voluntad ó mutuo consentimiento de las partes, no puede tomar por base la separación de hecho no autorizada por el magistrado.

50 — ¿Cuál es el alcance de la excepción establecida por la ley cuando dice «*á menos que se probase que hubo reconciliación privada entre los esposos?*»

¿Será bastante para asegurar la legitimidad del hijo que la reconciliación se haga en cualquier tiempo, esto es, antes ó después del nacimiento? La afirmativa no sería ni jurídica, ni justa. Debe hacerse distinciones, sin temor de que sean clasificadas de arbitrarias, porque surgen de la naturaleza de las cosas, reposan en la verdad y son las mismas que la ley hace en casos análogos.

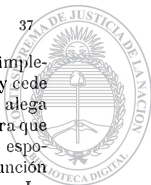
51 — *Primera*: Si el marido sabe que su esposa está embarazada y se reconcilia, sin embargo, privadamente con ella antes del nacimiento del hijo ¿cómo no decir que reconoce su paternidad? ¿Cómo no declarar que es legítimo el hijo dado á luz por la mujer? Si en condiciones iguales es declarado legítimo el hijo concebido *antes* del casamiento de su madre y nacido dentro de él, — art. 287, — ¿cómo no hacer igual declaración en el caso supuesto? Las consideraciones que fundan aquella disposición legal obran más poderosamente en el caso que nos ocupa.



52 — Segunda : Si en razón de la distancia del lugar en que ha residido durante la separación, el marido no puede decir que le fué imposible, físicamente hablando, tener acceso con su mujer en el día, ó mejor dicho, durante el tiempo de la concepción del hijo que su esposa ha dado á luz y se reconcilia, sin embargo, con ella, con conocimiento de su alumbramiento, ¿cómo no declarar la legitimidad del hijo?

El que no ignora que sus amigos, sus relaciones y la sociedad conocen el hecho del divorcio ; el que sabe que durante esta separación, no interrumpida á los ojos de la crítica, su esposa ha dado á luz un hijo y se une no obstante á ella, volviendo al seno de la vida común, ése tiene conciencia de que su honor no ha sido lastimado por su mujer. Su reconciliación implica el reconocimiento de su paternidad, porque se presume que no se ha unido á su esposa sino porque el hijo dado á luz es fruto de su obra. La razón de la facultad acordada al marido para desconocer la legitimidad del hijo, está en la imposibilidad moral de cohabitación, nacida de la enemistad que arrastró á los esposos á solicitar su separación personal ; pero como esta imposibilidad no depende sino de la voluntad, la presunción que de ella nace se disipa ante el celo ardiente con que el hombre cuida de su honor. Si volvió á unirse á su esposa es porque tiene conciencia de que no faltó á su deber de fidelidad.

53 — Tercera : Si el marido ignora el embarazo de su mujer y se reconcilia con ella antes del nacimiento del hijo, ¿tendrá derecho á negar su paternidad alegando y justificando la imposibilidad física de su acceso con ella en tiempo hábil, es decir, durante el tiempo en que la ley presume operada la concepción? Pensamos que sí. La paternidad declarada en el caso de reconciliación privada se



funda sólo en una presunción, la cual es simplemente *juris*, que permite la prueba contraria y cede á la verdad. Si contra aquella presunción se alega y se prueba que ha habido imposibilidad física para que la concepción del hijo fuera debida á obra del esposo, esta verdad debe prevalecer contra la presunción *juris* y declararse que el hijo no es legítimo. La resolución del art. 280 ofrece un argumento decisivo en pró de esta conclusión.

54— Cuando en razón de una acción de nulidad contra el matrimonio se decretare la separación provisoria de los casados, el esposo tiene derecho á negar su paternidad al hijo nacido después de 300 días desde aquel en que se realizó de hecho la separación, del mismo modo, con la misma excepción y por las mismas razones que en el caso de divorcio.

55— Por lo demás, el derecho al desconocimiento ó negación de la paternidad es concedido al esposo y á sus herederos, no simultánea, sino sucesivamente, como veremos pronto al ocuparnos del art. 292.

Art. 284. Cód. de Luisiana, art. 207. — Cód. de Chile, art. 190.

Art. 285. *Declarado el fallecimiento presunto del marido ausente, si la mujer, durante la ausencia, tuviera algún hijo nacido después de los trescientos días, desde el primer día de la ausencia, los herederos presuntivos del marido pueden intentar contra el hijo una acción negativa de la paternidad, si la madre está en posesión provisoria ó definitiva de los bienes, ó para excluirla, si ella pretende obtenerlos.*



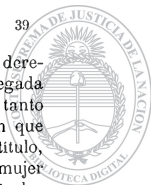
56 — El plazo fijado por este artículo debe determinarse con el criterio que preside nuestro estudio del presente título, ó en otros términos, recordando que así en el *máximum* como en el *minimum* de duración del embarazo va incluido el día del fallecimiento del marido, el día de la separación de hecho de los esposos, provisoria ó definitiva, por divorcio ó nulidad del matrimonio y, consiguientemente, el primer día de la ausencia de aquel cuyo fallecimiento presunto esté declarado.

De modo que los trescientos días de la referencia del artículo son 300 días *plenos*, sin incluir el primer día de la ausencia, porque así resultará que el nacido *después* de aquéllos, fué concebido *después* que el marido estuvo alejado de su esposa y no puede, de consiguiente, favorecerle la presunción de la legitimidad.

Estará favorecido con ella el que naciere *dentro* de los 300 días posteriores al primero de la ausencia, porque suprimido el día del nacimiento y agregado aquel en que el esposo se ausentó, se tienen los 300 del *máximum* del embarazo.

57 — La ley abraza en su disposición todos los casos en que la acción de desconocimiento puede ser útil á los herederos cuando dice, que pueden ejercitarla contra el hijo ó cuando la madre está en posesión provisoria ó definitiva de los bienes, ó para excluirla si pretendiese obtenerlos.

En el primer caso, el objeto será la adquisición de los bienes del modo y á título de herederos del ausente, y en el segundo, rechazar la pretensión de la esposa respecto de dichos bienes; pero debe tenerse presente que la ley no puede referirse sino á cuando la mujer estuviese en posesión de los bienes á nombre y en representación de su hijo, ó



cuando pretendiese obtenerlos invocando los derechos de éste, porque es al hijo á quien es negada la paternidad y á quien se desconoce — por lo tanto — su calidad de heredero, y no á los casos en que actuase en su calidad de esposa, porque este título, al cual van anexas facultades que dan á la mujer la posesión y administración de los bienes — artículos 1341 á 1343, — no se borra ni se amengua su valor con el desconocimiento de la legitimidad del hijo.

Art. 286. *El marido no puede desconocer al hijo, dando por causa el adulterio de la mujer, ó su impotencia anterior al matrimonio. Pero si á más del adulterio de la mujer, el parto le fuese ocultado, el marido podrá probar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo.*

58 — Colocados en el orden natural de las cosas y sin detenerse en consideraciones de otra índole, es indudable que el derecho de desconocer al hijo ó de negar la paternidad debe ser franca y firmemente reconocido al esposo que, por su impotencia absolu'a, anterior al matrimonio, no ha podido ser el autor de la concepción de su esposa.

Declarar padre á un hombre contra la verdad manifiesta, evidente, es ir contra la naturaleza y consagrar una falsedad. En el caso de duda es irreprochable que la ley favorezca al hijo declarando su legitimidad; pero declararlo legítimo ó hijo del esposo de su madre contra la verdad manifiesta, es algo que no puede obtener una plena justificación; y menos aún en el campo de nuestra ley, que, á



diferencia de otras, pone en manos de la mujer el remedio eficaz de la anulabilidad del matrimonio en el caso de que su esposo, impotente para la cópula, la hubiese hecho víctima de su engaño. Le asiste, en efecto, el derecho para pedir la nulidad del matrimonio — art. 242, inc. 4º, — y ha debido recurrir á este medio legal si no se consideró con fuerza de voluntad bastante para conservar la *fidelidad* prometida, antes que incurrir en el delito del adulterio.

59— Sin embargo, contra todo esto y mucho más que puede agregarse, nuestra ley, — siguiendo al código francés, — art. 313, — declara perentoriamente que el marido no puede desconocer al hijo, alegando su impotencia anterior al matrimonio. Las consideraciones que se invocan para fundar esta resolución sirven más para presentarla como penal que como impuesta por principios jurídicos. Si con conciencia de su defecto, se dice, fué al matrimonio ocultando su inhabilidad para la ejecución del contrato y ha hecho á su esposa víctima de su desvergüenza, ¿cómo permitirle la invocación de aquella causa para negar su paternidad y hacer la deshonra de su esposa? Dominan en esta materia las palabras de Duvergier (recordadas por Goyena, Laurent y otros) quien, después de procurar la justificación jurídica de la decisión, invocando la regla de que nadie debe sacar provecho de su propio dolo, dice: « ¿Cómo concebir sin indignarse, el cinismo impudente de un hombre que pudiera revelar su torpeza é infamia para deshonrar su compañera y víctima? Porqué que debe observarse que en tal caso la mujer habría sido la primera víctima del hombre impotente, que se ha presentado al matrimonio con todas las esperanzas de la paternidad. » Y en razón de esta falta se cierra los ojos para no ver

el delito de la mujer, y contra la verdad manifiesta se declara padre al que no es !

No se permite que el esposo promueva pleitos escandalosos...¿y el escándalo del adulterio?

¡ O también le estará prohibido acusar por este delito á su mujer? Y si no le está prohibido acusarla ¿le estará prohibido alegar su impotencia manifiesta para demostrar el adulterio de su esposa?

60 — Declara también nuestro artículo que el marido tampoco puede negar su paternidad al hijo de su mujer por el solo hecho del adulterio de ésta; resolución que se impone por su justicia, que es de fácil demostración. En efecto, la concepción es un misterio y como se parte del supuesto de que no ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer durante todo el tiempo dentro del cual, según la ley, debe estimarse concebido el hijo, es evidente que su concepción pudo ser obra del esposo no obstante el adulterio de su mujer. Dada esta sola posibilidad, la ley favorece con razón al hijo y á la familia, declarando la legitimidad de aquél, ó en otros términos, la paternidad del esposo.

¿ Someter el caso á la decisión judicial? Imposible: es todo un misterio el momento en que se opera la concepción, y lo es para la ciencia médica como para la indagación judicial. Por consiguiente, es la ley quien ha debido resolver en la duda y la resolución pronunciada es la más justa, porque es la que más consulta el interés del hijo, el interés de la familia y el interés de la sociedad.

61 — Pero, cuando á más del adulterio, el parto le fuese ocultado, el marido está facultado entonces para promover juicio en que probar aquellos hechos





y otros que concurran á demostrar el justo desconocimiento del hijo.

Para la ley, el adulterio y la ocultación del parto son hechos que importan una presunción que autoriza suficientemente una indagación judicial sobre la paternidad. Esa presunción no basta por sí sola para justificar el desconocimiento del hijo; pero sirve para autorizar el juicio en el cual deba el esposo probar, á más de aquéllos, otros hechos que importen presunciones que concurran á demostrar la justicia con que niega su paternidad.

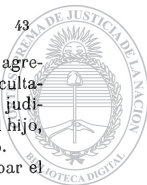
62 —¿Cuáles pudieran ser los demás hechos de la referencia de la ley?

Los siguientes pueden ser contados entre ellos:

Una enfermedad grave durante el tiempo presumido de la concepción, que hiciera imposible la cópula;

La impotencia accidental y pasajera, por causa conocida, que igualmente hiciera imposible el coito durante el tiempo dentro del cual deba estimarse concebido el hijo;

La ausencia del esposo del lugar de la residencia de la mujer, que hiciese, en razón de la distancia y otros motivos, no *imposible*, pero sí improbable que hubiese tenido acceso con ella durante el tiempo dicho. A este respecto los tribunales franceses tienen resuelto que— « aun cuando la imposibilidad física « de un aproximamiento entre los esposos, no obs- « tante la distancia de sus residencias, no sea sufi- « cientemente demostrada, los jueces pueden admitir « el desconocimiento de la paternidad, si aquella « imposibilidad es confirmada por circunstancias « morales referentes á la situación recíproca de los « esposos, sea antes, sea después de la concep- « ción ». Dalloz. Códigos anotados — art. 313, n°. 57.



Las presunciones resultantes de estos hechos, agregadas á las procedentes del adulterio y de la ocultación del parto, podrán autorizar la declaración judicial de estar justificado el desconocimiento del hijo, quien de consiguiente, sería declarado ilegítimo.

63— Pero el marido está en el deber de probar el adulterio de su esposa y la ocultación del parto, porque es á esta condición que se le permite probar los otros hechos que concurran á justificar el desconocimiento del hijo. La prueba de todos puede ser hecha simultáneamente en un solo proceso.

Art. 286. L. 9, Tit. 14, Part. 3^a—LL. 11, § 9, Tit 5. Lib. 48, Dig., y 29, § 1, Tit. 3, Lib. 22 idem —Cód. Francés, art. 313, y Cód. Sardo, art. 153—Cód. de Holanda, art. 307, y véase á Leclerc, *Droit Romain*, tom. 1, pág. 333.

Art. 287. *El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa, ó si consintió en que se diera al hijo su apellido en la partida de nacimiento, ó que de otro modo hubiera reconocido tácita ó expresamente por suyo el hijo de su mujer.*

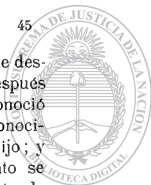
64— El objeto de este artículo es legislar sobre la legitimidad del hijo concebido *fuera* y nacido *dentro* del matrimonio, y, por consiguiente, su previsión debe llegar hasta hacer imposible que el hijo pueda, invocando el tiempo mínimo del embarazo, demostrar que pudo ser concebido durante el matrimonio de su madre, y que le favorece por lo tanto la presunción legal de la legitimidad.



Y bien, el artículo incurre evidentemente en error cuando dice: «...*dentro* de los *ciento ochenta días siguientes* al matrimonio», pues ha debido decir «dentro de los ciento setenta y nueve días *siguientes*», ó como dice el código francés: «el hijo nacido *antes* del *centi-octogèsimo* día del matrimonio no podrá ser desconocido por el marido...», porque así no puede ser invocado el tiempo mínimo del embarazo para justificar la legitimidad, en tanto que puede ser invocado con éxito bajo la redacción de nuestro artículo, lo que es fácil demostrar y dejar, por lo mismo, demostrado su error.

En efecto, el hijo nacido el centi-octogésimo día *siguiente* al matrimonio, nace *dentro* de los ciento ochenta días *siguientes* al matrimonio y está, por lo tanto, comprendido en los términos del artículo; pero para dejar justificada su legitimidad no necesita ponerse bajo su amparo é invocar el reconocimiento expreso ó tácito del esposo de su madre, sino que le basta demostrar que ha podido ser concebido durante el matrimonio de ella para ser tenido por legítimo, ya por la disposición combinada de los art^{os}. 274 y 278, ya por la directa de la primera parte del 280, que se encuadra en ellos. A la verdad, suprimido el día del nacimiento, que es el centi-octogésimo posterior al del matrimonio, quedan 179 plenos, y agregado el día del matrimonio, se tienen los 180 del *minimum* del embarazo. Luego fué concebido en el matrimonio; luego es legítimo.

Esto es incontestable y evidencia el error de nuestro artículo, el cual, — como hemos dicho antes, — debe estar redactado así: «El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento setenta y nueve días posteriores al del matrimonio, si supo...»



65 — La ley resuelve que el marido no puede desconocer al hijo concebido antes, pero nacido después del matrimonio, si expresa ó tácitamente reconoció su paternidad. Luego, cuando no hay tal reconocimiento expreso ó tácito, puede desconocer al hijo; y la razón es clara: desde que por el nacimiento se evidencia que fué concebido *antes* del casamiento de su madre, el que después entró á ser esposo de ella tiene derecho para decir que no es padre del hijo dado á luz, porque no hay ley que en tal caso le atribuya su paternidad.

66 — Sólo él puede saber si existen motivos que le hagan creer que es padre del niño y, por consiguiente, es sólo sobre la base de su reconocimiento que la ley declara que no puede desconocer su legitimidad; pero el reconocimiento es una confesión, la cual hace prueba plena, salvo que estuviese afectada de vicio legal; por ejemplo, que hubiese sido arrancada por violencia ó temor—art. 975. De modo que la autoidad del reconocimiento prevalece mientras no se pruebe por el que lo hizo, que lo acompaña un vicio que lo desnuda de eficacia.

67 — Pero, el nacido *antes* del centi-octogésimo día posterior al del casamiento ¿será legítimo, *en todo caso*, siempre que cuente con el reconocimiento del marido de su madre?

Este hijo puede ser notoriamente adulterino en el caso propuesto por Escriche y en el propuesto por Goyena, quien dice: «Supongamos que Pedro, á los cuatro meses de haber enviudado de Juana, casa con Maria y que ésta libra al mes... siguiente de la celebración del matrimonio, por manera que no pasan seis meses y un día desde que Pedro enviudó.»

¿Protege la ley á este hijo? ¿Es legítimo en virtud



del artículo que nos ocupa? ¿Será inatacable su legitimidad por el solo hecho de ser reconocido por el marido de su madre?

Es cuestión que se discute vivamente, y las opiniones se dividen tanto entre los escritores españoles como entre los franceses, como puede verse en Goyena, artículo 104; Escriche, verb. *Hijo legítimo*; Gutiérrez Fernández, *Derecho Civil Español*, t. 1º, pág. 640; *Laurent*, t. 3º, inc. 385, y en otros que éstos citan.

Los que están por que puede impugnarse la legitimidad de tal hijo, se fundan:

1º En que la legitimidad de que se trata no es sino una *legitimación especial*;

2º En que tal legitimación no es permitida para el hijo adulterino;

3º En que sería inmoral declarar la legitimidad del engendrado por una relación delictuosa.

68 — Estudiemos la cuestión en el campo de nuestro derecho.

Es necesario hacer á un lado el argumento de inmoralidad, no porque no deba tener influencia en el fuero de la conciencia, sino porque no es decisivo en el campo del derecho escrito. Si fuese cierto que la ley decreta la legitimidad del hijo adulterino, nada valdría para los jueces este defecto de la ley, porque como no les es dado juzgar de su valor intrínseco, tienen que aplicarla como la encuentran escrita.

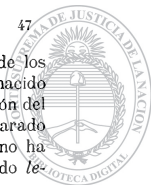
La observación que es necesario hacer, porque es justa, es ésta:

En muchos casos el fruto de la inmoralidad resulta favorecido por la imposibilidad de descubrir la verdad y en razón de los justos favores prestados por la ley á la organización de la familia y al orden social; y así, al amparo del art. 245 son *legítimos* los hijos *adulterinos* concebidos en matrimonio

putativo; bajo la sombra de la combinación de los art^{os}. 243 y 246, puede ser *adulterino* el nacido dentro de los 300 días posteriores á la disolución del matrimonio de la madre, y es, sin embargo, declarado *legítimo*; el hijo *adulterino* cuyo nacimiento no ha sido ocultado al marido, es igualmente declarado *legítimo*, art. 252. Es que la ley, impotente para ajustarse á la verdad, porque la concepción es un misterio, cubre el escándalo con la legitimidad del hijo para salvar el honor del marido y para asegurar la estabilidad, la organización y la paz de la familia, que es la base de la sociedad. Pero, no obra á ciegas, ni con iniquidad. En el matrimonio putativo tiene en cuenta la buena fe del cónyuge y protege al hijo declarando su legitimidad. En los demás casos recordados, como la paternidad es un misterio, porque lo es el momento de la concepción, y no siendo evidente el carácter adulterino del hijo y siendo, por otra parte, posible que, no obstante la mala conducta de la mujer, el hijo sea obra del marido, la ley lo declara legítimo consultando el propio honor del esposo, el bien del hijo y la organización de la familia.

Pero, en ningún caso va la ley contra la verdad evidente, consagrandó en su lugar la mentira indisoluble. Y sería inicuo lo contrario, porque no habría nada honesto ó útil que justificase semejante conducta. Cuando el carácter adulterino del hijo se pone de manifiesto con la sola fecha de su nacimiento, comparada con la de la disolución del primer matrimonio del marido de su madre ¿cómo cubrir, cómo ocultar el adulterio de su pretendido padre?

La ley que declarase la legitimidad del hijo *notoriamente* adulterino iría contra la verdad manifiesta, sin conseguir disimular el delito del esposo, cubrir el





honor de la madre y borrar la sombra del origen impuro del hijo. En lugar de cubrir el escándalo no haría sino agregar escándalo al escándalo.

69— No puede, no debe atribuirse á la ley este defecto cuando no está inequívocamente consignado en sus términos.

Concurre á afirmar esta conclusión la regla de derecho según la cual, la interpretación de las leyes debe hacerse de modo que reine armonía entre sus diversas partes, lo que importa decir que debe rechazarse toda interpretación que introduzca contradicción entre sus disposiciones; contradicción que sería manifiesta entre los artº. 244 y 356, y el 287, que nos ocupa, si se admitiese que este último permite la legitimidad del hijo adulterino.

70— Pudiera argüirse en contra diciendo: en el art. 287 que estudiamos no se trata de *legitimación*, sino de *legitimidad*, cosas que son distintas y, por consiguiente, no hay por qué extrañar que su disposición difiera de la consagrada por los artº. 244 y 356.

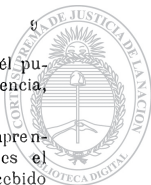
La observación no es de importancia en el caso, y si alguna tiene favorece nuestra tesis.

¿Hay diferencia entre la *legitimidad* y la *legitimación*? Indudablemente sí: la legitimación es un favor concedido al hijo natural, *nacido fuera* de matrimonio, sobre la base y como consecuencia legal del subsiguiente casamiento de sus padres,—art. 345;—en tanto que la *legitimidad* es la cualidad que acompaña al hijo *concebido* en matrimonio, siendo éste, como hemos dicho en otro lugar (nº. 3) el sentido genuino y único verdadero de la regla *pater est quem nuptia demonstrant*. Es *legítimo* el hijo *concebido* en matrimonio: es *legitimado* por el subsiguiente casamiento de sus padres el hijo *nacido fuera* de matrimonio, de

personas que al tiempo de la concepción de aquél pudieron casarse legítimamente entre sí. La diferencia, como se ve, es fundamental.

71 — Pero, entre los hijos *legítimos*, la ley comprende no sólo al *concebido en matrimonio*, que es el verdaderamente legítimo, sino también al concebido *antes* y nacido *dentro* del matrimonio, como lo persuade el artículo que nos ocupa, el cual confiere la *legitimidad* al que, concebido *antes*, naciere *después* del matrimonio de su madre, cuando el esposo lo hubiere reconocido expresa ó tácitamente. Sin embargo, y no obstante la denominación común de legítimos que comprende á uno y otro, hay diferencia entre la legitimidad del primero y la del segundo. El verdaderamente legítimo es el concebido *durante* el matrimonio: la legitimidad es aquí el efecto natural del matrimonio; pero el concebido *antes* y nacido después de casados sus padres, es legítimo en razón de un favor *especial* de la ley. La diferencia es sensible, sin que haya fraseología, por poderosa que sea, capaz de borrarla; y si esta diferencia tiene importancia en la materia que nos ocupa, ella es favorable antes que adversa á nuestra tesis, porque la legitimación no es concedida al adulterino sino al hijo natural, como lo persuade el art. 345, y la legitimidad del concebido *fuera* y nacido dentro del matrimonio de sus padres es una especie de legitimación, como lo demuestra acabadamente el art. 356 con este concepto inequívoco: «La denegación de la paternidad no obstará á la *legitimación* de los hijos concebidos *antes* del matrimonio y nacidos *después*...»

72 — Dicho esto, repetimos que la armonía que debe existir entre los artículos 244, el presente de que tratamos y el 356 demuestra que la legitimidad





pronunciada por el que nos ocupa, no alcanza al hijo adulterino. En efecto, el artículo 244 dice que « los « hijos *naturales* concebidos *antes* del matrimonio « putativo entre el padre y la madre y nacidos *después*, « quedarán legitimados en los mismos casos en que « el subsiguiente matrimonio válido produce este « efecto. »

La legitimación es concedida, como se ve, á los hijos naturales. Luego es denegada á los adulterinos, lo que es conforme al artículo 345.

¿En qué casos los hijos naturales concebidos *antes* del matrimonio y nacidos después, quedan legitimados, no ya por un matrimonio putativo, sino por uno válido? En los siguientes: 1º, cuando el marido supo, antes del casamiento, el embarazo de su esposa, 2º, cuando de cualquier otro modo reconoció por suyo el hijo que la mujer diera á luz, sea antes, sea después del nacimiento — art. 356. Y que la legitimación concedida por este artículo es solamente para los hijos *naturales*, es de aquellas cosas respecto de las cuales el esfuerzo para su demostración, lleva sombra antes que avivar la luz de la evidencia. Basta observar que es parte del título que trata de « *la legitimación* », la que no es concedida, ni tratada, sino con relación á los hijos naturales.

Luego, si el artículo 287 que nos ocupa, ha de ser armónico con el 356 y el 244, los adulterinos están excluidos de su disposición.

73 — Para adelantar esta conclusión, establezcamos las consecuencias de la conclusión contraria.

Se tendría que el hijo adulterino, á quien el artículo 356 niega el beneficio de la legitimación, es protegido por el 287 con el favor de la legitimidad. ¡ Contradicción !

Que el matrimonio putativo, que hasta el día de



la sentencia que lo declare nulo, debe producir todos los efectos del matrimonio válido, dejaría al hijo adulterino en peor condición que la que tuviera por el artículo 287, si la legitimidad que éste consagra, hubiera de alcanzar á los de tal clase;

Que el artículo 356 que concede la legitimación, quedaría suprimido con ventajas para el hijo adulterino.

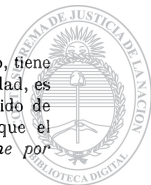
Interpretación que introduce tan grandes defectos en el Código, es interpretación que debe ser rechazada en nombre de la ciencia y de la verdad legal.

Por lo demás, Goyena mismo, de quien está tomado literalmente nuestro artículo, establece que la legitimidad no alcanza al hijo adulterino.

« Y no bastará — dice — para esta legitimación el « reconocimiento expreso ó tácito del padre, *si no* « *concurren* los términos hábiles del artículo 123 », el cual requiere, para el reconocimiento, que el que reconoce haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte dias de los trescientos que han precedido al matrimonio. Pone el ejemplo, antes copiado, de un hijo adulterino, y dice: « Este hijo no puede ser legitimado porque *fué* « *hecho en adulterio*, ley 2, tit. 15, part. 4. »

Art. 287. Proyecto de Goyena, art. 101—Cód. francés, art. 314, para los tres casos—Cód. Sardo, art. 153, para los dos primeros casos—y Cód. de Austria, art. 155, para sólo el primer caso.

Art. 288. *Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto.*



74— El hijo concebido *durante* el matrimonio, tiene en su favor la presunción *juris* de su legitimidad, es decir, de deber su existencia á obra del marido de su madre, ó como dice la ley, se presume que el hijo concebido durante el matrimonio, «*tiene por padre al marido*», art. 279.

75— Toda reclamación que el esposo hiciere contra la legitimidad de tal hijo, debe ser intentada dentro de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento del parto, bajo pena de prescripción.

Este plazo está sujeto á las reglas de los artículos 24 y 27, y — por consiguiente — no se cuenta en él el día en que el marido tuvo noticia del alumbramiento de su mujer, y el último de los sesenta días será hábil para la reclamación hasta la media noche en que expira.

76— Pero la legitimidad es concedida no sólo al concebido *durante* el matrimonio, sino también al concebido *antes*, y nacido *durante* ó *después* de él — combinación de los artículos 287 y 4076 —, y se pregunta: ¿dentro de qué plazo debe hacerse la reclamación contra la del último? La ley responde, que dentro de los mismos sesenta días dichos, y también bajo pena de prescripción. El art. 4076 dice en efecto que «se prescribe por dos meses la acción del marido «*contra la legitimidad del hijo concebido ó dado á luz por su mujer durante el matrimonio*».

77— Por lo demás, la brevedad y perentoriedad del plazo dentro del cual deba el marido hacer su reclamación contra la legitimidad, se explica y justifica fácilmente.

78— En fuerza de la presunción legal, el hijo tiene el estado de legitimidad, mientras no exista una prueba directa y completa que destruya la presunción, —



art. 279, — y es justo, por consiguiente, para que la incertidumbre de este estado no se prolongue, fijar un plazo breve y fatal, dentro del cual pueda ser atacado.

Goyena, en su proyecto de código, escribe : Artículo 105. — « En todos los casos en que el marido puede contradecir la legitimidad del hijo, deberá hacerlo en juicio dentro de dos meses, contados desde que tuvo noticia de su nacimiento. »

Art. 288. Cód. de Chile, art. 183. El Cód. Francés, art. 316, señala sólo un mes, si el marido se encuentra en el lugar del nacimiento, y dos meses, si está ausente. Lo mismo el Cód. Sardo, art. 151—de Nápoles, art. 238—de Holanda, art. 311. El cód. de Austria señala tres meses, art. 158, y un año el de Prusia, art. 2, tit. 2, parte 2ª.

Art. 289. *Cualquiera declaración ó confesión de la madre, afirmando ó negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna.*

79 — Es evidente que la madre no puede ser imparcial en la cuestión de si el hijo que ha dado á luz, es ó no hijo de su marido, porque es cuestión en la que va envuelta su honra y, por consiguiente, su declaración no puede merecer fe ante la justicia humana.

80 — Si se trata de un hijo concebido durante el matrimonio, ese hijo disfruta del estado de *legitimidad* mientras no exista, rendida por el marido ó por sus herederos, prueba directa y contraria, que destruya la presunción legal de ser hijo del esposo de su madre, —art. 279. La ley no puede permitir que esta presunción, que es uno de los elementos principales de la organización de la familia, y que reposa precisamente



en el deber de fidelidad de la esposa, pueda ser destruida por declaración de la misma... Sería consagrar el cinismo.

81 — Respecto de un hijo concebido antes, pero nacido después del casamiento de la madre, su *legitimidad* no tiene por base sino el *reconocimiento* paterno, por la razón suprema de ser un misterio la concepción, — art. 287 — y sería destruir esta base de la legitimidad, si se permitiese la declaración contraria de la madre, aparte del cinismo y escándalo que acompañarían á tal declaración.

82 — La resolución de nuestro artículo es — como se ve — en todo caso justa; pero su redacción no expresa plenamente la idea que la preside. En lugar de decir «no hará *prueba* alguna», debiera decir «no merecerá fe alguna».

El Dr. Freitas — art. 1479 de su proyecto — dice: Nadie podrá ser demandado por la acción negativa de paternidad, sino el hijo ya nacido con vida ó sus herederos; pero no el hijo por nacer ó que naciere muerto.

La madre no será citada, ni podrá intervenir en el proceso; y cualquier confesión, juramento ó declaración de su parte, afirmando ó negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna.

Si el hijo fuere menor, ó mayor incapaz, la acción correrá contra su representante necesario, oído el respectivo agente del ministerio público, y á falta de éste, un curador legal.

Art. 290. *Mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio.*



83 — Bien puede decirse que en la paz del hogar está toda la felicidad que es dado al hombre alcanzar sobre la tierra y, por consiguiente, si fuera permitido á un tercero turbar la tranquilidad de la familia y hacer la deshonra de la esposa contra la voluntad de su marido, el honor del esposo y el orden de la sociedad quedarían heridos de muerte.

84 — Nuestro artículo está tomado del código chileno que dice así: — «Mientras viva el marido nadie « podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido « mismo ».

85 — ¿Está limitada esta disposición al hijo concebido *durante* el matrimonio de modo que respecto del concebido *antes* pero nacido después de él sea permitido á un tercero reclamar contra la legitimidad?

Los términos de nuestro artículo inducen ciertamente á sostener la afirmativa, como quiera que su disposición está consignada respecto del hijo *concebido durante* el matrimonio y no respecto de *todo y cualquiera* otro á quien fuera concedido el favor de la legitimidad; pero la cuestión está resuelta en el sentido de la negativa por el artículo 292 que declara, que, los herederos del marido no pueden contradecir la legitimidad del hijo concebido *antes* del matrimonio pero nacido *dentro* de los ciento ochenta días de su celebración, sino cuando la acción de desconocimiento la encuentran en la herencia, vale decir, cuando el esposo ha fallecido después de deducirla. Cuando ha muerto sin intentarla, sus sucesores no pueden contradecir la legitimidad.

Y desde que no pueden contradecirla sino cuando encuentran la acción en la herencia, es evidente que no lo pueden hacer durante la vida del esposo.



Hemos de volver sobre este punto al tratar del citado artículo 292.

Art. 290. Ley. 2, tit. 9, part. 4ª.

Art. 291. — *Pero la legitimidad del hijo puede ser contestada por no haber habido matrimonio entre su padre y madre, ó por ser nulo, ó haberse anulado el matrimonio, ó por no ser concebido el hijo durante el matrimonio.*

86 — Se designan cuatro causas:

1ª No haber matrimonio;

2ª Ser nulo;

3ª Haber sido anulado; y

4ª No haber sido concebido el hijo durante el matrimonio.

87 — *Primera causa*: Falta de matrimonio: Donde no hay matrimonio no hay legitimidad, ni legitimación. Sólo el matrimonio, verdadero ó putativo, confiere la legitimidad ó produce el efecto de legitimar al hijo.

88 — *Segunda causa*: «Ser nulo» el matrimonio, lo cual debe limitarse á cuando los esposos lo han contraído con mala fe,—art. 246,—porque entonces su unión es reputada concubinato y los hijos son ilegítimos, de la clase en que los coloque el impedimento que causa la nulidad, es decir, incestuosos ó adulterinos. Los hijos de matrimonio putativo son legítimos.

89 — No es un impedimento para la contestación de la legitimidad el hecho de que el matrimonio se encuentre disuelto por la muerte de uno de los cónyuges.



ges, porque el artículo 243 prohíbe el ejercicio de la acción de nulidad, pero no prohíbe contestar la legitimidad invocando como excepción haber sido nulo el matrimonio.

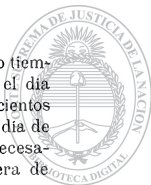
Véase lo que al respecto hemos dicho bajo el expresado artículo 243.

90 — Tercera causa: «Haberse anulado el matrimonio». En el matrimonio putativo son legítimos los hijos concebidos durante él; pero después de la sentencia que declara la nulidad, es deber de los esposos separarse, y su ulterior unión no es sino un concubinato y son *ilegítimos* los hijos concebidos después de aquella sentencia. Son hijos concebidos fuera de matrimonio y de la clase en que los coloque el impedimento que causó su nulidad, es decir, incestuosos ó adulterinos.

Respecto de estos hijos es permitido contestar la legitimidad que invocasen, existan ó no sus padres.

91 — Cuarta causa: «No haber sido concebido el hijo durante el matrimonio.»

Disuelto un matrimonio legítimo por muerte del esposo, el póstumo que naciese después de los trescientos días posteriores al de la disolución es hijo cuya concepción no puede jamás ser atribuida á obra del que fué marido de su madre, porque de lo contrario se tendría que el embarazo puede durar más de trescientos días, lo que es inadmisibile. No es dado al juez invocar circunstancia alguna, de cualquiera clase que sea, para prolongar el tiempo fijado por la ley como *máximum* del embarazo. Y bien, á este póstumo puede ser contestada su legitimidad por los herederos del marido y por cualquiera persona que tuviese *interés actual* en ello, como se declara por el artículo 292.



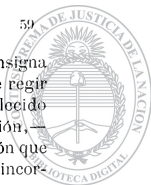
92 — La ilegitimidad se evidencia por el sólo tiempo corrido desde la muerte del esposo hasta el día del nacimiento. Desde que hay más de trescientos días desde el fallecimiento de aquél, incluido el día de la muerte, el hijo no puede serle atribuido. Necesariamente tiene que ser declarado concebido fuera de matrimonio y de consiguiente ilegítimo.

Art. 292. — *Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, cuando él no hubiera comenzado la demanda.*

En los demás casos, si el marido ha muerto sin hacer reclamación contra la legitimidad del hijo, sus herederos y cualquiera persona que tenga interés actual en ello, tendrá dos meses para interponer la demanda. Este término correrá desde el día en que el hijo hubiese entrado en posesión de los bienes del marido. No hay lugar á demanda cuando el padre hubiese reconocido al hijo en su testamento, ó en otra forma pública.

93 — La ley distingue entre el hijo concebido fuera y nacido dentro de los ciento ochenta siguientes al de la celebración del matrimonio y todo y cualquiera otro y dispone respecto del primero :

A — Que los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de dicho hijo cuando él, el marido, no hubiese instaurado la demanda de desconocimiento.



Esta disposición es absoluta: la ley la consigna sin hacer distinciones y, por consiguiente, debe regir en todo caso, ora sea que el marido hubiese fallecido después de corrido el plazo de la prescripción,—art. 4076,—ora antes de su vencimiento. Es acción que no pasa á sus herederos, sino cuando él la ha incorporado á sus bienes por medio de la demanda respectiva, lo que importa decir que los sucesores del esposo, ya sean legítimos, ya simplemente testamentarios, no pueden sino continuar el juicio iniciado en el concepto de que la acción á que obedece es un bien hereditario.

94— Si el marido hubiese puesto término á su demanda por renuncia ó transacción, es claro que sus herederos no podrán entablarla, porque la acción de la referencia no será un bien de la herencia.

95— La resolución del artículo se funda en consideraciones incontestables.

Está tomada de Goyena—art. 106—quien la sostiene diciendo: «La diferencia de nuestro artículo « se funda en que el hijo nacido dentro de los ciento « ochenta días, puede ser del marido, y las más de « las veces lo será, como que esto suele dar ocasión « al matrimonio. Si el marido murió antes del nacimiento, ¿quién podrá descorrer el velo de un misterio sabido únicamente por él y por su mujer? Si « murió después del nacimiento, pero antes de expirar « los dos meses, sin haber reclamado, sería tan inhumano como inmoral arrojar el escándalo y el oprobio sobre una esposa y un hijo contra los que nada « había dicho el esposo y padre. »

96 — B. — Relativamente á todo otro hijo que no sea aquel de que acabamos de ocuparnos, la ley resuelve que si el marido hubiese fallecido sin hacer



reclamación contra el hijo, sus herederos y cualquiera otra persona que tuviese interés actual en ello podrán deducir la acción de desconocimiento de la filiación en el plazo de dos meses.

El derecho que asiste al marido para desconocer la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, ó concebido antes, pero nacido durante él, se prescribe á los dos meses—art. 4076.

Respecto al concebido antes, pero nacido dentro de los primeros 180 días del matrimonio, la ley ha necesitado hacer la expresa declaración de que los herederos no podrán deducir la acción si el marido falleció *sin entablar la demanda*, para dejar así excluido el caso de las reglas del derecho común; pero respecto de todos los demás no ha hecho tal excepción y los ha dejado, por lo tanto, sujetos al derecho general ú ordinario, lo que importa decir, que, si el marido falleció después de expirado el tiempo de la prescripción, sin haber deducido la demanda, sus herederos no podrán deducirla, porque la acción quedó cancelada en vida del esposo. Es un derecho que no ha quedado vivo entre los bienes hereditarios y no es, por lo tanto, parte de la masa de la herencia. El heredero representa la persona del difunto y ejercita sus derechos (nota de nuestro codificador al art. 3375; art. 3296, 3313 y 3451 del Código; Pandectas... tomo 23, Reg. 619; Ley 13, tit. 9, part. 7^a, etc.,) y no puede, como es natural, adquirir por sucesión hereditaria lo que no es parte de la herencia. El art. 4077 consagra claramente este principio, aunque sólo en términos implícitos.

97 — El plazo concedido al heredero para la deducción de la acción no es el que hubiere quedado á la muerte del marido, deducido el corrido contra él, sino uno *propio*, puede decirse, del heredero ó per-



sona interesada, compuesto de dos meses, el cual corre desde que el hijo ha entrado en posesión de los bienes hereditarios.

98 -- Y es plazo perentorio en el sentido de que á su expiración queda prescripta la acción,—art. 4077, citado.

99 — El derecho para reclamar contra la legitimidad del hijo pertenece no sólo al heredero, y por consiguiente al legatario de una parte alicuota de la herencia, sino también á *«cualquiera persona que tenga interés actual en ello»*.

Puede por lo tanto ser ejercitado por el acreedor del marido, ó por el acreedor del heredero, lo cual no es sino una aplicación del principio consignado en el art. 1230, según el que «los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor».

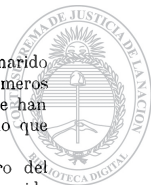
100 — Como lo dice esta parte de la ley que nos ocupa, el derecho de reclamar contra la legitimidad existe en todos *«los demás casos»* que no sean el del hijo concebido antes del matrimonio y nacido dentro de los 180 días de su celebración.

101 -- ¿Cuáles son esos demás casos? Puede apuntarse los siguientes:

1º Si es adulterino el hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio.

Ocupándonos del art. 287 hemos dicho que el hijo notoriamente adulterino no está comprendido en el favor de la ley, y creemos, de consiguiente, que los herederos del marido y cualquiera otra persona que tenga en ello interés actual pueden contradecir la legitimidad de tal hijo, aun cuando el marido hubiese fallecido sin entablar la demanda y aun cuando lo hubiese reconocido como hijo suyo.

2º Si el hijo ha nacido después de 180 días de la



celebración del matrimonio y fué imposible al marido tener acceso con su mujer dentro de los primeros ciento veinte y un días de los trescientos que han precedido al nacimiento, de conformidad á lo que dejamos dicho bajo el art. 280.

3° Respecto del hijo póstumo nacido dentro del *máximum* del embarazo, si fué imposible al marido tener acceso con su esposa en los 121 primeros días de los 300 que han precedido al nacimiento.

4° Respecto á los hijos de matrimonio putativo en casos iguales á los de los números 2° y 3°: combinación de los arts. 274 y 280.

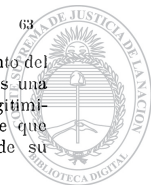
5° En caso de divorcio, si el hijo fué dado á luz después de los 300 días posteriores á aquel en que se realizó de hecho la separación definitiva ó provisoria, á menos de probarse que hubo reconciliación privada entre los esposos, — art. 284.

6° En caso igual al anterior inmediato, cuando la separación provisoria de los cónyuges es motivada por acción de nulidad del matrimonio, — art. 284, citado.

7° En caso de declaración del fallecimiento presunto del marido ausente, respecto del hijo nacido después de los trescientos días desde el primero de la ausencia, — art. 285.

8° Cuando á más del adulterio de la mujer el nacimiento del hijo fuese ocultado al marido, — art. 286.

102 — Sin embargo, este derecho de contradecir la legitimidad está negado cuando el marido hubiera reconocido al hijo «*en su testamento, ó en otra forma pública*», disposición que consulta la organización y paz de la familia, cerrando la puerta á toda acción que produzca escándalo y cause la deshonor de la mujer,



cuyo honor quiso cubrir el marido con el manto del solemne reconocimiento de su paternidad. Es una protección directa é inequívoca al hijo, cuya legitimidad está puesta fuera de toda objeción desde que cuenta con el reconocimiento del esposo de su madre.

103—Pero, es de preguntar si esta disposición de la ley debe entenderse tan absolutamente de modo que dado el reconocimiento del padre, sus herederos y demás interesados no puedan contestar ó contradecir la legitimidad, no obstante: 1º, que el hijo haya sido concebido antes del matrimonio y sea notoriamente adulterino; 2º, que sus padres no hayan sido casados; 3º, que el matrimonio no sea putativo; y 4º, que el hijo sea concebido después de anulado el matrimonio de sus padres.

104—*Primer caso:* Bajo el artículo 287 hemos dicho que no alcanza al adulterino el favor de la legitimidad concedida al hijo concebido antes, pero nacido después del casamiento de sus padres, que hubiese sido reconocido expresa ó tácitamente por el marido.

Si esta conclusión es verdadera, no puede dudarse que la parte de nuestro artículo que declara que « no hay lugar á la demanda cuando el padre hubiese reconocido al hijo en su testamento, ó en otra forma pública » no consagra la legitimidad del hijo adulterino, pues de lo contrario habría notoria contradicción entre el expresado artículo 287 y el que nos ocupa.

Ni se alcanza una consideración de carácter, sea jurídico ó social, que aconseje la concesión del exorbitante derecho de dejar al arbitrio del marido introducir en la familia, con el rango de legítimo, á un hijo de delito.



No puede argüirse en contra con la disposición del art. 244, inc. 3°, que considera *legítimos* á los hijos *concebidos* DURANTE el matrimonio putativo, porque no hay paridad en los casos. Allí se trata de hijos concebidos en matrimonio, de padres que lo han contraído de buena fe. En mérito de esto, la ley concede la legitimidad á los hijos concebidos durante él. En el caso de que tratamos, el hijo adulterino es concebido *antes* del matrimonio de sus padres.

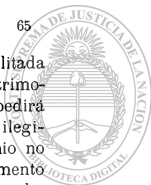
La semejanza es grande y notoria.

Por el contrario, y del mismo modo que el hijo *adulterino* concebido *antes* y nacido después del matrimonio, sea verdadero, sea putativo, de sus padres, no queda legitimado, — art. 244, inc. 4° y 345, 356 y 372, — así también el concebido en adulterio *antes* del matrimonio y nacido dentro de los ciento ochenta días de su celebración no es legítimo, aun cuando tuviese en su favor el reconocimiento del padre.

105—Segundo caso : En cuanto al hijo cuyos padres no eran casados el uno con el otro, no cabe dificultad, porque no hay legitimidad donde no hay matrimonio, y será no sólo irregular é insólito, sino monstruoso admitir que con sólo el reconocimiento en testamento ó en otra forma pública pudiese el padre conferir legitimidad á un hijo de mero concubinato, quizá adulterino ó incestuoso, ó de unión pasajera sin subsiguiente matrimonio de sus padres.

106 — Tercer caso : Es aquel en que el matrimonio entre el padre y la madre no sea putativo, ó sea que no deba ser considerado sino como concubinato, según el art. 246, reagravado por el impedimento que imposibilitaba el matrimonio.

Si durante la vida de los casados con conocimiento de un impedimento dirimente, el cónyuge legítimo



de unó de ellos, ú otra persona legalmente habilitada hubiese entablado la acción de nulidad del matrimonio, la muerte de cualquiera de aquéllos no impedirá la continuación del juicio y deberá declararse la ilegitimidad del hijo concebido durante el matrimonio no obstante el reconocimiento del padre en testamento ú otra forma pública. Aquel matrimonio es simplemente concubinato é *ilegitimo* el hijo por disposición *expresa* de la ley, — art. 246; incestuoso ó adulterino, según fuese el impedimento que obstó al matrimonio de los padres. La voluntad ó sea el reconocimiento paterno no puede cambiar la calidad de la filiación expresamente declarada por la ley y, por consiguiente, el reconocimiento de su paternidad no puede conferir legitimidad á quien la ley la niega, ni obstar al ejercicio de la acción correspondiente.

No olvidemos que el art. 243 permite al cónyuge de un primer matrimonio «deducir en *todo tiempo*» la acción de nulidad «*contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge*».

107 — Cuarto caso: Es aquel en que el hijo es concebido después de haber sido anulado el matrimonio de sus padres, caso que no puede ofrecer dificultad donde no hay matrimonio. Desde el día en que ha sido anulado el matrimonio, el comercio de sus padres deja de ser legítimo, y es evidente que el hijo concebido después de la declaración de nulidad es natural, adulterino ó incestuoso, según fuese el impedimento que causó la nulidad; y como es posible, dada la verdad del impedimento, un segundo matrimonio entre sus padres, se trata de un hijo que no puede invocar en su favor la unión legítima de sus padres ni en el momento de la concepción, ni después de su nacimiento.

El reconocimiento paterno, sin la existencia de un



matrimonio verdadero ó putativo, no confiere jamás legitimidad.

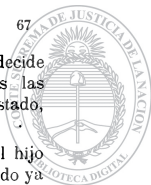
Art. 292. Proyecto de Goyena, art. 106.—Cód. Francés, artículo 317.—Cód de Chile, art. 184 y 185.

Art. 293.— *Los hijos pueden reclamar su filiación legítima cuando sean desconocidos por los padres. Esta acción es imprescriptible. Los herederos descendientes podrán continuar la acción intentada por ellos, ó entablarla cuando el hijo desconocido por los padres hubiese muerto en la menor edad.*

108— No se reclama sino lo que no se tiene y, por lo tanto, cuando los padres no desconocen la filiación legítima de sus hijos, éstos no tienen derecho para solicitar una declaración judicial de su filiación, á pretexto de poder exhibirla en cualquiera momento de la vida en que le fuese útil hacer saber quién es su padre.

Es por eso que nuestro artículo dice con entera propiedad, que el hijo puede *reclamar* su filiación legítima cuando sea *desconocido* por los padres.

109— Este derecho de los hijos es imprescriptible, porque tiene por objeto el estado civil de las personas en la familia, el que está fuera del comercio y no puede consiguientemente ser materia de transacción, de contrato, ni de ningún otro acto jurídico que lo suprima, altere ó modifique á voluntad de los particulares, y es estado que tiene por fundamento un hecho de la naturaleza — artº. 879, 987, 1201; pero es imprescriptible sólo en la persona de los hijos y no de otros,



como expresamente lo declara el art. 4053, que decide limitativamente, que, son prescriptibles todas las acciones, menos la relativa á la reclamación de estado, « *ejercida por el hijo mismo* ».

110 — Los herederos y los descendientes del hijo pueden *continuar* la acción que él hubiese entablado ya siendo menor edad, ya siendo mayor. La acción en tal caso es un bien de la herencia, que corresponde al heredero; y con relación al descendiente, un derecho vivo de interés moral contra el cual no cabe alegar el abandono del titular, como quiera que ha muerto bajo la reclamación de su estado de familia.

111 — Pero, cuando ha fallecido sin haberla entablado, hay que distinguir si falleció siendo menor de edad ó siendo mayor.

En el primer caso, los herederos y los descendientes tienen derecho para entablar la acción, y en el segundo no pueden deducirla.

La ley presume que habiendo muerto el hijo cuando ya tuvo mayor edad sin haber reclamado su filiación, tuvo la creencia motivada de no corresponderle aquélla.

Esta presunción,—que en la mayoría de los casos puede ser la verdad,—es el fundamento de la decisión legal.

Cuando ha fallecido en su menor edad, el heredero y los descendientes tienen el derecho propio de deducir la acción, ya sea obedeciendo á intereses pecuniaros, ya á simplemente morales. A los ojos de la ley, en el hombre de menor edad el desarrollo de la razón no es acabado, y su juicio sobre lo que convenga ó sea perjudicial á sus intereses no es maduro. No hay, por consiguiente, sino motivos justos para conceder á los herederos y á los descendientes el derecho



de reclamar la filiación legítima del hijo cuando ha muerto en su menor edad sin haber entablado la acción.

112 — Es con acierto que nuestra ley dice *herederos y descendientes*, porque hay diferencia entre ellos. El heredero puede ser á la vez descendiente del difunto, pero puede también ser descendiente sin ser heredero, ó heredero sin ser descendiente; y es sin duda, distinta por su naturaleza la acción deducida ó continuada por el heredero en su simple carácter de sucesor del difunto, de la que continúa ó deduce el descendiente, abstracción hecha de la herencia, ó sea del interés pecuniario. En el primer caso la acción continuada ó intentada no tiene por objeto sino los bienes de fortuna, la herencia; mientras que en el segundo su objeto es una cosa que está fuera del comercio de los hombres y, por consiguiente, de la herencia, como es el estado de familia, ó sea la filiación legítima del fallecido.

Los comentadores del código Napoleón discuten vivamente sobre si en virtud de los artºs. 329 y 330 de aquella ley, los descendientes del fallecido tienen en su simple calidad de tales, derechos para continuar ó intentar la acción de que tratamos.

El ilustrado Laurent,—tomo 3º, nº 468,—sostiene la negativa, pero reconociendo que en doctrina asiste la razón á Marcadé, que sostiene la afirmativa.

En nuestro derecho no cabe tal cuestión, porque el artículo que nos ocupa la resuelve, concediendo expresamente tanto á los *herederos* como á los *descendientes* del hijo la acción de la referencia.

113 — Puede ocurrir que el hijo desconocido por su padre renuncie expresamente á su estado de familia y desista en consecuencia de la acción que hubiere

entablado, renunciando consiguientemente los derechos pecuniarios inherentes á su calidad de hijo legítimo.

Esta renuncia de su estado de familia no puede serle opuesta, porque el derecho de reclamar su filiación legítima es cosa que no está en el comercio, que no se extingue por prescripción y que no se borra, ni modifica por transacción ó renuncia expresa ó tácita, —art. 296;—pero es renuncia que será eficaz respecto del heredero que no fuese á la vez descendiente, quien no podrá consiguientemente hacerla declarar nula y continuar la acción que entabló su causante, porque no pudiendo corresponderle dicha acción sino en cuanto tiene por objeto la herencia ó bienes que son parte de ella, y habiendo sido renunciada ésta por el causante, el heredero no puede continuar la acción que aquél entabló, porque á su muerte estaba extinguida y no hace por lo tanto parte de la masa hereditaria. Al heredero le corresponden los bienes de la herencia, y como el derecho ó acción de que se trata no es un bien, porque se extinguió antes del fallecimiento del hijo, no le corresponde al heredero. Puede recordarse esta otra razón: no hay acción donde no hay interés que perseguir, y desde que el testador renunció los derechos hereditarios que podían corresponderle en razón de su filiación, su heredero no puede continuar ó pedir la declaración judicial de ésta, porque es declaración que no puede serle útil. Pero el descendiente del fallecido podrá continuar la acción de reclamación de estado, porque tiene verdadero interés en que se haga declaración judicial de su filiación legítima, con prescindencia de los bienes de fortuna, para que quede establecido su propio estado de familia en su calidad de hijo, nieto, etc., del fallecido.



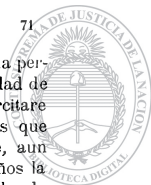


114 — Estando declarada la imprescriptibilidad de la acción únicamente en la persona del hijo mismo, es claro que es prescriptible respecto del heredero, y como no está establecido un plazo especial para esta prescripción, rigen sobre el particular las reglas ó disposiciones del derecho común. En manos del simple heredero,—que no sea á la vez descendiente del fallecido,— la acción tiene por objeto único un interés puramente pecuniario, como es la herencia, y, por consiguiente, es en el fondo una verdadera *petitio hæreditatis*, que es real,—artº. 3456 y 3457,—y que se prescribe por treinta años, según el art. 4049. El heredero pide la herencia ó parte de ella, alegando como razón de su derecho la filiación de su causante: la acción principal es la *petitio hæreditatis* y no la reclamación de estado.

115 — En manos del descendiente la acción no es de interés puramente pecuniario, sino que tiene un fin moral, como es hacer declarar la filiación legítima del causante ó fallecido para que quede establecido el propio estado del descendiente en la familia. ¿Es prescriptible esta acción en manos del descendiente?

Los principios del derecho y la naturaleza del estado de las personas imponen sostener la imprescriptibilidad, pero la ley resuelve lo contrario en servicio de los intereses sociales. Si el estado de las personas está fuera del comercio, debe ser imprescriptible y lo es en la persona del hijo mismo, pero la paz de las familias requiere que sea prescriptible en manos de cualquiera otro, y así lo declara la ley—art. 4053.

Y el plazo de la prescripción no es otro que el ordinario de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, contados desde el fallecimiento del hijo, según el art. 4057.



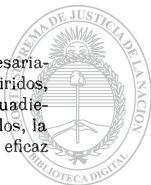
116— Puede ocurrir frecuentemente que en la persona del heredero se encuentre reunida la calidad de descendiente, y entonces las acciones que ejercitare estarán regidas respectivamente por las reglas que acabamos de recordar; y podrá resultar, que, aun cuando estuviere prescrita por diez ó veinte años la de reclamación de estado, se conserve viva la de petición de herencia, que no se extingue sino á los treinta.

117— Puede igualmente ocurrir que el hijo fallecido en su menor edad no dejase pendiente la acción de reclamación de su estado, por haberla renunciado en instrumento de forma solemne ó común, á título oneroso ó gratuito. ¿Podrá deducirla el descendiente? La afirmativa no es dudosa. La renuncia que el fallecido hizo de su acción no podía serle opuesta y en cualquier tiempo pudo reclamar su filiación legítima, que, como cosa que está fuera del comercio, no pudo ser materia de estipulación. Su derecho estaba vivo é íntegro cuando falleció,—art. 296—y como falleció durante su minoridad, se está en el caso de la segunda parte del artículo que nos ocupa, que concede á los descendientes el derecho de continuar ó entablar la acción, si el hijo ha muerto en la menor edad.

118—¿Qué decir del *heredero* que no sea al mismo tiempo descendiente?

La razón de dudar está en que respecto del simple heredero la acción de reclamación de estado no pasa sino bajo su aspecto puramente pecuniario y es, por consiguiente, materia lícita de estipulación y, por lo tanto, renunciable.

La cuestión entonces queda reducida á fijar el valor ó alcance de la renuncia que el menor hubiese hecho de su acción de reclamación de su filiación.



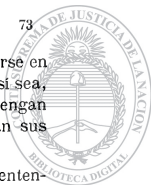
Si se estima que esta renuncia implica necesariamente la de los derechos hereditarios ya adquiridos, ó si las circunstancias especiales del caso, persuadiesen que la intención del agente fué renunciarlos, la renuncia será eficaz contra el heredero, como eficaz haya sido contra el menor.

Art. 293. Cód. Francés, art. 328 y siguientes.—Cód. de Holanda, art. 324 y 25.—Cód. Sardo, art. 169 y 170.

Art. 294. *La acción de filiación no puede ser intentada sino contra el padre y madre, conjuntamente, y por fallecimiento de éstos, contra sus herederos.*

119 — Si viven el padre y la madre, contra los dos conjuntamente debe dirigirse la acción ; si los dos han fallecido, debe ser entablada contra los herederos de uno y otro conjuntamente ; si el uno vive y el otro ha muerto, debe ser deducida contra el vivo y contra los herederos del muerto conjuntamente. La ley exige que sea así, porque la acción interesa directamente al padre y á la madre y en defecto de ellos á sus herederos desde que se trata de una acción cuyo objeto es no sólo participar en una sucesión ya abierta, si tal es el caso, sino también y principalmente introducir en la familia de ambos un miembro que no hacía parte de ella y que debe disfrutar en adelante así de los derechos morales como de los hereditarios acordados al estado que se reclama. Es manifiesto el interés del padre y de la madre y de los herederos respectivos, y es justa por lo tanto la resolución del artículo.

120 — No puede obstar el hecho de que uno de los padres tenga reconocida y que sólo el otro desconozca la filiación legítima del reclamante, porque desde que



la ley no distingue, su disposición debe aplicarse en todos los casos, aparte de que es necesario que así sea, porque bien puede ocurrir que los herederos tengan que contradecir el reconocimiento que hicieran sus causantes.

121 — La disposición de nuestro artículo debe entenderse limitada á la reclamación de la filiación *legítima* y no extenderla, por lo tanto, á la reclamación de la filiación *natural*: 1º, porque es de los hijos legítimos que se ocupa el título en que tiene su asiento el artículo; 2º, porque las precedentes consideraciones que fundan su resolución no son aplicables á la filiación natural; 3º, porque el art. 359 concede á los hijos naturales el derecho de reclamar su reconocimiento *por el padre* ó *por la madre* que negare su paternidad ó maternidad, lo que importa decidir que pueden reclamar su filiación contra uno ú otro separadamente, que es lo contrario de lo que dispone el artículo que nos ocupa.

122 — Por lo demás, en la palabra *herederos* se comprenden también los descendientes porque la acción comprende no sólo los bienes de fortuna, sino también los derechos de familia. Esto es evidente, y con igual latitud está usada en estos otros pasajes del código: artº. 285, 292, 4077.

La disposición del art. 293 á que hace referencia el 294 de que tratamos, hace incontestable nuestra conclusión.

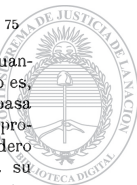
Art. 295. *La filiación de que el hijo esté en posesión, aunque sea conforme á los asientos parroquiales, puede ser contestada en razón de parto supuesto, ó por haber habido substitución del verdadero hijo, ó no ser la mujer, la madre propia del hijo que pasa por suyo.*



123— Por derecho francés, — art. 322 del código Napoleón,— está establecido que nadie puede contestar el estado de una persona que tiene posesión de dicho estado conforme á su título de nacimiento; y esto es así en opinión común de sus expositores, aun cuando se ofreciese probar por hechos incontestables que el padre y la madre (los que pasan por tales) de dicha persona no han tenido hijo alguno en su matrimonio, y que el que pasa por hijo de ellos es hijo de otra mujer.

124— Nuestra ley es absolutamente contraria, pues decide que en razón de *parto supuesto*, ó por haber substitución del *verdadero hijo*, ó por no ser la mujer la *madre propia* del que pasa por suyo, puede ser contestada la filiación del hijo aun cuando esté en posesión de su estado de tal, y que la posesión sea conforme con el asiento parroquial ó de la oficina civil respectiva, lo que importa establecer que, aun cuando la inscripción del nacimiento se ha hecho en los libros bajo firma del marido y de la mujer, reconociendo que el inscrito es hijo de ellos, y aun cuando éste tenga verdadera posesión de su estado de tal hijo, puede sin embargo ser contestada su filiación por cualquiera de las tres causas expresadas.

Es que la filiación es un hecho de la naturaleza y la legitimidad una creación ó concesión de la ley sobre la base del matrimonio. Hijo legítimo, quiere decir relación del generado con sus generadores que se han unido en matrimonio. Sin matrimonio no hay legitimidad: sin el hecho de la generación no hay relación entre el generado y el generador, y cuando el generado atribuye su origen á otra que á su verdadera madre, va contra la naturaleza. En los casos dudosos á que da lugar el misterio de la paternidad, la ley favorece la legitimidad en tributo á la paz de las familias, para servir los intereses públicos ó para



salvar el honor del esposo y de la esposa ; pero cuando puede comprobarse la *suposición de parto*, esto es, que á la fecha del nacimiento del hijo la que pasa por su madre no ha alumbrado ; cuando puede probarse que el hijo dado á luz, en caso de verdadero parto, ha sido substituido con aquel que ocupa su lugar y tiene posesión de un estado que no le corresponde por la naturaleza ; cuando puede justificarse, en fin, que la mujer que pasa por madre del hijo *no es la verdadera madre*, hay,—en los tres casos,—una *falsa filiación materna*, que es susceptible de prueba directa y perfecta, y la ley concede el derecho de contestar en cualquiera de ellos la legitimidad del hijo para que quede asegurada la pureza de la familia. No caben dudas que obliguen á la ley á hacer concesiones contra los principios : se trata de la madre, que es siempre cierta : *semper certa mater est...* y es justo autorizar, así en resguardo de los bienes como de los derechos puramente morales, el ejercicio de una acción que permita mantener pura la familia, expulsando de su seno á los que no tienen título para ocupar un puesto en ella.

125— Entre esta acción y la legislada por el artículo 292, existe marcada diferencia, por más que en el fondo haya entre ellas la identidad nacida del hecho de tratarse en una y otra del estado de las personas.

La del art. 292 se da respecto de hijos cuyos padres fueron casados entre sí en la fecha de su concepción ó del nacimiento, y está sujeta á la prescripción de corto tiempo establecida allí, y. por el art. 4077, en tanto que la legislada por el presente y concedida también por el 291 se da respecto de hijos cuyos padres no fueron casados entre sí en la fecha de la concepción, ni en la del nacimiento, ó cuando la que pasa



por madre no es *la verdadera* del hijo de que se trata, y esta acción no se extingue ni por prescripción, ni por renuncia expresa ó tácita.

126 — ¿Á quiénes es concedida la acción?

La ley no lo dice y, por lo tanto, está dejada á las reglas del derecho común, y corresponde consiguientemente á todos los que tengan interés de combatir el estado de que está en posesión el hijo.

Corresponde desde luego á los herederos, á los legatarios de título general y á los acreedores de unos y otros. Pero á más del interés de los bienes está el interés moral que asiste á cada miembro de familia para no permitir que tengan asiento en ella los que no hacen parte de la misma. Este interés es legítimo, nace de la organización de la familia y, por consiguiente, todo miembro de ella tiene derecho para ejercitar aquella acción.

127 — ¿Es ella prescriptible ó no? El estado de las personas es cosa que no está en el comercio, y por consiguiente, es incontestable su imprescriptibilidad en el campo de los principios, máxime cuando tal estado, que es obra de la ley en la organización de la familia, constituye un principio de orden público.

Pero, esta sola consideración no resuelve la cuestión, porque muchas veces la ley se aparta del rigorismo de los principios para servir intereses trascendentales de carácter general, y cumple, por lo tanto, preguntar si la ley declara la imprescriptibilidad de la acción que nos ocupa, porque en ausencia de una declaración expresa tendría que sostenerse que es prescriptible en fuerza del art. 4053, que declara la prescriptibilidad de *todas las acciones*, menos las exceptuadas, entre las cuales no se encuentra la que nos ocupa; pero la ley declara inequívoca-

mente su imprescriptibilidad diciendo: «... el derecho de contestar la legitimidad no se extingue, ni por *prescripción*, ni por renuncia expresa ó tácita...»—art. 296.

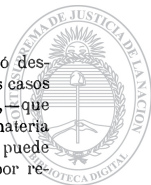
Art. 296. *El derecho de reclamar la filiación, ó de contestar la legitimidad no se extingue, ni por prescripción, ni por renuncia expresa ó tácita; mas los derechos pecuniarios, ya adquiridos, están sujetos á la prescripción.*

128— El derecho de *reclamar* la filiación no se extingue ni por inacción del interesado, ni por renuncia expresa ó tácita.

La inextinguibilidad de este derecho no está declarada en favor de todo y cualquier reclamante, sino solamente en favor del hijo mismo, para el cual no se extingue ni por prescripción, ni por acto alguno propio ó de tercero. Se trata del estado de las personas, que es materia que no está en el comercio humano. Se confunde con la organización de la familia y entra de consiguiente en la categoría de los principios de orden público, lo que importa decir que no se pierde por prescripción, ni por acto jurídico alguno. El hijo, por consiguiente, puede intentar en todo tiempo la acción reclamatoria de su filiación sin que pueda oponérsele su abandono, ni la renuncia expresa ó tácita, verbal ó escrita que hubiere hecho, en instrumento privado ó solemne, por acto unilateral ó conmutativo, porque toda estipulación sobre el particular es nula, de nulidad insanable,—art^s. 19, 879, 987, 1201.

129— Esta inextinguibilidad es sólo en la persona





del hijo mismo y no en la de sus herederos ó descendientes. En vano se dirá que en todos los casos se trata de una misma cosa,—el estado del hijo,—que no está en el comercio y que no puede ser materia de transacciones; de lo que se deduce que no puede perderse en ningún caso por prescripción ni por renuncia. La conclusión es verdadera en el campo de los principios; pero de lo que se trata es de saber si la ley declara ó no la prescripción contra los últimos, y el art. 4053 decide la afirmativa.

130 — ¿Es justamente criticable esta decisión? La negativa se hace evidente con sólo recordar que, la paz y la composición de las familias quedarían heridas de muerte si fuese permitido que, no obstante haber pasado numerosas generaciones haciendo su desenvolvimiento privado y social sobre la base de la división de los bienes, conforme á la legitimidad asentida de sus miembros, era permitido traer á juicio todo el largo pasado é introducir en el seno de las familias ramas numerosas que no le pertenecieron, ó suprimir las que hicieron parte de ellas.

131 — Pero la imprescriptibilidad declarada en la persona del hijo se limita al derecho moral del estado civil. Los derechos sucesorios concedidos al hijo son esencialmente prescriptibles y la ley lo declara así terminantemente diciendo:—«mas los derechos pecuniarios, ya adquiridos, están sujetos á la prescripción.»

Y así; si la reclamación de la filiación se hace dentro de los *treinta* años del fallecimiento del padre, el hijo podrá también reclamar la herencia que como á tal le corresponde, porque aun no ha transcurrido el tiempo por el cual se prescribe la acción *petitio hæreditatis*; pero, si han pasado treinta años, habrá perdido el derecho de pedir la herencia contra sus hermanos,—



por ejemplo,— que entraran en posesión de ella desde la muerte del causante, por más que se conserve vivo su derecho de reclamar su filiación. Por derecho moral es imprescriptible: su derecho á los bienes es prescriptible.

132 — El tercero que ha adquirido con buena fe y á título singular un bien particular, enajenado por el heredero antes que el pretendiente á la filiación legítima hubiese intentado su acción, podrá oponer á éste la prescripción de diez ó veinte años contra la reivindicatoria contra él entablada — art^o. 4033 á 4036.

133 — Pero no sólo es inextinguible el derecho de reclamar la filiación, sino también el de «*contestar la legitimidad*», como dice nuestro artículo.

Este derecho se da: 1º respecto de hijos concebidos y nacidos fuera de matrimonio; 2º, respecto de aquellos que se titulan hijos de una mujer casada, la cual sin embargo, no es la *verdadera madre* — art^os. 291 y 295.

134 — ¿Por qué es prescriptible la acción legislada por el art. 292 y no lo es la que nos ocupa?

La diferencia es profunda. Los hijos de la referencia de aquélla tienen en su favor el matrimonio de sus padres y la verdadera maternidad de la mujer á que llaman madre.

En razón del matrimonio, la ley favorece la legitimidad de tales hijos, sujetando á corto plazo el derecho de contradecirla. Los hijos de la referencia de la presente, al contrario, no cuentan con el matrimonio de sus padres, ó si cuentan con esta circunstancia, la mujer casada á que llaman madre *no es la verdadera*. En tales casos no hay nada que pudiera justificar el que la ley se apartara de los



principios y limitase á tiempo y personas el derecho de combatir una falsa legitimidad.

La organización de la familia impone la inextinguibilidad de la acción en los casos de la referencia, porque con la decisión contraria ningún valor le restaría al matrimonio en la organización de la sociedad.

135 — Siendo inextinguible por prescripción ni renuncia, es indudable que la transacción ó estipulación que se hubiere hecho reconociendo la legitimidad del interesado, no serán un obstáculo para el ejercicio del derecho de contestarla, porque siendo absolutamente nulos, son actos que no pueden ser opuestos á una acción legítima.

136 — Pero la inextinguibilidad dicha es sólo respecto del derecho moral que atañe al estado de familia, pues el derecho á los bienes que en razón de tal estado corresponde, es esencialmente prescriptible, como se ha dicho al tratar de la reclamación de la filiación y lo declara el artículo que nos ocupa con estas palabras: « mas los derechos pecuniarios ya adquiridos están sujetos á la prescripción. »

Art. 297. *La filiación legítima se probará por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, donde exista, y á falta de éste, por la inscripción en el registro parroquial y por la inscripción del matrimonio en el registro civil desde la vigencia de esta ley y en los parroquiales antes de ella.*

A falta de inscripción ó cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres ó como de padres no conocidos, la filiación legítima puede probarse por todos los medios de prueba.



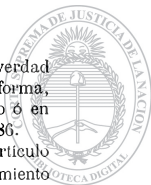
137 — No está dejada al arbitrio de los interesados la elección de los medios probatorios para la justificación de la filiación legítima. La ley misma designa los que deben emplearse en los diversos casos que ocurran, estableciendo :

1º Que si hay inscripción del nacimiento del hijo y del matrimonio de sus padres en los registros respectivos, la prueba de la filiación debe hacerse por medio de la inscripción de uno y otro hecho ; y

2º Que si la inscripción no existe, ó porque no se hizo nunca, ó porque los registros fueron perdidos ó destruidos en todo ó en parte, como se dice en los arts. 85 y 255, ó cuando la inscripción se ha hecho bajo falsos nombres, ó como de padres no conocidos, entonces la filiación legítima podrá ser probada por todos los medios de prueba admitidos en derecho.

138 — Los motivos de la ley son justos.

El estado de las personas es de alto interés social como de importancia transcendental es para el individuo ; y como la legitimidad es obra de la ley y tiene por base el matrimonio, interesa que la ley misma designe el modo de probar la filiación en garantía de la organización de la familia, organización que se desenvuelve sobre la regla fundamental, de que cuenta con la presunción *juris* de tener por padre al esposo de su madre el hijo que ha sido concebido durante el matrimonio de ésta. La inscripción del nacimiento es impuesta porque sirve para justificar la concepción del hijo dentro del plazo máximo del embarazo, y es justo consiguientemente que la prueba de la filiación se haga con el documento de dicha inscripción, como justo es que la ley declare que la prueba del matrimonio se haga con el acta de su celebración — art. 253,—á cuyos efectos se atribuye



á tales documentos, la presunción *juris* de verdad cuando los registros son llevados en debida forma, sin perjuicio de poder ser impugnadas en todo ó en parte las declaraciones que contengan,—art. 86.

Por lo demás, la disposición del presente artículo armoniza con las referentes á la prueba del nacimiento de las personas contenidas en los art^{os}. 79 y siguientes.

139— Por derecho romano, la declaración de los padres en los registros públicos tiene autoridad probatoria especial en estas cuestiones, pero sin excluirse la prueba contraria que establezca la verdad y coloque á la persona en su verdadero estado de familia.

«Sobre las cuestiones de saber,—se dice en las Pandectas,—si un niño es ó no es hijo de tal persona, los emperadores Antonino y Vero respondieron en un rescripto dirigido á Claudio Apolinario: «Las pruebas de filiación no consisten en las afirmaciones de testigos; pero ha sido decretado que las cartas auténticas dirigidas á la madre, formen una especie de título.»

«Las declaraciones de los padres en los registros públicos tienen una fuerza particular en estas cuestiones.

«La omisión de esta declaración no excluye la prueba, y tampoco la establece si ha sido hecha falsamente. Esta es la razón por que en el examen de la verdad de los hechos, se debe pesar todas las pruebas de derecho invocadas; y el presidente de la provincia, á quien os dirigis, ordenará que, sobre una instrucción solemne, la causa que os divide sea decidida según los principios de derecho.

«Pero poca consideración debe prestarse á las declaraciones de los padres hechas á impulso de la cólera.

«Esta es la razón por que Scévola dice en la especie

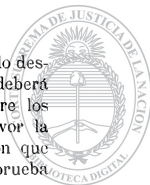


siguiente: «Una mujer que había sido repudiada estando en cinta, desembaraza en ausencia de su marido, y declara en los registros que su hijo es bastardo. Se pregunta si este hijo estaba bajo la autoridad de su padre y si podía, por su orden, aceptar la sucesión de su madre, fallecida sin testamento, no obstante la declaración que había hecho por cólera. Se respondió que había siempre lugar á probar la verdad.» — Lib. XXII, Tit. III, N.º. 28 y 29.

140 — Pero, cuando no existe inscripción, no existen registros, ó están destruidos en todo ó en parte, ó cuando la inscripción sea hecha bajo falsos nombres, ó como de padres no conocidos —art.º. 85 y 255: — entonces la filiación puede probarse por otros documentos, públicos ó privados, por testigos y presunciones y consiguientemente por la posesión de estado, bien entendido que este último medio de prueba no puede ser empleado para justificar el matrimonio de los padres, —art. 258.

141 — El que reclama su filiación legítima tiene que probar estos puntos: 1º Que ha desembarazado ó tenido un hijo la mujer á quien el reclamante llama su madre; 2º Que él es el hijo dado á luz por aquella mujer; 3º Que fué casada con el hombre á quien atribuye la paternidad; y 4º Que fué concebido ó por lo menos dado á luz durante el matrimonio, justificando en este último caso el reconocimiento expreso ó tácito, por el marido de su madre, conforme al artículo 287.

142 — Como es evidente, la naturaleza del caso y las contradicciones de las partes determinarán los hechos que deban probarse para dejar establecida la filiación. Y así, si se tratase de esposos legalmente separados por divorcio y de la inscripción del naci-



miento resultase que el reclamante fué concebido después de la separación de los divorciados, deberá justificar que hubo reconciliación privada entre los esposos, y con esta prueba tendrá en su favor la presunción *juris* de su legitimidad, presunción que prevalecerá mientras no sea destruida por prueba contraria.—art^{os}. 279 y 284.

Si en el registro apareciese como de padres no conocidos, para probar su legitimidad deberá el pretendiente probar que es hijo de la mujer casada á quien atribuye la maternidad, y si constase además que su concepción tuvo lugar durante el matrimonio de su madre, le favorecerá la presunción *juris* del recordado art. 279, y su legitimidad quedará establecida si no se rindiese prueba en contrario.

Véase, entre otros, Zachariæ, § 162.

Art. 297. Cód. Sardo, art. 164 — Zachariæ, — § 162 — Merlin, *Rep.*, verb. *Maternité*.



De la patria potestad

143 — La patria potestad se funda en la naturaleza, y la ley no hace sino reconocerla y reglamentarla.

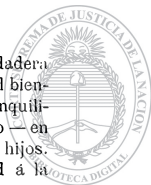
El hombre nace débil, y su existencia y educación demandan grandes y asiduos cuidados.

Los padres están obligados á criar y educar á sus hijos, y no se concibe el cumplimiento de este deber sin la autoridad, sin el poder de gobernar ; y el derecho de gobernar es una vana palabra sin la facultad de corregir.

Un reputado expositor del derecho francés ha dicho con entera verdad, que la patria potestad ha sido organizada por el Código Napoleón en el interés de los hijos, en interés de los padres y en el interés de la sociedad.

Esta observación es estrictamente aplicable á nuestra ley.

En el interés de los hijos, porque sin los cuidados y dirección de los padres la gran mayoría de los niños moriría en la infancia y la educación física y moral del resto sería muy imperfecta. La naturaleza preside de inmediato la conservación y destinos de la especie humana con el amor que los padres profesan á sus hijos y la abnegación que despliegan en sus cuidados y educación. «El poder paterno es el instrumento puesto en manos de los padres para ayudar á sus hijos y hacer su educación física y moral.»



En el interés de los padres, porque su verdadera felicidad está en la satisfacción de contemplar el bienestar y virtudes de sus hijos. Esperan con tranquilidad la muerte cuando ven que está asegurado — en cuanto es humano — un porvenir feliz para sus hijos.

En el interés de la sociedad, porque merced á la autoridad paterna, la familia, que es el fundamento de la sociedad, es la escuela de las virtudes que provee al estado de buenos ciudadanos. En la familia se forman el carácter y las buenas costumbres, y la familia es imposible sin la autoridad paterna.

Art. 298. *La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden á los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados.*

144 — Nuestra ley autoriza á distinguir la patria potestad: 1º en *plena* y 2º en *menos plena*, según que el padre tenga sobre la persona y bienes de sus hijos la plenitud de los derechos componentes de la potestad paterna, ó le estén negados algunos.

Y así, cuando el padre fuese removido por el juez — art. 337 — de la administración de los bienes de su hijo, quedaría restringida su autoridad paterna, y sería de consiguiente *menos plena*, porque quedaría segregado de su autoridad el derecho de administración que le concede la ley en su calidad de padre legítimo, — art. 327.

La patria potestad que á la madre y al padre está concedida sobre sus hijos naturales, — art. 362 — es ciertamente *menos plena*, porque no les está concedi-



da en su calidad de padres la administración y usufructo de tales hijos, — art. 370.

Estos ejemplos y otros que se pudieran aducir justifican la división hecha de la patria potestad en plena y menos plena.

145 — La autoridad paterna principia «desde la concepción de los hijos», porque, por nuestra ley, desde la concepción principia la existencia de las personas, — art. 70; pueden adquirir derechos antes de su nacimiento—artículo citado—y cabe por lo tanto que tengan un representante legal, como lo tienen: los padres son los representantes de su hijos *por nacer*, dice el inciso 1º del art. 57.

146 — La patria potestad dura todo el tiempo de la menor edad del hijo, á menos que se emancipara por el matrimonio, contraído con las autorizaciones necesarias. Véase lo dicho bajo los art^s. 131, 132 y 133. Esta duración de la autoridad paterna está establecida no sólo por el artículo que nos ocupa, sino también por el siguiente inmediato que declara, que, «los hijos *menores de edad* están bajo la autoridad y poder de sus padres».

147 — Entre los derechos que corresponden al padre referentes á la persona del hijo, se encuentra uno que recibe limitaciones en razón de la edad del hijo mismo, aun dentro de su minoridad. Nos referimos al derecho que tienen los padres de colocar los servicios de sus hijos.

Durante la impubertad, — que dura hasta los 14 años, — el padre puede comprometer los servicios personales del hijo, sin necesidad de consultar á éste y aun contra su voluntad; pero, desde que llega á ser adulto, no puede comprometerlos sin su asentimiento, aun cuando se trate de hacerle aprender algún oficio,



— art. 314, — disposición que importa un justo tributo á la libertad individual.

Art. 298. Proyecto de Goyena, Tít. 7. — LL. 1 y 3, Tít. 17, Part. 4ª, L. 3, Tít. 20, Part. 2ª, y 18, Tít. 8, Part. 4ª.

Art. 299. *Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres, tienen éstos obligación y derecho de criar á sus hijos, elegir la profesión que han de tener, alimentarlos y educarlos conforme á su condición y fortuna, no sólo con los bienes de ellos ó de la madre, sino con los suyos propios.*

148— El principal derecho que los padres tienen respecto de las personas de sus hijos es que éstos están sometidos á su poder y autoridad, que son tan antiguos como la familia.

La civilización que el cristianismo ha iniciado y sigue arraigando en la sociedad, ha quitado al poder paterno lo que de bárbaro y cruel tenía antiguamente. En Roma, es verdad, antes de la era cristiana venía ya dulcificándose la autoridad paterna, pero es el cristianismo quien ha solidificado estas conquistas y adelantádoles hasta el grado de rodear á los hijos de los sagrados derechos que hoy tienen. Los que los padres tenían en los pasados tiempos sobre la persona de sus hijos, Ortolan los expone en su « Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano »—Lib. 1ª—Tít. IX—*De la patria potestad*.

149— Tienen, dice nuestra ley, los derechos y obligaciones siguientes: - criar á sus hijos; alimentarlos; educarlos y elegir la profesión que han de



tener, todo conforme á su condición y fortuna, proveyendo á estos gastos no sólo con los bienes propios suyos y con los de la madre, sino también con los propios de los hijos.

150—Estando organizado el poder paterno *en el interés de los hijos*, natural es que se imponga á los padres la obligación de criarlos, alimentarlos y educarlos, obligación cuyos limites debe determinar la prudencia judicial en los casos ocurrentes, teniendo en cuenta el rango social, la fortuna de los padres y los bienes de los mismos hijos. En esta obligación se consulta de inmediato el interés de los hijos, pero son también consultados los intereses generales, como quiera que la prosperidad del pueblo está en razón directa de la educación y bienestar de sus miembros.

151—Qué se entiende por crianza y alimentos lo dicen los art^{os}. 301 y 406; y acerca de lo que se comprende por educación no puede ser otra cosa, que hacerles aprender algún oficio, arte ó profesión que los haga aptos para bastarse á sí mismo, cuando la independencia que confieren la mayor edad y la emancipación los entregue á sus propias fuerzas y dirección.

152—La ley no se contenta con establecer la obligación de la crianza, alimento y educación de los hijos, sino que toma providencias eficaces que aseguren especial dedicación de los rendimientos ó frutos de los bienes propios de ellos á aquellos objetos, aparte de otras declaraciones que concurren á acentuar aún más la obligación referida.

Y así, el inc. 2^o del art. 325 declara que una de las cargas del usufructo legal del padre y de la madre son « los gastos de subsistencia y educación de los hijos, » en proporción á la importancia del usufructo, y el art. 1309, que son á cargo de la sociedad conyugal los



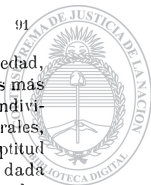
gastos de *alimentación* de los hijos comunes y también la de los hijos legítimos de uno de los cónyuges, con esta diferencia importante: que los gastos que afectan el usufructo legal de los padres son cargas *reales*, según el art. 326, y no son tales los declarados a cargo de la sociedad conyugal; y por consiguiente, las rentas procedentes del usufructo no pueden ser embargadas sino dejando lo necesario para cubrir las cargas reales, en tanto que los bienes de la sociedad conyugal pueden serlo libremente, en el sentido de no ser un inconveniente para el embargo el que también con dichos bienes deban los padres cumplir la obligación de alimentar y educar á los hijos.

Y para que no se entienda que la separación de bienes de los esposos, ó la separación de marido y mujer por divorcio, ó por nulidad de matrimonio alteran el deber del padre y la madre, los arts. 235, 305 y 1334 declaran que es obligación de ambos alimentar á los hijos.

153 — Los padres tienen derecho de elegir la profesión que han de tener los hijos, dice nuestro artículo.

¿Siempre, sin restricciones é inconsultos los hijos?
No nos parece justa la afirmativa.

La autoridad paterna queda suficientemente consultada con la facultad concedida por el art. 309 para impedir que se enrolen en el servicio militar de línea contra la voluntad de los padres, que entren en comunidades religiosas ú obliguen de otro modo sus personas ó ejerzan profesión, oficio ó industria separada. Acordar á los padres, á más de esta facultad, el derecho de elegir é imponer á sus hijos la profesión que deben tener es no sólo tiránico, sino también nocivo á la sociedad. ¿Por qué contrariar las inclinaciones naturales? ¿Por qué facultar á los padres á imponer á los hijos consagrarse á un arte, industria ó profesión que



van á abandonar llegados que fueren á la mayor edad, ó á ejercerlas con daño propio ó ajeno? Nada es más útil para la familia, para la sociedad y para el individuo mismo que fomentar las inclinaciones naturales, que son la revelación espontánea de la mejor aptitud para el desarrollo de las fuerzas en una esfera dada de acción. Si según el art. 314 los padres no pueden obligar los servicios de sus hijos — aun para *aprender algún oficio* — sin el consentimiento de ellos ¿cómo concederles facultad absoluta para imponerles la profesión que han de tener? ¿Cómo conciliar aquella justa restricción con esta facultad absoluta? ¿Cómo negar lo menos y conceder lo más? Digamos, pues, con el espíritu de la ley, que, los padres, — durante la impubertad de sus hijos — tienen derecho para elegir la profesión que estimen convenirles é imponerles su dedicación á ella, pero que siendo adultos necesitan de su consentimiento. Esto es también lo que hace todo el mundo.

Art. 299. L. 1, Tit. 19, Part. 4^a — L. 9, Tit. 2, Lib. 10, Nov. Rec — La Ley Romana decia: « *Veluti erga Deum religio ut parentibus et patriæ pareamur.* » LL. 4. y 5, Tit. 3, Lib. 25, Dig. y 4, Tit. 2, Lib. 27, idem, y 16, Tit. 10, Lib. 37, idem. — Cód. Francés, art. 203, y los demás Códigos modernos — Zachariæ, § 131, y véase L. 7, Tit. 2, Part. 3^a y 13, Tit. 7, Part. 6^a.

Art. 300. *Los hijos deben respeto y obediencia á sus padres. Aunque estén emancipados están obligados á cuidarlos en su ancianidad, en el estado de demencia ó enfermedad, y á proveer á sus necesidades en todas las circunstancias de la vida, en que les sean indispensables sus auxilios. Tienen derecho á los mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes legítimos.*



154 — La naturaleza está de por medio, y ciertamente que no es necesaria una declaración legal para afirmar y decir en todo caso que los hijos deben respeto y obediencia á sus padres.

Si están bajo su autoridad y poder ; si los padres están obligados á criar y educar á sus hijos, inculcarles los sentimientos de la moral cristiana, defenderlos contra sus propias pasiones y corregirlos en su caso, es por demás natural que los hijos les deban respeto y obediencia. No se concibe el poder y la autoridad sobre las personas sin el deber de obediencia de los sometidos. La familia es el verdadero fundamento de la sociedad, y la familia es imposible sin el deber de obediencia y respeto de los hijos á los padres. Este precepto está escrito en la conciencia universal.

En el proemio del tit. 18 de la Partida 4ª se registran estos hermosos conceptos : « Mudanse todas las cosas deste mundo, en tres maneras, segun dixeron los Sabios antiguos. La primera es, de non ser á ser. La segunda es, de ser á non ser. La tercera mudanse de vn estado á otro, maguer sea. Onde ésta postrimera, que se cambia de vn estado á otro, auiene en muchas cosas en los fechos de los omes ; *e señaladamente, en el poder que han los padres sobre los fijos* ».

155 — ¿ Es precepto puramente moral ? ¿ Tiene sanción civil ?

La ley deja en manos de los padres mismos el derecho de corregir las faltas de sus hijos, y el hogar enseña que en la generalidad de los casos es suficiente la corrección paterna ; y en ellos el poder del padre es final y decisivo ; pero cuando las faltas se multipliquen y son graves ; cuando el consejo, las admoniciones y la penitencia disciplinaria son insuficientes, los



padres pueden pedir la intervención judicial para detenerlos en un establecimiento correccional por el tiempo máximo de un mes.—Art. 312.

La intervención del juez no es simplemente ejecutiva. Se instruye de los hechos, aprecia los motivos y decide con autoridad propia; pero no debe olvidar jamás que el propio bien del hijo reclama, por regla general, apoyar la autoridad paterna.

156 — Aunque estén emancipados por el matrimonio ó por haber llegado á la mayor edad, los hijos están siempre obligados á cuidar de sus padres y á proveer á sus necesidades en todas las circunstancias de la vida, especialmente en casos de enfermedad, ó cuando su ancianidad lo reclama.

Esta obligación comprende los cuidados personales y la prestación de alimentos.

157 — Y es obligación recíproca:—quien tiene derecho á pedirlos está obligado á darlos. Es regla que el sentimiento adivina, que la razón proclama y la ley consagra.

La prestación de alimentos entre parientes *es recíproca*, dice el art. 401; y así: desde que el padre y la madre están obligados á alimentar á sus hijos, y desde que á falta de padre y madre, ó cuando éstos no puedan darlos, la obligación recae sobre abuelos y abuelas y demás ascendientes;—art. 401, así también los hijos están obligados á prestar sus cuidados y alimentos no sólo á sus padres, sino igualmente á sus demás ascendientes legítimos, como lo preceptúa el artículo que nos ocupa.

158 — La ley 2, tit. 19, part. 4^a, dice así:

« Claras razones, e manifestas son, por que los
« padres e las madres, son tenudos de criar á sus
« hijos. La vna es movimiento natural, por que se



«mueuen todas las cosas del mundo, á criar, e guar-
«dar lo que nasce dellas La otra es, por razon del
«amor que an con ellos naturalmente. La tercera es,
«porque todos los derechos temporales e spirituales
«se acuerdan en ello. E la manera en que deuen
«criar los padres á sus fijos, e darles lo que les
«fuere menester maguer non quieran, es esta: que
«les deuen dar que coman, e que beuan, e que vistan,
«e que calcen, e lugar do moren, e todas las otras
«cosas que les fuere menester, sin las cuales non
«pueden los omes biuir. E esto deue cada vno fazer,
«segund la riqueza, ed poder que ouiere; catando
«todavia la persona daquel que lo deue rescebir, en
«que manera le deuen esto fazer.—E si alguno contra
«esto fiziere, el Judgador de aquel lugar lo deue
«apremiar, prendandolo, o de otra guisa, de manera
«que lo cumpla, assi como sobredicho es. Empero
«dezimos, que de mientra quel padre criare, e pro-
«ueyere su fijo, si fiziere el fijo alguna debda que
«non meta en pro del padre, o que la saque sin su
«mandado, que non es el padre tenuto dela pagar.
«Otro si dezimos, que los fijos deuen ayudar á proveer á
«sus padres, si menester les fuere, pudiendolo ellos fa-
«zer; bien assi, como los padres son tenudos á los fijos.»

Son importantes é ilustrativas las siguientes decisiones del derecho romano:

XV. «Es con la más grande razón que los padres están obligados á cuidar á sus hijos, porque el que abandona á sus hijos, el que les rehusa alimentos y el que los entrega á una conmisericordia que él mismo no tiene para ellos, no son menos asesinos que el que mata á los suyos.

«Esta es la razón porque Antonino el Piadoso dice en un rescripto, «que el padre debe alimentar á sus hijos...»



« Recíprocamente, es justo que los hijos subvengan á las necesidades de sus padres.»

XVI. « ¿Pero, el padre debe solamente alimentar á los hijos que están bajo su poder, ó debe alimentar también á los emancipados, ó á los que de cualquiera otra manera se han hecho señores de sus derechos y acciones? Pienso que debe alimentar aún á los que ya no están bajo su autoridad, y que éstos están igualmente obligados á alimentar á sus padres.

XVII. « Pero, ¿los hijos están obligados á alimentar á su padre, á su abuelo y á su bisabuelo paternos, ó deben también proveer á las necesidades de su madre y á las de los ascendientes maternos? Lo mejor es decir que deben ser obligados á socorrer á sus parientes de las dos líneas en sus necesidades y en sus enfermedades; y como esta obligación tiene su fuente en la equidad y en la afección de la sangre, el juez debe pesar en su sabiduría las reclamaciones de los padres.

« Las mismas atenciones y los mismos recursos deben los padres á sus hijos.....

.....

« El emperador Antonino el Piadoso quiere que también el abuelo materno esté obligado á alimentar á los hijos de su hija.

XVIII. « Pero lo que decimos, que la madre y demás ascendientes deben alimentos á sus hijos, se entiende en el caso que no hayan ascendientes paternos que no puedan proveerlo. En efecto, si los hijos de los hijos varones están á cargo de sus ascendientes paternos, no sucede lo mismo con sus ascendientes maternos...

XIX... « Recíprocamente, los padres y los hijos



no deben alimentos á sus hijos y á sus padres sino cuando tienen necesidad de ellos. Si vuestro hijo puede proveer á su subsistencia, los jueces deben estimar que no le sois deudor de alimento... »

Pandectas, L. 25, tit. 3º, Sección 2ª.

159 — La prudencia judicial determinará en cada caso el monto de los alimentos á prestarse, teniendo en cuenta la fortuna de los que deben darlos y las condiciones del que los haya de recibir, con las demás particularidades de la causa.

Art. 300. Las leyes del tit. 19, part. 4ª.

Art. 301. *La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades.*

160 — Tiene por objeto este artículo determinar lo que se comprende en la obligación que pesa sobre los padres de dar alimentos á sus hijos y dice, que, se comprenden en tal obligación las necesidades de manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos de enfermedades.

Con excepción de las últimas, son las mismas que la ley 2, tit. 19, part. 4ª, detalla en estos términos: «...*E la manera en que deuen criar los padres á sus fijos, e darles lo que les fuere menester, maguer non quïeran, es esta: que les deuen dar que coman, e que beuan, e que vistan, e que calcen, e lugar do moren, e todas las otras cosas que les fueren menester, sin las quales non pueden los omes biuir...*»

Extendiéndose esta obligación por la ley 5ª, tit. 33, part. 7ª, en el caso de legado de alimentos, á los



gastos por enfermedades de que habla el artículo que nos ocupa, como lo comprende el artículo 3824 en un caso igual, porque como dice la ley 5ª citada, «estas cosas son menester para la vida del ome.»

161 — En los casos contenciosos, el juez debe fijar el *quantum* que corresponde darse para alimentos, teniendo en cuenta al efecto las necesidades del que los pide, según sus condiciones y posición social, y la fortuna y especialmente la renta del que debe darlos, así como sus propias necesidades, las de su familia y las especiales del caso.

La ley 2, tit. 19, part 4ª, dice sobre el particular:

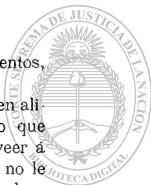
« *E esto deue cada uno fazer, segund la riqueza e el poder que ouiere; catando todavia la persona daquel que lo deue rescebir, en que manera le deuen esto fazer.* »

En derecho romano se decide con la misma regla. *Vidimus qui parentes liberos alere teneantur, et vice versa. Observandum autem ita demum aliquem a/ hoc obligari, si pro facultatibus id possit. Hinc Divi frates: « Competens iudex a filio te ali jubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta præstare possit. »*

Vice versa, his demum debentur qui egent. « Sed si filius possit se exhibere, cæstimare judices debent ne non debeant ei alimenta decernere. Denique, idem Pius ita rescripsit: « Aditi a te competentes judices ali te a patre tuo jubebunt pro modo facultatum ejus; si modo quum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operi sufficere non possis.

Hemos visto qué padres deben alimentar á sus hijos y qué hijos deben alimentar á sus padres; pero conviene observar que esta obligación está subordinada á las facultades de los unos y de los otros.

Es por eso que los dos hermanos dicen: «El juez



competente ordenará á vuestro hijo daros alimentos, si sus facultades le permiten.»

Recíprocamente, los padres y los hijos no deben alimentos á sus hijos y á sus padres sino en tanto que carecen de ellos. «Si vuestro hijo puede proveer á su subsistencia, los jueces deben estimar que no le debéis alimentos. El mismo Antonino el Píadoso dice, en fin, en su rescripto: «Los jueces competentes á quienes ocurriereis, ordenarán á vuestros padres daros alimentos según sus facultades, si, siendo obrero, como lo afirmáis, vuestra falta de salud no os permite trabajar.»

Art. 301. L. 5, Tit. 33, Part. 7ª, y 2ª, tit. 19, Part. 4ª. — Zachariæ: § 131 — LL. 43 y 44, Dig. *De verb. Signif.*

Art. 302. *La obligación de dar alimentos á los hijos no cesa aun cuando las necesidades de ellos provengan de su mala conducta.*

162 — Es evidentemente justa la resolución de este artículo, como inhumana sería la decisión contraria.

El deber de alimentar á los hijos tiene su fundamento en la naturaleza. Los actos de flaqueza humana, los desórdenes de conducta no son una razón para dejar perecer de desnudez y de hambre á los hijos, ni para negarles asistencia y auxilio en las enfermedades con que la naturaleza misma castiga la violación de los deberes morales; pero es indudable que cuando los jueces hayan de intervenir en la dación de alimentos, no deben olvidar, no sólo las circunstancias especiales del caso, sino también la conveniencia de limitar los auxilios pecuniarios para no fomentar tendencias desordenadas y dar pábulo á vicios ya desarrollados.



163 — Como se trata de los deberes de los padres, nuestro artículo habla de los alimentos debidos *á los hijos*; pero no se limita á ellos la regla según la cual no cesa la obligación de darlos por el hecho de que las necesidades que los demanden provengan de mala conducta, pues es regla que rige como general en la materia, y abraza consiguientemente los casos comunes. Y así, el art. 404 establece que el pariente que pida alimentos, debe probar que no le es posible adquirirlos con su trabajo, «*sea cual fuese la causa que lo hubiese reducido á tal estado*».

164 — Conviene recordar aquí que en estas disposiciones no se comprenden los casos en que los descendientes contra los ascendientes, ó éstos contra aquéllos cometen faltas que autorizan la desheredación, porque en tales casos cesa la obligación de prestar alimentos, como lo declara el art. 407 y estuvo establecido en nuestro derecho antiguo, pues la ley 6, tit. 19, part. 4^a, así lo dice expresamente.

Art. 302. La Nov. 27, cap. 2, dice: *Quia legum contentores et impii sint, parentes tamen sunt.*» En contra, L. 6, Tit. 19, Part. 4^a, y proyecto de Goyena, art. 72.

Art. 303. *Si el hijo menor de edad, ausente de la casa paterna, se hallase en urgente necesidad, que no pueda ser atendida por sus padres, las subministraciones que se le hagan se juzgarán hechas con autorización de ellos.*

165 — Conocida es la discusión mantenida entre los escritores franceses acerca de si el mandato puede ser tácito, vale decir si puede declarárselo existente por



inducción de ciertos hechos ó circunstancias, como expresases la declaración de nuestro derecho en el sentido de la afirmativa, pues el art. 1907 dice terminantemente que « el mandato puede ser expreso ó *tácito* ».

166—El artículo que nos ocupa es una de las numerosas aplicaciones de esta declaración.

Estando obligados los padres á alimentar á sus hijos de menor edad y encontrándose éstos ausentes de la casa paterna, justo es presumir su voluntad de auxiliarlos y, por consiguiente, justa es la declaración que el artículo hace de la existencia de un mandato tácito al respecto, decidiendo, que las subministraciones hechas por terceros para satisfacer necesidades premiosas de menores de edad, ausentes del hogar paterno, « *se juzgarán hechas con autorización de los padres* ».

167 — Los hechos, cuya prueba debe hacerse por el reclamante para justificar su acción, decidirán acerca de la urgencia de las necesidades del menor y si las subministraciones hechas excedieron ó no de lo necesario, ó sea de los justos límites del caso.

¿ De qué clase deben ser las necesidades de la referencia ? ¿ A qué objeto deben responder ?

Se puede y se debe establecer esta regla general : están comprendidas en la disposición de nuestros artículos todas aquellas cuya satisfacción son de cargo de los padres con sujeción á los deberes que les son impuestos por los art^{os}. 299, 301, 406.



Art. 304. *Los padres no están obligados á dar á sus hijos los medios de formar un establecimiento, ni á dotar á las hijas.*

168—Como dice nuestro ilustre codificador en su nota á este artículo, su disposición se aparta—en cuanto á las hijas—de nuestras viejas leyes, pues por la 8ª, tit. 11, part. 4ª, era deber de los padres dotarlas.

El espíritu del siglo ofrece un fundamento especial para la resolución de nuestro artículo, porque sin ella serían numerosos los pleitos escandalosos de hijos é hijas contra sus padres, dada la aspiración febriciente de poseer medios de fortuna, que caracteriza nuestros días, con mengua de los sentimientos nobles y las virtudes que levantan el carácter. Sería falta de respeto que los hijos arrastraran á sus padres ante los tribunales por demanda de dote ó de medios para formar un establecimiento industrial, agrícola, fabril, etc. Debe decirse con Pothier, que la ley presume el cariño que la naturaleza inspira en los padres para sus hijos, y creer que cuando no los dotan, es porque no tienen los medios suficientes para hacerlo de una manera conveniente. Puede, á la verdad, encontrarse padres que descuiden sobre este punto la protección que deben á sus hijos: son excepciones que deben tolerarse para evitar un mal mayor. — T. VII, 334, n°. 646.

No es, pues, ya dado, en el campo de nuestro derecho, repetir esta sentencia de la ley antigua: *pater-num officium dotare filias*.

Art. 304. Cód. francés, art. 204. — Zachariæ, § 130. — Toullier, tom. 14, n°. 69 y 70. — En contra, en cuanto á dotar á las hijas: L. 8, Tit. 11, Part. 4ª. — Cód. de Nápoles, art. 194. — Cód. de Prusia, en cuanto á los hijos é hijas, en contra art. 232 y 233.



Art. 305. *En caso de divorcio, ó separación judicial de bienes, ó de nulidad de matrimonio, incumbe siempre al padre el deber de dar alimentos á sus hijos y educarlos, si el juez los dejare en su poder.*

169—Indudablemente no es buena la redacción de este artículo, y debe entenderse en armonía con la disposición de los art^{os}. 235, 401, 403 y 1334.

El deber de alimentar y educar á los hijos no tiene su fundamento en el matrimonio entre los padres, ni en la vida común de los casados, ni en el régimen sobre los bienes, ni en la patria potestad, sino en fuente más alta é inagotable, — la naturaleza. Ser padre ó madre es la causa ó sea la razón de ser de aquel sagrado deber. Es por eso que es obligatorio proveer á los alimentos del hijo natural, obligación que incumbe así al padre como á la madre: — art. 364; es ella la razón única del derecho concedido á los hijos adulterinos é incestuosos para pedir alimentos á los padres que los hubiesen reconocido, no obstante de no tener á los ojos de la ley, ni padre ni madre, ni pariente alguno por parte de padre ó madre: — art^{os}. 376 y 377; — en ella reposa el deber que pesa sobre uno y otro de los padres legítimos, no obstante su separación por divorcio: — art. 235; es ella la razón de conservarse intacto aquel deber durante la separación de bienes entre marido y mujer: — artículo 1334; y ella, en fin, es el fundamento por qué él subsiste, aun cuando el padre y la madre fuesen suspendidos ó separados de la patria potestad, como es evidente en nuestro derecho, y lo enseña Zachariæ, § 130 n^o. 1^o en el campo de la ley francesa, fundado en el espíritu del Código Napoleón.



Además, en la colocación de los hijos, en el caso de separación personal de sus padres, lo que se consulta es el bien de ellos, — art. 233, — « *sin que pueda alegarse por el marido ó por la mujer preferente derecho á tenerlos* ».

Y bien; sería inconsecuente con este fin, contradictorio con las disposiciones legales que quedan recordadas y fundamentalmente injusto entender el artículo que nos ocupa, de modo que quedase libertado el padre de la obligación de alimentar á sus hijos por el hecho de no dejarlos en su poder, hecho que se explica por su inmoralidad, por su crueldad ó por su incapacidad para educarlos convenientemente.

Es necesario decir, que, en caso de divorcio, de separación judicial de bienes, ó de nulidad del matrimonio, el padre y la madre están obligados á satisfacer las necesidades de alimento y educación de sus hijos, independientemente de que el juez los deje en poder de uno ú otro, ó de tercero.

Si los dejase en poder del padre, corresponderá naturalmente á éste de un modo especial alimentarlos y educarlos; pero el hecho contrario no cancela su obligación.

170— No importan, pues, una condición estas palabras de nuestro artículo: « si el juez los dejase en su poder », sino simplemente una especialidad; y es por eso que bajo el art. 235 hemos dicho, que en el caso de divorcio, y si los hijos quedaren en poder del padre, incumbe á éste de un modo especial alimentarlos y educarlos en proporción á su condición social y á sus medios de fortuna, sin perjuicio de que la madre deba concurrir á sufragar los gastos si dispone de recursos, porque sobre uno y otro pesa la carga del alimento y educación de los hijos.



Art. 306. *Si el padre faltase á esta obligación, puede ser demandado por la prestación de alimentos, ó por el propio hijo si fuese adulto, asistido por un tutor especial, ó por cualquiera de los parientes, ó por el Ministerio de Menores.*

171— Está en el espíritu de nuestra ley y es conforme con el respeto profundo que los hijos deben á sus padres, que ni el Ministerio de Menores, ni los parientes, ni el tutor especial autoricen demandas contra ellos, sino cuando un grande interés de los hijos la hagan indispensable.

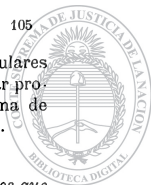
Y así, siendo el alimento y educación de los niños tan importantes como lo son la vida del individuo de una parte, y el bienestar de la sociedad, por otra, es natural que la ley autorice arrastrar ante la barra de los jueces al padre que faltase á la obligación de alimentar y educar á sus hijos.

172— Es de tal trascendencia este deber que el derecho de demandar su cumplimiento está concedido no sólo al hijo mismo, que fuese adulto, y al Ministerio de Menores, sino también á los parientes. En el primero y los últimos prevalece el interés personal, en el segundo el de la sociedad.

173— Que el menor de edad adulto debe ser asistido en el juicio por un tutor especial se impone por los principios y es conforme con el art. 61 y el inc. 1º del 431.

174— Por lo demás, el juicio instaurado contra el padre ó la madre por su falta de prestación de alimentos y educación y al objeto del cumplimiento de esta obligación, debe ser tramitado sumariamente, y du-

rante su prosecución y cuando los hechos particulares de la causa lo reclamasen, el juez podrá decretar provisoriamente los alimentos, señalando la suma de dinero que el obligado deba entregar.—Art. 409.



Art. 307. *Los padres responden por los daños que causen sus hijos menores de diez años, que habiten con ellos.*

175—Es un principio inequívocamente consignado en nuestro derecho, que los actos lícitos ó ilícitos ejecutados por menores de diez años se reputan—*juris et de jure*—hechos sin discernimiento,—art. 955,—y consiguientemente que no producen por sí solos obligación, ni inducen responsabilidad,—art. 934,—salvo que hubiesen enriquecido con el daño causado á terceros, porque entonces responderán con la indemnización correspondiente en tanto cuanto hubiesen enriquecido. Art. 941.

176—La ley, sin embargo hace responsable al padre por los daños que causasen sus tales hijos que habitasen con ellos, concediendo, por lo tanto, á los terceros damnificados acción de daños é intereses contra él.

¿Cuál es el fundamento de esta responsabilidad respecto de actos de una persona irresponsable?

¿Acaso no está el principio científico que dice que nadie responde sino de las faltas propias?

No hay regla científica que quede violada con nuestro artículo, porque su disposición tiene por fundamento la falta propia del padre. Es su deber cuidar que sus hijos que viven bajo su dirección y autoridad no perjudiquen á terceros, y cuando el perjuicio es causado, la ley *supone* que el padre ha descuidado su deber, que



su vigilancia no ha sido completa y que á esta *falta* suya se *debe* el que los hijos hayan causado el perjuicio del caso.

177 — Esta presunción de la ley prevalece mientras no haya en contrario prueba directa y perfecta y, de consiguiente, para dejar establecida la responsabilidad del padre, el tercero damnificado no tiene que probar sino: 1º, el perjuicio que ha sufrido; 2º, que fué causado por el hijo menor de diez años que habita con aquél.

Hecha esta prueba, la responsabilidad paterna queda fijada, responsabilidad de que no se liberta el padre sino probando de su parte que le fué imposible impedir que su hijo ejecutara el hecho que causó el daño. Art. 1150.

178 — Esta misma regla rige para los tutores respecto de sus pupilos menores de diez años que habiten con ellos.—Art. 467.

Véase lo que decimos bajo los artº. 1148 y 1151.

Art. 308. *Los padres sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores ó demandados, y á nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este código.*

179 — Los menores de edad están afectados de incapacidad de hecho para tratar y contratar, es decir, carecen de facultad para obrar por sí mismos en los actos de la vida civil.

Véase lo dicho bajo los artº. 6, 7, 54 y 55.



180— Dependen de la representación necesaria de sus padres, los cuales pueden, con el poder legal que les asiste, estar en juicio por sus hijos, ora como actores, ora como demandados, y celebrar en su nombre cualesquiera actos ó contratos, dentro de los límites que la ley señala á su administración.

Los padres son verdaderos mandatarios y, por lo tanto, obrando fuera de los límites de sus facultades administrativas obran sin poderes y sus actos no obligarán á sus hijos; y como los límites ó facultades de administración están determinados por la ley, los terceros que con ellos contratasen no podrán alegar que ignoraron las limitaciones de su representación, ó que el acto estipulado les estuviera prohibido.—Artículos 20 y 957.

Las principales limitaciones impuestas á la administración paterna son las detalladas en los art^s. 331, 332, 334, 1485, 1841, inc. 1^o.

181— Proceden en ejercicio de sus facultades administrativas y por lo tanto obran en nombre y en representación de sus hijos,—aun de los adultos,—sin la concurrencia de ellos y prescindiendo de su voluntad.

Regla es esta que, estando establecida respecto de los tutores, debe regir respecto de los padres, cuyas facultades no pueden ser ni son más limitadas que las de aquéllos,—art. 445,—bien entendido que hay casos de excepción, como son entre otros los de la referencia del art. 314.



Art. 309. *Los hijos no pueden dejar la casa paterna, ó aquella en que sus padres los han colocado, ni enrolarse en servicio militar, ni entrar en comunidades religiosas, ni obligar sus personas de otra manera, ni ejercer oficio, profesión ó industria separada, sin licencia ó autorización de sus padres.*

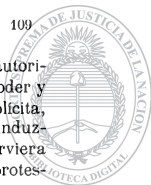
182 -- Las disposiciones de este artículo son un derivado natural de estos principios fundamentales:

Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y poder de sus padres;

Están afectados de incapacidad de hecho para obrar por sí mismos en los actos de la vida civil;

Están sometidos á la representación necesaria de sus padres, — art^ºs. 299 y 308.

En fuerza de estos principios es natural que, sin el consentimiento de los padres, los hijos no puedan ejercer oficio, industria ó profesión separada, ni entrar en comunidades religiosas, ni dejar la casa paterna, ó aquella en que fueron colocados por ellos, ni enrolarse en el servicio militar, ó sea en el ejército de línea de la república, como acto voluntario y libre, ni obligar de otro modo sus personas. Lo contrario importaría conceder á los menores de edad capacidad para los actos ordinarios y graves de la vida civil y para los más trascendentales que comprometen la persona y la sujetan á un régimen especial y severo, como son el militar, el monástico, etc., y quedaría, de hecho, suprimida la autoridad paterna, que es base de la familia.



183 — Necesitan los hijos de la licencia ó autorización de sus padres, porque están bajo su poder y autoridad ; autorización que puede ser implícita, deducida de hechos ó circunstancias que la induzcan, como sucedería con el hijo adulto que sirviera con su padre y ejerciera públicamente — sin protesta de éste — una industria, un empleo público, ó una profesión cualquiera. En un caso como el supuesto se tendría por concedida la autorización paterna y consiguientemente la necesaria al hijo para los actos jurídicos convenientes al cargo, industria ó profesión que ejerciese, — art. 317.

184 — ¿ Qué correctivos están acordados contra los hijos que se han substraído á la casa paterna, ó que ingresaren en el ejército, ó en corporación religiosa, ó que ejerciesen una profesión ó industria sin la autorización paterna ?

Respecto de lo primero, el padre está autorizado á corregir al hijo que tal falta cometiere, siendo de obligación de las autoridades públicas prestarle su apoyo para hacerlo entrar bajo su autoridad, — art. 310; y respecto de lo demás, la nulidad del acto ó contrato es de expreso derecho, nulidad que no es, ni puede ser sino relativa.

Art. 309. Cód. de Friburgo, art. 192.— En cuanto al enrolamiento militar, en contra : el Cód. Francés, art. 274— Cód. Sardo, art. 212— y L. 4, § 11, Dig. *De re militare*. La razón especial de esta ley puede verse en Leclerc, *Droit Romain*, tom. 1º, pág. 441.



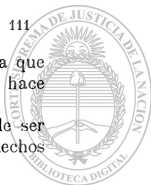
Art. 310. *Si los hijos dejasen la casa paterna, ó aquella en que sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hayan substraído á su obediencia, ó que otros los detengan, los padres pueden exigir que las autoridades públicas le presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad. Ellos pueden acusar criminalmente á los seductores ó corruptores de sus hijos, y á las personas que los retuviesen.*

185 — La familia es el verdadero fundamento de la sociedad y la autoridad paterna lo es de la familia.

Si son verdad estas palabras de un conocido pensador: — «si la familia desaparece, pocos días de vida le restan al estado», es igualmente cierto que la organización de la familia y su existencia misma no se comprenden sin la autoridad paterna. Por consiguiente, responde á una verdadera necesidad social la disposición por la cual se impone á las autoridades públicas el deber de prestar á los padres toda la asistencia necesaria para hacer entrar á sus hijos bajo su autoridad.

186 — Las palabras «autoridades públicas» tienen un alcance genérico y por consiguiente comprenden á las autoridades del ramo policial como á las autoridades del ramo judicial.

No es posible establecer reglas precisas que determinen los casos en que deban intervenir las unas y aquellos en que deban actuar las otras. Son la naturaleza del caso mismo y sus circunstancias



especiales, que determinarán si es la policía la que debe proceder con su propio criterio, ó si se hace indispensable la intervención de los jueces.

La de éstos, por lo demás, no es ni puede ser nunca ciega. Oirán á las partes, apreciarán los hechos y decidirán en justicia.

187 — La última declaración de nuestro artículo está fuera de lugar, porque no es á la ley civil, sino á la penal á quien corresponde definir los hechos como delitos, fijar su penalidad y conceder la acción correspondiente.

La disposición de que tratamos sería absolutamente ineficaz sin una ley que clasificase de delito el hecho de la seducción, corrupción, ó detención de los menores de edad, lo que basta por si solo para dejar evidenciado que no es el código civil el que debe ocuparse de la declaración de la referencia. No criticamos el fondo de la declaración: sostenemos simplemente la incompetencia de la ley civil.

188 — Indudablemente que los padres podrán reclamar daños é intereses de los corruptores ó seductores de sus hijos, porque — delito ó simple falta, el hecho consumado, — ellos responden de los perjuicios causados, y esta responsabilidad es, en el caso de delito civil ó criminal, solidaria para todos los que han participado en él, sea como autores, sea como cómplices ó consejeros, — art. 1115.



Art. 311. *Los padres pueden exigir que los hijos que están en su poder les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho á reclamar paga ó recompensa.*

189—La declaración de este artículo es inobjetable y no hace sino consagrar un hecho constante en la vida de la familia. Los servicios, propios de su edad, que los hijos prestan á sus padres son tan fundados en la naturaleza que se confunden con el afán que la madre común despierta á cada uno para la lucha por la existencia, obedeciendo en su dirección, como su ley de gravitación, al amor que liga á los hijos con sus padres. Si esos servicios son una ayuda en la labor para el sustento diario, son á la vez la verdadera escuela que forma desde los primeros años el hábito del trabajo, que es ley que, aunque dura, es la dignificación del individuo y de la especie; y como los servicios prestados por el hijo al padre se traducen de inmediato en bien para el propio hijo, no hay base para reclamar una recompensa especial, ó una paga, la que no entra, por otra parte, en la intención del hijo, ni cabe en las condiciones de su sumisión al padre.

La disposición contraria despertaría en el tierno corazón de los niños, sentimientos y aspiraciones egoístas, que borrarían desde la cuna, puede decirse, los sentimientos generosos que dan carácter y elevan el alma.



Art. 312. *Los padres tienen la facultad de corregir ó hacer corregir moderadamente á sus hijos; y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. La autoridad local debe reprimir las correcciones excesivas de los padres.*

190— No hay autoridad donde no hay facultad de corregir : sin ella es imposible todo gobierno; y desde que los padres tienen á sus hijos bajo su autoridad y poder y están obligados á educarlos, necesariamente deben tener la facultad de corregirlos. De lo contrario, el hogar paterno sería el asiento del desorden y la escuela donde no brotarían sino ciudadanos rebeldes á la autoridad pública, sin más educación que la apropiada para las grandes tempestades sociales. Pero las correcciones deben ser moderadas y hechas con cierto grado de dulzura, para que no se borren en los niños los sentimientos de pundonor y dignidad, tan necesarios en el hombre.

Nuestras viejas leyes decían al respecto que «el castigamiento debe ser con mesura, e con piedad,—según natura», leyes 18, tit. 18, part. 4ª, y 9, tit. 8º, part. 7ª, encuadradas en esta sentencia del derecho de las Pandectas: «El poder paterno consiste más en la ternura natural que en el derecho de una severidad bárbara hacia nuestros hijos: *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*» L. 5, ff. de l. Pomp. de Parric.

191— Cuando la mala conducta de los hijos lo hiciese necesario, el poder de corrección de los padres puede llegar hasta hacerlos detener,—con intervención de la autoridad judicial,—por término de un mes



en un establecimiento correccional. La gravedad de este castigo impone ciertamente la intervención de los jueces, y la ley la requiere en garantía del hijo contra el abuso de autoridad y crueldad de los padres.

192 — ¿Es final y decisiva la autoridad paterna en el caso? Goyena dice, que, la intervención de los jueces debe reducirse á conceder el visto bueno á la orden del padre, como que emana de autoridad legítima, como es la paterna. Si esto importa sostener que los jueces deben intervenir ciegamente, limitando su acción á expedir el *visto bueno* para que el jefe del establecimiento correccional obedezca y ejecute la resolución paterna, admitiendo al penado, nuestra contradicción con tal doctrina es absoluta — 1º, porque en nada se aviene semejante rol con la misión de los jueces, que es conocer y decidir; y 2º, porque si por ley tienen la facultad y el deber de reprimir las correcciones excesivas de los padres, no puede sostenerse que su intervención deba ser ciega, limitada á expedir el *pase* con sólo vista de la disposición paterna. En vano se alegará que la intervención judicial tiene por único objeto hacer que la resolución de los padres sea obedecida y cumplida por los jefes de los establecimientos correccionales, porque si la resolución de aquéllos es final é irreformable, la ley debe hacerla obligatoria como la de los jueces. La intervención de éstos sería un rodeo inútil.

193 — Pero, si las palabras de aquel ilustrado jurisconsulto sólo importan establecer que, en la generalidad de los casos, la prudencia de los jueces debe hacer que su intervención sea casi limitada al visto bueno de la resolución paterna, adherimos á su opinión. Los magistrados deben, á la verdad,



apoyar en la generalidad de los casos la autoridad paterna y expedirse sin hacer diligencias escritas para «salvar el decoro del hijo y aún el de la familia», pues se trata de correcciones de carácter esencialmente doméstico. Nada sería más perjudicial á la autoridad paterna y por lo tanto á la disciplina del hogar, que el que á un pedido del padre, con justificación de los hechos, se responda con todo un expediente de diligencias escritas y discusiones solemnes.

En estos negocios lo que se ve es menos, mucho menos de lo que hay en el fondo, y ciertamente que no son los jueces sino los padres los que conocen intimamente las tendencias naturales de sus hijos, la persistencia de su mal proceder contra los consejos y amonestaciones repetidas, el género y grado de sus pasiones, las circunstancias pequeñas y grandes que en el curso de largo tiempo dan la verdadera medida de su mala conducta y determinan la verdadera necesidad de una corrección severa y extrema, decretada con el amor de padre y con el ardiente interés de la reforma y bien del hijo. Es natural, de consiguiente, que la intervención de los jueces sea, en los más de los casos, para confirmar la resolución paterna: en los de excepción, en los de corrección manifestamente injusta ó excesiva, los magistrados deben modificarla.

194—No sólo les asiste este derecho, sino que también tienen el deber de «reprimir las correcciones excesivas de los padres» por los medios que las circunstancias especiales del caso y la prudencia aconsejen, pudiendo llegar hasta separar temporalmente á los hijos de la casa paterna y, como último remedio contra la crueldad incorregible de los padres, privarlos de la patria potestad,—art. 343.



195—¿Quiénes tienen derecho para denunciar ó elevar la queja contra los padres?

No puede ser dudoso que la tienen el propio hijo que fuese adulto, sus hermanos, sus abuelos y demás próximos parientes y el ministerio de menores.

Art. 313. *Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad.*

196— Los menores, por razón de su edad, son incapaces de obrar por sí mismos, y, como hijos de familia, dependen de la representación necesaria de sus padres, los cuales, como hemos visto bajo el art. 308, obran en nombre de ellos, sin su intervención y prescindiendo de su voluntad.

La sumisión que los hijos deben á sus padres y la natural y decisiva influencia de éstos sobre el corazón de sus hijos, influencia fundada en la autoridad y el cariño, son, entre otros, justos motivos que imponen vedar á los padres hacer contratos con sus hijos que están bajo su patria protestad, á fin de que no sean víctimas de la codicia de padres desnaturalizados y se haga la administración de sus bienes sin más interés que el usufructo legal. Para asegurar el cumplimiento de los deberes es siempre eficaz cerrar los resquicios por donde puedan penetrar motivos que tiendan á su violación ó que despierten intereses que, cuando menos, entibien el celo con que deben manejarse los ajenos. Hace bien la ley, por lo tanto, en declarar que los padres no pueden hacer contrato alguno con sus hijos que están bajo su protestad.



197 — Consecuente con aquellos fines y siendo lógica con la recordada prohibición, les impide igualmente la ley comprar por sí, ni por interpuesta persona, aunque sea en remate público, los bienes muebles ó inmuebles de sus tales hijos; ni venderles, *bajo ninguna forma*, los bienes propios de ellos (de los padres); ni constituirse cesionarios de créditos, acciones ó derechos contra sus hijos, salvo que las cesiones resulten de una subrogación legal; ni hacer con ellos transacción privada sobre la herencia materna, ó sobre herencia en que sean con sus hijos coherederos ó legatarios, — art^o. 331 y 1395.

198 — ¿Es tan absoluta la prohibición de modo que, cualquiera que sea el contrato haya de entenderse decididamente prohibido y consiguientemente nulo, con sujeción al art. 18?

No hay tal prohibición absoluta; y así:

No pueden hacer transacción *privada* con sus hijos sobre la herencia materna, ó sobre cualquier otra en que sean con ellos coherederos ó legatarios; pero pueden transar y es válida la transacción que sobre dicha materia hiciesen, siempre que fuese autorizada ó aprobada por el juez, con audiencia del ministerio de menores y obrando por los hijos un tutor especial que se les debe dar: — art^o. 477, inc. 5^o; 875, inc. 6^o y 431, inc. 1^o, — porque la prohibición del art. 331 es limitada á la transacción *privada* entre padre é hijo.

El padre y la madre, separadamente, ó ambos juntos pueden hacer donaciones á sus hijos que estuviesen bajo la patria protestad, debiendo éstos ser provistos de un tutor especial que, con autorización expresa del juez, acepte el acto, — art^o. 1838, 1842, inc. 2^o y 1845, — y este contrato entre padre é hijo es válido.



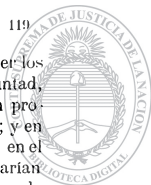
El padre y la madre pueden hacer, por donación entre vivos, partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos, inclusive los menores de edad que estuviesen bajo su potestad, y aún de los bienes de exclusiva propiedad de los hijos. Como esta partición debe hacerse por entrega absoluta de los bienes, en la forma prescripta para la donación entre vivos, y debe ser aceptada por los herederos, sin que pueda haber en ella cláusula alguna de mejora, hay necesidad de nombrar á los menores un tutor especial que cuide de la integridad de sus derechos y que acepte la donación con autorización del juez respectivo. Estas donaciones, que son verdaderos contratos entre padres é hijos y que imponen responsabilidades á los donatarios, son contratos perfectamente válidos, como lo persuaden los artículos pertinentes del capítulo sobre «*División (de herencia) hecha por el padre ó madre y demás ascendientes, entre sus descendientes*», comprendido en los arts. 3548 á 3572.

Art. 313. L. 3, Tit. 4, Part. 5º y 8, Tit. 11, Lib. 1, F. R.

Art. 314. *Los padres no pueden hacer contratos de locación de los servicios de sus hijos adultos, ó para que aprendan algún oficio sin asentimiento de ellos.*

199— Los hijos deben obediencia á sus padres y están sometidos á su autoridad, pero sin que esto importe la supresión absoluta de su libertad.

La autoridad paterna está concedida para el bien de los propios hijos, como uno de sus objetos principales; y ciertamente que no se puede servir este fin sino conservando la libertad individual.



Conceder al padre la facultad de comprometer los servicios personales del hijo aun contra su voluntad, sería aproximarse á declarar que los hijos son propiedad de los padres, explotables como cosas; y en vez de servir los intereses públicos preparando en el seno de la familia ciudadanos de carácter, se harían brotar siervos, inhábiles para hacer la grandeza de la república.

200 — Tampoco puede obligarlos á aprender un oficio determinado, porque lo contrario importaría la supresión de la libertad.

Esta declaración de la ley, única conforme con la personalidad humana, prueba cumplidamente que los padres no tienen derecho para elegir á su arbitrio é imponer á sus hijos adultos el oficio ó profesión que deban tener, conclusión que hemos sostenido al ocuparnos del art. 299.

Art. 315. *El hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor, sino autorizado por el padre.*

201 — Casi es innecesario observar que este artículo no se refiere á los menores *impúberes*, los cuales son personas afectadas de incapacidad absoluta para obrar por sí mismos, como es expreso en la ley, — art. 54, inc. 2º, — sino simplemente á los *adultos*.

Siempre fué estimado por la ley, y con razón, que estar en juicio es uno de los actos más importantes y trascendentales de la vida civil, de tal modo que ni el emancipado por el matrimonio puede estar en juicio, en pleito civil, sin autorización judicial, como lo declara el inciso último del art. 135; y como los padres son representantes de sus hijos, por los



cuales obran en su nombre, sin su intervención y sin consultar su voluntad, — art. 308, — es natural que no se les permita estar en juicio como actores sin autorización de sus padres.

202 — Esta disposición abraza no sólo los casos procedentes de hechos de carácter puramente civil, sino también las reclamaciones de esta calidad á que dan lugar los delitos, como son las de daños é intereses procedentes de hechos delictuosos, porque para todas ellas alcanzan los poderes que los padres tienen para obrar en representación de sus hijos que están bajo su potestad, como quiera que la representación de los incapaces se extiende á todos los actos de la vida civil que no fuesen exceptuados por la ley, — art. 62, — excepción que no existe, y rige de consiguiente la autorización general dada á los padres por el art. 308 para estar en juicio por sus hijos como actores ó demandados.

203 — Por lo demás, el artículo se refiere á los casos en que el hijo deba estar en el juicio como *actor*, porque cuando haya de concurrir como demandado, no está en manos de los padres permitir ó no su concurrencia en la causa y deber suyo es representarlos y defender sus derechos.

204 — La autorización paterna no es necesaria cuando la acción á deducirse por el hijo hubiera de ser instaurada contra el padre, en cuyo caso debe solicitarse la judicial; bien entendido que la demanda haya de tener por objeto intereses propios del hijo, — art. 319.

205 — La autorización paterna no da al hijo la madurez de juicio que por su edad no tiene, ni levanta la incapacidad con que lo afecta la ley por tal motivo y, por lo tanto, no obstante la autorización paterna,

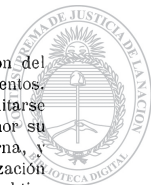
el menor adulto continúa incapaz para estar por sí mismo en juicio, debiendo consiguientemente dársele un tutor especial, porque en los casos en que le falte la representación y protección paterna, por cualquier causa, debe tener la de un tutor.—Véase el artículo siguiente inmediato.

Art. 316. *Si el padre niega su consentimiento al hijo para intentar una acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el padre, puede suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio.*

206 — La facultad acordada á los padres para conceder ó negar á los hijos la instauración de una acción contra terceros, no es autocrática, ni les es dada porque se los estime infalibles. Hay el recurso á los jueces para corregir, ó la negativa caprichosa, simplemente autoritaria, ó el error de los padres. Es un recurso de justicia que ni los principios, ni las conveniencias aconsejan negar; por el contrario, lo reclaman en justa defensa de los derechos de los hijos.

207 — Una vez que éste se hubiera presentado exponiendo la negativa de su padre, y solicitando la autorización supletoria judicial, el juez debe nombrarle un tutor *ad hoc*, con quien verificar las diligencias del caso, con citación y audiencia del padre, cuyos motivos debe pesar el juez en su prudencia; y decimos pesar en prudencia, porque el juez de este incidente no está llamado á decidir si la acción que el menor intenta deducir es justa ó injusta, procedente ó improcedente, pues tal decisión incumbe al magistrado que conociera en la causa á que la acción diera lugar, y





no puede ser dada sino con previa substanciación del juicio respectivo, conforme á la ley de procedimientos. El juez del incidente sobre autorización debe limitarse á conocer los antecedentes en que funde el menor su pretensión y los motivos de la negativa paterna, y confirmar ésta, ó mejor dicho, *negar* la autorización solicitada, si es evidente la sinrazón de parte del hijo, ó evidente la conveniencia de renunciar á la acción no obstante su procedencia legal; ó concederla cuando resultare existir en favor del hijo elementos de buen derecho, dejando que el tutor especial, que en consecuencia se nombrare al menor, decida en conciencia con asesoramiento de letrado, si es ó no del caso empuñar al menor en un pleito que pueda serle ruinoso.

208 — Debe darse al menor «un tutor especial para el juicio», porque ni la autorización paterna, ni la supletoria del juez lo desnudan de su incapacidad para obrar por sí mismo, ni lo libertan de la representación necesaria á que está sometido.

Art. 317. *Se presume que los hijos de familia adultos, si ejercieren algún empleo público, ó alguna profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público ó á su profesión ó industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes, cuya administración y usufructo, ó sólo el usufructo, no tuviese el padre.*

209 — La declaración de la voluntad ó sea la expresión del consentimiento, puede ser ó expresa, ó tácita, ó «inducida por una presunción de la ley», como



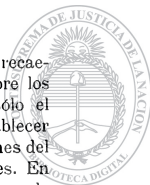
dice el art. 949 — que es cuando la ley misma presume en casos determinados la existencia del consentimiento, — art. 954.

210 — Y así, cuando un menor de edad que vive y está bajo la autoridad del padre, ejerce, con conocimiento de éste, una profesión, industria ú oficio separado, — art. 309, — la ley *presume* que el padre lo tiene autorizado para obrar por sí mismo en todos los actos y contratos concernientes al oficio, industria ó profesión que ejerciese, porque es natural suponer que el que permite la persecución de un fin, permite el ejercicio de los medios adecuados para alcanzarlo.

211 — En los casos ocurientes, el padre puede alegar y probar que no tuvo conocimiento que su hijo ejerciera separadamente la industria, oficio ó profesión de que se trate, y dejar con esto establecido que no ha existido en su favor la presunción de la referencia, porque esta presunción de la ley reposa en el consentimiento expreso ó tácito que el padre hubiese prestado para que el hijo ejerciese con independencia de él la profesión, industria ú oficio del caso; pero cuando este consentimiento es inatacable porque es verdadero en la causa, es también inatacable la presunción. No puede el padre decir, consentí para lo primero, pero no para *'los segundos*. ¿Cómo probar este hecho interno de falta de intención? Imposible, y la presunción de la ley prevalecerá.

212 — Serían válidos, entre otros, los siguientes actos que durante su prevalencia ejecutase el menor: poder conferido para demandar á sus deudores; transacción hecha sobre negocios ó asuntos procedentes del ejercicio de su oficio, industria ó profesión; compromiso para someterlos á decisión arbitral.

213 — Las obligaciones que nacieren de los hechos



y actos jurídicos del menor en los casos de la ley, recaerán únicamente — dice nuestro artículo — sobre los bienes cuya administración y usufructo, ó sólo el usufructo no tenga el padre; lo que importa establecer una limitación á la regla que dice, que, los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores. En el caso, sólo son garantía de sus derechos y, por lo tanto, sólo podrán ser ejecutados aquellos bienes del menor cuya administración y usufructo, ó sólo el usufructo, no corresponda al padre.

214 — ¿Cuáles son esos bienes? Los siguientes :

1º Los que el menor adquiere por sus servicios civiles, militares ó eclesiásticos; los que adquiere por su oficio, profesión ó industria separadas y los adquiridos por caso fortuito como apuesta, juego, etc., — art. 321.

2º Los que adquiere por herencia de sus ascendientes en razón de la indignidad de su padre, ó de su desheredación: — Inc. 4º del citado art. 321 y artículos 3335 y 3783; y

3º Los adquiridos por donación, legado ó herencia cuando el testador ó donante dispuso que el usufructo correspondiese al hijo, — art. 323, — entendiéndose que existe esta disposición cuando hay indicación del empleo que deba darse á los productos ó renta de los bienes, — art. 324.

Tales son los bienes que constituyen la garantía de los menores adultos por las obligaciones que contrajesen en razón de los hechos y actos jurídicos que ejecutaren concernientes á la profesión, oficio ó industria que ejercieren.

215 — Como por la muerte del padre, sus derechos y deberes que constituyen la patria potestad pasan á la madre viuda, no es dudoso que las obligaciones



del menor adulto por los actos y contratos que nos ocupan se conservan bajo la disposición de nuestro artículo, que limita su garantía común al valor de los bienes cuya administración y usufructo ó sólo el usufructo no corresponda á los padres, pues cuando la ley dice «el padre» se refiere también á la madre, porque también á ésta corresponde la patria potestad, como igualmente el usufructo de los bienes de los hijos,—art^o. 321 y 339.

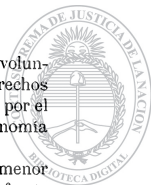
216—Expirada la patria potestad, el adulto de nuestra referencia entra bajo tutela, es decir, bajo el gobierno y dirección de un tutor que lo representa legítimamente y que obra por él en todos los actos civiles, sin su concurso y prescindiendo de su voluntad,—art^o. 411 y 445.

Entonces puede suscitarse la cuestión de saber, si las obligaciones contraídas por el menor durante la tutela, en razón de la industria, oficio ó profesión que ejerce separadamente, porque su padre lo autorizó para ello expresa ó tácitamente, tienen su garantía común *en todos sus bienes*, ó solamente en los que su administración y usufructo ó sólo el usufructo no tenía el padre cuando prestó su autorización.

La opinión que la limita á estos últimos nos parece la legal y justa, por estas razones:

1^a La autorización ó consentimiento paterno fué dado porque las obligaciones que contrajera el menor no obligarían más bienes que aquellos en que el padre no tenía el usufructo legal. Esta autorización debe seguir rigiendo en las condiciones limitadas con que fué dada, porque si se suprimen esas limitaciones, será otra distinta, no la dada por el padre, y no existe disposición legal que autorice esta modificación.

2^a La decisión contraria importa reconocer en el menor tan amplias facultades para comprometer toda



su fortuna, inconsulto su tutor y aun contra su voluntad, que resultaría acordársele más extensos derechos de disposición que los que da la emancipación por el matrimonio, lo cual no es aceptable en la economía del código.

3ª La declaración de que las obligaciones del menor recaerán solamente sobre los bienes cuyo usufructo no tengan los padres, no tiene por objeto salvaguardar los derechos de éstos, sino simplemente designar los bienes á que estará *limitada* la responsabilidad del hijo. En vano se dirá, por lo tanto, que habiendo desaparecido el usufructo legal no hay derechos de los padres que salvaguardar, y que el compromiso resultante de las obligaciones del hijo debe recaer sobre la totalidad de sus bienes, porque al recordar la ley del usufructo no lo hace sino como medio para determinar los bienes sujetos á la responsabilidad de los hijos y no para asegurar, repetimos, los derechos de los padres.

Art. 317. Cód. de Chile, art. 242.

Art. 318. *Los hijos de familia adultos, ausentes de la casa paterna, con licencia del padre, ó en país extranjero, ó en lugar remoto dentro de la República, que tuviesen necesidad de recursos para sus alimentos ú otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar, ó por el Cónsul de la República para contraer deudas que satisfagan la necesidad en que se hallaren.*

217—El fundamento de este artículo está en el deber que tienen los padres de alimentar á sus hijos,

deber que no se suprime aun cuando sus necesidades fuesen consecuencias de su mala conducta, según se dispone por el art. 302.

218—Las obligaciones que el menor contrajese con la autorización respectiva serán á cargo del padre, quien no podrá — á pretexto de ser excesivas — pretender rever la autorización judicial ó consular para reducir á menores términos la obligación del caso.

219—Nuestro artículo habla del hijo ausente de la casa paterna *con licencia* del padre, porque si se ausentó sin ella, o lo que es peor, contrariando su voluntad y substrayéndose á su autoridad, como en tales casos cesa en el padre el deber de prestar alimentos á su hijo, éste no tendrá derecho para pedir ser autorizado á contraer, á cargo de sus padres, deudas que satisfagan sus necesidades, — art. 407.

220—En el caso regular, es decir de ausencia con licencia paterna, si ocurriese que no era posible esperar sea la autorización del juez, sea la del cónsul, porque la urgencia del caso fuera tal que los auxilios vendrían tarde si se hubiera de entrar previamente, para obtenerla, en la comprobación de los hechos pertinentes, las subministraciones que al adulto se hiciesen sin la autorización consular ó judicial se juzgarán hechas con autorización de los padres, aplicando la regla del art. 303.

221—Por lo demás, si no fuese el hijo el ausente de la casa paterna, sino el padre, y se encontrase aquél en la situación del artículo que nos ocupa, no es dudoso que el juez del domicilio ó de la residencia del hijo deberá prestar la autorización necesaria para proveer á sus alimentos.





Art. 319. *Los hijos de familia no pueden demandar á sus padres sino por sus intereses propios, y previa licencia del juez del territorio, aun cuando tengan una industria separada ó sean comerciantes.*

222 — Es toda una desgracia el sólo hecho de que el hijo, aun cuando fuese en defensa de sus derechos, demande á sus padres.

El sentimiento universal se siente herido con semejante hecho, que denuncia que los vínculos de la naturaleza están rotos.

223 — Si la ley no puede prohibir que el hijo demande á sus padres por sus propios bienes, puede y debe prohibir que los demande por intereses ajenos. El amor y el respeto que los hijos deben á los autores de sus días, en toda edad y en todos los accidentes de la vida, y la altísima conveniencia que hay en impedir que sobrevengan motivos que entibien siquiera el amor con que la naturaleza liga á estos seres entre sí y hasta el decoro de la sociedad imponen la prohibición, al hijo, de demandar á sus padres por intereses que no sean suyos propios.

224 — Para la demanda por bienes que le pertenezcan, el hijo necesita indispensablemente licencia judicial.

¿Cuándo deben darla los jueces? ¿Cuándo deben negarla? Es imposible establecer reglas precisas, y por esta razón la materia está dejada al arbitrio judicial. La sabiduría de los magistrados decidirá en cada caso según sus circunstancias especiales, pudiendo, sin embargo, decirse en nombre de la naturaleza y de las conveniencias sociales, que deben ser mezquinos en concederla.



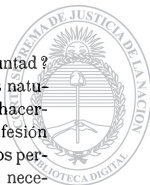
225 — No será necesario—para que se diga tratarse de bienes *propios del hijo*—el que sean exclusivamente suyos.

Serán estimados propios suyos y estarán por consiguiente comprendidos en la disposición legal los siguientes casos, por ejemplo: 1º Reclamación de un crédito perteneciente al hijo y un tercero en razón de sociedad; 2º Reclamación de una cosa indivisible legada al hijo en comunión con otros; artículos 2243 y 3850; 3º La reivindicación de un bien en que el hijo tenga con terceros una parte indivisa—art. 2713.

Art. 320. *No es precisa la autorización del padre para estar en juicio, cuando el hijo de familia adulto fuese demandado criminalmente, ni para las disposiciones de su última voluntad, ni cuando reconociere sus hijos naturales.*

226—Desde que el adulto es pasible de responsabilidad criminal, su capacidad para estar en juicio como demandado es y debe ser independiente de la autorización paterna, á la cual ni á ninguna otra debe estar subordinado el derecho que asiste á la sociedad para castigar á los delincuentes.

227 — Tampoco debe ser necesaria la autorización paterna cuando se trata de disposiciones de última voluntad, ó de reconocimiento de hijos naturales, porque siendo como son actos personalísimos, el agente debe disfrutar en ellos de entera libertad. Es condición exigida por la naturaleza del acto y por su importancia especial. Sin instrucciones determinadas y precisas ¿quién pudiera hacer por el testador sus



declaraciones y disposiciones de última voluntad? Siendo como es el reconocimiento de los hijos naturales una verdadera confesión, ¿cómo pudiera hacerla un tercero sin la expresa declaración ó confesión del que se estima padre? Son, repetimos, actos personalísimos, para los cuales no se concibe la necesidad de la autorización paterna, porque no existen motivos especiales que la impongan como una necesidad.

228— Disposición igual consagra el art. 214 en favor de la mujer casada, excepción hecha del reconocimiento de hijos naturales, que, según hemos dicho allí, no puede hacer con independencia de su esposo. Motivos muy especiales consagran esta decisión, que no es reclamada en el caso de un hijo de familia sujeto á la autoridad paterna.

229— Debe tenerse presente que no pueden testar los adultos menores de 18 años de edad, según el art. 3648.



Art. 321. *El padre y la madre tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, con excepción de los siguientes:*

1º De los bienes que los hijos adquirieran por sus servicios civiles, militares ó eclesiásticos;

2º De los que adquirieran por su trabajo ó industria, aunque vivan en casa de sus padres;

3º De los que adquirieran por casos fortuitos, como juego, apuesta, etc.;

4º De los que hereden con motivo de la incapacidad del padre para ser heredero.

230 — Para compensar en algo las tareas y sacrificios que imponen la crianza y educación de los hijos, la ley acuerda á los padres el usufructo de sus bienes durante estén los hijos bajo la patria potestad, sin descuidar por esto su alimento y educación, sino garantizando, por el contrario, la satisfacción de estas necesidades con la declaración que hace el art. 325, según la cual, una de las *cargas reales* del usufructo son los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción á su importancia.

231 — Dada la definición que el art. 298 hace de la patria potestad, es evidente que el usufructo sobre los bienes de los hijos es uno de los derechos componentes de ella. La ley 5, tít 17, part. 5ª, dice: «...deue ser la propiedad del fijo, que la ganó, e el usufructo del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el fijo.»



El derecho al usufructo nace, pues, con la patria potestad, y desaparece con ella.

Esta regla no tiene sino pocas excepciones, como se verá luego.

Comprueban la regla los siguientes pasajes:

El art. 337 cuando dispone, que, removido el padre de la administración de los bienes del hijo, el tutor especial á quien el juez la encargue, debe entregar al padre el sobrante de las rentas de los bienes después de satisfechos los gastos de administración y los de alimento y educación del menor. La razón de esta disposición está en que, no obstante haber sido separado de la administración de los bienes, el padre conserva la patria potestad, y por consiguiente, el usufructo.

El art. 338 cuando decide, implícitamente, es verdad, pero de un modo claro, que, la pérdida de la patria potestad implica la pérdida del usufructo, salvo el caso en que la patria potestad se perdiese *por demencia*, porque entonces se conserva el derecho al usufructo de los bienes del hijo.

Los términos del citado art. 338 autorizan para sostener que la ley decide que la patria potestad *se pierde* por la demencia del padre, y entonces es éste uno de los pocos casos de excepción á la regla que dice, que perdida la patria potestad, se pierde el derecho al usufructo, que es uno de sus componentes. Nosotros diríamos con la verdad científica, que la locura ó la insanidad *suspende* el ejercicio de la patria potestad, y entonces es lógica la conservación del derecho de usufructo, porque debe conservarse éste desde que se conserva aquélla.

232 — El usufructo es concedido así al padre como á la madre, porque tanto á ésta como á aquél corresponde la patria potestad; sólo que durante la vida



del padre á él corresponde el ejercicio del poder paterno, y como también es él el administrador legal de los bienes de los hijos, es él quien percibe el usufructo y lo aplica debidamente.

Y porque pertenece á uno y otro, como expresamente lo dice la ley, es que el sobrante, después de satisfechas *las cargas reales* que lo afectan, pertenece como *ganancial* á la sociedad conyugal, vale decir, al esposo y á la esposa. Los art^s. 1305 y 1306 hacen indiscutible esta conclusión, en cuyo sentido ofrece un argumento *a fortiori* el inc. 6º del último, porque si es ganancial lo que alguno de los cónyuges recibiese por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio, debe, con mayor razón, ser ganancial lo que el esposo recibiese por el usufructo de los hijos comunes, ó sea de los hijos del actual matrimonio.

233— Dado el caso de que por indignidad ó por desheredación del padre que tiene á su hijo bajo su potestad, heredase éste á sus ascendientes de conformidad á los art^s. 3335 y 3783, el usufructo y aun la administración de estos bienes no corresponden al padre, según aquellos artículos y el inc. 4º del que nos ocupa.

¿Entrarán á corresponder á la madre, sin consideración á que el padre vive aún y conserva la patria potestad sobre su hijo? No, porque en cuanto á la administración — es un tutor especial quien debe tenerla, — art. 431, inc. 3º — y en cuanto al usufructo, porque no correspondiendo á la madre la patria potestad mientras su esposo vive y la tiene, no le asiste título de adquisición. El usufructo de tales bienes pertenecerá al hijo.

234 — Si lo heredado por éste fuese por indignidad



ó desheredación de la madre, el padre que tuviese al hijo bajo su potestad, tendrá el usufructo de los bienes heredados, porque la incapacidad de la esposa no es un inconveniente para el ejercicio, ni amengua los derechos de la patria potestad; pero el sobrante del usufructo, después de satisfechas las cargas reales, no será ganancial: debe pertenecer exclusivamente al padre, porque de lo contrario quedaría burlada la disposición de los arts. 3335 y 3783, y del inc. 4º del que nos ocupa.

235—Nuestro artículo enumera los bienes cuyo usufructo no pertenece á los padres, pero á los enumerados hay que agregar los que el hijo adquiere por herencia, legado ó donación, cuando el testador ó el donante ha dispuesto que el usufructo corresponda al hijo, bien entendido, que, va implícita esta disposición, cuando el donante ó el testador dispone sobre el empleo ó aplicación determinada que deba hacerse de los frutos del usufructo, — artº. 323 y 324.

236—Cuando el inc. 2º del artículo que nos ocupa dispone con el 322, que, pertenecen al hijo en propiedad y usufructo los bienes adquiridos en ejercicio, por ejemplo, de la medicina, abogacía, ingeniería, de la música, pintura, estatuaria ó cualquier otro ramo de arte ó industria, debe entenderse cuando lo ejerce *separadamente* del que ejerciese su padre. Así lo dicen otros códigos y proyectos y así debe ser para que armonice con estas disposiciones:

Que el hijo de familia no puede «ejercer oficio, profesión ó industria *separada*, sin licencia ó autorización de sus padres»;—art. 309.

Que los hijos no tienen derecho á reclamar paga ó recompensa por los servicios, propios de su edad, que



prestasen á sus padres bajo cuya autoridad estuviesen;—art. 311.

Que los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad; art. 313.

237— Debemos decir para terminar estas notas, que el usufructo que los padres tienen sobre los bienes de los hijos difiere por su naturaleza de todo otro. La ley lo da á los padres en *su calidad de tales*. á consecuencia del deber que tienen de criar y educar á sus hijos, y hace parte de los derechos componentes de la *patria potestad*, la cual no está en el comercio. No puede de consiguiente ser cedido, ni arrendado, porque participa de la naturaleza de la patria potestad, de que es parte.

Mourlon dice á este respecto : «El derecho de goce
« legal atribuido al padre y á la madre sobre los bienes
« de sus hijos no constituye, como el usufructo ordinario, un desmembramiento del derecho de propiedad.
« —Es un atributo, un *auxiliar*, del poder paterno ; y
« como el poder paterno no está en el comercio y no
« es permitido enajenarlo en todo ó en parte, resulta
« que, á diferencia del usufructo ordinario, el padre ó
« la madre no puede enajenar su derecho de goce, ni
« hipotecarlo », tom. 1º, n. 1056.

Art. 321. L. 5, Tit. 17, Part. 4ª, y L. 13, Tit. 8, Part. 6ª—Cód. Sardo, art. 235. Estas leyes dan sólo el usufructo al padre. En cuanto á los bienes exceptuados, Cód. Sardo, art. 226—De Austria, 151, y Cód. Francés, art. 387. En contra : L. 7, Tit. 17, Part. 4ª. Las leyes 6 y 7 del mismo título conforme con el artículo en cuanto al peculio castrense, y en contra respecto á los otros bienes, LL. 4, 6 y 8; Tit. 61, Lib. 6, Cód. Rom.



Art. 322. *El usufructo de dichos bienes exceptuados, corresponde á los hijos.*

238— Apenas es necesario decir que no hay nada que autorice la desmembración de la propiedad de los bienes de los hijos de familia, concediendo á terceros el usufructo no acordado á los padres.

Deben corresponder á los hijos, en toda la plenitud de la propiedad, los bienes que adquieran por su trabajo ó industria separada, ó por herencia, legado ó donación en que el testador ó donante hubiese dispuesto que el usufructo no perteneciera á los padres, porque no se descubre un fin en cuyo servicio se dispusiera lo contrario.

239— El argumento que se deduce de la ley 11, tít. 4º, part. 6ª, que recuerda nuestro sabio codificador, se limitaría á los bienes que adquiriese el hijo como heredero en los casos de indignidad ó desheredación de sus padres; pero como la declaración de nuestro artículo es general y abraza todos los bienes exceptuados del usufructo legal, el fundamento del artículo no puede ser otro que el que queda expresado. Desde que no se descubre un fin en cuyo servicio la ley impusiera su gravamen sobre los bienes del menor, no ha podido sino declarar en su favor la plenitud de la propiedad.

Art. 322. Argumento de la L. 11, Tít. 4, Part. 6ª y Nov. 117.— Cód. Francés, art. 387—de Nápoles, art. 301—Sardo, art. 227.



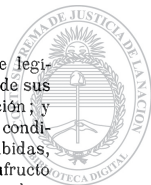
Art. 323. *Tienen también los hijos la propiedad y usufructo de los bienes adquiridos por herencia, donación ó legado, cuando el donante ó testador ha dispuesto que el usufructo corresponda al hijo.*

240— La ley toma en cuenta y sirve los intereses de los hijos de familia, permitiendo que el donante y el testador puedan disponer que los padres no tengan el usufructo de los bienes donados ó dejados á sus hijos. Es una cláusula ó modalidad que no lastima el decoro de los padres, que no compromete su autoridad paterna, ni pone trabas al desenvolvimiento de los principios fundamentales sobre que reposa la familia, lo que importa decir que es una cláusula justamente permitida.

241— Cuando se trata de un heredero forzoso y de su legítima, el testador no puede imponer condiciones, y si las impusiese *se tendrán por no escritas*. Su legítima corresponde al heredero, no por voluntad del testador, sino por disposición de la ley, y debe ir á sus manos en los términos y condiciones que ella le dedica.—Art. 3632.

Por consiguiente, el artículo que nos ocupa se refiere solamente á la sucesión voluntaria ó testamentaria, esto es, á la herencia deferida por solo la voluntad del testador,—art. 3314,—porque respecto de ella son permitidas las condiciones que éste quiera imponer, siempre que no sean contrarias á las buenas costumbres, ó imposibles legal ó físicamente.—Artículos 3642 y 3644.

242— Pero la herencia de una misma persona puede ser deferida en una parte por sólo disposición de la ley y en otra por voluntad del hombre ó sea del



testador, como sucedería si falleciese el padre legítimo con testamento por el cual mejorase á uno de sus hijos en la parte de bienes de su libre disposición; y como puede disponer de ésta imponiendo las condiciones que estimare convenientes, no siendo prohibidas, puede establecer que su viuda no tenga el usufructo legal en los bienes de la mejora, puesto que esta cláusula ó modalidad es permitida.—Art^º. 3314, 3625 y 3639.

Art. 324. *Es implícita la cláusula de no tener el padre el usufructo de los bienes donados ó dejados á los hijos de familias, cuando esos bienes fuesen donados ó dejados con indicación del empleo que deba hacerse de los respectivos frutos, ó rentas.*

243 — El testador ó el donante pueden determinar la aplicación que deba darse á los rendimientos ó frutos de los bienes dejados ó donados, porque es cláusula ó disposición que no está prohibida, y que está, por consiguiente, permitida; y desde que la imponen el donante ó testador, está implícitamente declarado que los padres no tengan el usufructo de los bienes, puesto que sus frutos ó rentas, no pueden tener más aplicación que la determinada.

244 — Establecido que fuese el hecho de estar designada la aplicación que debe darse al rendimiento de los bienes, no será permitido discutir si estuvo ó no en la intención del testador ó del donante que el usufructo no fuera para el padre y correspondiera al hijo, porque la afirmativa está declarada por la ley misma, y no se discute la decisión legal.

Goyena consigna limitativamente en el artículo 154



de su proyecto la disposición que nuestra ley generaliza. Dice así: « *Pertenecen al hijo en propiedad y usufructo los bienes donados ó mandados al hijo para el seguimiento de una carrera, ó el ejercicio de una profesión ó arte liberal* », y dando la razón de esta disposición dice: — « porque la determinación del objeto á que ha de aplicarse lo que se da, ó deja al hijo, envuelve de necesidad la prohibición de que el padre tenga el usufructo. »

Freitas generaliza la disposición en su artículo 1533, del cual es copia literal el nuestro.

Art. 324. L. 5, Tit. 17, Part. 4ª — Cod. Francés, art. 385 — de Nápoles, art. 299, y Sardo, 230 — y véase la importante L. 8, § 4, Tit. 61, Cód. Rom.

Art. 325. *Las cargas del usufructo legal del padre y de la madre son :*

- 1ª *Las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar ;*
- 2ª *Los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción á la importancia del usufructo ;*
- 3ª *El pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo ;*
- 4ª *Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los de entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo.*

245 — El usufructo sobre los bienes de los hijos es acordado á los padres como auxilio, y aun como compensación de los afanes y tareas de su crianza y educación, pero les es dado no como un beneficio llano,



concedido en el solo interés de los padres, sino con cargas que responden, las más, al bien de los hijos, y alguna, como la cuarta, á cubrir deudas de gratitud.

246 — Son establecidas en servicio de los intereses del hijo, las que pesan sobre todo usufructuario, con excepción de la de dar fianza, porque todas obedecen á la conservación de los bienes para su restitución en tiempo al nudo propietario. Libertar al padre de esas obligaciones sería hacer el sacrificio de los hijos, lo que no es aceptable, porque entraña injusticia.

247 — Se exceptúa la obligación de la fianza impuesta por el art. 2885 como regla general, porque habría impiedad en desconfiar del padre, respecto de un usufructo que no tiene más duración que la minoridad del hijo, ó un tiempo menor en el caso de emancipación por el matrimonio. Esta excepción fué siempre corriente en nuestro antiguo derecho, de conformidad á la ley 5, tit. 17, part. 4ª, pero es excepción limitada al usufructo que la ley da al padre y á la madre, sobre los bienes de sus hijos que están bajo su potestad, y no alcanza por consiguiente, al que tuviesen sobre los bienes de dichos hijos establecido por convención ó testamento de terceros. En estos últimos casos, los padres están sometidos á la regla general, art. 2892, y deben por lo tanto afianzar, á menos que el constituyente del usufructo los dispense de esta carga, lo cual es permitido hacer. Artículo 2885.

248 — La *segunda* de las que pesan sobre el usufructo legal, son «los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción á la importancia del usufructo».

Los padres están obligados á alimentar y educar



á sus hijos, no sólo con sus bienes propios, sino también con los de exclusiva propiedad de éstos, si los de ellos no fuesen suficientes; y desde que la ley les dedica el usufructo de los bienes de los hijos, justo es que las rentas ó productos de tales bienes queden afectados de un modo especial á cubrir los gastos de alimento y educación de los menores, en proporción á la importancia del usufructo; rentas que están protegidas — hasta el alcance de las necesidades de los hijos — contra el embargo que los acreedores de los padres puedan intentar, con cuyo sistema quedan de una parte beneficiados los padres con el usufructo, y de otra, asegurado el alimento y educación de los hijos.

249 — La *tercera* de las cargas, es «el pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo».

Una disposición contraria importaría la absorción del capital por los intereses, vale decir, el sacrificio del hijo y la violación del principio fundamental que requiere la conservación de los bienes, principio en el cual reposa el deber que la ley misma impone al usufructuario de hacer los gastos necesarios para dicha conservación. Es tan fundamental la razón en que se funda el deber que asiste á los padres de pagar los réditos vencidos durante el usufructo, que ella preside la disposición, entre otros, de los arts. 2915, 2932 y 2934.

250 — La *cuarta* es la de los gastos de enfermedades y entierro del hijo, como igualmente los de entierro y funerales del que lo hubiere instituido su heredero.

¿Cómo no destinar preferentemente á los gastos de enfermedad y entierro del hijo el producido ó la renta



de sus bienes? Nada más justo que dedicar al cuidado del menor en sus enfermedades y á su entierro los rendimientos de los bienes de su propiedad.

En cuanto á los de entierro y funerales del que instituyó heredero al hijo, basta observar que la falta de esta disposición importaría un vacío en las justas exigencias de la gratitud. Si no han de ser tributadas consideraciones al benefactor ¿á quién tributarlas?

La disposición de nuestro artículo obedece á una deuda sagrada, que padre é hijo tienen para con aquel que nombró su heredero al último.

251 — Nuestro artículo habla de los gastos de *entierro* y *funerales* y olvida los causados por la *última enfermedad*, que debieran ser los más favorecidos, porque son los dedicados á salvar la vida, que es, en la opinión universal, el supremo bien.

El art. 385 del código Napoleón designa — entre las cargas del usufructo legal — «*los gastos funerarios y los de última enfermedad*», sin declarar si son los referentes al hijo, ó los referentes á la persona que lo nombró su heredero.

Jurisconsultos hay — como Delvincourt — que sos tienen la primera opinión; pero la segunda es la generalmente seguida, en fuerza de los precedentes jurídicos.

Mourlon — T. 1º, nº. 1064 — recordando las razones que fundan la decisión general, dice: «Era de principio en nuestra antigua jurisprudencia que el padre « que tenía el goce legal de los bienes que el hijo « había recibido en una sucesión, debía pagar *de suo* « los gastos de la *última enfermedad* de la persona á « la que había sucedido el hijo.» Principio de evidente justicia, porque si se estima que debe cargar con los gastos *funerarios*, debe — con mayor razón — cargar con los de la *última enfermedad*.

252 — En los gastos de funerales ¿se comprenden ó no los gastos de luto de la viuda ó hijos del benefactor, cuando no tuviesen con que costearlo? El art. 3914, inc. 1º, autoriza á sostener la afirmativa.

Art. 326. *Las cargas del usufructo legal son cargas reales. A los padres por hechos ó por deudas no se les puede embargar el goce del usufructo, sino dejándoles lo que fuese necesario para llenar aquéllas.*

253 — Las cargas ú obligaciones que pesan sobre el usufructo legal de los padres, cargas que enumera el artículo anterior inmediato, son cargas reales, es decir, son obligaciones de pago preferente con los bienes sobre los cuales pesan las cargas. Los acreedores de los padres, sea que sus créditos procedan de hechos lícitos ó ilícitos, sea de convención ó de un acto jurídico cualquiera, no pueden embargar *el goce* del usufructo, es decir, sus rendimientos ó rentas, sino dejando á los padres lo necesario para satisfacer las cargas que pesan sobre el usufructo.

254 — El usufructo en sí es, como un derecho, un bien estimable, que está en el comercio, forma parte del patrimonio y puede ser materia de contratos y actos jurídicos, y puede por consiguiente, ser embargado por los acreedores del usufructuario, en cuyo caso las cosas sobre las que existe el usufructo pasan á poder del embargante ó de un tercero, bajo fianza suficiente de su conservación y restitución, — art. 2942.

255 — ¿Es aplicable esta regla del derecho común al usufructo legal de los padres? Pensamos que no, y nos fundamos en lo siguiente:





La patria potestad es el conjunto de *los derechos* que la ley concede á los padres sobre la persona y *los bienes* del hijo legítimo, mientras sea menor de edad y no esté emancipado. Luego el usufructo es parte componente de la patria potestad y debe participar del carácter de éste; y como ella está fuera del comercio, porque es la base fundamental de la organización de la familia, lo que importa decir que constituye un principio de orden público, no puede ser materia de contratos, ni embargable por los acreedores. El usufructo legal pertenece al padre en su calidad de padre, como á jefe de la familia que tiene poder y autoridad sobre sus hijos, de cuyos bienes tiene el uso y goce; y los administra, no en razón del usufructo que sobre ellos le es concedido, sino por motivos que dicen relación á la organización de la familia y consiguientemente al orden de la sociedad.

En estas condiciones, el usufructo legal no puede ser embargado, sino simplemente el sobrante de los rendimientos ó rentas, después de deducido lo necesario para cubrir las cargas reales.

En el caso de conducta dolosa de los padres para ocultar el rendimiento de los bienes, el acreedor podrá pedir y el juez decretar el nombramiento de un interventor y el deber de llevarse cuenta detallada del producido de los bienes sujetos al usufructo.

256— Los acreedores que no pueden embargar parte alguna de los frutos ó rentas, porque todos los rendimientos están absorbidos por las cargas reales, tampoco podrán oponer la compensación cuando fuesen deudores del menor; y sólo podrán oponerla hasta el alcance del sobrante, deducidas las cargas reales, si quedare alguno.

Véase Zachariæ, § 189, nota 15.



Art. 327. *El padre es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aun de aquellos bienes de que no tenga el usufructo.*

257 — El derecho de administrar los bienes de los hijos es otra de las facultades que debe tener el padre, jefe del hogar, y en su defecto la madre,—art. 339,— como condición de buena organización de la familia.

Los hijos menores de edad están, á consecuencia de su incapacidad para obrar por sí mismos, bajo la autoridad y poder de los padres, los cuales pueden estar por ellos en juicio como actores ó demandados y tienen el deber de criarlos y educarlos conforme á su condición social y fortuna. El amor que el padre profesa al hijo y los anhelos, afanes y abnegación que á impulsos de la naturaleza despliega en su favor, buscando su mayor felicidad, son la más perfecta garantía del acierto y seguridad en la administración de sus bienes, y natural y justo es que le sea confiada por la ley.

258 — Pero hay casos en que la administración de ciertos bienes no le pertenece, como son—por ejemplo—aquellos en que el testador ó el donante imponen la condición de que no los administre el padre,—art. 328.—La ley permite esta condición para facilitar en favor del hijo la liberalidad de las personas que, por un motivo cualquiera, aun el de la antipatía al padre, no quisieran que éste administrase los bienes que dejaran por testamento, ó donaran á los hijos, administración que en tales casos debe estar á cargo de un tutor especial, dado por el juez, según la disposición del art. 431, si el donante ó testador no designasen la persona que deba administrarlos.



Tampoco pertenece á los padres la administración de los bienes que constituyan el capital del establecimiento industrial que tuviese el hijo, separadamente, con autorización expresa ó tácita de ellos, porque la administración de tales bienes la tiene el hijo con independencia de sus padres.—Art^o. 309 y 317.

Tampoco tienen la administración de los bienes de sus hijos los padres que fuesen menores de edad y hubiesen contraído matrimonio *sin las autorizaciones necesarias*, porque no siendo emancipados y conservándose bajo la autoridad paterna ó tutelar, su incapacidad legal para obrar por sí mismos en los actos de la vida civil no puede permitirles tener la administración de bienes ajenos, cuando ellos mismos están inhabilitados, por su minoridad, para entrar en posesión y administrar los propios.—Art. 170.

Pero tendrán el usufructo de aquellos bienes, porque la disposición penal del citado art. 170, que no les permite tener la administración, no les niega el usufructo, y se puede tener éste sin tener aquélla. Art^os. 329 y 337.

259 — No tienen igualmente la administración de los bienes que los hijos heredasen ocupando el lugar de sus padres desheredados, porque la ley les niega la administración de tales bienes.—Art. 3783.

Art. 327. L. 5, Tit. 17, Part. 4^a—Cód. Sardo, art. 231. El Cód. Francés, art. 389, de Holanda, art. 362, y el de Nápoles. art^os. 291 y 311, ponen la cláusula: *durante el matrimonio*. Según el artículo y el Cód. Sardo, el padre ni por enviudar, ni por contraer segundas nupcias, pierde la administración de los bienes de los hijos menores de edad.



Art. 328. *El padre no tiene la administración de los bienes donados ó dejados por testamento á los hijos, cuando han sido donados ó dejados bajo condición de que no los administre.*

260 — Esta condición es permitida por la ley para facilitar en bien del hijo las liberalidades de aquellos que, aun cuando no estimasen á los padres, profesasen cariño á sus hijos.

261 — La condición de no administración puede ser simple ó llana como la prevé nuestro artículo, y entonces la administración debe ser dada á un tutor especial nombrado por el juez, según el art. 431, inc. 3º; ó con designación de la persona que deba administrar los bienes—inc. 6º, y el juez en tal caso debe confirmar esta designación, si no hubiesen motivos de derecho que impongan lo contrario.

La ley autoriza al testador y al donante para designar á su voluntad la persona que debe tener la administración de los bienes donados ó dejados por testamento, pero á condición de que respeten las disposiciones prohibitivas del derecho.

Art. 329. *La condición que prive al padre de administrar los bienes donados ó dejados á los hijos, no le priva del derecho al usufructo.*

262 — El usufructo que tiene el padre en su calidad de tal sobre los bienes de sus hijos, es obra exclusiva de la ley, como la ley es la que lo hace el administrador de los bienes del hijo.



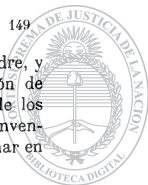
El usufructo y la administración son cosas distintas y separadas: se puede tener aquél y carecer de ésta. Por consiguiente, el hecho de que el donante ó el testador nieguen al padre la administración, no importa negarle también el usufructo, porque lo uno no va implicado en lo otro. El usufructo es un derecho del padre, y es necesario una manifestación inequívoca de la voluntad para que le quede retirado. El testador ó donante pueden, á su arbitrio, disponer que el padre no tenga el usufructo,—art. 323,—pero cuando esta disposición no existe, el padre tiene el usufructo aun cuando no tenga la administración de los bienes.

Ocurre lo mismo con el usufructo, es decir, cuando el donante ó testador se limitan á disponer que el usufructo corresponda al hijo: el padre conserva su derecho de administrar los bienes dejados ó donados. Art^ºs. 323 y 327.

263 — Pero es de derecho expreso que el donante ó testador pueden disponer que no tenga la administración, ni el usufructo, — art^ºs. 323 y el 329 que nos ocupa.

Art. 330. *En los tres meses subsiguientes al fallecimiento del padre ó de la madre, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio, y determinarse en él los bienes que correspondan á los hijos, so pena de no tener el usufructo de los bienes de los hijos menores.*

264 — El inventario es un acto esencialmente conservador, en el sentido de que perpetúa el conocimiento de los bienes que pertenecen á una persona y sirve de base para reclamarlos ó establecer las responsa-



bilidades del tenedor ó poseedor ; y como el padre, y en su caso la madre, tienen la administración de bienes ajenos (de sus hijos) y el usufructo de los mismos, están obligados á doble causa á hacer inventario de los bienes del matrimonio, y determinar en él los que correspondan á los hijos.

265 — Para el cumplimiento de esta obligación se tiene el término de tres meses, contados desde el día del fallecimiento del padre ó de la madre ; y el sobreviviente de ellos que no la cumpliera, no tendrá el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos menores.

266 — Esta obligación del inventario armoniza con la que, por disposición del art. 2880, tienen los usufructuarios en general, con esta diferencia, que el incumplimiento del deber por parte del padre le ocasiona la pérdida del usufructo, en tanto que el incumplimiento de la obligación por parte de los usufructuarios en general no les suprime el usufructo, sino que simplemente causa la presunción *juris* de que los bienes se hallaban en buen estado cuando los recibieron. Es que el usufructo de los padres es concesión de la ley, y la ley misma puede negárselo como castigo á una contravención, mientras que el de los demás es fruto de la convención privada ó de testamento de terceros, y la ley, no pudiendo tocarlos, se limita á favorecer al nudo propietario, estableciendo la presunción del buen estado de los bienes cuando fueron recibidos por el usufructuario.

267 — La determinación de los bienes como propiedad de los menores se hace por medio de las operaciones de liquidación y partición de los bienes de la sociedad conyugal y separación de los bienes dotales, dedicando al menor ó á los menores los que correspondan para cubrir su haber legítimo.



Si al hacer el inventario existiesen bienes conocidos de propiedad del hijo, debe consignárselos en esta calidad en el instrumento, lo que puede suceder por haberlos adquirido por donación, legado ó testamento, ó porque los padres hubiesen hecho partición y adjudicación de bienes por donación entre vivos ó por testamento, en uso de las facultades concedidas por el art. 3548 y siguientes, lo que constaría en los respectivos instrumentos.

268— Como lo dice el artículo que nos ocupa, el inventario que al esposo sobreviviente incumbe hacer, debe ser judicial, como judiciales deben ser también las operaciones de liquidación y partición, como expresamente lo dispone el art. 3499 en su inc. 1º.

269— Por lo demás, la ley no exige que dentro del plazo de tres meses se termine el inventario, y menos que queden hechas las operaciones de liquidación, partición y adjudicación que determinen los bienes que correspondan á cada uno de los hijos menores, porque pueden ocurrir, como frecuentemente ocurren, motivos que retarden estas operaciones. El sobreviviente de los padres dejará cumplida su obligación si, sin gran retardo, las promueve dentro de los tres meses del plazo legal.

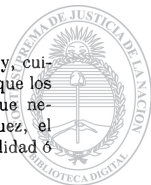


Art. 331. *Los padres no pueden enajenar sin autorización del juez del domicilio, los bienes inmuebles de los hijos, ni las rentas que estén constituidas sobre la deuda nacional; ni constituir derechos reales sobre dichos bienes; ni transferir derechos reales que pertenezcan á los hijos sobre bienes de otros; ni comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes muebles ó inmuebles de sus hijos en remate público; ni constituirse cesionarios de créditos, derechos ó acciones contra sus hijos, á menos que las cesiones resulten de una subrogación legal; ni hacer remisión voluntaria de los derechos de sus hijos; ni hacer transacciones privadas con sus hijos de la herencia materna de ellos, ó de herencia en que sean con ellos coherederos ó legatarios; ni obligar á sus hijos como fiadores de ellos ó de terceros.*

270—El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos que están bajo su potestad, aun de aquellos sobre los que no tenga el usufructo, y le asiste la facultad de celebrar á nombre de ellos, sin su intervención, actos y contratos sobre sus bienes, en los límites de su administración, es decir, de sus poderes de mandatario, límites de los que, los principales son los enumerados por el presente artículo.

271—La primera de las limitaciones es, que «los padres no pueden enajenar sin autorización del juez del domicilio los bienes inmuebles de los hijos».

Por punto general, la propiedad inmueble es la base



más sólida de la fortuna, y es por eso que la ley, cuidando del futuro de los menores, no permite que los padres puedan enajenarla á su arbitrio, sino que necesitan, para hacerlo, de la autorización del juez, el que no debe darla, sino en caso de positiva utilidad ó de verdadera necesidad.—Arg. del art. 472.

272—La autorización debe ser dada por «el juez del domicilio», dice nuestro artículo.

¿De qué domicilio?

Del *real* del padre, porque éste es también el de sus hijos menores que están bajo su potestad.—Artº. 89 y 90, inc. 6º.

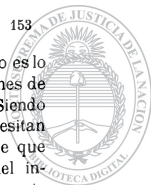
Cuando se tratase de inmuebles situados fuera de la república y sus padres tuviesen su domicilio *real* en ésta ¿de quién deberán solicitar la autorización para enajenar? ¿Del juez del domicilio ó del juez *rei sitæ*?

Pensamos que de aquél y no de éste, sin perjuicio de que el modo de la enajenación y demás condiciones del acto deban ajustarse á las leyes del lugar de la ubicación del inmueble.

En el lugar del domicilio real del padre tiene su asiento su familia: allí residen los hijos, allí reciben su educación; y es precisamente con sujeción á los antecedentes que allí actúan y se desenvuelven en relación á las necesidades de los menores, que puede apreciarse con mayores seguridades de acierto, la conveniencia de la enajenación de sus bienes.

La necesidad de solicitar el permiso del juez del domicilio no contradice el principio del régimen de los inmuebles, por la *lex rei sitæ*, establecido por los artº. 10 y 444.

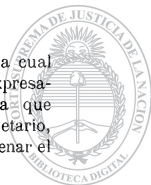
273—Los padres no pueden enajenar sin licencia judicial los inmuebles *de los hijos*, dice la ley, disposición que debe entenderse limitada á los bienes que



son de *exclusiva* propiedad de los menores. No es lo mismo bienes de menores ó *de los hijos*, que bienes de los hijos y de terceros copropietarios con ellos. Siendo de la clase de estos últimos, los padres no necesitan autorización judicial para su enajenación, desde que ésta sea requerida por el tercero condueño del inmueble, porque siendo esta una facultad expresamente concedida á los tutores por el art. 473, deben tenerla los padres *a fortiori* en iguales condiciones, porque jamás pueden tener ni tienen éstos menores facultades de administración que la que tienen aquéllos.

274— Cuando el tercero copropietario no exigiese la enajenación del inmueble común, ¿podrá el padre, sin autorización judicial, requerir la venta ó enajenación y proceder á ella? Nuestra opinión es por la negativa.

Las consideraciones de que se trata de un padre y no de un simple tutor; de que el usufructo que tiene sobre los bienes del hijo impulsándolo á servir su propio interés lo arrastra á servir los de éste, y finalmente que, concurriendo un tercero interesado que no admitirá una enajenación desventajosa, queda suficientemente garantizado el menor, no son bastantes para apartarse de la regla que niega á los padres la facultad para enajenar sin autorización judicial los inmuebles de sus hijos. Estas consideraciones han sido probablemente tenidas en cuenta por el legislador, quien ha establecido, sin embargo, la prohibición recordada, sin crear más excepción que cuando *el copropietario exige* la enajenación del inmueble común; excepción que se impone por la naturaleza de las cosas cuando el bien no admite división sin grandes perjuicios para el condueño, teniéndose en tal caso una necesidad jurídica de venta que hace innecesaria la licencia judicial.—Art. 1358, inc. 3º. Se trata de



una disposición de carácter prohibitivo, contra la cual no pueden invocarse sino las excepciones expresamente creadas por la ley, y no hay ninguna que permita al padre requerir él del tercero copropietario, imponerle y proceder sin licencia del juez á enajenar el inmueble de condominio del menor.

275 — La *segunda* prohibición es, que los padres no pueden vender «las rentas de los hijos que están constituidas sobre la deuda nacional ».

Responde esta disposición, como la anterior, á la conservación de los bienes de los hijos que por su clase ó por su buena colocación están libertados, por regla general, de la influencia destructora del tiempo. La prohibición que nos ocupa está repetida en el art. 1485, que no permite á los padres hacer cesión de las inscripciones de la deuda pública, nacional ó provincial, que están á nombre de sus hijos que tengan bajo su potestad, sin expresa autorización del juez del territorio. Es que no hay deudor más seguro, ni más solvente que el gobierno de los Estados, deudor que no muere mientras vive la sociedad á quien representa.

276 — La *tercera* restricción es, que no pueden constituir derechos reales sobre los bienes inmuebles de sus hijos.

Los derechos reales de uso, habitación, usufructo, anticresis, servidumbres activas é hipoteca, son por su naturaleza una especie de enajenación, que con justicia y guardando lógica la ley prohíbe á los padres constituir sobre los bienes de sus hijos sin autorización judicial, como les prohíbe enajenarlos sin ella. Que la constitución de aquellos derechos importa ó es estimada como una especie de enajenación, es corriente entre los jurisconsultos y tiene firme fundamento en nuestra ley, como quiera que en su concepto explícito

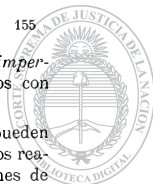
el dominio es *menos pleno* y se hace por tanto *imperfecto* cuando está gravado respecto de terceros con algún derecho real.

277—La *cuarta* prohibición es, que no pueden transferir sin autorización del juez, los derechos reales que correspondan á los hijos sobre los bienes de otros.

Consideraciones de índole igual á las expuestas anteriormente fundan esta cuarta prohibición, porque siendo los derechos reales una parte del dominio, natural es que se prohíba á los padres transferir, sin autorización judicial, los que sus hijos menores tuviesen sobre los bienes de terceros.

278—La *quinta* limitación es, que les está prohibido «comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes muebles ó inmuebles de sus hijos en remate público»,—prohibición que el artículo 1395 repite en estos términos:—«Es prohibida la compra, *aunque sea en remate público*», lo que importa prohibirla con mayor razón por acto privado, «á los padres de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad».

La razón de la prohibición está en que, para asegurar una buena administración, se hace necesario alejar al administrador de todo interés y por consiguiente de toda posibilidad de adquirir para sí los bienes que administra. Es tan fundamental esta consideración que en ella reposa la igual prohibición que la ley hace á los tutores, curadores, mandatarios, albaceas, etc.—art. 1395 antes citado;—y como se trata del padre, á quien la naturaleza impone deberes de desinterés y de abnegación en favor de sus hijos, la prohibición que nos ocupa armoniza con las cualidades que debe tener como administrador de los bienes de sus hijos que están bajo su potestad.





El derecho romano tiene consagrada esta prohibición en estos términos: «*Non licet ex officio quod administrat quis emere quid, vel per se vel per alienam personam.*» L. 46, de contr. empt.;—regla que falla en el caso de venta pública, en el cual se aplica la l. 5, cód. de dic. contr.; pero por nuestro derecho, como ya queda visto, no existe la excepción, y se aplica la regla, aun en caso de remate público.—Art. 1395.

La *sexta* limitación es, que, está prohibido á los padres «constituirse cesionarios de créditos, derechos ó acciones *contra* sus hijos, á menos que las cesiones resulten de una subrogación legal.»

279—La regla contraria conduciría á despertar en los padres un interés personal contra sus hijos, inspirado por su calidad de acreedor contra éstos, y quitada á su administración las cualidades que la naturaleza y la ley exigen de consuno, y comprometería fácilmente, además, el cariño y la armonía que entre ellos deben existir, no sólo en culto á la naturaleza, sino también en servicio de la sociedad, entibiando los sentimientos de desinterés y de abnegación que deben señalar al padre en favor de sus hijos.

Esta prohibición á los padres constituye la primera regla, puede decirse, de toda administración, así pública como privada, y la establecen perentoriamente, entre otros, los artºs. 1476 y 1477.

280—La *séptima* prohibición consiste en no poder «hacer remisión voluntaria de los derechos de sus hijos».

Se trata de derechos creditorios, y el artículo prohíbe á los padres hacer remisión voluntaria de ellos, sin autorización judicial. Es una limitación necesaria y justa á las facultades de la administración paterna, porque la remisión es una especie de enajenación, y es de buena doctrina y regla en nuestro derecho escrito

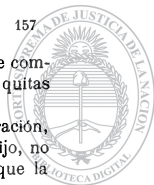
que en las facultades de la administración no se comprenden las de enajenar, remitir deudas, hacer quitas *et cetera*. Art^{os}. 1914 y 1915.

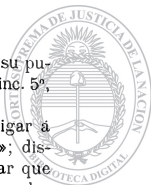
Aun cuando el padre, á mas de la administración, tuviere también el usufructo de los créditos del hijo, no podrá hacer remisión voluntaria de ellos, porque la prohibición es general y alcanza á estos casos, los cuales están, además, legislados en el sentido dicho y en términos inequívocos, por el art. 2939, que dice así:— «El usufructuario de créditos no puede cobrarlos por entrega voluntaria que se haga de bienes, ni hacer novación de ellos . . . ni hacer *remisión voluntaria*.»

Y se dice voluntaria, porque el padre puede hacer ó admitir la remisión que resulte de una disposición legal, como en el caso de concurso de acreedores en que, en razón del número de éstos, ó del capital que representan, sea obligatorio para los demás el concordato en que se haga remisión parcial de los derechos creditorios.

281 — La *octava* prohibición es que «no pueden hacer transacciones privadas con sus hijos de la herencia materna de ellos, ó de herencia en que sean con ellos coherederos ó legatarios».

Desde que hay intereses concurrentes y están ó pueden estar en contradicción los unos con los otros, ora sea respecto de la herencia materna, ora respecto de otra en que los padres y sus hijos sean coherederos ó legatarios, no es permitido á aquéllos hacer transacción privada con éstos, sino que se requiere, para que sea valedera, que sea aprobada por el juez. La defensa y protección debidas al menor imponen esta necesidad, que, por otra parte, es ineludible, porque no pudiendo el menor de edad actuar y estipular por sí mismo, debe dársele un tutor especial que entienda en la transacción, y este representante del menor no





puede hacer transacción sobre los derechos de su pupilo sino *con autorización judicial*.—Artº. 477, inc. 5º, y 875, inc. 6º.

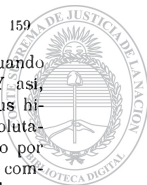
La *novena* prohibición es que no pueden «obligar a sus hijos como fiadores de ellos, ó de terceros»; disposición justa, que se impone con sólo recordar que sin esta prohibición, en la generalidad de los casos, los hijos serían víctimas de los errores é imprudencias de sus padres. Con la facultad de obligarlos con fiadores suyos ó de terceros, se borrarían de hecho las prohibiciones de vender, hipotecar, etc., los bienes de sus hijos, porque serían ejecutados para cubrir deudas del padre ó de terceros.

Es tan justa é indispensable la prohibición de la referencia, que el inc. 3º del art. 2045 la repite—generalizada—declarando que *ni aun con la autorización judicial* pueden los representantes necesarios obligar á sus representados como fiadores.

282—Nuestro artículo dice que los padres no pueden, *sin autorización del juez*, ejecutar los actos que quedan enumerados. ¿Podrán con dicha autorización ser *ellos* los compradores ó adquirentes de los bienes de sus hijos, de sus rentas constituidas sobre la deuda nacional, de los derechos reales que se constituyeren sobre los bienes de los menores, ó de los de éstos sobre bienes de terceros cuya transferencia sea autorizada? ¿Será permitido que con la autorización judicial la remisión voluntaria de los créditos de los hijos se haga en favor de los padres?

La contestación es sencilla.

Si la ley dice que los padres no pueden ejecutar—*sin autorización judicial*—los actos de la referencia, la consecuencia es que pueden ejecutarlos con dicha autorización, en fuerza de que es permitido lo que no está prohibido. Por consiguiente, es necesario una dis-

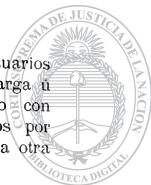


posición de la ley para negarles facultad, aun cuando tuviesen en su favor la autorización del juez. Y así, cuando los padres obligasen como *fiadores* á sus hijos *con autorización judicial*, el acto sería absolutamente nulo, porque está expresamente prohibido por la ley.—Art. 2045, inc. 3°. Les está prohibido comprar, aunque sea en remate público, los bienes de sus hijos y, por consiguiente, el juez no puede aprobar la compra que hicieren, y el acto estaría viciado de nulidad absoluta y manifiesta aun cuando contase con la aprobación judicial.—Art. 333 y 1072.

Art. 331. L. 24, Tít. 13, Part. 5°.—L. 6, § 2, Tít. 61, Lib. 6, Cód. Rom.—Cód. Sardo, art. 232—de Nápoles, art. 291 y 92—de Holanda, art. 364. El Cód. Francés guarda silencio.

Art. 332. *No podrán tampoco enajenar los ganados de cualquier clase, que formen los establecimientos rurales, sino aquellos cuya venta es permitida á los usufructuarios que tienen el usufructo de rebaños.*

283— Los padres son *administradores* de los bienes de sus hijos y á la vez *usufructuarios* de los bienes de los mismos; y teniendo presente que los establecimientos ganaderos son en la República Argentina, como en otros muchos países, uno de los ramos más productivos del comercio humano, se ajusta la ley á nuestras condiciones generales de prosperidad cuando cuida de la conservación de los establecimientos rurales de los menores, prohibiendo á los padres — en su calidad de administradores — la enajenación de los ganados de cualquiera clase que formen esos establecimientos, y permitiéndoles, en razón del usufructo legal, la venta de aquellos



cuya enajenación es permitida á los usufructuarios que tienen el usufructo de rebaños, con la carga u obligación de conservar el capital, reponiendo con las crías que nacieren los animales perdidos por muerte natural, ó que faltasen por cualquiera otra causa, —art^º. 2841, 2897 y 2936.

Art. 333. *Los actos de los padres contra las prohibiciones de los dos artículos anteriores son nulos y no producen efecto alguno legal.*

284—Es regla general que los actos prohibidos son nulos cuando la ley no designa otro efecto para los casos de contravención, —art. 18.

El legislador no ha estimado bastante esta disposición general, y ha declarado especialmente que los actos que ejecutasen los padres contra las prohibiciones de los art^ºs. 331 y 332, serán nulos y no producirán efecto alguno legal.

285—¿ De qué clase es esta nulidad ?

¿ Es manifiesta ?

¿ Es absoluta ?

286—No es dudoso que se trata de una nulidad manifiesta, porque se denomina tal la que es pronunciada expresamente por la ley contra el acto de que se trata, —art. 1072, — y se tiene en los casos de nuestro artículo que la ley declara, en términos inequívocos, nulos los actos que ejecutasen los padres contra las prohibiciones de la referencia ; agregando, para más acentuar el carácter de la nulidad, que no producen efecto legal alguno.

287—Y que la nulidad es absoluta, tampoco es dudoso en el campo de la ley escrita, por cuanto



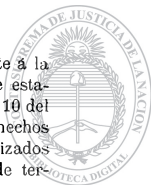
no sólo se declara expresamente que los actos contra las prohibiciones recordadas son nulos, sino que se agrega que «*no producen efecto alguno legal*», encuadrando esta declaración en la regla que dice : *quod nullum est, nullum producit effectum* ; regla que sólo es verdadera cuando la nulidad es absoluta, porque cuando es relativa, el acto produce efectos legales mientras no se haga, á petición de parte, su declaración, y por consiguiente, cuando la ley misma, después de declarar la nulidad de los actos, agrega que *no producen efecto legal alguno*, establece evidentemente que la nulidad con que los fulmina es *absoluta*.

Que esta conclusión pueda no ser científica respecto de algunos de los actos prohibidos, ni útil á los intereses de los menores hijos de familia, no discutimos en este lugar, y nos limitamos á consignarla como legal.

Art. 334. *Los arrendamientos que los padres hagan de los bienes de sus hijos, llevan implícita la condición que acabarán cuando concluya la patria potestad.*

288 — La razón principal de este artículo está en la necesidad de que cuando el hijo de familia llegue á la mayor edad, ó se emancipe por el matrimonio legítimo, sus bienes estén libres de reato, para que pueda entrar en posesión, administrar y disponer de ellos con la libertad del propietario, salvo las restricciones legales, — art^º. 129, 131 y 135.

289 — En mérito de la condición implícita legal, aun cuando el arrendamiento fuese por tiempo fijo ó determinado, si antes de su expiración sobreviniese la conclusión de la patria potestad, el arren-



damiento terminará. Esta disposición referente á la administración de los padres, está igualmente establecida respecto á la de los tutores en el inc. 10 del art. 477, que declara, que los arrendamientos hechos por el tutor, «aún los que se hicieran autorizados « por el juez, llevan implícita la condición de terminar á la mayor edad del menor, ó antes si « contrajese matrimonio, aun cuando el arrendamiento sea por tiempo fijo».

290 — La condición implícita legal no es un obstáculo para que, cuando no se ha estipulado término fijo y los casos se rijan por los arts. 1540 á 1542, se pueda intimar la cesación del arriendo y demandar la restitución de la cosa después del vencimiento de los plazos de los arts. 1543 y 1644, aun existente la patria potestad.

291 — La patria potestad se acaba por muerte de los padres ó de los hijos ; por incurrir el padre ó la madre en pérdida de ella ; por profesión de los padres ó hijos en institutos monásticos ; por llegar los hijos á la mayor edad ; y, finalmente, por emancipación de los hijos ; y como la disposición de la ley que crea la condición implícita en todo y cualquiera arrendamiento es general, abraza, sin duda, todos los casos y se tiene que el arrendamiento, cualquiera que sea, concluye con la expiración de la patria potestad.



Art. 335. *Los padres perderán la administración de los bienes de sus hijos, cuando ella sea ruinosa al haber de los mismos, ó se pruebe la ineptitud de ellos para administrarlos, ó se hallen reducidos á estado de insolvencia y concurso judicial de sus acreedores. En este último caso podrán continuar con la administración, si los acreedores le permiten y no embargan su persona.*

292 — En consultación á la autoridad paterna y á los intereses de los padres y de los hijos, la ley atribuye á los primeros la administración de todos los bienes de los segundos, aun de aquellos en que no tuvieren el usufructo legal ; pero no ha descuidado el interés de los hijos, en cuyo favor ha dictado, por el contrario, disposiciones encaminadas á salvar sus bienes.

La principal de ellas es la consignada en este artículo, es decir la pérdida ó privación de la administración, la que se produce por dos causas generales, según la disposición legal :

1^a Cuando es ruinosa á los intereses de los hijos ;

2^a Cuando el padre está en estado de insolvencia y se encuentra bajo concurso judicial de sus acreedores.

La administración paterna puede ser ruinosa al haber de sus hijos ó por mala conducta, vale decir, por procederes reprensibles, ó por ineptitud para el manejo de los intereses, ineptitud que bien puede ser natural y coetánea con la paternidad, bien sobrevenida como resultado de enfermedades ú otros accidentes.



Del mismo modo, la insolvencia que provocara el concurso de acreedores puede proceder de causas imputables al padre ó debida sólo á desgracias que no induzcan responsabilidad, sin que la naturaleza de los motivos influya para la resolución legal, porque el objeto de la ley no es — en el caso — castigar la conducta de los padres, sino simple y exclusivamente salvar los intereses de los menores. Desde que sus bienes sufren quebrantos, ó sus padres están inhabilitados para la administración, la ley viene en protección de los hijos, autorizando la supresión ó cesación del derecho de administrar acordados á los padres, cesación que se hace sin averiguar si su insolvencia y concurso proceden ó no de causas culpables, ó si su ineptitud es natural, ó procedente de excesos que la misma naturaleza castiga.

293 — Sin duda que debe recomendarse á los jueces que no priven á los padres de la administración de los bienes, sino cuando esta medida sea imperiosamente reclamada por el interés de los hijos, porque se trata de un atributo de la patria potestad que no debe ser suprimido por motivos ligeros; pero no puede hacerseles tal recomendación «*porque sea dudoso si el tutor mismo es removible por ineptitud*», porque semejante duda no es posible en nuestro derecho.

El fin de la tutela es el bien del menor. ¿Cómo explicar, cómo consentir el sacrificio del pupilo á nombre de una inamovilidad injustificable? Los tutores deben ser apartados de la tutela cuando «*se conduzcan mal respecto á la persona, ó en la administración de los bienes del menor*». Se conduce mal en la administración el que por *ineptitud* lleva á la ruina los intereses del pupilo, y el tutor inepto debe ser removido de su cargo.—Hemos de volver sobre este punto al ocuparnos del art. 491.



294— Encontrarse en estado de insolvencia y concurso de acreedores, es otra causa que hace perder la administración. Es que la ley viene en protección de los hijos haciendo cesar la administración de los padres en razón de los peligros que en su estado de insolvencia y concurso se entrañan, pues bien puede suceder que para salvar su crédito, su nombre ó su libertad sacrifiquen los bienes de sus hijos. La prueba de ser esta la razón de la ley está en el art. 336 que declara: que no obstante su *insolvencia*, los padres pueden continuar en la administración de los bienes de sus hijos, *si dieren fianzas ó hipotecas suficientes*.

Nuestro artículo agrega que no obstante su insolvencia y concurso, los padres podrán continuar con la administración si sus acreedores *les permiten y no embargan su persona*, lo que puede tener lugar en los casos en que los acreedores puedan autorizar la rehabilitación del fallido y no proceda su prisión independientemente de la voluntad de ellos.

Art. 336. *Los padres aun insolventes, pueden continuar en la administración de los bienes de sus hijos, si dieren fianzas ó hipotecas suficientes.*

295-- Quedan así consultadas estas dos cosas: 1ª Asegurar los intereses del hijo; 2ª Hacer posible que el crédito de los padres escape de las sombras que arroja la providencia judicial que los separa de la administración.

296— Por lo demás, para la aceptación del fiador ó de la hipoteca que se ofrecieren, los jueces no deben olvidar que se trata de garantizar bienes de menores de edad, que ninguna participación tienen en estos



actos y, por consiguiente, que deben ser exigentes y no prestar su aprobación sino cuando el fiador ó la hipoteca garanticen ampliamente la hacienda de los menores.

Art. 337. *Removido el padre de la administración de los bienes, el juez la encargará á un tutor especial, y éste entregará al padre el sobrante de las rentas de los bienes de los hijos, después de satisfechos los gastos de la administración, de los alimentos y educación de ellos.*

297 — Apenas es necesario recordar que este artículo presupone que el padre tiene el usufructo de los bienes del hijo, porque de lo contrario no habría por qué hubiera de entregársele parte alguna de las rentas y frutos de la referencia, frutos y rentas que corresponderían al hijo y que el tutor, de consiguiente, tendría que administrar como lo demás del caudal de su pupilo.

298 — La disposición de nuestro artículo se aplica también á la madre viuda que, teniendo la patria potestad y la administración de los bienes de sus hijos, fuese separada de ésta :—combinación de los art^s. 339 y 431, inc. 2^o.

299 — ¿Por qué dispone la ley que, cuando el padre es removido de la administración, se la encargue á un tutor especial y no se la da á la madre de los menores ?

Los motivos son fundamentales: 1^o Porque la mujer casada no puede tratar ni contratar sin licencia del marido, ó sin la supletoria del juez, y de consiguiente, si hubiera de administrar bajo la dependencia



del esposo, éste sería de hecho el verdadero administrador, quedando—de hecho también—sin efecto su separación de la administración; 2° Porque para escapar de esta consecuencia sería menester que fuese autorizada la mujer para administrar con total independencia de su marido, lo que sería contrario a los principios de la incapacidad de la mujer casada y su sumisión á su esposo, que son fundamentales en el régimen de la familia, sin conseguirse, ni aun por este medio inconveniente, su independencia en el manejo de los intereses de sus hijos, dada—como es indudable—la influencia del marido sobre su esposa.

300—Agrega nuestro artículo, que, el tutor deberá entregar al padre de sus pupilos el sobrante que quedare de las rentas de sus bienes «después de satisfechos los gastos de administración, de los alimentos y educación de los hijos.»

Se trata de cargas reales que pesan sobre el usufructo legal del padre, y es natural y justo que el usufructuario no disfrute de las rentas y frutos de los bienes, sino después de estar satisfechas las cargas que lo gravan.

En los *gastos de administración* deben comprenderse los intereses de los capitales que vencieren durante el usufructo, lo que vale decir que el tutor no debe entregar al padre los frutos y renta de los bienes, sino deduciendo lo necesario para el pago de los intereses dichos,—art. 325, inc. 3°.



Art. 338. *Los padres pierden la administración de los bienes de los hijos, cuando son privados de la patria potestad; pero si lo fuesen por demencia, no pierden el derecho al usufructo de los bienes de sus hijos.*

301 — El conjunto de los derechos que la ley concede á los padres, desde la concepción de los hijos, sobre la persona y bienes de éstos mientras son menores de edad y no están emancipados, es lo que se llama patria potestad.

Pero puede suceder que el padre que la tenga carezca de algunos de los derechos que la componen, y es por eso que bajo el art. 298 hemos dicho que bien podría distinguirse la patria potestad en *plena y menos plena* según que los padres tuvieren ó no la totalidad de los derechos que la constituyen.

302 — La pérdida ó carencia de algunos de esos derechos no importa la supresión ó sea la pérdida de la patria potestad, como sucede cuando el donante ó testador disponen que el padre ó no administre ó no tenga el usufructo de los bienes donados ó dejados al hijo; pero es claro que la pérdida ó privación de la patria potestad lleva consigo la privación ó pérdida de los derechos que la constituyen.

Se ajusta á esta conclusión natural y lógica el presente artículo cuando declara, que los padres pierden la administración y usufructo de los bienes de sus hijos cuando son privados de la patria potestad, excepción hecha del usufructo en el caso que la privación tenga por causa la demencia ó sea la enajenación mental.

Es que entonces no hay verdadera privación, sino solamente *suspensión* de la patria potestad, y lo per-



suade el art. 344 que dice, que la potestad paterna se *suspende* por ausencia de los padres, ignorándose la existencia de ellos, y por *incapacidad mental*.

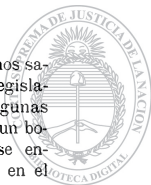
Por consiguiente, cuando el artículo que nos ocupa habla de *privación* de la patria potestad por *demencia*, debe entenderse de la privación que sólo importa suspensión, como quiera que á causa de su incapacidad mental el padre está inhabilitado para gobernar correctamente la persona y administrar los bienes de sus hijos. Pero es natural que, cuando su incapacidad desaparezca por el restablecimiento completo de sus facultades intelectuales, deba ser restablecido en la patria potestad y entenderse consiguientemente que, su privación por demencia, lleva implícita la declaración de ser restablecido en el poder paterno cuando haya recuperado completamente la razón.

Art. 338. Código Austriaco, art. 176. — Proyecto de Goyena, art. 163.

Art. 339. *Los derechos y deberes del padre sobre sus hijos y los bienes de ellos corresponden á la madre viuda.*

303 — Goyena, en la nota á que nuestro codificador hace referencia, resume así los fundamentos de este artículo:

« Haciendo gozará la madre de los derechos concedidos al padre, el legislador establece un derecho igual y una igual indemnización donde la naturaleza había establecido una igualdad de molestias; cuidados y atenciones; repara con esta equitativa disposición la injusticia de muchos siglos; hace en cierto modo entrar á la madre por primera vez en la familia, y la restablece en los derechos impres-



« criptibles que tenía por la naturaleza, derechos sa-
« grados, despreciados con demasia por las legisla-
« ciones antiguas, reconocidos y acogidos por algunas
« de nuestras costumbres (fueros), pero que, aun bo-
« rrados de nuestros códigos, debieran haberse en-
« contrado escritos con caracteres indelebles en el
« corazón de todos los hijos bien nacidos. »

304 — Hay grande diferencia entre el artículo 164 de Goyena y el nuestro, que nos ocupa, y conviene consignarla.

El de Goyena dice: — « *La madre sucede al padre en la patria potestad...* »

El nuestro dice: — « *Los derechos y deberes del padre... corresponden á la madre viuda.* »

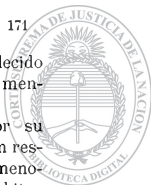
Aquél dice simplemente *la madre*, y el nuestro dice la madre *viuda*, lo que importa esta diferencia: por el proyecto de Goyena es llano decir que la madre sucede al padre, aun en vida de éste, en la patria potestad, en tanto que por nuestra ley, según sus palabras, no sucede al padre sino á condición de su muerte.

La diferencia es mucha y manifiesta.

305 — Sin embargo, y en mérito de otros pasajes del código, también por nuestra ley la madre sucede al esposo, aun en vida de éste, en la patria potestad.

Ciertamente que los argumentos que proporcionan los artº. 167, 245, inc. 3º, 362, 510, 512 y 1148, no son bastantes para sostener aquella conclusión como absoluta, es decir, para todo y cualquiera cosa en que el padre sea privado ó separado de la patria potestad; pero son suficientes para substentarla en los casos de su ausencia, ignorándose si vive, y de su incapacidad mental debidamente declarada.

El texto del art. 1148 es decisivo sobre el particu-



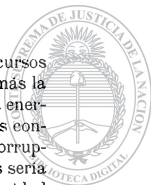
lar, porque legisla en el concepto de estar establecido que en ausencia del padre, ó de su incapacidad mental, la madre le sucede en la patria potestad.

He aquí sus palabras: — « El padre, y por su « muerte, *ausencia ó incapacidad*, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores de edad, que estén bajo su poder, y que habiten « con ellos. . . » Se hace responsable á la madre en los casos de ausencia ó incapacidad mental del padre — art. 344, — que son de *suspensión* de la patria potestad, porque la ley misma entiende que en tales casos la madre sucede en el poder paterno. Y no puede ser de otro modo, porque siendo común, para el padre y para la madre, la obligación de alimentar y educar á los hijos, la madre, en ausencia del padre, debe suceder en la patria potestad, porque sin ella le sería imposible llenar aquel deber.

Aunque no puede ser impugnada la conclusión que sostenemos, estimamos conveniente recordar en su favor las palabras que Goyena escribe bajo el art. 164 de su proyecto; dice así: — « La madre *sucede* . . . en « todos los casos de los arts. 160, 161 y 163, porque « en todos ellos se acaba, pierde ó *suspende* también « la autoridad marital. . . » Piensa, pues, que en todos los casos en que se suspende la patria potestad, la madre sucede en ella á su marido.

306 — ¿ Le sucederá también en los casos en que fuese privado por los jueces de la patria potestad porque tratase á sus hijos con excesiva dureza, ó les diesen preceptos, consejos ó ejemplos inmorales?

Pensamos que no, porque hay incompatibilidad, permítasenos hablar así, entre la razón y fin de la providencia judicial y la conservación de los niños al lado del padre con la garantía ineficaz de la madre. Los malos tratamientos continuarían como continua-



rían los consejos ó ejemplos inmorales, sin recursos en manos de la madre para impedirlos; con más la particularidad de que si hubiere en ella toda la energía necesaria para hacer la defensa de sus hijos contra los excesos de un carácter brutal ó de una corrupción desbordante, la armonía entre los esposos sería imposible y desaparecería muy pronto la integridad del matrimonio. La ley que tanto cuida de la paz entre los casados, en servicio de los hijos y de la sociedad, no puede hacer que, en los casos de que hablamos, la madre suceda á su marido en la patria potestad.

Art. 339. Proyecto de Goyena, art. 164. Los códigos modernos no están conformes con la resolución de este artículo. En unos la patria potestad pasa á la madre, después del fallecimiento del padre, con todos los derechos y obligaciones impuestas á éste: en otros la patria potestad de la madre es limitada en sus facultades: en otros, lo es en sus derechos, no dando á la madre sino la mitad del usufructo en los bienes del hijo menor que está en su poder, y en otros, que son los menos, la patria potestad se acaba con la muerte del padre.

Esta era la marcha natural de la civilización, elevando contra las más antiguas costumbres, la condición de las madres de familia. El derecho ha marchado también, y acabará por ser reconocida en los países cultos la necesidad y conveniencia de poner, á la madre en sus relaciones de derecho, á la par del padre.

El Derecho Romano y las Partidas negaron la patria potestad y todas sus ventajas á la madre, aunque la ley Romana decía: «*Non minorem curam erga filiorum utilitatem matres constat frequenter impendere*» ¿Cuál era pues la razón de no dar á la viuda los derechos todos que sobre los hijos tenía el padre? Sólo la razón histórica de que en el matrimonio la mujer comenzó por ser una hija de familia. Después fué conveniente darle la tutela de los hijos, una patria potestad, supletoria, sin los derechos de la verdadera patria potestad, y después fué preciso autorizarla con uno de los más importantes derechos de los padres, la necesidad de su asentimiento para el matrimonio de sus hijos. Al fin, el mayor número de legisladores ha dado á la madre viuda la misma autoridad, poder y derechos sobre sus hijos y sus bienes, que los que tenía el marido. Goyena, en una nota al art. 164 de su proyecto, funda muy bien el artículo que de él tomamos.



Art. 340. *La patria potestad se acaba:*

1º Por la muerte de los padres ó de los hijos;

2º Por profesión de los padres en institutos monásticos, ó por profesión de los hijos con autorización de los padres;

3º Por incurrir el padre ó madre en la pérdida de ella;

4º Por llegar los hijos á la mayor edad;

5º Por emancipación de los hijos.

307 — Es evidente por sí mismo que sin padre ni madre, del propio modo que sin hijo, no hay ni puede haber patria potestad, como evidente es también que por la muerte de los padres ó de los hijos se acaba la que existió.

308 — No hay por qué insistir sobre esto.

El segundo inciso, en que se declara que la patria potestad se acaba « por profesión de los padres en institutos monásticos, ó por profesión de los hijos con autorización de los padres », se funda en que hay incompatibilidad entre la vida civil, necesaria para el gobierno de la persona y la administración de los bienes de los menores, y la vida del que profesa en algún instituto monástico con el voto de obediencia y pobreza, que somete al profesado á las reglas especiales de la institución y lo aleja del mundo.

El concilio de Trento expidió el siguiente decreto para imprimir vigor á las reglas y hacer severa la disciplina en los establecimientos monásticos: . . . « con el fin de que más fácil y más prontamente se restablezca, donde haya decaído, la antigua y regular disciplina, y perseverare con más firmeza



« donde se ha conservado, ha creído necesario man-
« dar que todas las personas regulares, así hombres
« como mujeres, ordenen y ajusten su vida á la regla
« que profesaron, y que en primer lugar observen
« fielmente cuanto pertenece á la perfección de su
« profesión, como en los votos de obediencia, pobreza
« y castidad... »

Véase lo que la ley 2, tit. 7, part. 1ª dice sobre el particular.

« Profesión llaman al prometimiento que faze el que
« entra en Orden de religion, quier sea varon, o mujer:
« e el que esto fiziere, ha de prometer tres cosas:
« La primera, non aver propio. La segunda, guardar
« castidad. La tercera, de ser obediente al que fuere
« Mayoral de aquel Monasterio do biuiere. »

No hay, pues, libertad en la vida monacal. El voto de obediencia la suprime en toda la extensión de la regla, y siendo una de las principales del instituto el alejamiento del mundo, hay incompatibilidad entre esta regla y el ejercicio de la patria potestad, que presupone la vida civil en todas sus múltiples manifestaciones. Por consiguiente, cuando el padre ó la madre profesan en un establecimiento monástico, la patria potestad se acaba, porque falta la persona que debe desempeñarla con libertad en la vida civil en que se desarrollan los hijos, y en el campo del comercio en que se hace la administración de sus bienes.

309 — Cuando es el hijo quien profesa, se acaba también la patria potestad, porque no hay persona sobre la cual ejercerla. Con el consentimiento de los padres — art. 309 — el hijo se ha puesto bajo la autoridad especial del instituto, y fuera consiguientemente de la autoridad paterna.

310 — El inc. 3º dice: « Por incurrir el padre ó la madre en la pérdida de ella. »



Los art^{os}. 341, 342 y 343 designan los casos y las causas de privación ó pérdida de la patria potestad.

En algunos casos se opera *ministerio legis*, como cuando la madre viuda contrae segundas nupcias.

En otros, por sentencia, como cuando el juez priva al padre de la patria potestad en razón de la excesiva dureza con que trata á sus hijos, ó de los preceptos, consejos ó ejemplos inmorales que les dá.

311 — El inc. 4º dice: «*Por llegar los hijos á la mayor edad*», lo que es conforme con otros pasajes del código.

Por el art. 298 se establece que la patria potestad no existe sino «mientras los hijos sean menores de edad y no estén emancipados», y por el 129 se declara que la mayor edad habilita, desde el día que comenzase, para el ejercicio de todos los actos de la vida civil, lo que importa no estar bajo la dependencia de otro. Es natural, por consiguiente, que la patria potestad se acabe por llegar los hijos á la mayor edad.

312 — El inc. 5º dice: «*Por emancipación de los hijos*.»

En el número anterior hemos recordado que el art. 298 declara que la patria potestad no existe sino *mientras* los hijos son menores de edad, ó *no están emancipados*, y como por otra parte la emancipación produce el efecto de habilitar á los casados para todos los actos de la vida civil, con la limitación que la ley misma establece, — art^{os}. 133 y siguientes, — es natural que la patria potestad se acabe por la emancipación de los hijos. Emanciparse de la autoridad paterna es libertarse de ella; luego por la emancipación concluye la patria potestad.



Art. 341. *Los padres que exponen ó abandonan á sus hijos en la infancia pierden la patria potestad.*

313—La edad de la infancia es la que corre desde el nacimiento hasta los siete años.

« *Infantes* llaman en España á los fijos de los « Reyes... «E tomaron este nome Infans, que « es palabra de latin, que quier tanto dezir como « mozo menor de *siete* años, que es sin pecado, e « sin mancilla,» —dice la ley 1ª, tit. 7, part. 2ª — « *Infante* es llamado, según latin, todo mozo que es menor de *siete* años... » repite la 4ª tit., 16, part. 4ª.

Y bien, el padre ó la madre que exponen ó abandonan á su hijo en la infancia pierden la patria potestad.

La razón de esta disposición la da la ley 4ª, tit. 20, part. 4ª, que la consagra. « *Vergüença, o crueldad mueve a las regadas al padre, o a la madre, en desamparar los fijos pequeños, echándolos a las puertas de las Iglesias, o de los Ospitales, o de otros logares: e despues que los han assi desamparado, los omes buenos, o las buenas mugeres que los fallan, muevense por piedad, e lleuanlos dende, e criarlos, o danlos a quien los crie. E porende dezimos, que si el padre, o la madre, demandare a tal fijo, o fija, despues que lo a echado e lo quier tornar en su poder, que lo non puede fazer. Ca por tal razon como esta PIERDE EL PODERIO que auia sobrel.* » ...

Se entraña en esta ley otra razón de su disposición, á más de la crueldad ó maldad de los padres, y es, que, si no perdiesen la patria potestad, los

terceros excusarían recoger, alimentar y educar á los exósitos.

Art. 341. L. 4, Tit. 20, Part. 1.^a—Lib. 2, Tit. 52, Lib. 8, Cód. Rom. y Nov. 153.

Art. 342. *La madre viuda que contrajere segundas nupcias, pierde la patria potestad.*

314—Nuestro ilustre codificador cita como concordante con este artículo el 386 del Código Francés.

Tal artículo no habla de la patria potestad, sino solamente del usufructo. « *Este goce* (el de los bienes) *cesará, dice, respecto de la madre en el caso de un segundo matrimonio* » ; y muchos y distinguidos escritores como Duranton, Marcadé, Demolombe, Massé, Vergé, etc., estiman que esta disposición es una pena, en tanto que otros, como Laurent, le niegan tal carácter.

En la nota 19 de Massé y Vergé al § 189, de la obra de Zachariæ y en Dalloz, verb. *Poder Paterno*, se recuerdan las conclusiones á que ha llegado la jurisprudencia sobre la base de ser penal la declaración del art. 386.

315—Nosotros pensamos que nuestro artículo no pronuncia una pena cuando declara que pierde la patria potestad la viuda que contrae segundo matrimonio.

Para que se diga que pronuncia una pena es necesario demostrar que el segundo matrimonio está prohibido ó estimado ilícito por la ley. ¿Cuál es la ley que así lo declara? No existe : luego no puede haber pena.

Ni es necesaria tal invención para dar fundamento sólido al artículo, pues existen consideracio-





nes de derecho que no sólo lo substantan, sino que lo imponen.

Contrayendo la viuda nuevo matrimonio, queda sometida á la autoridad marital y afectada de *incapacidad* para tratar y contratar sin la autorización de su esposo. ¿Cómo puede tener la administración de los bienes de sus hijos quien carece de libertad, vale decir, de capacidad para obrar por sí misma en los actos de la vida civil? ¿Cómo puede estar encargada del gobierno de la persona y educación de sus hijos cuando su marido puede serle un obstáculo invencible? Además, el nuevo esposo puede ser un peligro para la fortuna y aún para la educación de los hijos, porque puede inducir á su mujer á aplicar los frutos y rentas de sus bienes en perjuicio de ellos y en provecho de los hijos del segundo matrimonio. A la verdad, se impone declarar, que, la viuda que contrae segundo enlace, pierde la patria potestad.

316 — ¿Es definitiva la pérdida, de modo que, no obstante la disolución ó declaración de nulidad del segundo matrimonio, la madre no recobre la patria potestad sobre sus hijos del primero?

No vemos inconveniente para la afirmativa.

Desde que han desaparecido las causas que motivaron la privación de la patria potestad, debe volver á la madre, siempre que motivos especiales no se opongan á ello.

Cesando la causa, debe cesar el efecto. Es la opinión de Laurent, — t. 4, n°. 338 — en la cuestión análoga de la cesación del usufructo legal, pronunciada por el art. 286 del Código Napoleón.

317 — Como consecuencia de la pérdida de la patria potestad en la madre, debe darse á los hijos,



à falta de un tutor legítimo, uno dativo, que debe durar por regla general, hasta que la tutela se acabe; — art^{os}. 252, 426 y 427.

Art. 342. Arg. de la L. 5, Tit. 16, Part. 6^a. — *Aulent sacramentum* à la L. 2, Tit. 55, Lib. 5, Cód. Rom. — Véase Cód. Francés, art. 386 — de Nápoles, art. 300 — Sardo, art. 235 — Holandés, 372. Es expreso el Cód. de Vaud, art. 206.

Art. 343. *Los jueces pueden privar à los padres de la patria potestad, si tratasen à sus hijos con excesiva dureza, ó si les diesen preceptos, consejos ó ejemplos inmorales.*

318 — Los padres tienen à sus hijos bajo su poder y autoridad, pero con el deber de alimentarlos y educarlos, asistidos de la facultad de corregirlos. Pero el poder paterno ha sido organizado no sólo en favor de los padres, sino especialmente en el interés de los hijos y, por consiguiente, de la sociedad; de donde se deduce que, cuando los padres desplagan una severidad brutal que pone en peligro la vida ó el equilibrio de las facultades intelectuales de sus hijos; cuando el alimento de los niños es descuidado y son empleados los recursos pecuniarios en cosas de menor interés; cuando la casa paterna, en lugar de ser una escuela de buenas costumbres sobre la base de la moral cristiana, se torna en campo de desorden, donde los padres desplagan sus groseras pasiones à la vista de sus hijos, la autoridad pública debe intervenir por medio de los jueces y privar à tales padres, en protección de los hijos y en bien de la sociedad, de la patria potestad, y poner à los niños bajo el poder y dirección de un tutor.

El grado de mala conducta que autorice la priva-



ción de la patria potestad, no puede ser fijada por la ley, ni es dado establecer á su respecto reglas fijas: es materia de hechos, en que decidirán la prudencia y la sabiduría de los jueces según las circunstancias especiales de la causa.

Art. 343. L. 18, Tit. 18, Part. 4^a.—L. 5, Tit. 12, Lib. 3, Dig.—L. 12, Tit. 4, Lib. 1, Cód. Rom.—Cód. de Austria, art^o. 77 y 78—Cód. de Prusia, Tit. 2, Parte 1^a, art^o. 90 y 91. —Cód. de Baviera, art. 7, n^o. 2, cap. 5, Lib. 1.

Art. 344. *La patria potestad se suspende por ausencia de los padres, ignorándose la existencia de ellos, y por su incapacidad mental.*

319 — ¿A qué ausente se refiere este artículo cuando dice que la *ausencia* de los padres suspende la patria potestad?

Se refiere exclusivamente al declarado ausente, por sentencia, con presunción de fallecimiento, como lo dicen : Goyena en el art. 163 de su proyecto y el doctor Freitas en el 1515 del suyo?

Pensamos que no.

Si se refiriese sólo al judicialmente declarado ausente con presunción de fallecimiento, la patria potestad no se reputaría suspendida, sino por el contrario existente y viva, mientras no se tuviera la sentencia que declarase la ausencia del padre con fallecimiento presunto; sentencia que, computando los plazos de los art^os. 110 y 115 y, prudentemente, el tiempo empleado en la tramitación del juicio respectivo, no puede ser pronunciada sino después de *once* años, desde el día de la ausencia.

¿Quién gobierna la persona del menor durante este largo tiempo?



¿Quién dirige su educación?

¿Quién administra sus bienes?

¿Un tutor *pro tempore*?

Pero, no se da tutor sino al que no tiene padres, salvo los casos de la tutela especial. En el caso de que nos ocupamos, ni hay declaración de ausencia con fallecimiento presunto, ni sentencia que declare suspendida la patria potestad.

¿Quedará el menor sin dirección y abandonados sus bienes? No es posible. La madre podrá pedir la suspensión de la patria potestad y suceder en ella á su marido después de un tiempo relativamente largo de su ausencia, sin tener noticia de su existencia. Es para dar lugar á esta doctrina, única que cuida debidamente de la persona y bienes de los menores, que nuestra ley se ha apartado de los proyectos de Freitas y Goyena.

320 — Suspendida la patria potestad por ausencia de los padres ó por incapacidad mental ¿á quién pasa el gobierno de la persona y bienes de los hijos menores? Indudablemente que á la madre, porque recayendo sobre ella de inmediato, en aquellos casos como en el de la muerte de su marido, la obligación de alimentar y educar á sus hijos, debe corresponderle la patria potestad, como condición indispensable para el cumplimiento de su deber. No puede argüirse en contra con la declaración del art. 339, que dice, que los derechos y deberes del padre sobre la persona de sus hijos y sus bienes, vale decir, la patria potestad, corresponde á la madre *viuda*, porque la ley se expresa así proveyendo al caso general de la muerte del marido, sin excluir por eso los especiales en que se suspende el poder paterno y debe ser ejercido por la madre.

«*Neque leges neque senatusconsulta*, dice la ley ro-



mana, *ita scribi possunt ut omnes casus qui quandoque inciderint, comprehendantur; sed sufficit (et) ea que perumque accidunt contineri.*» Ni las leyes ni los senadoconsultos pueden prever todos los casos posibles; basta que abracen los que más frecuentemente se producen.

321 — También la sordomudez suspende la patria potestad cuando el padre no sabe darse á entender por escrito, porque desde su declaración judicial, el sordomudo está afectado de incapacidad absoluta para obrar por sí mismo en los actos de la vida civil, art. 153 é inc. 4º del art. 54. La patria potestad corresponde entonces á la madre, porque siendo ésta la curadora de su esposo incapaz, —art. 510, — debe tener bajo su guarda y dirección á sus hijos menores. El art. 514 ofrece un argumento *a fortiori*.

322 — Lo mismo debe decirse en el caso que haya separación de los casados, en virtud de divorcio judicialmente decretado, y el juez ordenase, en razón de la mala conducta del marido, que los hijos fueran entregados á la madre y puestos bajo su autoridad.

En tanto cuanto esta providencia importa una modificación del poder paterno, la madre sucede en él.



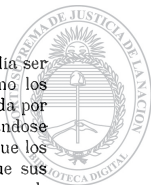
De la legitimación

Art. 345. *Los hijos nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres.*

323 — La legitimación de los hijos naturales por el matrimonio, fué siempre un capítulo de nuestro derecho expreso.

Establecida por una ordenanza de Constantino, confirmada por Zenón para lo pasado, pero prohibida para el porvenir, Justiniano rehabilitó la ordenanza de aquél y la extendió por sus novelas á otros casos.

El código de *Las Partidas* siguió al derecho romano, estableciendo en primera línea la legitimación por el subsiguiente matrimonio de los padres: « *Otro si son legitimos los fijos que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues desso se casa con ella. Ca maguer estos fijos atales non son legitimos quando nascen, tan grand fuerça ha el matrimonio, que luego que el padre e la madre son casados, se fazen poren-de los fijos legitimos...* » l. 1^a, tit. 13, part. 4^a.



No era todo y cualquier hijo natural que podía ser legitimado por el matrimonio de sus padres, sino los habidos en concubina, ó sea en la mujer tenida por *barrajana*, como dice la citada ley, declarándose posteriormente por la 11ª de Toro que, para que los hijos se estimaran naturales era necesario que sus padres hubieran podido casarse *sin dispensa* en cualquiera de estas dos épocas: ó en el tiempo de la concepción, ó en el tiempo del nacimiento del hijo.

324— Con estos antecedentes de las viejas leyes, nuestro código legisla en la materia, declarando en el artículo que nos ocupa, que los hijos nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, *aunque fuera con dispensa*, quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres.

La importancia de la legitimación no puede ser desconocida.

Estimamos conveniente transcribir lo que el reputado Laurent escribe á su respecto: «La legitimación « se justifica por las más poderosas consideraciones. « Bigot-Préameneur dice muy bien que el orden público está interesado en que el hombre y la mujer « que viven en el desorden tengan el medio de evitar « uno ú otro de estos dos escollos, ó separarse disgustados, ó continuar un comercio culpable. La « ley les ofrece en una unión santa y legítima, ventajas preciosas que los arrastran á contraerla. « El hombre dará los derechos de legitimidad á los « hijos, para quienes la naturaleza le ha inspirado « sentimientos de ternura, y llenará al mismo tiempo « un deber á que su conciencia debe arrastrarlo sin « cesar. Por la legitimación, la mujer reparará su « falta y recobrará su honor. Los hijos, apenas es necesario decir, tienen en ella el más grande interés.



« Se ha objetado, sin embargo, que la esperanza de la
« legitimación podría favorecer el concubinato ; es la
« razón por la cual la legislación inglesa no admite
« la legitimación por el subsiguiente matrimonio.
« Dudamos mucho que las costumbres sean allí me-
« jores y hayan menos hijos naturales. Las pasiones
« no calculan. Es mejor dejarles una puerta abierta
« para el arrepentimiento y la reparación. »

La redacción de nuestro artículo era irreprochable y necesaria la cláusula *aunque fuera con dispensa*, porque antes de las modificaciones hechas al código, estaba establecido en él: 1º, que el matrimonio entre personas católicas debía celebrarse según los cánones de la Iglesia católica; y 2º, que la ley civil reconocía «como impedimentos para el matrimonio ante la iglesia católica los establecidos por las leyes canónicas: perteneciendo á la autoridad eclesiástica decidir sobre el impedimento y conceder *dispensa* de ellos», pues según las leyes de la Iglesia católica hay impedimentos dispensables y otros que son verdaderamente dirimentes. Pero después de las leyes del Congreso, conocidas con el nombre de *Ley del Matrimonio*, la cláusula *aunque fuera con dispensa* no tiene valor alguno, porque los cánones de la Iglesia ya no tienen rol que desempeñar en el matrimonio considerado como institución civil, ni en sus efectos civiles, como son la legitimidad de los hijos, su legitimación, etc., etc., ni corresponde á las autoridades eclesiásticas conocer y decidir acerca de los impedimentos que causan la nulidad absoluta del matrimonio, ó que sólo lo hagan anulable, sino á las civiles, con jurisdicción excluyente de aquéllas. No existiendo ya, como no existen impedimentos *dispensables*, aquella cláusula debe desaparecer.

325 — Cuando nuestro artículo dice:—«los hijos na-



cidos *fuera* de matrimonio», entiende hablar de los nacidos *antes* de su celebración, porque respecto de los concebidos antes y nacidos *después* del casamiento, se legisla de un modo especial en otro lugar, — art. 356; y la prueba de ello se encuentra en el mismo artículo cuando resuelve, que, la legitimación se opera por el *subsiguiente* matrimonio de los padres, es decir, por el celebrado entre ellos *posteriormente al nacimiento de los hijos*.

326—No es un obstáculo para la legitimación el hecho de un matrimonio intermedio, es decir, el hecho de que uno de los padres naturales ó los dos hubiesen sido casados con otros antes de contraer matrimonio entre ellos. La ley no distingue, y por consiguiente, el matrimonio de los padres naturales entre sí opera la legitimación de los hijos, aun cuando uno de ellos ó los dos hubiesen sido anteriormente casados con otros.

Glosando esta parte de la ley 1ª, tit. 13, part. 4ª, — «*Otrosi son legítimos los hijos, que ome ha en la muger que tiene por barragana, si despues desso se casa con ella...*» el ilustre Gregorio López dice:—«Nótese sobre esto la excelente exposición de Juan Andr. . . . donde expresa ser tan grande la fuerza del matrimonio, que se tienen por legítimos, á lo menos desde que aquél ha llegado á celebrarse entre las partes, todos los hijos nacidos de aquéllos. . . . *aunque entre el nacimiento de dichos hijos y la celebración del subsiguiente matrimonio lo hubiese contraído alguno de los padres con otra persona*, y sin distinguir tampoco entre el caso de enlazarse éstos *in articulo mortis*, ó en el de plena salud, de modo que se requiere tan sólo el subsiguiente matrimonio de cualquier modo y en cualesquiera circunstancias que se le haya celebrado.»

Es de la misma opinión Antonio Gómez en sus co-

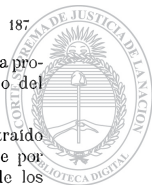
mentarios á la ley 12 de Toro, núms. 59 y 60, y la profesora también Laurent, T. 4º, n. 174, tratando del art. 332 del código Napoleón.

327—Nada importa que el matrimonio contraído sea simplemente putativo y sea anulado, porque por un favor especial y en mérito de la buena fe de los contrayentes, la ley declara legitimados á los hijos naturales concebidos antes del matrimonio y nacidos después, art. 244, núm. 4º.

328—Para que se opere la legitimación es absolutamente indispensable el reconocimiento de los hijos por los padres, ya sea hecho espontáneamente, ya pronunciado por sentencia dada en juicio contradictorio; y desde que el reconocimiento existe, la legitimación se opera *ministerio legis*, como efecto legal del matrimonio, sin necesidad de que los padres expongan antes, en el momento, ni después de contraerlo que legitiman á sus hijos. La ley en efecto no dice que los padres podrán legitimarlos contrayendo entre sí matrimonio, sino que con el subsiguiente matrimonio que contraigan, *quedan* legitimados sus hijos. Es lo mismo que dispone la ley 1ª, tit. 13, part. 4ª, cuando dice: —«ca tan grand fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre et la madre son casados, *se facen por ende legitimos los fijos.*» No es obra de los padres, sino efecto del matrimonio; de lo que se deduce que la legitimación se opera sin el concurso de la voluntad de los hijos, pero sin que esto importe establecer que no pueda ser atacada por los interesados y reclamada la verdadera filiación.

La necesidad del reconocimiento de los padres y el tiempo en que debe ser hecho, lo establece el artículo 351.

329— Por lo que hace á los hijos concebidos antes





del matrimonio de sus padres y nacidos *después*, ora durante el matrimonio, ora posteriormente á su disolución ó á la declaración de su nulidad, lo trataremos bajo el artículo 356.

Art. 345.—L. 4, Tit. 15, Part. 4^a.—L. 2, Tit. 13, Part. 4^a.—Cód. Francés, art. 331—Holandés, 327, y demás códigos extranjeros.—L. 5, Tit. 27, Lib. 50, Cód. Romano. En estas leyes y en estos códigos están escludidos los hijos incestuosos, aunque se pueda obtener la dispensa del impedimento. Goyena, en su Proyecto, exceptúa los hijos de parientes entre el segundo grado de afinidad y el tercero de consanguinidad, según la computación civil, es decir, hijos de cuñados y de tío ó tía y de sobrino ó sobrina.

Art. 346. *En cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de origen en la República, este Código no admite otros modos de legitimación.*

330—Es de verdadera importancia, como se ve, el domicilio del padre en el momento del nacimiento del hijo, y, por lo tanto, hay que tener presente las disposiciones de los art^{os}. 89 á 102, recordando que el domicilio *especial* por razón de los negocios, de que trata el art. 94 del código civil, y el 41 del código de comercio, no influye ni está comprendido en la disposición del artículo que nos ocupa.

Traducido éste en otras palabras, estatuye que, siempre que el padre tuviese su domicilio en la República el día del nacimiento del hijo, sea que éste naciere en la República, sea que naciere fuera de ella, no se admite más modo de legitimación que el subsiguiente matrimonio de los padres.

331—¿Por qué ley se rige el *efecto civil*, ó sea el poder de legitimación atribuido al matrimonio?

¿Por la ley del lugar de su celebración, ó por la



ley del lugar en que el padre tiene su domicilio en el momento de casarse?

Esta es una cuestión que el código trata en otro lugar. No debemos, por consiguiente, hacer su estudio aquí.

El presente artículo se limita á declarar que, sólo por el subsiguiente matrimonio de los padres puede ser legitimado el hijo cuyo padre estaba domiciliado en la República en el día del nacimiento de aquél.

Art. 347. *En cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de origen fuera de la República, se admiten los modos de legitimación que dispusieren las leyes del país de ese domicilio.*

332 — Se dispone que, si en el día del nacimiento del hijo, el padre tuviese su domicilio fuera de la República, la ley argentina reconoce y admite en su territorio los modos de legitimación que dispusiesen las leyes del país de aquel domicilio.

333 — Tampoco trata este artículo de decidir por qué ley se rige el efecto civil de la legitimación concedido al matrimonio, si por la ley del lugar de su celebración, ó si por la ley del lugar en que el padre tenga su domicilio en el día de su casamiento.

Se limita á declarar simplemente que, cuando en el día del nacimiento del hijo natural, el padre tiene su domicilio fuera de la República, se admiten los modos de legitimación que acordaren las leyes del país de ese domicilio.



Art. 348. *Las disposiciones de este título sobre la legitimación por subsiguiente matrimonio, serán sólo aplicables á los hijos cuyos padres tengan ó hubiesen tenido su domicilio en la República, al tiempo de la celebración del matrimonio.*

334 — De modo que, la aplicación de las disposiciones sobre legitimación por subsiguiente matrimonio que se contienen en este título, se hará sólo en el caso que el padre tenga ó haya tenido su domicilio en la República al tiempo de la celebración del matrimonio, sea que éste se haya celebrado ó se celebre en la República, sea que se haya celebrado ó se celebre fuera de ella.

Y finalmente por el art. 349 se dispone:

Art. 349. *En cuanto á los hijos cuyos padres tengan ó hayan tenido su domicilio fuera de la República al tiempo de la celebración de su matrimonio, aunque otro fuese su domicilio al tiempo de la concepción ó nacimiento, y aunque el casamiento se haya celebrado en la República, el subsiguiente matrimonio no legitimará los hijos, si las leyes del país del domicilio del padre al tiempo de la celebración del matrimonio no admitieren este modo de legitimación, y si lo admitieren, la legitimación será sólo juzgada por esas leyes.*

335 — Y bien, es llegado el momento de preguntar por qué ley se rige la legitimación, que es uno de los efectos civiles del matrimonio.



¿Por la ley del lugar en que se celebra el matrimonio, ó por la ley del lugar en que tiene su domicilio el padre en el momento de casarse?

Recordando que es obra exclusiva de la ley el que el subsiguiente matrimonio entre los padres opere, como efecto legal del casamiento, la legitimación de los hijos naturales, y que la ley del domicilio relativa al estado de familia, es parte del estatuto personal, el artículo anterior inmediato y el presente responden á aquella pregunta estableciendo que, la legitimación, como efecto civil del matrimonio, se rige por las leyes del país en que el padre tenga ó haya tenido su domicilio al tiempo de la celebración del casamiento.

Si ese domicilio está en la República, la legitimación de los hijos se hará por el subsiguiente matrimonio de los padres y el caso se regirá consiguientemente por las leyes argentinas.

Si ese domicilio está en país extranjero, la legitimación se operará ó no según que la concedan ó la nieguen las leyes del país respectivo, y el caso se regirá también por las leyes de dicho país.

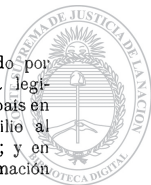
Tal es la regla establecida por los arts. 348 y 349.

Escribamos ahora algunas notas respecto de éstos y de los dos anteriores inmediatos, tomados en conjunto, en razón de la relación íntima que los une.

336 — Se establece en ellos los siguientes principios:

1º Cuando en la fecha del nacimiento del hijo, el padre tuviese su domicilio en la República, la ley no admite más modo de legitimación que el subsiguiente matrimonio.

2º Cuando en la fecha del nacimiento del hijo, el padre tuviese su domicilio fuera de la República, la ley admite los modos de legitimación que dispusiesen las leyes del país de ese domicilio.



3º En cuanto á que el matrimonio contraído por los padres tenga ó no el poder de operar la legitimación, es punto regido por las leyes del país en que el padre tenga ó haya tenido su domicilio al tiempo de la celebración de su casamiento; y en caso de que tuviese aquel poder, la legitimación será juzgada por esas leyes.

Resulta que, para conocer *los modos* de legitimación del caso, hay que recurrir á las leyes del domicilio del padre al tiempo del nacimiento del hijo, y para saber *si es ó no concedido* al matrimonio el efecto de la legitimación, hay que recurrir á las leyes también del domicilio del padre al tiempo de la celebración de su matrimonio.

337—Estos principios son calculados para impedir la defraudación de las leyes. Y así, un padre que al tiempo del nacimiento de su hijo en Austria, por ejemplo, tuviese su domicilio en la República y obtuviese allá, por rescripto del Príncipe, la legitimación del hijo, es legitimación que no sería reconocida en la República.

Son también calculados para favorecer la legitimación por el subsiguiente matrimonio, como se verá por lo que luego expondremos.

Examinemos los diversos casos que pueden ocurrir.

Primer caso.—El hijo tiene domicilio de origen en la República, y también el padre tuvo su domicilio en ella al tiempo de su matrimonio, celebrado en la misma, ó en el extranjero.

Esta última circunstancia no puede influir en nada y la legitimación se operará, porque el poder que el matrimonio pueda ó no tener para este efecto civil es regido — en la especie — por la ley argentina, que lo concede.

Tampoco influirían en nada las circunstancias

siguientes: 1ª, que el hijo haya nacido fuera de la República; y 2ª, que las leyes del país de su nacimiento nieguen al matrimonio el efecto civil de la legitimación, porque siempre se tendrá que se trata de un hijo que tiene su domicilio de origen en la República y que al tiempo de la celebración de su matrimonio también el padre ha tenido su domicilio en ella. De consiguiente, la legitimación se operará de conformidad á los artº. 346 y 348.

Segundo caso. — El hijo tiene su domicilio de origen fuera de la República y su padre tiene ó ha tenido su domicilio en ella al tiempo de celebrarse el matrimonio.

En este caso pueden concurrir las circunstancias siguientes: 1ª, que las leyes del país del domicilio de origen del hijo nieguen al matrimonio el efecto de la legitimación; 2ª, que le concedan dicho efecto; y 3ª, que á más de admitir la legitimación por el subsiguiente matrimonio de los padres, admitan también otros modos de legitimación.

La primera de estas circunstancias no impedirá la legitimación del hijo, porque aun cuando el artículo 347 dice que «en cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de origen *fuera* de la República se admiten los modos de legitimación que dispusiesen las leyes del país de ese domicilio», no dice que cuando esas leyes nieguen toda legitimación también la niega la ley argentina, y sobre todo, porque habiéndose celebrado el matrimonio en la República y rigiéndose, en cuanto al efecto de la legitimación, por la ley del domicilio que tuviera el padre al tiempo del casamiento, es claro que en la especie de que se trata se operará la legitimidad del hijo. Es este uno de los casos que demuestran que los tres principios antes recordados están calculados





para proteger la legitimación por el subsiguiente matrimonio, que la ley argentina concede.

338 — La segunda circunstancia, lejos de importar una dificultad, es más bien favorable al caso, por cuanto se tiene que ambas leyes, — la argentina y la extranjera, — conceden al matrimonio el efecto de la legitimación de los hijos naturales.

339 — Lo mismo hay que decir de la tercera, en cuanto á la parte que concede al matrimonio el efecto de la legitimación. En cuanto á los otros modos de ella, que también permite, es de preguntar si el art. 347 incorpora al Código aquella ley en términos que, teniendo el padre su domicilio en la República al tiempo de la celebración del matrimonio y no quisiese usar de este medio de legitimación, llenando los requisitos legales, si las autoridades argentinas, aplicando la ley extranjera, deban conceder la legitimación por rescripto de Príncipe, *per curie dationem*, ó por otros modos que ésta permitiese? Mas todavía: ¿Si el recordado artículo incorpora al Código la ley extranjera de tal modo que, aun sin el subsiguiente matrimonio, el padre pueda pedir y los jueces ó autoridades argentinas deban conceder la legitimación por rescripto de Príncipe, *per curie dationem*, ó por otros modos que dispusiese dicha ley?

La negativa no puede ser dudosa.

Cuando el art. 347 dice que, en cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de origen fuera de la República, se admiten los modos de legitimación que dispusiesen las leyes del país de ese domicilio, no hace sino declarar que será reconocida en la República la legitimación que fuera de ella fuese hecha ó concedida con sujeción á las leyes respectivas, pero no que los



jueces argentinos deban aplicar originariamente tales leyes. Y así, si las extranjeras consagrasen la legitimación por el ofrecimiento ó ingreso del hijo en corporaciones nobiliarias, no es de cargo de los jueces ó autoridades de la República admitir el pedido del interesado, tramitarlo, ordenar la ejecución de los hechos pertinentes, en el extranjero, y pronunciar la legitimación solicitada. Sería invadir facultades y usurpar funciones de una soberanía extraña.

Tercer caso: El hijo tiene domicilio de origen en la República y el padre tiene ó tuvo su domicilio fuera de ella al tiempo de la celebración de su matrimonio.

En este caso ninguna influencia pueden tener estas circunstancias: 1ª, que el domicilio del padre estuviera ó hubiera estado en la República al tiempo de la concepción ó del nacimiento del hijo: ; 2ª, que el casamiento se celebre ó se haya celebrado en la República, porque en el caso supuesto, para decidir si tiene ó no lugar la legitimación hay que recurrir, según la expresa declaración del art. 349, á las leyes del país en que el padre tuvo su domicilio al tiempo de la celebración de su matrimonio. Si esas leyes no atribuyen al matrimonio el efecto de la legitimación de los hijos naturales, el hijo de la especie de que tratamos no quedará legitimado aunque le favorezca la ley argentina, en cuyo territorio nació, y si le conceden dicho efecto, la legitimación del hijo *será sólo juzgada por esas leyes.*



Art. 350. *La legitimación puede extenderse á los hijos que hubiesen fallecido al tiempo de celebrarse el matrimonio, dejando descendientes, en cuyo caso aprovecha á éstos.*

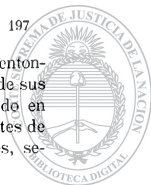
340—El verdadero concepto de esta disposición es declarar que la legitimación puede extenderse á los hijos naturales que hubiesen fallecido antes de la celebración del matrimonio, siempre que hubieren dejado descendientes legítimos ó legitimados, en cuyo caso la legitimación aprovecha á tales descendientes.

Nuestro ilustre codificador dice que Gregorio López está *en contra* de la resolución de este artículo, con lo que se revela que el Dr. Vélez cree que según nuestra ley, el subsiguiente matrimonio entre los padres naturales opera la legitimación de los hijos, nietos y biznietos del hijo natural premuerto al matrimonio de sus padres.

Las palabras del célebre glosador de «Las Partidas» son estas:—«Debe notarse igualmente que si alguno, « después de muerto su hijo natural, se casa con la « concubina de quien lo había tenido, por este subsiguiente matrimonio no queda legitimado *el nieto* « que acaso existiere, porque para la legitimación de « este último es necesario que exista la persona intermedia del padre.»

No acompañamos á nuestro ilustre codificador en su opinión, que es la de Antonio Gómez en sus comentarios á la ley 12 de Toro.

La ley dice que la legitimación puede extenderse al *hijo premuerto* al matrimonio de los padres naturales: no dice que se pueda extender ó que se extienda á los *descendientes* del hijo. Extendida al hijo premuerto, es claro que su legitimación aprovecha, es



decir es útil á sus descendientes, porque desde entonces la familia de éstos se extiende á los padres de sus padres y á las familias de estos últimos, ganando en derechos morales y pecuniarios, en tanto que antes de la legitimación no subía de sus padres naturales, según la declaración del art. 399.

El art. 353 es decisivo en el sentido de la tesis que sostenemos. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son iguales á los legítimos para todos los efectos legales—dice—y agrega que «la legitimidad (legitimación) aprovecha á su posteridad *legítima*.» Si la legitimación del hijo que vive á la fecha del matrimonio de sus padres no legitima á los nietos naturales y sólo aprovecha á los legítimos, no se explica que pueda legitimar á los nietos del hijo premuerto.

Nuestro artículo es tomado á la letra del 332 del código francés, y los comentadores de aquella ley la entienden como nosotros. Véase Zachariæ, § 163; Marcadé, sobre dicho artículo; Laurent, t. 4º, nº. 173.

341 — La cláusula *dejando descendientes* importa una condición para la legitimación del hijo premuerto y, por consiguiente, aun cuando tuviere lugar el subsiguiente matrimonio de los padres, el hijo no quedará legitimado si no ha dejado descendientes legítimos ó legitimados.

342 — Extendida la legitimación al hijo premuerto, *aprovecha á sus descendientes*, dice la ley refiriéndose á lo que es más frecuente, pero sin negar el provecho que legalmente pueden reportar otros, como los padres, por ejemplo. Hecha la legitimación del premuerto, sus descendientes legítimos ó legitimados se incorporan á las familias de sus abuelos y tienen, desde la fecha de su matrimonio, aptitud para suceder á éstos y á sus parientes legítimos; pero los abue-



los á su vez adquieren aptitud para heredar á sus nietos. Y así, si el hijo premuerto á la fecha del matrimonio de sus padres no deja sino un hijo—por ejemplo—y fallece éste sin dejar descendientes, los abuelos le heredarán en su calidad de abuelos legítimos,—art. 3603,—lo que demuestra que la legitimación del hijo natural premuerto aprovecha no sólo á sus descendientes, sino también á sus ascendientes. Es que los derechos que derivan del estado de las personas son recíprocos.

Art. 350. Cód. Francés, art. 332—de Nápoles, art. 254—Holandés, 334—Sardo, art. 173. En contra: Gregorio López, Glosa 9, á la L. 1, Tit. 13, Part. 4ª.

Art. 351. *Para que la legitimación tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle antes de la celebración del matrimonio, ó al inscribirse éste en los registros parroquiales, ó dos meses después de celebrado el matrimonio.*

343 — La ley confiere al matrimonio la virtud ó sea el efecto de legitimar al hijo natural; pero este efecto no se produce por el sólo hecho del matrimonio, independientemente de toda otra circunstancia, sino que por el contrario se requiere que el hijo sea reconocido por los padres, es decir, por el padre y por la madre. Sin el reconocimiento, la legitimación no se opera.

344 — Y el reconocimiento debe hacerse antes de la celebración del matrimonio, ó al inscribirse éste en los registros públicos, ó sea en el acta del casamiento, como lo dice el art. 197, ó á más tardar dos meses después de celebrado el matrimonio; y decimos á más tardar, porque éste es el claro espíritu de la ley.



345 — El reconocimiento hecho después de corrido este último término sería sin efecto con relación a la legitimación, bien que sería eficaz para acordar al hijo los derechos del hijo natural sobre la base de su filiación reconocida.

346 — El reconocimiento de que habla nuestra ley no es sólo el que voluntariamente hiciesen los padres, sino también el hecho por sentencia dada en juicio contradictorio.

¿Sería eficaz para la legitimación la sentencia pronunciada después de los dos meses posteriores a la celebración del matrimonio?

La negativa se impone en el campo de la ley.

Si el reconocimiento que se exige como indispensable comprende así el voluntario como el hecho por decisión judicial, es forzoso reconocer que aquél y éste están uniformemente legislados y, por consiguiente, si el voluntario hecho después de aquel término es ineficaz, ineficaz debe ser también el pronunciado por sentencia.

Art. 351. Cód. Francés, art. 331—Holandés, 327.

Art. 352. *El reconocimiento deberá hacerse, ó en la partida del nacimiento, ó ante el juez del lugar, levantándose el acta correspondiente, ó por escritura pública, ó en presencia del párroco y testigos del matrimonio, si se hiciese al contraerse éste.*

347 — El reconocimiento de los hijos por los padres, para que el subsiguiente matrimonio opere la legitimación, debe hacerse:

1º Ó en la partida del nacimiento ;



2º Ó ante el juez del lugar en que el reconocimiento se hace, levantándose el acta correspondiente ;

3º Por escritura pública ;

4º Ó en el acta del matrimonio, de conformidad al art. 197, en lugar de hacerse ante el párroco y testigos de que habla nuestro artículo.

El reconocimiento de que en él se trata es el voluntario de los padres, y su contexto evidencia que es requerido uno más solemne que el que puede servir para una declaración judicial de la filiación natural. Esta puede ser pronunciada en mérito de una carta privada, de declaraciones de testigos, ó del conjunto de hechos que constituyan la posesión de estado ; pero, para que el matrimonio produzca la legitimación, el reconocimiento del hijo debe revestir la certeza y la forma de un instrumento público, como es la partida de nacimiento ; de una escritura pública, ó del acta del matrimonio hecha por el oficial público respectivo.

Es que la ley es más exigente para la legitimación que para la declaración judicial de la filiación, porque con aquélla el hijo adquiere no sólo derechos sucesorios con relación á sus padres y á los ascendientes de éstos, sino que también se incorpora á la familia de todos y disfruta de sus derechos morales.

Art. 352. Cod. Francés, art. 331—Holandés, 336—y Sardo, 180.



Art. 353. *Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son iguales á los legítimos para todos los efectos legales, desde el día de la celebración del matrimonio, y la legitimidad aprovecha á su posteridad legítima. La designación de HIJOS LEGÍTIMOS, HIJOS DE LEGÍTIMO MATRIMONIO, comprende los hijos legitimados.*

348 — La declaración que este artículo hace, de ser los legitimados iguales á los legítimos, concuerda con el art. 393, que dice: «Son hijos *legítimos* los concebidos durante el matrimonio . . y también los *legitimados* por subsiguiente matrimonio del padre y madre posterior á la concepción.»

Y la declaración de que esta *igualdad* para los efectos legales rige *desde el día de la celebración del matrimonio* concuerda con la del art. 357, que dice, que, los derechos y las obligaciones que produce la legitimación sólo principian desde el día en que el subsiguiente matrimonio fué celebrado, y, por lo tanto, no remontan al día de la concepción, ni al día del nacimiento de los hijos legitimados.

349 — La legitimidad ó sea la legitimación aprovecha á la posteridad *legítima* del legitimado y también á la legitimada, porque la designación de *legítimos* comprende á los legitimados, como dice nuestro artículo; y le aprovecha tanto en los derechos morales como en los pecuniarios, porque con la legitimación entra á formar parte de la familia de los parientes legítimos.

350 — ¿Aprovecha á la posteridad *natural* del legitimado? Pensamos que no, ni aún á título de representación.



El derecho de heredar,—no hablamos de la sucesión voluntaria,—se funda en los lazos de familia, y sería contradictorio que la posteridad natural del legitimado, que no hace parte de la familia de los parientes legítimos, tuviese derecho de sucederles.

Los hijos naturales tienen un derecho de sucesión sobre los bienes de sus padres muertos, dice el artículo 371; y consecuente con esta declaración de derecho limitado, el 3616 agrega, que, el hijo natural *nunca* hereda á los abuelos, ni á los hijos y parientes legítimos del padre ó la madre que lo reconocieron, como tampoco ellos heredan á aquél. Por otra parte, la representación, que es concesión exclusiva de la ley y no del representado, no hace sino colocar al representante en el lugar dejado vacante por muerte ó renuncia del representado,—art. 3583,—pero una vez puesto en este lugar, el representante recibe *directamente del difunto su porción en la sucesión*, la cual no le es transmitida por la persona representada, sino que la tiene por derecho propio. art. 3584;—Pothier, VIII. *Del orden de suceder*—art. 1º, § 1º; Dr. Vélez en su nota al citado art. 3584.

Es ajustándose á este principio que el art. 3585 declara, que, para que la representación tenga lugar es necesario que *el representante mismo sea hábil para suceder á aquel de cuya sucesión se trata*.

Y bien, estas disposiciones legales hacen evidente que el hijo natural del legitimado no puede entrar, por derecho de representación, á heredar á los padres ó parientes legítimos del legitimado, porque tal hijo natural no es hábil para suceder á aquel de cuya sucesión se trata.

Art. 353. L. 1, Tit. 13, Part. 4ª.—Cód. Francés, art. 333—de Nápoles, 251, y Sardo, 176.



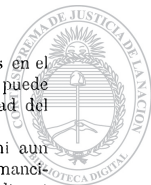
Art. 354. *La persona que tenga la libre administración de sus bienes, podrá aceptar ó repudiar la legitimación. Los que estén bajo tutela, y la mujer casada, no pueden aceptarla ni repudiarla sin consentimiento y aprobación del tutor ó del marido.*

351 — Juzgando con el espíritu que lo preside y con la autoridad de su fuente, que es el código de Chile, art^{os}. 210 y 211, debe decirse que la declaración que hace el nuestro es que, el que no necesita de tutor ó curador para la administración de sus bienes, podrá aceptar ó rechazar libremente la legitimación; pero el que lo necesita no podrá repudiarla ni aceptarla sin el consentimiento y aprobación de su tutor.

La mujer casada no puede igualmente aceptarla ó repudiarla sin el consentimiento y aprobación de su marido, bajo cuya autoridad está.

Por consiguiente, no es necesario que la administración que de sus bienes tenga el hijo legitimado sea *plenamente libre*, es decir, sin limitaciones, para que se le reconozca la facultad de admitir ó repudiar la legitimación. Y así, el menor emancipado, cuyas facultades de administración están restringidas — art. 135 — podrá, sin embargo, repudiar ó aceptar la legitimación, sin necesidad de autorización judicial, porque la emancipación produce el efecto de habilitar al casado para todos los actos de la vida civil — artículo 133 — salvo los exceptuados por la ley, entre los cuales no está comprendido el derecho de aceptar ó repudiar la legitimación, — art. 135.

352 — La mujer casada necesita la autorización de su marido mientras se conserva bajo la autoridad marital, porque aunque se trate de su propio estado



de familia, ya no es solo ella quien tiene interés en el acto. Lo tiene también su marido, porque puede tener importancia que comprometa la integridad del matrimonio.

Pero no la necesita en el caso de divorcio, ni aun la judicial, porque en su calidad de persona emancipada puede, con entera independencia, repudiar ó admitir la legitimación, porque, como acabamos de decir, este acto no es de los que por la ley requieren la autorización del juez para su validez,—art^º. 135 y 230.

Cuando el marido estuviese impedido ó rehusare su consentimiento y aprobación, la mujer podrá solicitar el supletorio del juez, — art^º. 216 y 217.

353 — Según el art. 445, el tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles... quien los ejecuta por él y en su nombre, sin el concurso de su pupilo y prescindiendo de su voluntad. La aplicación de este principio es sin inconvenientes respecto del menor de catorce años, porque durante la edad de la impubertad está afectado de incapacidad absoluta para obrar por sí mismo en los actos de la vida civil, — art. 54 — inc. 2^º; pero tratándose de un adulto ¿procederá también el tutor, referentemente á la legitimación, prescindiendo de la voluntad del menor y aun contrariándola? Pensamos que no.

La legitimación no sólo confiere derechos é impone obligaciones pecuniarias, sino que también introduce al legitimado en las familias del padre y de la madre. Decide de su estado, ligándolo con los lazos de la legitimidad, no sólo á su padre y madre, sino también á los parientes legítimos de éstos, con todos los derechos y las obligaciones morales que rodean á la familia. La ley dice que el menor no puede aceptar ó repudiar la legitimación *sin* el consentimiento y aprobación de



su tutor, lo que importa que el menor concurre al acto, complementada su voluntad por el consentimiento y aprobación de su tutor, á semejanza del hijo de familia cuyo padre no puede decidir sobre la carrera á adoptar, sin el consentimiento del hijo adulto, según lo dijimos bajo el art. 299.

354—El menor de edad reconocido tiene — contados desde que llega á ser mayor — dos años para reclamar contra el reconocimiento hecho por el que se dice su padre, y en cuya virtud fué legitimado. Pasado este plazo, su acción queda prescripta y firme consiguientemente á su respecto la legitimación con todos los derechos de sucesión y morales que siguen á la legitimidad.

355—Pero el derecho de reclamar su verdadero estado de familia es un derecho fundado en la naturaleza, que no se extingue ni por prescripción, ni por renuncia expresa ó tácita — arts. 293, 296 y 4053 — y por consiguiente, el hijo legitimado, que ya no puede atacar el reconocimiento hecho por el que dice ser su padre, puede sin embargo reclamar su verdadera filiación, demostrando que no es aquél sino otro su padre verdadero, y obtener sentencia que así lo declare; encontrándose de este modo que es hijo legítimo de dos padres distintos, incorporado á la familia legítima de uno y otro y con los derechos morales y pecuniarios, quizá inconciliables, que la legitimidad acuerda.

Esta doble paternidad, que no cabe en la naturaleza, demuestra que el artículo que nos ocupa, con la limitación que tiene por el art. 4063, está en contradicción con el 4053, que declara la imprescriptibilidad del derecho de reclamar el propio estado de familia.



Art. 355. *Pueden impugnarla los hijos del matrimonio por el que hubieren de legitimarse los hijos, y también los hijos de un anterior ó posterior matrimonio, ó los que tengan un interés actual en hacerlo.*

356 — El art. 369 generaliza la disposición estableciendo por regla que « el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, puede ser contestado por los propios hijos, ó por los que tengan interés en hacerlo ». De consiguiente, puede ser contestado por todos los que tengan el interés moral de oponerse á que se introduzca en la familia un miembro que no le pertenece, interés que habilita para el ejercicio de la acción, sin ser los únicos, á los hijos del matrimonio con el que quedaron legitimados los hijos, y á los hijos de un anterior ó posterior matrimonio legítimo ó putativo.

357 — Podrán también impugnar el reconocimiento los que tengan un interés actual pecuniario en que sea declarado ineficaz ó nulo, al efecto, por ejemplo, de que los legitimados no participen en la sucesión á que son llamados los oponentes.

358 — Tendrá igualmente derecho á impugnarlo el donatario del padre, en el caso de que el legitimado pidiese la reducción de la donación. Le asiste el interés real actual de conservar íntegra la donación con que ha sido favorecido, — artº. 1866 y 1868.

Art. 355. Véase la nota al art. 208, inc. 3º, del Cód. de Chile.

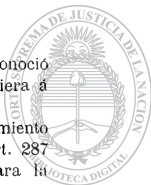


Art. 356. *La denegación de la paternidad no obsta á la legitimación de los hijos concebidos antes del matrimonio y nacidos después, si el marido antes del casamiento supo el embarazo de su esposa, ó si por cualquier otro modo reconoció expresamente por suyo el hijo que la mujer diera á luz, sea antes ó después del nacimiento.*

359— El art. 345 trata de la legitimación ordinaria ó común, que es la acordada á los hijos *nacidos fuera* ó sea *antes* del casamiento de sus padres.

El presente concede una legitimación *especial* para los concebidos antes, pero *nacidos después* del matrimonio de su padre y su madre, legitimación que se opera por la ley misma, sin más exigencia que el reconocimiento paterno, hecho en cualquiera forma, solemne ó no solemne, pública ó privada, expresamente ó de un modo *tácito*, como sucedería si el marido contrajo su matrimonio, conociendo antes el embarazo de su esposa, pues en este caso la ley estima que el esposo reconoce que es hijo suyo el que su esposa lleva en sus entrañas. Esta inducción del reconocimiento paterno que hace la ley, se funda en el honor del hombre, pues, no se concibe que contraiga matrimonio con una mujer que está embarazada, sino porque sabe que el hijo que lleva en su seno es fruto de su obra.

360— Como la ley no impone una forma determinada para el reconocimiento expreso, puede ser probado por todos los medios de prueba reconocidos en derecho, es decir, por instrumento público, por instrumento privado y por testigos.



361 — Nuestro artículo dice: «.....si reconoció *expresamente* por suyo el hijo que la mujer diera á luz, sea antes ó después del nacimiento.»

El hecho de legislar sobre la base del reconocimiento *expreso*, no importa excluir el tácito. El art. 287 hace evidente esta conclusión, porque si para la *legitimidad*, que es lo más, basta el reconocimiento tácito, para la legitimación, que es menos, no puede él ser excluido y requerirse siempre el expreso; aparte de que el propio artículo que nos ocupa contiene prueba incontestable, porque cuando establece que la denegación de la paternidad no obstará á la legitimación cuando el marido «*antes del casamiento supo el embarazo de su esposa*», induce de este hecho la ley misma, con presunción *juris et de jure*, que el esposo reconoció que es suyo el hijo dado á luz por su mujer, lo que importa decir que hay en aquel hecho reconocimiento *tácito* de la paternidad.

362 — El hijo legitimado por nuestro artículo es el hijo natural: no alcanza su favor ni al adulterino, ni al incestuoso, y se prueba con sólo observar que las disposiciones de este capítulo de la *legitimación* se desenvuelven sobre la base de la declaración del art. 345, que se refiere sólo á los hijos *naturales*, de lo que es una demostración concluyente el art. 358, que dice: «Los hijos designados en el art. 345, son hijos *naturales*.» No caben, pues, ni en la disposición del 345, ni en la del 356 que nos ocupa, los hijos adulterinos ó incestuosos. Sólo así puede decirse que éstos no tienen ni padre, ni madre, ni pariente alguno por parte de padre ó madre, y que no tienen derecho á hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad, ni siquiera sobre la maternidad, que es siempre cierta. Sería borrar todas estas disposiciones, si la legitimación alcanzase á los hijos adulterinos ó incestuosos,



y quedaría herida en su base la organización de la familia.

363 — Aparte de las notas que dejamos consignadas con sujeción al texto y espíritu del artículo, debemos declarar que no estimamos conveniente ni necesaria su conservación en el Código, y vamos a decir por qué.

El art. 345 y el presente 356, tratan de materia igual y de un caso perfectamente idéntico, pues uno y otro se ocupan del hijo *concebido antes y nacido después* del matrimonio, declarando el primero la *legitimidad* y el segundo la *legitimación* de tal hijo.

Esta doble legislación de un caso único es inconveniente, porque da origen á la cuestión de palabras sobre el alcance y valor de la *legitimidad* y su diferencia de la *legitimación*, que, en el terreno de la ley, no es ninguna, como ninguna es también en el fondo, porque, en los hechos, el caso es uno mismo y la legitimidad concedida por el art. 345, es una verdadera legitimación, como quiera que el verdadero hijo legítimo es el *concebido* en matrimonio. El hijo *concebido antes* del casamiento de sus padres es hijo natural hasta el momento del matrimonio, ora se trate de aquel á quien el art. 345 concede la legitimidad, ora del otro á quien el 356 concede la legitimación. Tan legitimado por el matrimonio es el uno como lo es el otro, y como por nuestro derecho la persona *existe* desde el momento de su concepción en el seno materno — art. 70, — viven los dos en su calidad de hijos *naturales* hasta que ocurre ó se verifica el matrimonio de los padres. Y como, en nuestra opinión, tanto los efectos de la legitimidad acordada por el uno como la legitimación concedida por el otro no se retrotraen á la época de la concepción, sino que proceden sólo desde la fecha del matrimonio,



no hay por qué deba conservarse en el código el artículo 356.

Si la opinión contraria fuese la verdadera sobre este punto, es decir, si fuese verdad que la legitimidad acordada por el art. 345 identifica al hijo concebido *fuera* de matrimonio con el concebido *dentro* del casamiento de sus padres, y que los efectos de la legitimidad hubieran de remontar al tiempo de la concepción, entonces es cuando más evidente se haría la necesidad de suprimir el art. 356, porque el hijo invocaría siempre, absolutamente siempre, el que concede la legitimidad, porque correspondiendo los dos artículos á un mismo é idéntico caso, no podría negarse nunca al hijo la aplicación del 345, y jamás llegaría el caso de aplicarse el 356.

Resulta que, cualquiera que sea la faz bajo la que se considere el punto, es siempre evidente la inutilidad de este último artículo.

Art. 357. *Los derechos y obligaciones que produce la legitimación principian desde el día en que el subsiguiente matrimonio fué celebrado; no remontan al día de la concepción, ni al día del nacimiento de los hijos legitimados, sea para influir en los derechos ya adquiridos de sucesión hereditaria, ó para aprovechar al padre en el usufructo que le corresponde sobre los bienes de sus hijos.*

364 — La ley concede al matrimonio *el efecto* de operar la legitimación de los hijos. Luego es natural que los derechos y las obligaciones que nacen de la



legitimación no principien sino desde el día en que el matrimonio se verifique.

No hay efecto anterior á su causa. Según este principio, ni la legitimación puede hacerse antes de la fecha del matrimonio, ni los efectos de la legitimación pueden principiar en una época anterior á la en que ella se opera, es decir, anterior al día del casamiento.

Es, por lo tanto, conforme con aquel principio declarar, como lo hace nuestro artículo, que las obligaciones y derechos que produce la legitimación no remontan ni al día de la concepción, ni al día del nacimiento del hijo, si tuvo lugar antes del casamiento.

365 — Y así, el hijo legitimado no participará en la sucesión hereditaria de los parientes legítimos de su padre que se haya abierto antes del día del matrimonio que operó su legitimación; ni podrá tachar de inoficiosa y pedir la reducción de una donación hecha por su padre antes de casarse, fundado en que la donación excedía del quinto de los bienes del donante.

De los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrilegos

CAPÍTULO PRIMERO

De los hijos naturales

Art. 358. *Los hijos designados en el artículo 345, son hijos naturales.*

366 — Hay que suprimir del epígrafe de este título la palabra *sacrilegos*, porque no siendo ya un impedimento para el matrimonio las órdenes sagradas, no hay hijos que deban ser clasificados de sacrilegos.

«Deróganse todas las disposiciones de este código relativas á los hijos sacrilegos. Los que actualmente son llamados hijos sacrilegos tendrán la filiación que les corresponda según las disposiciones civiles que quedan vigentes» — dice el art. 112 de la *Ley de matrimonio*, que es el 269 del código, según el modo cómo la hemos incorporado á él.

367 — Dada la referencia que el artículo que nos ocupa hace al 345 — título «*De la legitimación*» —





resulta que, son hijos *naturales*, los nacidos *fuera* de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse legítimamente.

Con esta definición quedan zanjadas las cuestiones y suprimidas las consecuencias inaceptables á que daba lugar la ley 11 de Toro que los define así: —

« E porque no se pueda dubdar cuales son fijos naturales, ordenamos e mandamos que entonces se digan
« ser los fijos naturales, cuando al tiempo que nacieren o fueren concebidos, sus padres podian casar
« con sus madres justamente, sin dispensacion, con
« tanto que el padre lo reconozca por su fijo, puesto
« que no haya tenido la mujer de quien lo ovo en su
« casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el fijo las
« calidades susodichas mandamos que sea fijo natural. »

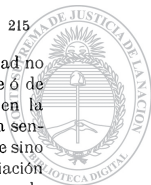
Cabe en los términos de esta ley llamar hijos naturales á los *adulterinos* que fuesen reconocidos por los padres, inmoralidad que no cabe en el Código.

368— Por lo demás, y como la madre es siempre cierta, es natural que los hijos nacidos de padres que no son casados sigan, por regla general, á la madre en todo lo que no corresponda á la familia procedente de matrimonio legítimo. *Lex naturæ hoc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur* » L. 24, de *statu hominum*.



Art. 359. *Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre ó la madre, ó para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad ó maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurran á demostrar la filiación natural. No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de sus padres.*

369 — Antes que este artículo fuera reformado, eran contradictorias las sentencias de último resorte pronunciadas en las provincias de la República sobre el importante punto de si los hijos naturales podían demandar la declaración de su filiación después del fallecimiento de sus padres, y si para deducir la acción era necesario que estuviesen en posesión de su estado de hijos naturales. Las que declaraban el derecho para pedir la declaración de la filiación después de muertos los padres, sin necesidad de probar que tuvieran posesión de estado, se fundaban muy particularmente en la siguiente nota de nuestro ilustre codificador al art. 3611: « La filiación natural puede ser probada por el reconocimiento voluntario del padre ó de la madre, ó por una « sentencia judicial que declare la maternidad ó la « paternidad. ¿ Pero á qué época será preciso que el « hijo natural haya sido reconocido voluntariamente ó « por decisión judicial, para que pueda obtener los « derechos que le dan las leyes? Podría decirse que « era necesario que la filiación fuese probada antes de « abrirse la sucesión. Sería una consecuencia de esto,



« que la indagación de la maternidad ó paternidad no
« podría hacerse después de la muerte del padre ó de
« la madre con el objeto de reclamar derechos en la
« sucesión. Esta doctrina no puede admitirse. La sen-
« tencia judicial que establece la filiación no hace sino
« reconocerla y declararla. Es al hecho de la filiación
« natural que la ley da derechos sucesorios; por lo
« tanto, estos derechos deben pertenecer al hijo en la
« sucesión de su autor, cualquiera que sea la época
« en que la filiación hubiese sido probada y sea antes
« ó después de la apertura de la sucesión. Decimos
« más: el reconocimiento y la sentencia pueden tener
« lugar aun después de la muerte del hijo natural,
« cuando éste deja posteridad.» Véase Demolombe,
tom. 5º, núm. 416 y tom. 14, n.ºs 13 bis y 14.

370 — Pero la reforma del artículo vino, estatuyéndose que la declaración judicial de la filiación, *no habiendo posesión de estado*, —sólo puede ser solicitada por los hijos durante la vida de sus padres, lo que importa establecer: 1º Que cuando la demanda es entablada contra el padre ó la madre, vivos, no es necesario, para que proceda la acción, que el hijo esté en posesión de su estado; y 2º Que cuando *tiene posesión de estado*, puede entablar su demanda aun después de fallecidos su padre ó madre.

371 — ¿ Importa esto una condición? ¿ Importa establecer que cuando la demanda es deducida después del fallecimiento de los padres, deba justificarse previamente que el demandante *está en posesión de su estado* de hijo natural para que se dé curso á la demanda? Absolutamente no. Lo que importa la reforma es, que, cuando la declaración judicial es solicitada después de muertos los padres, la prueba indispensable para hacer la declaración es la *posesión de estado*,



que es más completa, más amplia y entraña hechos más constantes que la prueba común ú ordinaria que puede ser y es suficiente para declarar la filiación cuando el juicio es tenido con el padre mismo, ó con la madre.

372 — Posesión de estado.—El código francés enumera los principales hechos que constituyen la posesión de estado.

« La posesión de estado se establece—dice el artículo
« 321—por la reunión suficiente de hechos que impli-
« can la relación de filiación y paternidad entre un
« individuo y la familia á la cual pretende pertenecer.
« Los principales de esos hechos son:
« Que el individuo ha llevado siempre el nombre
« del padre al que pretende pertenecer;
« Que el padre lo ha tratado como su hijo, y ha pro-
« visto, en esta calidad, á su educación, á su conser-
« vación y á su establecimiento;
« Que lo ha reconocido constantemente por tal en la
« sociedad;
« Que ha sido reconocido como tal por la familia.»

Los escritores franceses resumen las condiciones en estos términos:—*nomen—tractatus—fama*; pero ciertamente que no es indispensable la concurrencia de estas tres circunstancias para que se tenga posesión de estado.

Como sucede en toda cuestión de hecho, mucho queda librado al criterio y sabiduría de los jueces, porque no es posible establecer reglas fijas.

373 — Conviene tener presente que la prestación de alimentos, hecha en virtud de sentencia dada en juicio sumario, no importa reconocimiento de la filiación. Es digna de recordarse la ley 7, tít. 19, part. 4ª, sobre el particular, que dice:



« Razonandose alguno, por fijo de otro, e de-
« mandando quel criase, e proveyese de lo que era
« menester, podria acaescer, que este atal, negaria
« que non era su fijo, porque no lo criasse; ó por
« aventura dezirlo ya de verdad, que non seria su
« fijo. E porende, quando tal dubda acaesciere, el
« juez de aquel lugar, de su oficio, deue saber
« llanamente, e sin alongamiento, non guardando la
« forma del juizio que deue ser guardado en otros
« pleytos; si es su fijo de aquel por cuyo se razona,
« o non. E esto deue ser catado, por fama de los de
« aquel lugar, o por cualquier manera otra que lo
« pueda saber, o por la jura de aquel que se razona
« por su fijo. E si fallare por algunas señales, que es
« su fijo, deue mandar al otro que lo crie, e lo proue.
« *E maguer el juez mande proueer a este atal, assi*
« *como sobredicho es. salvo finca su derecho a cual-*
« *quier de las partes, para prouar si es su fijo, o*
« *non.* »

Téngase también presente que la cohabitación fuera del matrimonio, no induce presunción *juris* de la paternidad. La presunción — *pater est quem nuptiæ demonstrant*,—reposa sobre la dignidad y santidad del matrimonio. El hecho de cohabitación fuera de matrimonio, confesado ó probado en juicio, no tiene la menor semejanza con el matrimonio ni puede autorizar la aplicación de aquel principio, porque aunque la ley tolera la unión ilícita, no impone el deber de fidelidad, y la posible concurrencia de otros hombres hace incierto todo, especialmente cuando se prueba el hecho de la concurrencia.

374 — Por lo demás, los medios de prueba permitidos para la justificación de los hechos que concurren á demostrar la filiación natural, son todos los reconocidos en derecho, porque como no ha estado en manos



del hijo munirse de un documento, público ó privado, que asegurase la prueba de su filiación, es natural que se le permita justificarla por todos los medios probatorios —art. 1224.

375— El derecho de reclamar la filiación, no se prescribe por tiempo alguno cuando es ejercido por el hijo mismo, ni se pierde por renuncia expresa ó tácita; pero es prescriptible el derecho pecuniario que acompaña á la filiación, y puede, por consiguiente, discutirse, si está ó no prescripta la acción de petición de herencia, que no hubiese sido expresamente deducida antes de los treinta años por que se la prescribe, cuando la acción de reconocimiento de la filiación fué instaurada dentro de dicho plazo.

Hay aquí una cuestión de hecho. La reclamación de filiación puede tener por objeto único, adquirir el estado de familia, lo que prueba que en ella no se entraña la petición de herencia; pero, cuando al instaurarse aquélla, ha sido con el objeto de participar en la sucesión de su padre y la oposición de los herederos responde á negarle tal participación, se impone declarar que la acción *petitio hæreditatis* iba envuelta en la de declaración de filiación y, por lo tanto, que no ha sido prescripta.

Art. 359. Prohiben la indagación de la paternidad los códigos de Francia, Cerdeña, Nápoles, Holanda, Haití, Hesse, Chile y el proyecto de Goyena del código civil de España. La permiten Luisiana, Suecia, Noruega, Dinamarca, España, Inglaterra, Austria, Baviera, Prusia y todos los códigos Suizos.

La razón que se da para prohibir la indagación de la paternidad es que daría lugar á pleitos inmorales y escandalosos; pero precisamente las leyes que la permiten tienen por objeto evitar fraudes y escándalos de un orden superior. En las cuestiones de filiaciones naturales, la indagación de la paternidad no tendría el resultado de descubrir un crimen. Las leyes no castigan la unión de las personas libres. Ningún hombre se juzgaría deshonrado por que se descubriera que era el padre natural de una



persona. ¿Dónde está, pues, el descubrimiento del acto escandaloso? Entre tanto, las leyes de diversas naciones la han permitido y han debido permitirla, porque ellas autorizan para dejar al hijo natural toda sucesión con perjuicio de los ascendientes; de otra manera sería permitido desheredar á los ascendientes con sólo llamar hijo natural al heredero instituido. Las leyes han debido permitir la indagación de la paternidad en las cuestiones de parto supuesto, de falsas filiaciones, toda vez que los padres quieran desconocer á los hijos que verdaderamente lo sean, y no han podido dejar de permitirlo en las cuestiones de filiaciones adulterinas. Si se prohíbe, pues, la indagación de la paternidad, se da lugar á verdaderos escándalos y se destruyen todas las leyes que crean el orden de las familias.

¿Y cómo evitar en los juicios la discusión de hechos inmora-les ó escandalosos? Los pleitos sobre estupros, nulidad de matrimonios, amancebamientos de hermanos con hermanas, incestos, adulterios de la mujer ó del marido, son verdaderamente pleitos escandalosos, y sin embargo, es de toda necesidad permitirlos y entrar en la indagación y prueba de los hechos.

Se ha reconocido la necesidad de permitir la indagación de la maternidad. Supóngase que una joven ha concebido un hijo fuera de matrimonio; que oculta el parto para cubrir su honor y pone al hijo fuera de su casa. Corriendo el tiempo esta mujer se casa, es la madre de familia, reputada honrada por su marido y por sus hijos. ¿Se permitirá este juicio escandaloso é inmoral que va á quitar el honor de una mujer casada y traer el desorden en toda su familia? Sí, contestan los autores del código francés, porque la indagación de la maternidad debe ser permitida, porque la madre es cierta, el hecho puede probarse, no así la paternidad. ¿Y el escándalo y la moralidad del juicio? Luego no es por la moral que se prohíbe la indagación de la paternidad, sino por lo difícil de la prueba de los hechos.

La madre es siempre cierta, y por esta vulgaridad de antigua jurisprudencia, se permite la indagación de la maternidad y se prohíbe la de la paternidad. En la naturaleza de las cosas, la maternidad es cierta é indudable; pero no en el pleito, en el juicio, sino es que el juez hubiese asistido al parto. El juez tiene que decidir el caso por las declaraciones de testigos, por los informes de los sirvientes, por las pruebas comunes, pruebas iguales á las que pueden darse sobre la paternidad.

Los códigos que no admiten la indagación de la paternidad se ven en la necesidad de permitirla por las pruebas de escritura pública ó de actos auténticos, y la niegan por las pruebas comunes de presunciones de los hechos accesorios que constituyen la posesión de estado. Así, la paternidad demostrada por los hechos más incontestables, justificada por la posesión de estado más notoria, confesada aún por las declaraciones autógrafas más

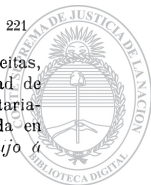


precisas, podrá ser impunemente desmentida á nombre de la ley, y salvada la primera obligación de un padre de alimentar al hijo á quien ha dado el ser, mientras no se le pruebe que es el padre por escritura pública ó por actos auténticos. Pero la verdad de la escritura pública es meramente una presunción de la ley, desmentida todos los días, igual á la presunción de verdad de la declaración de los testigos. Las leyes, no pudiendo llegar á una perfección absoluta, se han guiado, en la constitución de las pruebas, por lo que regularmente sucede, por meras presunciones de hombre, presunciones que en otros casos pueden ser mayores y más fuertes que la escritura pública, que los actos auténticos, según sean los hechos accesorios que se deduzcan en el juicio para probar la paternidad.

Cuando un hombre ha sostenido y mantenido á la madre, cuando ha sostenido y mantenido al hijo de ella, tratándolo como suyo, cuando lo ha presentado como tal á su familia y á la sociedad, y en calidad de padre ha provisto á su educación, cuando ante cien personas y en diversos actos ha confesado ser padre de él, no puede decirse que no ha reconocido al hijo de una manera tan probada, como si lo hubiera hecho por una confesión judicial. La posesión de estado vale más que el título. El título, la escritura pública, el asiento parroquial, la confesión judicial, son cosas de un momento, un reconocimiento instantáneo; mas la posesión de estado, los hechos que la constituyen, son un reconocimiento continuo, perseverante, de muchos y variados actos, de todos los días, de todos los instantes. La posesión de estado es así por su naturaleza, una prueba más perentoria que la escritura pública, que los actos auténticos: es la evidencia misma; es la prueba viva y animada; la prueba que se ve, que se toca, que marcha, que habla; la prueba en carne y hueso, como decía una corte francesa. El juez puede, pues, por los hechos que constituyen la posesión de estado, dar una sentencia sobre la paternidad con una conciencia más segura que la que le daría una escritura pública, un asiento bautismal.

Art. 360. *La indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo á una mujer casada.*

376—Trátase aquí del hijo natural concebido y nacido *antes* del matrimonio, porque del concebido antes, pero nacido *después* del casamiento de sus padres, ha sido ya legislado por los artº. 287 y 356.



El que nos ocupa ha sido tomado del 1597 de Freitas, que dice así: «La investigación de la maternidad de los hijos naturales, que no hayan sido voluntariamente reconocidos por su madre, será admitida en juicio cuando *no tenga por objeto atribuir el hijo á una mujer casada.*»

377—Esta decisión importa el verdadero sacrificio de los derechos morales y pecuniarios del hijo natural, en obsequio al honor de la madre y á la tranquilidad del hogar que se ha creado con el matrimonio.

En la maternidad no hay misterio: es siempre un hecho que se revela por hechos exteriores é inequívocos, como son el embarazo y el alumbramiento; y como estos hechos son susceptibles de prueba directa y completa, y lo es igualmente la identidad del niño dado á luz, la prueba de la filiación natural respecto á la madre es materia sobre la cual puede recaer evidencia; y como el hijo natural tiene un estado,—fundado en la naturaleza, cierto, real y susceptible de comprobación directa,—con el derecho de ser criado y educado por la que le dió el ser,—al prohibir la ley la indagación de la maternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo á una *mujer casada*, hace ciertamente el sacrificio del hijo para cubrir el honor de la esposa y salvar la paz y la integridad del matrimonio, que seguramente desaparecerían si fuese permitido lacerar el corazón del esposo con la denuncia pública,—hecha en juicio,—de que su esposa no ha tenido las virtudes que despertaron en su alma la pasión y le decidieron á elegirla para su compañera en la vida.

Tal es la razón y tal el fin que han inspirado aquella resolución que prohíbe al hijo buscar á su madre y lo arroja en la sociedad sin vínculos de familia y sin más amparo que la caridad pública.



378—Disuelto el matrimonio por la muerte del esposo, ¿continuará siendo vedado al hijo reclamar su filiación?

La materia nos parece de estricto derecho. La muerte del esposo ha puesto fin á la razón de la ley y debe en tal caso entrar á imperar el principio común que, ajustado á la razón y á la conciencia, permite la indagación de la maternidad. La disposición contraria es una *excepción*, que no puede ser mantenida más allá del caso legal. Es consagrada en favor de la *mujer casada* y no de la *viuda*. La ley no dice que sea prohibido indagar la maternidad cuando el objeto sea atribuir el hijo á una mujer casada, ó que *fué casada*. Su disposición excepcional está—*in terminis*—limitada á la primera y no favorece á la segunda.

379—Muerta la mujer, y viviendo el marido, ¿será permitida la indagación? El rigorismo de los principios impone la afirmativa.

Art. 361. *Las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres, se extienden á los hijos naturales, respecto á los padres de ellos.*

380—La disposición de este artículo es evidentemente justa. Se inspira en la naturaleza y armoniza con varias disposiciones del código.

La obediencia, el respeto, la ayuda y la protección que los hijos deben á los que les han dado el ser, se fundan en un sentimiento natural, y la deuda recíproca de alimentos está impuesta por el art. 403, así como el deber que los padres tienen de educar á sus hijos naturales está consagrado por el 364.



Art. 362. *El padre y la madre tienen sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos.*

381 — En este como en otros varios artículos, el código se ajusta á los preceptos de la naturaleza, lo que realza su mérito.

Los hijos naturales tienen para con sus padres las mismas obligaciones que los hijos legítimos tienen para con los suyos;—art. 361.

Los hijos naturales deben ser criados, alimentados y educados por sus padres ;—art^s. 364 y 365.

Los hijos naturales tienen un derecho de sucesión sobre los bienes de sus padres muertos, de los cuales son herederos forzosos ;—art^s. 371, 3579, 3627 y 3628.

Los hijos naturales tienen un estado de familia, la que está limitada, en línea ascendente, á sus padres;—art^s. 403 y 3616.

Siendo todo esto así, era de toda necesidad que se estableciese que el padre y la madre tienen sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre los suyos, so pena de dejar un vacío injustificable. Asistiéndoles el deber de crianza y educación, necesariamente debe corresponderles el derecho de gobernar su persona, dirigir sus pasos y corregirlos. No se puede llenar aquel deber sin esta potestad.

Peró los padres no tienen respecto de sus hijos naturales la patria potestad extensa que les corresponde sobre los legítimos, pues no tienen ni la administración, ni el usufructo de sus bienes, como expresamente lo declara el art. 370, y es por eso que el que nos ocupa se limita á decir que tienen *sobre sus hijos*



naturales, esto es, sobre la persona, pero no sobre los bienes, los mismos derechos que los padres legítimos tienen sobre sus hijos legítimos. Tienen patria potestad menos plena, pues la plena ó completa es *el conjunto* de los derechos que las leyes conceden á los padres en la *persona y bienes* de los hijos. — Art. 298.

382 — No hay por qué extrañar esta situación de los padres naturales, porque la de los legítimos es de hecho la misma, cuando sus hijos no tienen más bienes que los donados ó dejados bajo la condición, permitida por la ley, de que los padres no tengan ni la administración, ni el usufructo de ellos.

383 — ¿A quién pertenece el ejercicio de la patria potestad de los padres naturales? ¿Preferentemente al padre, ó al padre y á la madre juntos?

La cuestión no puede tener lugar cuando el padre no ha reconocido á los hijos: la madre, en tal caso, será la única que tenga sobre ellos la autoridad y poder conferidos por la ley.

Cuando los han reconocido los dos, padre y madre, tienen la patria potestad, y su ejercicio corresponde á uno y otro.

No puede argüirse en contra alegando lo que pasa durante el matrimonio, en el cual es el padre y no la madre quien ejerce la patria potestad, porque la diferencia de casos es notoria. Allá hay un matrimonio, una familia, y un jefe de ella, que es el padre, al cual está sometida la esposa misma: aquí no hay matrimonio, no hay un jefe de familia, ni una madre que le esté sometida en calidad de esposa. La diferencia es profunda.

Comunmente el padre no vive con la madre, ni está cerca de los hijos. Es ella quien los tiene consigo, quien los cría y se afana por su alimento y educación.



Esta es la verdad en la vida real, y los hijos vivirían sin dirección, redoblando su desgracia, si la madre no tuviese sobre ellos patria potestad, la cual es acordada en beneficio de los hijos *principalmente*, como lo persuaden las disposiciones que acuerdan a los jueces la facultad de restringir ó suspender enteramente el ejercicio de la potestad paterna, cuando el bien de los hijos así lo requiere, ó de disponer que su educación no sea confiada al padre, sino á la madre, ó á un tercero á costa de los padres. — Artº. 363 y 364.

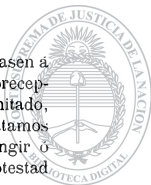
Laurent sostiene igual conclusión, no obstante las diferencias de legislación, que son favorables á nuestra tesis.—Tomo 4º, n.ºs. 347 y sig.ºs. y 352 y sig.ºs; Massé y Vergé, nota 3 al § 171 de Zachariæ.

Art. 362. En contra : L. 2, Tit.17, Part. 1º.—Zachariæ, § 171.

Art. 363. *Los jueces, sin embargo, pueden restringir ó suspender enteramente el ejercicio de este derecho, cuando así convenga al interés de los hijos.*

384—La patria potestad, en cuanto impone á los padres la obligación de alimentar y educar á sus hijos, es un deber, especialmente cuando se trata de hijos naturales, porque entonces los padres no tienen ni la administración, ni el usufructo de sus bienes. No siendo sino un deber que mira al bien de los hijos, natural es que se atribuya á los jueces la facultad de restringir ó suspender enteramente el ejercicio de la patria potestad, cuando el interés de los hijos así lo reclame.

385—Hay gran diferencia entre el artículo que nos ocupa y el 343, que dice, que, « los jueces pueden



privar á los padres de la patria potestad, si tratasen á sus hijos con excesiva dureza, ó si les diesen preceptos, consejos ó ejemplos inmorales.» Esto es limitado, en tanto que la disposición del artículo de que tratamos es amplia, porque concede la facultad de restringir ó suspender totalmente el ejercicio de la patria potestad cuando *asi convenga al interés de los hijos*.

386 — El interés á consultarse es el que dice relación al porvenir de los hijos sobre la base de una educación que les asegure bastarse á sí mismos y llenar en la mayor escala posible los deberes del hombre en sociedad. Hay que tener presente las condiciones de su nacimiento y de su esfera social, para no decretar con ligereza el despojo que despedaza el corazón de la madre y debilita, si no borra, los vínculos de amor con que la naturaleza liga al hijo con sus padres.

Art. 363. Zachariæ, lugar citado.

Art. 364. *El padre y la madre tienen el deber de criar á sus hijos naturales, proveer á su educación, darles la enseñanza primaria y costearles el aprendizaje de una profesión ú oficio; pero en los casos que el interés de los hijos lo demande, los jueces podrán ordenar que la educación del hijo no sea confiada al padre sino á la madre, ó á un tercero á costa de los padres.*

387 — Como varios otros, este artículo consagra el deber que la naturaleza impone y cuyo cumplimiento es benéfico á la sociedad.

El padre y la madre, en el matrimonio y fuera



de él, están obligados á criar y educar al ser á quien dieron existencia. El hecho solo de la paternidad ó maternidad impone este deber, que la ley amplía en beneficio del propio hijo y de la sociedad, declarando que los padres naturales deben dar á sus hijos la enseñanza primaria y costearles el aprendizaje de una profesión ú oficio con que puedan bastarse á sí mismos, cuando, con la independencia de la mayor edad, entren en la vida social con su capacidad de ejercer todos ó cualquiera de los actos de la vida civil.

388 — Más que la de los legítimos, la patria potestad de los padres naturales obedece principalmente al interés de los hijos, por lo mismo que para con ellos los padres no tienen la consagración, ni dedican los sacrificios que en fuerza del matrimonio consagran en favor de los suyos los legítimos. Esta es la razón por la cual dispone la ley, que, cuando el interés de los hijos lo reclame, los jueces podrán ordenar que la educación no sea confiada al padre, sino á la madre, y ni aún á ésta, sino á un tercero á costa de los padres.

Prevalece en esta disposición la consultación del bien del hijo y el interés de la sociedad, cuando la conducta de los padres no los haga acreedores á dirigir la educación de sus hijos.

La ley 3, tit. 8, lib. 3 del Fuero Real, que cita nuestro codificador, es esta :

« Quando alguna muger soltera ha fijo de algun
« home soltero, y el home lo recibiese por fijo, la
« madre sea tenida de le criar, é de gobernarle, y
« esté fasta tres años, si hobiere donde, é si no
« hobiere de qué criarlo, á costa del padre: é si la
« muger le creare de lo suyo fasta tres años, el
« padre lo crie de alli adelante de lo suyo, é no lo



« tenga mas la madre, si no quisiere, fueras si el
« Alcalde por alguna razon guisada mandare que lo
« tenga la madre á costa del padre; é esto man-
« damos de los fijos de los Christianos: ca si fuere
« fijo de Christiano, é de Mora, ó de Judia, ó de
« muger de otra ley: mandamos, que el Christiano
« lo tenga siempre, é haya la costa del otro asi
« como es sobredicho. E si despues de tres años
« el padre lo negare por fijo, mientras anduviese en
« Pleyto, el padre sea tenuto de dar el gobierno
« fasta que sea juzgado el Pleyto: é si no fuere
« dado por padre, haya las costas de la madre que
« gelo dara por su fijo con tuerto: é lo que es
« dicho de los fijos solteros, eso sea de los fijos de
« los casados que fuesen partidos por Santa Iglesia,
« por alguna razon derecha. »

Art. 364. L. 3, Tit. 8, Lib. 3, F. R.—Zachariae, § 171, inciso 2:
y véase el § 131, nota 10.—Merlin *Rep.*, verb. *Education*, § 2.

Art. 365. *Los padres están obligados á dar á sus hijos naturales los alimentos necesarios hasta la edad de diez y ocho años, y siempre que los hijos se hallen en circunstancias de no poder proveer á sus necesidades. Esta obligación incumbe á los herederos de los padres. La obligación de alimentos es recíproca entre padres é hijos.*

389—El artículo anterior inmediato impone á los padres el deber de criar á sus hijos naturales, proveer á su educación, darles la enseñanza primaria y costearles el aprendizaje de una profesión ú



oficio, y el presente les impone el muy importante como natural de darles los alimentos hasta la edad de diez y ocho años, « *y siempre que los hijos se hallen en circunstancias de no poder proveer á sus necesidades.* »

390—¿ Importa esta última cláusula una condición ?

¿ Querrá decir que los padres están obligados á dar á sus hijos naturales los alimentos necesarios hasta la edad de diez y ocho años, *siempre que* (condición) los hijos se hallen en circunstancias de no poder proveer á sus necesidades ?

Pensamos que no. Lo que la ley establece es que pesa sobre los padres la obligación de dar alimentos á sus hijos menores de 18 años, y en cualquiera edad, cuando se encontrasen en el caso de no poder ellos proveer á sus necesidades.

Zacharia, de quien está tomado nuestro artículo, dice en el § 171, n.º. 8.º: « Los padres, no sólo « están obligados á criar á sus hijos naturales reco- « nocidos, sino que aún deben, en caso de nece- « sidad, darles alimentos, *cualquiera que sea la « edad de los hijos.* » Si están obligados á costear- les el aprendizaje de una profesión ú oficio aún más allá de los 18 años de edad, con mayor razón deben estar obligados á darles, en caso de nece- sidad, alimentos, cualquiera que sea la edad.

Una interpretación distinta conduciría á conse- cuencias inaceptables. Están obligados á costear á sus hijos un oficio ó profesión que les asegure el porvenir, y no están obligados á ir en su auxilio cuando, siendo mayores de 18 años, se encontra- sen postrados en la cama, sin medios para cubrir los gastos de curación y aún sin los necesarios para matar el hambre y cubrir la desnudez ! La natu-



raleza grita contra esta interpretación y el claro espíritu de la ley la condena.

391 — Esta obligación de los alimentos está igualmente impuesta á *los herederos* de los padres. Es un favor especial con que la ley viene en protección de los hijos naturales. Por disposición del art. 403 están obligados á darles alimentos no sólo el padre y la madre, sino también el abuelo y la abuela cuando aquéllos no existieren, ó cuando se encontraren imposibilitados para prestarlos por falta de recursos, y por el que nos ocupa se establece que, á más de estas personas, tienen igual obligación los herederos de los padres, sean forzosos ó voluntarios, y pertenezcan ó no consiguientemente á la familia del autor de la sucesión. Es ciertamente un favor especial.

392 — Buscando las razones de esta disposición, pueden recordarse las siguientes: 1ª Los hijos naturales no cuentan con los favores que, en razón de la amistad y cariño entre los miembros de la familia, disfrutaban los legítimos, porque la suya no va mas allá de los padres; 2ª No quedan siempre asegurados sus alimentos con la porción hereditaria que se les asigna en la sucesión de su padre ó madre, máxime cuando en razón de nuestras costumbres se mira con indiferencia la suerte de los hijos naturales y es común ver que los padres piden recursos á la sagacidad para disminuir—en beneficio de los legítimos—lo que aquéllos debieran percibir.

393 — ¿En qué orden pesa esta obligación de los alimentos?

¿Deben prestarlo: 1º ¿El padre y la madre conjuntamente, ó primero aquél y después ésta?

2º ¿El abuelo ó la abuela á falta de los padres ó cuando no les fuese posible prestarlos?

3º ¿Los herederos de los padres?

De todo esto nos ocuparemos al estudiar el artículo 403.

394— *La obligación de alimentos es recíproca entre padres é hijos*, dice el artículo.

En esta materia, es de regla firme la reciprocidad, cuando la obligación de prestarlos se funda en los lazos de consanguinidad ó de parentesco. Quien tiene derecho á pedirlos está obligado á prestarlos: ello es de rigurosa equidad y de expreso derecho.—Art. 401.

Es recíproca entre padres é hijos—dice nuestro artículo.

Lo es igualmente entre abuelo y abuela y el nieto y nieta —art. 403,—porque la prestación de alimentos entre los parientes *es recíproca*, repite el 401.

395—¿ Rige también esta regla entre los hijos naturales y *los herederos* de los padres? No.

La obligación de los herederos responde á un favor especial dedicado á los hijos. Si el heredero es pariente de éstos en grado próximo, tendrá á su vez derecho á los alimentos en razón del parentesco, pero no en razón de la carga que sobre él pesa como heredero. La reciprocidad en materia de alimentos es *entre parientes*. La obligación del heredero es un *favor especial* para el hijo natural, que dejaría de ser tal, si también éste estuviera obligado á prestarlos al heredero de sus padres.

Art. 365. Zachariæ, § 171, inc. 8.—Cód. de Chile, art. 279, inciso último.





Art. 366. *El reconocimiento que los padres hagan de los hijos naturales, por escritura pública, ó ante los jueces, ó de otra manera, es irrevocable, y no admite condiciones, plazos ó cláusula de cualquier naturaleza, que modifique sus efectos legales, sin ser necesaria la aceptación por parte del hijo, ni notificación alguna.*

396— El reconocimiento que los padres hacen de sus hijos naturales no es atributivo, sino simplemente declarativo de la filiación. No es atributivo, porque la paternidad ó maternidad y, por lo tanto, la filiación es un hecho de la naturaleza, que vive y tiene su valor independientemente del reconocimiento que prestan los padres. El reconocimiento no es sino una confesión del hecho, ó si se quiere una comprobación de que tal hijo es habido de tal hombre, ó nacido de tal mujer. La confesión es una prueba del hecho, pero no el hecho mismo: justifica su existencia, pero no lo crea, y, por lo tanto, no es atributiva, sino simplemente declarativa de la filiación, ó sea del estado de familia del hijo.

397— El reconocimiento es *irrevocable*, dice nuestro artículo, lo cual debe entenderse en el sentido de no ser permitido al padre ó á la madre que lo hace, revocarlo á su voluntad. Es la confesión de un hecho que interesa á tercero—al hijo,—cuya filiación comprueba y determina su estado y, por consiguiente, no puede dejarse al arbitrio del padre ó madre modificar ó revocarlo; pero el mismo confesante ú otro legítimamente interesado puede combatirlo por los vicios de error, dolo ó violencia, que hace ineficaz todo y cual-



quiera acto jurídico, porque no es sino un acto de esta clase el reconocimiento que los padres hagan de sus hijos naturales.

398 — El reconocimiento, exento de vicios, puede ser opuesto con toda eficacia al padre ó á la madre que lo hizo; pero no puede ser opuesto al hijo y á los que tengan un interés contrario al reconocimiento, porque tanto aquél como éstos tienen derecho á contradecirlo. — Art. 369.

399 — ¿Cuánto tiempo dura en el hijo el derecho de contradecir el reconocimiento? ¿Cuándo pueden sus herederos continuar ó instaurar la acción? Nos remitimos á lo dicho bajo los arts. 293, 296 y 354 y á lo dispuesto por el art. 4063.

400 — El reconocimiento de la paternidad ó maternidad no admite condiciones, plazos, ni cláusula alguna que modifique sus efectos legales, porque no se concibe que la confesión de un hecho simple de la naturaleza se haga de otra manera que decidida y llanamente.

401 — El reconocimiento ó confesión de la maternidad ó paternidad constituye en contra de la madre y del padre y en favor del hijo reconocido, prueba legal de su filiación; pero no constituye prueba inalterable de la identidad personal del reconocido. Puede alegarse y probarse que el que invoca el reconocimiento no es hijo del padre ó madre que lo reconoció. — Véase el art. 295.

402 — El hijo de familia adulto puede reconocer sus hijos naturales sin necesidad de la autorización paterna. — Art. 320.

El adulto que estuviese bajo tutela puede igualmente hacer reconocimiento de sus hijos naturales sin



necesidad de la autorización de su tutor: argumento *a fortiori* del citado art. 320, porque no puede sostenerse que la autoridad del tutor sea mayor que la de los padres.

403 — ¿Puede la mujer casada reconocer sus hijos naturales sin el consentimiento y autorización de su esposo?

La negativa no nos parece dudosa en el campo de nuestro derecho. Bajo el art. 214 hemos estudiado el punto y nos remitimos á lo dicho allí.

404 — Pueden ser reconocidos no sólo los hijos naturales, sino también los adulterinos é incestuosos y adquirir éstos en tal caso el derecho de pedir alimentos á sus padres hasta la edad de diez y ocho años, siempre que estuviesen imposibilitados para proveer á sus necesidades. — Art. 377.

405 — El reconocimiento de la paternidad ó maternidad es un acto personalísimo que reposa en la conciencia y que no entra de consiguiente en las facultades de administración del padre, tutor ó esposo, y menos en las del apoderado general. Es por eso que el inciso 6º del art. 1915 requiere en el mandatario poder *especial* para hacer á nombre de su mandante reconocimiento de hijos naturales.

406 — Los afectados de incapacidad *absoluta* para obrar por sí mismos no pueden hacer reconocimiento de sus hijos en tanto dure legalmente la incapacidad. Y así, el declarado alienado por sentencia pasada en cosa juzgada no puede hacer reconocimiento de sus hijos, ni aún en sus *intervalos lúcidos*, mientras otra sentencia no deje sin efecto la primera. En tanto que ésta esté rigiendo, el declarado loco es absolutamente incapaz, á los ojos de la ley, en todo y cualquiera momento. El juez no puede declarar lo contrario. Véa-



se lo que sobre el particular tenemos dicho bajo el art. 140.

407 — El hijo aun no nacido puede ser reconocido, porque como la existencia de las personas principia desde su concepción en el seno materno — art. 70, — es apta para ser objeto del reconocimiento, y tanto más cuanto que es regla de derecho, que, el concebido se tiene por nacido cuando se trata de su interés, y nada más interesante para las personas que la fijación de su estado de familia.

408 — Como el reconocimiento no es sino una confesión de la paternidad ó maternidad y, por consiguiente, simplemente declarativo, sus efectos remontan — por puntogeneral — á la fecha del nacimiento del hijo, porque es entonces que se hacen irrevocables los derechos adquiridos antes. — Artº. 70 y 3324.

409 — ¿Puede hacerse el reconocimiento de un hijo ya fallecido?

La respuesta afirmativa nos parece cierta, si el hijo ha dejado descendientes.

Por el artículo 350 se declara que la legitimación puede extenderse á los hijos premuertos á la celebración del matrimonio, siempre que dejen descendientes, en cuyo caso la legitimación aprovecha á éstos. Es, pues, permitida la legitimación del hijo muerto, con tal que deje descendientes, y el objeto y la razón de ser de esta disposición los consigna la ley misma: el que la legitimación del fallecido *aproveche á sus descendientes*; y como por el art. 3617 se declara que los derechos hereditarios del hijo natural se transmiten por su muerte á sus descendientes por el derecho de representación, se hace evidente que la razón para decidir que puede hacerse el reconocimiento del hijo, ya muerto, que ha dejado descendientes, es idéntica á



la que permite la legitimación, es decir, para que el reconocimiento del hijo premuerto *aproveche a sus descendientes*. La analogía es perfecta.

410 — Se cuestiona si puede hacerse el reconocimiento de un hijo natural muerto que no ha dejado descendientes.

Es dudosa la resolución de este punto. Laurent resume el pró y el contra en estos términos: — « Es
« verdad que la ley no limita la época en que el reco-
« nocimiento debe tener lugar, pero ¿no está fijada
« esta época por la naturaleza misma de las cosas?
« ¿Cuál es el objeto del reconocimiento? Es constatar
« la filiación del hijo, es decir, darle un estado. ¿Puede
« darse estado al hijo que ya no existe? Esto se hace, es
« verdad, cuando el hijo premuerto deja descendientes,
« pero entonces el reconocimiento tiene lugar realmen-
« te en favor de los descendientes; cuando no hay
« descendientes, nos encontramos en presencia de la
« nada. ¿Puede ser reconocida la nada? Existen resolu-
« ciones en este sentido. ¿No van demasiado lejos estas
« resoluciones al establecer que el reconocimiento no
« ha sido establecido sino en favor del hijo? El reco-
« nocimiento aprovecha ciertamente al hijo, pero no se
« puede decir que este provecho sea el motivo determi-
« nante. Es la constatación de un hecho que importa á
« la sociedad como á las personas interesadas: se tra-
« ta de determinar la relación de filiación que existe
« entre el hijo y aquel que le dió el ser; por el hecho
« sólo de que se trata de una relación entre dos
« personas, no se puede decir que sólo el hijo es parte
« en la causa; los hechos que derivan del estado son
« recíprocos; el padre tiene derecho á los alimentos,
« tiene derecho á la herencia, á igual título que el
« hijo. Luego el reconocimiento es para el padre ó
« la madre un derecho igual que para el hijo. Nos

« inclinamos á la consecuencia de que el reconocimiento puede hacerse aun cuando no hayan descendientes. »—Tom. 4, nº 43.

Massé y Vergé—en nota 11, al § 167 de Zachariæ—sostienen la misma opinión, partiendo de la base de que toda la cuestión consiste en averiguar, si el reconocimiento del hijo fallecido que no ha dejado descendientes es ó no *nulo*, y como no existe ley que declare su nulidad, arriban á la conclusión de que es válido y que no debe negársele ninguna de sus consecuencias.

El Dr. Segovia funda esta opinión diciendo: « El reconocimiento valdrá siempre, porque lo que no está prohibido está permitido, y porque los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos (como lo es un reconocimiento) que las que en este código se establecen. Pero agregamos, que el reconocimiento posterior á la muerte del hijo natural no aprovecha para heredar, según la letra y espíritu del art. 3586. »—Art. 3618.

Diremos cómo miramos nosotros la cuestión.

La conclusión de que es legal el reconocimiento del hijo premuerto, que ha dejado descendientes, se funda en argumentos de analogía, deducidos del artículo 350. Ocupándonos de éste dijimos, que la frase *dejando descendientes*, importa una condición para que la legitimación pueda extenderse al hijo fallecido. Una autorización bajo condición es autorización negada cuando el hecho de la condición no existe. Luego el art. 350 no permite que la legitimación se extienda á un hijo premuerto al matrimonio, cuando no ha dejado descendientes; y como el argumento de analogía no puede ponerse en contradicción con la disposición legal invocada, es claro que no puede hacerse el reconocimiento de un hijo premuerto, que tampoco





ha dejado, descendientes. Hablamos del reconocimiento que tenga un objeto en la vida civil y produzca efectos jurídicos, y es ésta otra faz de la cuestión. Desde que el hijo natural ha desaparecido por la muerte, sin dejar descendientes, su reconocimiento, por este lado, no tiene valor ni objeto alguno. Se está—como dice Laurent—en presencia de la nada, y la nada no puede ser materia de un acto jurídico. Y desde que el reconocimiento posterior al fallecimiento del hijo no aprovecha al padre para heredar ¿qué objeto puede tener por este lado el reconocimiento? ¿Qué efectos jurídicos puede producir? Ninguno; y, por lo tanto, la cuestión que se presenta no es ni puede ser una cuestión jurídica: jurídicamente hablando, el reconocimiento no puede ser hecho; será un acto humano, pero no puede ser un acto jurídico.

Art. 367. *Se tendrán como reconocimiento hecho del hijo natural, en las disposiciones de última voluntad, los términos enunciativos, ó de frase incidente, en que se manifieste la voluntad de reconocerlo por su hijo natural; pero todo reconocimiento en testamento puede ser revocado.*

411 — La voluntad de reconocer un hijo natural debe resultar clara, cierta, inequívoca, para que revista los caracteres de una verdadera confesión.

No importa que vaya envuelta en una frase incidente, como cuando al hacer una donación ó legado, el testador le llama « mi hijo » al legatario.

412 — « Pero todo reconocimiento en testamento puede ser revocado », dice nuestra ley. Es que el testamento por su esencia, por su naturaleza misma,



es revocable hasta el instante de la muerte del testador; lo que quiere decir que todo él, y cada una de sus partes no son sino un proyecto, que no adquiere el sello de una determinación definitiva de la voluntad sino con el fallecimiento del testador. La revocación del testamento, á voluntad de su autor, es una facultad que nace de la naturaleza de las cosas y es una prueba de que el formulado no contiene una voluntad definitiva, y, por consiguiente, que no es sino un proyecto. Tal es la razón en que se funda la declaración de que todo reconocimiento en testamento puede ser revocado.

413 — Se concibe fácilmente que deba declararse revocable, á arbitrio del confesante, todo reconocimiento de paternidad ó maternidad hecho en documentos que no revisten desde el primer momento la publicidad y seriedad de una escritura pública, como son el testamento cerrado y el ológrafo, que se conservan ó pueden ser conservados en poder del mismo testador, ignorados por terceros, y destruidos á voluntad, sin quedar rastros de las disposiciones y declaraciones que contengan; pero no así cuando el reconocimiento es hecho en escritura pública, que es acto solemne, cuyo contenido no puede ser un misterio, porque debe ser conocido así por el oficial público que lo autoriza, como por los testigos necesarios para su validez, y es instrumento que, aun en el caso de revocación, debe ser conservado siempre y con fidelidad en los protocolos, sin que sea permitido retirarlo por causa alguna. Declarar que el reconocimiento de la filiación, hecho en un instrumento de esta clase, es irrevocable, aunque sea revocable el testamento, sería un justo favor más al hijo natural, cuyo estado debiera ser firmemente establecido, respecto de los padres, con su confesión en aquel acto solemne.



No vemos inconvenientes para esta declaración, porque la materia del testamento es perfectamente separable del reconocimiento, y puede ser declarado revocable aquél é irrevocable éste.

No estamos solos en esta opinión. Goyena — bajo su artículo 124 — dice: — «El reconocimiento puede «hacerse por incidencia y en cualesquiera términos, «con tal que de ellos aparezca suficientemente la «intención de hacerlo: basta, pues, la simple indicación de *hijo natural suyo* que haga el testador «en la persona del legatario; pero la revocación del «testamento *no dejaría sin efecto el reconocimiento*, «porque éste no sería más que la declaración de un «hecho, y el principio de esta declaración no existe «en el testamento sino en el hecho mismo de la «paternidad; y el estado que el hijo ha adquirido por «esta declaración, no debe ya quedar pendiente de «la inestabilidad de la voluntad del testador.»

414 — Pero, desde que la ley declara revocable todo reconocimiento hecho en testamento, es claro que una vez revocado éste, no puede ser invocado en una cuestión de filiación el reconocimiento que se hubiese hecho de la paternidad ó maternidad, ni utilizarse la declaración del escribano y testigos de la escritura, porque desde que se da al reconocimiento el mismo carácter de las disposiciones testamentarias, que son estimadas un simple *proyecto*, es claro que no hay en él una verdadera confesión. Es un proyecto que, habiendo sido revocado, no existe.

415 — Si el testamento bajo el cual ha muerto el confesante fuese declarado nulo por vicio de forma ¿será eficaz el reconocimiento que en él se haya hecho de la filiación? La afirmativa nos parece cierta desde que el instrumento pudiera valer como escri-

tura privada, como quiera que la ley no exige que el reconocimiento se haga en acto solemne ó en escritura pública y es, por lo tanto, permitido hacerlo en instrumento privado.

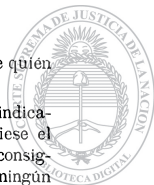
Art. 368. *En el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, es prohibido declarar el nombre de la persona en quien ó de quien se tuvo el hijo, á menos que esa persona lo tenga ya reconocido.*

416 — Se trata, no del reconocimiento pronunciado por los jueces á demanda de parte interesada, sino del voluntario hecho por el padre ó por la madre.

El reconocimiento de la filiación es una confesión de la paternidad ó maternidad, y como toda confesión es un acto personalísimo, no puede el padre, en su calidad de tal, hacerla por el hijo que está bajo su potestad, ni el tutor por su pupilo, ni el marido por su mujer.

417 — Siendo la confesión un acto personal se deduce lógicamente, que el que reconoce su paternidad no tiene derecho á indicar la mujer en quien tuvo el hijo, porque la declaración de la maternidad sólo pueda hacerla la madre, á mas de que la facultad contraria acarrearía en muchos casos la deshonra de la mujer y arrebataría la paz de las familias. La madre — es verdad — es siempre cierta y hay derecho para hacer indagación judicial que la determine, como hay derecho para indagar y descubrir el padre; pero de lo que se trata aquí es del reconocimiento voluntario, y como no hay en ello sino una confesión, ni el padre debe declarar quién es la madre del hijo





que reconoce, ni la madre indicar el hombre de quien lo tuvo.

418— Desde que es prohibido hacer tales indicaciones, el oficial público ante el cual se hiciese el reconocimiento no debe admitirlas, y menos consignarlas en el instrumento, y si las consignase ningún valor tendrían, porque serían declaraciones nulas, sin que esto desvirtuara la eficacia del reconocimiento paterno ó materno. Habría una nulidad *parcial*— art. 1073— que no perjudicaría la validez del reconocimiento.

419— No puede argüirse contra la declaración de nuestro artículo diciendo, que, á su sombra la madre puede hacer el reconocimiento de un hijo adulterino ó incestuoso, que pasaría por natural desde que no es dado hacer indicación de quien sea su padre, porque el reconocimiento puede ser contestado no sólo por el hijo mismo, sino también por todo el que tenga interés en hacerlo, como lo declara el artículo siguiente inmediato.

Art. 369. *El reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, puede ser contestado por los propios hijos, ó por los que tengan interés en hacerlo.*

420— El reconocimiento no es atributivo sino simplemente declarativo de la paternidad ó maternidad, porque no es padre ó madre el que quiere ó dice serlo, sino el que lo es por el hecho de la naturaleza. Es por eso que el reconocimiento debe ser estrictamente ajustado á la verdad, para que á su vez la declaración de la paternidad ó maternidad de ella emergente sea conforme con la naturaleza y el estado



de familia del reconocido se encuadre en ella; y tanto más debe tener aquel sello cuanto que, el reconocimiento, aunque no sea una prueba acabada é inatacable, puede ser opuesto al que lo hizo con la autoridad que la confesión tiene contra el confesante.

421 — El reconocimiento puede ser contestado, es decir, la presunción de su verdad puede ser combatida y destruída por prueba contraria, prueba que debe ser rendida por el que contesta el reconocimiento.

422 — ¿Quiénes pueden contestar el reconocimiento? Evidentemente que entre los que pueden contestarlo, está en primera línea el propio hijo reconocido, porque teniendo como tiene derecho para reclamar su verdadero estado, vale decir, para pedir y establecer su verdadera filiación, puede contestar el reconocimiento y demostrar que el que lo reconoció no es su padre.

Del reconocimiento y del derecho que asiste al hijo para reclamar su verdadera filiación pueden resultar estas consecuencias: 1ª Que adquiera por prescripción la herencia deferida por muerte del que lo reconoció como hijo natural; y 2ª Que después de esta adquisición reclame su verdadera filiación y herede á su verdadero padre, pues el derecho para reclamar su filiación es imprescriptible y no se pierde ni por transacción, ni por renuncia expresa ó tácita.

423 — A más del hijo, puede también contestarlo cualquiera que tenga *interés en hacerlo*, como dice la ley, interés que en unos casos puede ser sólo moral y pecuniario en otros.

Así, los hijos legítimos pueden contestar el reconocimiento hecho por su padre con el sólo interés moral de no permitir que entre en la familia y lleve el apellido



de su padre uno que no es hijo natural suyo, y los propios hijos legítimos ó los herederos testamentarios pueden á nombre de su interés pecuniario contestar el reconocimiento del hijo natural para impedirle participar en la sucesión del que lo reconoció.

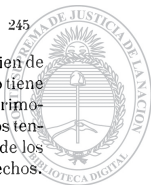
424 — ¿Podrá contestarlo el mismo que lo hizo?

La ley dice que, á más de los propios hijos, puede contestarlo cualquiera que tenga interés en hacerlo. Queda incluido el mismo que hizo el reconocimiento, como quiera que tiene legítimo interés en hacerlo. ¿Qué mayor interés que el moral de no ser tenido como padre de uno que no es su hijo? Si hizo su reconocimiento por error, por salvar el crédito de otro, quizá para salvar la paz y la unión de un matrimonio, ú otra causa cualquiera, debe serle permitido contestar su propio reconocimiento, demostrando que verdaderamente no es padre de aquel á quien reconoció como hijo. Si no hace esta demostración, su reconocimiento le será opuesto con eficacia. Véase Laurent, tom. 4º, nº. 78.

Art. 370. *Los padres naturales no tienen la administración ni el usufructo de los bienes de los hijos.*

425 — Esta es una de las grandes diferencias entre la patria potestad de los padres legítimos y la de los naturales. La de aquéllos se extiende á las personas y bienes de sus hijos, mientras que la de éstos se limita á las personas. Combinación del artículo 362 con el presente.

La razón de esta limitación se encuentra en la naturaleza de la unión de los padres. En el matrimonio, el amor de los hijos engendra los más altos sentimientos en su favor: el padre se olvida, puede decir-



se, de sí mismo y no tiene más anhelo que el bien de sus hijos: su abnegación en beneficio de ellos no tiene límites. No pasa así en la unión fuera de matrimonio. Se explica entonces que los padres legítimos tengan la administración y el usufructo de los bienes de los hijos y que los naturales carezcan de estos derechos.

426 — ¿Quién administrará los bienes del hijo natural? Un tutor nombrado por el juez, si no hubiere uno dado por el sobreviviente de los padres, porque la tutela legítima no tiene lugar respecto de los hijos naturales.—Artº. 426, 428 y 429.

427 — El nombramiento de tutor puede recaer en la persona del padre ó de la madre, porque no hay ley que lo prohíba; y ciertamente que es natural que les sea confiado cuando no existan motivos que aconsejen lo contrario en beneficio de los hijos.

La tutela dada al padre ó madre es dativa:—art 429.

Art. 371 *Los hijos naturales tienen un derecho de sucesión sobre los bienes de sus padres muertos, que será determinado en el lugar correspondiente.*

428 — Esta innovación era justamente exigida.

Acordar al hijo natural un derecho de sucesión sobre los bienes de sus padres es ajustarse á la naturaleza, como es ajustarse á ella acordarlo á los legítimos. Hacer al hijo natural,—como lo hace nuestra ley,—heredero forzoso de sus padres es vincularlos mas y más y asegurar el porvenir del hijo.—Artº. 3611 á 3617 y 3626.

Art. 371. Zachariæ, § 171, inciso 7.—Proudhon, *De usufruit*, tom. 1, pág. 124.—En contra: Favard, verb. *Enfant naturel*, § 2, cuestión muy debatida. En Zachariæ y Favard, pueden verse los autores que principalmente la han tratado.



CAPÍTULO II

De los hijos adulterinos, incestuosos y sacrilegos

Ya no hay hijos *sacrilegos*, porque no siendo hoy un impedimento para el matrimonio ni las órdenes mayores en el sacerdocio ni el voto solemne de castidad, han sido justamente derogadas todas las disposiciones sobre los que tenían aquella denominación.—**Art. 269.**

Art. 372. *El hijo adulterino es el que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque una de ellas ó ambas estaban casadas. La buena fe del padre ó de la madre que vivían en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que hubiera sido víctima la madre, no mudan la calidad de la filiación, y en uno y otro caso el hijo queda adulterino.*

429 — El hijo de dos personas que en el momento de la concepción no podían casarse entre sí en razón de un matrimonio anterior existente, se llama adulterino.

Esta calidad la lleva el hijo aun cuando uno de los padres tenga buena fe, es decir, ignore que el otro era casado, y aun cuando la madre hubiese sido víctima de violencia en el coito que produjo su concepción. La buena fe no tiene influencia, en favor de los hijos, en las uniones ilegítimas, ó sea

en las tenidas fuera de matrimonio, «sea que la buena fe resulte de error, sea de violencia», dicen Marsé y Vergé, nota 1, al § 172 de Zachariæ, de que está tomado nuestro artículo.

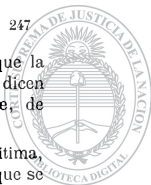
430—*La unión* de que habla el texto es la ilegítima, vale decir la tenida fuera de matrimonio, lo que se hace evidente con sólo recordar que en el matrimonio putativo, que es contraído con buena fe de ambos contrayentes, ó de uno solo, los hijos en él concebidos son *legítimos*, aun cuando el impedimento sea el matrimonio anterior y existente de uno de los casados. — Art. 245.

431 — ¿A quién corresponde hacer la prueba de ser adulterino el hijo? Al que lo afirma.

¿Puede el hijo natural invocar las presunciones que la ley consagra en favor de los hijos legítimos, la establecida, por ejemplo, por el art. 276? — No.

« Un hijo nace — dice Laurent — de una mujer
« viuda, doscientos tres días después de disuelto el
« matrimonio. El padre lo reconoce. Se sostiene
« que este hijo ha sido concebido en vida del mari-
« do; puede decir que habiendo nacido más de seis
« meses después de muerto el marido, *se presume*
« concebido después de la disolución del matrimonio?
« No, porque esta presunción no está establecida
« sino en favor de la legitimidad: no se la puede
« extender á la filiación natural», porque las pre-
sunciones legales son de estricta interpretación...
Tomo 4º, nº 136.

Art. 372. Zachariæ, § 172, nota 1.





Art. 373. *Hijo incestuoso es el que ha nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio, por parentesco que no era dispensable según los Cánones de la Iglesia Católica.*

432 — Es hijo incestuoso el nacido de padres que no podían contraer entre sí matrimonio en razón de parentesco en grado prohibido.—Art. 166, inc^o. 1^o, 2^o y 3^o.

Ya no debe existir la frase «parentesco que no era dispensable según los Cánones de la Iglesia Católica» porque: 1^o, el art. 166 citado determina el parentesco y su grado que constituyen impedimento, y fuera de ellos no hay ninguno ni dispensable, ni no dispensable; 2^o, porque los Cánones de la Iglesia Católica nada tienen que hacer en la materia.

La ley civil fija los impedimentos y la autoridad civil decide las cuestiones que nacen á su respecto, sin la menor intromisión de los jueces ó autoridades eclesiásticas.

433 — El hijo puede ser incestuoso aun cuando fuese concebido y nacido durante el matrimonio de sus padres, cuando éstos lo contrajeron conociendo ó debiendo conocer el impedimento que causa la nulidad, pues en tal caso la unión de los padres no es sino un concubinato y los hijos son ilegítimos, de la clase en que los pone el impedimento.—Art^o. 246 y 247.



Art. 374. *Hijo sacrilego es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores, ó de persona, padre ó madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica.*

434 — Este artículo está derogado por el 269, que es el 112 de la *Ley de Matrimonio*.

Art. 375. *Es prohibida toda indagación de paternidad ó maternidad adulterina, incestuosa ó sacrilega.*

435 — La prohibición es no sólo para el hijo, sino también para todos, y se limita á los casos en que la investigación tiene por objeto único establecer el estado del hijo.

Dentro de poco hemos de ver que á consecuencia del desconocimiento paterno, ó de la acción de nulidad del matrimonio queda bien determinada la calidad del hijo como adulterino ó incestuoso.

436 — El código francés es perfectamente lógico cuando prohíbe toda indagación de la paternidad ó maternidad, porque no permite el reconocimiento voluntario de tales hijos. « Si hay escándalo—dice « Laurent—cuando el culpable descubre su infamia « ó su crimen *reconociendo* un hijo incestuoso ó sacrilego, hay igualmente escándalo cuando el hijo *indaga* su estado *en la prueba del delito* de aquellos « que pretende son los autores de sus días. »

437 — Nuestra ley no prohíbe el reconocimiento voluntario: por el contrario, lo permite inequívocamente cuando concede á los hijos incestuosos y adul-



terinos el derecho de pedir á sus padres alimentos cuando han sido reconocidos *voluntariamente*.—Artículo 377. Por consiguiente, no puede decirse que nuestra ley no quiere ver tales hijos, ni permite que sus padres sean conocidos en el campo del derecho, ni que los ligue relaciones y obligaciones civiles.

Hemos de volver sobre esto.

438 — No obstante estar prohibida toda indagación de paternidad ó maternidad adulterina ó incestuosa, casos hay en que queda perfectamente comprobada la filiación de esta clase de los hijos. Así, cuando es atacada la validez de un matrimonio y pronunciada su nulidad en razón de parentesco en grado prohibido, ó de la existencia de un matrimonio anterior,—artículo 241,—la calidad de adulterino ó incestuoso de los hijos queda clara y firmemente establecida.—Artículo 246, inciso 3º.

439 — Cuando el padre desconoce un hijo, fundado en el adulterio de la mujer y la ocultación del parto, y justifica su desconocimiento, la sentencia que declara que el esposo no es padre del hijo dado á luz por su mujer, es sentencia que deja establecido inequívocamente que el hijo es adulterino.—Art. 286.

Quedará igualmente establecida la calidad de adulterino por la sentencia que declarase que el marido no es padre del niño dado á luz por su esposa, por haber sido imposible que tuviera acceso con ésta dentro de los primeros 121 días de los 300 que han precedido al nacimiento.—Art. 287.



Art. 376. *Los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrilegos, no tienen, por las leyes, padre ó madre ni parientes algunos por parte de padre ó madre. No tienen derecho á hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad ó maternidad.*

440 — Ante una disposición como ésta, se ha dicho por escritores de reconocida ilustración, que el legislador ha querido ignorar el incesto y el adulterio, palabras que no pueden ser repetidas con entera propiedad en nuestro derecho, desde que está permitido á los padres hacer reconocimiento voluntario de sus hijos adulterinos é incestuosos, y se les impone—sobre esa base—el deber de darles alimentos, cuando los hijos se encontrasen imposibilitados para proveer á sus necesidades.—Art. 377.

En estas condiciones no es exacto decir que los hijos no tienen, por las leyes, padre ni madre. Desde que es permitido el reconocimiento voluntario y el reconocimiento se ha hecho, el padre puede—en el campo de la ley—decir, éste es mi hijo, y el hijo decir con autoridad legal, éste es mi padre. Hay entre uno y otro relaciones LEGALES, porque el uno tiene *derecho* para pedir y el otro tiene el *deber* de dar alimentos. Luego hay, por las leyes, un hijo y un padre, y, en razón de esta relación de la naturaleza, hay entre los dos las relaciones jurídicas de un estado de familia. No contradice esta afirmación el hecho de estar limitadas á la designada de la prestación de alimentos, porque la circunstancia de ser más ó menos extensas no suprime las relaciones que la ley reconoce.



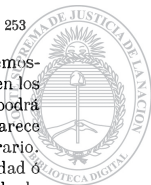
441 — « *No tienen derecho á hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad ó maternidad* », agrega nuestro artículo, consagrando de un modo especial para los hijos la prohibición establecida en términos generales por el art. 375, que dice: « Es prohibida toda indagación de paternidad ó maternidad adulterina ó incestuosa. »

Art. 377. *La sola excepción del artículo anterior, es que los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos, reconocidos voluntariamente por sus padres, pueden pedirles alimentos hasta la edad de diez y ocho años, y siempre que estuviesen imposibilitados para proveer á sus necesidades.*

442 — El artículo anterior inmediato decide que los hijos adulterinos ó incestuosos no tienen, por las leyes, ni padre, ni madre, ni parientes por parte del padre ó de la madre, y que tampoco tienen derecho á hacer investigaciones sobre la paternidad ó maternidad.

El presente declara, que, la única excepción es ésta: que les asiste derecho para pedir alimentos á sus padres que los hubiesen reconocido *voluntariamente*; derecho que tienen sólo hasta la edad de 18 años, y siempre que estuviesen imposibilitados para proveer á sus necesidades.

Resulta: 1° Que los padres tienen derecho para reconocer á sus hijos incestuosos ó adulterinos; y 2° Que en razón del reconocimiento de la paternidad contraen la obligación de alimentar á sus hijos menores de diez y ocho años, siempre que éstos se encuentren en la imposibilidad de proveer á sus necesidades.



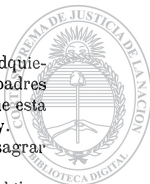
443 — Cuando la filiación del hijo queda demostrada con la calidad de adulterino ó incestuoso en los casos recordados bajo el art. 375, nºs. 438 y 439, ¿podrá también exigir alimentos? La afirmativa no nos parece dudosa, porque no hay razón para decidir lo contrario.

La ley no permite la indagación de la paternidad ó maternidad incestuosa ó adulterina; pero cuando la comprobación judicial de la filiación no es sino el resultado del ejercicio de una acción legítima, su efecto para pedir la prestación de alimentos surge del hecho de la paternidad ó maternidad comprobada. No es otro el fundamento del deber impuesto á los padres en el caso de reconocimiento voluntario: con él queda establecida la paternidad, y sobre la base de este hecho de la naturaleza la ley le impone la obligación que ejecutan hasta los animales, alimentar á sus hijos.

Art. 377. El Derecho Romano los privó de alimentos. Autent. 2 á la L. 6, Tit. 5, Lib. 5, Cód. Lo mismo las Leyes de Partida, L. 10, Tit. 13, Part. 6ª.—L. 4, Tit. 3, Part. 6ª, y L. 5, Tit. 19, Part. 1ª. Pero les concedió alimentos la L. 5, Tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec. Se los conceden también el Cód. Francés, art. 762—de Luisiana, art. 914—de Holanda, 914—de Nápoles, 678—y el Sardo, 957.

Art. 378. *Los hijos adulterinos, incestuosos ó sacrílegos no tienen ningún derecho en la sucesión del padre ó de la madre, y recíprocamente, los padres no tienen ningún derecho en la sucesión de dichos hijos, ni patria potestad, ni autoridad para nombrarles tutores.*

444 — Es esta una consecuencia natural de estas declaraciones legales: que los hijos adulterinos é incestuosos no tienen por las leyes, padre ni madre;



que en caso de reconocimiento voluntario adquieren por excepción el derecho de pedir á sus padres alimentos hasta la edad de diez y ocho años; que esta excepción es la *única* con que los favorece la ley.

No puede ser de otro modo, á menos de consagrar y dignificar el delito y el escándalo.

Si hubiera derecho de sucesión entre padres é hijos, si los padres tuvieran patria potestad sobre ellos, habría una familia organizada, y los hijos adulterinos ó incestuosos no tienen familia, ni pueden tenerla.

Art. 378. Sobre este y los tres artículos anteriores, Zachariæ, § 172.



Del parentesco y sus grados; y de los derechos y obligaciones de los parientes

445 — La definición del parentesco es útil, así como la determinación de sus diversas líneas y grados es necesaria, porque las sucesiones se acuerdan á los más próximos parientes y á los de una línea con preferencia á los de otra, por punto general.

Es con razón que Paulo sostenía la utilidad de estos conocimientos diciendo : — « Los jurisconsultos deben conocer los diferentes grados de parentesco y afinidad, porque las leyes quieren de ordinario que las sucesiones y las tutelas sean deferidas al más próximo agnado. También el pretor acuerda, por su edicto, la posesión de los bienes al más próximo pariente; y además, por la ley Julia, referente á los juicios criminales, está prohibido obligar á prestar testimonio contra sus parientes y afines. « *Jurisconsultus cognatorum gradus et adfinium nosse debet; quia legibus hereditates et tutelæ ad proximun quemque adgnatum redire consuerunt. Sed et edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem. Preterea, lege judiciorum publicorum contra adfines et agnatos testimonium in viti dicere non cogimur.* »



Art. 379. *El parentesco es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco.*

446 — Como dice nuestro ilustre codificador, esta definición del parentesco está tomada del código de Rusia.

Mourlon lo define diciendo, que, « es la relación ó « el lazo que une especialmente varias personas pro- « cedentes la una de la otra, ó de un autor común. »

En las Pandectas de Justiniano se dice que la palabra *cognación* (parentesco) parece haber sido formada sobre el modelo de la palabra griega *συγγενεις* es decir, aquellos que han nacido unidos, enlazados, y que nosotros llamamos parientes. « *Nomen cognitionis a Græca voce dictum videtur; συγγενεις enim illi vocant, quod nos cognatos appellamus.* »

La palabra *cognado* procede, según se cree, de estas: *una communiterque natus*, es decir, nacidos unidos, ó de que los parientes tienen un origen ó un nacimiento común. « *Cognati ab eo dici putantur, quod quasi una communiterve nati, vel ab eodem orti progeneritive sint.* » Lib. 38, tit. 10, art. I.

Art. 379. Cód. de Rusia, art. 143.



Art. 380. *La proximidad de parentesco se establece por líneas y grados.*

Art. 381. *Se llama grado, el vínculo entre dos individuos, formado por la generación: se llama línea la serie no interrumpida de grados.*

447 — Hay varios grados de parentesco, y es natural que hay tanta mayor proximidad entre parientes cuantas menos generaciones separan á uno de otro, en una línea dada.

Se llama grado, el vínculo entre dos personas, formado por la generación, dice nuestra ley.

Los grados son así llamados por comparación, dicen las Pandectas, es decir, como siendo semejantes á las escaleras ó á lugares que están en inclinación y por los cuales ascendemos como pasando de grado en grado, que parecen proceder los unos de los otros. «*Gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum locorumve proclivium, quos ita ingredimus, ut a proximo in proximum, id est, in eum qui quasi ex eo nascitur, transeamus.* L. 10, § 10. Paul — lib. *sing. de gradibus.*—*Locorumve proclivium,* — porque dos cognados ó parientes, dice Pothier, atravesando cierto número de generaciones, descienden de un tronco común como por tantos grados.

448 — Y se llama línea la serie no interrumpida de grados, vale decir, la serie no interrumpida de generaciones, partiendo de lo que se llama tronco, que es el grado tomado como punto de partida, para



determinar las diversas líneas que parten de él y concurren á la vez en él.

Art. 380. La L. 2, Tit. 13, Part. 6ª, confunde los grados y las líneas: *Tres grados ó líneas son de parentesco.*

Art. 381. La L. 2, Tit. 6, Part. 4ª, con un árbol genealógico, explica esta materia. El Cód. Francés la trata desde el art. 735, muy confusamente, y lo siguen el de Nápoles, desde el art. 656 al 658, el de Holanda, desde el 346 al 349, y el Sardo, desde el 917 al 921.

Art. 382. *Se llama tronco el grado de donde parten dos ó más líneas, las cuales por relación á su origen se llaman ramas.*

449—Tomado un grado y abarcando todas las personas generadas de inmediato y sucesivamente, se tiene una parentela, cuyos miembros todos tienen su origen común en el grado de que se ha partido y que se llama *tronco*.

Art. 383. *Hay tres líneas: la línea descendente, la línea ascendente y la línea colateral.*

Art. 384. *Se llama línea descendente, la serie de grados ó generaciones que unen el tronco común con sus hijos, nietos y demás descendientes.*

Art. 385. *Se llama línea ascendente la serie de grados ó generaciones que ligan al tronco con su padre, abuelo y otros ascendientes.*

450—Siendo la línea la serie no interrumpida de grados — art. 381 — se la divide en tres clases: descendente, ascendente y colateral.



El parentesco existe entre todos los que componen estas líneas, porque todos están ligados por el vínculo de la generación hasta el grado llamado tronco.

Es por eso que Gayo dice, que, los grados de parentesco están en línea directa ascendente ó descendente, ó en línea colateral. Los padres pertenecen á la línea directa ascendente, los hijos á la línea directa descendente; y los hermanos y hermanas, así como sus hijos, á la línea transversal ó colateral: — «*Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso, sive a latere. Superioris ordinis sunt parentes; inferioris, liberi; ex transverso, sive a latere, fratres et sorores liberique eorum*»; agregando Paulo, que, son parientes colaterales los hermanos, las hermanas y sus hijos, como también los tíos y las tías, tanto paternos como maternos: — *Sunt et ex lateribus cognati. ut fratres sororesque, et ex his prognati; item patruus, avunculus, et materteræ*. — Pand⁶. lib. 38, tit. 10, art. II.

Mourlon dice con entera claridad y exactitud:

« La línea *directa* es la serie de personas que descienden la una de la otra. Es *descendente* ó *ascendente* según se considere los autores ó la posteridad de una persona: el padre, el abuelo, el bisabuelo están en la línea ascendente; el hijo, el nieto, el bisnieto, en línea descendente.

« La línea colateral es la serie de personas que, sin descender la una de la otra, descienden de un autor común. Se llama colateral, *quasi a latere*, porque es compuesta de dos líneas directas, que descienden, la una al lado de la otra, partiendo del autor común que es el punto de su unión. Así, el hermano y la hermana, el tío y la sobrina... están en la línea colateral. » Tom. 1º, nº 522.



CAPÍTULO PRIMERO

Del parentesco por consaguinidad

Art. 386.— *En la línea ascendente y descendente hay tantos grados como generaciones. Así en la línea descendente el hijo está en el primer grado, el nieto en el segundo, el bisnieto en el tercero, así los demás. En la línea ascendente, el padre está en el primer grado, el abuelo en el segundo, el bisabuelo en el tercero, etc.*

451. — Es indudable que es no sólo conveniente sino necesario emplear la palabra generación antes que otra para designar ó medir los grados de parentesco, porque es la generación la que crea el vínculo que constituye el *grado* entre dos individuos.—Art. 381.

452. — En la línea recta hay, es evidente, tantos grados como generaciones desde que, como acaba de decirse, el grado es el vínculo que la generación forma entre dos individuos. Siendo así, es natural y forzoso que en el parentesco de línea directa hayan tantos grados como generaciones, deduciéndose consiguientemente que en la línea ascendente está en el primer grado el padre, el abuelo en el segundo, en el tercero el bisabuelo y así en adelante, y que en la descendente ocupa el primer grado el hijo, el nieto el segundo, el tercero el bisnieto y así los demás.

Gayo escribe: — « La línea directa ascendente ó descendente comienza por el primer grado (²), pero



en la línea colateral no hay primer grado y se principia por el segundo (³). Esta es la razón por que en el primer grado de parentesco, los parientes del primer grado de la línea directa ascendente y los del primer grado de la línea descendente, pueden concurrir (⁴). Pero en la línea colateral, no puede jamás haber concurrencia en este grado (⁵), con todo, en el segundo y tercer grado y en los siguientes hay colaterales que pueden concurrir (⁶) con los parientes de un grado superior. »

(²) La línea directa ascendente comienza por el padre, como la línea descendente por el hijo; así, estas dos líneas comienzan por el primer grado, de modo que hay tantos grados de parentesco entre dos cognados ó parientes cuantas generaciones existen y por cuyos lazos de sangre están recíprocamente unidos: pues no es sino una sola generación, es decir, aquella de que procede el hijo, que el padre se encuentra unido á su hijo y el hijo al padre por los lazos de sangre.

(³) La línea colateral comienza por los hermanos: luego yo estoy unido á mi hermano por dos generaciones, porque es necesario que el padre, que es el tronco común, me haya engendrado á mí é igualmente á mi hermano; por consiguiente los hermanos están recíprocamente en segundo grado de parentesco, sin que se pueda concebir un primer grado en línea colateral.

(⁴) En efecto, dice Pothier, á quien pertenecen estas notas, el padre de uno cualquiera es pariente en primer grado de la línea ascendente, y el hijo de esta misma persona le es pariente, en el primer grado de la línea descendente; y así los parientes de dos líneas pueden concurrir en el primer grado.

(⁵) Porque en esta línea no hay primer grado.

(⁶) El hermano, en este grado, concurre con el



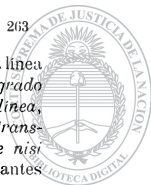
abuelo, porque el uno y el otro están en segundo grado de parentesco, el abuelo, en el grado de la línea directa ascendente, el hermano, en el de la línea colateral; lo mismo el tío paterno concurre con el bisabuelo, porque los dos están en tercer grado. Pand^{s.}, lib. 38, tit. 10, art. II.

Art. 386.—Goyena acepta el modo de contar los grados de la Ley de Partida. « En todas las líneas, dice, hay tantos grados cuantas son las personas, descontando la del tronco. » La L. 2, Tit. 3, Part. 4^a, dice: *cuantas son las personas quitada una tantos son los grados entre ellas*. Se cree que la palabra *persona* da una idea más clara que la palabra *generación*; pero es tan antiguo el uso de la palabra *generación* que habría algún inconveniente en sustituirla por *persona*, que está comprendida en la palabra *generación*. La instituta dice: *semper generata persona gradum adjicit*. Lib. 3, Tit. 6, § 7.

Art. 387.—*En la línea colateral los grados se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere comprobar hasta el autor común; y desde éste hasta el otro pariente. Así, dos hermanos están en el segundo grado, el tío y el sobrino en el tercero, los primos hermanos en el cuarto, los hijos de primos hermanos en el sexto, y los nietos de primos hermanos en el octavo, y así en adelante*

453.—En la línea colateral no hay primer grado: es línea que principia desde el segundo.

La línea colateral comienza por el segundo grado, á saber, desde el hermano y la hermana y nace de la línea superior, es decir, de los ascendientes. En efecto, el tronco y origen de que procede la parente-



la en línea colateral, no puede estar sino en la línea ascendente: « *Transversa linea incipi a secundo grado (fratre et sorore scilicet) et oritur ex superiore linea, id est, ascendentium. Stirps enim et origo qua transversæ lineæ cognatio descendit, non potest esse nisi in linea ascendentium.* » Pothier, en Pand^{s.}, lug. antes citado, nota 1.

De la línea superior se tiran también líneas colaterales, que comienzan *por el segundo grado*, dice Paulo. —« *Ex superiore autem, et secundo grado, transversæ lineæ pendent....* » lib. 4, sent.; y todo ello porque principia en los hermanos, y entre dos hermanos hay dos generaciones, pues el padre, que es el tronco común, ha engendrado al uno y ha engendrado al otro.

Los grados se cuentan, por lo tanto, *por generaciones* en la línea colateral, del mismo modo que en la recta, y se tiene entonces, que, los hermanos están en segundo grado; los hijos de dos hermanos, ó sean los primos, en cuarto grado; el nieto y el hermano del abuelo, en cuarto grado también, porque del nieto al bisabuelo, que es el tronco común, hay tres generaciones, y una más del bisabuelo al hermano del abuelo, hacen las cuatro, que constituyen otros tantos grados.

Art. 388. *La primera línea colateral parte de los ascendientes en el primer grado, es decir, del padre y madre de la persona de que se trate, y comprende á sus hermanos y hermanas y á su posteridad.*

Art. 389. *La segunda, parte de los ascendientes en segundo grado, es decir, de los abuelos y abuelas de la persona de que se trate, y comprende al tío, al primo hermano, y así los demás.*



Art. 390. *La tercera línea colateral parte de los ascendientes en tercer grado, es decir, de los bisabuelos y bisabuelas, y comprende sus descendientes. De la misma manera se procede para establecer las otras líneas colaterales, partiendo de los ascendientes más remotos.*

454 — Pueden ser formadas tantas líneas colaterales cuantos grados hay en la línea recta ascendente, y así, puede ser formada una partiendo de los padres, es decir, del padre y de la madre; otra, partiendo de los abuelos y abuelas; una tercera, partiendo de los bisabuelos y bisabuelas, etc., comprendiendo en cada línea á los descendientes de las personas que constituyen el tronco ó grado de que se parte.

455 — El parentesco natural puede computarse hasta el infinito; pero ni los parientes de grado superior ó ascendente, ni los de grado inferior ó descendente, tienen una denominación propia y particular más allá de un número de generaciones.

Pasando el ascendiente de último grado que tiene denominación propia, los que están más allá se llaman *antepasados*; y de la línea descendente los que están más allá del grado que tiene denominación particular se llaman *descendientes* ó *posteridad*. Paulo, en las *Pand.*, lib. 33, tít. 10, art. III, dice á este respecto: — « *Gradus cognationis in infinitum quidem numerari possunt, sed usque ad certum duntaxat numerum propria habent nomina: V. G. « parentes usque ad tritavum apud Romanos proprio vocabulo nominantur; ulteriores, qui non habent speciale nomen, majores appellantur. Item liberi usque ad trinepotem; ultra hos, posteriores vocantur.* »



Art. 391. *Los grados de parentesco se prueban por los registros parroquiales.*

456 — Dadas las disposiciones de la ley conocida con el nombre de « Ley de Matrimonio », el presente artículo debiera tener la siguiente redacción: « Los grados de parentesco se prueban por los asientos del Registro Civil y, en su falta, por los registros parroquiales », porque así armonizaría con el art. 297, que trata del modo de probarse la filiación legítima, y con los arts. 253 y 254, que se ocupan de la prueba del matrimonio.

457 — Cuando la ley dice que los grados de parentesco se prueban por los registros públicos, designa el medio ordinario ó común de la prueba, pero sin negar el derecho de emplear otros medios probatorios en los casos legales.

Como el parentesco es el vínculo de la naturaleza entre personas que descienden de un tronco común, y *grado*, el vínculo que las une, formado por la generación, es claro que el interesado, para justificar el grado de parentesco que pretende, tiene que probar el encadenamiento de las personas y su procedencia del tronco común, para lo cual tendrá que probar el matrimonio entre determinadas personas, y la filiación legítima de otras, por los medios designados en los arts. 253, 254, 297 y 79 á 86, y sus concordantes, lo cual evidencia, que, cuando el artículo que nos ocupa dice que los grados de parentesco se prueban por los registros públicos, se refiere como hemos dicho á los casos ordinarios ó comunes, sin suprimir los otros medios probatorios autorizados por la ley cuando hay imposibilidad de rendir la de los asientos en el Registro Civil ó en los libros parroquiales.



Art. 392. *La calificación de LEGÍTIMOS en las relaciones de parentesco, es correlativamente aplicable á todos los individuos de la línea recta ó colateral, que tuviesen entre sí parentesco legítimo, esto es, derivado del casamiento válido ó putativo, según las disposiciones de este Código.*

458 — Los hijos legítimos, así del matrimonio válido como del putativo, y los legitimados por el subsiguiente casamiento de los padres, son miembros de la familia organizada por la ley, y es natural, por consiguiente, que la calificación de *legítimos* en las relaciones de parentesco sea correlativamente aplicable á todos los individuos de la línea recta ó colateral que tuviesen entre sí parentesco legítimo en razón de un matrimonio válido ó putativo, porque todos, — excepto el tronco común, — serán respectivamente legítimos, ligados á sus antepasados y á su posteridad por los lazos de la sangre y del matrimonio.

Art. 393. *Son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio válido ó putativo de su padre ó madre, y también los legitimados por subsiguiente matrimonio del padre y madre posterior á la concepción.*

459 — Hemos tenido ocasión de decir varias veces que es el matrimonio el que confiere la legitimidad, es decir, que el hijo verdaderamente legítimo, es el concebido durante el matrimonio de sus padres, y que este es el verdadero y genuino significado de la regla del Digesto: *pater est quem nuptiæ demonstrant*. Por consiguiente, es con entera exactitud que nuestro



artículo dice, que son hijos legítimos *los concebidos durante* el matrimonio válido ó putativo de su padre ó madre.

Pero la ley favorece la legitimidad, y consagrando uno de sus favores, decide por el presente, que, también son legítimos los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de su padre y madre, *posterior á la concepción.*

Este mismo favor se encuentra repetido en los artículos 244 nº 4, 245, 287, 353 y 356, lo que demuestra que el artículo que nos ocupa no es necesario, como quiera que su primera parte está legislada en detalle en los arts. 244 y 245 citados y en los títulos del código que tratan *De los hijos legítimos* y *De la legitimación.*

Art. 394. *Los hermanos se distinguen en bilaterales y unilaterales. Son hermanos bilaterales los que proceden del mismo padre y de la misma madre. Son hermanos unilaterales los que proceden del mismo padre, pero de madres diversas, ó de la misma madre, pero de padres diversos.*

460— Los hijos de un matrimonio único son hermanos así por parte de padre como por parte de madre, y estos hermanos se llaman *bilaterales.*

Cuando el padre viudo ó la madre viuda contraen segundo matrimonio, los hijos de la primera unión son hermanos de los hijos de la segunda, sólo porque deben el ser á un mismo padre, ó á una misma madre, y se llaman unilaterales. Por consiguiente, son hermanos *bilaterales* los que proceden del mismo padre y de la misma madre, como dice nuestro ar-



tículo ; y son hermanos *unilaterales* los que proceden de un mismo padre, pero de madres diferentes, ó de una misma madre, pero de padres diversos.

Como lo hace notar un distinguido escritor, nuestro código llama á los hermanos bilaterales, en algunos pasajes, hermanos *de ambos lados*, como en los artículos 424 nº 4º y 3621 ; en otros, *enteros*, ó *de padre y madre*, como en los arts. 3621, 3494 y 3620 ; y á los unilaterales los llama unas veces, *de un solo lado*, y en otras *medios* hermanos, como se ve en los artículos 3594 y 3620.

Art. 395. *Cuando los hermanos unilaterales proceden de un mismo padre, tienen el nombre de hermanos paternos ; cuando proceden de la misma madre se llaman hermanos maternos*

461 — Se atiende al origen común para hacer la denominación de los medios hermanos, llamando hermanos *paternos* cuando proceden del mismo padre, y *mater-nos* cuando proceden de la misma madre.

Art. 396. *Los grados de parentesco, según la computación establecida en este título, rigen para todos los efectos declarados en las leyes de este Código con excepción del caso en que se trate de impedimento para el matrimonio, para lo cual se seguirá la computación canónica.*

462 — En la línea directa, sea ella ascendente, sea descendente, los grados se cuentan por generaciones, vale decir, hay tantos de aquéllos cuantas sean éstas



entre las personas cuyo grado de parentesco se quiere establecer; y en la colateral se cuentan igualmente por generaciones, remontando desde la persona cuyo parentesco se quiere fijar hasta el tronco común y descendiendo de éste hasta el otro pariente.—Artº. 386 y 387.

Este modo de computación rige para todos los efectos declarados por el código, sea para la prestación de alimentos, — art. 401, — sea para la sucesión — art. 3580, — sea para cualquiera otro.

463— « *Con excepción del caso en que se trate de impedimento para el matrimonio, para lo cual se seguirá la computación canónica* », dice nuestro artículo.

Esto está derogado por el art. 166 (9º de la ley de matrimonio) que determina los únicos grados de parentesco, de consanguinidad ó afinidad, que constituyen un impedimento dirimente, á grado que, aun cuando se tratase de un matrimonio de fecha anterior y la acción de su nulidad se fundare en un impedimento, deben aplicarse las disposiciones del código, y no las canónicas.—Art. 260.

Art. 396. En la L. 2, Tit. 6, Part. 4ª, se explican las diferencias de la computación civil y canónica, sobre la línea colateral. En la línea recta, es la misma en el derecho civil que en el canónico, cuya regla es que los grados son tantos, cuantas son las personas menos una. En la línea colateral, el derecho civil es diferente del derecho canónico. La regla del derecho canónico es que las personas distan entre sí tantos grados, cuantos distan del tronco común. Cuando la línea colateral es desigual, la regla es, que las personas distan entre sí tantos grados, cuantos dista del tronco común la más remota de ellas.



CAPÍTULO II

Del parentesco por afinidad

Art. 397. *La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente ó ascendente, el yerno ó nuera están recíprocamente con el suegro ó suegra, en el mismo grado que el hijo ó hija, respecto del padre ó madre, y así en adelante. En la línea colateral, los cuñados ó cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos ó hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padrastro ó madrastra en relación á los entenados ó entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro ó suegra en relación al yerno ó nuera.*

464—El parentesco por afinidad se funda en el matrimonio y en razón de la unión estrecha que existe entre los esposos: *erunt duo in carne una.*

Como entre los afines no hay lazos de sangre, porque no hay generación, el parentesco, sus líneas y grados se hacen sólo por semejanza. Propiamente hablando no hay grados ni líneas. «*Gradus autem adfinittatis nulli sunt. Nullæ etiam in adfinittate lineæ proprie dictæ intelliguntur.*»



Los afines son los parientes del esposo y de la esposa; es decir, los que son parientes por consanguinidad del marido son afines de la mujer, y reciprocamente, los parientes consanguíneos de la esposa son afines de su marido, y se llaman afines porque hay unión o alianza entre dos familias, dos parentelas diferentes y distintas entre ellas, que se une por el matrimonio la una á la otra, pero sin que los parientes del marido y los parientes de la mujer sean afines entre sí. *Adfines sunt viri et uxoris cognati; dicti ab eo quod duce cognationes, que diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit.* Pand^{s.}, lib. 38, tit. 10, Sec. I, § I.

465 — Procediéndose por semejanza de lo que pasa en el parentesco por consanguinidad, en la línea recta, sea ascendente, sea descendente, el yerno ó la nuera están reciprocamente con el suegro ó la suegra en el mismo grado que el hijo ó hija respecto del padre ó madre, y así en los demás.

En la línea colateral los cuñados y las cuñadas están entre sí en el mismo grado que entre sí están los hermanos ó hermanas. Todo, porque se parte del antecedente de que los esposos se confunden *in carne una*.

Cuando ha habido un precedente matrimonio, el padraastro ó madrastra están reciprocamente con sus entenados ó entenadas en el mismo grado en que el suegro ó suegra con el yerno ó nuera, es decir, en el primer grado, porque el segundo marido de la mujer, ó la segunda mujer del marido, ocupan respectivamente el lugar y calidad del primer marido ó de la primera mujer: *In adfinitate, parentis locum socer obtinet*; y es por eso que respectivamente tienen el nombre de *padraastro* ó *madrastra*: *Uxor liberis ex alia uxore natis, NOVERCA dicitur: matris vir*



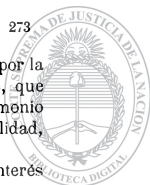
ex alis viro natis, VITRICUS appellatur. Eorum uterque natos aliunde, privignos privignasque vocant.

Y así, mi hijastro es el hijo de mi mujer nacido de un precedente matrimonio: yo soy su padrastro; y recíprocamente, mi mujer es madrastra de los hijos que yo he tenido de un matrimonio precedente; mis hijos son sus hijastros. *Igitur, privignus ex uxoris meæ filius ex alio viro natus, ego (illorum) VITRICUS; et in contrarium, uxor mea liberis quos ex alia uxore habeo, NOVERCA dicitur; liberi mei illi privigni.* Pandectas, lib. 38, tit. 10, Sec. 1ª, § 1.

466—En el matrimonio válido y en el putativo cuya nulidad no ha sido intentada durante la vida de los dos esposos, — art. 243, — la afinidad creada por el casamiento no se borra por la muerte de uno de los esposos, haya ó no dejado descendientes. Por lo tanto, el suegro no podrá casarse con la viuda de su hijo, porque el parentesco de afinidad en línea recta que entre ellos subsiste, impide el matrimonio.

467—Del matrimonio putativo nace, sin duda, el parentesco de afinidad, porque este es uno de los efectos civiles que aquél produce hasta el día en que la sentencia declara su nulidad, según el art. 244; pero, ¿desaparece la afinidad con la sentencia que lo declara nulo? creemos que sí.

La afinidad procede del matrimonio y del hecho ó ficción de que los esposos se confunden y hacen una sola persona: declarado nulo el matrimonio, desaparece el lazo de unión, y los que antes eran esposos el uno del otro, vuelven á ser extraños, como lo eran anteriormente. En este estado, no puede haber afinidad, como no la había *antes* de la celebración del casamiento. La que procede del matrimonio válido y del putativo no declarado nulo durante la vida de



los casados, perdura después de su disolución por la muerte, porque reposa en un título que vive, que se conserva; pero la que procede de un matrimonio nulo, debe desaparecer con la declaración de nulidad, porque desaparece el título.

La doctrina que dejamos recordada es de interés en el campo de los art^s. 402, 1024, 3687, 3736 y otros.

Art. 397. En el parentesco por afinidad, no hay grados porque no hay generaciones. La computación se hace por analogía, suponiéndose que los cónyuges forman una sola persona.

Art. 398. *El parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación á los parientes consanguíneos del otro cónyuge.*

468— El parentesco de afinidad existe, en razón del matrimonio, entre el esposo y los consanguíneos de la esposa y entre la esposa y los consanguíneos del esposo; pero no se extiende ni hay base para extenderlo entre los respectivos consanguíneos del marido y mujer. Son familias que se conservan distintas y separadas la una de la otra. *Cæterum cognati mariti et cognati uxoris non sunt inter se affines.*

Tampoco hay afinidad entre uno de los esposos y los *afines* del otro, porque *affinitas non parit affinitatem*. Igualmente no son afines entre sí los esposos de dos hermanas.



CAPÍTULO III

Del parentesco ilegítimo

Art. 399. *Los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos. Pueden, sin embargo, adquirir algunos derechos en las relaciones de familia, en los casos que este código determina.*

469 — Como es expreso en derecho, los hijos adulterinos é incestuosos no tienen—por las leyes—padre ni madre, ni pariente alguno por parte de padre ó madre,—art. 376; pero es permitido su reconocimiento voluntario, y cuando este reconocimiento es hecho por sus padres, ó cuando su filiación resulta judicialmente comprobada,—véase lo dicho bajo el artículo 376,—tienen derecho para pedir que sus padres les presten alimentos hasta la edad de 18 años, si les fuere imposible proveer á sus necesidades.

470 — En cuanto á los hijos naturales, su familia se limita á sus padres, y la ley permite en su favor no sólo el reconocimiento voluntario paterno ó materno, que es irrevocable,—art. 366,—sino que les acuerda acción para exigir de su padre ó madre este reconocimiento y para demandar, en caso de negativa, la declaración judicial de su filiación.—Art. 359.

Tienen derecho para exigir que sus padres provean á su crianza y educación, á su enseñanza primaria y aprendizaje de una profesión ú oficio,—art. 364,—y á que su abuelo ó abuela, á falta de padre y madre, ó



cuando éstos no puedan prestarlos, les provean alimentos.—Art. 403.

Son herederos forzosos de sus padres,—art. 3626,— en la porción designada por los art^s. 3627 á 3630, y en su sucesión intestada tienen consiguientemente los derechos acordados por el art. 3611 y siguientes.

Finalmente, pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres y disfrutar de los efectos legales de la legitimación, así de los morales como de los pecuniarios.

Art. 400. *Son parientes ilegítimos los que proceden de un mismo tronco, por una ó más generaciones, de una unión fuera de matrimonio.*

471 — La ley organiza la familia sobre la base del matrimonio, que es el que concede la verdadera legitimidad, derechos y preeminencias que la dignifican. El parentesco legítimo ocupa, pues, lugar distinguido en la sociedad y á los ojos de la ley, pero ésta no desconoce ni puede desconocer que aun fuera de matrimonio la generación liga á las personas por la sangre y con la autoridad de un hecho natural, y, en su consecuencia, reconoce que hay parentesco entre ellas, diciendo, que, son parientes *ilegítimos* los que proceden de un tronco común por una ó más generaciones fuera de matrimonio.

Y no es sin efectos ni aplicación que hace este reconocimiento, pues en la línea *ascendente* ó *descendente* es, sin limitación, un impedimento para el matrimonio, como impedimento es en *línea colateral* el segundo grado.—Art. 166, inc^s. 2^o y 3^o.



Y en punto á alimentos, se deben reciprocamente entre padres é hijos y entre abuelos y nietos naturales.—Art. 403.

CAPÍTULO IV

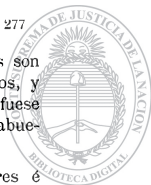
Derechos y obligaciones de los parientes

Art. 401. *Los parientes legítimos por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente: el padre, la madre y los hijos. En falta de padre y madre, ó cuando á éstos no les fuere posible prestarlos, los abuelos y abuelas y demás ascendientes. Los hermanos entre sí. La prestación de alimentos entre los parientes es recíproca.*

472 — En materia de alimentos, la obligación de prestarlos es recíproca, porque procede de los lazos de sangre con que la naturaleza liga á las personas. Puede decirse con propiedad, que, aquel que tiene obligación de prestarlos tiene derecho á pedirlos y es por eso que nuestro artículo dice con entera razón que, «*la prestación de alimentos entre los parientes es recíproca.*»

473 — Entre los consanguíneos, la decisión de nuestro artículo es, que, se deben reciprocamente todos los parientes legítimos,—sin limitación de grado,—de la línea recta, sea ascendente, sea descendente; y en la línea colateral legítima, que sólo se deben los hermanos entre sí.

¿Cuál es el orden en que están obligados ?



La regla es esta: los primeramente obligados son los padres, es decir, el padre y la madre juntos, y cuando éstos no existen, ó existiendo no les fuese posible prestarlos, la obligación incumbe á los abuelos y abuelas, y así á los demás ascendientes.

474 — Pero cuando el necesitado tiene padres é hijos á la vez ¿á quién incumbe en primer grado la obligación? Respondemos con el espíritu de la ley y con los sentimientos naturales,—los hijos son los primeros obligados. La obligación de prestar alimentos es reciproca: quien tiene la obligación de prestarlos, tiene derecho á pedirlos; y siendo los padres los primeros obligados á prestarlos cuando los hijos los necesitan, reciprocamente, éstos deben ser los primeros en la obligación cuando los necesitados sean los padres. El art. 300 concurre á sustentar esta conclusión.

475 — Entre los parientes legítimos de la línea colateral, los únicos que están obligados á prestarse alimentos son los hermanos, ora sean enteros ó bilaterales, ora medios hermanos ó unilaterales, porque como la ley no distingue, sus términos generales abrazan á todos.

476 — El *quantum* de la obligación no puede ser establecido por reglas fijas: el juez lo determinará en cada caso según las circunstancias especiales, teniendo en cuenta la clase y condiciones del que los pide y las facultades del obligado, es decir, sus recursos.

Hemos visto—se dice en las Pandectas—qué padres deben alimentar á sus hijos y qué hijos deben alimentar á sus padres; pero es necesario observar que esta obligación está subordinada á las facultades de unos y otros: — « *Vidimus qui parentes liberos alere teneantur, et vice versa. Observandum autem ita demum*



aliquem ad hoc obligari, si pro facultatibus id possit. Lib. 25, Tit. III, Sec. II, n.º XIX, lo que se repite en el n.º XXIII en estos términos: — si el padre y los hijos se niegan á prestarlos, el juez los condenará en proporción á sus facultades: — « *Si quis ex his alere detrecte, pro modo facultatum alimenta constituentur.* »

Art. 401. En el Derecho Romano el orden de la obligación de alimentos era el siguiente: 1º, el padre; 2º, los ascendientes paternos; 3º, la madre; 4º, los ascendientes maternos. L. 5, §§ 2 y 8, T. 3, Lib. 25, Dig. En caso de divorcio la madre rica reemplazaba inmediatamente en esta obligación al padre. Nov. 117, cap. 7. La ley Romana hizo obligación privativa de la madre, criar á los hijos menores de tres años. L. 9, Tit. 47, Lib. 8, Código. La Ley de Partida adoptó en todas sus partes la Ley Romana, L. 3, Tit. 19, Part. 4ª, y después de los tres años impone la obligación al padre y subsidiariamente á la madre; después á los ascendientes sin distinción de línea, L. 4, idem. Por este Código se hace común á los dos esta obligación, pues también á la madre se le da la autoridad y beneficio que tenia el padre sobre sus hijos y los bienes de ellos. La obligación entre los hermanos estaba establecida por la Nov. 89, cap. 12, § 6. Las Leyes de Partida no la admitieron. Yo he aceptado en esta parte el art. 197 del Código de Nápoles.

Art. 402. *Entre los parientes legítimos por afinidad únicamente se deben alimentos el suegro y la suegra, y el yerno y la nuera.*

477 — Están en primer grado de afinidad legítima: 1º, el suegro y la suegra, y el yerno y la nuera; 2º, el padrastro y madrastra, y el entenado y entenada, según la expresa declaración del art. 397; y sin embargo, el artículo que nos ocupa establece el derecho y la obligación de alimentos sólo entre los primeros, excluyendo á los segundos, pues dice que *únicamente* se deben alimentos el suegro y la suegra, y el yerno y la nuera.

En vano se alegará que los mismos motivos que fun-



dan la obligación respecto de éstos sirven para establecerla respecto de aquéllos, porque si la observación es buena para el legislador, no es eficaz para los jueces, quienes deben aplicar la ley como la encuentran.

Art. 403. *Entre los parientes ilegítimos se deben alimentos el padre, la madre y sus descendientes, y á falta de padre y madre, ó cuando éstos no pueden prestarlos, el abuelo ó la abuela y sus nietos ó nietas.*

478 — La disposición de este artículo es esta: — entre los parientes ilegítimos se deben reciprocamente alimentos, en este orden: 1º, el padre y la madre, y sus hijos é hijas; 2º, el abuelo y la abuela y sus nietos y nietas; y decimos *reciprocamente* no sólo porque así es de derecho expreso, — art. 401, -- sino también porque el presente lo declara inequívocamente cuando dice *se deben*, que es modo ó forma que importa reciprocidad.

479 — Nuestro artículo dice que se deben alimentos «el padre, la madre y sus *descendientes*».

La palabra descendientes es comprensiva, en su sentido lato, del hijo, nieto, bisnieto, tataranieto, etc.; pero en el sentido restringido no denota sino á los hijos, y aquí está empleada en este último sentido, como lo persuade el texto mismo del artículo en cuanto en su segunda parte se dice, que, «á falta de padre y madre, ó cuando éstos no pueden prestarlos», los alimentos son adeudados entre «el abuelo ó la abuela y sus *nietos ó nietas*». Es evidente, pues, que éstos no están comprendidos entre los *descendientes* de que habla la primera parte.



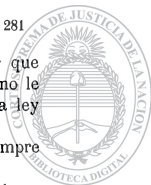
480— ¿Están comprendidos en este artículo los hijos adulterinos y los incestuosos?

La razón de dudar sería la frase «entre parientes *ilegitimos* se deben...» por cuanto pudiera decirse que está usada en contraposición de esta otra — parientes *legitimos*, — y, por consiguiente, que están comprendidos en aquélla los hijos adulterinos é incestuosos que hayan sido reconocidos voluntariamente por sus padres, ó cuya filiación hubiese quedado judicialmente comprobada en virtud de una acción legítima, en los casos de nuestra referencia, bajo el art. 377; pero la razón para decidir en contra está en que, la ley declara expresamente que los hijos adulterinos y los incestuosos *no* tienen padre ni madre, ni *pariente alguno* por parte de padre ó madre, art. 376, y por lo tanto, que no están, ni pueden estar comprendidos en las palabras *parientes ilegítimos*, en las cuales no se comprenden consiguientemente sino los padres, los hijos, los abuelos y los nietos naturales.

Art. 404. *El pariente que pida alimentos, debe probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiese reducido á tal estado.*

481 — El origen de la obligación de prestar alimentos es la naturaleza ó sea el parentesco; pero no se los debe, sino cuando el que los pide los necesita.

Cuando el padre, el hijo, un pariente cualquiera tiene recursos con que llenar sus necesidades, no tiene derecho para pedir que un tercero le proporcione medios con que satisfacerlas. Debe emplear su propio peculio y, por consiguiente, es justo esta-



blecer que el que pide alimentos debe probar que le faltan recursos con que alimentarse y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, porque la ley no protege al haragán ó sea al abandonado.

Esta decisión de nuestra ley constituyó siempre una regla jurídica.

Los padres y los hijos no deben alimentos á sus hijos y á sus padres, sino en tanto que tienen necesidad de ellos. « Si vuestro hijo puede proveer á su subsistencia, los jueces deben estimar que no le debéis alimentos. « ... *his demum debentur qui egent. Sed si filius possit se exhibere, aestimare judices debent ne non debeant ei alimenta decernere.* » Pand^{s.}, Lib. 25, Tit. III, Sec. II, n^o. XIX.

482— Nada importa que el estado de imposibilidad para adquirir medios con su trabajo se deba á causas que no sean honestas. Basta que la imposibilidad exista para que sea eficaz el derecho á pedir alimentos.

Véase lo que sobre el particular hemos dicho bajo el art. 302.

Art. 404. LL. 4 y 6, Tit. 19, Part. 4^a.— Pero no se reputa pobre ó necesitado al que puede vivir de su trabajo. Dicha L. 6, y L. 5, § 7, Tit. 3, Lib. 25, Dig.

Art. 405. *El pariente que prestase ó hubiese prestado alimentos voluntariamente ó por decisión judicial, no tendrá derecho á pedir á los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que él.*

483— El que obedeciendo á sentimientos naturales llena el deber sagrado de prestar alimentos á



un pariente necesitado, no debe ser admitido á repetir de los otros de igual grado y condiciones que él una parte proporcional de sus desembolsos ; 1º, porque no hizo sino cumplir una obligación ; y 2º, porque no siendo ni indivisible ni solidaria, no hay subrogación en los derechos del acreedor, que le permita repetir de los otros deudores la parte con que éstos debieron concurrir.

Pero, el que estuviese prestando alimentos sea voluntariamente, sea por decisión judicial, ¿podrá pedir que los demás parientes del mismo grado y condición que él sean llamados y obligados á prestarlos ? La afirmativa no nos parece dudosa. Desde que es una obligación que la ley impone á todos, el juez debe imponer á todos su ejecución, designando la cuota con que cada uno debe concurrir. No obsta la existencia de una sentencia que hubiere declarado á uno de ellos obligado á prestar los alimentos, porque esta circunstancia no torna á la obligación en indivisible, ni en solidaria, y siempre habrá derecho para exigir que los demás obligados concurren en la proporción correspondiente.

Art. 406. *La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente á la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades.*

484 — Concuerta este artículo con el 301, que dice: « La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades », y con la ley 2, tít. 19, part. 4ª, que declara que « *la manera en que deuen de criar los padres a sus*



« *fijos. e darles lo que les fuere menester, maguer non
« quieran, es esta: que les deuen dar que coman, e que
« bevan, e que vistan e que calcen, e lugar do moren, e
« todas las otras cosas que les fuere menester, sin las
« quales non pueden los omes biuir. E esto deue cada
« uno fazer, segund la riqueza e el poder que ouiere;
« catando todauia la persona daquel que lo deue resce-
« bir en que manera le deuen esto fazer...* » y con la 5^a,
tit., 33, part. 7^a, que dice: « *que si el fazedor del testa-
« m^{to} manda a sus herederos que den a algun ome
« tanto de lo suyo, de que biua, que se entiende, que le
« deuen dar lo que ouiere menester, tambien para co-
« mer, como para beuer, como para vestir, e para cal-
« zar. E aun quando enfermarse, las cosas que fueren
« menester para cobrar su salud. Ca todas estas cosas
« son menester para la vida del ome* ».

Pero, la obligación de alimentos no comprende el deber de pagar las deudas, ni aun las del padre.

Muchos rescriptos establecen — se dice en las *Pandectas* — que el padre debe ser obligado no sólo á criar á sus hijos, sino también á proveer á todas sus otras necesidades. Pero esta obligación no se extiende hasta la de pagar sus deudas. Esta es la razón por qué un rescripto dice que, no obstante que la razón natural obliga á un hijo á alimentar á su padre, no puede sin embargo ser obligado á pagar sus deudas: *Non tantum alimenta, verum etiam cætera quoque onera liberorum patrem ab iudice cogi præbere, rescriptis continentur. Cæterum, hæc obligatio ad exolutionem æris alieni non porrigitur. Hinc parens, quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non esse congendum exsolvere filium, rescriptum est.* Lib. 25, tit. III. Sec. II, n^o. XXI.



Art. 407. *Cesa la obligación de prestar alimentos, si los hijos de familia legítimos ó legitimados, ó los hijos naturales, se casaren sin consentimiento de los padres, y en caso de disenso, sin la autorización judicial; si los descendientes en relación á sus ascendientes, ó los ascendientes en relación á sus descendientes, cometieren algún acto por el que puedan ser desheredados; si los hijos de familia dejaren la casa paterna sin licencia de sus padres.*

485 — Por el art. 167 se dispone que la mujer mayor de doce años y el hombre mayor de catorce, pero que sean menores de edad, no pueden contraer matrimonio entre sí, ni con otras personas, sin el consentimiento de su padre legítimo, ó del natural, que los hubiese reconocido, ó sin el consentimiento de la madre á falta del padre, ó sin el del tutor ó curador á falta de padre y madre, ó sin el del juez en defecto de tutor ó curador, y por el 309, que, los hijos de familia no pueden dejar la casa paterna, ó aquella en que sus padres los han colocado, sin licencia ó autorización de sus padres.

Estos deberes nacen naturalmente del respeto y obediencia que los hijos deben á los padres, deberes que son elementos constitutivos del régimen de la familia y responden á fines de alto interés social. Y bien, su contravención es castigada por el artículo que nos ocupa con la pérdida del derecho á pedir alimentos.

Queda igualmente perdido este derecho en los casos en que los ascendientes contra los descendientes, ó éstos contra aquéllos cometieren faltas que autoricen la desheredación, pues en castigo de ellas, la ley su-



prime en los culpables, con relación á los ofendidos, el derecho de pedirles alimentos. Para este efecto legal no es necesario que el pariente ofendido ejecute un acto que signifique su voluntad de que sea castigado el ofensor, porque del mismo modo que es obra exclusiva de la ley la obligación de la prestación de alimentos y el derecho á pedirlos, ella misma, sin el concurso de los que puedan ser interesados, suprime este derecho y cancela la obligación correlativa en presencia de un hecho reprobado.

Producido el hecho, su efecto es obra de la ley misma, y es por eso que dice: — « *cesa* la obligación de prestar alimentos. . . . »

486 — Hay un vacío en nuestra ley en tanto cuanto no legisla respecto de los hermanos, entre los cuales existe, no obstante, la obligación de prestarse alimentos: — art. 401. La jurisprudencia llenará este vacío, declarando, creemos, que cesa entre ellos la obligación por las mismas causas que produce este efecto entre ascendientes y descendientes.

Art. 407. El Cód. Sardo, art. 109 y 110, conserva los alimentos necesarios á los hijos que se casen contra la voluntad de los padres. Conforme con el artículo cuando haya una causa de desheredación; el mismo Cód., art. 743 y L. 6, Tit. 19, Part. 6ª, y Nov. 115, cap. 3 y 4.



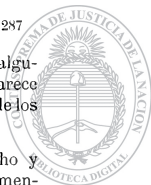
Art. 408. *La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada con obligación alguna, ni ser objeto de transacción; ni el derecho á los alimentos puede renunciarse ni transferirse por acto entre vivos ó muerte del acreedor ó deudor de alimentos, ni constituir á terceros derecho alguno sobre la suma que se destine á los alimentos, ni ser ésta embargada por deuda alguna.*

487 — Bien pudieran traducirse así estas disposiciones: el derecho á la vida no admite compensación, ni transacción, ni es embargable por deuda alguna, ni se lo puede renunciar, ni transferir por acto entre vivos ó por muerte sea del acreedor, sea del deudor de los alimentos. ¡Tan de inmediato comprometen la existencia las necesidades de cuya satisfacción se trata en la prestación de alimentos!

Armonizan con el presente artículo el 859 que declara, que, no son compensables las deudas de alimentos, el 2110 que decide, que la renta que constituya una pensión alimenticia no puede ser empeñada ni embargada al acreedor, y el 2993 que igualmente decide que el uso de los frutos no puede ser embargado por los acreedores del usuario cuando tienen la calidad de alimenticios.

488 — No cabe transacción sobre *la obligación* de prestar alimentos, pero se puede transar sobre el modo de su pago, porque lo último no compromete el fondo de la obligación, ni del derecho correlativo.

489 — El derecho de pedir alimentos es personalísimo: no es concebible de otro modo desde que tiene por causa la satisfacción de necesidades personales.



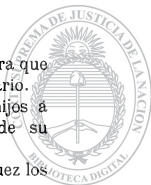
Por consiguiente, no es transferible por acto alguno entre vivos, ni es sucesible, porque desaparece con la muerte sea del acreedor, sea del deudor de los alimentos.

490 — Pero debe evitarse confundir el derecho y la obligación correlativa de la prestación de alimentos con el deber de pagar cuotas ya vencidas. Y así, con la muerte del deudor desaparece la obligación; pero sus herederos estarán obligados a pagar las dos, tres, por ejemplo, mensualidades vencidas y ya adeudadas a la muerte del autor de la sucesión, porque constituye una deuda real de la sucesión. El acreedor ha ganado ya esas cuotas alimenticias y tiene derecho a cobrarlas.

Art. 408. Cód. de Holanda, art. 384.—Sardo, 2008. Prusiano, 413. Las leyes españolas guardan silencio sobre la materia.

Art. 409. *El procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa ó en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojaren los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo.*

491 — Se trata de materia urgente, es decir, de necesidades cuya satisfacción no admite demora y, por lo tanto, se impone un procedimiento breve; de lo que se deduce natural y lógicamente que la acción de ali-



mentos no debe ser acumulada á ninguna otra que debe tener ó sujetarse á un procedimiento ordinario.

Si un padre demanda á sus hijos, ó los hijos á su padre sobre alimentos, el juez conocerá de su demanda.

Si el padre ó los hijos se niegan darlos, el juez los condenará en proporción á sus recursos. . .

Ello no será así, sin embargo, sino después de estar asegurado por lo menos sumariamente que las partes son los unos padres é hijos los otros.

Si pues aquel que niega alimentos pretende no deberlos al demandante, porque no es su hijo ó su padre, el juez examinará sumariamente las pruebas de este motivo, y ordenará ó no ordenará los alimentos demandados, según que resulte probado que el demandante es ó no es el padre ó el hijo del demandado.

Por lo demás, no son necesarias pruebas perfectas, sino las suficientes para decretar la dación provisoria de alimentos. Esta es la razón por qué Ulpiano dice: Debe recordarse que, aun cuando los jueces hubiesen ordenado los alimentos, esta resolución provisoria no perjudica en nada á la verdad de las cosas; porque no se decide que el demandante es hijo del demandado, sino simplemente que este último debe darle alimentos, Esto es lo que dice Marco Aurelio en su rescripto.

« Si quis á liberis ali desideret, vel si liberi ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscat.

« Si quis ex his alere detrect, pro modo facultatum alimenta constituentur.

« Ita demum autem hoc impetrabitur si se liberos aut parentes esse saltem summatim doceant.

« Igitur, si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim iudices oportet super ea recognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali jube-



bunt: cæterum si non constiterit, nec decernent alimenta.

« *Cæterum, plena probatio non requiritur. Unde Ulp: « Meminisse autem oportet, et si pronuntiaverint alioportere, attamen eam rem præjudicium non facere veritati. Nec enim hoc pronuntiatur, filium esse; sed ali debere. El ita dicit Marcus rescripsit.* »

—Pand^s., lib. 25, Tit. III, Sec. II, § III.

492 — No es necesario que el estado de la causa sea el de sentencia para que el juez pueda decretar los alimentos. Puede y debe decretarlos al principio ó durante el curso del juicio, si el caso es de verdadera urgencia y si los elementos de convicción son suficientes para ello, bien entendido que son bastantes las presunciones.

Es equivocada la cita que de la ley 7, tit. 10, part. 4^a se hace en la nota del codificador al artículo. La que corresponde es la 7, tit. 19 de la dicha 4^a Partida, cuyo tenor es este :—« Razonándose alguno por fijo de « otro, e demandando que el criasse, e proveyesse de « lo que era menester, podría acaescer, que este atal, « que negaría que non era su fijo, porque no lo criasse « o por aventura decirlo ya de verdad, que non sería « su fijo. E provende, quando tal dubda acaesciere, « el juez de aquel lugar, de su oficio, deue saber lla- « namente e sin alongamiento, non guardando la for- « ma del *juizio* que deue ser guardado en los otros « *pleytos*, si es un fijo de aquel por cuyo se razona, o « non. E esto debe ser catado, por fama de los de « aquel lugar, o por cualquier manera otra que lo « puede saber, ó por la jura de aquel que se razona « por su fijo. E si fallase por *algunas señales*, que es « su fijo deue mandar al otro que lo crie, e lo provea. « E maguer el juez mande proveer a este atal assi « como sobredicho es, salvo fuera su derecho á cual-



« quier de las partes, para probar si es su hijo, o
« non. »

493 — Y como se trata de materia que interesa á la vida, como son los alimentos, el vestido y los gastos de curación para el restablecimiento de la salud, la ley viene en auxilio del demandante disponiendo que, en caso de justificar falta absoluta de medios para seguir el pleito, el juez decreta que el demandado le entregue para expensas una cantidad equitativa, que fijará prudentemente.

Art. 410. *De la sentencia que decreta la prestación de alimentos, no se admitirá recurso alguno con efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos podrá ser obligado á prestar fianza ó caución alguna de volver lo recibido, si la sentencia fuese revocada.*

494 — Están al alcance del simple buen sentido los motivos que fundan la resolución del artículo, en su primera y segunda parte, y por eso no nos detenemos en anotarlo.

Arts. 409 y 410. L. 7, Tit. 10, Part. 1ª.

De la tutela

CAPÍTULO PRIMERO

De la tutela en general



Art. 411. *La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto á la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil.*

495— La ley divide las personas de existencia visible en *mayores* y *menores* de edad, llamando mayores á las que tienen veinte y dos años cumplidos y menores á las que no han alcanzado esta edad. — Artº. 126 y 128.

Las divide también en *capaces* é *incapaces*.— Artículo 52.

La incapacidad procede de tres causas.

1ª Por razón de la edad: son incapaces los menores de edad.

2ª Por razón del estado: la mujer casada, por el solo hecho de ser casada, es incapaz.



3ª Por razón de las condiciones intelectuales: un loco declarado tal, es incapaz; lo mismo el sordo-mudo que no sabe darse á entender por escrito.

La mujer casada está bajo la autoridad de su marido y es representada por él.

Los hijos de familia están bajo la autoridad paterna y son representados por sus padres.

Los mayores de edad incapaces, como el loco y el sordomudo, están bajo la autoridad de sus curadores y son representados por ellos.

Finalmente, los menores de edad, no emancipados y que tampoco están sujetos á la patria potestad, están bajo la autoridad de sus tutores y son representados por éstos. — Art. 57.

En el título del *matrimonio* se ha tratado de todo lo relativo á la autoridad marital y á las condiciones de la mujer casada.

En el título de la *patria potestad*, de lo referente á la autoridad y derecho de los padres sobre las personas y bienes de sus hijos menores no emancipados; y éntrase ahora á tratar de la *tutela*, bajo la cual deben estar los menores de edad, no emancipados, que no están sujetos á la autoridad paterna, principiando el presente artículo por definirla en estos términos:

496— « Es — dice — el derecho que la ley confiere « para gobernar la persona y bienes del menor de « edad... y para representarlo en todos los actos « de la vida civil. »

Es más clara y más amplia que la dada por Servio, aun sin tomar en cuenta que por nuestra ley la tutela abarca toda la menor edad, mientras que por derecho romano no abraza sino la impubertad.

Es — dice Servio — el poder y autoridad dada y permitida por derecho civil á un hombre libre para defender á aquel que, en razón de su edad, no puede defenderse

por sí mismo. *Tutela est vis ac protestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civile data ac permisa.*

En la definición que hace nuestro artículo se consignan los tres puntos principales de las funciones del tutor: 1º, el gobierno de la persona, comprendiéndose su educación; 2º, su representación en todos los actos de la vida civil; y 3º, la administración de sus bienes.

— Artº. 414 y 445 á 450.

Es conveniente observar que, si la patria potestad está establecida no sólo en favor de los hijos, sino también en el de los padres, la tutela es instituida y está dado su régimen en exclusivo interés del menor, abstracción hecha del que en ello tiene la sociedad.

Art. 411. L. 1, Tit. 16. Part. 6ª.—Por el Derecho Romano sólo se daban tutores á los varones huérfanos menores de catorce años, y á las mujeres de doce. Desde esta edad hasta los veinte y cinco se daba curadores á unos y á otros. Las LL. 1 y 13, Tit. 16, Part. 6ª, aceptaron esta legislación. Los códigos modernos con excepción del de Luisiana, no la han admitido, y por éste los tutores se dan á los menores hasta que llegan á la mayor edad. La distinción de las Leyes Romanas y de Partida, á más de no fundarse en razón alguna, causa todos los días cuestiones judiciales sobre si los púberes podían ó no ser obligados á recibir curadores, ó sobre la validez de sus actos, etc.

Art. 412. *Los parientes de los menores huérfanos están obligados á poner en conocimiento de los magistrados el caso de orfandad, ó la vacante de la tutela; si no lo hicieren, quedan privados del derecho á la tutela que la ley les concede.*

497 — ¿ Quiénes son los parientes que están obligados á poner en conocimiento del juez el caso de orfandad, ó la vacante de la tutela?



No son ni pueden ser otros que aquellos á quienes, por su falta, la ley castiga con la privación del derecho á la tutela legítima, y como los únicos llamados á ella son el abuelo paterno, el materno, las abuelas paterna ó materna, si se conservasen viudas, y los hermanos varones, sea bilaterales, ó sólo unilaterales, éstos son los parientes sobre quienes pesa la obligación de la referencia.

498 — La ley quiere que los niños que no tienen padres, ó que no están bajo su autoridad y dirección no vivan desamparados, porque interesa á la sociedad que sean criados y educados debidamente, y que sus bienes de fortuna se conserven y prosperen. A este fin ha sido instituida la tutela, y es justo que, estando acordado, en respeto á sentimientos naturales, á los parientes inmediatos del menor el derecho de la tutela, vale decir, el derecho de gobernar la persona de sus hermanos ó de los hijos de sus hijos, la indolencia con que mirasen la suerte de éstos sea castigada con la privación del derecho acordado.

499 — La ley se limita aquí á *privarlos* del derecho á ser tutores legítimos. Esta pena los desnuda de la acción para reclamar á nombre de un *derecho propio* la tutela de sus parientes, pero no importaría por sí sola negar al juez la facultad de nombrarlos en calidad de tutores dativos. Es el art. 432 el que, en su inciso 14, los declara inhabilitados para ser tutores. Sus términos son estos:— «No pueden ser tutores... *los parientes que no pidiesen tutor para el menor que no lo tenía.*»

500 — ¿Cuál es la naturaleza de esta inhabilitación? ¿Es ó no absoluta? Nuestra opinión es que sólo es relativa, es decir, limitada á la tutela del pariente ó parientes menores cuya orfandad, ó vacancia de la



tutela no denunciaron al magistrado, porque su inhabilitación no obedece sino á una pena, y la pena está limitada á la privación del derecho que la ley les concede para la tutela legítima del pariente de que se trata.

501 — Nuestra ley es más benigna que la romana, según la cual es privada de la sucesión legítima la madre que descuida pedir tutor para sus hijos, y son castigados con pena correccionaria los libertos que incurriesen en igual falta.

Constancio y Juliano extendieron la obligación de la madre, bajo pena de privación de la sucesión, á los abuelos y abuelas; pero, como Justiniano no ha insertado esta constitución en su código, se la estima abrogada.

La del emperador Severo, relativa á la madre, es ésta: — Quiero que todo el mundo sepa que presto toda atención en socorrer á los pupilos, por cuanto su interés está ligado al interés público. Esta es la razón por la cual ordeno que la madre que no hubiese pedido para sus hijos tutores capaces y solventes... sea privada del derecho de reivindicar sus bienes, cuando falleciesen sin testar. *Omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, quum ad curam pertineat, liquere omnibus volo. Et ideo quæ mater vel non pitierit tutores idoneos filiis suis... jus non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum.* Pand^{s.}, lib. 26, tit. VI, art. II.

Art. 412. L. 12, Tit. 16, Part. 6^a. — Por el Derecho Romano y de Partidas perdían el derecho á suceder abintestato al menor.



Art. 413. *La tutela es un cargo personal, que no pasa á los herederos, y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente.*

502 — « La tutela es un cargo personal. . . »

Hay en ella una misión que interesa al bien común y un mandato que mira al interés particular. El porvenir de la sociedad depende de la educación moral y condiciones físicas de los que vienen á la vida en reemplazo de las generaciones que concluyen su peregrinación. Cuidar de la crianza y educación de los menores de edad, es toda una misión; y como en ello y en la administración de sus bienes hay á la vez un interés particular, la tutela, á más de un cargo, es también un mandato.

503 — Está impuesto por la ley en beneficio de los incapaces y se está en la obligación de aceptarlo; pero, como es un cargo *personal*, termina y desaparece con la persona y no pasa á los herederos. No hace parte del patrimonio, ni constituye una deuda, y no puede, por lo tanto, transmitirse, con la masa de los bienes, á los sucesores.

504 — Nadie puede, — sin causa suficiente, — excusarse de aceptarlo y desempeñarlo.

¿Qué se entiende por *causa suficiente*? Ó mejor dicho, ¿cuáles son las causas suficientes para la excusación? La ley no las designa, y está, por lo tanto, dejado el punto á la prudencia y sabiduría de los jueces en cada caso.

Art. 413. Cód. Francés, art. 419.—Proyecto de Goyena, art. 173.



Art. 414. *El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles.*

505— Los menores de edad son incapaces de obrar por sí mismos; incapacidad que es *absoluta* durante la impubertad, y relativa mientras son adultos, teniendo en uno y otro caso por representantes legítimos a sus tutores, — según los arts. 54 a 57.

El art. 411, definiendo lo que es la tutela, dice ser, el derecho que la ley confiere (al tutor) para gobernar la persona y bienes del menor y para *representarlo* en todos los actos de la vida civil.

Finalmente, el art. 445 declara terminantemente que el tutor es el *representante* legítimo del menor en todos los actos civiles, y que gestiona y administra solo y ejecuta todos los actos por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad.

Armoniza, pues, con todos estos pasajes del código cuando el artículo que nos ocupa declara, que, el tutor es el representante de su pupilo en todos los negocios civiles.

Art. 414. LL. 15 y 17, Tit. 16, Part. 6^a.—LL. 2 y 3, Tit. 7, Lib. 3, F. R. Hasta donde se extiende esta representación.—Zachariæ, § 196 y nota 7^a al § 207.

Art. 415. *La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Menores.*

506— Los menores de edad son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores — art. 59 — el cual tiene por la ley el encargo «de velar en el « gobierno que los tutores y curadores ejerzan, sobre « la persona y bienes de los menores é incapaces,»



art. 527, y, por consiguiente, es natural que el cargo de tutor se ejerza bajo la inspección y vigilancia de aquel ministerio.

Art. 416. *La tutela se da, ó por los padres, ó por la ley, ó por el juez.*

507 — La dada por los padres es deferida, en derecho romano, por testamento: — *Tutela testamentaria ea est quæ ex parentis testamento defertur*, — y está confirmada por las Doce Tablas en estos términos: *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*.

Es por esto que la dada por los padres se llama *testamentaria*, como también y por igual razón se llama así en el código de las *Siete Partidas*, según la ley 2, tit. 16, Part. 2ª.

Nuestra ley no la llama *testamentaria*, porque los padres pueden nombrar tutores á sus hijos no sólo por testamento, sino también por escritura pública destinada á tener efecto después de su fallecimiento, — art. 417 — y por esta razón se limita á decir que la tutela es dada por los padres, por la ley ó por el juez.

Por los padres, la dada por testamento ó por escritura pública, como acabamos de ver; por la ley, que es la conferida á ciertos y determinados parientes, y se llama *legítima*; y por el juez, cuando es dada por el magistrado á falta de las dos primeras, y se dice *dativa*.

Art. 416. L. 2, Tit. 16, Part. 6ª.



CAPÍTULO II

De la tutela dada por los padres

Art. 417. *El padre mayor ó menor de edad, y la madre que no ha pasado á segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar, por testamento, tutor á sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento.*

508— Aunque el padre sea menor de edad, con el matrimonio ha adquirido su emancipación, tiene á sus hijos bajo su potestad, él los educa y los gobierna y él administra sus bienes, aunque con ciertas restricciones; y si, no obstante su minoridad, la ley lo estima con aptitudes suficientes para el ejercicio de la patria potestad, no es extraño que lo crea competente para hacer una elección acertada en la designación de la persona que, después de sus días, deba substituirle en la dirección y educación de sus hijos y en la administración de sus bienes; y como al buen criterio se agrega el amor de padre, tan firme y tan intenso en todas las condiciones de la vida, es justo que la ley le confiera la facultad de nombrar tutor á sus hijos, sea por testamento, sea por escritura pública destinada á surtir efecto después de su muerte. Es tan antigua esta decisión, que la ley de las Doce Tablas la consigna ya con el laconismo y



energía que la distinguen: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*: lo que el testador ha dispuesto con relación á su fortuna y á la tutela de sus hijos, sea observado como ley.

509 — Y lo que se requiere para tener esta facultad es, que, los hijos de que se trate estén bajo la patria potestad del padre ó de la madre que deba hacer el nombramiento. No se exige que tenga la administración y el usufructo de los bienes de los hijos, sino solamente que éstos estén bajo su patria potestad.

Y así, se ajusta á esta exigencia cuando el artículo dice, «y la madre que no ha pasado á *segundas nupcias*», porque la viuda nuevamente casada pierde la patria potestad, según el art. 342.

Y se requiere que el que deba hacer el nombramiento tenga á los hijos bajo su patria potestad, porque si no los tiene, es ó incapaz ó indigno de ella, vale decir, indigno ó incapaz de tener la dirección de sus hijos y consiguientemente la facultad de nombrarles tutor.

510 — «*El que últimamente muera de ambos*». El fallecimiento de la madre, sobreviniéndole el esposo, no altera en lo menor la patria potestad que el padre tiene sobre sus hijos, y, por consiguiente, no puede ser el caso de que aquélla les nombre tutor. Del mismo modo, el fallecimiento del esposo, sobreviniéndole la esposa, no puede ser el caso que el padre nombre tutor á sus hijos, porque como la patria potestad pasa, con la muerte de aquél, á la madre viuda, los hijos entran bajo la autoridad y dirección de ésta y no cabe la tutela.

Es, pues, *el que últimamente muera de ambos* quien debe hacer el nombramiento de tutor, como decide nuestro artículo para la generalidad de los



casos, y decimos para la generalidad, porque pueden ocurrir algunos especiales en que, aun en vida del esposo, la mujer, por ejemplo, puede nombrar tutor á sus hijos, y son aquellos en que sucede á su marido en la patria potestad, según lo hemos dicho bajo el art. 339.

Art. 417. Cód. Francés, art. 397, de Nápoles, art. 319—de Luisiana, art. 275.—El Cód. Sardo sólo reconoce esta facultad en el padre, art. 215. Lo mismo el de Vaud, art. 214. Esta es también la disposición de las Leyes de Partida, L. 2, Tit. 16, Part. 6^a.—En cuanto á la menor edad de los padres, Zachariæ, nota 12 al § 208. En cuanto al nombramiento por escritura pública, véase Cód. Francés, art. 392 y 398.

Art. 418. *El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquiera cláusula ó condición no prohibida.*

511—El padre es en el caso una especie de legislador,—*ita jus esto*, como dicen las Doce Tablas, y es natural, de consiguiente, que se le reconozca la facultad de establecer cláusulas ó condiciones no prohibidas. Y así, puede nombrar tutor para que administre ó ejerza su cargo desde un tiempo determinado, ó hasta un tiempo dado y bajo una condición, ó hasta la realización de uno y otra. *Tutorem autem et a certo tempore dare, et usque ad certum tempus licet; et sub conditione, et usque ad conditionem.*



Art. 419. *Son prohibidas y se tendrán como no escritas, las cláusulas que eximen al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, ó de dar cuenta de su administración todas las veces que se le ordena por este Código, ó lo autoricen á entrar en la posesión de los bienes antes de hacer el inventario.*

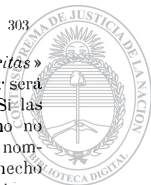
512 — El inventario es un acto de conservación y base indispensable para fijar la responsabilidad del tutor en la administración de la fortuna del menor.

Es por eso que la ley lo declara necesario.—Artículos 442, 451 y 452.

El alto interés social á que responde el deber del tutor de administrar con el celo de un buen padre de familia los bienes de su pupilo hace, que, el Ministerio de Menores y el menor mismo puedan pedir al tutor que exhiba las cuentas de la tutela cuando motivos calificados por el juez autoricen dudas sobre la buena administración.—Art. 493.

Estos antecedentes evidencian que no sería perfecta la ley que, ocupada de asegurar los bienes de los menores, no prohibiese que el tutor entrara en posesión de ellos antes de haberse hecho su inventario. Esta prohibición está expresamente establecida por el art. 442.

Y bien, el padre ó la madre que hiciese nombramiento de tutor para sus hijos no puede suprimir estas medidas de seguridad que la ley toma en favor de los incapaces, y si en el testamento ó en la escritura pública respectiva hubiesen cláusulas que importasen su supresión, se tendrán como no escritas.



513 — La frase «se tendrán como no escritas» importa establecer que el nombramiento de tutor será válido, si otros defectos no lo hiciesen nulo. Si las cláusulas de la referencia se deben tener como no escritas, ellas no existen á los ojos de la ley, y el nombramiento de tutor quedará lisa y llanamente hecho y válido, por lo tanto, si otros vicios no le imprimen el sello de nulidad.

514 — Las recordadas por nuestro artículo no son las únicas cláusulas que están prohibidas.

Debe también estimarse tales las que dispusiesen, por ejemplo, que en las cuentas de la administración se pase por lo que diga el tutor, sin necesidad de comprobantes de la partida respectiva; la que lo eximiese de prestar el juramento de buen desempeño y la que lo autorizase á ejercer el cargo de la tutela sin el discernimiento judicial—art. 433, 440 y 492,—porque todas estas exigencias de la ley constituyen *el régimen* de la tutela, que no puede ser alterado por la voluntad de los particulares.

Art. 420. *La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido á los padres nombrar dos ó más tutores, que funcionen como tutores conjuntos; y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados en el caso de muerte, incapacidad, excusa ó separación de alguno de ellos.*

515 — La tutela unipersonal es nuestra tradición legal, que arranca del derecho romano y vive con el código de las Partidas.



Goyena bajo el art. 173 de su proyecto copia la ley 3, § 6, tit. 7, lib. 26 del Digesto, á que hace referencia nuestro codificador; ley que, aunque permite, como también permite la ley 11, tit. 16, part. 6ª, el acuerdo de los tutores para una administración común, la regla de la tutela unipersonal prevalece en la ley misma cuando hay desacuerdo entre aquéllos.

516— Por nuestra ley, el padre ó la madre pueden nombrar á sus hijos dos ó más tutores, pero no pueden disponer, y si lo dispusiesen se tendrá por no escrito, que hagan administración conjunta, ó más exactamente dicho, que desempeñen en conjunto la tutela, porque la regla es que ésta « *debe servirse por una sola persona* ». El gobierno de las personas de los menores, su educación y la administración de sus bienes abrazan tal multiplicidad de intereses, que á cada paso se abriría un abismo entre los tutores si les fuera permitido el ejercicio conjunto de la tutela.

517— Los padres que nombraren dos ó más tutores pueden designar el orden en que deban ejercer el cargo, y si no hicieren esta designación, lo ejercerán en el orden en que fueren nombrados en el instrumento respectivo.

Art. 420. L. 11, Tit. 16, Part. 6ª.—L. 3, § 6, Tit. 7, Lib. 26, Dig. Toullier, tom. 2, n° 1123.—Zachariæ, nota 3 al § 198. Fremerville, *Traité de la minorité et de la tut.*, n° 121. En contra: Cód. de Chile, art. 361.

Art. 421. *Los padres pueden nombrar tutores al hijo que deshereden.*

518— La tutela no tiene por objeto único la administración de los bienes de fortuna: su encargo principal es el gobierno y la educación de los menores



lo que autoriza á decir con verdad incontestable que la desheredación no hace inútil el nombramiento de tutor, aun cuando se parta del supuesto de que el menor no posea bienes propios.

Esta es la razón por la cual dice Modestino, que el padre puede dar tutores á sus hijos, sea que los instituya herederos, ó que los desherede. *Pater, herede instituto filio, vel exheredato, tutorem dare potest.* Pand^{s.}, lib. 26, tít 3°. «De la confirmación del tutor ó curador », art. 1°, nº. III.

Art. 421. Proyecto de Goyena, art. 177.—LL. 4 y 10, Tit. 2, Lib. 26, Dig.

Art. 422. *La tutela dada por los padres debe ser confirmada por el juez, si hubiese sido legalmente dada, y entonces se discernirá el cargo al tutor nombrado.*

519—El acto de los padres nombrando tutor no es absolutamente autoritario, no es decisivo por sí solo. Está sujeto á la revisión judicial para su confirmación, si el tutor ha sido legalmente dado, y para su rechazo en caso contrario.

Desde luego, no puede ser confirmado un nombramiento hecho en carta privada, que no sea un verdadero testamento ológrafo, porque la ley confiere á los padres la facultad de nombrar tutor á sus hijos, pero á condición ó bajo el cargo de hacer el nombramiento por testamento, ó por escritura pública.

520—Tampoco valdrá y, por consiguiente, no puede ser confirmado el nombramiento, cuando el instrumento, testamento ó escritura pública, en que fue-se hecho, sea nulo por defecto de forma. El acto no se habrá verificado en la forma, ó sea en la clase de ins-



trumento exclusivamente exigido y, por lo tanto, no será eficaz.—Art^{os}. 1011, 1078, 1217 y 3664.

521 — Finalmente, no puede ser confirmado el nombramiento hecho por los padres cuando el nombrado sea de los que, según el art. 432, no pueden ser tutores, sea por una razón general, sea por una especial, referente al caso.

522 — La necesidad de la confirmación del tutor testamentario fué siempre de derecho expreso, con relación á la madre, aun legítima, y al padre natural, según las leyes 6 y 8, tit. 16, part. 6^a y según el derecho de las Pandectas, lib. 26, tit. III. *De la confirmación del tutor...*, en el cual procedía también la confirmación del nombrado por el padre cuando el nombramiento era *irregular*; pero nuestra ley hace, con razón, de la necesidad de la confirmación una regla uniforme, de aplicación igual al padre y á la madre.

Art. 422. LL. 6 y 8, Tit. 16, Part. 6^a.

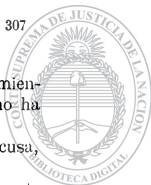
CAPÍTULO III

De la tutela legítima

Art. 423. *La tutela legítima tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor á sus hijos, ó cuando los nombrados no entran á ejercer la tutela, ó dejan de serlo.*

523 — Se llama tutela *legítima* la que, por disposición de la ley, corresponde á ciertos y determinados parientes del menor.

La tutela legítima no tiene lugar sino á falta de tutor nombrado por el padre ó la madre, en testamento ó en escritura pública.



Ocurre esta falta en los siguientes casos :

1º Cuando los padres no han hecho nombramiento de tutor, ó cuando habiendo sido hecho no ha sido confirmado ;

2º Cuando el nombrado y confirmado se excusa, con justa causa, de ejercer la tutela ; y

3º Cuando después de ejercerla, queda vacante el cargo por un motivo cualquiera, como muerte, enfermedad, destitución, etc.

En todos estos casos es llamado el tutor legítimo.

Art. 423. La L. 9, Tit. 16, Part. 6ª, sólo da lugar á la tutela legítima cuando el padre no nombrase tutor en su testamento ; véase á Gregorio López sobre dicha ley, y compárese con la L. 12 del mismo título. Lo mismo que la Ley de Partida, el Código Francés, art. 402,—el de Nápoles, art. 665—y Sardo, art. 257. Pero si los padres hubiesen nombrado tutor y éste no lo fuese, ó dejare la tutela, tenía en tal caso lugar la tutela dativa, y no la legítima. Conforme con el artículo el Cód. de Luisiana, artículo 282, y las LL. Rom. 11, Tit. 2 y 6, Tit. 4, Lib. 26, Dig. .

Art. 424. *La tutela legítima corresponde únicamente á los abuelos y hermanos del menor, en el orden siguiente:*

1º *Al abuelo paterno ;*

2º *Al abuelo materno ;*

3º *A las abuelas paterna ó materna, si se conservan viudas ;*

4º *A los hermanos varones, siendo preferidos los de ambos lados, y entre éstos, el de mayor edad ;*

Estas personas se reemplazarán en la tutela en el orden en que van designadas.

524 — Como se ve, nuestra ley concede la tutela legítima solamente á los abuelos y abuelas, paternos



y maternos, del menor y á los hermanos de éste, pero á los consanguíneos.

525 — Por la ley de las Doce Tablas, la tutela legítima es conferida á los agnados y á los hermanos consanguíneos del menor, entendiéndose por hermanos consanguíneos los nacidos de un mismo padre.

Estas son las palabras de la ley: — *Ast si intestato moritur cui suus heres impubes escit, agnatus proximus tutelam nanciscitor.*

Pero como por el derecho de las Novelas fué suprimida la diferencia entre agnados y cognados, la tutela legítima pertenece hoy á unos y otros.

Es así como por la Novela CXVIII — la madre y la abuela son preferidas á todo otro heredero para la tutela de sus hijos y nietos. *Mater et avia in tutela filiorum aut nepotum suorum omnibus legitimis præferuntur.*

Finalmente, — y para evitar el perjurio, — por la Novela XCIV se dispuso que las madres siguieran renunciando al senado-consulta Velezano y á la facultad de contraer segundas nupcias, pero *sin comprometerse por juramento*, debiendo simplemente ser destituidas cuando hubiesen faltado á estas obligaciones. Véase Pand^{s.}, lib. 26, tit. IV.

Estas referencias evidencian que nuestra ley se inspira en las decisiones del derecho romano.

Véase el art. 182 de Goyena.

Art. 424. La L. Rom. prefería en la tutela legítima á la abuela del huérfano. *Autent. matri*, Tit. 35, Lib. 5, Cód. — El Cód. de las Partidas da derecho á la tutela á todos los parientes del menor, por el orden de su proximidad en el parentesco: LL. 9 y 11, Tit. 16, Part. 6^a, y también la L. 2, Tit. 7, Lib. 3, F. R. El Código Francés da la tutela aún á los bisabuelos, art. 401. Lo mismo el Cód. Sardo.



Art. 425. *El juez no confirmará ó dará la tutela legítima sino al que por sus bienes ó buena reputación fuese idóneo para ejercerla, quedando esta calificación al arbitrio del juez; debiendo siempre preferir el pariente más idóneo al menos idóneo, no obstante el orden establecido en el artículo anterior.*

526— La institución de la tutela obedece á la necesidad del amparo y protección de los menores, y su objeto es el bien de los pupilos, sea en el sentido de la educación, sea en la conservación y prosperidad de sus bienes de fortuna. Por consiguiente, el derecho concedido por la ley á ciertos parientes del menor para servir la tutela, tiene, natural y forzosamente, que estar subordinado al interés moral y material de los pupilos.

527— La regla á que debe ajustarse el juez es esta: no debe deferirse la tutela sino al pariente que por su garantía y sus cualidades morales fuese el más idóneo para ejercerla en mayor provecho del menor, sin que obste para ello ni la mayor proximidad del parentesco ni el orden establecido en el artículo anterior.

De esta disposición consignada en el artículo que nos ocupa se deduce, que, aquel orden no puede ser ni es obligatorio para el juez, sino en el caso de ser igualmente idóneos los que son llamados á la tutela legítima. Sólo entonces debe darla, en el orden establecido por el art. 424, á las personas allí designadas.



CAPÍTULO IV

De la tutela dativa

Art. 426. *Los jueces darán tutor al menor que no lo tenga nombrado por sus padres, y cuando no existan los parientes llamados á ejercer la tutela legítima ó no sean capaces é idóneos, ó hayan hecho dimisión de la tutela, ó cuando hubiesen sido removidos de ella.*

528—El orden de la tutela es éste: 1º La dada por los padres; 2º La dada por la ley; y 3º La dada por el juez.

Habiendo ya tratado de las dos primeras, entra el código á ocuparse de la tercera, que denomina *dativa*, y dice que los jueces darán tutor al menor cuando no lo tengan nombrado por sus padres y no existan parientes llamados á ejercer la tutela legítima, ó no sean capaces é idóneos, ó hayan hecho dimisión de la tutela, ó cuando hubiesen sido removidos de ella.

En una palabra, entra el tutor *dativo* cuando por una causa cualquiera falta uno dado por los padres, ó uno legítimo.

Acerca de la cuestión de saber si un tutor ha sido regularmente dado con conocimiento de causa, Hermogeniano dice que hay que considerar estas cuatro cosas.

1ª *auc hi dederit, qui dare potuit;*

2ª *et ille acceperit, cui fuerat dandus;*

3ª *et is datus, cujus dandi facultas erat;*



4ª et pro tribunali decretum interpositum sit. Pandectas, lib. 26, tit. V, art. 1º.

Art. 426. L. 12, Tit. 26, Part. 6ª.— Véase el comentario de Gregorio López á la L. 9, del mismo Título. Por el Cód. Francés, por el Sardo y otros, la tutela dativa la defiende el consejo de familia.

Art. 427. *El nombramiento de tutor dativo será hecho sin condición alguna, y durará hasta que la tutela se acabe.*

529—Esta regla fué siempre corriente en derecho y está fundada en la naturaleza de las cosas.

Es también requerido,— se dice en las Pandectas,— referentemente á la manera de dar tutor, que sea dado sin condición alguna. En efecto, ha sido decidido que los presidentes de las provincias no podrían dar tutor bajo condición, y que si hubiesen dado de esta manera, el nombramiento sería nulo y de ningún efecto. *Circa modum dandi tutoris requiritur etiam ut datio nulla conditione suspendatur. Enimvero «sub conditione a præsilibus provinciarum non posse dari tutorem placet; et si datus sit, nullius esse momenti dationem.»* Lib. 26, tit. V, § IV, n°. XVI.

Dando la razón de la diferencia entre la tutela testamentaria, que puede ser dada bajo condición, desde cierto tiempo, ó hasta cierto día, etc., y la dativa, que no admite condición ni plazo, Martí de Eixalá dice: « Cuando en testamento se nombra tutor á día cierto « ó bajo condición, hay el magistrado para proveer de « tutor al pupilo, mientras la condición pende ó hasta « que llegue el día; pero tras el magistrado no hay « quien pueda proveer de tutor al huérfano, para el « caso que este funcionario no hiciese el nombramiento puramente. »



CAPÍTULO V

De la tutela de los hijos naturales

Art. 428. *El sobreviviente de los padres naturales puede nombrar por escritura pública, ó en su testamento, tutores á sus hijos, cuando los hubiere instituido por herederos, ó sólo un curador de los bienes que les hubiese dejado.*

530— Esta disposición de nuestra ley se ajusta á las decisiones del derecho romano, que el código de las Partidas ha adoptado.

La 8ª, tit. 16, part. 6ª, que cita nuestro codificador dice que «tambien al fijo de barragana, como al que fuere de mujer legitima, *puede el padre* dar guardador á su finamiento que guarde á el en los bienes *en que lo fizo su heredero...* Otrosi dezimos — agrega — «que si algún ome estableciese en su testamento *por su heredero* algun huerfano extraño, *que le puede dar guardador* en aquel mesmo testamento...»

Y, en el derecho romano se dice: lo que hemos dicho de la madre, se entiende igualmente del padre natural, porque es inútil dar tutor á un hijo natural cuando no se le deja ningún bien, y este tutor no es confirmado sino con conocimiento de causa. *Quod de matre diximus, dic pariter de patre naturali. Nam naturali filio cui nihil relictum est tutor frustra datur, nec sine inquisitione confirmatur, l. 7 cód. Hermóg., l. 2 juris Epit.* Pero si el padre natural ha dejado alguna cosa á su hijo y le ha nombrado tutor, el ma-



gistrado está obligado á confirmar este tutor, según la constitución de Justiniano, en que dice: Queriendo proveer á la suerte de los hijos naturales, permitimos á sus padres que les hubiesen dejado ó dado bienes de cualquiera manera que sea, en la proporción prescripta por nuestras leyes en el título de las donaciones entre marido y mujer, núm. 7, darles tutor que deberá sin embargo ser confirmado por el juez competente para ser autorizado á administrar sus bienes.

Quod si pater naturalis aliquid filio reliquerit, eique tutorem dederit, tenetur magistratus, ex constitutione Justiniani, eum tutorem confirmare. Ita enim Justinianus: «Naturalibus liberis providentes, damus licentiam patribus eorum in his rebus quas quocumque modo eis dederint vel reliquerint (scilicet intra præfinitum nostris legibus modum) et tutorem eis relinquere qui debet apud competentem judicem confirmari, et ita res gerere pupillares.» l. 4, cód. h., tit. 529.

Como se ve, es en servicio del hijo natural que es concedida á su padre la facultad de nombrarle tutor, cuando fuese heredero suyo. La ley supone justamente que al hacer el nombramiento, el padre se inspirará en el bien del menor á quien va á pasar, en su calidad de heredero, todo ó parte de sus bienes.

Pero como por nuestra ley los hijos naturales reconocidos, sea voluntariamente, sea por decisión judicial, son herederos forzosos de su padre y madre y tienen su porción legítima según sea los casos, es decir, según que no hayan descendientes ni ascendientes, ó que concurren parientes legítimos de estas líneas, ó viudo ó viuda del autor de la sucesión,—Tit. «*De la porción legítima de los herederos forzosos*».—nuestro artículo ha debido limitarse á conceder al sobreviviente de los padres naturales el derecho de nombrar



tutor á sus hijos, sin establecer la condición de « cuando los hubiere instituido por herederos ».

531—Para que les corresponda la recordada facultad, es necesario que los hijos estén bajo su patria potestad: de lo contrario no podrán nombrarles tutor, y la razón es clara y decisiva. Si los hijos no están bajo la potestad de sus padres es porque éstos han sido privados de ella, y los hijos deben estar bajo la autoridad y dirección de un tutor dativo (porque la tutela legítima no tiene lugar respecto de los hijos naturales, art. 429), cuyo cargo debe durar hasta la emancipación del menor ó hasta su mayor edad. Además, el que el hijo esté bajo la patria potestad, es una condición expresa respecto de los padres legítimos, que *a fortiori* debe ser exigida respecto de los naturales, porque de lo contrario sería mejor la condición de éstos que la de aquéllos, lo que no es dado admitir.—Ver art. 417.

Art. 428. L. 8, Tit. 16, Part. 6^a.—L. 7, Tit. 3, Lib. 26, Dig.—El Cód. de Holanda, art. 408, no exige que los instituya por herederos. Lo mismo el de Luisiana, art. 279. El Cód. Francés guarda silencio sobre la materia. En varios códigos está determinado que el que dejare algún legado á los menores ilegítimos, pueda nombrarles tutor. He creído deber limitar tal facultad á sólo nombrarles administrador de los bienes que les hubiere legado, pues que la tutela es un gran poder que no debe constituirse por un simple legado.

Art. 429. *La tutela de los hijos naturales se rige por las mismas reglas que la de los hijos legítimos, con excepción de que la tutela legítima no tiene lugar respecto de ellos.*

532—La familia de los hijos naturales se limita al padre, á la madre y á los hijos, salvo los casos de



excepción, que son: 1º, el referente á alimentos, pues están obligados á prestarse, á más de los padres é hijos, el abuelo y la abuela y sus nietos y nietas, —art. 403; — 2º, el referente al matrimonio, pues es un impedimento dirimente el parentesco natural, sin limitación, en la línea directa, y entre hermanos ó medios hermanos, en la colateral, art. 166.

Estando limitada la familia á los padres é hijos, con la muerte de aquéllos no queda á quien conceder la tutela legítima, porque no hay abuelos, paterno ó materno, no hay abuelas, paterna ó materna, ni hay hermanos. Luego es natural, en el campo de la ley, que no exista tutela legítima respecto de los hijos naturales.

533 — En cuanto al régimen, rige respecto de los tutores dados á los hijos naturales por los padres ó por el juez, los mismos principios y las mismas reglas que rigen á los tutores de los hijos legítimos. No hay razón para lo contrario.

Art. 429. Proyecto de Goyena, art. 270.

Art. 430. *Los niños admitidos en los hospicios, ó en las casas de expósitos por cualquier título, y por cualquier denominación que sea, estarán bajo la tutela de las comisiones administrativas.*

534 — Esta disposición debe entenderse en tanto cuanto los niños se conserven en los establecimientos de la referencia, á menos que sus comisiones al colocarlos bajo la dirección de un tercero se reserven el derecho de vigilancia y otros que importasen la conservación de sus facultades.



Por lo demás, la base de la resolución del artículo está en los derechos que confiere el hecho de la crianza, hecho que impone al criado el deber de «*honrar al que lo crió, en todas las cosas, e auerle reuerencia, bien assi como si fuesse su padre....*», como dice la ley 3, tít. 20, part. 4ª.

Art. 430. Cód. de Holanda, art. 421.

FIN DEL TOMO TERCERO

