



ANTEPROYECTO

DE

REFORMAS AL CODIGO CIVIL

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº DE ORDEN	2589
UBICACION	C 91
FICHA MATERIA	

ANTEPROYECTO
DE
REFORMAS AL CÓDIGO
CIVIL ARGENTINO

PRESENTADO A LA COMISIÓN
ENCARGADA DE REDACTARLO,

POR

JUAN ANTONIO BIBILONI

V

(DERECHO DE FAMILIA)



BUENOS AIRES
VALERIO ABELEDO, EDITOR — LIBRERIA JURIDICA
CALLE LAVALLE 1368 - 74
1931







LIBRO I

PARTE ESPECIAL

DERECHO DE FAMILIA

SECCION 1°

TITULO XI

Del matrimonio

Todos los artículos de la Ley de Matrimonio quedan sustituidos por los siguientes:

Art. 1. — Se reproduce el artículo 2 (Ley de Matrimonio).

Art. 2. — Se restablece el artículo 160, Código Civil, en sustitución del artículo 3, ley citada.

Art. 2. — El artículo 160, Código Civil, fué sustituido por el 3 de la ley de matrimonio. Nunca se dijo porqué. Al contrario, en el Senado se manifestó que no se hacía otra cosa que reproducir las disposiciones del Código, en ése, así como en los tres artículos siguientes.



Parece, pues, que no fué deliberada la profunda alteración que el sistema del Código experimentaba. Sustituye una regla exacta, por una totalmente errónea.

Es principio fundamental que las leyes del domicilio rigen la condición jurídica de las personas; su estado es definido por ellas. Y ese estado comprende tanto las condiciones generales de su capacidad, como las peculiares de su situación en sus relaciones de familia. La capacidad es una parte de su estado. Savigny, Droit romain, 8, § § 362, 379 y 380; Story, Conflict of Laws, capítulo VI.

Es ésta la regla base del Código: artículos 6, 7, 8 y 160.

El artículo 3 la cambia. Dice que los derechos y deberes personales de los esposos, son regidos por las leyes de la República “mientras permanezcan en ella, cualquiera que sea el país en que hubieran contraído matrimonio”.

Ya no es el domicilio: es la permanencia. Importa poco el carácter de ésta, accidental, con *animus manendi* o no. Hasta irregular: por ejemplo, en caso de abandono del hogar. La residencia que no causa domicilio, llena las condiciones del nuevo texto: artículo 92, Código Civil.

Pero, además, la regla es limitada a la permanencia en la República. ¿Qué ley rige los derechos y deberes personales de los que no están en ella? Antes lo decía el artículo 160. Hoy no lo sabemos. La permanencia era referida al domicilio: mientras no se constituyera otro. Ahora es la permanencia en el país, aunque no constituya domicilio..

DEL MATRIMONIO



De modo que el viajero, o el que en fraude abandona su domicilio, o el de su marido, si viene a la República, se encuentra bajo el imperio de sus leyes, y de sus Tribunales, lo que es, ciertamente, una teoría nunca desarrollada en el terreno del derecho matrimonial.

Nótese que la disposición comprende todo caso de derechos y deberes personales.

Por consiguiente, la obligación de hacer vida común, el derecho de pedir separación personal, el de intentar el divorcio, son regidos por la ley del lugar de la permanencia. Por su aplicación, basta que cualquier matrimonio domiciliado en la República, se vaya a Montevideo, y se divorce allí, y es lo que se hace hoy en fraude de la ley, y los tratados, para que el divorcio proscrito en el país, se produzca. Con el artículo 160, todas esas relaciones personales se regían por la ley del domicilio matrimonial, y la jurisdicción sobre las personas, se determinaban por esa ley: artículo 100, Código Civil.

Son las disposiciones del proscrito artículo, que restablecemos, las de los artículos 12, 13 y 62, del Tratado de derecho civil, de Montevideo. Story, § 171 b), 189 (7), 227 a), 229 b) y 230 a).

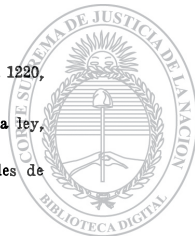
La cuestión del divorcio, asigna a esas disposiciones particular importancia. (Savigny, 8, § 379, 6; Wharton, Conflict of laws, I, números 218 y siguientes).

La modificación introducida por el artículo 3, ley de Matrimonio, es insostenible. Ver Alcorta, Derecho internacional privado, II, página 133.

Art. 3. — Se sustituye el artículo 4 de la ley, por el 1220, Código Civil.

Art. 4. — Se sustituyen los artículos 5 y 6 de la ley, por el siguiente:

No existiendo contrato nupcial, los bienes muebles de



Art. 3. — También contiene el artículo 4 de la ley, un grave error fundamental. Y esto no porque ha corregido el artículo 161, del Código, que se refiere a leyes del domicilio matrimonial, sustituyendo ese concepto, por el de lugar de la celebración del matrimonio, que nada tiene que hacer en el asunto, sino porque el artículo 161 era fundamentalmente equivocado.

Cuando Story explicaba la regla que el artículo del Código tomaba de Savigny, y de él, cuidaba de explicar por qué la adoptaba. Porque, decía, los esposos pueden ajustar libremente sus capitulaciones matrimoniales. Y si lo pueden es evidente que nada tienen que hacer las leyes del domicilio matrimonial. Tampoco influye el cambio de ese domicilio, porque no depende de la voluntad del marido romper el contrato nupcial cambiando fraudulentamente ese domicilio. La esposa no sufre por ello.

Pero el Código no podía aceptar semejante doctrina y mucho menos en los términos absolutos en que lo hacía, y que ni Story, ni Savigny aprobaban. Porque uno y otro, son expresos en decir que es de evidencia, que el contrato nupcial, no impide la aplicación de las leyes locales en que existen bienes, o se realicen actos jurídicos, cuando tienen el

DEL MATRIMONIO

los esposos se rigen por la ley del domicilio matrimonial, y si éste se cambiase, se rigen los adquiridos antes del cambio por la ley de ese domicilio, y los adquiridos después, por la del nuevo.

Los bienes raíces son regidos por la ley del lugar de su situación.

carácter de imperativas o prohibitivas. Story, § § 159, 171 f), 175, 179, 184 y 188; Savigny, 8, § 379, números 3 y 4.

Ahora bien. En la República, los bienes de los esposos, su derecho de administración, su libertad, para hacerse donaciones, para convenir la institución contractual, para establecer, o excluir, o modificar la comunidad conyugal, en una palabra, todo el régimen matrimonial sobre los bienes propios y los gananciales, es establecido por la ley. Las partes no lo pueden modificar, sino dentro de límites restringidos, y bajo condiciones de tiempo no dependientes de la voluntad de los esposos.

La sociedad conyugal no es un contrato. Es una institución de orden legal, imperativa, de orden público.

¿Cómo, pues, puede erigirse en principio que el contrato nupcial rige los bienes cualesquiera que sean las leyes del domicilio matrimonial, y sean las que fueren las del nuevo que los esposos constituyan?

No es esa la regla. No es *locus regit actum*. Es la fundamental; la de que se aplica la ley del lugar de la ejecución del acto celebrado. Por eso decía Story que rige el principio común de todos los contratos.

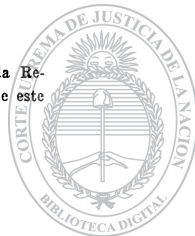


Los bienes que tienen situación permanente en la República, son regidos, en toda hipótesis, por las leyes de este Código.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 8 de la ley.
Se suprime el artículo 7.

Y nuestro Código, no obstante la resolución del artículo 161, se rectifica a sí mismo, y dispone por el 1220, que los contratos matrimoniales hechos fuera de la República, serán juzgados en cuanto a su validez por las disposiciones de este Código respecto de los actos jurídicos celebrados fuera del territorio de la Nación: artículos 8, 949 y 1209, Código Civil.

Por esas razones, también son inadmisibles las disposiciones de los artículos 162 y 163, porque las leyes del domicilio matrimonial no pueden regir los bienes situados en la República por dos motivos: 1º, porque si éstos se hallan en su territorio, en él han de ser ejecutados los actos celebrados en el extranjero respecto de ellos (artículos 8 y 1029); y 2º, porque los muebles que tienen situación permanente en la República, los ganados heredados por la esposa, por ejemplo, son regidos exclusivamente por sus leyes: artículo 11. No son, pues, solamente los inmuebles los que están sometidos a ellas, como lo dice el artículo 162.



CAPITULO I

De los impedimentos

Art. 6. — Se reproduce el artículo 9, con las modificaciones siguientes:

4º. No tener la mujer diez y seis años cumplidos y el hombre diez y ocho.



Art. 6. — La edad de catorce años en el hombre y de doce en la mujer que la ley de matrimonio exige para la celebración es admitida por algunas legislaciones contemporáneas, que la tienen por la fuerza de la tradición romana. Así, en el derecho español, y en el common law ingles, y por efecto de éste en los estados del Norte, en los Estados Unidos.

Pero hay una poderosa reacción en las legislaciones modernas. La edad en los contrayentes es una condición fundamental, que no se refiere a la posibilidad de la generación. Es mucho más alta la cuestión. Son graves factores morales los que están en juego. Permitir el matrimonio de pobres niños, que nada saben de la vida, a quienes las leyes no autorizan siquiera para gobernar sus bienes, y sus personas, es condenarles a la desilusión, y a la desunión casi necesariamente. Llegados a la edad de la razón se encuentran ligados por la vida entera, sin posibilidad de volver sobre un acto realizado en plena inconsciencia de lo que hacían.

7º La interdicción por insanía, aunque se verifique el matrimonio en un intervalo lúcido.

El estado de perturbación enfermiza del espíritu excluyente del discernimiento o de la voluntad, en tanto que no sea pasajero por su naturaleza.

Cuando en Suiza se trataba de adoptar el Código, cuyo proyecto autorizaba el matrimonio a la mujer que había cumplido diez y siete años, se produjo un fuerte movimiento de opinión feminista contra él. Se presentó a las Cámaras federales una petición suscrita por varios centenares de asociaciones de señoras, que demuestra con elocuencia el serio inconveniente de las uniones precoces. "La posibilidad de un matrimonio prematuro, decían, es precisamente el medio más frecuente que se emplea para seducir a las niñas que se confían a falsas promesas de matrimonio. Además, por consecuencia de esa autorización se ha formado en el pueblo la noción falsa y deplorable que las relaciones ilegales son lícitas a una edad tan precoz, lo que tiene las consecuencias más funestas para la moral y el bien público. Las experiencias hechas en los numerosos asilos para niñas madres, y jóvenes caídas o degradadas, permiten darse cuenta de la profundidad de los abismos de miseria y dolores en que pueden caer muchas de nuestras jóvenes apenas adultas gracias a esas nociones de moral relajada. Por lo demás, la legitimación por matrimonio puede efectuarse después de cumplidos por la madre los diez y ocho años, retardo que un niño de unos o dos años no puede sentir como un oprobio. Pero, según nuestra experiencia de muchos años, es ra-



DE LOS IMPEDIMENTOS

La embriaguez habitual, y el uso indebido y persistente de tóxicos enervantes.

8º La identidad de sexo en ambos contrayentes.

9º La sordo-mudez en los que no saben darse a entender por escrito.

ro que esas jóvenes se casen con el padre de su niño. ¿Sería verdaderamente demasiado querer que la niña haya cumplido por lo menos diez y ocho años antes de entrar en la vida conyugal con sus responsabilidades y graves deberes? Los sufrimientos de la maternidad, la educación de los hijos, la buena dirección del hogar con todas las exigencias crecientes de la vida moderna, reclaman de la joven esposa una fuerza y una madurez física y moral que no posee antes de los 18 años, o en casos que constituyen siempre raras excepciones. Elevando la edad de la capacidad matrimonial a 18 años, no lastimaría el legislador ningún interés, pues el número de matrimonios debajo de esa edad, es mínimo entre nosotros y tiende a disminuir”.

Y Rossel, que era de la Comisión revisora del Código, después de transcribir lo que precede, agrega: “En efecto, la estadística demuestra que en 1880, sobre 460.908 mujeres casadas, sólo 258 no habían llegado a los 18 años; en 1888 había descendido ese número a 127, sobre 470.163. Debería insistirse todavía, en la gran mortalidad de las mujeres casadas antes de los 20 años, sobre los divorcios frecuentes que son consecuencia de los matrimonios prematuros, y sobre el debilitamiento de la raza, que es su consecuencia inevi-





table''. Rossel et Mentha, Droit civil suisse, I, pág. 165 y sigte.

Fueron esos los motivos que decidieron la adopción por el artículo 96, Código Suizo, del límite de capacidad ya establecido por el § 1303, Código Alemán, esto es, de la mayor edad para el hombre. Para la mujer el Código Suizo lo fija en los 18 años, y el Alemán en 16.

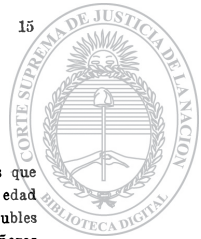
Hemos adoptado la edad establecida por el holandés, artículo 86, reproducida por el Código Brasileño, artículo 183, XII. Es para la mujer la del Código Alemán. Se acerca mucho a la establecida por el artículo 144, Código Francés, adoptada por el Italiano, artículo 55 (18 para el hombre y 15 para la mujer).

No disimulamos que hubiéramos preferido reproducir la disposición del Código Suizo, pero hemos pensado que el salto sería demasiado grande, y tal vez resistida la reforma.

Para el derecho norteamericano, véase Schouler, Marriage, Divorce and domestic relations, II, número 1122.

Casi todos los Códigos citados, con grandes variantes, sin embargo, autorizan la dispensa de edad, por el Rey (artículo 145, Código Francés, y Holandés, artículo 86), o por el Estado confederado, pero sólo a la mujer, § 1303, Código Alemán, o a la mujer mayor de 17 años, y al varón mayor de 18, con el consentimiento de los padres, artículo 96, Código Suizo.

No creemos que es función del Estado intervenir en la celebración de matrimonios, levantando las incapacidades de-



claradas por la ley, y sólo para permitir matrimonios que no se ajustan a ella. Es contradictorio resolver que la edad no puede autorizar en los niños compromisos indisolubles disponiendo de toda su vida, o como lo decían las señoras suizas, antes del desarrollo físico y moral que exigen la maternidad, y la condición de casados, y conceder esos permisos, por autoridad del Estado. No posee éste los datos imponderables que influyen en los matrimonios... Lo que se obtiene por ese medio, es esclavizar a pobres niñas que no saben lo que hacen y favorecer uniones malhadadas y, a veces, intereses inconfesables.

El matrimonio es mucho más que una cuestión de pubertad. Por otra parte, los límites de edad que hemos proyectado son inferiores a los que autorizan en el Código Suizo la dispensa con acuerdo de los padres. Ver Laurent, Avant-projet, sobre el artículo 141.

Inciso 7º. En cuanto a los intervalos lúcidos, § § 104 y 1325, Código Alemán, y sobre el último, Planck, Código Suizo, artículo 97, y sobre él, Rossel y Mentha, I, página 168; Halsbury, Laws of England, Vº Husband and wife, tomo 16, número 519. Para los E. U., Schouler, II, § 1103. En derecho francés parece predominar la tesis contraria, pero porque se encara solamente bajo el punto de vista del consentimiento de la parte enferma.

Hemos explicado al tratar, en la parte general, de la interdicción, que no es solamente la locura la única causa de la insanía. Hay afecciones del espíritu que impiden la

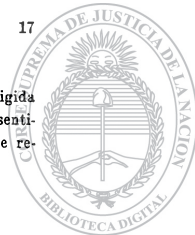


libre determinación, permanente, que no son la locura, única causa que expresa como constitutiva de impedimento el número 7 del artículo 9.

Hay diferencia entre causas que obstan a la manifestación de un consentimiento, y causas que impiden la válida celebración del matrimonio. Las primeras interesan solamente al contrayente que no consintió o no podía consentir. Las segundas interesan también al otro cónyuge. De éstas se trata.

Cuando resulta que se ha casado una persona con un loco o enfermo mental, importa poco que esté interdicto o no lo esté, y que se haya casado en un intervalo lúcido. El horror de esas situaciones, ocultas, o falsamente interpretadas por los que procuran inducir al matrimonio, la transmisión de las enfermedades a la prole, la imposibilidad de toda cooperación del enfermo en la vida y el sostenimiento de la familia, son causas más que evidentes de nulidad del matrimonio. Las puede invocar el cónyuge indemne. El Estado mismo tiene interés en que no se bastardee la raza con semejantes matrimonios.

Por eso, comprendemos todas las hipótesis de locura y de interdicción, así como las de enfermedades mentales, o de la voluntad, aunque no hayan sido previamente declaradas por Juez, bastando que existan con los caracteres que nuestra redacción les atribuye, de acuerdo con los §§ 1325 y 104, 2º, del Código Alemán, y con la amplia fórmula del artículo 97, 2º, párrafo 120, Código Suizo.



Art. 7. — Se modifica el artículo 10 así:

Los menores de edad que hayan cumplido la exigida en el artículo anterior no pueden casarse sin el consentimiento de su padre legítimo o natural que los hubiese re-

Comprenden en esa extensión los casos de embriaguez habitual, y de morfino y toxicomanía, que si no son enfermedades espontáneas, son enfermedades enervantes y perturbadoras del espíritu. Creemos conveniente comprenderlas expresamente como lo hace el artículo 156, VIII, del Código de México.

Inciso 8º. La ley, imitando a casi todos los códigos, calla sobre la condición fundamental del matrimonio, que es la unión de personas de sexo diferente. Se da por su-
puesta. No falta quien diga que es inocente expresarla.

Tal vez. Pero dada la frecuencia con que se producen casos contrarios, y el sistema de no autorizar la ley nulidades implícitas, sino expresas, obliga a manifestar esa causal. Otras hay, como la de impotencia, que dan margen a discusiones interminables e... inocentes.

De acuerdo con nuestro agregado, Demolombe, 3, número 242; Merlin, Rep. Vº Hermaphrodite; Aubry-Rau, 2º, § 451, número 2.

Art. 7. — El artículo 10 autoriza la celebración del matrimonio a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Suple la imposibilidad en que se encuentran de manifestar un consentimiento según la regla fundamental

conocido, o sin el de la madre a falta de padre, o sin el del tutor o curador a falta de ambos, o en defecto de éstos sin el del Juez.

Se suprime el artículo 11.



del Código, por la autorización paterna o de su curador, y hasta del Juez solo, si no los tiene, para celebrar el acto.

Descansa esa solución en un concepto erróneo. Supone que los sordomudos que no saben manifestar su opinión por escrito, tienen discernimiento.

Cuando el Código los ha declarado incapaces por incapacidad absoluta, cuando no pueden contratar, ni testar, ni disponer de sus bienes en forma alguna, lo ha hecho interpretando exactamente la condición del sordomudo.

El lenguaje es el elemento fundamental de la idea. No ha penetrado al cerebro del sordomudo si no ha recibido la instrucción especial que le permite por la lectura y la escritura adquirir el poder analítico de las palabras, y por consecuencia, de los juicios. No hay cerebración de ideas sin lenguaje; sin él todo es oscuridad. Los actos jurídicos, aun los más comunes, son abstracciones. El sordomudo ve, siente. Pero no piensa en todo lo que sus sensaciones no le revelan. ¿Qué es comprar? ¿Qué es vender? ¿Qué es precio? ¿Cómo ha de saberlo el sordomudo, si ninguna idea de propiedad, de valor, de cantidad, ha penetrado a su mente? Y a este ser, perpetuamente niño, que siente y no piensa, a quien no se le permite otorgar una escritura, ¿se le permite el casamiento? ¿Es sólo este acto un ayuntamiento se-

Art. 8. — Se reproducen los artículos 12 y 13. Este último se modificará agregando al fin lo siguiente:

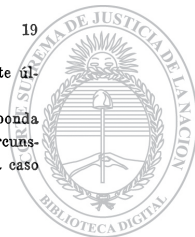
El Juez fijará la pensión alimenticia que corresponda al menor en vista de su nuevo estado y según las circunstancias, la cual se tomará de sus rentas líquidas, y, en caso necesario, del capital.

xual? El consentimiento de los padres, es el consentimiento de ellos. Dicen por cuenta ajena, lo que el sordomudo no entiende. ¿Puede hacer signos? ¿De qué? ¿De unirse por su vida entera? ¿De obligarse a la fidelidad, a la protección, al trabajo, para sostener la familia?

Cuando hace signo afirmativo — si lo hace, — ¿es signo de qué? ¿No ejecuta más bien la lección que se le ha ordenado? ¿No hacen signos los locos?

El casamiento del sordomudo es una nada jurídica, si no sabe darse a entender por escrito. Es eso mucho más que hacer un testamento, o una escritura, y éstos le son prohibidos. ¿Por qué se le permite el matrimonio? Ningún Código se aparta en este caso de sus reglas generales sobre capacidad y discernimiento.

Art. 8. — La emancipación del menor determinada por su casamiento crea nuevas necesidades, que son incompatibles en el estado legal actual con el usufructo paterno o con el manejo de las rentas librado al tutor. La pensión alimenticia debe fijarse según las circunstancias. No es lo mismo que una menor se case con un mayor de medios suficientes, que el de un menor que se case con persona sin





CAPITULO II

Del consentimiento

Art. 9. — Se reproducen los artículos 14 y 15. En éste se agregará “en escritura pública” después de “poder especial”.

Art. 10. — Se modifica el artículo 16, así:

Vicia el consentimiento:

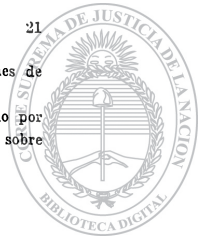
recursos. En el primer caso no hay pensión porque el esposo debe cargar con las expensas comunes.

Art. 10. — Creemos conveniente decir expresamente que la violencia se aprecia según las reglas generales de la ocurrida en la celebración de los actos jurídicos. Así se evitan cuestiones sobre las condiciones de ella en su aplicación al matrimonio. Hay violencia causada por el contrayente, o por terceros, con el conocimiento de aquél o sin él. La hay por amenazas o fuerza sobre el esposo, o sus deudos, etc.

En cuanto al dolo, lo suprimimos, como en el Código Francés, porque abre la puerta a cuestiones sobre la naturaleza de las incitaciones o consejos que han precedido al matrimonio. Es conocido el dicho francés: en mariage trompe qui peut. De todos modos el efecto del dolo sólo existe cuando engendra error. Basta, pues, esta causa como vicio del consentimiento.

1º La violencia, apreciada según las disposiciones de este Código.

2º El error padecido al celebrarse el matrimonio por uno de los contrayentes sobre la persona del otro, o sobre



El error sobre la persona es posible desde que puede celebrarse por medio de apoderado el casamiento.

Pero el artículo 16 admite dos clases de error: sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil.

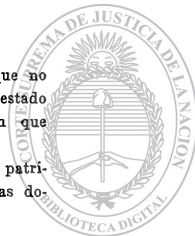
Parece haber ignorado las dificultades irreductibles a que ha dado lugar esa terminología.

¿Qué es la identidad de la persona civil? Nadie lo sabe. Para unos no son las calidades fundamentales, constitutivas de la personalidad. Un presidiario se hace pasar por coronel: es ese un error sobre una calidad, no sobre la identidad de la persona civil. Una joven se casa embarazada por otro: es un error sobre una calidad.... accidental: no altera la identidad de la persona. Un sacerdote se casa con una niña muy religiosa, ocultándole su condición: es un error indiferente: no altera la identidad.

En cambio, Juan González, se hace pasar por Pedro García. ¡Oh! Entonces sí, hay error sobre la identidad civil, aunque la persona sea la que hizo su cortejo, fué aceptada y no hay qué reprocharle, ni nada cambiado. ¡El nombre es la personalidad civil!

Puede verse en Laurent, 2, números 290 y siguientes, la defensa de esa tesis; Aubry et Rau, II, § 462 y nota 6.

Si el matrimonio fuese el simple ayuntamiento de un hombre y una mujer se comprendería semejante doctrina.



las calidades personales de éste de tal naturaleza que no habría contraído matrimonio si hubiera conocido el estado de las cosas, y apreciado razonablemente la unión que contraía.

No puede invocarse el error sobre la situación patrimonial aunque hubiese sido provocado por maniobras doloosas.

Pero es un vínculo moral. Es la unión de dos vidas confundidas en la unión total. ¿Cómo ha de ser lo mismo, casarse con un presidiario, que con un hombre de honor? ¿Cómo ha de ser idéntica cosa, la niña honesta con quien se ha creído contraer vínculos de afecto, de respeto mutuo, por la vida entera, que la mujer manchada, que oculta su embarazo, para asegurar su presa?

Si eso es identidad civil, si es lo mismo crimen, corrupción, que honor, habrá que confesar que la identidad existe allí donde está totalmente sustituida la personalidad en su esencia moral, y que en el matrimonio no hay una relación que se forma en presencia de la persona definida, constituida, por sus dotes fundamentales. Basta la existencia de la misma entidad física según se pretende.

Las doctrinas que Demolombe ha defendido con tan brillante vehemencia, han sido adoptadas por el Código Alemán, § § 1333 y 1334, por el Código Suizo, artículos 124 y 125, y por el Brasileño, artículo 219.

Carece de objeto extendernos en consideraciones que juzgamos evidentes, y cuya demostración puede verse en



CAPITULO III

De las diligencias previas

Art. 11. — Se reproducen los artículos 17 y 18.
Se reproduce el artículo 19, modificado así:

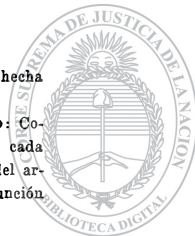
Demolombe, 3, números 251 y siguientes, en cuanto a la tesis general, pero no en todos los detalles de su aplicación, pues que no admite — número 253 ~~ter~~ — error en casos que los tres códigos citados y sus intérpretes comprenden dentro de la regla. ¿Cómo va a sostenerse que la mujer liviana, en cinta, es idénticamente la misma que la niña digna de todos los respetos?

Todas estas divergencias demuestran el defecto de doctrina en el artículo 16 que sustituímos. No se trata de identidad de la persona civil, sino de identidad fundamental de la persona.

Ver Planck, sobre los § § 1333 y 1334; Dernburg, Familienrecht, § 19; Enneccerus, II, 2, § 25, que no siempre coinciden en las aplicaciones del principio. Es importante el estudio que Endemann hace de la cuestión, II, 2, § 162, a).

Art. 11. — Las modificaciones del artículo 19 obedecen a los siguientes motivos:

Número 2º: La palabra “auténtica” no está precisada en el Código Civil. Sólo conoce dos clases de instrumentos:



2º Se sustituirá la palabra “auténtica” por “hecha por escritura pública”.

4º Se agregará bajo ese número un nuevo inciso: Copia debidamente legalizada del acta de nacimiento de cada uno de los contrayentes, y en el caso del número 6 del artículo precedente, el instrumento que acredite la defunción del cónyuge anterior.

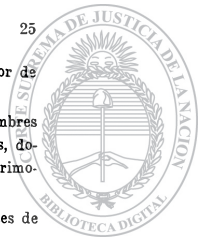
Art. 12. — Llenadas las formalidades de los tres artículos precedentes, el oficial público publicará el matrimonio

los públicos y los privados. No nos dicen cuándo éstos se consideran autenticados: es muy peligroso en asuntos de matrimonio contentarse con una certificación de cualquier empleado subalterno: de un Alcalde, por ejemplo.

Número 4º: El acta de nacimiento es imprescindible para acreditar las circunstancias que el artículo 18 exige, pues sin ella descansan en la declaración verbal del interesado en desnaturalizarlas. Se declara mayor, por ejemplo. Da otro nombre, oculta su nacionalidad, etc.

Por eso, la mayor parte de los códigos exigen la presentación del acta de nacimiento al oficial público. Artículo 70, Código Francés; artículo 79, Código Italiano; 86, Código Español, etc. Y lo mismo de la partida que acredita la viudez.

Arts. 12 y 13. — La ley de matrimonio ha prescindido de la publicación de la declaración prescrita por su artículo 17, antes de la celebración.



proyectado por medio de un edicto fijado en lo exterior de su oficina por el término de diez días.

El edicto expresará circunstanciadamente los nombres y apellidos de los futuros contrayentes, sus profesiones, domicilios y residencias, así como el lugar en que el matrimonio se celebrará.

Art. 13. — No podrá celebrarse el matrimonio antes de transcurrido el término de la publicación.

Puede prescindirse de ésta cuando uno de los contrayentes se encuentre en peligro de muerte que no permitiese postergar el matrimonio. Si no fuese manifiesto se exigirá certificado médico.

Sin embargo, todos los códigos europeos, y muchos de los americanos, así como las leyes inglesas, prescriben imperativamente la publicación. Sólo en los Estados Unidos, en Chile y Méjico, no es exigida en América. Pero en el último país se exige un plazo entre la declaración y la celebración.

La publicación previa es una muy seria garantía del matrimonio. Aunque sólo fuera para impedir ciertos graves hechos de secuestro de las personas, que en lugares lejanos se han producido, y hasta en esta capital, conviene impedir el matrimonio inmediato, y casi clandestino. Es muy difícil explicar en una nota los casos ocurridos, por razones fáciles de comprender. Hasta en algunos el oficial público ha sido violentado. Por otra parte, apenas se comprende cómo sin la publicación, puede producirse la oposición de que habla



Art. 14. — Se reproduce el artículo 26. Se le agregará en párrafo separado, el artículo 25.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 20.

Artículo 16. — Se reproduce el artículo 21, cambiando "9" por "6".

Art. 17. — Se reproduce el artículo 22, en el que se sustituirá el número 93 por el 53.

Art. 18. — Se reproduce el artículo 23.

Art. 19. — En sustitución del artículo 24:

Los padres no están obligados a manifestar las razones de su oposición. Contra ella no se admite recurso alguno.

la ley de matrimonio. Si procede, las partes ocultan sus proyectos.

Por eso todas las legislaciones europeas, y las de Uruguay, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, etc., prescindiendo de las que como la del Perú aceptan el matrimonio canónico, exigen la garantía de la publicación.

Sobre el peligro de muerte, § 1316, Código Alemán; artículos 115 y 116, Código Suizo.

Art. 19. — La ley de matrimonio reformó el Código Civil, que por su artículo 170 fijaba como principio el de que los padres no estaban obligados a manifestar las razones de su disenso. Exceptuaba el caso de usufructo paterno de bienes del menor.

La ley rebajó a la edad de 18 años en el varón y de 15 en la mujer aquella exención, y esto solamente en el su-

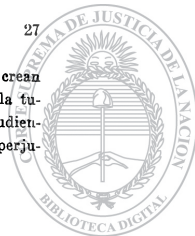
Los tutores y curadores pueden oponerse cuando crean que el interés de sus pupilos lo aconseja. El Juez de la tutela o curatela puede autorizar el matrimonio previa audiencia verbal del incapaz y los oponentes, siempre que perju-

puesto de no existir usufructo, pues en tal caso no podrían oponerse sino por las causas limitadas del artículo 24.

Pero no se advierte qué interés social exista para semejante solución.

Los padres, cuando se oponen a la celebración de un matrimonio inconveniente de sus hijos, sólo producen un aplazamiento hasta la mayor edad. Y esto no perjudica gravemente a nadie, sobre todo dado el límite que hemos proyectado para ésta. El joven, o la niña, pueden perseverar en su inclinación y el día que lleguen a su libre administración, celebrarán el matrimonio. Hasta entonces la ley que no les permite el gobierno de sus personas y bienes, no tiene motivo para forzar la voluntad y consejos paternos, que basados en imponderables, impiden la desgracia que la niña ofuscada, o el joven encaprichado no advierten. Para éstos, el aplazamiento es un bien, que les permite reflexionar y ver lo que a su edad no siempre se ve. Y esto, haya o no haya usufructo. No porque exista, ha bastardeado el cariño paterno. Puede, a pesar de él, tener razón el padre. El Juez no llegará a mejor solución que él, precisamente porque no es padre.

Hoy un chico arrastra a su padre a los Tribunales, porque éste tiene el usufructo, y él más de 14 años, o ella más



dique al primero la oposición. Podrá el Juez disponer el aplazamiento de su decisión por término dado. No expresará en caso alguno los fundamentos de su resolución.

de doce. Y por esto sabe mejor que aquél lo que conduce a la felicidad.

De la vida nada saben. Pero si el padre no puede probar que hay enfermedad contagiosa, o conducta inmoral en el futuro cónyuge, o condenación por delitos, o falta de medios de subsistencia — ni eso, — falta de aptitud para adquirirlos, lo que no se aviene con el hecho de tener brazos, el casamiento se hace.

Importa poco que la niña se haya comprometido con un aventurero, o un cazador de herederas, o un individuo de costumbres censurables, o que el joven se haya dejado catequizar por una persona de edad sospechosa, o de educación y profesión objetables. Importa poco, todo, porque si hay sospechas no se tienen pruebas. El padre es desoído en una oposición bien fundada, sin embargo. Lo que él no acepta, lo acepta el Juez, y esto solamente porque no se está en los casos del artículo 17, según ha resultado del juicio, o porque no se han probado, y porque el padre tiene el usufructo de los bienes, que el futuro marido de la hija desea para manejarlos él.

Cualquiera conoce los desgraciados casos en que todo esto se ha producido, y los tristes casamientos que con este sistema se han realizado.

Nunca en los países vigorosos se cree deber exaltar la sublevación de los pobres muchachos víctimas de las manio-



Art. 20. — Se modifica el artículo 27, en su número 2º, así:



bras interesadas de los que aceehan sus bienes o sus herencias futuras. No hay juicios de disenso con los pobres. Sólo con los hombres de fortuna. El que es menor, puede y debe esperar su mayor edad, para resolver y arruinarse si quiere.

Artículo 148, Código Francés; § 1305, Código Alemán; artículo 98, Código Suizo; Halsbury, Laws of England, 16, Vº Husband and Wife, número 560. Para los Estados Unidos, Schouler, II, § 1208; artículos 46 y 49, Código Español.

Suprimimos las causas particulares de disenso para los tutores o curadores, así como para los Jueces. Seguimos el sistema de los códigos que no las limitan y dejan latitud para estimar todos los hechos y circunstancias que influyen en esa clase de resoluciones.

Por medio de la casuística de nuestra ley se llega a soluciones increíbles. Porque no se puede decir que hubo condenación por robo o hurto, por ejemplo, se autoriza el matrimonio con una persona que fué despedida de una casa o banco, por indelicada, y así en los demás supuestos.

Mejor es que el Juez aprecie libremente en presencia de todas las circunstancias. No necesita fundar su resolución. Se trata de una apreciación y no de una sentencia que resuelve un proceso. Artículo 67, Código Italiano.

Art. 20. — No armoniza el inciso corregido con el artículo 21 de la ley.

2º El título o carácter en cuya virtud procede.

— Se reproducen todos los artículos desde el 23 al 36.



CAPITULO IV

De la celebración del matrimonio

Art. 21. — Se reproduce el artículo 37, en el que se sustituirá el segundo párrafo:

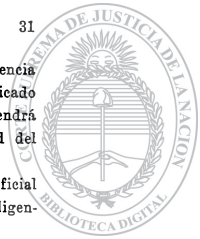
No podrá autorizarse por motivo alguno la celebración fuera de la oficina, sino en el caso de enfermedad o muti-

Art. 21. — Artículo 116, Código Suizo.

No obstante la categórica disposición de la ley que ordena la celebración, públicamente y en la oficina, la Municipalidad de esta Capital — y probablemente la de otras ciudades — ha autorizado por una ordenanza general, la celebración en domicilio privado, por simple pedido no fundado, y mediante el pago de una suma.

De dónde saca atribución legal para proceder en esa forma, lo ignoramos, pero lo que sí sabemos, es lo siguiente:

Una persona se presentó, en esta ciudad, ante el Jefe de la oficina seccional, dió los datos referentes a la celebración de un matrimonio entre personas que no concurrían — primera violación de la ley, artículo 17, — abonó el im-



lación de uno de los contrayentes que impida su presencia en aquélla. Esa imposibilidad se acreditará por certificado médico que se archivará. El oficial público se abstendrá de celebrar el matrimonio si verificase la inexactitud del certificado.

Se agregará en el primer período, después de “oficial público”, lo siguiente: “que ha intervenido en las diligencias previas”.

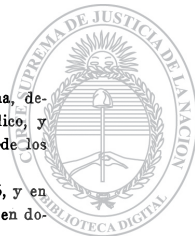
puesto municipal, y convino que la celebración se haría de noche, en tal día, en la casa de la novia: 2ª violación de la ley, artículo 37, 2º párrafo.

Concurrió el oficial público a la hora convenida con el acta del casamiento preparada. No había invitados. La casa estaba cerrada.

Recibido, se le pidió que esperara un momento, que vendrían los novios en el instante. Llegaron separadamente. El novio, cohibido, violento, no levantaba los ojos, entre los dos testigos, hermanos de la novia. No había otra persona: 3ª violación de la ley: “públicamente”, dice. Y la casa estaba cerrada y sin concurrentes. Sólo había 2 testigos: 4ª violación de la ley: artículo 38.

Hechas las preguntas obligadas, fué contestada la dirigida al novio de tal manera que el oficial público comprendió que estaba en presencia de un crimen. Y declaró que suspendía el acto: no autorizaba la celebración.

Apenas lo dijo, los testigos sacaron armas, y le amenazaron con darle muerte si no procedía. El oficial se asustó y obedeció. Se firmaron las actas y se retiró.



Art. 22. — Se modifica el artículo 38, así:

Si el matrimonio se celebre fuera de la oficina, deberá quedar abierta la casa al libre acceso del público, y el acto se realizará en presencia de cuatro testigos, de los cuales dos no serán parientes de los contrayentes.

En el acta de celebración se dirá dónde se efectuó, y en virtud de qué causa y certificada por quién, se realizó en domicilio privado.

Art. 23. — Los testigos del acto de celebración serán mayores de edad.

Art. 24. — Se reproduce el artículo 39.

Art. 25. — Se reproduce el artículo 44.

Art. 26. — Se reproduce el artículo 43.

Art. 27. — En sustitución de los artículos 40 y 42, se reproducirá el último con las siguientes modificaciones:

Dió cuenta en el acto al Jefe del Registro Civil. Y con éste conferenciaron con el Intendente.

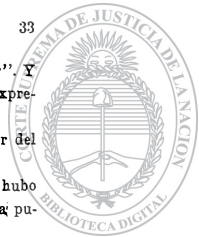
La solución fué, que, de propia autoridad, testaron las actas. Y así quedó celebrado y anulado un matrimonio en esta capital orgullosa de su progreso y civilización.

Conocemos otros actos de secuestro en provincias. Pero preferimos echar un velo sobre estas miserias.

Por algo dice la ley: “públicamente”, “en la oficina”.

Art. 22. — Artículo 193, Código Brasileño.

Art. 27. — Se suprime el artículo 41, porque ya está dicho lo que debe hacer el oficial público cuando hay opo-



a) Se suprimirá: “En el caso del artículo anterior”. Y se dirá: “El acta de la celebración del matrimonio, expresará:”;

b) En el número 1º se pondrá: “La fecha y lugar del acto”;

c) En el número 6º se dirá: “La mención de si hubo oposición o denuncia, y de su rechazo, y si se efectuó la publicación del matrimonio proyectado”.

Lo demás como está.

Se suprime el artículo 41.

Art. 28. — Se reproducen los artículos 45 y 49. Este último constituirá un segundo párrafo separado del primero.

Art. 29. — Se reproduce el artículo 46, en el que se suprimirán las palabras “y que manifestasen que quieren reconocer hijos naturales”.

Art. 30. — Se reproduce el artículo 47.

Art. 31. — Se reproduce el artículo 48.

Art. 32. — Se reproduce el artículo 106, en el que se sustituirá la palabra “ley” por “Código”.

sición, artículo 33, y denuncia, artículo 36. Por fin, artículo 13 proyectado, no puede celebrarse matrimonio antes de pasado el término de la publicación, y ésta misma, artículo 12, proyectado, no se hace sino llenadas las condiciones que justifican la habilidad de los contrayentes.

Art. 29. — No está demostrada la restricción del artículo actual al hecho de querer reconocer hijos naturales, pues



Art. 33. — En sustitución del artículo 167, el siguiente:

Será castigado con prisión de uno a tres meses, y con pérdida del oficio, el oficial público que casara a un menor sin el consentimiento de los padres, tutores, curadores o del Juez, en su caso.

Art. 34. — Se modifica el artículo 168, así:

La contravención a cualquiera de las disposiciones del presente título, no prevista en este Código, o en el penal, cometida por el oficial público, será castigada con multa de cien a mil pesos y pérdida de su oficio.

Art. 35. — Se modifica el artículo 110 así:

Los ministros, pastores o sacerdotes de cualquier religión o secta no procederán a la celebración de un matrimonio religioso sin tener a la vista el testimonio del acta de matrimonio celebrado de acuerdo con lo dispuesto en el presente título. En caso de contravención incurrirán en multa de cien a quinientos pesos.

que a los ya reconocidos, el matrimonio los legitimaría, sino, además, porque pueden existir otros motivos respetables para regularizar situaciones de los contrayentes con sus familias.

Arts. 33 y 34. — El Código penal contiene varias disposiciones relativas a hechos mencionados en la parte que por esa causa suprimimos del artículo 107. No prevé algunos de los hechos que constituyen contravenciones a disposiciones de la ley de matrimonio.



Así, por ejemplo. El artículo 110 prohíbe la celebración de matrimonio religioso sin tener a la vista el acta de la del civil. Dispone dos sanciones. Una, la penal, sometiendo esa infracción a las prescripciones del artículo 147 del antiguo Código. Otra, disponiendo la pérdida de su cargo al eclesiástico infractor.

El Código penal actual ha suprimido el texto antiguo, y por consiguiente las penas, y ha quedado sin castigo el hecho que el artículo 110, Ley de Matrimonio, quería se castigase por la ley penal.

Cuál sea el motivo de esa supresión, lo ignoramos. Pero es lo exacto que ha desaparecido la pena. Y a su vez, la pérdida del cargo que sólo puede referirse a sacerdotes católicos, levanta cuestiones que es preferible evitar.

La supresión hecha por el Código penal nos inhibe de restablecer en este Código el castigo proscrito.

Por sea causa redactamos el artículo 35, como una prohibición, penada por su simple contravención con la multa del artículo 108 L. de M., que hemos elevado para los oficiales públicos hasta mil pesos. El solo hecho de la prohibición preceptuada, importa responsabilidad civil por el daño que pueda haberse causado a la gente sencilla, que creyó en la eficacia civil del matrimonio religioso.



CAPITULO V

De la invalidez del matrimonio

Art. 36. — Se sustituye el artículo 84, por el siguiente:

El matrimonio es nulo en los casos de los números 1, 2, 3, 5, 6, 8 y 9 del artículo 6.

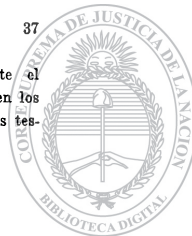
Art. 36. — Distingue la ley de matrimonio dos clases de invalidez: la de los actos “absolutamente nulos” del artículo 84 y la de los “anulables” del artículo 85.

Pero esa nomenclatura no se ajusta bien a la general del Código. Ciertamente es que las causas de nulidad del matrimonio no se rigen por las reglas peculiares de la nulidad. Es evidente que el cónyuge capaz puede alegar la nulidad derivada de la locura o de la bigamia del otro cónyuge, contra la regla del artículo 1049, pero de ahí no se deduce que la nomenclatura técnica no haya de ser empleada, con uniformidad en el mismo Código.

La nulidad absoluta, según el artículo 1047, “puede y debe ser declarada por el Juez cuando aparece manifiesta en el acto”.

La relativa no puede serlo sin pedimento de parte: artículo 1049.

El artículo 84 de la ley nos dice, sin embargo, que la nulidad en los casos de ser “absolutamente nulo” el matri-



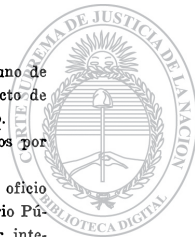
Es también nulo cuando no se ha celebrado ante el oficial público en presencia de los testigos indicados en los artículos anteriores. La incapacidad desconocida de los testigos no perjudica la validez del acto.

monio puede ser **demandada** por el cónyuge y por los que podrían deducir oposición a la unión.

¿No hay nulidad si no la **demandan**? ¿Depende de acción? La ley no parece darse cuenta clara de la diferencia. Porque, en fin, si la nulidad es “absoluta”, ¿a qué viene lo de decirnos quién puede demandar? Los artículos 1038 y 1047 nos dicen que no hay nada que solicitar. La nulidad existe “aunque no haya sido juzgada”. Y en verdad, cuando el asesino del cónyuge se casa con su viuda, ¿qué hay que juzgar?

Pero de esa confusión del artículo 84, resulta otra oscuridad. Según el artículo 86, la acción de nulidad no puede deducirse sino en vida de los esposos. Esto no tiene sentido jurídico fuera del caso de matrimonio anulable, y aun, no es rigurosamente exacto. Pero, ¿la demanda de que habla el artículo 84, está sometida a esta restricción? La ley no lo explica.

Es evidente que no se han tenido presentes las doctrinas generales del Código. Su gran división de actos nulos, y actos anulables, y de nulidades absolutas y relativas, ha sido más que olvidada en asuntos de matrimonio. Véase sobre el artículo, Demolombe, 3º, números 240 y siguientes. Sobre los testigos incapaces: artículo 991.



Art. 37. — Es nulo el matrimonio celebrado por uno de los esposos en estado de perturbación mental por efecto de una causa durable que le priva de su discernimiento.

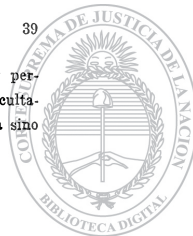
Art. 38. — Los matrimonios nulos quedan regidos por la disposición del artículo 1047.

Disuelto el matrimonio no puede declararse de oficio por el Juez la nulidad, ni a requerimiento del Ministerio Público. Puede hacerla declarar, sin embargo, cualquier interesado.

Art. 37. — Artículo 120, número 2, Código Suizo, Demolombe, 3, números 242, 3º, y 246. El Código Alemán, § 1325, considera nulo el matrimonio celebrado en toda hipótesis de perturbación mental, aun pasajera. Incluye el realizado en un intervalo lúcido, que nosotros consideramos como determinante de una acción dependiente de la voluntad del otro cónyuge, para anularlo.

Art. 38. — Artículo 228, Código Civil; artículos 121 y 122, Código Suizo. Esta cuestión ha sido objeto de discusiones en la Comisión francesa de reformas al Código Civil, y se ha adoptado la conclusión — art. 184, reformado, — de que cuando ha sido el matrimonio inscrito como celebrado ante el oficial, sin haberlo sido en realidad, puede todo el que tenga interés en ello y el Ministerio Público hacerlo declarar nulo. Es, pues, presupuesto necesario la inscripción. Bulletin de la Société d'études législatives, 1911.

Nuestro artículo 1047 contiene una regla general que no existe en derecho francés. En toda hipótesis de nulidad



Cuando el esposo incapaz de discernimiento por perturbación mental ha recuperado la plenitud de sus facultades, la nulidad del matrimonio no puede ser declarada sino a pedido suyo o del otro cónyuge.

absoluta, cualquier interesado puede pedir esa declaración. Es la feststellungsklage del derecho alemán. Y si se ha inscrito falsamente un matrimonio, el reclamo tiene por objeto, no la anulación del matrimonio que ya es inexistente sin ella, sino la cancelación del asiento del Registro. Es la teoría general que hemos explicado en el Libro III, sobre el Registro de los derechos reales.

Queda también sometido al mismo principio en el derecho francés — artículo 191 — el matrimonio celebrado sin publicidad y ante oficial incompetente. La comisión citada ha propuesto su reforma sustituyendo la conjunción copulativa por la disyuntiva. La nulidad queda librada a la apreciación judicial y cubierta por la posesión de estado. Lugar citado, página 398.

Sobre la aplicación de la regla del artículo 1047, Demolombe, 3, número 241; Laurent, 2, números 440 a 444; Hue, 2, número 21; Baudry-Fourcade, Personnes, 2, números 1681 a 1696. Saleilles expresó ideas distintas en Bulletin de la Société, citado, página 351 y siguientes, 1911.

Es la doctrina inconcusa de los Códigos Alemán y Suizo.

Art. 39. — En sustitución del artículo 85:

El matrimonio es anulable:

1º A pedido del esposo que lo ha contraído en estado de perturbación mental exclusiva de discernimiento o voluntad, por una causa accidental o pasajera;



Art. 39. — 1º Art. 123, Código Suizo.

——— 2º Artículo 129, Código Suizo, que lo considera caso de nulidad manifiesta. Pero en tal supuesto cualquier interesado puede invocarla. Es eso excesivo cuando se ha celebrado el matrimonio en un intervalo lúcido. Ha tenido por objeto, tal vez, regularizar una situación ya existente, legítimar hijos, etc. Privar del derecho de hacerlo, al que vuelve a la plenitud de su razón, es privarle de un derecho fundamental, y no debe depender de la gestión adversa de un pariente más o menos próximo.

Si la enfermedad o estado del paciente era desconocida del otro contrayente, a él sólo toca pronunciarse.

——— 3º La falta de edad es considerada por la ley vigente como un impedimento derivado de la posibilidad de la generación.

Hemos ya explicado que el asunto no es tan inferior. Ya se comprende que si alguien se casa antes de cierta edad, es más que probable aquella posibilidad. No se trata, pues, de la posibilidad de la concepción.

La pobre niña embarazada no deja de ser una incapaz de contraer matrimonio, y ni ella, ni sus protectores naturales, deben ser privados de salvarla de una unión desgra-

2º Por el contrayente que ignoraba el estado de insania o perturbación mental de su cónyuge, aunque el matrimonio se celebrase en un intervalo lúcido.

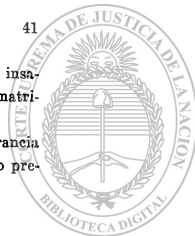
A pedido del cónyuge en el mismo caso de ignorancia de la embriaguez habitual, o uso de narcóticos según lo prevenido en el inciso 7º del artículo 6;

ciada, o contraída en virtud de maniobras o arterías, que su edad no le permitía comprender o sustraerse de ellas. El estado de gravidez no puede influir para consolidar la desgracia, digan lo que digan la mayor parte de los códigos, e impedir la salvación de la víctima. El interés del hijo queda salvado por disposición de la ley que reconoce su legitimidad.

Hay contradicción entre autorizar la anulación del matrimonio por razón de enfermedad mental, a pedido del otro cónyuge, aunque esté en cinta, y negarlo a la incapaz por razón de edad. Estar casada con un enfermo, o estarlo con un degenerado moral, no parece que presente mucha diferencia de estado.

Excusado es decir que nuestro inciso se aplica sólo a los menores de la edad matrimonial y no a los menores de edad civil.

5º La incompetencia del autorizante del matrimonio queda sujeta a las reglas generales: artículos 980, 981, 982 y 983. No se trata, es cierto, de instrumentos, pero siempre se trata de actos funcionales de un oficial público.





3º A pedido del contrayente, o de su padre, y en defecto de éste, de la madre, en el caso de que aquél no tenía la edad exigida por el inciso 4º, artículo 6.

Los padres no podrán solicitar la anulación cuando el hijo haya cumplido esa edad;

4º En caso de violencia o error, según lo dispuesto por el artículo 10, a pedido del cónyuge que sufrió el error o la violencia;

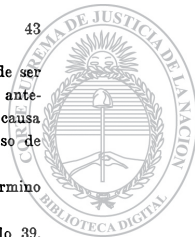
5º Cuando el matrimonio no se hubiera celebrado públicamente. La nulidad queda, en este caso, librada a la apreciación judicial. Se aplicará esta disposición al caso de incompetencia del oficial público autorizante, salvo lo dispuesto por los artículos 981, 982 y 983;

6º En caso de impotencia absoluta y manifiesta existente al celebrarse el matrimonio. La acción corresponde exclusivamente al otro cónyuge.

No podrá invocarse otra causa de anulación fuera de las mencionadas.

Si se trata de uno que ha ejercido sus funciones de una manera regular, la incompetencia no causa invalidez. Si sólo se trata de incompetencia por razón de que los contrayentes recurrieron a otro distrito que el que correspondía, y de ello no ha resultado otro inconveniente, los jueces están en el caso, por nuestro proyecto, de desestimarlos. Si hubo rapto o secuestro, la solución varía.

Por eso hemos adoptado, lo mismo que para la falta de publicidad, la solución de la Comisión de reforma del



Art. 40. — La anulación del matrimonio sólo puede ser deducida por las personas expresadas en el artículo anterior y dentro de los seis meses de haber conocido la causa de nulidad, o de la cesación de la violencia, o en caso de rapto, de la restitución a su plena libertad.

En el caso de falta de edad matrimonial, el término empieza a contar del día en que se cumplió.

Art. 41. — La anulación en los casos del artículo 39, no puede ser solicitada sino por las personas expresadas en él, personalmente, o por apoderado con poder especial, en

artículo 191, Código Francés, pero no en cuanto a las personas que pueden pedir la nulidad. A nadie le importa sino a los que pudieron ser víctimas de violencia, si el acto se celebró sin acceso público a la oficina, o a horas impropias, o ante un oficial público que no era el del distrito que correspondía. Y mucho menos al Ministerio Público — artículo 191, citado — porque, ¿qué le importa al Estado, si se ha recurrido a una autoridad suficiente, que sea más bien la de éste, que la de aquel otro distrito? Véase: Bulletin de la Société d'études législatives 1911, páginas 393 y siguientes, con la exposición de Saleilles; Demolombe, 3, números 295/8; Laurent, 2º, números 477 y siguientes; números 481/3.

—6º Art. 85, 4º, ley vigente.

Arts. 40 y 41. — El artículo 224, del Código, y después el 86 de la ley, disponen que la acción de nulidad no puede

que se expresará la causal invocada. No pueden demandar la los representantes legales de los incapaces, ni los acreedores en uso de los derechos de su deudor.

Tampoco pueden hacerlo los herederos del cónyuge. Si



intentarse sino en vida de los dos esposos. Pero el último agrega: "uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge". Y concluye que "si se opusiere la nulidad del primero se juzgará previamente esta oposición".

Todo esto reposa sobre una completa confusión de ideas. Una cosa es la acción para hacer anular un acto anulable, y otra el reclamo, la acción o la excepción, contra un matrimonio nulo. Y el artículo 86 de la ley se ocupa de la bigamia que no es causa de anulación dependiente de acción, sino que es caso de matrimonio nulo, cuya nulidad no necesita ser declarada, y puede serlo por requisición del Ministerio Público, y decretada de oficio por el Juez.

Agréguese que según el texto del artículo 86, puede "en cualquier tiempo" juzgarse de la validez del primer matrimonio en caso de imputación de bigamia, y se tendrá la demostración de que ese artículo entiende referirse a toda clase de nulidades manifiestas y dependientes de acción. Es lo que ya parecía del texto del artículo 84, que habla de nulidad demandada hasta en caso de incesto en línea recta.

Ahora. Es falso que la nulidad del matrimonio nulo por imperio de la ley, haya de ser demandada por el cónyuge,



éste hubiera fallecido, ya deducida la acción, sus herederos no podrán continuarla sino en el caso de que fuera prejudicial de una acción patrimonial.

o los que podían oponerse a su celebración “en vida de los dos esposos”. El matrimonio en tales casos es nulo siempre, vivan o estén muertos los esposos aparentes. El orden público está en juego. El matrimonio del padre con la hija, el de dos mujeres, o dos hombres, no existe y nada más. Se declara esa falta de existencia en toda época. Y lo mismo la bigamia, etc.

Nunca se ha entendido exigir acción de nulidad, sino allí donde quede reservado al cónyuge o a la persona dada — en otras legislaciones, por ejemplo, a los que debieron prestar su consentimiento para el matrimonio de los incapaces—es decir, adonde queda librada la existencia de la unión, a la impugnación. Hay entonces anulación dependiente de la voluntad de la parte.

Refiérese, pues, únicamente a los casos de matrimonio anulable la limitación de la acción, y a su exclusión por parte de otros reclamantes.

Pero aun así limitada la solución del artículo 224 del Código, lo que resulta confirmado por su artículo 223, la regla es injustificada.

Bien está que muerto uno de los esposos, no exista ya el matrimonio. Pero éste tenía efectos fuera de los exclusivamente personales. Tenía efectos en las relaciones de familia (parentesco, filiación, etc.) y en las patrimoniales

También pueden proseguir la cuestión en igual caso los herederos del cónyuge demandado, aunque hubiera desistimiento de la acción.

(sociedad conyugal, donaciones entre esposos, instituciones contractuales, sucesiones, acciones de reducción, etc.).

Pues bien. Un esposo demanda la nulidad de su matrimonio, porque hubo violencia, error, impotencia, etc. Pendiente la instancia fallece el otro. ¿No puede ya seguirse la acción? Pronto veremos que está ligada esa cuestión con la de saber si puede intentarse una acción de nulidad.

Ahora. La persona violentada, la niña sin edad matrimonial, ¿no podrá intentar acción porque ha fallecido el otro contrayente? Quedará entonces subsistente la sociedad conyugal y las convenciones matrimoniales producirán sus efectos normales. Porque es prejudicial la cuestión de validez del matrimonio. Y no puede, dice el Código, intentarse la acción de anulación sino "en vida de ambos esposos". No conocemos legislación que exija esta supervivencia. Al contrario, las hay que disponen lo opuesto: § § 1338 y 1342, Código Alemán.

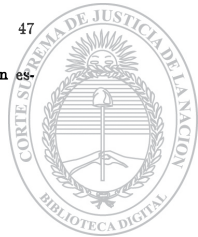
Lo único exacto es que la acción de anulación sólo existe para amparar a un esposo que se encontró en estado de falta de edad o de discernimiento, por un estado transitorio, o fué víctima de errores, etc.

Si se resigna, al contrario, si cree que es preferible dejar intacta la unión, si la reflexión u otras causas, le aconsejan no proceder, es asunto que a él sólo incumbe. Por eso



El cónyuge incapaz puede proceder sin autorización especial.

Se suprime el artículo 86.



es una acción que no concedemos, sino en un caso, a los padres, y en los demás no autorizamos a terceros, tutores, curadores, etc., para ejercerla. Los acreedores no pueden intentarla a nombre de su deudor. No es acción patrimonial. Es inherente a la persona.

Por eso los herederos no pueden deducirla. Y hasta en el caso de haberse iniciado la instancia, la doctrina está profundamente dividida. Se niega que, desde que no es patrimonial la acción, los herederos tengan carácter para proseguirla: la herencia sólo transmite los derechos patrimoniales, se dice. Otros sostienen lo contrario.

También diferimos en esto de las opiniones generales.

Cuando la cuestión de validez del matrimonio no tiene otras proyecciones que las de las relaciones personales de los contrayentes, la muerte lo ha concluído todo, porque por sí sola es causa de extinción.

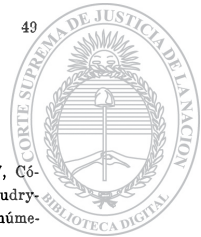
Si, al contrario, deducida la acción por quien tenía título para ello, la existencia del matrimonio produce efectos patrimoniales, ¿cómo puede sostenerse que no pasa a los herederos? Si no los tuviese se trataría de un derecho no transmisible. Pero los tiene, y en tal caso ha pasado con la herencia que comprende todo lo que está en el patrimonio. La cuestión no es ya independiente. Es ahora prejudicial de un derecho patrimonial.



Y esto, tanto para los herederos del actor, como para los del demandado. Porque aquél, si la cuestión no puede ser proseguida, o si puede retirarse de ella, es esposo, y por consiguiente heredero, donatario, socio del muerto... ¿Y no pueden continuarla los sucesores de éste para excluirlo? ¿No decía el actor que su matrimonio no era válido? ¿No es ese su título hereditario? Tampoco aquí la cuestión iniciada es independiente. Es prejudicial de un derecho patrimonial.

Concluimos que hay error en el Código. Y así como en el caso de nulidad absoluta manifiesta, a pesar de la muerte, todo interesado puede invocarla, así en la relativa o de anulación, los herederos pueden proseguirla — y no iniciarla, — cuando se convierte la cuestión en una prejudicial, de una patrimonial precisamente abierta por la muerte, que según los artículos citados, es extintiva de toda acción de nulidad. Ver § 1343, Código Alemán; Planck, sobre el mismo, número 3; artículo 135, Código Suizo.

———Establecemos por el artículo 40, un plazo de seis meses para intentar la acción. No la hacemos depender de la separación ni de la cohabitación durante ese período. Es natural la inacción determinada por muchas razones evidentes, dependiente de vacilaciones, consejos, protección, medios de subsistencia, etc. Ningún Código hace depender el plazo de la cohabitación sino del transcurso del término. Al contrario: si hay separación, se prolonga por largo plazo, hasta el general de la prescripción, artículos 181, 183 y 185,



Código Francés; § 1332, Código Alemán; artículo 127, Código Suizo. Sobre el plazo en caso de separación: Baudry-Foucreade, Personnes II, número 1761/2; Laurent, 2, números 451/2 y 454.

Es inadmisibles el punto de vista del artículo 85, 2º y 3º, que hace depender la pérdida de la acción de la cohabitación de los esposos, sin término alguno, en ciertos casos, y en otros hasta en el de tres días. Ver Huc, 2, número 127.

—————Decimos con el § 1336, Código Alemán, que la demanda debe hacerse personalmente, aun por los incapaces de hecho, y no por sus representantes legales.

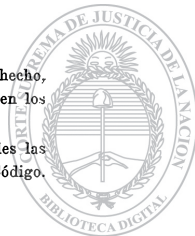
Es cierto que autoriza a éstos, en caso de incapacidad general, a intentar la anulación con la autorización del Tribunal de tutela.

Pero una cosa es la reclamación en el caso de matrimonios nulos por nulidad manifiesta, en que cualquier interesado puede invocarla, y otra la anulación que sólo corresponde decidir al esposo mismo, y en nuestro proyecto, en un caso, a los padres.

Se trata de una acción eminentemente personal. Sólo está en juego el estado y porvenir del esposo mismo, su felicidad o su sacrificio. No es asunto de representación o de autoridad. Por eso, entre nosotros, es válido el matrimonio celebrado sin autorización paterna o tutelar. Y, por consiguiente, esa representación no tiene papel en los casos de edad, error, violencia, impotencia, etc.: sólo interesan al esposo afectado.

Art. 42. — Los representantes de incapaces de hecho, pueden, con autorización judicial, invocar la nulidad en los casos de los artículos 36, 37 y 38.

Art. 43. — Se aplican a los matrimonios anulables las disposiciones de los artículos 1046 y 1050 de este Código.

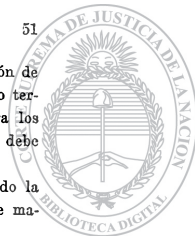


Nótese que en el Código Alemán el representante legal no procede sino por autorización del Tribunal, pero es porque en él, así como en el Código Francés, puede objetar la validez del matrimonio celebrado sin su acuerdo. § 1331.

De ese Código tomamos el principio general: las cuestiones matrimoniales en el caso de que la validez dependa de la acción, no son asunto de representación. La representación se refiere esencialmente a la actividad patrimonial. En los asuntos de familia la determinación debe tomarse personalmente por el interesado. No cabe mandato general. Sólo el poder especial en que conste debidamente que se trata de ejecutar lo que el mandante ha decidido por su voluntad expresa declarada, esto es, el mandato de ejecución, y no de deliberación, permite proceder por el instrumento del mandatario. Es siempre el representado quien decide.

Es, por último, consecuencia de los mismos puntos de partida que el incapaz de hecho, gestiona por su propio arbitrio y no necesita de autorización complementaria: § 1336, Código Alemán.

Art. 43. — Artículo 228, Código Civil; artículo 132, Código Suizo.



Art. 44. — La demanda por nulidad o por anulación de matrimonio, en los casos en que el Ministerio público o terceros interesados puedan deducirla, debe serlo contra los dos esposos. La introducida por uno de los cónyuges debe serlo contra el otro.

El Ministerio público, aun cuando no haya iniciado la demanda, es parte en toda contienda sobre validez de matrimonio.

Art. 45. — La sentencia dictada en un juicio sobre nulidad o sobre anulación de un matrimonio, cuando ha adqui-

Art. 44. — Código de Procedimientos Civiles Alemán, artículos 632, segundo párrafo, y 634. Sobre ellos, Stein, volumen II.

Art. 45. — Art. 629, Código Alemán de Procedimientos Civiles; artículos 1256 y 1269, del primer proyecto de Código Civil Alemán; Motive, 4, sobre los artículos citados.

Al terminar Demolombe — 5, número 323, — de estudiar los efectos de la sentencia, en las cuestiones de filiación legítima, manifiesta su opinión de que la ley habría debido establecer decisiones especiales sobre los efectos de la cosa juzgada, en las cuestiones de estado.

Son, en efecto, en derecho francés difíciles de establecer por la doctrina en virtud del silencio guardado por el Código Napoleón. La anarquía es considerable, y las ideas van evolucionando, apartándose cada vez más del principio general de la cosa juzgada: sólo existe, según él, sobre la

rido fuerza de cosa juzgada, produce sus efectos al favor y en contra de todos.

Si la demanda se ha fundado en la bigamia, la sentencia que la ha desestimado no produce efecto respecto del

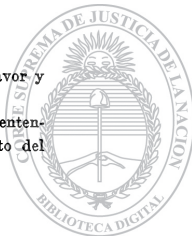
misma cuestión entre las mismas personas. La sentencia es una decisión particular.

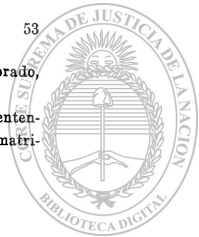
Pero el instinto jurídico había ya llevado a comprender que ciertas situaciones declaradas por sentencia, no podían concebirse como existentes solamente entre los litigantes. Un matrimonio existe o no existe. Pero no puede existir entre los esposos, según que una sentencia lo haya reconocido, y no existir frente a los que no intervinieron en el juicio. No hay matrimonio, y sí lo hay, según los escritores que se empeñan en aplicar el principio general de la cosa juzgada.

Por eso, porque se comprendía lo absurdo de semejantes conclusiones, se imaginaron doctrinas como la de la representación, o la del contradictor legítimo, más o menos arbitrarias, y que sólo fundaban nuevas dificultades.

Carece de objeto estudiarlas. (Ver Savigny, *Droit romain*, 6, § 301). Las ideas, decíamos, van evolucionando, y sólo debemos examinar las que informan la doctrina y la legislación contemporáneas.

Se distingue entre las sentencias. Cuando son constitutivas de un estado en las relaciones de familia, producen efecto erga omnes. Cuando sólo son declarativas, no lo producen sino entre las partes. Demolombe, 5º, números 507 y





tercero con quien el primer matrimonio se había celebrado, sino en el caso de que hubiera sido parte en el juicio.

Estas prescripciones se aplican también a las sentencias que declaran la existencia o no existencia de un matrimonio.

siguientes, exponía esa doctrina, general a todas las cuestiones de estado, y la aplicaba a las de filiación.

Para justificar esa distinción se dice: "... cuando, según las condiciones legales (las sentencias) cambian o modifican para el porvenir el estado o la capacidad de la persona, es que se trata verdaderamente de un **acto del poder público**, de un acto de tutela y alta administración... que produce en todos los casos un cambio absoluto en el estado de las personas".

Pero en cuanto a las sentencias sólo declarativas, que se limitan a hacer constar el estado de tal o tal persona en el pasado y actualmente, me parece, concluía Demolombe, muy difícil sustraerlas a la aplicación de las reglas ordinarias sobre la autoridad de la cosa juzgada. Lugar citado, números 520/1.

Y otros repiten a una: la sentencia constitutiva no es un acto de jurisdicción, es acto de poder público; la declarativa es, en cambio, decisión de Juez. Planiol, I, números 449 y 1086/90; Planiol, Ripert et Rouast; La famille, números 341/4; Glasson et Tissier, Procédure civile, 3º, número 776, aceptan la misma conclusión para la sentencia que modifica el estado y capacidad de las personas, o declara la nulidad del matrimonio.



Pero en el acto que se expone esa distinción, se advierte la contradicción fundamental que envuelve.

Es cierto que la sentencia, al resolver la anulación, o declarar la nulidad del matrimonio, o autorizar el divorcio o separación de los esposos, produce por su efecto un estado nuevo que no existía antes aparentemente, o efectivamente, según los casos. Eran esposos: ahora han dejado de serlo en el caso de anulación. Pero de ahí nada se deduce por esa sola circunstancia. Había bigamia, por ejemplo. La sentencia la declara. Por el hecho resuelve, no que para lo sucesivo no habrá matrimonio, sino que nunca lo hubo. Y lo mismo para los matrimonios anulables. Hubo violencia, y la sentencia que lo declara, resuelve por el hecho que nunca hubo consentimiento válido. No hubo matrimonio.

Con llamar a esos casos, resueltos por una sentencia constitutiva, y a los que se declaran válidos, resueltos por una sentencia recognitiva de un estado existente, declarativa, confirmatoria, o como se quiera, nada se ha adelantado. Son palabras que nada demuestran por sí solas. Queda todavía por demostrar porqué una sentencia constitutiva tiene efecto *erga omnes*, y porqué una sentencia no constitutiva no lo produce.

Todas son iguales. Son actos de jurisdicción. Actos de Juez. Resuelven un litigio. El Juez es siempre Juez, y su decisión no emana, como se dice sin probarlo, de un acto de soberanía en un caso, y en el otro no. El Juez ejerce su jurisdicción en uno y otro, jurisdicción contenciosa, siem-



pre función de soberanía. Es el poder público que ha dicho el derecho de cada parte.

Son, pues, palabras y no razones las que se invocan.

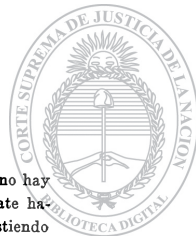
Y, además, son palabras incomprensibles.

¿Decís que una demanda de anulación, por consiguiente, en un litigio en que una parte pretende que no hay matrimonio válido, y la otra que sí hay unión efectiva, la decisión del Juez cambia radicalmente su carácter y naturaleza, según que decida una de las dos pretensiones opuestas? ¿Que es Juez en un caso y no lo es en otro, porque su función es distinta, según lo que se decida?

Parécenos que esto no tiene sentido. Siempre la sentencia es una, la que resuelve el litigio, el mismo litigio, la controversia.

Si resuelve la nulidad, resuelve para el pasado y el porvenir. Y si decide que no la hay, ¿no resuelve también confirmando la existencia, o mejor reconociendo la existencia en lo pasado y en lo porvenir? No es constitutiva, pero es confirmatoria. Siempre mantiene un estado que en lo porvenir no podrá ser objeto de nueva discusión.

Cuando, por consiguiente, se buscan distinciones verbales para concluir que ciertas sentencias constituyen cosa juzgada para todos, partes litigantes y no litigantes, se confiesa que no puede comprenderse cómo han dejado de ser esposos los litigantes, o que nunca lo fueron, y no serlo en toda hipótesis ligada con esa situación: relaciones conyugales, filiación, parentesco, sociedad conyugal, sucesiones.



Lo contradictorio de la conclusión salta a la vista. Si no hay matrimonio según la sentencia, no lo hay: *pro veritate habetur*. Y si no lo hay, ¿cómo puede ser que siga existiendo para los terceros? ¿Cómo pueden ser hijos legítimos, los engendrados después de la sentencia? ¿Cómo puede haber bigamia, si el esposo contrae segundas nupcias?

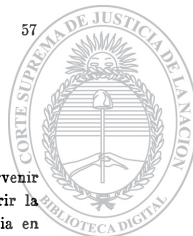
La conclusión de que cuando la sentencia declara la nulidad, puede ser opuesta a todos, es el reconocimiento perfecto de la fuerza universal de esa sentencia. No porque es constitutiva, sino porque es sentencia.

¿Y cambia su naturaleza orgánica, cuando decide el mismo litigio en el sentido opuesto? ¿Cuándo resuelve que había matrimonio?

Los hijos engendrados, ¿serán ilegítimos? La sentencia no lo permite. ¿Que no son nietos de los abuelos, hermanos de sus hermanos, herederos de sus padres?

No se concibe, siquiera, esa pretensión. No hay esposos por mitad, por cuartas partes, que existen frente a unos y no existen frente a otros. Son esposos: lo dice la sentencia. Es la verdad legal. La ha dicho el órgano de la soberanía en ejercicio de sus funciones. No hay nada que distinguir.

Para evitar los inconvenientes de la falta de defensa de los principales interesados, los esposos, en litigios que les afectan profundamente, nuestro artículo anterior ha buscado en su intervención la garantía necesaria para que la decisión sea resultado de su libre defensa. Si hay terceros



que quedan fuera del juicio, medios tienen para intervenir en la instancia. Si no lo hacen, no es razón para abrir la puerta a pleitos interminables y sucesivos. La sentencia en todos los casos, **facit jus**.

Adoptamos sin vacilaciones las conclusiones a que ha llegado el derecho común en Alemania (Windscheid, Pandekten, § 132, nota 7; Dernburg, id., § 164, c). En toda hipótesis la sentencia constituye cosa juzgada para todos, salvo, naturalmente, el caso de colusión, según la regla general admitida en este proyecto.

Es esa la solución del Código de Procedimientos Alemán, y era la proyectada para el Código Civil. Como lo hemos dicho en otra oportunidad, se creyó conveniente unificar toda la legislación sobre cosa juzgada en el primer Código, no obstante reconocerse expresamente que eran los efectos **materiales** de la sentencia asunto del Código Civil. No había en Alemania inconveniente, por ser federales tanto ése como el de Procedimientos Civiles.

Nuestro artículo que reproduce el 629 de Procedimientos Civiles de Alemania, no lo hace con la frase que éste contiene: "que ha adquirido fuerza de cosa juzgada en vida de ambos esposos", porque ya se ha establecido anteriormente cuándo puede proseguirse el juicio iniciado, por excepción. En este caso también la sentencia constituye derecho: **facit jus**. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade., Des personnes, 2, desde el número 1878, hacen una buena exposición en el sentido de nuestro proyecto.



Art. 46. — Se reproduce la segunda parte del artículo 101 (Ley de Matrimonio).

Art. 47. — La nulidad o anulación del matrimonio, declarada o no, por sentencia, no produce efectos respecto de los actos jurídicos celebrados por terceros con uno de los esposos, ni contra las sentencias ejecutoriadas dictadas en juicio entre uno de los esposos y terceros, sino:

1º, en el caso de que el matrimonio hubiera sido ya declarado nulo en el momento de la conclusión del acto jurídico, o la acción del o con el tercero, se hubiera introducido cuando se había declarado nulo el matrimonio;

2º, o en el caso de que la invalidez era conocida por el tercero al celebrar el acto o iniciar la instancia.

La nulidad puede ser invocada sin esa restricción cuando descansa en un vicio de forma y el matrimonio no se ha inscrito en el Registro.

Art. 48. — Se reproduce el artículo 87, modificado así:

a) Se agregarán las palabras “o anulado” después de “Si el matrimonio nulo”;

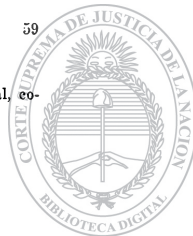
Art. 47. — § 1344, Código Alemán.

Art. 48. — Se modifica el inciso 2º, porque es incorrecto. El efecto del fallecimiento entre nosotros es doble en lo relativo a los bienes: causa la extinción de la sociedad conyugal y abre el derecho de sucesión. Es manifiesto que el matrimonio putativo no causa ni la apertura de la sucesión ni deja subsistente un derecho hereditario eventual.

b) En el inciso 2º se dirá:

En cuanto a los bienes cesará la sociedad conyugal, como en el caso de fallecimiento.

Se suprime el resto del inciso.



La supresión del resto del inciso es causada, por la del derecho de ajustar la institución contractual, que proyectamos en su lugar.

Si ésta no fuese admitida, se restablecería el inciso en la parte suprimida.

Incs. 3 y 4. — Los actuales distinguen entre hijos concebidos durante el matrimonio y concebidos antes, y nacidos después de su celebración.

Exigen condiciones diversas. Los primeros, dice el inciso 3º, “serán considerados como legítimos”. En el segundo, “quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio **válido** produce ese efecto”. Inciso 4º.

Según esto, el matrimonio, por ejemplo, ha sido declarado nulo por bigamia. Los esposos eran, o uno sólo de ellos, de buena fe.

Los hijos concebidos durante el matrimonio, son legítimos.

Pero los concebidos antes, aunque nacidos después, son hijos adulterinos, y no pueden ser legitimados.

Sin embargo, unos y otros, descienden de un cónyuge bigamo. El matrimonio anterior impediría la filiación natural. La ley, en obsequio de la buena fe de uno de los esposos,



c) Se sustituyen los incisos 3º y 4º, por los siguientes:

3º Los hijos concebidos en el matrimonio, son legítimos;

4º Los hijos nacidos antes del matrimonio o concebidos antes y nacidos después quedan legitimados.

levanta el inconveniente. En homenaje a él, decreta *ex lege*, que no existe obstáculo: el hijo es legítimo.

Pero si el matrimonio nulo produce los efectos de uno válido, aunque haya bigamia o incesto, porque hay buena fe, ¿por qué no los produce respecto de todos los hijos engendrados por los esposos?

Y se acentúa la grave injusticia, si se observá que precisamente el matrimonio de que nacerán hijos legítimos si son engendrados después de él, ha sido resuelto en virtud de la concepción anterior. Con el fin de legitimar al hijo de que la madre está en cinta; se ha decidido la unión. Según nuestro texto actual, si hay bigamia o incesto, o crimen (salvas las modificaciones que más tarde proyectaremos sobre los artículos 311, 338 y 339), quedan en clase de legítimos, los hijos que nacieron por efecto de aquella resolución, pero no quedan legitimados los concebidos, precisamente los que por estarlo determinaron la realización del matrimonio.

No. No es sostenible semejante decisión.

En el derecho moderno se concibe la legitimación como una incitación a la legalización de la unión existente. El Estado tiene interés en que la familia se constituya de una



manera regular. Si se realiza, movidos los padres por el afecto hacia sus hijos, el deseo de colocarlos en una situación más conveniente que la de la ilegitimidad, y por cuyo motivo, pasará la madre a la dignidad de esposa, ¿por qué se buscan tantos inconvenientes para llegar al resultado? El matrimonio, y por su efecto la legitimación, son instituciones de orden público. Obtenido el resultado buscado de legalizar la unión, el mismo interés público aconseja considerarla regularizada en todos sus efectos anteriores.

La doctrina francesa está conforme en que no hay que distinguir de casos para los hijos nacidos durante el matrimonio, sea cual sea la época de la generación.

No admite, sin embargo, la legitimación de los nacidos antes, sino cuando son naturales. No se produce para los adulterinos o incestuosos.

¿Por qué? Porque, dice Demolombe, por ejemplo, “los hijos que van a nacer de ese matrimonio putativo serán legítimos, **porque nunca fueron incestuosos ni adulterinos**. No ha existido en ellos esa mancha indeleble que la legitimación no puede jamás cubrir”. 3º, número 365.

Cualquiera advierte la petición de principio. ¿Cómo! Una sentencia decide que hubo incesto o bigamia. Y porque los hubo, es nulo el matrimonio. Los hijos nacen de un incesto o de un adulterio. A pesar de ello la “mancha indeleble” se ha borrado porque hubo buena fe, digamos, en uno de los esposos.

Y esa “mancha indeleble”, ¿es imborrable cuando nacieron antes de la unión los hijos? ¿Acaso eran el incesto o

Art. 49. — Se reproduce el artículo 88.

Art. 50. — Se reproduce el artículo 89.



el adulterio, distintos? ¿Acaso no nacieron los legítimos en el mismo incesto y en el mismo adulterio? Este carácter, que se dice indeleble, no depende de la buena fe de los padres: artículo 338. Demolombe, sin embargo, no lo entiende así: “Los hijos nacidos anteriormente son el fruto del incesto o del adulterio, y la buena fe en tal desorden no es una excusa. Al contrario, los hijos nacidos posteriormente son el fruto del matrimonio, y la buena fe en el matrimonio puede borrar el vicio de incesto o del adulterio. La diferencia es, pues, tan lógica como moral”: número 365.

La prueba de lo contrario está en que el matrimonio nada modifica: artículo 232. Incestuosos o adulterinos son los hijos nacidos en él. Lo que cancela “la mancha indeleble” es la buena fe cuando uno de los esposos no sabía que existía incesto o bigamia. ¿Y cómo podría ser de buena fe, si antes sabía ya que cometía adulterio o incesto?

Se ve, pues, que todos los raciocinios para explicar la diferencia son simples peticiones de principio, que se argumenta con lo que está por demostrar. La unión anterior puede ser tan de buena fe, como la posterior al matrimonio, y éste resulta nulo. Sin embargo, la ley hace legítimos a los hijos incestuosos y adulterinos. ¿Por qué?... Por la buena fe.

Como Demolombe, Aubry-Rau, 5 § 460; Laurent, 2 número 509; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, números 1914/5.

Art. 51. — Se reproduce el primer párrafo del artículo 90.

Nuestros proyectados números 3 y 4, quedan, pues, justificados dentro de la doctrina de esos escritores, con excepción, en el supuesto del número 4, de los hijos incestuosos y adulterinos.

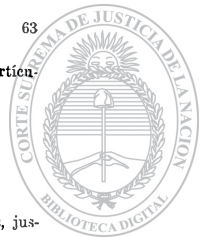
Creemos que con lo que dejamos expuesto queda demostrado lo arbitrario de la distinción.

Nuestra solución es la del Código Alemán. No conoce diferencias: § § 1721 y 1719. Se sabe que en derecho alemán no hay diversas clases de hijos ilegítimos, y esto que conoce una clase de legitimación que nosotros no poseemos, por declaración del padre, que no puede producirse en caso de ser el hijo nacido de incesto: § 1732. El adulterino puede ser, por consiguiente, legitimado por declaración. Ver sobre este artículo la nota, en la traducción del Código Alemán hecha por el Ministerio de Justicia de Francia.

La excepción no existe cuando la legitimación se hace por subsiguiente matrimonio.

Tampoco distingue de casos el Código Suizo. Todos los hijos ilegítimos quedan legitimados por subsiguiente matrimonio: artículo 258. Y lo mismo el Código Brasileño: artículos 221, 229 y 353. Véase, además, Colin y Capitant, I, página 189; ley francesa de 23 de abril de 1924; Ricci, Diritto civile, I, parte 2ª, número 287; Stolfi, V, número 274.

Art. 51. — La ley repite, en el artículo 90, lo dispuesto por el Código Civil. El error de derecho no puede ser invo-



Se agregará: La ignorancia o el error, sean de hecho, sean de derecho, no perjudican la buena fe.

Se suprime el resto del artículo.

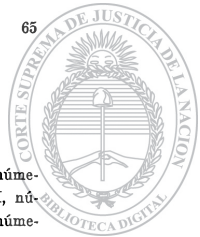


cado, en el casamiento. Puede serlo en un pago, en una novación, en una transacción, en la posesión de una herencia (artículo 3428). No puede serlo en asuntos de matrimonio.

¿Por qué? La buena fe es un estado de ánimo. El que no sabe que existe una dificultad, no puede preverla ni evitarla. Y esto es lo mismo en una transacción o reconocimiento de deuda, que en el matrimonio. ¿Qué puede saber de derecho una pobre aldeana? ¿A quién consultará? Y sobre todo, ¿por qué consultará, si eso ya significa conocimiento de la posibilidad de un engaño?

La ignorancia de las leyes es el estado común de las personas humildes, a quienes precisamente por eso debe protegerse en todos los casos en que se advierte que se les ha engañado aprovechando de su buena fe.

Nadie sostiene ya semejante exclusión, ni tampoco la exigencia de que el error de hecho haya de ser excusable, porque, si existió, es razón suficiente para determinar la protección legal. Tal vez pudo evitarse si se hubieran efectuado investigaciones. Pero es el hecho que no se realizaron, precisamente por la buena fe. Claro está que si es tan grosero no será verosímil. Pero eso dependerá del grado de inteligencia o de experiencia de la vida de las personas que lo han sufrido. Nos remitimos a lo que hemos ya expuesto al tratar del error en la Parte general. Ver Demolombe, 3,



números 357/8; Aubry-Rau, 5, § 469; Laurent, 2, número 504; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, III, número 1900; Planiol, Ripert et Rouast, La famille, números 317/8.

La buena fe se refiere tanto a la falta de conocimiento de un impedimento, como a la de los vicios exteriores del matrimonio.

Hay división en la doctrina francesa sobre este último supuesto. Algunos escritores exigen que cualquiera que sea la omisión en las formas, se haya celebrado el matrimonio ante un oficial público, aunque sea incompetente por razón del territorio: Demolombe, 3, números 354/5.

El Código Alemán ha aceptado esa solución por su artículo 1699, en el que exige que exista la inscripción en el Registro.

Laurent, 2, número 503, ha combatido vigorosamente esa solución. Basta para él la buena fe. Y ella supone razón suficiente para creer en la celebración efectiva. Si ha tenido motivo la parte para creer en ella, el matrimonio es putativo.

En contra de ambas soluciones, Baudry y Fourcade, II, número 1909.

En el fondo, las soluciones de Demolombe y de Laurent no difieren entre sí, sino en que la primera exige la celebración ante oficial público, efectivo, competente por razón de la materia, aunque no lo sea por la del territorio, y el segundo deja librado el punto a la apreciación judi-



cial. ¿Creyó el contrayente que intervenía el oficial correspondiente o se le engañó con una simulación criminal? Eso lo apreciarán los jueces. El matrimonio será nulo, pero la buena fe lo constituirá en putativo.

Consideramos sumamente grave en nuestro país admitir el sistema de Demolombe y del § 1699, Código Alemán. En una gran parte del territorio, o no hay registro civil, o su conservación es más que precaria. Poseemos documentos oficiales de los que resulta que hay provincias en que ni se llevan registros, sino hojas volantes, que se queman en cada cambio de Juez de Paz de campaña, por no hacerse cargo nadie de la custodia. ¿Cómo aceptar el sistema del Código Alemán? ¿Y cómo justificar lo que exige Demolombe, de que el matrimonio se contrajo ante oficial público?

La ley misma se presta a una grave incertidumbre. Se admiten diversas clases de funcionarios. Hasta jueces de paz de campaña en los territorios despoblados nacionales o de provincia. Hasta a los que no lo son, si hay urgencia: artículos 46 y 106. La ley misma prevé que no se haya levantado acta en el Registro, sea cuando se ha celebrado el matrimonio ante el encargado de él, sea porque no se haya cumplido con lo dispuesto por el artículo 46: artículo 98.

En tales condiciones, adoptar el sistema de Demolombe, es imposible.

Por sensible que sea renunciar a la garantía que convendría tomar, debemos impedir las imposturas infames, que por desgracia son frecuentes, y concluir con Laurent, que



Art. 52. — El cónyuge que no tenía la edad necesaria para contraer matrimonio, o el que padeció violencia al celebrarlo, será siempre considerado de buena fe.

Art. 53. — Se sustituye el artículo 93 por el siguiente:

La mujer no podrá contraer nuevo matrimonio hasta pasados trescientos días de disuelto o anulado el anterior. Si contraviniese a esta disposición perderá los bienes del

donde haya buena fe legítimamente fundada, dadas las circunstancias, no cubrirán la invalidez del matrimonio, pero permitirán considerarlo como putativo, sea cual sea el vicio de él. El Juez apreciará. La prueba puede resultar, por ejemplo, de un juicio criminal, etc.

Art. 52. — § 1704, Código Alemán, que así lo resuelve para la violencia. Existe la misma razón de decidir para la falta de edad suficiente al contraer matrimonio.

Art. 53. — El Código, artículo 236, y la ley de matrimonio, artículo 93, establecen que el término fijado para que la mujer pueda contraer nuevas nupcias, cesa cuando se ha producido alumbramiento dentro de él. Al día siguiente del fallecimiento del marido, por ejemplo.

Así lo disponen la mayor parte de los códigos vigentes. El Código Francés, artículo 228; el Holandés, artículo 91, sin embargo, no autorizaban semejante excepción. Fué, no obstante, modificado el primero por una ley de Diciembre de 1922, después de la guerra, bajo la presión de la despoblación causada por ella.

marido anterior, a que hubiera sucedido, y cualquier otra liberalidad o beneficio que le hubiera hecho por contrato nupcial.

Se suprimen los artículos 95, 115 y 116.

No obstante esos precedentes, creemos que debe mantenerse intacto el término, y que la solución del Código Napoleón era exacta.

Porque no es solamente la cuestión de la gestación la que está en juego. Podrá quedar resuelta por el alumbramiento y desaparecer así las dudas sobre la paternidad.

Pero en el matrimonio hay otra cosa más alta, mucho más alta, que la unión física de las personas. Hay la situación moral, la consideración, el respeto, que los esposos se deben, y la memoria del cónyuge fallecido, no es considerada, con el indecente apresuramiento de la viuda, por contraer más que de prisa, nueva unión.

Ninguna exigencia social aconseja cerrar los ojos ante semejantes precipitaciones. Válido es, sin duda, el nuevo matrimonio, pero es injurioso para el autor de la sucesión, que recoge, con el mismo apresuramiento, la viuda, para llevarla a su nuevo esposo. La solución del Código es la privación de las ventajas que el marido, olvidado tan pronto, hizo por su testamento. Completamos esa solución extendiéndola a toda clase de sucesión, a la intestada por consiguiente, de que no habla la ley. Cásese enhorabuena la viuda impaciente, pero no recoja la sucesión de quien no merecía, ahora se ve, su afecto ni su respeto. Es caso de





indignidad. "Feminis lugere honestum est, viris meminisse", decía Tácito.

Ver Demolombe, 3, número 122; Laurent, 2, número 363; Hue, 2, número 284; Baudry y Fourcade, II, número 2388.

———Suprimimos la obligación de reserva impuesta por el Código, a los viudos que contraen nuevo matrimonio.

Al trasladar a nuestro Código esa sucesión irregular, que las leyes españolas — Ley 15 de Toro — habían extendido al viudo, e impuesto desde el Fuero Juzgo y Real, a la viuda, ha sufrido la reserva una gran modificación, que es la demostración perfecta, de la improcedencia de nuestra disposición vigente.

Era secular la reserva de la viuda en todos los bienes heredados del marido y de los hijos de su matrimonio anterior. La ley 15 de Toro la extendió al marido, pero siempre de los bienes en que sucedió al cónyuge y sus hijos. La reserva era a beneficio de los hijos comunes, porque los bienes provenían de la herencia paterna o materna.

El Código ha suprimido los bienes heredados del marido por la esposa. Con eso, decimos, se demuestra la improcedencia de la reserva.

Es una herencia especial. Es la reproducción del sistema de la sucesión troncal. Obedece a la misma idea que la de la regla paterna paternis, materna maternis, proscrita por el Código.



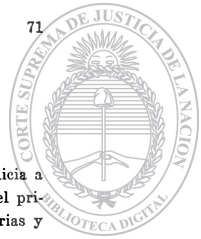
Y, ¿por qué ha de perder el viudo esos bienes heredados de un hijo? Para reservarlos a los hijos del precedente matrimonio. No se quiere que los del segundo hereden a la madre de lo que hubo de un hijo, porque ordinariamente provenían de la herencia paterna.

Se comprende en el derecho español que todavía conserva el sistema. Porque en él, también se reservaba para esos hijos lo heredado de su padre. No pasaban a la nueva familia constituida. Quedaban en la antigua. (Artículos 811 y 968 del Código actual, Ley 15 del Toro).

Nuestro Código deja en el viudo heredero de su cónyuge, los bienes recibidos de él. No es, pues, la reserva de la herencia a la familia primera y la exclusión de la nueva, lo que determina al Código. Eso le es indiferente. El viudo que se casa de nuevo, será heredado por los nuevos hijos y por su cónyuge.

¿Qué explicación queda para la reserva de lo heredado de un hijo? Ninguna. Jamás nadie la admitió así limitada, por razones peculiares de esta situación. La reserva aplicada a los bienes de los hijos era una deducción del principio de la reserva en los bienes del esposo, heredado por su cónyuge y por sus hijos. Por eso, sólo éstos podían recoger los bienes, en caso de constitución de nueva familia.

Esa extraña inconsecuencia, no es la única demostración de nuestra supresión de la reserva. Es contraria al sistema fundamental de nuestra doctrina de la sucesión: en ella no se atiende al origen de los bienes, artículo 3547. Es



contraria al sistema de prohibición de la reserva vitalicia a favor de herederos llamados a suceder a la muerte del primero: artículo 3724. No hay sustituciones fideicomisarias y mucho menos instituidas por la ley — todas son testamentarias y prohibidas.

La hereucia se adquiere en plena propiedad y el heredero dispone de ella como mejor lo entiende.

El viudo que contrae segundo matrimonio, no ejecuta un hecho censurable. La ley no puede regañarle su libertad: usa de su derecho fundamental. El Estado no tiene interés público comprometido contra la formación de la familia. Lo tiene, al contrario, en regularizarla vigorosa. Son asuntos privados.

Y para terminar. Según el Código, la propiedad se transfiere a los hijos sobrevivientes. Ha sido perdida por su dueño presente y convertida en un usufructo. Y esto en silencio, sin publicidad, por ministerio de la ley. Los terceros no pueden defenderse contra las futuras reivindicaciones. No saben, ni pueden saber. Ningún Registro puede informarlos. Porque el interesado en ocultarlo, es precisamente el que debiera solicitar la inscripción de la modificación experimentada. Y si no lo hace, ¿cómo puede suplirse a su silencio? ¿Organizando investigaciones de oficio en los asuntos de familia? No debe olvidarse que una ley reciente, conserva la patria potestad en la viuda que contrae nuevo matrimonio: depende de ella, y de las influencias que sobre ella pesan, el efecto de la pérdida de la propiedad, para los

CAPITULO VI

Derechos y obligaciones de los esposos

Art. 54. — Se sustituyen los artículos 50 y 51, por el siguiente:



terceros que pueden invocar para impedirlo, las constancias del Registro. La disposición vigente no producirá efectos contra ellos, a menos de modificarse el sistema general del valor de las inscripciones, lo que sería insostenible. Y si no se hace, la propiedad no quedará reservada, y la ley que la ordena, será una disposición ilusoria.

Se acentúa la dificultad al disponer el Código la readquisición de la propiedad, por la muerte de los hijos sin descendencia, aunque existan herederos. Es una propiedad resoluble por ministerio de la ley. Es la segunda alteración que la transmisión hereditaria primera experimenta.

————— La supresión del artículo 95 se considerará al tratar de la patria potestad.

Art. 54. — Código Holandés, artículo 158; Código Suizo, artículo 1590; § 1353, Código Alemán, sobre la primera parte de nuestro artículo. Sobre las restantes, § § 1354 y 1356, Código Alemán; artículos 160 y 161, Código Suizo.

Decimos con los Códigos Holandés y Suizo, que los esposos se deben fidelidad, protección y ayuda recíprocamente.

Los esposos están recíprocamente obligados a la vida conyugal común.

Se deben fidelidad, protección y ayuda.

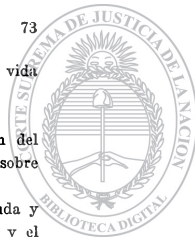
Corresponde al marido la decisión sobre elección del lugar de la residencia común y su traslado, así como sobre el tren de vida conyugal.

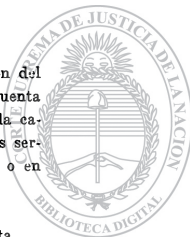
La esposa debe, en la medida de sus fuerzas, ayuda y consejo para la prosperidad común. Tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar común.

Está obligada a los trabajos domésticos en la medida que sean usuales, según las condiciones en que se encuentran los esposos.

te, mientras que el artículo 51 de la Ley de Matrimonio, repitiendo lo dispuesto por el artículo 185 del Código, declara obligaciones del marido las de protección y ayuda, así como la de habitación común con su esposa.

Pero la naturaleza de la unión íntima, completa, que constituye el matrimonio, no permite semejante limitación. También la mujer está obligada a la habitación común y a la ayuda, en la medida de sus fuerzas, al marido, en todo cuanto sea relativo a la persona de éste y a la prosperidad común. Si lo que se ha querido indicar con aquella limitación es que los bienes de la mujer siguen otra regla, bastará decir que en la sociedad conyugal están precisadas las condiciones a que se sujetan las relaciones patrimoniales. No es ese un motivo para limitar al marido la obligación de vivir con su mujer, de ayudarla y defenderla en toda situación.





Art. 55. — La mujer no puede, sin la autorización del marido, ejercer cualquier profesión o industria por cuenta propia, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común. No puede sin ella contratar locación de sus servicios, ni sociedades colectivas de capital e industria, o en comandita, civiles o comerciales.

Art. 56. — En sustitución del artículo 56:

La autorización marital puede ser expresa o tácita.

Se presume que la mujer está autorizada por el marido cuando ejerce públicamente cualquier profesión, industria, comercio o trabajo, personalmente y a nombre propio.

Se presume asimismo autorizada la mujer para continuar la explotación o trabajo que constituía su ocupación al contraer matrimonio.

El marido puede retirar en todo tiempo la autorización.

Art. 57. — Si el marido niega la autorización, la mujer

No es menester disponer expresamente sobre la capacidad civil de la mujer, porque la capacidad es la regla general para todas las personas, y sólo la declaración expresa de la incapacidad puede modificar, para casos dados de excepción, la situación normal. Basta, pues, suprimir los artículos que establecían la incapacidad.

Esta razón explica porqué no proyectamos disposición declarando la facultad de la esposa para estar en juicio. Toda persona tiene la de defender su derecho cuando es perjudicado en su ejercicio.

Arts. 55 y 57. — La cuestión tratada por esos artículos es una de las que han quedado envueltas entre las que en

puede ser autorizada por el Juez para ejercer su profesión o industria, cuando justifica que su pedido es impuesto por la necesidad o el interés manifiesto del matrimonio o de la familia.



los tiempos modernos se han considerado como dignas de particular estudio, para la reforma del estado civil de la mujer casada.

Se ha creído que el matrimonio no justifica la pérdida de la personalidad civil de la esposa, como no la causa en el hombre. De ahí se ha deducido que de la capacidad general reconocida, con toda razón, a la mujer casada, su derecho a trabajar en la forma que mejor le convenga, es perfecto. Puede ser obrera, comerciante, ejercer cualquier profesión liberal o manual, por su propia decisión, sin que en ello tenga papel que desempeñar la voluntad del marido.

Que la mujer casada pueda, como toda soltera, ejercer las profesiones lícitas, en condiciones de igualdad con los hombres, es cuestión sobre la cual no existe dificultad.

Pero que puede ejercerla sin o contra la voluntad del marido, es cosa muy distinta. No es ya cuestión de capacidad. Es cuestión de relaciones conyugales, de los deberes conexos con la situación nueva creada, de unión de los esposos, de vida doméstica, en una palabra.

Que la mujer abandone su hogar, so color de que su profesión lo exige, que se traslade adonde le convenga ejercerla, que esté todo el día ausente, y apenas sepa de sus

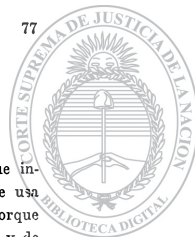
En el caso de revocación de la autorización expresa o tácita del marido, podrá el Juez dejarla sin efecto, a pedido de la mujer, si considerase que no existe causa plausible para el retiro de la autorización.

hijos y esposo cuando vuelve a su casa por la noche, o cuando se lo permitan sus obligaciones locativas, a fin de semana, a fin de mes, no es eso comprensible. Su capacidad civil no está en juego: libremente aceptó ser esposa, y ahora es madre; cumpla, pues, su palabra empeñada: sea esposa, sea madre.

Y que porque es igual al hombre pueda contratar sus servicios con cualquiera, para atender los negocios de otros o contraer sociedades, aunque sea como socio industrial, o emprender negocios en coparticipaciones más o menos verdaderas, no por eso queda demostrado que el marido no tenga derecho a oponerse a semejantes promiscuidades y contubernios, que no conciben con la reserva que debe presidir a todo acto de una esposa, que autorizan sospechas, aunque sean injustas, y que en todo caso, implican desertión del hogar doméstico. No es resabio de esclavitud exigir el acuerdo común. Nuestras madres no se consideraron esclavas porque dedicaban todas sus fuerzas al cuidado de la familia.

Cuando las necesidades o la conveniencia de ésta lo exijan, cuando el trabajo de la esposa sea forzado o simplemente ventajoso, por el estado patrimonial del matrimonio, estará justificado por los hechos, el acuerdo del esposo. Y si lo niega, injustamente, por capricho, sin motivo plausible,





el Juez resolverá. Pero pretender que nadie tiene que intervenir en la resolución de la mujer so color de que usa de su derecho, es caer en una petición de principio, porque si es ese un derecho de la mujer, no lo es de la esposa y de la madre. Tiene otros deberes.

Aun en los países en que la mujer tiene la situación más independiente por las costumbres y por la ley, existe reacción contra semejantes doctrinas. "La vieja teoría del common law, sobre matrimonio, dice un autor reciente; la de unidad de persona y bienes en el marido, es tan repugnante a las ideas modernas, que ha sido casi enteramente proscrita, pero una clara idea del sistema de common law es necesaria para comprender las leyes y las decisiones modernas. Hubo en este país (U. S.) y en Inglaterra, durante la última parte del siglo XIX, un notable movimiento para dar a la esposa derechos iguales, bajo todos los aspectos, a los del marido, el cual ha tenido tal éxito, que casi puede decirse que una esposa moderna tiene un derecho legal qué, felizmente para todos nosotros, no ejercita, para abandonar el hogar por la mañana, ir al trabajo, cobrar y guardar su salario y dejar al marido las tareas de la casa y el cuidado de los bebés. La idea moderna es que marido y mujer son cuasi socios en el asunto (business) de criar una familia, que la tarea de ella en cuidar y criar los niños debería ser considerada, como es la tarea de él para ganar un jornal. El único vestigio de los derechos del marido es el que todavía se le reconoce de elegir el domicilio de la familia, pero aun este último resto de su poder autocrático le es con-



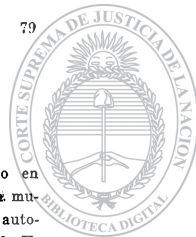
cedido regañando, pues debe ahora ejercerlo con motivos para su elección, porque de otro modo la esposa no está obligada a pasar por su decisión". Schouler y Blakemore, A treatise on the law of marriage, I, § 4.

Y a pesar de ello y de ciertas leyes de Estados, "El asentimiento del esposo es en general necesario en los E. U. para el ejercicio de una profesión por la mujer, con tal que haya vida común; y si no lo hay, se siguen distintos temperamentos... Y fuera de ley especial, resulta ser la regla general que a menos de acuerdo del esposo para que la esposa efectúe negocios (carry on bussiness) en su nombre, fundado en motivo suficiente, puede retirarlo en cualquier tiempo, y ejercer sus derechos del common law". Ybidem: § 303.

Ciertos estados permiten libremente a la mujer el ejercicio de una profesión separada.

En cambio, no se considera que pueda asociarse la esposa con terceros de sexo diferente, porque "incurre el riesgo de afiliaciones personales enteramente peligrosas para la concordia doméstica y la confianza recíproca que el matrimonio exige. En Massachussets la Legislatura permitía a la mujer casada asociarse en negocios con terceros, aunque no con su marido; pero después de unos diez años de experiencia, en 1874, revocó esa disposición. La mayor parte de los Estados le niegan ese derecho". Autor citado, § 316.

En Inglaterra, que ha adoptado como sistema el de la separación de bienes entre los esposos, y en que la esposa



administra y dispone libremente, se considera — salvo en Londres, en virtud de una costumbre secular, — que la mujer no puede trabajar o comerciar por separado, sin autorización del marido. Halsbury, *Laws of England*, 16, V^o Husband and wife, § § 705/6. Si se otorga, las utilidades pertenecen exclusivamente a la esposa (1).

Y lo mismo que en Inglaterra, en Suiza, artículo 167, Código Civil; en Alemania, § § 1353, 1356 y 1357, 2^o período, 1358. Según éste, el primer deber de la esposa es el de ocuparse de los trabajos domésticos y de los asuntos del marido, § 1356, y el marido puede restringir o excluir el derecho de la mujer, en la esfera de su acción doméstica, § 1357.

Cuando la mujer se ha obligado a una prestación con terceros, el marido puede denunciar sin dilación la relación jurídica, con autorización judicial, § 1358. Es el caso de la revocación de la autorización anterior, pues la mujer sin ella, debe ocuparse de los quehaceres domésticos determinados por la cohabitación conyugal.

En Francia, por la ley de 1907, ampliada en 1923, la esposa que trabaja por su cuenta, es dueña exclusiva de sus ganancias y de los bienes que adquiera con ellas. Nadie discute ya que eso significa que pueda ejercer su profesión o prestar sus servicios a terceros, sin la autorización marital. Ni los feministas declarados ponen en duda el punto.

(1) La ley de 1919 no ha modificado esa situación: *ibidem*, Suplemento de 1930; igual verbo y párrafos.

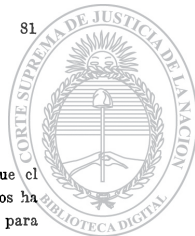


Ver Colin y Capitant, I, página 627. Y esto porque “se une una razón de orden general: el ejercicio por la mujer de una profesión independiente puede levantar objeciones de orden moral de que el marido, jefe y director del matrimonio, debe ser el juez soberano. Añadamos, concluyen los citados escritores cuyas tendencias son bien conocidas, que, por las mismas razones, la autorización puede ser siempre retirada”.

En el mismo sentido, Planiol, Ripert et Rouast, La famille, números 384 y 388. Sobre el alcance de la ley francesa de 1907, Planiol, Ripert et Nast, Régimes matrimoniaux, II, número 1326; Discusión sobre el proyecto de modificaciones a los derechos de la mujer casada, y el notable informe de Tissier sobre él: Bulletin de la société d'études législatives, 1901, páginas 25 a 91, 103, 105 a 211, 304 a 340; ídem, 1912, páginas 105 y 151; Sourdois, Revue Trimestrielle, 1907, Les droits de la femme mariée; Thaller, Droit Commercial N° 158.

Y como en Inglaterra, Suiza, Alemania, Francia, el artículo 29 de la ley belga de 1900, sobre el contrato de trabajo que declara propios de la mujer los emolumentos percibidos por ella, exige, para que pueda “comprometer su trabajo, la autorización expresa o tácita del marido”.

Si en Italia se ha suprimido esa exigencia por la ley de 1919, es por creer que es la consecuencia de su régimen general de bienes del matrimonio, esto es, de la separación total y absoluta. Cuando estudiemos el nuestro, volveremos con mayor detención sobre el punto.



Como se advierte, ninguna de las naciones en que el feminismo y el obrerismo han tenido mayores resultados ha considerado que la mujer podía abandonar su hogar, para lanzarse por su cuenta a tareas independientes de su marido y contra su voluntad.

En el acto que se leen las discusiones que estas materias han abierto, se nota que se trata de aspectos unilaterales del asunto. Se ve que es la condición desgraciada de la mujer en los centros obreros, la que determina la simpatía, que conduce a independizarla del marido. El principal peligro, dice Laurent, *Avant-projet*, I, páginas 457 y 460, es el alcoholismo y el juego del marido, que esclaviza a su mujer e hijos. Y, como él, Thaller, *Bulletin de la Soc. d'études législativas*, 1901, página 121: el enemigo de la mujer, dice, es la taberna.

Es cierto. Y por eso se da la libertad a la mujer trabajadora.

Pero hay otra faz del asunto. Hay la mujer irregular, ambiciosa, descontenta de su situación. No quiere estar subordinada a la condición del marido. No desea trabajar con él, economizar con él, adelantar lentamente, con él.

Todo eso no la satisface. Busca otra cosa. Se considera sacrificada, víctima, genio desconocido.

Y nadie se ocupa del marido. Es un pioneer. Va al canupo desierto, peligroso, fronterizo con el indio. El porvenir se funda en el trabajo presente. Es el conquistador del suelo: ahí está la riqueza. Y con robusto brazo la fuerza.



En nuestro país, ésa ha sido la grande, la noble base de nuestra raza. Nuestras mayores fortunas, son producto del trabajo constante del carretero, el puestero, el alambrador, que se internaron en los campos, llenos de privaciones y sin poder ofrecer a sus esposas las comodidades y recreos de las poblaciones situadas a muchas leguas de distancia. Y las encontraron, valientes como ellos, dignas de la fortuna que crearon juntos, y que pueden ostentar con noble orgullo.

Por eso es que se ha establecido como régimen el de la sociedad de gananciales. No se ha visto en ella sino la más justa de las soluciones, la que más se aviene con la naturaleza del matrimonio. Unión común, esfuerzo común, prosperidad común (1).

(1) Saleilles, que no es, por cierto, sospechoso de antifeminista y antiobrerista, decía, discutiendo el proyecto de que salió la ley francesa de 1907, sobre productos del trabajo de la mujer: "Es menester entender claramente que el trabajo exterior, el trabajo fuera de las atribuciones del hogar, no es ni debe ser, función de la mujer.

"El ideal social no es sustraer la madre y la esposa a su misión doméstica para entregar el hogar al abandono.

"Todo eso es nefasto y malo.

"Es necesario que, a despecho de las duras exigencias sociales de nuestra época, se entienda que el trabajo de la mujer, hablo de la mujer casada, es, y debe ser, excepcional.

"No se impondrá, pues, sino allí donde los recursos del marido sean insuficientes para el sostenimiento de la casa; será con mayor frecuencia obligada a ello la mujer por el



Y en este país, en que el suelo está todavía por ocupar, ¿va la legislación a repudiar la base esencial de esa conquista, el trabajo común? ¿Va a trasplantar cuestiones exóticas a nuestro medio económico? ¿Va a condenar como tiránica la coparticipación en el trabajo de los esposos? ¿Se quedará la mujer en las ciudades, y el marido, aislado, en los campos?

Esa dirección de ideas trae la ruina de los matrimonios, la esterilidad del trabajo. ¿Hay alguien que ignora que la desunión, la separación de los esposos, trae la destrucción de los afectos, por la fuerza de las cosas, y que no hay familia en semejantes condiciones?

No. No debe la legislación fomentar deseos malsanos. No separe lo que debe estar unido. No diga que la mujer puede repudiar sus deberes más evidentes. Que luche junto a su marido. Que lo anime, le dé el calor del hogar en sus momentos de desfallecimiento. La vida no es clemente; ¿por qué hacerla más difícil?

El régimen personal que conviene en cada caso, a los esposos, no debe ser influido por disposiciones de orden le-

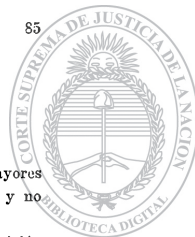
desorden del marido, o, todavía, en los matrimonios que hayan empezado en la holgura, por consecuencia de contrastes y ruinas causados por la mala administración del marido. En todos los casos, el trabajo de la mujer se presenta como un recurso supremo para subvenir al sostenimiento de los hijos y obtener para ella misma medios de subsistencia en el porvenir". Bulletin de la société d'études législatives, 1901, página 144.



gislativo que despierten ideas de abandono del deber. Los esposos sabrán lo que les conviene mejor, a ellos y a sus hijos. No es porque la mujer sea esclava que necesita de la aprobación de su marido para establecerse fuera de sus quehaceres domésticos. No. Es porque es compañera, porque está unida en la carne, como lo debe estar en el espíritu: *et erunt duo in carne una* (1).

(1) Creemos útil transcribir la opinión de un magistrado italiano eminente, que justifica la supresión de la autorización del marido en los siguientes términos:

“Esta obra de demolición del instituto efectuada lentamente por el legislador y el Juez, representa la más segura condenación del instituto mismo. Cuando un sistema legislativo no corresponde ya a las exigencias de la vida jurídica y social, pierde gradualmente su eficacia, y el intérprete de la ley se siente autorizado a limitar su alcance hasta donde es posible. En la magistratura el instituto de la autorización marital no tiene buena reputación. Todos los días se observa que la falta de autorización marital es la excepción previa de los deudores de mala fe. Las reglas que debieran tener el alto propósito de proteger los legítimos intereses de la familia son invocadas por litigantes poco escrupulosos para justificar la inexecución de las obligaciones contraídas. Por otra parte, la experiencia cotidiana causa el excepticismo sobre el valor de la autorización y el consentimiento marital. Se sabe que en el ambiente doméstico, más que las leyes del Código, vale la del temperamento; el más fuerte domina: si eso ocurre con el marido, las disposiciones legales no son necesarias; si con la mujer,



No distinguimos en el proyecto entre maridos mayores y menores de edad. La autorización es asunto moral y no patrimonial.

Nuestros proyectados artículos abrogan la disposición de la ley vigente 11.357, artículo 3, 2º, a), y vuelven al principio de los derogados, artículos 56, Ley de Matrimonio (190, Código Civil), y 13 a 18 del Código de Comercio.

Al principio tan sólo; modificamos profundamente las condiciones y efectos de la autorización y la revocación de ella.

Disponemos, ante todo, que es el Código Civil y no el de Comercio, el que regla la situación jurídica de la mujer casada para ejercer el comercio y los efectos de ese ejercicio sobre los bienes.

las disposiciones mismas son vanas porque la autorización y el consentimiento son dados según la voluntad del que los necesita. Se observa, además, constantemente, que en una sociedad conyugal bien ordenada no es necesaria la ley para obtener que la mujer no ejecute un acto de importancia económica o jurídica sin el consenso del marido; y que en una sociedad conyugal en que falta la armonía, la ley es causa ulterior de contestaciones y, quizá, de violencias. Aun sin invocar, pues, como lo hace la exposición que acompaña el proyecto ministerial, los méritos que ha adquirido la mujer durante la presente guerra, el principio de la autorización marital se borra del Código porque no corresponde más a las condiciones sociales de nuestro tiempo". D'Amelio, en la Rivista di diritto commerciale, 1917, I, página 221. Véase Stolfi, V, número 475.



No tiene relación ninguna con las reglas particulares del comercio, el saber si una mujer casada puede ejercerlos: es ese un acto ligado con sus deberes domésticos, y es efecto del matrimonio el de permitirlo o no autorizarlo.

Tampoco la tiene el determinar las consecuencias patrimoniales del ejercicio autorizado o no permitido. Son cuestiones del régimen de la sociedad conyugal que compete exclusivamente al Código Civil. (Cosack, Droit commercial, I, § 11, II; Carpentier, Code de com. allemand, notas b y c al artículo 7).

El Código Comercial hace depender exclusivamente de la voluntad del marido la autorización y su revocación, hasta en el caso de que se ejerciese un comercio al celebrar el matrimonio: artículos 13 y 16.

El civil, en cambio, permite la autorización judicial cuando el marido negase la suya sin motivo fundado y fuese necesaria o útil a la mujer o al matrimonio: artículo 194, Código Civil.

Consideramos más fundada la última solución. Es evidente en el caso de necesidad. Lo es todavía cuando no existe motivo razonable para la negativa, por ejemplo, cuando se hereda un establecimiento, cuando se contrae matrimonio por una mujer comerciante o desempeñando una profesión que no impide el cumplimiento de sus deberes domésticos.

Por eso decimos en el texto que se entiende autorizada la mujer a continuar sus tareas cuando contrae matrimonio,

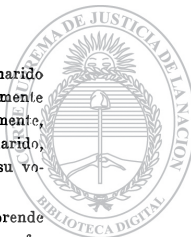


pues de otra manera debería cerrar su taller y liquidar su casa de ventas, la lechería de su granja, con perjuicio evidente, si su marido le negase su autorización para continuar la explotación existente. Debe ser regido el caso por el principio de la revocación y no por el de la autorización, que nuestros proyectados artículos no someten a la misma regla. El marido, en el caso, no procede lealmente: debió antes de casarse manifestar su oposición.

La autorización es, en cuanto a la decisión judicial, más ceñida. O hay necesidad o hay interés manifiesto. En la duda prevalece la oposición del marido. En cambio la revocación deja mayor latitud al arbitrio judicial, porque se han creado situaciones autorizadas y legítimas. Debe respetarse el estado constituido. Por eso decimos “motivo plausible” que el Juez puede apreciar según su propio criterio, aun en el caso de duda.

El Código Alemán adopta como criterio el de la apreciación judicial sobre el abuso de su derecho por el marido, sin definir en qué consiste. Creemos más conveniente la fórmula de nuestro artículo 194. En cambio, el artículo 195 deja sin recurso posible la decisión del marido en cuanto a la revocación, que puede ser caprichosa, y aun determinada por razones de encono por disidencias domésticas, falta de entrega de sus utilidades por la mujer al marido vicioso, etc. Es insostenible esa disposición.

No proyectamos en este capítulo las decisiones sobre efectos de los actos autorizados o desautorizados de la mu-



Art. 58. — No es necesaria la autorización del marido para que la mujer cambie su domicilio o ejerza libremente su profesión o trabajo, cuando haya divorcio no dirimente, separación personal de hecho, abandono por el marido, ausencia o reclusión de éste, o no pueda manifestar su voluntad por su estado de insania.

Art. 59. — La autorización expresa o tácita comprende la de todos los actos que constituyen ejercicio de la profesión, comercio o trabajo autorizado. Comprende la defensa en juicio de los derechos derivados de ellos.

No se extiende al ejercicio de otra clase de actividad.

No comprende la de contraer sociedades de la clase antes determinada o locación de los servicios de la mujer casada, si no se refiriese directamente a ella la autorización.

Art. 60. — Sólo el marido puede oponerse a los actos de la mujer casada que necesita de su autorización. No lo pueden sus herederos, a menos que aquél hubiese formali-

jer. No son solamente pecuniarios. Los tratamos en las secciones correspondientes de éste y del título siguiente.

Art. 59. — Artículos 17 y 18, Código de Comercio.

Art. 60. — La autorización marital es, según nuestro punto de vista, asunto matrimonial. Mal puede invocar la mujer la falta de ella para eximirse de las consecuencias de sus actos, desde que ella los ha obrado. Si el marido calla conociéndolos, autoriza. Sus herederos no tienen papel.

zado su oposición; en este caso pueden ejercer las acciones patrimoniales dependientes de la desautorización.

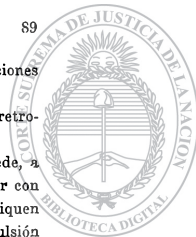
La ratificación del marido importa autorización retroactiva. Puede ser expresa o tácita.

Art. 61. — El Juez, en conocimiento de causa puede, a pedido de la esposa, eximirla de la obligación de habitar con su marido, cuando existiesen graves motivos que justifiquen su resistencia. Nunca se emplearán medidas de compulsión

Art. 61. — El Código, artículo 187 (53, Ley de Matrimonio) dispone que puede el marido pedir las medidas policiales necesarias para forzar a la mujer a habitar con él. Y además, que el Juez no puede dispensarla de esa cohabitación, sino cuando de su ejecución resultase peligro para su vida.

Pero, en primer lugar, no se comprende qué resultado puede dar el empleo de la fuerza pública. Violencias, solamente, y violencias inútiles. Si la prisión no es constante, nada se obtiene de ella. Mal se avendrá a la vida común la esposa que tiene por cárcel el hogar. Si las presiones morales, el consejo de la familia, el cariño de los hijos, no dominan la aversión, el matrimonio está roto. Dará lugar la resistencia a la separación, si la pide el marido.

Tampoco es justificada la limitación de la intervención judicial al caso del peligro de muerte. Obligar a la mujer a habitar con un beodo o intoxicado habitual, con un esposo que la injuria o maltrata, con un enfermo de enfermedades de cierta clase (artículos 2, 9 y 10, Ley de Suecia de 11 de Junio de 1920), con el que la amenaza de muerte, en



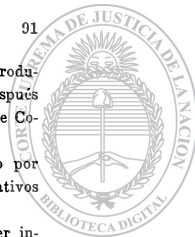


personal para hacer efectiva la prohibición del marido o la orden del Juez.

Art. 62. — Los reclamos de la mujer o del marido en los casos indicados en el presente capítulo, serán decididos sumariamente por el Juez del domicilio matrimonial, previa audiencia verbal de los interesados en los casos en que el marido pueda concurrir, y, en el opuesto, con audiencia de la mujer. Puede el Juez, antes de resolver, disponer la suspensión provisoria de los actos reclamados, si hubiese perjuicio en la demora.

una palabra, con quien incurre en causas de separación, es insostenible. No basta con decir que puede pedirse el divorcio. Puede la esposa resignarse a no solicitarlo, en consideración a sus hijos o por motivos religiosos, dignos del mayor respeto. Sin que haya peligro de vida, hay peligro de dignidad, imposibilidad moral de cohabitación. El Juez debe poder tenerlos en cuenta para proteger a la víctima, que se limita a separarse de la habitación común. Es la separación de hecho bien justificada por las circunstancias y la ley debe reconocer ese derecho humano esencial. Al marido que recurre a la policía, debe detenerlo en su atropello el Juez. Artículo 170, Código Suizo.

Art. 62. — Artículos 219, 221 y 222, Código Francés; § 1350, Código Alemán; ver Paniol, Ripert y Rouast, números 478 y siguientes; Colin y Capitant, I, página 643.



Art. 63. — La revocación de la autorización no produce efectos respecto de los terceros de buena fe sino después de su publicación en los Registros de la Propiedad o de Comercio, según el caso.

Art. 64. — El matrimonio es representado tanto por la mujer como por el marido, en cuanto a los actos relativos a las necesidades corrientes domésticas.

El marido está obligado por los actos de su mujer indicados en este artículo, en cuanto no exceden de sus poderes, de manera que puedan o deban ser juzgados o reconocidos por los terceros.

Art. 65. — El matrimonio no modifica la nacionalidad de la mujer.

NOTA. — Los artículos de este capítulo sustituyen a todos los del VIII, Ley de Matrimonio, y a los relativos a la autorización para ejercer el comercio del respectivo Código, los cuales quedan suprimidos.

Arts. 63 y 64. — Código Suizo, artículos 163 y 164; § 1357, Código Alemán; Colin y Capitant, I, página 639; Planiol, Ripert y Roust, números 391 a 394; artículo 21, Código de Comercio.

Art. 65. — La nacionalidad no es materia del derecho civil. El derecho público la rige. Se trata de relaciones de la soberanía, con los súbditos y no de relaciones privadas.

Eso no obstante, se considera por la mayor parte de los Estados extranjeros, que el matrimonio, esto es, una relación

CAPITULO VII

Del divorcio •

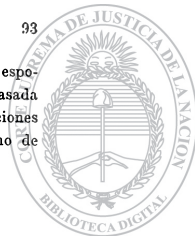
Art. 66. — En sustitución de los artículos 64, 65 y 66:



civil, cambia de tal manera la personalidad de la esposa, que desaparece incorporada en la del marido. También lo ha declarado nuestra Suprema Corte de la Nación. Sin embargo, el matrimonio ni explica la conclusión, ni la Constitución Nacional la permite. En la República la ley no puede autorizar otra naturaleza que la fundada en la **ciudadanía natural**. Artículo 67, 11º, Constitución Nacional. Sobre el estado de la cuestión en Europa, Pierard, Divorce, tomo 3, números 876 y siguientes.

Por esa doble circunstancia hemos considerado necesario el artículo proyectado. Los códigos y leyes europeos disponen lo contrario. Algunos de ellos, el Italiano, el Alemán, etc., consideran que la nacionalidad es determinante de la ley civil que rige las personas en su capacidad y estado y por extensión a las sucesiones. Debemos decir que es contrario al derecho público de la República el principio de la nacionalidad de la esposa argentina por absorción de la de su marido. Y si es contrario al derecho público, no se aplicarán en nuestro país las leyes extranjeras que lo contradicen: artículo 14, 1º, Código Civil.

• La cuestión del divorcio ha adquirido grave importancia. Nuestra legislación no admite sino el que produce



No hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Sólo existe por sentencia del Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada. Son nulas las convenciones que tengan por objeto restringir o ampliar el derecho de los esposos para solicitar el divorcio.

la separación personal. El vínculo matrimonial subsiste; aun después de pronunciado, los esposos no pueden contraer nuevas nupcias. Los hijos que engendran son adulterinos.

Pero la ley ha experimentado una *capitis deminutio*. El divorcio extintivo del vínculo ha penetrado en la República por la vía de la colusión. Los que quieren divorciarse no necesitan salir del país: hay agentes que se encargan de entregarles la sentencia extranjera que los declara libres. Y contraen matrimonios, sea en el mismo lugar en que se dictó la sentencia — también sin necesidad de trasladarse a él, — sea en nuestro país, porque no sabemos cómo, el Registro Civil ha o había creado interpretaciones legales que lo permiten.

Es un hecho público, que los casos de divorcio total se producen en número cada día más frecuente. No se divorcia el que no quiere. Hasta por mutuo consentimiento.

Por esa causa la cuestión del divorcio ha tomado un carácter de actualidad que no permite eludirla. No está solamente en juego la condición de los esposos: lo está la legitimidad de los hijos engendrados en la nueva unión, inocentes de los actos de sus padres. Las cuestiones de sucesión van a tomar un carácter cada vez más complicado, y las



liquidaciones de la sociedad conyugal darán margen a litigios enconados.

Y una de dos: o se adoptan graves medidas respecto de los efectos legales de los divorcios autorizados por tribunales incompetentes, y sobre la validez de los nuevos matrimonios — y con eso el mal se agravará, probablemente sin impedir el hecho fundamental si se persiste en limitar los efectos del divorcio, — o se establece la institución para encerrarla dentro de términos prudentes. Lo que no se puede, es dejar las cosas en el estado en que se encuentran.

Por eso, estudiamos las distintas soluciones que pueden proponerse, venciendo nuestra resistencia a levantar cuestiones que hubiéramos preferido dejar adormecidas. Los hechos las han despertado, y hay que afrontarlas. Estamos exactamente en la situación que tanto daño causa en los E. U. Hay Estados que facilitan el divorcio a los no domiciliados en él, y por su mutuo consentimiento. Inútil es, por consiguiente, que, en la mayor parte de ellos, se tomen disposiciones para impedirlos o reservarlos para los casos graves. Con trasladarse los esposos, quedan libres de su estado. Depende de su voluntad el matrimonio.

Y así como en aquel país se juzga necesario reformar la legislación constitucional que da origen a la grave perturbación, y establecer una ley federal uniforme de divorcio, para restituir al matrimonio su fuerza orgánica, así es menester entre nosotros pensar en la situación que se ha creado y ver de dominar el inconveniente surgido para la



aplicación de nuestra legislación. No admite aplazamiento la solución.

Pero, ante todo, planteemos exactamente la cuestión del divorcio. No es un problema de orden religioso. Es uno de legislación.

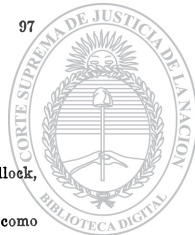
No es un problema religioso porque cuando nuestro artículo 198, Código Civil, dispone que el divorcio no produce la disolución del matrimonio y sólo causa la separación de los cónyuges, ha dictado una regla común que no autoriza conclusión distinta para ninguna comunión religiosa. La solución comprende a todos, católicos y no católicos. Si coincide con la doctrina de los primeros, es opuesta a la de los otros. La ley, por consiguiente, prueba que la proscripción del divorcio no es derivada de motivos religiosos que no puede imponer a las personas de credo distinto. Resuelve, aun contra las creencias que constitucionalmente respeta, porque resuelve una cuestión social, por la regla legislativa que considera procedente.

Y no es problema religioso, además, porque la ley que admite el divorcio no es obligatoria, sino facultativa. No impone al que piensa que el divorcio disolutivo le es vedado por su conciencia, esa solución. Lo deja Juez de solicitoria o pedir solamente la separación personal. Y esa decisión es soberana. La ley respeta su voluntad. Hasta cuando es culpable un esposo demandado, es libre de usar de la facultad que la disolución del vínculo le ha procurado, como el viudo que es libre de casarse o no casarse. La sentencia no afecta su concepto religioso.



Y por último, no es problema religioso, como no lo es el del matrimonio civil, porque no es, éste, obstáculo para la celebración del religioso. Usarán o no de su derecho los esposos. Y si eso ocurre con el matrimonio, que es civilmente obligatorio, mayor razón hay para el divorcio, que es libre y depende únicamente de la decisión optativa de quien lo requiera. Porque no es problema religioso, Bélgica, los Estados del Rhin, conservaron el divorcio establecido por el Código Napoleón no reformado; Hungría lo ha establecido por su ley de 1894, artículo 73. Portugal, por la de 1910, artículo 1º; Tchekoeslavia, por la de 1919, artículo 22. Y sus poblaciones católicas nunca pensaron que su conciencia quedaba violentada. En el primero de aquellos países ha gobernado por largos años el partido que se llama a sí mismo católico. En el segundo, también ha predominado el llamado en Alemania de la misma manera. Jamás se produjo movimiento de opinión que inspirara una iniciativa para la abolición del divorcio absoluto.

En Alemania, casi un tercio de la población de Prusia, dos de la de Baviera, la mitad de la de la orilla izquierda del Rhin, es católica. El divorcio funciona, sin dificultades nacidas del concepto religioso. Pollock, dando cuenta de la publicación del Report of the Royal commission on Divorce, dice: "Es un hecho notable, aunque ignorado, a lo menos por un controversista católico, que la iglesia de Roma, confiando en la fuerza de su disciplina espiritual sobre los fieles se allanó a las disposiciones del Código Civil germánico



sobre divorcio, que están en vigencia desde 1900" (Pollock, *Essays on the law*, página 286).

En Inglaterra no existía divorcio absoluto sino, como entre nosotros, separación de lecho y habitación, en virtud de las opiniones adoptadas por la Iglesia Anglicana, la cual conocía de las causas matrimoniales cualquiera que fuese su objeto. Para obtener el absoluto era menester una ley del Parlamento en cada caso.

En 1857 se sancionó el Matrimonial causes act (20 y 21, Vict. C. 85), por el cual se autorizó el divorcio dirimente, y se sustrajo a la jurisdicción eclesiástica, para atribuirlo a la civil común, el conocimiento de las causas matrimoniales.

No era, pues, el divorcio asunto de orden religioso. Al contrario, se modificaba el derivado de él, por muchos siglos, y esto que, como se sabe, la Iglesia Anglicana constituye una institución del Estado. Contra sus cánones, se establecía el divorcio.

Despejada así la cuestión, queda un problema de legislación civil que examinar, con independencia de toda consideración de orden confesional.

El matrimonio indisoluble por su condición orgánica no ha podido mantener con inflexibilidad su principio. Basta leer la nómina de las causas que la ley menciona como suficiente justificativo de la separación de los esposos, para comprender que hay hechos de tal gravedad, que son incompatibles con la unión matrimonial.



Los esposos se deben fidelidad, y el adulterio la destruye. Se deben cohabitación, vida común, y la sevicia la destruye. Se deben protección, ayuda, y el abandono, el atentado contra la persona del cónyuge las destruye. Se deben, en una palabra, afecto, consideración, unión perfecta, y eso es incompatible con las injurias graves, el adulterio, el abandono, los actos de crueldad.

Y ha debido capitularse. Aunque indisoluble el matrimonio, los hechos lo han disuelto. Y se autoriza la separación. Los esposos separados, separarán sus bienes, sus personas, sus hijos. Del matrimonio, unión indisoluble, queda el matrimonio destruído, con un abismo de odios, de recuerdos insoportables, de ofensas inolvidables. El matrimonio moralmente no subsiste: queda una sombra, una forma, un recuerdo pasado, amargo. Queda una mentira convencional: ¿cómo hablar de matrimonio, de unión? ¿No es, acaso, un *consortium omnis vitæ*?

Cuando, por consiguiente, se oponen al divorcio absoluto los inconvenientes de la disolución, se comete una constante petición de principio.

Subsiste el matrimonio, se dice, porque es perpetuo por la vida. Y si lo es, ¿por qué se autoriza la vida independiente, de la separación personal?

Subsiste el matrimonio, se repite, y el deber de fidelidad, con él. ¿Fidelidad? ¿Pero no fué el adulterio la causa de esa separación? Y si lo fué, ¿qué situación decorosa se deja para el porvenir? ¿El olvido de la ofensa? ¿El cuidado



del hijo de la ignominia constantemente recordada con su sola presencia?

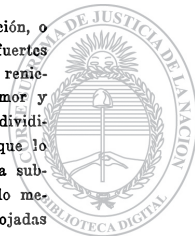
Subsiste el matrimonio en bien de los hijos comunes, para educarlos en el hogar, para cubrirlos con el afecto constante de los padres, se pretende. Pero si es así, ¿cómo se autoriza la separación de los padres? Es evidente la contradicción de concepto. El divorcio no puede ser absoluto por causa de los hijos. Pero puede ser autorizado *ad thorum et mensam*, aunque haya hijos, que sufran por esa disolución efectiva de los vínculos matrimoniales.

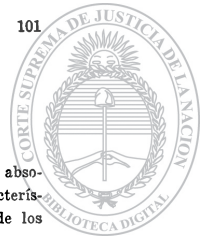
Agréguese que esos esposos que se pretenden esposos por la vida, pueden perseguirse, infamarse, enviarse a presidio: artículos 184 y 204, Código Civil. Mientras la mujer acusada por adulterio cumple su prisión, el marido continúa su acción de desconocimiento de la paternidad — de ese hijo que se reprocha al divorcio absoluto, no proteger, — y mientras el marido cumple en el penal su condena por heridas o atentado contra la vida de la mujer, ésta prosigue su acción de liquidación de los bienes, con todas las incidencias, enconadas, de acusación por defraudación o abuso de administración, etc.

¿Y esa ley que autoriza esta persecución constante, esa deshonra pública de las imputaciones, nos dice todavía que hay matrimonio y que estos seres que se persiguen y se infaman son esposos?

“La separación es la condición anómala de los casados que envuelve la cesación de relaciones domésticas, mientras

continúa el impedimento para casarse. O por su elección, o por necesidad, como sea el caso, echan de lado las fuertes salvaguardas del hogar y del mutuo compañerismo, reniegan sus más solemnes obligaciones de protección, amor y estima por la vida; continúan unidos en la forma y divididos en el hecho. El espíritu del contrato, todo lo que lo ennoblece y dignifica, ha desaparecido; pero la letra subsiste. Ambas partes se someten, en cierto grado, a lo menos, a la degradación del escándalo público; son arrojadas separadas al mundo sin el derecho de amar y ser amadas otra vez; el pensamiento de encender nuevas llamas en el altar de la felicidad doméstica es criminal; y privadas del bienestar (confort) y apoyo mutuo, encontrando en la sociedad, en el mejor de los casos, sólo tímida simpatía y consuelo, debe ser su carácter moral fuerte, y doblemente debe serlo el de la esposa, para que puedan luchar con éxito contra la corriente que los empuja hacia la destrucción. No puede favorecer la política pública semejante estado de cosas; pero la ley, a veces, lo permite, sin otra razón que la de no poseer medio adecuado para contener o prevenir el mal; y de aquí puede parecer más expediente para los tribunales favorecer los contratos ajustados por el desgraciado par a fin de mitigar sus desavenencias, que entrometarse en luchas domésticas y tratar de obligar a una cohabitación resistida". Schouler, Marriage, I, § 1060. En el mismo sentido, Motivos del Código Alemán, IV, página 562.





La separación tiene todos los efectos del divorcio absoluto respecto de la unión misma de los esposos, característica y esencial del matrimonio, y la tiene respecto de los hijos. Tiene, además, el inconveniente propio de ella, que el divorcio salva, de no permitir a los esposos la restauración de su vida moral, por la constitución de una familia que los libra “de la corriente que los arrastra” hacia situaciones oscuras y desgraciadas para ellos, y para los bastardos que engendran. Son los hijos los que, en definitiva, son heridos por la política de la ley.

Pero aquí nos detiene una constante objeción. El divorcio favorece la desunión. Su perspectiva incita a la comisión de hechos que lo autoricen. Su imposibilidad es un freno que contiene a los desavenidos. Es mala política social autorizarlo. La resignación salvará a muchos esposos desgraciados.

Y se invocan estadísticas para demostrarlo. Desde que se introdujo el divorcio en Francia, crece anualmente su número en progresión alarmante. En 1886 hubo 2.950. En 1913, pasó de 15.000. La guerra trajo un aumento mayor: era en 1922, de 27.684, y en 1923, disminuyó a 23.599.

Y se concluye: ¡prueba evidente de que el divorcio favorece las desuniones! Post hoc, ergo propter hoc.

Hubiera convenido, sin embargo, traer la prueba de la afirmación. El divorcio ha aumentado constantemente en todas partes del mundo. En Inglaterra, en Bélgica, en Suiza, en Alemania, en los Estados Unidos, en Francia. En Bél-



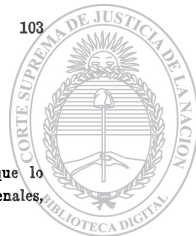
gica hace un siglo y cuarto que existe, y sin embargo, aumenta el número. En Alemania, en Suiza, desde hace varios siglos, y aumenta. En los Estados Unidos ocurre lo mismo.

Si es así, ¿cómo se pretende que es la introducción de la ley lo que en Francia ha determinado el aumento? Habría que traer otros datos.

Pero no son los divorcios solamente los que acrecientan. También han aumentado las separaciones en Francia, desde que se ha autorizado el divorcio dirimente. De 565 en 1836-40, pasaron a 3.010 en 1883, y de 2.821 en 1884, en que se estableció la ley actual, pasaron a 3.404 en 1922 y a 3333 en 1924. (Richardot, Les pactes de séparation, página 434).

Y no es sólo el número de los divorcios y el de las separaciones lo que acrece: es la criminalidad en general, es el número de las condenaciones por adulterio, es el de los abandonos, de las quiebras, de los suicidios. Aumenta la embriaguez y la intoxicación por otros medios, la afluencia de los habitantes a las ciudades, la deserción de los campos, el obrerismo en hombres y mujeres, la ambición, el ansia de lujo. Aumentan, en una palabra, todos los factores que llevan al adulterio, el abandono, a las sevicias, a los hechos generadores del divorcio. Son las causas de él las que aumentan. ¿Cómo sorprenderse después de que la guerra haya traído una exacerbación de demandas? (1).

(1) Véase Bryce, Modern democracies, II, página 525. "El aumento de los divorcios imputado como un cargo a la



Imputar a la ley de divorcio las desuniones que lo traen, es como imputar a la sanción de los códigos penales, el aumento universal de la criminalidad.

Pero examinemos más de cerca, la tesis.

Uno de los mayores títulos de la Iglesia católica al reconocimiento de los pueblos civilizados, es la enérgica persistencia en combatir la repudiación de las esposas, y el concubinato, y la poligamia presente o sucesiva, de los poderosos, en la Edad Media. ¿Pudo impedir a los reyes francos que viviesen al mismo tiempo con varias esposas?

Bajo Carlomagno, afianzó la iglesia su influencia. No pudo obligarle a conservar sus esposas, que repudió varias veces, ni impedirle la poligamia y el concubinato contemporáneos. Los señores se divorciaban cuando les convenía: consideraban el matrimonio como alianza territorial de feudos. Los Capetos repudiaban a las reinas. Felipe Augusto — ¡el cruzado! — Rey de Francia, lo hizo con su esposa, autorizado por el Concilio nacional de Compiègne. Es un honor del Papa Inocencio III haberle obligado a recibir a la reina Yngeburge (2). La Corte de los Valois, la de los

legislación de la República (en Francia), agrega, es un hecho de la sociedad moderna en todos los países, y no es mayor la moralidad en los que prohíben el divorcio absolutamente que en aquéllos que lo permiten". Ibid, I, página 325.

(2) Glasson, *Historie du droit et des institutions de France*, tomo 3, páginas 5 y siguientes; Richardot, *Les pactes de séparation amiable*, páginas 28/9; Luchaire, *Innocent III, Les royautes vassales*, página 247; Henry Martin, *Histoire de France*, III, página 561.



Borbones, era centro de inmoralidad pública, no disimulada. El siglo XVIII, en ese país, y en toda Europa, fué el de la más profunda corrupción de costumbres que el mundo ha conocido. Y en Francia no había divorcio. Pero había separación de cuerpos. ¿Impidió el adulterio?

En Francia se derogó el Código Napoleón, que admitía el divorcio, y se estableció el limitado. En Bélgica se conservó. ¿Fué en ésta mayor la depravación de las costumbres, que en la Francia del Imperio? ¿Aumentó o no, en ésta, la corrupción de los matrimonios? ¿No aumentaron las separaciones, porque no autorizaban nuevo matrimonio? (1). ¿Hubo menos adulterios que en Bélgica?

Decir que una mujer honesta cometerá adulterio, sólo porque así se libraré de su marido; decir que éste la apaleará, o la injuriará, o la envilecerá, para divorciarse de ella, es afirmar una proposición cuya falsedad se demuestra con la simple observación de nuestro medio ambiente. La mujer honesta, el hombre de bien, no ejecutan hechos de esa especie. La mujer adúltera, el hombre corrompido, son los que porque lo tienen en su moralidad, en su sangre, realizan los hechos generadores del adulterio o la sevicia. El divorcio es un efecto: tiene causas ajenas a él. Esas causas existen con el mismo carácter y frecuencia, en los países que sólo admiten la separación de cuerpos: la Francia de los siglos XVIII y XIX, por ejemplo.

(1) Véase la estadística en Tissot, *Le mariage et le divorce*, desde 1840.



Y no porque haya o no haya divorcio absoluto, la familia francesa, la de los Estados Unidos, la de Inglaterra, la de Bélgica, Suiza, Alemania, Holanda y todos los países del Norte de Europa, han dejado de ser centro de austeras virtudes. La inmoralidad que pasa por la calle, no entra a esos hogares.

La estadística — esa estadística que se invoca, — ha demostrado dos cosas:

Que es mucho mayor el número de divorcios pedidos por las esposas que el de los solicitados por hombres.

Y el dato cobra mayor valor si se recuerda que la ley francesa anterior, como la inglesa, y otras ahora, no equiparan el adulterio del hombre con el de la mujer.

Y ha demostrado, además, que es mucho más considerable el número de divorcios pedido por obreras, y, después de ellos, por las clases superiores de fortuna; el menor número, pero mucho menor, es el de divorcio de personas de condición acomodada, comerciantes, profesores, industriales, médicos, agricultores.

Es, pues, hecho constatado. Es la embriaguez habitual, la haraganería, el juego del marido, que según Laurent, son la grave causa de la miseria del hogar obrero, la que determina a la mujer a reclamar su liberación de una situación insoportable (1).

(1) Se trata de hechos notorios. Ver Sourdois, *Les droits de la femme sur le produit de son travail*, Rev. trimestrielle, 1907.



Y en la clase rica no es la mujer única autora de hechos disolventes del matrimonio: es también la víctima de la corrupción marital. ¿Cuánta parte tiene en esa situación el sistema dotal? No lo dicen las estadísticas tendenciosas. Pero los matrimonios hechos al salir del convento, entre gentes que no se conocen, en que sólo se consideran intereses y no inclinaciones, y condiciones morales, pueden significar mucho más de lo que se pretende, para explicar el aumento del divorcio.

¿Por qué en las clases medias, del trabajo, la ilustración, el respeto mutuo, es menos frecuente el divorcio? ¿Por qué la familia francesa es tan vigorosa? ¿Por qué el divorcio no la anarquiza?

Queda, todavía, un peligro que no hemos estudiado. Se ha notado en Francia que la colusión se ha extendido. Es general. El marido que quiere librarse de su mujer, la mujer adúltera harta de su esposo, se convienen en simular la existencia de causas de divorcio. Ya existen, pero el culpable no puede iniciarlo. Se produce entonces una agravación de los hechos en el autor de ellos, si es necesario, para forzar al cónyuge resignado, hasta desesperarlo y consentir en pedir el divorcio para librarse de la tortura moral.

Parece que el hecho es frecuente. Entre nosotros la colusión es necesaria para ocurrir ante Tribunales extranjeros complacientes. Y se vende el marido, generalmente, pues exi-



ge pago al contado para que su mujer se libre de él. En otros casos es gratis para la mujer liviana (1).

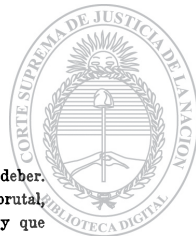
La colusión es de muy distintas maneras. La hay cuando, existiendo una causa legal efectiva, se conviene en callarla para evitar el deshonor de la madre en presencia de los hijos, y se supone otra también legal, pero menos denigrante. Hay adulterio, por ejemplo, y se declaran solamente supuestas injurias graves de otra naturaleza.

La hay todavía por no poder resistir, decíamos, la violencia constante del cónyuge culpable, para obtener que su esposo resignado, porque cree todavía en la desaparición de hechos que quiere suponer pasajeros y espera recuperar el afecto de su cónyuge, pida el divorcio. Hay causas legales efectivas, y lo que se trata es de imponer su voluntad por el que no puede pedirlo.

Hay, por último, la colusión brutal para obtener un divorcio sin causa suficiente, por acuerdo de los esposos.

Todas esas colusiones no ofrecen otro peligro que el de no poderse distinguir por el Juez que ha de juzgar de ellas. Pero pueden evitarse en gran parte por la restricción que proyectamos en el divorcio por injurias graves. Las demás

(V) Véase Tissier, Rapport sur la question de l'extension des causes de divorce, en el Bulletin de la société d'études législatives, 1906, página 117, y su informe, en el mismo, páginas 180 y siguientes, así como su discusión por la sociedad, y los diferentes estudios por César-Bru y por Tissier, páginas 232/43.



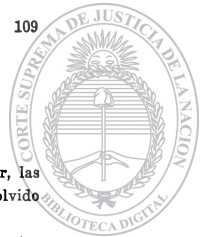
causas no pueden simularse si el Juez cumple con su deber. El adulterio, el atentado contra la persona, la sevicia brutal, son hechos que no se pueden probar por confesión, y que necesariamente dejan rastros que revelan la verdad.

Pero de todas maneras, la colusión no es peculiar del divorcio absoluto. La hay, idéntica, exactamente la misma, en la separación personal. También puede convenirse presentar como existentes hechos supuestos. No es objeción contra el divorcio. Lo es contra todas las instituciones de derecho civil. La simulación todo lo invade: el derecho de las obligaciones, el de las sucesiones, el derecho de familia. Se suponen créditos y enajenaciones para defraudar a los acreedores y a los herederos o la esposa. Se reconocen falsamente hijos legítimos o naturales. Hasta se atribuyen hijos legítimos a los maridos abandonados, inscriptos como de él en el Registro Civil.

El remedio contra la colusión consiste en la vigilancia judicial. Para eso se da intervención al Ministerio Público.

Como lo hemos expresado, se ve que entre el divorcio absoluto y el restringido, no median diferencias en daño de los esposos y de los hijos. No las hay sino en cuanto a la posibilidad de contraer nuevo matrimonio.

Es el pensamiento fundamental, dominante, en esta diferencia, el de que calmadas las pasiones, las desavenencias, que trajeron la desunión, puedan los esposos restaurar la unión interrumpida. El interés de los hijos, el de los es-



posos por reconstituir la situación patrimonial anterior, las influencias de familia, pueden traer por su acción el olvido de los agravios.

Desgraciadamente, esto no es cierto. Sólo las reyertas conyugales que no afectan de manera fundamental la unión podrían permitir esa esperanza. El remedio está en las condiciones restrictivas que luego proyectamos para el divorcio por injurias u ofensas.

Pero el adulterio, el crimen, el abandono, la embriaguez consuetudinaria, ¿pueden olvidarse? ¿Y qué unión será la que podría resultar en lo sucesivo entre los esposos, después de la deshonra del juicio que condenó a la mujer por adulterio, que la llevó a la cárcel, o del que declaró al marido autor de un atentado contra la esposa, y de que resultó una condena a presidio? ¿Qué de la unión con el marido que huyó abandonando en la puerta de la casa en que vivían, a su esposa e hijos pequeños, que dejaba en la calle material y moralmente? (1)

¿Puede olvidarse? ¿Puede perdonarse en esos casos? ¿Influirá la familia de la víctima para que se reuna con el ofensor?

No es, pues, verdad que haya motivo razonable para negar al esposo traicionado en sus afectos, desesperado por la decepción, el derecho de pedir la disolución de un matrimonio disuelto en la verdad verdadera de las cosas.

(1) Conocemos dos casos de semejante abandono en la vereda de la casa.



Las primeras naciones del mundo, las que están a la cabeza de la civilización, Inglaterra, Francia, Estados Unidos, Bélgica, Alemania, Suiza, Hungría, todos los estados del norte de Europa, han entendido que no existe ningún interés público comprometido, en oponerse a la disolución en casos extremos, limitados, juzgados por la autoridad de sus jueces; disolución de la unión personal, disolución de las relaciones patrimoniales, disolución del vínculo roto por el crimen o por la violación de todos los deberes de afecto, protección y ayuda que constituye el matrimonio.

¿Por qué? Porque, en todos, hasta los que participaban de credos religiosos opuestos — Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, etc., — se ha visto que la separación limitada constituía una contradicción fundamental. Se destruía la unión, se desataban todos los lazos que la constituían y se dejaba la sombra de la realidad desaparecida. Han considerado, no porque crean que es el matrimonio un contrato que se desata cuando los contratantes lo convienen, sino porque **ven en él una institución de orden público**, que la ley no puede imponer al divorciado el celibato perpetuo y el adulterio. Han pensado que es su derecho el de constituir nuevo hogar, y que interesa a la cosa pública que la familia se reconstituya para dar legitimidad a las relaciones y dignidad a los hijos que nazcan de ellas.

La civilización impone al matrimonio el carácter de una unión definitiva. Los estados que marchan a su cabeza han modificado sus leyes y establecido el divorcio absoluto, por-



que lo consideran necesario y moral. No es contrario a la indisolubilidad de la unión. Sólo lo es el acuerdo voluntario de las partes. No es el matrimonio una institución privada.

Pero la custodia del principio es entregada al poder judicial. De su manera de desempeñarla depende la integridad del matrimonio. Si se penetra de la grave responsabilidad que pesa sobre él, la familia está garantizada en su existencia. Si la desempeña con indiferencia, se convierte en instrumento de las más bajas pasiones, que corrompen la institución fundamental de toda sociedad civilizada.

La cuestión del divorcio es una cuestión de Poder Judicial. Descansa esencialmente en la leal aplicación por los jueces de la ley que lo autoriza.

Su misión fundamental es la de mantener la integridad, la perpetuidad del matrimonio. No hay divorcio por mutuo consentimiento. No lo hay por circunstancias pasajeras, por disentimientos que es deber de los esposos no producir. Sólo lo consiente la ley por hechos de tal gravedad que impiden necesariamente la vida conyugal e implican escándalo para la familia, deshonra y mal ejemplo para los hijos.

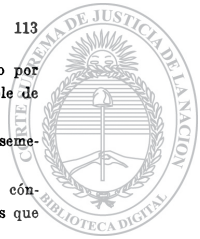
Interpretar con laxitud las situaciones, admitir con indiferencia las versiones tendenciosas de los postulantes o las pruebas colusivas que producen; ver, en una palabra, materia de divorcio en cualquier desagrado, por fundado que sea, ante el estallido de palabras airadas, o las explosiones de cólera más o menos provocadas, es traicionar el deber del



magistrado. La ley les ha deferido la grave tarea de pesar los hechos y defender el matrimonio, interés supremo del Estado. Si a pesar de ello, hay violencias, víctimas de la tiranía doméstica, del abandono, del adulterio, deber del Juez es amparar a los que injustamente sufren. La regla es, en caso de duda, la mantención del matrimonio: la excepción, el divorcio.

El divorcio descansa en la integridad, la fortaleza, el sentimiento del deber, de los jueces (1).

(1) Carece de objeto presentar citas de la por demás frondosa literatura del divorcio. Hasta los autores de teatro y los novelistas, se han especializado en él, dando margen a la observación de que, antes de establecerse el divorcio en Francia, todos ellos escribían a su favor, y después, casi todos escriben en contra. ¡Cosas de teatro! Felizmente los juristas son más consecuentes. Además del trabajo de Tissier ya citado, recomendamos la lectura de la discusión a que dió lugar en la Société d'études législatives, y de los trabajos de la Comisión nombrada por la Cámara de Diputados del Brasil, para estudiar el proyecto de Código Civil (Trabalhos da comissão especial, volumen V), especialmente los pareceres de los señores Adolpho Gordo y Anísio de Abreu, a favor, y de los señores Coelho Rodríguez y Bevilacqua, en contra. Votaron en este sentido algunos miembros, entre ellos, el Presidente, señor Seabra, declarando expresamente que eran decididos partidarios del divorcio, pero sabían que



Art. 67. — El divorcio sólo podrá ser demandado por un esposo contra su cónyuge cuando éste fuese culpable de uno de los hechos siguientes:

1º Adulterio u otro acto carnal de naturaleza semejante con personas de cualquier sexo; bigamia;

2º Cuando ha atentado contra la persona de su cónyuge, o cuando por una violación grave de los deberes que

Art. 67. — La acción de divorcio es inherente a la persona del cónyuge. Sus representantes legales o convencionales no pueden ejercerla a su nombre, salvo el apoderado con poder especial que expresa la acción que ha de intentar y la causal invocada.

Los menores emancipados la ejercen por sí mismos, sin necesidad de curadores especiales: para eso son emancipados. El artículo 7º de la ley sobre derechos civiles de la mujer asimila a la mayor de edad, la menor emancipada. Es de buen sentido deducir de ella que el marido debe en

en la Cámara no sería aceptado, por lo que juzgaban ocioso votar, según su personal opinión.

Para el derecho norteamericano, véase Schouler, I y II, y Keezer, Marriage and Divorce, capítulos 14 y siguientes. Para el Inglés, Halsbury, Laws of England, tomo 16, Vº Husband and wife, y Browne and Watts, Marriage and divorce. Para el Belga, Laurent, Avant-projet, tomo 2º, y Pierard, Divorce et séparation de corps, 3 vol. Para el de Suecia, Réau, Lois suédoises sur le mariage.

nacen del matrimonio, o por su conducta deshonrosa o inmoral, se ha hecho culpable de una turbación profunda de las relaciones conyugales que no permita exigir del demandante la continuación del matrimonio. Las sevicias e injurias graves se consideran violaciones graves de los deberes;

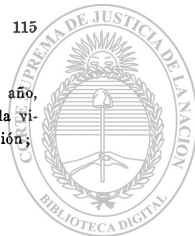


contrarse en el mismo caso para usar de sus derechos en las relaciones de familia.

————— **Inciso 1º** El marido y la mujer se encuentran en igual situación en cuanto al adulterio. No se exigen en el primero otras agravaciones. El deber de fidelidad es recíproco: artículo 230, Código Francés, reformado por la ley de 1884; § 1565, Código Alemán; artículo 137, Código Suizo; artículo 264, Código Holandés; artículo 8, ley de Suecia; artículo 59, ley de Dinamarca; artículo 76, ley de Hungría.

“El adulterio, considerado por sí mismo, debe ser causa de divorcio, emane del marido, emane de la mujer, a causa únicamente de su gravedad intrínseca; pero cuando emana de la mujer, se pueden agregar a su gravedad intrínseca todas las consecuencias que puede entonces producir. Pero lo que es una razón más en la mujer, no debe constituir una razón menos respecto del marido”. Huc, 2, número 286.

En cuanto al agregado que ponemos en nuestro artículo al adulterio, es desgraciadamente un agregado que ha debido ponerse en casi todos los códigos y leyes especiales recientes. § 1565, Código Alemán; artículo 8, ley de Suecia;



3º Abandono malicioso. Sólo se considera tal:

a) Cuando el esposo no ha cumplido durante un año, la resolución judicial que ha dispuesto su reintegro a la vida común sin causa justificada posterior a la resolución;

59, de Dinamarca; 76, de Hungría, etc. Puede no haber adulterio en la bigamia: por eso se enuncia. § 1565, Código Alemán.

————— **Inciso 2º** Nuestro inciso comprende los actuales, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 67, Ley de Matrimonio vigente. Pero con una redacción no solamente menos casuística, sino también más comprensiva, principalmente tomada de los § § 1566 y 1568, Código Alemán; de los artículos 136, 139, y 142, Código Suizo, y de la doctrina francesa interpretativa de los artículos 231 y 232, Código Francés (reformado).

Así, por ejemplo. La ley habla de tentativa contra la vida del cónyuge. Puede no ser tentativa y sí delito efectivo, no contra la vida, pero sí contra la persona por mutilaciones, lesiones, secuestro y otros atentados contra la salud, la integridad, la propiedad, la libertad. Verdad es que todo eso se hace entrar en la idea de sevicias y malos tratamientos. Los escritores franceses lo encierran en la noción general de excesos, sevicias e injurias graves. Pero si es así, ¿por qué la tentativa contra la vida no es sevicia o injuria? Y lo mismo puede decirse del § 1566, Código Alemán. El artículo 136, Código Suizo, se acerca más a nuestro concepto, sino a nuestra redacción.

b) Cuando maliciosamente y contra la voluntad del demandante su cónyuge se ha ausentado del país o a lugar ignorado, por el término de un año;

Pero es la verdad que la del § 1568, Código Alemán, constituye una fórmula más exacta y comprensiva, con la precisión suficiente para ceñir las interpretaciones e impedir las demasiado complacientes. La jurisprudencia francesa ha extendido de tal suerte la idea de injuria, que ya no puede precisarse qué no será injuria. La conducta ligera o poco recatada de la mujer es, según ella, injuria a su marido, y lo mismo la del marido, para su mujer. Todo cabe en la noción de injuria, y de ahí que los escritores franceses culpen a su judicatura de excesos de facilidad en la concesión de los divorcios. Porque si la injuria debe ser apreciada según las condiciones de educación y otras de que habla el 5º de nuestra ley, unos cuantos "tours de waltze" como se suele decir, bastan para encontrar injuria en la conducta de un esposo, y a la inversa, la sorpresa de ciertas cartas puede considerarse como indiferente.

La comunicación de ciertas enfermedades también se considera "injuria", cuando no sevicia. Y por este estilo, una enormidad de hechos que no corresponden a esa noción, se hacen entrar, cuando se quiere, en el cuadro legal.

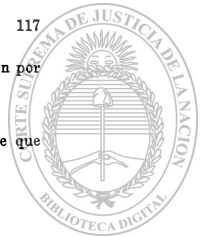
De ahí nuestra adopción de la regla general bien precisada del § 1568, Código Alemán, que encierra todos los casos, hasta el de condenación a pena infamante de que habla el artículo 232, Código Francés, lo que hace depender



4º Estado habitual de embriaguez o de intoxicación por otros estupefacientes.

Ninguna otra causa podrá ser invocada.

El adulterio no podrá ser invocado por el cónyuge que lo provocó o lo favoreció.



de un juicio criminal, la conducta deshonrosa o inmoral que mencionan aquél y el artículo 139, Código Suizo, sin exigir requisito alguno de condenación. Es difícil ver una injuria al cónyuge, dirigida a él, en la acción del jugador fullero o del empleado defraudador, a quien todos señalan con el dedo, y la prueba de ello está en que el artículo 232 del Código Francés no encierra el hecho en la fórmula del 230. Nuestra ley vigente no permitiría pedir divorcio contra el condenado a presidio por los delitos más infamantes, a menos de seguir a la literatura francesa en su concepto de la injuria.

—————**Inciso 3º** La ley vigente menciona esta causa de divorcio exigiendo que el abandono sea voluntario y malicioso.

Nuestro texto no solamente fija un término de duración, sino también precisa cuándo se entiende malicioso el abandono, de acuerdo con la doctrina de los códigos Alemán, § 1567; Suizo, artículo 140; Holandés, artículo 266, que exige cinco años; Ley de Hungría, artículo 77; Ley de Dinamarca, § § 56 y 57; de Suecia, § § 5 y 6; de Tcheco-eslavia, artículo 13; C. Uruguay, artículo 8; Méjico, artículo 267;



Ley de Divorcio, de Cuba, artículo III, número 9°. Difieren mucho sobre la duración del término: van desde seis meses a cinco años. Pero siempre se exige uno. Tiene por motivo no solamente caracterizar el abandono, sino también dar tiempo para calmar las desinteligencias que puedan haberlo determinado y permitir las influencias de la familia para evitar el divorcio.

Cuando se conoce el lugar en que está el desertor, la acción que procede es la de reintegro del hogar, que antes hemos proyectado. Cuando no se conoce, se procede a la demanda de divorcio sin necesidad de sentencia preliminar, y al llamado por edictos; y lo mismo cuando la persona culpable se hubiera trasladado al extranjero, pues está bien marcada por el hecho, la deserción, y no existe domicilio estable. § 1567, 2, Código Alemán, y artículo 203, Código de Procedimiento Civil Alemán.

————— **Inciso 4°** La doctrina francesa y belga incluye la embriaguez y la intoxicación habituales entre las injurias que autorizan el divorcio. Pierard, *Divorce*, I, número 175; Colin y Capitant, I, página 209; Planiol, Ripert et Rouast, *La famille*, número 530. Es igualmente admitida como causa suficiente por casi todas las leyes de los Estados Unidos (Keezer, *Marriage*, número 310; Schouler, II, número 1555).

En cuanto a la exclusión de otras causas de divorcio, véase el estudio e informe de Tissier antes citados.

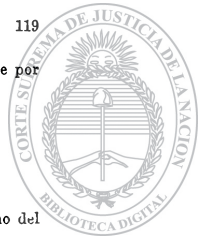
Art. 68. — La demanda de divorcio puede limitarse por el esposo a la separación personal.

Art. 68. — Es universalmente reconocido el derecho del cónyuge para limitar el alcance del divorcio a la separación personal, lo que equivale a decir que ésta puede pedirse en los mismos casos que el divorcio.

Pero el § 1575, Código Alemán, permite al esposo demandado solicitar el divorcio absoluto, en el caso de que fuese justificada la demanda inicial. Se da como razón que puesto que la sentencia haría cesar las relaciones conyugales, el culpable está autorizado a pedir que el divorcio produzca su resultado dirimente, desde que no tendría la limitación otro objeto que impedirle un nuevo matrimonio: Planck, sobre aquel artículo.

Pero creemos equivocada esa solución por dos motivos:

Primero, porque va contra el principio fundamental de que el divorcio no puede ser demandado por quien no puede alegar causa para pedirlo; y principalmente, porque daría margen a la situación de que hemos ya hablado, de causar en el esposo culpable un aliciente para forzar a su cónyuge a pedir la separación, que por el hecho se transformaría en divorcio. Sería insoportable la vida del cónyuge inocente por las torturas morales que provocaría la ley misma con aquella solución. En Francia se ha visto una grave dificultad en esa provocación, y creemos salvarla en lo posible, dejando intacto el derecho del demandante para pe-



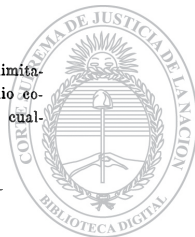
Art. 69. — La demanda de divorcio absoluto o limitado, debe ser deducida ante el Juez del último domicilio común de los esposos. Es nula la sentencia dictada por cual-

dir lo que, según su concepto de las relaciones existentes y sus esperanzas de porvenir, crea más conveniente.

Art. 69. — El sistema fundamental adoptado por la República para determinar la jurisdicción de sus magistrados — artículo 100, Código Civil, — y la ley que rige la capacidad — artículo 6 del mismo, — es el del domicilio de las personas. Por consiguiente, el estado de ellas y las relaciones jurídicas que engendra, son determinados por él, puesto que el estado es una situación o calidad de la persona (Savigny, Droit Romain, 8º, § 362, I). El divorcio se rige por esa regla (id. § 379, 6º). Ver las sentencias invariables de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Lawyer's, ed. 50, página 867.

Y si se reflexiona que la familia es una institución fundamental del Estado, regida por él como si fuese de derecho público, se advertirá que no es posible admitir desviaciones de ese principio.

Cuando, por consiguiente, el matrimonio está domiciliado en la República, los esposos quedan sometidos a sus leyes y su jurisdicción, lo que con sólo determinar la segunda queda ya decidido, desde que el Juez no puede decretar divorcio sino por las causas limitadas que la ley ha determinado.



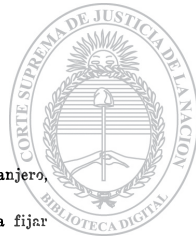
quier otro Juez cuando ese domicilio estuviere en la República, aunque ambos esposos ocurrieran ante él o cambiaran su residencia para obtener el divorcio.

Nada puede significar la ley del lugar de la celebración, porque no se trata de un contrato y menos de uno que ha de cumplirse en él, sino allí donde el matrimonio se establezca, decía Savigny, y porque no se aplican las leyes extranjeras cuando se oponen a las fundamentales de la Nación, artículo 14, Código Civil.

Y de ahí otra deducción. No depende de la voluntad de los cónyuges, escapar a su imperio. Si, por consiguiente, simulan un cambio de domicilio, si se trasladan a otra residencia sólo para divorciarse, si por colusión se someten a otra jurisdicción, el divorcio es nulo. El cambio de domicilio debe ser hecho bona fide, real y verdadero, no colusivo. El derecho inglés es firme en esa regla. El matrimonio no es un contrato que las partes ajustan a su albedrío. El divorcio obtenido en el extranjero, fuera del domicilio común de los esposos, no es divorcio: es una superchería.

Causa sorpresa, en consecuencia, ver que la ley de matrimonio, artículo 7, olvide ese principio capital, que la República no puede en caso alguno modificar. Liga el efecto de la disolución del matrimonio con el lugar de la celebración en la República. De modo que los esposos que no se han casado en ella, aunque estén domiciliados en el país, se divorcian donde les parece mejor para escapar a las leyes que rigen su estado, y los que se casaron en nuestro





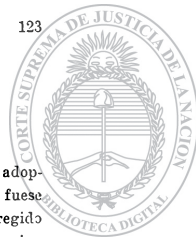
país, aunque se domicilien efectivamente en el extranjero, no pueden divorciarse con efecto en la República.

No estudiamos por el momento ese artículo para fijar hasta dónde va. Lo contradice, in terminis, el artículo 82 de la misma ley. No se vincula la ley del lugar de la celebración con el efecto del divorcio.

Pero lo que importa en este momento es notar que lo dispuesto por el artículo 7º es contrario a las leyes fundamentales de la Nación, base capital de su sistema de derecho internacional privado. El estado de las personas, los efectos del matrimonio, su existencia y subsistencia, una vez celebrado, se rigen por la ley del domicilio, y de éste nace la jurisdicción de sus jueces. La ley no puede apartarse en lo mínimo de ese principio sin traicionar los intereses superiores de la República.

Y todavía aumenta la sorpresa al advertir que no es aquélla la única transgresión del principio inflexible. El artículo 13 del Tratado de Montevideo, de derecho civil, dispone que la ley del domicilio matrimonial rige la disolubilidad del matrimonio "siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró".

Pero, ¿por qué? El lugar de la celebración es indiferente. Se trata de un hecho fugitivo. Ya se conoce el caso del posadero de Escocia. Basta, pues, ahora, de esa circunstancia accidental, generalmente causada con la idea de defraudar la ley, para que la del domicilio verdadero quede supeditada a la de aquel lugar.



Decimos que nadie lo acepta entre los que han adoptado el sistema fundamental de nuestro derecho. Si fuese un contrato el matrimonio, decía Savigny, no sería regido en sus efectos por la ley del lugar de su celebración, sino por la del cumplimiento o ejecución. Pero no lo es: es institución de orden público. No contratan ni pueden contratar los contrayentes lo que será de sus relaciones futuras, ni si se podrán divorciar de acuerdo con la ley del lugar fugitivo en que se casan, ni de que no podrán divorciarse por otras causas. Eso nadie se lo pregunta. Es la ley del domicilio la que sin su asenso lo determina. ¿Por qué resuelve otra cosa el Tratado de Montevideo? Los intereses inmanentes de la República no lo consienten. La ley extranjera no se aplica cuando se trata de instituciones fundamentales del país. Lo autoricen o no las de lugar de la celebración, el divorcio procederá o no, en virtud de los preceptos de la ley del domicilio.

La consecuencia de esos principios es la nulidad de los divorcios juzgados por jurisdicciones incompetentes y en virtud de leyes extranjeras.

Sobre esta materia: Savigny, lugar citado; Story, Conflict of laws, § § 230 y 230, a, b, c; Wharton, I, números 132, 209, 211, 220/1, 223 y siguientes; Westlake, § § 43 y siguientes; Dicey, Rules 62 y 63; Browne and Wats, Caps Jurisdiction y Nullity of marriage; Schouler, II, capítulos III, IV y V; Keezer, capítulos 29 y 41; Halsbury, Laws of England, V° Conflict of laws, número 395.

Art. 70. — El Ministerio Público es parte en todo juicio de divorcio iniciado por un esposo.

Están todos de acuerdo con la invariable jurisprudencia inglesa: el cambio de domicilio debe ser bona fide para que haya divorcio válido.

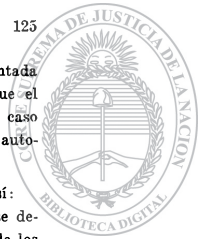
Hay bigamia en caso contrario si se contrajo nuevo matrimonio por efecto del divorcio dictado por tribunal incompetente.

Y esto aunque se celebre el nuevo matrimonio, sea en el lugar del divorcio, sea en otro distinto, porque la regla de la validez en el lugar de la celebración exceptúa el caso de existencia de un matrimonio anterior y la nulidad del divorcio lo deja subsistente.

Para que ella pueda aplicarse es esencial la validez de la sentencia disolutiva.

Tanto el artículo 7º de la Ley de Matrimonio, como el Tratado de Montevideo, son no solamente objetables bajo el punto de vista de su doctrina, sino todavía bajo el de su validez. Porque todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley, y no puede haberlos regidos por disposiciones distintas. El que se ha casado en el extranjero y el que se ha casado en la República, se encuentran constitucionalmente en el mismo caso: si son habitantes de ella no pueden ser medidos con dos medidas distintas. Y si son habitantes, la única ley aplicable, es la de su domicilio.





Art. 71. — La acción de divorcio debe ser intentada dentro de los seis meses contados desde el día en que el esposo tuvo conocimiento de la causa de divorcio, y en caso de abandono, contados desde que se cumplió el año que autoriza la acción.

Art. 72. — Se modifica el artículo 71 de la ley, así:

Se extingue la acción de divorcio, aunque estuviere deducida y pendiente de sentencia, por la reconciliación de los esposos después de los hechos que autorizaban el divorcio.

La reconciliación resulta del restablecimiento de la vida común o sólo del perdón del esposo ofendido.

Art. 71. — § 1571, Código Alemán, al cual modificamos en el caso de abandono, por ser evidente que la acción no puede intentarse antes de llenado el plazo constitutivo de él.

Art. 72. — Mientras no se ha dictado sentencia definitiva el matrimonio subsiste, y la acción de divorcio debe extinguirse por la reconciliación. Esta puede resultar del restablecimiento de las relaciones conyugales, esto es, de la vida común. Pero puede también resultar del perdón, aunque no se restablezca esa vida común y continúe la separación como un estado de hecho. Son tan perturbadores y graves los motivos que dan base al divorcio, que conviene facilitar el acercamiento de los esposos y respetar la reserva del ofendido que desea continuar en separación efectiva, limitándose al perdón. Puede hacerse de muchas maneras: por

Art. 73. — Cuando la acción y la sentencia de divorcio se limitaron a la separación personal, el restablecimiento de la vida común hace cesar todos sus efectos respecto de las personas.

Art. 74. — Se reproduce el artículo 68, Ley de Matrimonio.

Se agregará después de “los límites de su jurisdicción” lo siguiente: “u ordenar que el marido abandone el domicilio conyugal”; lo demás como está.

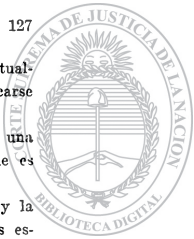
Se suprime el artículo 69.

correspondencia, testamento o simple restablecimiento de relaciones personales no conyugales. El tiempo, traerá, tal vez, la unión matrimonial. El § 1570, Código Alemán, declara que el perdón extingue la acción, de divorcio, sin exigir que exista restablecimiento de la vida común.

Art. 73. — La separación deja subsistente el matrimonio y desaparece en sus efectos personales por el hecho opuesto de la vida común restablecida. En cuanto a las relaciones patrimoniales, hay que distinguir, y bajo ese punto de vista, es inexacto el actual artículo 71, Ley de Matrimonio, puesto que hay separación de bienes sin separación personal: artículos 1292, 1304, 1294, etc. En el título de la sociedad conyugal trataremos de esos efectos. Ver § 1587, Código Alemán.

Art. 74. — Por el solo hecho de la supresión del artículo 69, queda restablecido el efecto general de nuestro pro-





Art. 75. — Los hechos sobre los cuales no puede actualmente basarse una demanda de divorcio, pueden invocarse para apoyar una acción fundada sobre otros hechos.

Art. 76. — La sentencia que admite el divorcio, por una de las causas legales, debe expresarla, y declarar que es culpable el demandado.

Si éste ha intentado una acción reconvenzional, y la sentencia la reconoce justificada, declarará que ambos esposos son culpables.

El demandante será también declarado culpable a pedido del demandado, aun sin haberse deducido acción reconvenzional, cuando existan hechos por los cuales el demandado habría podido pedir el divorcio, o en virtud de los cuales, en caso de que su derecho a solicitarlo queda excluido por el perdón o la expiración del término, podía intentar la acción en el momento en que nació la causa de divorcio invocada por el demandante.

Art. 77. — En sustitución del artículo 70, el siguiente:
Se admitirán en el juicio de divorcio toda clase de prue-

yectado artículo 67, que autoriza a cualquier esposo, mayor o emancipado, a intentar la acción personalmente. Sobre el agregado: Código de Costa Rica, artículo 84.

Art. 75. — § 1573, Código Alemán.

Art. 76. — § 1574, Código Alemán.

Art. 77. — La doctrina moderna ha reaccionado contra la opinión de que la confesión no puede admitirse en mate-

bas, pero no bastarán por sí solos la confesión o el juramento.

Si resultara según la apreciación del Juez, que existe colusión entre las partes, denegará el divorcio, a menos que

ria de divorcio. La colusión sería facilitada y los esposos se divorciarían por mutuo convenio.

Pero cuando la confesión recae sobre hechos alegados contra el demandante, ya desaparece el motivo de sospecha, y en todos los casos cuando las otras pruebas alejan la idea de complacencia y engaño. Demolombe, 4, número 474; Laurent, 3, número 206; Planiol, Ripert y Rouast, número 575.

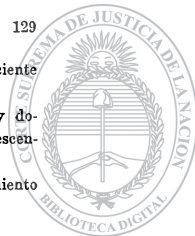
Están todos de acuerdo con nuestro artículo sobre el juramento y la admisión de testigos.

En cuanto a la colusión, el artículo 30 de la ley inglesa de 1857 dice: "En el caso de que el Tribunal no quede satisfecho ante la prueba relativa a la petición de que el adulterio alegado se ha cometido, o encuentre que el demandante ha accedido o fué connivente con el adulterio de la otra parte durante el matrimonio, o ha condonado el adulterio que se imputa, o que la petición es presentada, o proseguida en colusión con alguno de los demandados, entonces, y en cualquiera de dichos casos, el Tribunal desestimará la petición".

Es lo que repiten los párrafos II y III, artículo 173, de la ley de Consolidación de 1925 (15 y 16, Geo 5, capítulo 49).

"Colusión, dice Keezer, § 420, significa el consentimiento mutuo de las partes para defraudar o engañar al Tribu-





de la prueba resultase la existencia de otra causa suficiente efectiva.

Puede admitirse el testimonio de los parientes y domésticos de las partes, con excepción del de los descendientes. Su apreciación será libre en el Juez.

Art. 78. — El Juez puede suspender el pronunciamiento

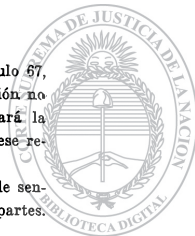
nal, conviniendo en presentar un caso falso, o consintiendo a uno u otro la comisión de algún hecho sobre el cual pudiera fundarse una acción, o asintiendo en que uno u otro pueda obtener un divorcio cuando ninguna ofensa efectiva ha sido cometida. Si el Tribunal queda convencido por la conducta de las partes de que están en colusión, el caso debe ser desestimado, porque los divorcios sólo se otorgan a favor del ofendido y contra la parte culpable, y el matrimonio no puede ser disuelto por voluntad de las partes, sino únicamente por sentencia del tribunal legal competente...

“La colusión es una defensa que un tribunal interpondrá *sua sponte*”.

Halsbury, *Laws of England*, 16, Vº Husband and wife, números 1001/2.

Browne and Watts, páginas 43 y siguientes, traen una larga exposición de los casos en que los Tribunales ingleses han admitido o rechazado que hay colusión. Pierard, II, número 502.

Art. 78. — Artículo 246, Código Francés, que autoriza la suspensión en todo caso menos en el de condenación a



de sentencia en el caso de los números 2 y 3 del artículo 57, pero no en el de atentado contra la vida. La suspensión no podrá exceder de un año, y, a su término, se dictará la sentencia si una de las partes lo solicitase, y no existiese reconciliación.

Art. 79. — La acción de divorcio aun pendiente de sentencia, queda extinguida por la muerte de una de las partes.

pena infamante y aflictiva. Consideramos útil, para calmar los ánimos, el aplazamiento de la sentencia allí donde se trata de violencias, injurias y excesos de cierta índole. No la vemos justificada en otros actos graves que no parecen susceptibles de olvido, desde que la acción deducida ya deja ver que no hay condonación posible.

Art. 79. — § § 1933, 2077, 2268 y 2335, Código Alemán.

La doctrina francesa moderna no es uniforme. Unos escritores admiten, como Demolombe, 4, número 431, que no pueden los herederos continuar la acción deducida sino en cuanto a la revocación de las donaciones matrimoniales y a las costas. Otros, como Laurent, 3, números 217 y 356, y 13, número 36, opinan por la absoluta imposibilidad de los herederos para discutir los derechos patrimoniales afectados por el divorcio. En el mismo sentido, Aubry-Rau, 5, § 492, y notas 2 y 3; Colin y Capitant, I, página 212; Planiol Ripert y Rouast, número 545.

Los hay que distinguen: No puede seguirse la cuestión de divorcio para apoyar acciones pecuniarias de los her-

Si constituyera el divorcio una cuestión prejudicial de una acción patrimonial, y la acción de divorcio hubiera sido deducida por el esposo, puede ser continuada por o contra



deros. Lo pueden, cuando conjuntamente con la acción de divorcio se dedujeron las pecuniarias: Pierard, I, números 217 y siguientes.

La razón que se da para negar a los herederos el derecho de proseguir la instancia pendiente cuando ha muerto el demandante, o el esposo actor con los herederos del demandado, es que el divorcio tiene por objeto directo y constitutivo la disolución del matrimonio o la separación de los esposos, y ese objeto ha sido ya obtenido por la muerte. No hay, pues, se dice, motivo para continuar por razones pecuniarias cuestiones esencialmente personales e inútiles, desde que el esposo ofendido ha fallecido. “La acción de divorcio contra un cónyuge muerto sería un escándalo inútil”. “No quedaría, apenas, sino un interés de orden pecuniario para hacer decidir quién debe salir vencedor de la instancia pendiente. Y la ley ha juzgado que este interés no debe ser tomado aquí en consideración”.

Cualquiera advierte la petición de principio. Se da por razón concluyente, la cuestión misma que hay que demostrar.

No es, ante todo, el sistema general de la ley. La acción de negación de la paternidad sólo puede ser intentada por el marido: artículo 256, Código Civil. Intentada, puede ser seguida por sus herederos, y esto que la cuestión de la

los herederos del cónyuge muerto, para decidir la acción patrimonial dependiente de esa resolución.

También puede ser continuada por el cónyuge demandado o sus herederos cuando la imputación hecha por la demanda importe grave daño a su honor.

denegación de paternidad es personalísima, como la de divorcio — artículo 258, — levanta escándalo mayor que la de abandono o injurias, y no deja ya otro interés que el pecuniario por la muerte del padre.

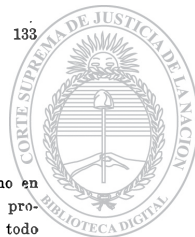
La ley entiende que los herederos la pueden proseguir contra el hijo y contra la madre.

Y tanto en ese caso como en el de divorcio, el escándalo se ha levantado por la demanda. Y porque lo hay, porque trae deshonra para el hijo y para la esposa acusada, ¿se impedirá que ésta continúe el juicio buscando la sentencia rehabilitante de su honor? ¿Quedará de pie la calumnia levantada por el marido ofensor?

El Código, artículo 212 (75, Ley de Matrimonio), dispone que “el cónyuge inocente que no hubiera dado causa al divorcio podrá revocar las donaciones o ventajas que en el contrato de matrimonio hubiera hecho o prometido el otro”. No dice la ley que haya de esperar la sentencia para efectuar la revocación. Sólo exige que revoque. Ha revocado en la demanda. Lo ha hecho por testamento, por escritura pública.

¿Y los herederos no pueden hacer efectiva su voluntad de revocación? Revocada está la donación o la institución





contractual. Sí, pero en el caso de que sea inocente, no en el de que sea culpable. Y los herederos, ¿no podrán provocar esa decisión? El artículo 1864 decide que sí, en todo caso de ingratitud, y los tres casos del artículo 1858, se refieren a hechos que autorizan el divorcio. Por eso es que el artículo 212 aplica su principio a ese supuesto, y Demolombe decidía que podían proseguir la instancia los herederos.

El esposo es heredero, y heredero forzoso. Queda privado de la herencia en caso de sentencia de divorcio que lo declara culpable de él (artículo 3574).

Pero según la teoría francesa, no puede llegarse a la sentencia por la muerte. Ha sido acusado de faltas tales que el divorcio se hacía inevitable. La prueba estaba agregada a la demanda, por ejemplo. ¿Y ahora recogerá la herencia la adúltera, el autor de hechos gravísimos, que rompen todo vínculo? ¿Excluirá de la herencia a los hermanos del causante? ¿La dividirá con los hijos de un primer lecho o con los padres? ¿A pesar del adulterio? ¡Es de no creerlo!

Dada la doctrina de los artículos citados de nuestro Código y la del 1099, reputamos que el principio opuesto es el que resulta de ella. Por personalísima que sea la acción, la de denegación de la paternidad, la de revocación por causa de ingratitud, la de indignidad del heredero, pueden los herederos intentarla. Y con mayor razón el esposo supérstite para impedir que vengan a reclamarle ventajas patrimoniales los sucesores de su culpable esposo, sea actual-



mente, sea a su fallecimiento, en daño de sus propios herederos.

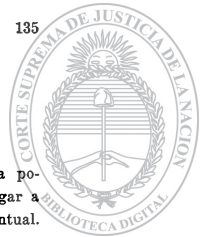
Estas conclusiones son las que el Código Alemán ha establecido para todas las hipótesis posibles, en los artículos que hemos citado al principio de esta nota.

No nos detiene la observación de que es insostenible que los hijos continúen la acción contra el padre o la madre de ellos. Porque es evidentemente errónea.

Son en muchos casos los más interesados en la rehabilitación del esposo calumnioso o erróneamente acusado. ¿Cómo puede ser indiferente al hijo probar que no era adúltero su madre, o que no hubo tentativa contra la vida, como lo aseguraba el actor?

Y fuera de esto, ¿acaso son herederos solamente los hijos comunes? ¿No lo son los de un primer lecho, los ascendientes, los hermanos? Y, ¿por qué no han de defender a su causante de las falsas imputaciones, o impedir que se recoja por el autor de los hechos que amargaron la vida de su deudo, la herencia pendiente de la sentencia que reclamaba el actor en el juicio de divorcio?

Tampoco es exacta otra observación que se presenta. Se dice, el divorcio, mientras vivía el cónyuge, pudo ser detenido por el perdón. Siempre existe esa posibilidad. La muerte deja la duda de que el demandante hubiera llevado el juicio hasta su obtención. Basta esa circunstancia, para comprender que no puede ser continuado por los herederos.



Pero eso no es un argumento. Porque no es la posibilidad del perdón lo que impide en ningún caso llegar a la sentencia, sino el perdón efectivo, realizado, no eventual. Y la muerte, si algo prueba, es que no se realizará.

Concluimos que la acción puede ser proseguida por o con los herederos del esposo muerto en todas las cuestiones patrimoniales en que sea prejudicial la de divorcio, o la de culpabilidad en él, cuando el cónyuge intentó la acción de disolución o de separación; Pothier, Contrat de mariage, número 526; Zachariæ, § 140; Merlin, Questions de droit, Vº Dot, V.

Hemos, además, incluido en nuestro proyectado artículo, el derecho del consorte supérstite a proseguir la instancia, aunque no tenga interés pecuniario ligado con ella, cuando su honor queda perjudicado por la falsa imputación. Y como él, sus herederos, aunque no se trate de indemnización. Es el principio que deriva del argumento, del artículo 1099, Código Civil.

No es ciertamente indiferente para una esposa quedar bajo la imputación de adulterio, por ejemplo, sin poder obtener sentencia que la justifique de cargo tan trascendente ante la familia y la buena reputación pública.

Debemos agregar sobre la cuestión principal, que los mismos que niegan la continuación de la contienda sobre divorcio en caso de muerte, declaran que la acción de nulidad del juicio en que se decretó, puede ser intentada por el cónyuge supérstite "porque los intereses privados en juc-



Art. 80. — Se reproduce el artículo 74, Ley de Matrimonio.

Art. 81. — Se modifica el artículo 75, así:

Si un esposo solamente ha sido declarado culpable del divorcio, el otro podrá... Y lo demás que sigue del texto actual como está, intercalando en sustitución de “por el contrato de matrimonio” lo siguiente: “antes o durante el matrimonio”.

Art. 82. — Ejecutoriada la sentencia de divorcio absoluto queda disuelto el matrimonio. La esposa no podrá contraer nuevas nupcias antes del plazo establecido por el artículo 53 (proyectado). Cesa el derecho hereditario.

go pueden justificar la acción de nulidad”. Pierard, II, número 859.

En el sentido de nuestro artículo, además del derecho alemán, el de los Estados Unidos (Schouler, II, § 1677; Keezer, § 436).

Art. 81. — § 1584, Código Alemán. La modificación tiende a aclarar el caso de la doble culpabilidad y además a comprender la revocación de los presentes hechos por los novios durante el período anterior a la unión, que pueden ser importantes.

Art. 82. — § § 1313 y 1933, Código Alemán. Si se aceptara el divorcio dirimente, habría que establecer las distinciones necesarias en el artículo 3574.



Art. 83. — La esposa divorciada podrá usar el apellido de su marido. Si fué declarada culpable, éste podrá exigir se notifique por el Juez, la prohibición de usarlo.

En todos los casos, la mujer puede usar de su nombre personal sin otro agregado.

Art. 84. — Se reproduce el artículo 76.

Art. 85. — Se reproduce el artículo 77, al cual se suprimirá la frase final: sin consentimiento del otro cónyuge”.

Se agregará: En este caso, el Juez resolverá lo que mejor convenga al interés de los hijos.

Art. 86. — Se reproduce el artículo 78.

Art. 87. — Se reproduce el artículo 79.

Se agregará en párrafo seguido:

Art. 85. — No puede admitirse que los hijos puedan “ir con el que deba cumplir una pena de prisión, reclusión o destierro”, cuando lo consiente el otro esposo, que bien puede ser inducido por el deseo de librarse de la carga de atenderlos.

No es la cárcel lugar apropiado para educar niños.

Art. 87. — En cuanto al agregado, § 1581, Código Alemán.

Se suprime el artículo 80, por varias razones:

En primer lugar, porque el divorcio cuando rompe el vínculo, no deja explicación de la subsistencia de ninguna obligación entre los esposos que deba dar derecho al cul-

Cesa el derecho a los alimentos, por contraer la mujer nuevo matrimonio.

Se suprime el artículo 80.



pable para reclamar alimentos. Sería de ver que la mujer divorciada por adulterio reclamara todavía que el marido la sostuviera; con no haber delinquido tendría los elementos de vida que ahora reclama. Y todavía sería de ver que el marido no culpable viniera a pedir a la adúltera que lo sostuviera en sus necesidades. Por eso el artículo 79 — al revés del Código Alemán, no reconoce derecho sino a la mujer para reclamar del “marido que hubiera dado causa al divorcio”, “medios propios de subsistencia”.

Pero eso mismo está demostrando que el artículo 80 — aunque se comprende que haya cierta restricción en el subsidio — es insostenible cuando autoriza pedido de ayuda por el cónyuge culpable. ¡Poca dignidad prueba el que la mendiga!

Los escritores franceses admiten que en caso de divorcio absoluto nada puede pedir el culpable. ¿Por qué? Porque el divorcio ha desatado el vínculo (Laurent, III, número 308). En cambio, cuando se ha limitado a la separación personal, subsiste la obligación de alimentos. ¿Por qué? Porque el vínculo no se ha disuelto. (Ibid, número 348). Y como Laurent, todos.

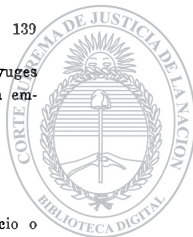
No se dan más razones: es cuestión de interpretación de textos, y basta para fundar conclusiones. Pero no para justificarlas.

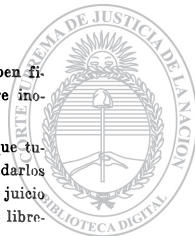
Art. 88. — La sentencia de separación de los cónyuges produce los efectos de la de divorcio; no podrán, sin em-

Porque las causas que han determinado el divorcio o la separación son las mismas. Hay adulterio, hay sevicias, abandono, miseria moral. Y porque no pueden vivir juntos por causa de la traición de los deberes del otro, se separan. ¿Deja de ser adulterio el adulterio que causó la separación? ¿Deja de ser el marido que torturó, que maltrató a su mujer, un marido que faltó a su deber de protección, de afecto, de ayuda? Y todavía, ¿puede tender la mano para que una u otro reciba la limosna a que no tiene título moral?

Hay tal contrasentido en esas soluciones, que no podemos concebirlas siquiera. Si el matrimonio no está disuelto, está muerto todo lo que lo dignifica. Y así como el artículo 79 no permite que el marido pida dinero a la adúltera, aunque él sea inocente, porque sólo prueba con ello falta de dignidad en su pedido, después de haber deshonrado a su mujer ante los Tribunales, así tampoco se comprende la recíproca degradación que constituye al infamarse en el juicio de separación, y fundar después en la sentencia el derecho de vivir a costa de semejantes esposos. Hay torpeza recíproca que no permite fundar un derecho ante las ofensas causadas.

Art. 88. — § 1586, Código Alemán. Es lo que resulta del artículo 311, Código Francés, modificado por la ley de 1893





bargo, contraer nuevo matrimonio. Los esposos se deben fidelidad. Subsistirá el derecho hereditario del cónyuge inocente.

Art. 89. — Los esposos divorciados o separados, que tuvieran hijos comunes a su cargo, no podrán trasladarlos fuera del país sin licencia del Juez que conoció del juicio de divorcio. Los esposos separados pueden ausentarse libremente y fijar su domicilio donde lo crean conveniente.

Art. 90. — Se modifica el artículo 71, así:

El restablecimiento de la vida común hace cesar los efectos de la separación personal.

Art. 89. — Artículo 72, Ley de Matrimonio, cuya redacción modificamos, pues que no es menester decir que el divorcio dirimente deja a los esposos en libertad de ir donde mejor les convenga, puesto que no hay matrimonio subsistente.

Art. 90. — Argumento del artículo 71, § 1587, Código Alemán. No repetimos lo dispuesto por el primero respecto de la restitución de “todo al estado anterior a la demanda” de separación, porque de sus efectos sobre la sociedad conyugal, trataremos después. No es un efecto necesario el restablecimiento de ella, pues hubo liquidación y división que produjo efectos respecto de terceros. El Código Alemán deduce lo contrario del nuestro, § 1587, y el Francés, artículo 311, reformado, exige declaraciones por instrumento público e inscripciones para que el restablecimiento de las re-



Art. 91. — Cuando la vida común de los esposos ha cesado de hecho sin autorización judicial, según lo dispuesto anteriormente, queda suspendido el término para iniciar la acción de divorcio absoluto o restringido.

Si el esposo que tendría derecho para demandar el divorcio, es intimado por el otro para restablecer la vida común, o en su defecto intentar la acción, el plazo corre desde la recepción de la intimación.

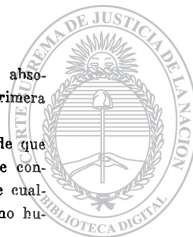
Art. 92. — Dictada la sentencia de divorcio limitado a

laciones conyugales afecte a terceros o pueda serles opuesto.

Art. 91. — La separación de hecho no debe ser prosrita, pues es una solución deseable porque evita el encono y el escándalo de los pleitos sobre divorcio, y facilita el restablecimiento de la unión, calmados los impulsos que determinaron el distanciamiento. Es, por lo demás, el perfecto derecho de los esposos, sin que la ley tenga porqué intervenir, si en ello están de acuerdo. El Código reconoce este estado de hecho y deduce de él graves consecuencias — artículo 3575.

Debe cesar su efecto cuando lo quiera cualquiera de los cónyuges, ya convencido de que la situación es irreparable y no hay posibilidad de reconciliación. Por eso queda suspendido el término para deducir la acción de divorcio. § 1571, Código Alemán; Keezer, número 336.

Art. 92. — Artículo 970, Código del distrito de Columbia, que sólo habla de causa posterior. Laurent, Avant-



la separación personal, puede demandarse el divorcio absoluto por causa posterior o ignorada al iniciar la primera acción.

Art. 93. — Transcurridos tres años contados desde que fué ejecutoria la sentencia de separación personal, se convertirá en sentencia de divorcio absoluto, a pedido de cualquiera de los cónyuges, aunque fuese el culpable, si no hubiese mediado reconciliación.

Art. 94. — La conversión será privativamente resuelta por el Juez del domicilio del demandado si lo tuviese en la

projet, artículo 260, y nota, que también la limita del mismo modo. Puede ser mucho más grave la causa ignorada que la que determinó la primer acción. El término no ha podido correr para extinguirla, de acuerdo con la regla ya proyectada. Para el derecho inglés, que sólo lo concede en caso de adulterio posterior; Browne y Watts, página 30.

Art. 93. — Artículo 310 (reformado), Código Francés; § 1576, Código Alemán; artículo 148, Código Suizo; Holandés, artículo 255; Leyes de Hungría, artículo 107; Checoslavia, artículo 15; Suecia, artículo 3º, capítulo XI; Dinamarca, artículo 54; Noruega, artículo 43; Portugal, artículo 46; Bélgica, art. 310 Código Civil reformado por la ley de 1927; Cuba, ley de 1918, artículo 2º; Venezuela, Código Civil, artículo 199; Uruguay, artículo 185; Costa Rica, artículo 82; Guatemala, ley de 1894, artículos 7 y 16; Nicaragua, Código Civil, artículo 163; San Salvador, artículo 145, número 10.

República, aunque la sentencia de separación fuese dictada válidamente ante otro Juez. Será juzgada por las leyes de este Código.



Es' general la conversión del divorcio limitado, en divorcio absoluto, por las legislaciones que admiten esas dos formas. Las diferencias recaen sobre el término que debe transcurrir: varía de 6 meses a 5 años. El Código Alemán no exige término alguno, y hasta permite al cónyuge demandado pedir en la instancia misma de separación, la conversión en divorcio absoluto. Puede verse la discusión del punto en Piérard, Divorce, I, número 77 y siguientes, y en Laurent, Avant-projet, II, página 15 y siguientes, y sobre el artículo 260; Laurent está en disidencia con la solución universal.

Podría observarse que el esposo culpable no puede solicitar el divorcio, según el principio general. Pero es el hecho que ha sido solicitado, y que su efecto es la extinción de la unión conyugal, salvo el de celebrar una nueva.

El hecho es, pues, el de la extinción de los afectos, substituidos por rencores agravados por el litigio que ha convertido en públicos, secretos y miserias de familia.

El tiempo exigido para la conversión es suficiente para calmar las desavenencias que se fundan en causas más o menos susceptibles de olvido. Prueba que no hay reconciliación posible. El matrimonio, vínculo, consorcio, no existe. El culpable puede hacerlo constar y solicitar la decla-



ración judicial, ante la irreconciliable actitud de los cónyuges. Nada hay ya que esperar.

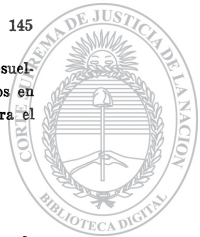
Nuestro artículo dispone la conversión de la sentencia de divorcio restringido en una de divorcio, de manera imperativa ante el requerimiento del esposo. No hay nuevo juicio ni reexamen de las cuestiones falladas. El culpable, declarado tal, culpable sigue siendo. No hay que intimar al antiguo demandante para que restablezca la vida común. El solo hecho de que no se restableció prueba la inutilidad de ese requerimiento.

Basta oír al cónyuge para el solo efecto de saber si hubo, o no, reconciliación: eso es todo.

Los otros efectos de la sentencia de separación, los patrimoniales especialmente, subsisten.

Establecemos que no es el Juez del primitivo juicio el que conoce de la conversión. Se trata de un efecto de la sentencia dictada que la ley misma establece, y que debe ser juzgada por la autoridad que ha de aplicarla, esto es, por el Juez, y la ley del domicilio: artículos 6 y 100, y principio general del artículo 14, Código Civil. Es unánime la solución que la ley personal del demandado se aplica en toda hipótesis, puesto que por la separación cada cónyuge ha podido constituir un domicilio distinto. Véase Planiol, Ripert y Rouast, números 699 y 701, § 14, ley alemana de introducción, que naturalmente aplican el criterio de la nacionalidad como determinante de la ley personal. Piérard, 3º, número 894.

Art. 95. — El divorcio y la separación personal resueltos por sentencia de Juez competente, serán reconocidos en la República de acuerdo con las reglas establecidas para el



Art. 95. — Artículo 7 de la Convención de La Haya, de 12 de Junio de 1902. Nuestro texto se ajusta a su principio, referido a las reglas generales de nuestro Código sobre la ley personal, esto es a la ley del domicilio de los que lo tienen en la República. En cuanto a los otros, se aplica el criterio general del artículo 14, pues se trata de materia sometida directamente a él. Es la doctrina fija de los Estados Unidos: Keezer, § 620 y siguientes, y de Inglaterra: Halsbury, Laws of England, tomo 6, Vº Conflict of Laws, número 395; Browne y Watts, página 116.

Decimos efectos de la sentencia de divorcio o de separación. No a las causas en cuya virtud fueron declarados.

Así, el divorcio decretado por Juez competente, en virtud de las leyes que lo admiten por mutua declaración, es acto soberano que no puede reverse. El matrimonio ha quedado disuelto. Puede, pues, contraer matrimonio en la República el divorciado, aunque nuestra ley no reconoce aquella causal. No se trata de juzgarlo de nuevo: está juzgado. Sus efectos se regirán en la República por nuestras leyes, si en ella se han de ejecutar actos dependientes de la disolución sentenciada. Y lo mismo cuando se resolvió la separación personal. Si, pues, procede la conversión según las leyes de nuestro país, se aplicarán en él, aunque no la dispusiera la del lugar en que se dictó la sentencia.

reconocimiento de las sentencias dictadas en el extranjero. Sus efectos serán juzgados según lo dispuesto por los artículos 6 y 14 de este Código.

Se suprimen los artículos 7 y 82, Ley de Matrimonio.

Supresión de los artículos 7 y 82. Hemos ya llamado la atención sobre el sistema del artículo 7 de la Ley de Matrimonio. Es incompatible con el que necesariamente resulta de este proyecto en cuanto admite el divorcio. Pero es también inadmisibles la corrección que hizo al artículo 165 del Código.

Disponía éste que "el matrimonio disuelto en territorio extranjero", que no hubiera podido disolverse en la República, no habilita para casarse.

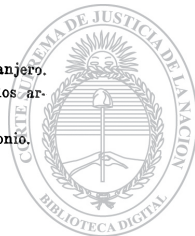
Comprendía dos casos: el de divorcio y el de ausencia con declaración de muerte.

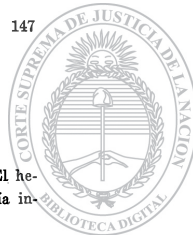
Era la perfecta aplicación de sus reglas generales de derecho internacional privado. El matrimonio es institución de orden público, y no se aplican las leyes extranjeras cuando son incompatibles con el espíritu de la legislación del Código: artículo 14, 2º.

Decía, pues, el artículo substituído, lo que debía decir.

Se limitó su alcance. Se le hizo decir que "La disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República no habilita a ninguno de los esposos para casarse". Según esto:

1º Antes se comprendían dos supuestos: el de los matrimonios celebrados en la República y el de los celebrados fuera de ella.





El artículo 7 excluía, aparentemente, al segundo. El hecho sólo de limitarlo, parecería excluir el primero. Sería inútil, si no fuese ese su alcance;

2º “No habilita para casarse”, dice el texto. ¿Para casarse dónde? ¿En la República? ¿Fuera de ella?

Pero en el acto que se lee el artículo 7 se advierte que su limitación es verbal, y que su corrección ha sido hecha sin motivo ni alcance. Porque el artículo 7 es seguido del 82, esto es del 220, Código Civil. Según éste, tampoco habilita para casarse la disolución autorizada por las leyes del país en que se hubiera celebrado. De modo que es inútil la condición limitativa del artículo 7, “celebrado en la República”. Tampoco puede casarse el cónyuge que hubiese celebrado nupcias en el extranjero. Pero esta vez se nos dice que “no se disolverá en la República”.

De modo que con esta casuística que no existía en el artículo 165 del Código, se llega al resultado de que ni en los matrimonios celebrados en la República, ni en los celebrados fuera de ella, la disolución no autorizada por nuestras leyes, coloca a los esposos en distinta situación.

Es decir, no los coloca, si hacemos interpretación científica. Porque literalmente resulta:

a) Art. 7. — Para los que celebraron sus nupcias en el país la inhabilidad para contraerlas, no es restringida a la República, mientras que:

b) Art. 82. — Para los que las celebraron en el extranjero, el matrimonio no se disolverá en la República.



¿Y fuera de ella? ¿Valdrá el matrimonio celebrado en otro país, en la República?

Es claro que los textos han traicionado el pensamiento. Lo que, en materia de matrimonio, no es válido en la República, no lo es para unos matrimonios y sí lo es para otros, porque se trata de instituciones de orden público. No puede haber dos reglas para la disolución en cuanto a los efectos personales limitados a la celebración de nuevos vínculos. Pero en cuanto a juzgar de la validez del matrimonio celebrado en otro país, hasta allí no llegan las prohibiciones de nuestros artículos 7 y 82: se rige por la ley del lugar de la celebración, si es válida la disolución dictada por Juez competente.

Esta interpretación no era necesaria con los textos antiguos del Código Civil. Cualquier disolución de matrimonio celebrado en el país, o fuera de él, no habilitaba para contraer matrimonio.

Pero si una interpretación discreta nos trae el mismo resultado con los textos actuales, ¿a qué han venido las limitaciones y declaraciones del artículo 7?

Sólo para levantar cuestiones arbitrarias. Podríamos referir casos de consultas hechas en que se ha opinado, por varios juristas, que el único sentido del artículo 7º es el de limitar el alcance del 82. ¡Este artículo queda derogado por aquél! ¡Uno vale más que otro!

Pero tampoco son satisfactorias las disposiciones antiguas del Código. También expresan mal el principio. No es



la sentencia dictada en país extranjero, la que inhabilita para contraer matrimonio, artículo 165, ni es solamente el matrimonio que **puede disolverse** según las leyes del país en que se hubiese celebrado, el que no permite casarse en la República, artículo 220, es el matrimonio **disuelto** efectivamente por sentencia, el que no habilita para casarse en la República. Porque si no hay sentencia, aunque la ley permitiera la disolución, no hay nada que la cause, el matrimonio queda intacto; y porque, además, dictada la sentencia, es sólo en la República donde impediría el nuevo matrimonio. Fuera de ella, la familia se constituye y organiza bajo las reglas dictadas por otra soberanía. Rigen las del lugar de la nueva celebración. La única cuestión que hay que examinar es la de jurisdicción para dictar válidamente la sentencia.

Lo que en definitiva queremos destacar, es que las leyes del lugar de la celebración no tienen influencia de ningún género sobre los hechos futuros de disolución. No constituyen derecho adquirido a divorciarse, o no divorciarse, con alcance extendido o limitado por la ley de la celebración. No. Celebrado el matrimonio, es la ley personal de los esposos, entre nosotros, la ley del domicilio, la que determina los efectos del matrimonio y las causas de su limitación o extinción.



CAPITULO VIII

De la disolución del matrimonio

Art. 96. — El matrimonio se disuelve por la muerte comprobada de uno de los esposos, en la forma establecida en los § 3 y 4, título II, libro I de este Código.

Art. 97. — Se sustituye el artículo 83, Ley de Matrimonio, por el siguiente:

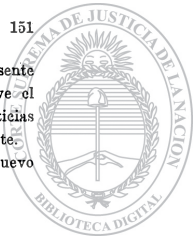
Art. 96. — Nuestro artículo tiene por especial objeto, no ciertamente declarar que la muerte disuelve el matrimonio, lo que no era menester decir, sino que la muerte debe ser acreditada en la forma legal. Especialmente queremos referirnos al supuesto previsto por el proyectado artículo 28, título del Registro Civil. No se trata de declaración de fallecimiento por presunción, sino de muerte efectiva. Véase Colín y Capitant, I, página 404; artículo 49, Código Suizo.

Art. 97. — El Código Francés, artículo 139, dispone que “el esposo ausente cuyo cónyuge ha contraído nuevo matrimonio, será el único que puede impugnar esta unión por sí mismo o por apoderado que presente la prueba de su existencia”.

El Código Italiano, artículo 113, reproduce el sistema, con variantes, disponiendo que “el matrimonio contraído por el cónyuge de un ausente no puede ser impugnado mientras dura la ausencia”.

El matrimonio celebrado por el cónyuge de un ausente después de la declaración de su fallecimiento, disuelve el anterior, a menos que se hubiera realizado teniendo noticias ambos contrayentes de la existencia efectiva del ausente.

La reaparición de éste no afectará la validez del nuevo matrimonio.



De esas decisiones resulta que la ausencia es un impedimento impediendo, y no dirimente del matrimonio, sino en el caso de que el ausente reapareciera. Fuera de él, el matrimonio es válido y nadie puede atacarlo, sea quien sea. Demolombe, 2, número 261.

Equivale esto a decir que la ausencia declarada en los Códigos Francés e Italiano, que no produce presunción de fallecimiento, y por consiguiente, a pesar de no demostrarlo, no perjudica la validez del nuevo matrimonio. No hay bigamia, sino por la demostración positiva de la vida del ausente.

Es la doctrina inglesa. No se admite, sin esta prueba esencial. Halsbury, Laws of England, Vº Criminal Law, número 1076.

Pero ese sistema es indefendible. Ninguna legislación moderna lo imita. El Landrecht Prusiano, § 666, 2ª parte, título 1, deducía, al contrario, de la declaración de fallecimiento, no precisamente la disolución del matrimonio del ausente, sino la libertad de su cónyuge para contraer nuevas nupcias. Eran éstas las que disolvían el matrimonio anterior: § 667, ídem. O en otros términos, dependía la diso-



lución del arbitrio del cónyuge presente, pero por medio de la contracción del matrimonio.

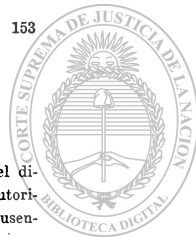
La solución italiana ha sido ya abandonada. La ley de 1919, autoriza el matrimonio del cónyuge de los desaparecidos en la guerra, artículo 16, y por el proyecto despachado por la Comisión del Senado italiano, aun pendiente, se propone que la declaración de la presunción de muerte autoriza la petición de disolución de matrimonio: artículos 23 y 24.

El Código de Austria, § 112, no autoriza la disolución del matrimonio por la sola ausencia. Pero "si se asociaran a ella circunstancias tales que desalojen toda duda sobre la muerte del ausente, podrá el cónyuge presente solicitar la declaración del fallecimiento y la disolución del matrimonio.

El Código Alemán, § 1348, ha reproducido lo dispuesto por el Código Prusiano. Y lo imita el Holandés, artículo 254, sin exigir que haya declaración de fallecimiento, pero, como en el primero, la disolución se efectúa por el segundo matrimonio.

El Suizo, artículo 102, disuelve, en caso de declaración de ausencia, el matrimonio anterior, siempre que lo solicite judicialmente el cónyuge, por efecto de la sentencia que podrá ser contemporánea con la de declaración.

Las leyes de Dinamarca, artículo 57, 3, de la de 1922; Hungría, artículo 77, b, de la de 1894; Noruega, artículo 46, de la de 1918; Portugal, artículo 4, 6º, de la de 1910; Serbia, Código Civil, artículo 95; Suecia, capítulo II, § 6, ley



de 1920, etc.; en una palabra, las leyes que admiten el divorcio, en general, siguen un sistema más simple. Autorizan la disolución judicial del matrimonio en caso de ausencia sin noticias, a pedido del cónyuge, después de transcurrido un tiempo dado, muy diferente en ellas, pero sin hacerla depender de la celebración del nuevo matrimonio.

La doctrina de la subsistencia del matrimonio en el caso de desaparición de uno de los esposos, nació en la Edad Media en épocas de aislamiento, sin facilidades de comunicación, y en un estado de violencias y esclavitud, o servidumbre, que no permitían inferir si la desaparición era causada por la muerte.

En los estados modernos es, como lo dicen los Motivos del Código Alemán — V, páginas 19 y 641, — inexplicable la desaparición por largo tiempo, abandonando familia, patrimonio, todo lo que radica, sin tenerse noticias del desaparecido, por otra causa que la muerte, no por ignorada, menos cierta. Y si algún caso de excepción se puede concebir, se cae en el de abandono deliberado. Fuera de esos supuestos quedan los de excepción tan limitados, que no pueden inducir al legislador a sacrificar los graves intereses respetables comprometidos con la subsistencia del abandono en que ha quedado la familia.

La muerte es tan probable que las legislaciones antes recordadas, hasta las más restringidas, admiten que no puede haber bigamia en el esposo que contrae matrimonio después de una larga desaparición de su cónyuge. Y ese estado



de abandono, que resulta de la muerte probable, o en el caso de no haber ocurrido, de abandono deliberado, que en la mayor parte de las legislaciones modernas basta para autorizar la disolución, no puede constituir condenación eterna, al desamparo, a la falta de protección en que queda la esposa abandonada y sus hijos. Si se supone o declara muerto al ausente, si se entregan sus bienes a sus herederos para que los administren, si se autoriza a que se litigue entre ellos para saber cómo se reparten y a quiénes toca la herencia, porque ésta se abrió por su fallecimiento, ¿cómo puede pretenderse que ese muerto está vivo cuando su desaparición no deja otra otra explicación legal que la de la muerte?

Si el cónyuge persiste en conservar su esperanza de reaparición, si no cree, a pesar de todo, en la muerte, no se casará. Por eso se hace depender de su matrimonio la disolución del anterior: no basta la declaración de fallecimiento.

Pero el Código Alemán tiene razón en no hacer depender, como lo quiere el Código Suizo, de una nueva sentencia la disolución del matrimonio. Sólo es ésta determinada por el interés de dejar una constancia de que se ha disuelto el matrimonio, no por el efecto mecánico de la declaración del fallecimiento, sino por efecto de ella, y de la voluntad del cónyuge. ¿Qué manifestación más evidente de ésta puede haber que la celebración del nuevo matrimonio? ¿Por qué obligarle a seguir un nuevo proceso?



Nótese que no hay divergencia de doctrinas, aunque la haya en las formas, entre las leyes casi universales, que admiten las soluciones ya referidas. Unas, no consienten en la disolución, pero cubren el matrimonio realizado. Otras, la ligan al matrimonio mismo dada la ausencia declarada o no declarada previamente. Y por fin, el mayor número, ni exigen una declaración de fallecimiento previa o particular. Les basta la demanda del cónyuge, y exigen sentencia que declare la ausencia por tiempo dado. En el fondo todo es semejante.

La reaparición del ausente no tiene influencia sino en las legislaciones francesa, inglesa e italiana. En las demás la disolución del matrimonio anterior es definitiva.

Sólo el Código Alemán abre, no al ausente, sino a los esposos del nuevo, el derecho de solicitar la nulidad o, mejor dicho, el divorcio.

Ha sido unánimemente criticada esa solución, y ninguna otra legislación la ha imitado. No fué propuesta por los autores de los proyectos de aquel Código. Se adoptó en la discusión parlamentaria.

Es, no como algún escritor extranjero lo dice, una solución mixta: es una solución contradictoria e injusta.

Se empieza por establecer la validez del matrimonio. Se dispone que el antiguo queda disuelto, aunque reaparezca el ausente, generalmente un vagabundo, dice Dernburg. Se constituye, pues, una nueva familia, se crean vínculos patrimoniales, personales, filiales. Están asegura-



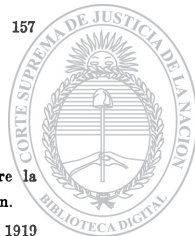
dos contra toda posibilidad de nulidad derivada de la vuelta del ausente.

Pero basta ésta para autorizar el repudio de su esposo, por cualquiera de los nuevos cónyuges. ¿Por qué? Basta el capricho de cualquiera de ellos, para que todo quede destruído. No hay reproche que oponer al repudiado: ha sido honesto, leal, feliz. El pretexto está encontrado: la conciencia no permite vivir con la esposa del ausente — que ya no lo es, — o a ésta su conciencia no le permite vivir con su esposo. Y por esto rompe el nuevo hogar, y tal vez trae la ruina de su cónyuge con la liquidación de la sociedad conyugal. Hay que cesar en el comercio próspero, cerrar la fábrica, dividir los bienes.

La conciencia parece despertarse algo tarde: no impidió contraer el matrimonio. Es un divorcio hipócrita. No tiene causa.

Por eso, ninguna ley ha seguido la reforma que los políticos impusieron en el sistema del Código Alemán.

Debe advertirse que la disolución del matrimonio que autoriza nuestro artículo, no constituye un caso de divorcio; no es regido por sus reglas sino por las de la ausencia. Se da como consecuencia de la presunción de fallecimiento, y aunque algunas legislaciones lo consideran como un supuesto de divorcio, la mayor parte de ellas lo dan como un motivo de disolución, distinto de aquél. Así el Código Alemán, § 1348 y siguientes; el Suizo, artículo 102; el Austriaco, § 112; el Holandés, artículo 254, etc. En Italia no



existe divorcio, y la ley de 1919 y el proyecto sobre la ausencia en general, autorizan esa causa de disolución.

Sobre esa materia puede verse la ley italiana de 1919 y las observaciones de Ascoli sobre ella, en *Rivista di diritto civile*, 1919, página 357, y el artículo de Coviello, en la misma, página 547; De Ruggiero, en la misma, 1920, páginas 406 y siguientes; Degni, *Del matrimonio*, tomo 1º, páginas 214 y siguientes (Degni era de la Comisión del Senado italiano, que se expidió sobre el proyecto legislando sobre la ausencia en general), y sobre el artículo 113, Código Italiano, tomo 2º, página 152; Battista, *Del domicilio e dell'assenza*, páginas 386 y siguientes, en el cual está transcrito el proyecto antes citado.

Sobre el derecho alemán, artículos 1235 y 1464 del primer proyecto y la exposición de sus motivos en el volumen IV ya citado. Sobre el Código Suizo, Huber, *Exposé des Motifs*, páginas 115/6.

Sobre el artículo 139, Código Francés, y las divergentes interpretaciones de él, Demolombe, 2, números 260/5; Aubry-Rau, I, § 159; Laurent, 2, número 245/51; Huc, I, número 455/7.

Art. 98. — Si no se hubiese dictado sentencia declarando el fallecimiento del ausente, se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior, si el segundo matrimonio se impugnase después de transcurrido el término necesario para la declaración de fallecimiento.

Art. 99. — Sólo el esposo reaparecido puede impugnar el nuevo matrimonio contraído, por no concurrir las circunstancias exigidas en los dos artículos anteriores. Debe hacerlo personalmente o por medio de apoderado, con poder especial, en cuyo caso habrá éste de probar la existencia efectiva de su mandante.

Arts. 98 y 99. — Decíamos en la nota anterior que la declaración de fallecimiento no es requisito exigido por la mayor parte de las legislaciones. Lo que es esencial es la demostración de la ausencia con los caracteres exigidos para esa declaración. La sentencia que lo reconozca constituye declaración de fallecimiento.

Nos colocamos en el caso de las gentes modestas o humildes que no tienen bienes bastantes para seguir el procedimiento por demás oneroso requerido para obtener aquella declaración. Si el cónyuge, cierto o convencido del fallecimiento, ha contraído nuevas nupcias por cualquier circunstancia que le haya permitido evadir la dificultad de no poseer la prueba legal, no por eso es de mala fe, y si es necesario podrá defenderse contra la impugnación acreditando la ausencia con los caracteres necesarios.



CAPITULO IX

De la prueba del matrimonio

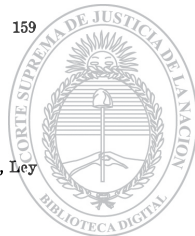
Art. 100. — En substitución de los artículos 96 y 97, Ley de Matrimonio:

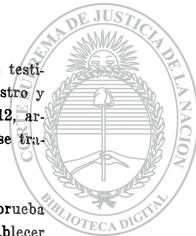
Adoptamos la regla del artículo 139, Código Francés, por nuestro artículo 99, con la inteligencia que le dan algunos de sus intérpretes, a saber:

1º No es necesario para su aplicación que la ausencia sea declarada (en derecho francés es un estado precedido de otro, llamado presunción de ausencia). Basta la presunción de ella. El matrimonio celebrado en cualquier instante de ésta, antes de la declaración, sólo puede ser impugnado por el ausente en persona. Demolombe, 2, número 265; Aubry-Rau, I, § 159; Laurent, 2, número 247;

2º Sólo puede impugnar el ausente reaparecido. En contra, Demolombe, 2, número 264; Colin y Capitant, I, página 180. Juzgamos decisivas las razones expuestas para sustentar la conclusión opuesta que adoptamos, por Laurent, 2, números 249 y 250, y por Hue, I, números 455/6, y creemos que desalojan la distinción de Aubry-Rau, § 159, nota 3, que en lo principal coincide con ellos; Toullier, I, número 485, y Zachariæ, I, § 106, tampoco admiten distinciones. En el mismo sentido Zachariæ-Crome, I, § 90, texto y notas.

Art. 100. — No son solamente los matrimonios celebrados con posterioridad a la ley vigente los que se rigen por





El matrimonio sólo puede probarse por medio de testimonio del asiento de su celebración hecho en el Registro y en los términos prevenidos por los incisos 10, 11 y 12, artículo 1º, título de los Instrumentos públicos, cuando se trata de establecer el estado de casados o sus efectos.

Art. 101. — Se modifica el artículo 101, así:

No puede invocarse la posesión de estado como prueba bastante por los esposos ni por los terceros, para establecer

las reglas de la prueba. Son también los anteriores. Y no pueden ser probados de otra manera, y mucho menos por testigos, como lo dice el artículo 97, cuando hubiera imposibilidad de presentar el acta de celebración o su testimonio, sino en los muy excepcionales casos que posteriormente se exceptúan de la regla. Si hay imposibilidad, por falta de asiento en el Registro, no puede probarse en forma alguna el matrimonio, sin sentencia dictada en juicio contra el oficial público que causó la omisión por negligencia o deliberadamente. No se prueba un matrimonio por testigos en cualquier caso de imposibilidad. Demolombe, I, números 321 y siguientes, y III, números 385 y 390; Laurent, II, número 24, y III, números 1/4.

Art. 101. — La redacción actual del artículo 101, Ley de Matrimonio, es confusa. No dice a qué “inobservancia de las formalidades prescritas” se refiere “que no podrán ser alegadas contra su validez”, si del acta o del matrimonio. El artículo 196, Código Francés, de que deriva toda la doctrina, no contiene aquella obscuridad.

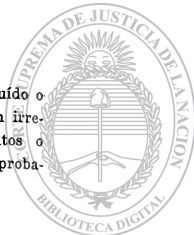
el estado de casados o reclamar los efectos civiles del matrimonio. Existiendo posesión de estado, las irregularidades del acta o asiento de la celebración del matrimonio existentes en el Registro respectivo, quedan cubiertas y no podrán los esposos pedir su nulidad.

De la irregularidad del acta no puede concluirse a la nulidad del matrimonio. El acta es la prueba de la celebración. No lo es de la inexistencia de los vicios que afectan su eficacia. Si de la irregularidad del acta existente en el Registro, resulta la nulidad del matrimonio, es cuestión intacta por el artículo 196 francés, de que emana la doctrina, y el nuestro no lo aclara. La clandestinidad, por ejemplo, puede existir con irregularidades del acta y sin ellas, y lo mismo el error, la violencia, etc. La posesión de estado es posible confirmación del matrimonio si ha cesado la violencia, se ha descubierto el error, etc. Pero entonces no se trata de irregularidades del acta, sino de vicios que lo mismo existen con actas inobjetables. Y si la posesión de estado las cubre o no, es cuestión independiente de las actas, regida por otras reglas. En el sentido de nuestro texto: Marcadé, I, sobre el artículo 196; Mourlon, I, nota al número 211; Laurent, III, números 6 y 7, y Avant-projet, artículo 199 y su nota; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, II, números 1950/1; Huc, I, números 174 y siguientes; Planiol, I, números 870/2 y 1018/24; Degni, Matrimonio, II, página 109. En contra, Demolombe, 3, número 228, y Aubry-Rau, § 467.



Art. 102. — En substitución del artículo 98:

Cuando no existiese Registro o hubiese sido destruido o perdido, en todo o en parte, o se hubiese llevado con irregularidad, se probará esa circunstancia por documentos o por testigos. En tales casos el matrimonio podrá ser proba-



Art. 102. — Artículo 46, Código Francés, y en cuanto a las variantes de nuestro texto, están todas explicadas por Demolombe, I, números 322/7, y por Laurent, I, números 43/50.

Queda, pues, hondamente rectificada la solución de los artículos 97 y 98, inciso 3º; este último suprimido por el solo hecho de no expresarse como excepción del principio general.

De los cuatro casos que se pueden concebir como posibles: Registro existente mal llevado, destrucción parcial de Registro, Registro bien llevado sin contener un acta volante, Registro existente bien llevado contra el cual se alega omisión de un acta (art. 98, 3º), nuestro artículo excluye los dos últimos.

Cuando el acta existe en hoja volante, la situación es diferente, según que exista Registro o no. Hemos dicho en otra oportunidad que en ciertas provincias no hay registros, es decir, volúmenes encuadernados, y que las actas son volantes. Es claro que si el registro existe, es irregular y sospechosa el acta volante, que puede ser antedatada y forjada a posteriori. Pero cuando no existe, cuando es la regla ilegal, ciertamente, la de las actas sueltas, el caso varía y

do tanto por los registros y papeles de los padres y de terceros, como por testigos. Los jueces apreciarán libremente esa prueba.

Cuando existe Registro no se admitirán las actas hechas fuera de él en hojas volantes, aunque se pretendiera que fue por simple omisión.

no debemos dejar sin amparo a las víctimas del abandono gubernativo.

¿Por qué se omitió el acta en el Registro? Hay que esclarecerlo, y entonces el caso determinará una demanda contra el oficial causante de la omisión, regida por un artículo posterior. Laurent, 2, números 24 y 52; Demolombe, I, número 323, piensa también que el caso no está comprendido por el artículo 46, Código Francés; Planiol, Ripert y Rouast, número 219.

En cuanto al supuesto de nuestro artículo 98, 3º, Ley de Matrimonio, está en nuestro concepto, fuera de toda discusión que no puede constituir excepción del principio general que rige la prueba del matrimonio. Porque precisamente aquélla desestima toda prueba que no sea la derivada del Registro. Este existe. Nada contiene sobre el pretendido matrimonio. La omisión alegada no puede ser admitida sin abrir en pleno la puerta a la prueba testimonial, contra el sistema fundamental de la ley, que exige el Registro exclusivamente. Toda garantía contra la fabricación a posteriori de supuestos matrimonios queda abolida y entregada la paz de las familias a la prueba de testigos complacientes y fal-





Art. 103. — En substitución del artículo 100:

Cuando la prueba de la celebración legal de un matrimonio esté declarada por un juicio criminal o correccional, la inscripción de la sentencia en el Registro Civil hará las veces del acta de celebración del matrimonio que hubiera sido destruída, falsificada o inserita en una hoja volante.

sos. Es indiscutible el error del artículo 98, 3º; Demolombe, I, número 324. Laurent, II, número 51, cree, sin embargo, que podría admitirse la prueba testimonial, que los jueces aceptarían con criterio restrictivo, sin embargo; reconoce que el caso no está incluído en el texto legal francés del artículo 46. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, Des personnes, 2, números 1941/2; Aubry-Rau, § 452, bis, número 4.

Art. 103. — Nuestro texto es tomado del artículo 201, del anteproyecto de Laurent, que como lo explica en su nota, constituye un cambio de redacción, pero no de doctrina, del artículo 198, Código Francés, de acuerdo con la casi totalidad de sus intérpretes, que han señalado sus vacíos. También aquí se trata de acta de celebración y no de confirmación del matrimonio, como aparece del artículo 120, Código Italiano. Laurent, nota, número 2.



CAPITULO X

Disposiciones generales

Art. 104. — En substitución de los artículos 102 y 103, **Ley de Matrimonio:**

El conocimiento de las causas sobre nulidad del matrimonio, corresponde a la jurisdicción civil.

Si se tratase de un matrimonio celebrado antes del 1º de diciembre de 1889, y la nulidad se fundara en un impedimento, se aplicarán las disposiciones de este Código. Si la acción se fundase en defectos de forma se aplicarán las leyes y ritos de la comunión religiosa a que perteneciesen los contrayentes. Si éstos fuesen católico uno y cristiano no católico el otro, se aplicarán los artículos 180 y 181 de este Código vigentes en la fecha antes citada. *

Art. 104. — Artículos 180, 181, 182 y 183, Código Civil vigentes hasta la Ley de Matrimonio. Es evidente la incorrección del artículo 103, Ley de Matrimonio, sometiendo las cuestiones de forma de la celebración a las leyes canónicas. Si los disidentes, los hebreos, los mahometanos, se casan con arreglo a las leyes y ritos de sus respectivas comuniones, artículo 183, ¿cómo han de ser los procesos juzgados por las leyes de la Iglesia católica, en cuanto a las formas? Y si se casan con un católico, y hay que observar la doble forma — artículo 180, — es claro que debe ser válida según las reglas de cada comunión.



Art. 105. — Es Juez competente para conocer de las causas matrimoniales el del domicilio matrimonial. Si por abandono, ausencia u otras causas semejantes, uno de los esposos no residiera en él, se entenderá que aquel domicilio es el último común.

Si por separación judicial alguno de los esposos hubiera constituido domicilio nuevo, será competente el Juez del domicilio del demandado.

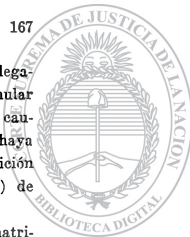
Art. 106. — Se modifica el artículo 109, así:

El contrayente que hubiera celebrado matrimonio co-

Art. 105. — La jurisdicción no depende de la circunstancia de que se haya o no celebrado un acto relativo al estado de las personas en un país, como tampoco de la nacionalidad de ellas. Es dependiente de la soberanía local del domicilio. No puede la República abandonar ese principio capital: artículos 6 y 100, Código Civil. Véase la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos (Lawyer's ed., 50, 867), en que se discutió con vasta extensión el punto, y las que el mismo fallo invoca y transcribe.

Decimos "u otras causas semejantes" para comprender en el precepto las varias hipótesis de deserción del domicilio conyugal, la desobediencia a seguir al marido o a la resolución judicial que ordena la reintegración al domicilio, la separación de hecho, etc.

Art. 106. — Código Italiano, artículo 123; Anteproyecto de Laurent, artículo 202. La pena es la del artículo 108, Ley de Matrimonio.



nociendo la existencia de alguno de los impedimentos legales, o por medio de violencia o engaño, que permita anular el acto, indemnizará al otro de los daños que le haya causado, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que haya incurrido. La indemnización se regulará por la disposición del artículo 19, último párrafo, del título (proyectado) de los actos ilícitos.

Art. 107. — Los contrayentes que celebraron matrimonio, sin que le hubieran precedido las publicaciones previas ordenadas por este Código, incurrirán en multa de cien a quientos pesos.

Art. 108. — Los interesados podrán solicitar, y el Ministerio Público pedirá de oficio, la aplicación de las penas preceptuadas ante el Juez competente.

Las multas y la separación de cargo serán aplicadas por el Juez civil.

El Código penal, artículo 136, prevé el caso para el oficial público que omite las formalidades previas al celebrar el matrimonio, razón por la cual no lo comprendemos en el artículo. Pero no incluye a los contrayentes, como lo hacen aquellos códigos.

Art. 107. — En cuanto a la jurisdicción civil, artículo 50, Código Napoleón. Laurent, Avant-projet, nota al artículo 97. Suprimido el delito del antiguo artículo 147, Código Penal, y respetando, sin aprobar la decisión, su autonomía, conservamos la prohibición del artículo 110. Se trata así de un delito civil, de un hecho prohibido, que de-

**COMPLEMENTO DEL TÍTULO II****LIBRO I: Del Registro Civil****§ 2****Del matrimonio ***

termina las responsabilidades de todo hecho ilícito, en el caso de que haya causado daño a los celebrantes equivocados sobre la validez del acto realizado. Véase artículo 118, Código Suizo. El artículo 98 de la Ordenanza suiza de Registro Civil impone multa a los eclesiásticos.

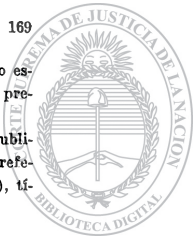
• Al proyectar el título sobre Registro Civil, Libro 1º, dijimos que aplazábamos el § 2, relativo al matrimonio, hasta haber proyectado las disposiciones que rigen esa institución.

Por consiguiente, este Complemento debe pasar al lugar antes indicado.

Siguiendo el modelo del Anteproyecto de Laurent, que se inspira en mucha parte en el Código Italiano, hemos creído no deber dejar en el título del matrimonio algunas disposiciones que se refieren a registro de ciertas piezas, ni limitar a esa relación ciertas decisiones sobre irregularidades cometidas por el oficial público. Revelaciones posteriores a nuestra anterior redacción nos han hecho comprender que

Art. a) — Se extenderán en el Registro en un libro especial, todas las actas de diligencias previas y oposición prevenidas en este Código para el matrimonio.

Se pondrá constancia en él de haberse hecho las publicaciones previas, expresando la fecha de ellas, y con referencia al acta ordenada por el artículo 11 (proyectado), título del matrimonio (artículo 17, Ley de Matrimonio).



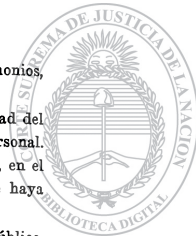
hay que defender enérgicamente la institución del Registro civil. Por eso proyectamos un nuevo § del título respectivo.

Art. a) — La numeración seguida del proyectado título Del Registro Civil, nos obliga a designar con letras los nuevos artículos complementarios intercalados, que tomarán, posteriormente, la numeración sucesiva.

Debe dejarse constancia de haberse efectuado la publicación previa. Artículo 79, Ordenanza suiza de Registro del estado civil. Puede ser útil esa constancia en caso de irregularidades del acta de celebración.

Proyectamos que las diligencias previas y la oposición sean registrados en libro especial, porque en el Registro mismo sólo deben extenderse los actos efectivos de celebración, sin recargarlo con actas que pueden no conducir a estados definitivos. La Ley de Matrimonio que prescribe — artículos 17, 18 y 27 — la formación de actas, habla en el último de los citados de un libro de actas, sin explicar si es uno especial a ellas o es el general de actas de celebración.

Véase Laurent, Avant-projet, nota preliminar al capítulo III, título de los actos del estado civil, libro I.



Art. b) — Se extenderán en el Libro de matrimonios, las actas de su celebración.

Se inscribirán en el mismo, las sentencias de nulidad del matrimonio, y las de divorcio, o las de separación personal. Esta inscripción se hará por orden judicial y de oficio, en el Registro Civil del lugar del asiento del Juzgado que haya intervenido en el juicio.

Si el matrimonio se hubiera celebrado en la República, se pondrá, además, nota marginal de la resolución judicial,

Art. b) — Artículos 48 y 105, Ley de Matrimonio, que obliga a extender las actas en “libros encuadrados y foliados”, lo que excluye la posibilidad de actas volantes, que, sin embargo, es la regla de hecho en ciertas provincias.

El artículo 105 prescribe la anotación de las sentencias de nulidad o divorcio al margen del acta de celebración, si se trata de matrimonios posteriores a la vigencia de la ley, y en un libro especial en el supuesto de ser anteriores.

Pero es clara la deficiencia de semejante precepto.

La sentencia debe ser en todo caso inscrita, cualquiera que sea el lugar de la celebración, en la República o fuera de ella, en el Registro del lugar del asiento del juzgado, puesto que la competencia de éste ha sido determinada por el domicilio de los esposos. Allí reside la familia objeto de la decisión.

Si en ese Registro existe el acta de celebración, se pondrá, además, nota marginal. Si, al contrario, el matrimonio

en el acta de celebración. El Juez de la causa lo dispondrá de oficio.

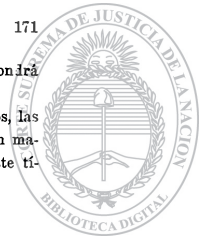
Art. c) — Se inscribirán en el Libro de matrimonios, las sentencias que se dicten declarando la existencia de un matrimonio, en los casos de los artículos 102 y 103 de este título.

fué celebrado en otro punto, se anotará la sentencia, si está en la República. Si fuera de ella, las partes requerirán en la jurisdicción extranjera lo que sus leyes autoricen. Nuestros jueces no tienen jurisdicción extraterritorial.

No hay que distinguir de matrimonios celebrados en fechas anteriores y posteriores a la ley. Lo que se registra es la sentencia en toda hipótesis.

Art. c) — El artículo 99, Ley de Matrimonio, dispone que la sentencia civil que declare la existencia de un matrimonio en el caso del artículo 98, se transcribirá en un Registro especial. Y el 100, que la sentencia criminal se “inscribirá en el Registro y suplirá el acta”.

Pero cualquiera que sea la jurisdicción que la haya dictado, las sentencias suplen el acta de celebración o la rectifican. ¿Por qué han de ser distintos los registros en que se inscriban?



§ 5

Disposiciones generales

Art. 33. — Toda contravención a las disposiciones de este título y del relativo al matrimonio, por el solo hecho de cometerla, de parte de los oficiales del Registro civil o de los depositarios de los registros, y sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Penal, será castigada con multa de cien a quinientos pesos.

Art. 34. — Todo depositario de registros es civilmente responsable por las alteraciones que sobrevengan en ellos, salvo su recurso contra los autores de dichas alteraciones.

Art. 35. — La autoridad judicial a quien compete la inspección de los registros de los escribanos públicos desen-

Art. 33. — Artículo 92, Ley de Registro Civil, para la capital; artículo 108, Ley de Matrimonio, de la cual tomamos la cuota de la multa. Cuando hay delito se aplica el artículo 249, Código Penal, sin perjuicio de lo prescrito sobre matrimonios ilegales. Artículo 52, Código Napoleón; Laurent, Avant-projet, artículo 97.

Art. 34. — Código Napoleón, artículo 51.

Art. 35. — Código Napoleón, artículo 53.

Ley orgánica de los tribunales de la capital, artículo 222.





pañará en las mismas condiciones legales, la vigilancia de los Registros del estado civil.

Se levantará acta de la inspección, que se depositará en el archivo del tribunal. Se denunciarán las contravenciones o delitos cometidos y se pasará al Ministerio Público constancia de ellos para que requiera la condenación a las multas o penas que correspondan.

Art. 36. — Las partes interesadas pueden perseguir al oficial público, ante la jurisdicción civil, por las faltas de inscripcíon en el Registro o por las irregularidades cometidas. Es parte necesaria en ese juicio, el Ministerio Público.

Si la sentencia admite la existencia del hecho litigioso, se inscribirá en el Registro, y tendrá efecto de inscripcíon del acto omitido o irregular.

Del primero tomamos los detalles relativos a la verificacíon del estado de los registros y a la denuncia de las contravenciones y delitos cometidos. Se evitará así el estado escandaloso actual en ciertas provincias que sólo tienen colecciones de hojas sueltas, que se destruyen por incendio, y aun en esta capital, en que se inutilizan actas de propia autoridad.

Art. 36. — Laurent, Avant-projet, artículo 95; Demolombe, 3, números 409 a 417.

El artículo 98, Ley de Matrimonio, y el 100, permiten en el caso de matrimonio, acciones civiles, y prevén los efectos de las criminales deducidas. No hay motivo para limitarlas a la unión conyugal, y el Código Napoleón, articu-

Art. 37. — Si no fuese posible la acción contra el oficial público, se intentará contra el Ministerio Público, para obtener la inscripción o rectificación.

Art. 38. — Las multas establecidas por los artículos precedentes, serán impuestas por el Juez civil a pedido de parte o del Ministerio Público.

lo 46, extiende la solución a los nacimientos y defunciones. Por otra parte, puede la muerte, la prescripción, etc., impedir la acción penal, y en tales casos proceder la civil. Demolombe, lugar citado.

Art. 37. — Demolombe, 3, números 416 y 417.

Art. 38. — Artículo 95, Ley de Registro Civil para la capital. Artículo 50, Código Napoleón.





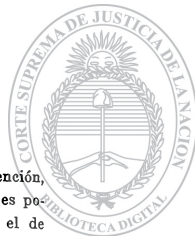
TITULO XII

Régimen de los bienes en el matrimonio (*)

(*) El Código trata de la sociedad conyugal en la Sección Tercera del Libro II, destinada a los contratos, y como el primero de ellos.

Es manifiesto que en él la sociedad conyugal no es un contrato. Es impuesta por la ley. Los esposos no pueden evitarla. Su voluntad es inoperante.

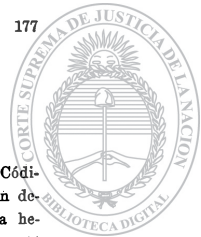
Se trata de un régimen. Y de un régimen de orden público, concebido como necesario para mantener y estrechar la unión de los esposos, estimularles en la cooperación y vincularles en la prosperidad común. Realiza el noble ideal del matrimonio, unión perfecta, completa, de dos seres que el afecto ha ligado, y que ninguna idea interesada debe separar. La experiencia general revela que la cooperación existe, aun en los países en que la separación de los bienes es el régimen legal, entre los esposos bien avenidos, y que la separación efectiva trae el distanciamiento y la destrucción de la unión entre ellos. Jenks y Pollock informaban a la Société d'études législatives, que en Inglaterra la inmensa mayoría de las mujeres dejan la plenitud de la administración de sus bienes y la inversión de sus rentas, a sus maridos. La ley que les atribuye la libre disposición de su fortuna, no funciona de hecho, sino como una excepción. Bulletin, 1922, Cuestión número 49, página 151.



En Italia, el régimen normal, en defecto de convención, es el de separación de bienes. Los juristas creen que es poco satisfactorio y lo desearían ver reemplazado por el de la sociedad de ganancias. Es injusto para las clases trabajadoras y las de fortuna media. Es gravemente perjudicial en un país en que la agricultura constituye su principal explotación. (Bianchi, Contrato di matrimonio, números 11/3, 353 y siguientes; Stolfi, Diritto civile, V, número 451).

En la sociedad contemporánea, en todos los países, hay agitación y aun malestar, respecto de las soluciones adoptadas en lo que se refiere a los bienes de los esposos, sea en cuanto a la administración, sea en cuanto a los efectos de la unión. En todos influye el factor tradicional y la transformación económica que se va efectuando. El industrialismo ha producido una alteración en la condición de la mujer que se ha hecho obrera y trabaja fuera del hogar. El régimen de la agricultura no se aviene con el industrial. Muchos otros factores pesan para aumentar el descontento. Derivan de las condiciones causadas por el abandono de los campos, por la emigración de sus pobladores a las ciudades.

Y se da el curioso resultado de que en todas partes se desean cambios. Los que tienen la separación de bienes como base de sus distintos regímenes, anhelan la sociedad de ganancias, y sin resolverse a suprimir la solución tradicional, buscan expedientes para transformarla. No hay ganancias, pero a la muerte de uno de los esposos, el superviviente tiene derecho a una parte de ellos: artículo 214, Código



Suizo. O se le compensa como por los § § 1931 y 2303, Código Alemán de los gananciales que se le niegan, con un derecho hereditario forzoso por parte importante de la herencia, que comprende bienes propios y acrecidos durante el matrimonio.

Las formas son diversas, pero siempre se vuelve a la idea fundamental: la de hacer participar a los esposos en la prosperidad común, sea en vida, sea por causa de muerte.

No seguiremos el movimiento de ideas que en los Estados Unidos, y por imitación de ellos, en Inglaterra, ha llevado a la separación de bienes actual por modificación del "equitable separate estate", sin que con ello, según nos lo han referido Pollock y Jenks, se hayan alterado efectivamente las relaciones patrimoniales de los esposos, en la generalidad del país. (Sobre el Wife's equitable separate estate, y los Married Women's acts, véase Shouler, Domestic relations, § § 247 a 393, y Halsbury, Laws of England, 16, Vº Husband and Wife, § § 634 a 708).

El Código, decíamos, organiza la sociedad conyugal fuera de todo acuerdo, al grado de que no puede ser substituída por otra combinación de intereses.

El régimen es conexo con el del matrimonio. Es uno de sus efectos, como lo es la unión personal de los esposos.

Y esta concepción legal no se ha modificado por la ley de 1926 sobre derechos civiles de la mujer. Porque, ni ésta permite otro régimen que el prescrito sobre los productos del trabajo de la esposa, su administración y empleo, cual-

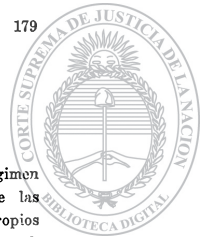


quiera que sean los convenios que los esposos pudieran ajustar sobre ellos, ni tampoco hace depender del acuerdo de los interesados, sino de la voluntad exclusiva de la mujer, y hasta contra la del marido, la asunción de la administración de los bienes propios con todas las consecuencias de esta separación. El concepto de régimen legal, imperativo, contrario a toda idea de convención, del Código, queda confirmado. No hay contrato matrimonial.

Está, pues, indicado el lugar en que ha de ser expuesto en la ley el régimen de bienes que ella impone. Es al tratar del matrimonio, como uno de sus efectos.

Aunque de los precedentes legislativos de la reforma resulte que sus autores y precursores creyeron adoptar un sistema derivado de legislaciones y doctrinas contemporáneas, y hasta de ciertas ideas más o menos avanzadas, es lo exacto que el sistema vigente reformado, es el secular de nuestro derecho tradicional.

Había sido erróneamente reformado por el autor del Código, en virtud de las ideas de Goyena, que no admitía sino la administración exclusiva del marido para todos los bienes propios de la mujer — salva la parte de renta conocida con el nombre de “alfileres” — y el empleo de sus productos. Veía en ello una solución “sencilla, moral y necesaria para mantener el orden y disciplina de la familia”: “vir est caput mulieris”; y concluía: ¿es posible concebir la dependencia o sumisión personal de una mujer que administra sus bienes y goza de sus rentas con absoluta independencia de su marido? (Goyena, sobre el artículo 1240).



Con estas únicas razones repudiaba Goyena el régimen que venía imperando exclusivamente en España desde las Partidas, y en cuanto a los productos de los bienes propios de los esposos, desde la Ley 3, título 3, libro 3, Fuero Real. El doctor Vélez Sársfield, siguió a Goyena y alteró el derecho nacional. El Código Español, en cambio, rechazó en absoluto la tesis de Goyena y mantuvo el derecho existente: artículos 1381 y siguientes.

La modificación que la ley de 1926 ha hecho a las reglas del Código es, simplemente, la restauración, en lo fundamental, del régimen secular vigente hasta la sanción del Código Civil. La población de la República se ha hecho dentro de él: el suelo se ha colonizado bajo sus principios fundamentales.

Es éste. La Ley 17, título 11, Partida 4ª, considera bienes parafernales todos los de propiedad de la esposa, que no ha constituido como dotales, antes o después de su matrimonio, y cuya disposición y administración no ha entregado al marido.

Es ésa la interpretación de Gregorio López en la glosa segunda a esa ley, que ha prevalecido hasta hoy, que ha mantenido el Código Español, y que antes de su vigencia había adoptado el Tribunal Supremo de que formaba parte Goyena. Véase Gutiérrez Fernández, códigos españoles, tomo I, página 525; Febrero (de Goyena), I, números 267/70; Tapia, Febrero, I, capítulo VI, números 1/3.

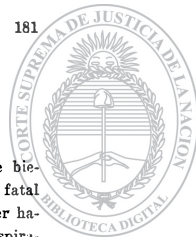


Y a su vez, la Ley 3, título 3, libro 3, Fuero Real, declaraba comunes todos los provechos obtenidos por los cónyuges de sus bienes propios. Artículos 1382, 1384 y 1385, Código Español.

No viene, pues, de Estados Unidos, ni de Inglaterra, el derecho de la mujer para administrar lo suyo según su arbitrio, si no quiere pasar a su marido como dotales sus bienes. Puede **reservarlos** para su administración, y hasta concederla a su cónyuge en calidad de mandatario, bajo su autoridad y vigilancia. De su opción, como en la ley de 1926, depende la reserva. Los frutos, como en ésta, son **gananciales**.

Sin insistir, por el momento, sobre las variantes que ambos sistemas ofrecen, y que discutiremos en su momento, consideramos que en principio, esta restauración del sistema nacional vigente hasta el Código, debe ser confirmada. La familia se ha formado en la República, sobre esas bases. La población de su territorio, la fortuna privada, se han constituido y desarrollado con ellas, y la prueba de su fuerza vital se encuentra en lo que constituye la prueba suprema de las instituciones: es el resultado de la vida nacional.

No consideramos con esto que el sistema vigente sea exacto en sus detalles. Muy al contrario; es, en nuestro sentir, erróneo en más de uno. Decimos, solamente, que es susceptible, en sus líneas fundamentales, de constituir un sistema vigoroso, que corresponda al deseo experimentado



por tantos juristas contemporáneos. La separación de bienes, como más tarde se demostrará, es inconveniente y fatal para el matrimonio. Pero corregida, como creemos poder hacerlo en sus detalles nocivos, puede llenar todas las aspiraciones de tantos nobles espíritus que desean en el matrimonio mayor respeto por los derechos de los esposos, sin comprometer la unión y la prosperidad común.

Pero del sistema mismo resulta que los esposos no son libres de crear por su voluntad regímenes diversos. Hay una opción, pero dentro del tipo legal. Puede la mujer administrar lo suyo, si lo quiere. Y lo puede no obstante cualquier renuncia convencional. Puede recaudar e invertir el producto de su trabajo, en toda hipótesis, aunque se haya ajustado lo contrario. Pero no puede malbaratar lo que perciba, ni distraerlo de las obligaciones domésticas, ni abusar, en una palabra, de una libertad que no le es concedida para destruir la unión de los esposos en el esfuerzo y la prosperidad común.

Cuando en otras legislaciones se concede la libertad de convenir el sistema que ha de regir los bienes, se obedece a una fuerza superior que es la de las costumbres locales formadas por los siglos a que se han habituado las poblaciones. En Francia, Alemania y Suiza no se ha podido unificar la legislación, porque la nación estaba dividida en regímenes tenaces, y los pueblos hubieran resistido la unificación de ellos.

Pero bajo la apariencia de una libertad de contratación, se disimula en los detalles la limitación de esa libertad. La

CAPITULO I

De las capitulaciones matrimoniales

Art. 1. — Se reproduce el artículo 1217, con las siguientes modificaciones:

a) Se agregará al fin del inciso 1º, lo siguiente: y una relación circunstanciada de las deudas de cada uno;

Se suprimen los incisos 2º y 4º.

b) Se agregará por separado el artículo 1218. Se suprimen los artículos 1226, 1232, 1233, 1234, 1235, 1236 y 1237.

ley establece varios tipos de estatuto patrimonial, y dentro de ellos, se elige. A cada paso una prohibición, vuelve a encarrilar al régimen legal elegido. El Código Suizo es más sincero: puede elegirse, pero sólo uno de los regímenes establecidos por la ley: artículo 129.

Por poco que se medite se advertirá que el régimen legal del Código está calculado para proteger los derechos de los cónyuges e impedir alteraciones peligrosas para su existencia y eficacia. Alterarlo por convención, es permitir el abuso de influencias perniciosas o la colusión de los esposos en fraude de terceros. Basta el sistema de la ley para proteger todos los intereses leales y permitir el ejercicio de los derechos de los esposos y de terceros.

Art. 1, inciso 1º — Artículo 1724, Código de Chile. Es claro que las deudas disminuyen el valor de los aportes, y





que conviene conocer su existencia para determinar los cargos respectivos a la época de la liquidación de la sociedad conyugal.

Inciso 2° — Se suprime este inciso en virtud del derecho que se reconoce a la esposa por la ley de 1926, para administrar sus bienes propios. No depende de la convención, sino de la voluntad unilateral. Y aunque se limitara por convención, podría ejercerse en toda su extensión legal.

Inciso 4° — Las donaciones para después del fallecimiento de los esposos, sea de bienes determinados, sea de los que existan en el momento de ocurrir, constituyen la violación categórica de un principio fundamental de legislación: no se admiten contratos sobre herencias futuras. Y se trata, como su nombre de institución contractual lo indica, del establecimiento de herederos, hecho en vida, y bajo la influencia de la pasión, senil tal vez, siempre determinado por ilusiones y hasta por maniobras interesadas para arrancar un consentimiento prematuro irrevocable sobre la herencia lejana.

En la República no está en las costumbres, y es una institución muerta. En las familias que se respetan, no se mancha el matrimonio con esas exigencias preliminares de bienes sin cuya concesión no se efectuará. La sola insinuación hecha por los interesados o sus parientes, ya indicaría que la unión está destinada fatalmente a la desunión y a la desgracia. Es una explotación.



Se comprende en ciertos países en que los esposos no son herederos o pueden ser omitidos en el testamento, la institución contractual. Es, entonces, un hecho de previsión, en los padres de la futura contrayente, asegurarle una parte de herencia.

Pero allí donde los esposos son herederos forzosos, como entre nosotros, no se comprende. Y es, además de in-moral la institución prematura, perturbadora del sistema hereditario, porque — artículo 1234 — se hace heredero no solamente al contrayente a quien se favorece, sino también a los hijos de un precedente matrimonio que no están ligados por vínculo alguno con el causante. Estos extraños excluyen en tal caso a los hermanos y sus descendientes, por la imprudente convención ajustada al contraer matrimonio, y en que se pensaba naturalmente en otra clase de sucesores.

Nótese, además, que el donante queda durante su vida paralizado en su derecho de disponer hasta a título oneroso, artículo 1233, y se comprenderá cuántos inconvenientes ofrece esta institución bastarda que no espera la muerte del causante para trabar su derecho de disponer libremente de lo suyo. Sus recursos quedan excluidos de su acción, si lo exige su industria o cambio de fortuna, y, lo que es probable, por temor de la revocación, le niega su acuerdo el esposo donatario para realizar sus bienes. Puede llegar a la quiebra, el imprudente, sin hacer frente al peligro con sus bienes, porque su heredero en vida no se lo consiente.



Art. 2. — Se reproduce el artículo 1230, al cual se agregará, al fin: “y del libro IV de este Código”. Se substituirán las palabras: “que el esposo hiciere a la esposa” por “que se hicieran a cualquiera de los esposos por causa de matrimonio”.

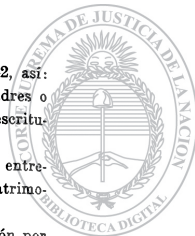
Se agregará en segundo párrafo separado el artículo 1231, suprimiéndose desde donde dice “ni renuncia”, etc.

Todas cuantas razones justifican la prohibición de los pactos sucesorios en general se aplican con mayor fuerza a la institución contractual entre esposos, porque son causa de anarquía en la familia que ve en el esposo favorecido un explotador del deudo alucinado o circunvenido. Es mal modo de consentir en un matrimonio el que es determinado por la concesión previa de ventajas patrimoniales en caso de muerte (1).

Se disculpa en otros países con la tradición secular fundada en el derecho romano y acentuada en el feudal. Entre nosotros no existe en la realidad de la vida, y, si es así, no hay motivo para legislar sobre lo que está muerto y no conviene que reviva. La institución contractual es un testamento prematuro irrevocable.

Art. 2. — No son solamente las donaciones que el esposo hiciese a la esposa las regidas por las reglas generales y

(1) Sobre la analogía innegable de la donación por causa de muerte con el legado, prescindiendo de la forma, véase Savigny, Droit romain, IV, § § 170 y siguientes, y artículo 1990, Código Civil.



Art. 3. — Se modifican los artículos 1241 y 1242, así: La promesa de dote para la mujer hecha por los padres o por otras personas, no puede ser probada sino por escritura pública. No es necesaria la aceptación expresa.

El promitente queda constituido en mora para la entrega de lo donado desde el día de la celebración del matrimonio, si no hubiera plazo designado.

Esta disposición se aplica a la promesa de donación por causa de matrimonio hecha al marido.

sujetas a la acción de reducción. Son todas las hechas por los padres y los terceros, hechas a la mujer o al marido. Quedan sometidas a las disposiciones generales sobre colación, reducción, etc.

Art. 3. — Según el artículo 1235, la donación hecha por los esposos por causa de matrimonio, no necesita de aceptación. Pero eso no se limita a ellas. También la promesa de dote hecha por terceros y la de donación propter nuptias al marido se hallan en el mismo caso por igual razón de decidir.

Tampoco se limitan a las donaciones hechas por contrato de matrimonio las reglas de los artículos 1238 y 1239, como ya resulta del 1240, sobre caducidad de las donaciones: se extienden a todas las hechas por causa de matrimonio.

Y lo mismo ocurre con el artículo 1241 y con el 1242. No se limitan, como su texto lo dice, a la promesa de dote hecha al esposo por los padres o los parientes de la mujer,

Art. 4. — Se modifican los artículos 1238, 1239 y 1240, así:

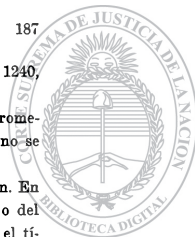
Las donaciones por causa de matrimonio y las promesas de dote quedan sin efecto alguno si el matrimonio no se celebra.

Son irrevocables si no estuviesen sujetas a condición. En caso de nulidad del matrimonio, de divorcio dirimente o del restringido a la separación, se aplicará lo dispuesto en el título anterior.

porque todas las donaciones y promesas por causa de nupcias, se hallan en el mismo caso, y ordinariamente se hacen al interesado a quien se quiere obsequiar y no a su cónyuge. Los padres donan a sus hijos lo que quieren entregarles por adelanto de herencia, y no a su esposo, y esto por actos que pueden ser separados de la capitulación matrimonial.

En una palabra, se trata de disposiciones generales a todas las donaciones propter nupcias.

Por fin, no es exacto que haya caso de revocación, como lo dice el artículo 1240, esto es, de una acción o declaración, allí donde se trate de una donación proyectada en vista del matrimonio, que no es seguido de celebración. Queda sin efecto, por esta sola razón: artículo 1238. Sólo habría que dejar sin efecto la inscripción en el Registro, si se hubiera hecho prematuramente, lo que no será frecuente, y sólo en caso de resistencia a allanarse el favorecido a la cancelación, cabría una acción. Pero eso no es revocación. Lo mismo ha de decirse del reclamo para obtener la devo-



Art. 5. — Se reproduce el artículo 1219.

Art. 6. — Se reproduce el artículo 1220.

Art. 7. — Se reproduce el artículo 1221, al que se suprimirá el período que empieza “o fuere dispensado”, etc. Se substituirá en el anterior a “aunque” por una coma al punto y coma.

Se intercalará: “o cuyo consentimiento fuese viciado” después de “para casarse”.

Se agregará en segundo párrafo el artículo 1222, en el que se reemplazará el número del 1217 por el que corresponda.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 1223, poniéndose “dos mil” en vez de “mil” las dos veces que emplea este número.

Se suprime el artículo 1224.

lución de lo donado, entregado antes de la celebración: es la acción de enriquecimiento sin causa.

Art. 8. — Supresión del artículo 1224.

En la comunidad legal del derecho francés, todos los bienes aportados por los esposos se hacen comunes si otra cosa no se hubiera convenido. De ahí que se “juzgará que éste — el matrimonio — se contrae haciéndose comunes los bienes muebles y cosas fungibles; y disuelta la sociedad, se tendrán como bienes adquiridos durante el matrimonio”.

Nótese la forma imperativa de la redacción. La ley impone la solución: se hacen comunes los bienes muebles cualquiera que sea su naturaleza y su importancia: los ganados



Art. 9. — Se reproduce el artículo 1225, en el que se substituirán las palabras con que termina, desde “cuando los padres”, etc., por las siguientes: “cuando el Juez hubiera suplido el consentimiento negado por los tutores o el menor careciese de ellos”.

que existen en las estancias del contrayente, los dineros depositados en los bancos, los títulos de rentas, las acciones, etc.

Y que en el artículo 1224 no se trata de establecer una presunción que sirve de prueba en los casos de dudas, ya resulta de sus términos. La prueba de ser propios o gananciales los bienes, es materia de otras disposiciones: artículos 1228, 1229, 1244, 1260, 1271, etc.

En el que suprimimos, no se trata de eso. Se trata de una supuesta enajenación, de una donación impuesta por la ley, derivada del hecho de no haberse otorgado escritura designando los bienes aportados, esto es, la de capitulaciones matrimoniales. Y la demostración de que no se trata de prueba de los aportes, está en los artículos 1228, 1258 y 1260. Eso se comprende en la comunidad legal francesa, pero no en la nuestra de gananciales.

El artículo debe desaparecer por lo menos en su redacción actual. En nuestro país no está en las costumbres la redacción de escrituras de capitulación, y no por eso se entiende regalar los valores, muchas veces muy valiosos de los fabricantes, hacendados, comerciantes o herederos, que omiten la escritura al contraer su matrimonio. Y esto es





CAPITULO II

De la sociedad conyugal

§ 1

Del haber social

Art. 10. — Se reproducen los artículos 1261 y 1262. Constituirá éste un segundo párrafo separado.

Art. 11. — Se modifica el artículo 1263, así:

El capital de la sociedad conyugal se compone de los bienes propios que cada cónyuge introduce al matrimonio y de los que en adelante adquieran por donación, herencia o legado.

Art. 12. — Se reproduce el artículo 1264 con las modificaciones siguientes:

doblemente inadmisibles en un país en que se parte de la posesión hereditaria por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna.

Lo único que hay que hacer es organizar la prueba de los aportes, y es lo que proyectamos en artículos posteriores.

Arts. 11 y 12. — Evitamos el empleo de la palabra “dote”, que el Código, artículo 1243, define como comprensiva y sinónima de bienes propios de la mujer, sea de los

a) Se suprimen las palabras "con designación de partes determinadas";

b) Se suprimen "como dote".

Se agregará en párrafo separado el artículo 1265, modificado así:



constituídos efectivamente en dote, sea de todos los que en cualquier tiempo y por cualquier título adquiriera.

Ese empleo de la palabra dote fué reproducido del artículo 1272 del proyecto de Goyena, el cual, artículo 1314, la hace sinónima de "bienes propios de la mujer", pero reconoce que esa extensión no es la acepción jurídica, "pues constituye una diferencia capital el artículo 1272, con todos los códigos antiguos y modernos".

Entendían Goyena y nuestro Código, abolir la diferencia fundamental de la legislación vigente, entre bienes dotal y bienes parafernales para los fines de la administración marital.

Dejando por el momento de examinar esa cuestión, decimos que en el idioma, dotal, no es sinónimo de bien propio, sino una de sus especies, y desde el derecho romano a los modernos, se mantiene siempre rígidamente la distinción. "Paraferna son llamados en griego, dice la Ley 17, título 11, Partida 4ª, todos los bienes e las cosas, quier sean muebles, o rayzes que retienen las mujeres para si apartadamente e non entran en cuento de dote". Si dote es equivalente de bien propio de la mujer, carece de objeto expresar por medio de ella, una diferencia que no existe con bien propio

Si las donaciones fuesen onerosas se deducirá del capital del esposo donatario, el importe de las cargas, siempre que hayan sido abonadas por la sociedad con sus dineros.



del marido. Se corre el riesgo, en cambio, de darle una aplicación tomada de la ciencia jurídica formada bajo el concepto de legislaciones profundamente distintas.

———Modificamos la redacción del artículo 1265. Dice, repitiendo el texto del proyectado por Goyena, que se “deducirá de la dote y del capital del marido... el importe de las cargas que fuesen soportadas por la sociedad. Repite esta fórmula el artículo 1399, Código Español.

Eso no es exacto. Toda carga, por el hecho de serlo, es **soportada** por la sociedad, que no tiene otros derechos que los del socio donatario.

Pero unas cargas exigen desembolsos que no pueden ser cubiertos con los productos del bien, y otras no. Si se dona una casa con cargo de servir una renta al donante o un tercero, hay que ver si su renta efectiva o calculada es mayor que la carga, en cuyo caso la sociedad conyugal no debe cubrir la diferencia. El capital íntegro pertenece al cónyuge. En el caso opuesto, también le pertenece, sin perjuicio de la recompensa que se debe a la sociedad en el momento de su liquidación: artículo 1272, último inciso.

Pero también el cargo puede consistir en una restricción del uso o en la atribución del uso o usufructo, en todo o en parte. En tal caso la sociedad lo soporta, pero no tiene derecho a indemnización.



Art. 13. — Se reproduce el artículo 1266.

Se agregará en párrafo separado:

Pertenece al cónyuge condómino el bien en que por

En otros términos, el bien propio sujeto a cargas permanece tal dentro de la sociedad. No es su valor como capital neto lo que pertenece al cónyuge. Es el bien mismo.

Art. 13. — Artículos 1407 y 1408, Código Francés. La adquisición de un bien en que se tiene una parte indivisa, por resultado de una partición o de otro acto jurídico que haga cesar el estado de indivisión, es la consecuencia del condominio que en él existía. El título de adquisición es el del esposo que tiene en él participación. Y aunque se adquiere con dineros sociales y no se manifieste que se efectúa la división para atribuir al condómino el dominio exclusivo, la sociedad no tiene título para pretender participación. Sólo tiene derecho a ser indemnizada de lo que desembolsó en beneficio del adquirente. Véase Planiol, Ripert et Nast, Régimes matrimoniaux, números 235 y siguientes.

La misma razón concurre para la adquisición de una parte indivisa.

No es efecto de la retroacción de la partición. Lo es del hecho de que el cónyuge tiene título propio para la partición o los actos equivalentes de ella. Tiene por objeto unificar la propiedad.

No juzgamos necesario modificar el texto del artículo 1266 en cuanto a la propiedad adquirida con los dineros de alguno de los cónyuges. Es deliberado en él el no exigir

cualquier acto ha adquirido la propiedad exclusiva o la nueva participación que en él ha adquirido durante el matrimonio.

más condiciones que las que menciona. Así como el bien adquirido por permuta, o por accesión, o por partición, o por título propio anterior — artículo 1267 — son propios del permutante, del dueño del bien en que se ha efectuado la accesión o a quien compete el título anterior, sin necesidad de declaración, y por el hecho de efectuar el acto, así también la adquisición con dineros propios llena la exigencia legal.

Sólo en la adquisición para la mujer exige, por la fuerza de las cosas, otros requisitos, artículo 1246. Y esto porque el acto del marido, que es el órgano de la sociedad conyugal, no puede imponer a la mujer una inversión que puede serle perjudicial, y hasta fraudulenta, como porque los acreedores de la sociedad conyugal se verían defraudados por la atribución a la esposa de bienes sociales en realidad, que así se substraerían a la responsabilidad social por actos de simulación. Hay que explicar de qué manera ha adquirido la esposa los valores que se dicen de ella.

Nada de eso sucede con el marido. No necesita decir que adquiere para sí desde que es acto suyo y hecho en su nombre. Y en cuanto a los acreedores lo mismo responde con los bienes propios que con los comunes. La cuestión no existe sino sobre la verdad del hecho: si los dineros son su-





Art. 14. — Se reproduce el artículo 1246. Se agregará en párrafo separado, el artículo 1247.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 1251.

Art. 16. — Se modifica el artículo 1267, en el que se suprime la frase “y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”. Se sustituirán las palabras “La cosa adquirida” por “El bien adquirido”.

Art. 17. — Se reproducen los artículos 1268, 1269 y 1270, que constituirán párrafos separados, designados por núme-

yos o no. Es cuestión que sólo interesa a la liquidación entre esposos.

El Código se ha apartado en el artículo 1266, de las doctrinas corrientes francesas. Ha evitado así el hacer donaciones disfrazadas a la mujer, con los dineros empleados, propios del marido, dejando a los bienes como adquiridos por la sociedad conyugal con dineros propios de él.

Arts. 16 y 17. — El artículo 1267 y los siguientes son tomados del 1736, Código de Chile. Reproducen la doctrina clásica que Pothier exponía — tomo I, De la communauté coutumiére, números 13 y siguientes, y 7º, Traité de la communauté, números 157 y siguientes. Basta el título anterior, según ellos, sin otra condición.

Pero nuestro artículo 1267, después de transcribir el primer párrafo del artículo chileno, agrega: “y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”.

Si lo que se quiere prescribir es que para que el bien sea propio es menester que se tenga título o causa de adqui-

ros de incisos, de uno mismo. Se substituirá en el texto del 1268, la palabra "Tampoco" por "No".

Precederá a todo el nuevo artículo, "Por consiguiente":

1º, etc.



sición anterior, y sea pagado con dineros propios, es claro que el pensamiento está mal expresado. No son los bienes de uno de los cónyuges los que llenan la exigencia. Sólo lo son los bienes del esposo que tiene el título a la adquisición. Eso no exige mayor demostración.

Pero el agregado no corresponde al principio fundamental de toda la teoría. No es ganancial el bien adquirido con valores de la sociedad sino cuando el título de adquisición ha nacido por un acto jurídico celebrado por ella. Si un derecho se ha creado anterior a ella, por el cual un bien se adquiere durante su existencia, ese derecho es un capital perteneciente al esposo que lo aporta, y que porque lo aporta, el bien se obtiene. Nunca se ha exigido otra condición. Y se comprende. Si la sociedad o el marido pudieran adquirir el bien suministrando los valores que han de entregarse en cambio, por virtud del título o causa, que lo atribuye a la esposa, por ejemplo, le privarían de un bien a que tiene el derecho que le da el título.

La sociedad o el marido tienen un crédito contra el adquirente en virtud del título: es el caso del último período del artículo 1272.

Por eso, ni Pothier, ni el Código de Chile, exigen otra condición que el título, y no hablan del origen de los bienes

En el inciso 3º que reproduce el artículo 1270, se dirá después de “matrimonio” “ni los créditos”, y lo demás como está.

dados en precio o compensación. En la retroventa se opera la retrasmisión del bien, y hay que devolver el precio recibido. Si lo suministra un tercero, no por eso se sustituye al vendedor. Este recupera su propiedad, y en ella no participa el tercero: es un prestamista.

Y esa doctrina inconcusa se aplica hasta cuando se cierra un contrato de adquisición o se opta por una adquisición, en virtud de un acto existente antes del matrimonio, es decir, cuando sólo hay una causa de adquisición anterior y una adquisición efectiva posterior al matrimonio, y precisamente cuando el título es oneroso. Baudry, Le Courtois et Surville, Contrat de mariage, I, números 335 y siguientes; Planiol, Ripert et Nast, Régimes matrimoniaux, I, número 221; Josserand, Droit Civil, III, número 45.

Los artículos 1268 y 1269 obedecen a ese principio de que son aplicación. La convalidación del título vicioso puede derivar de un reconocimiento oneroso, de una transacción o de la adquisición del derecho litigioso opuesto. No exige el Código más condición que la del título anterior, para que se aplique, sin mencionar para nada el desembolso que haya reclamado la transacción o “cualquier remedio legal” empleado.

Restablecido el texto del artículo 1267, en su exacta significación, lo hemos, además, corregido, substituyendo



Art. 18. — En substitución del artículo 1274: Tampoco pertenecen a la sociedad las donaciones remuneratorias de servicios prestados por un cónyuge antes del matrimonio, aunque se hayan efectuado después.



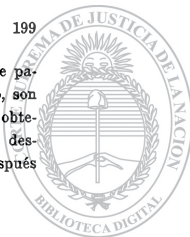
la palabra bien, en vez de la que emplea: cosa. Cualquiera bien adquirido, crédito, participación social, etc., aunque no sea bien material, queda cubierto por el principio.

Decíamos que los artículos 1268, 1269 y 1270 sólo son aplicaciones del 1267. El artículo chileno enumera todos esos supuestos. A fin de marcar bien que no se trata sino de una misma regla, precedemos de la expresión “Por consiguiente” que tomamos de aquel Código, el nuevo artículo en que reunimos a los citados. No se trata de principios independientes.

En el 1270, también tomado del citado Código, ha suprimido el nuestro las palabras “por capitales de créditos constituídos antes del matrimonio”. Claro está que si los intereses devengados son propios, debe serlo el capital de que provienen. Pero es tan importante la decisión de que los capitales conservan su carácter, sin desaparecer absorbidos en la masa conyugal, de modo que deban ser empleados en bienes propios o depositados a nombre de la esposa, que la regla no debe ser expresada por implicancia, sino por declaración expresa.

Art. 18. — Dadas las disposiciones de los artículos 1822 a 1825, son innecesarias las distinciones del 1274. Es la donación remuneratoria — artículo 1822 — por definición, la

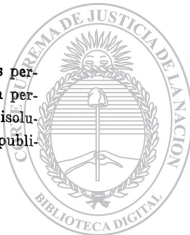
Art. 19. — Los derechos de autor, los derivados de patentes de invención y las marcas de fábrica o comercio, son bienes propios del autor o del cónyuge que los haya obtenido, aunque la obra o el invento se hayan realizado después del matrimonio o se haya obtenido la marca después de su celebración.



que corresponde a servicios que habrían dado lugar a demandar el pago. Las demás, “aunque lleven el nombre de remuneratorias”, son donaciones simples, que siguen su regla.

Art. 19. — La cuestión tratada por nuestro artículo ha sido diversamente resuelta por la doctrina. Se veía en los derechos del autor o inventor, un derecho patrimonial de que derivan ventajas pecuniarias. Y no obstante la distinta opinión de Toullier (XII, número 116), la generalidad de los escritores franceses adoptó la doctrina de la Corte de Casación, y vieron en los derechos de autor un aporte que en la comunidad legal se hacía común y en la de gananciales lo era cuando el derecho había nacido durante el matrimonio. Había voces autorizadas que disientían profundamente. El derecho de autor decían no es común ni ganancial: es bien propio. (Renouard, *Tr. des droits d'auteur*, II, 129; Pouillet, *De la propriété littéraire et artistique*, números 184 y siguientes).

El punto de vista que prevalecía para aquella solución, era que el derecho de autor es el de una propiedad de la obra, un derecho patrimonial, un monopolio de explotación



Pertenecen a la sociedad conyugal los emolumentos percibidos por efecto de aquellos derechos, o que debieron percibirse, durante la unión. Cesa este beneficio a la disolución de la sociedad conyugal, aunque derivaran de publicaciones o contratos celebrados durante su existencia.

pecuniaria de ella. Se le asimilaba a una cosa: era un mueble. Y en la sociedad de gananciales, un producto del trabajo del esposo autor, una adquisición de un bien.

Pero ese punto de vista se fué alterando profundamente. No. El derecho de autor no es, por su naturaleza misma, un derecho al producto de la venta. No es una propiedad. Es un derecho mucho más extenso.

Pero se produjo un caso, que hirió profundamente la conciencia jurídica. Un músico célebre escribió durante su matrimonio varias obras que tuvieron éxitos triunfales. Divorciado por culpa de la mujer, ésta pretendió derechos a las obras que eran, según ella, bienes gananciales. La Corte de Apelación de París, reaccionando contra la doctrina corriente, declaró que el derecho de autor era personal, inherente a la personalidad misma, y que permanecía íntegro en él, antes y después de la disolución del matrimonio. Era la consagración de la doctrina que se había ido formando lentamente y que el mundo literario y artístico había adoptado e inspiraba a los escritores de derecho.

La Corte de Casación revocó la sentencia, y declaró que la esposa divorciada, por su culpa, era dueña de la mitad de las obras de su marido.

La enajenación por un precio firme y total, del derecho del autor a la publicación, representación, empleo o uso de sus derechos, causa la subrogación del precio como bien propio.

Tenía tales características el caso que la opinión se sublevó. Se dió, entretanto, otro. El célebre escultor Mercié, casado, tuvo que reconocer a los herederos de su esposa, el derecho a la mitad de las obras creadas durante el matrimonio. Mercié contrajo nuevas nupcias que se disolvieron por divorcio. Tuvo que reconocer a su esposa la mitad de la mitad que le había quedado. El autor sólo conservó la cuarta parte del valor que había creado, y los extraños a él, que no eran sus herederos, ni su esposa, tuvieron las tres cuartas restantes.

Los más notables escritores se pronunciaron. Saleilles (Sirey, 1900, 2, página 121), Colin (Dalloz, 1903, 1, página 5), Lyon-Caen (Sirey, 1902, 1, página 305), en contra de la sentencia de casación, los dos primeros, y el último a favor. Y Thaller, en la *Revue trimestrielle*, 1903, página 55 *Des rapports de la propriété littéraire, avec le régime de la communauté*, sostuvo vigorosamente la doctrina de Saleilles y de Colin.

Puede verse en el dictamen del Procurador General de la Corte de Casación, Baudoin (Dalloz, loc. cit.) la más vigorosa exposición de la doctrina adoptada por ese Tribunal.

La cuestión sólo se presenta entre nosotros en lo que se refiere a las obras o inventos publicados durante el ma-





trimonio, desde que nuestra sociedad conyugal sólo comprende a los bienes gananciales, y por consiguiente, mucha parte de la argumentación alegada no se aplica a nuestro estado jurídico matrimonial. Siempre queda en pie la que se refiere al carácter del derecho de autor y al de los emolumentos que autoriza.

La cuestión se planteó en su máxima extensión ante la Société d'études législatives en 1908. Fué discutida con la asistencia de Colin, Thaller, Lyon-Caen, Baudoin, el miembro de la Corte de Casación Rau, que era el redactor del fallo dictado en el asunto Lecocq, Massigli, Darras, Vaunois, etc., y varios literatos de renombre.

La solución adoptada, con el voto conforme de Lyon-Caen, y el de Rau, y recibida en silencio por Baudoin, que con tanto brillo defendió la adversa, fué la que inspira nuestro texto. El Bulletin de dicha sociedad, año 1908, dedica casi todo el volumen a los informes producidos por Vaunois y a las discusiones en comisión y en pleno de la asamblea.

El derecho de autor no es solamente un derecho pecuniario. Consiste en la plenitud total del derecho sobre su obra. Puede autorizar su publicación, mediante retribución. Puede impedirla. Puede exigir que no se altere, que su nombre aparezca; puede modificarla, suprimirla. Sus ideas pueden cambiar y su derecho perfecto es el de publicarlas tales como corresponden a su concepto actual. Debe solamente respetar la publicación que ha autorizado.



En el acto que se reconocen esos caracteres del derecho de autor, se advierte que es mucho más amplio que el de percibir sumas de dinero. Más que eso: que esa faz de su derecho es inconciliable, con el de un derecho indiviso en participación con un extraño, aunque sea un cónyuge o los herederos de un cónyuge.

Porque no depende de su adhesión la nueva edición alterada o no, ni el retiro, o caducidad deliberada del libro, u obra musical, o artística anterior. Es el autor, soberano en esas decisiones. ¿Cómo hacerlas efectivas con el cónyuge divorciado o con los herederos, a quienes la decisión hace perder lo que, por hipótesis, es suyo? Y si se modifica fundamental o gravemente la obra, ¿es acaso la misma? Son muchas las obras científicas, literarias, musicales, que tuvieron mal éxito, y que presentadas en la nueva forma, lo tienen perfecto. La obra es otra. Pertenece sólo a su autor.

Sin continuar con otras fases de la misma argumentación, y que pueden verse expuestas en las discusiones citadas, resulta indiscutible que la separación en dos partes, pecuniaria y moral, del derecho de autor, es imposible, porque son interdependientes e irrealizable la disposición de la única que puede ser cedida, si la otra ha de conservar su eficacia.

El derecho de autor es un capital que puede traer renta, y a veces, después de la muerte del autor en la penuria, como ha ocurrido con tantos escritores y artistas célebres. Pero es mucho más que un capital. Es la personalidad mis-



ma del autor, su pensamiento, su alma creadora. No es de otro la obra que realizó solo. Es insostenible que Mercié tuviese que entregar las tres cuartas partes de la suya a los que no la crearon y le amargaron la vida en cambio de los bienes de que se apoderaron por un error de la ley.

Por eso los más eminentes juristas defensores de la doctrina de la Corte de Casación, que estaban ligados por su deber de aplicar la ley vigente: Baudoin, Rau, Lyon-Caen, aceptaron sin reticencia el proyecto de reconocer al autor el derecho exclusivo a su obra, a la obra que creó solo, y a veces, como Molière, entre las amarguras del hogar.

Esa obra perteneciente a un esposo, produce ventajas pecuniarias, por su publicación, representación o autorizaciones para usar de ella, como en el contrato de edición o en el de uso del invento, etc.

Esas ventajas pecuniarias están generalmente determinadas a la manera de rentas, pues la forma más usual es el de fijarlas en un tanto por representación teatral, o por volumen vendido, o por ciento sobre las entradas brutas. Son entonces, frutos de un derecho, que se gastan en la familia, y que por su carácter económico, son como todos los frutos, gananciales.

Cuando, en cambio, se vende por un precio firme, el derecho del autor a la publicación, o representación de sus obras, o al de la explotación del invento, de manera que no se subordine a edición o número, se trata entonces de la enajenación de un capital. La regla es en tales casos que



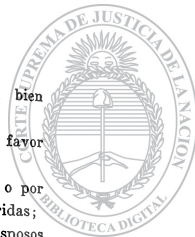
el precio no es un fruto: subroga al valor de un bien propio.

Existe una fuerte reacción doctrinaria contra la conservación de semejantes contratos. Dolorosos precedentes los condenan; Balzac, Heine, Gounod, han experimentado en los tiempos modernos los resultados de su imprudencia en celebrarlos, pero la legislación todavía respeta el principio de la libertad de convenciones.

En ese caso, nuestro artículo declara el carácter de los valores de retribución. Si es precio firme de enajenación, es substitutivo del derecho patrimonial cedido. Si es retribución, emolumento de otra categoría, subordinado a número o participación dependiente de él, o de cualquier carácter que no sea precio firme y total, es ganancial.

Las distintas combinaciones posibles quedan libradas a la apreciación judicial que aplicará el criterio que nuestro artículo le proporciona. No es posible precisar más la solución.

Sobre este punto particular, véase el informe de Vauvois ya citado, página 69, y artículo II del proyecto de la comisión de la Société d'études législatives, página 78, y las distintas opiniones manifestadas en la discusión, páginas 94, 99 y siguientes, 103 y 238. Nuestras conclusiones son las formuladas por los señores Colin y Rau, adoptadas por aquella sociedad.



Art. 20. — Son también bienes propios:

1º La indemnización por daños sufridos en un bien propio;

2º Las pensiones alimenticias y las de retiro a favor de uno de los esposos;

3º La indemnización por accidentes de trabajo, o por seguro contra daños personales, o enfermedades sufridas;

4º Las rentas vitalicias a favor de uno de los esposos o los capitales obtenidos por seguro de vida;

5º Los recuerdos de familia y personales. Los objetos de adorno o vestidos, los instrumentos de trabajo y los libros necesarios para el desempeño de la profesión;

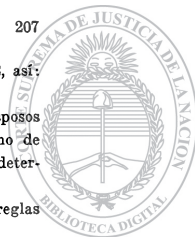
6º Las cartas recibidas y los manuscritos de uno de los esposos;

7º Los valores adquiridos por enajenación de un bien propio, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1259.

Art. 20. — Planiol, Ripert et Nast, Régimes matrimoniaux, I, números 415 y 186; 5º, 189 y siguientes. Josseland, Droit civil, III, números 33, 34 y 36; 4º, 476, 3º; Colin y Capitant, III, páginas 68 y siguientes.

— **inciso 7º** — Artículos 1254, 1258 y 1266. Los primeros lo resuelven así, para la mujer. Sin perjuicio, decimos, de lo dispuesto por el artículo 1259, en cuanto a los fondos que han quedado confundidos en la masa y en cuanto se refieren a los terceros acreedores.

Entre esposos darán ocasión a una liquidación al disolverse la sociedad conyugal. Uno y otro se encuentran en



Art. 21. — Se modifican los artículos 1271 y 1272, así:
Son bienes gananciales de la sociedad conyugal:

1º Los bienes adquiridos por cualquiera de los esposos durante el matrimonio, aunque fuese a nombre de uno de ellos, si no se probase que son propios, según se ha determinado por las disposiciones precedentes.

En cuanto a los bienes muebles se aplicarán las reglas de este Código sobre usufructo;

idéntica situación, y no solamente la mujer, en cuanto a los dineros u otros valores obtenidos por enajenación de bienes propios.

Art. 21. — Las disposiciones anteriores han precisado que, además de los bienes introducidos al matrimonio, y de los adquiridos durante él, a título lucrativo, hay otros que, existentes en el momento de la disolución — artículo 1271 — y “adquiridos durante él” — artículo 1272, 2º, no son de la sociedad conyugal. Los adquiridos en los supuestos de los artículos 1254, 1258, 1266, 1267, etc., se hallan en ese caso.

— **inciso 2º** — El párrafo agregado exceptúa del actual artículo 1272, los valores obtenidos por primas o sorteos de títulos propios de un esposo, porque el derecho que se rescata, o de que provienen, constituye un título propio (artículo 1267). No son frutos civiles de un capital. Es una forma frecuente de redención de títulos emitidos por los Estados o las compañías financieras: Planiol, Ripert y Nast, I, número 414.



2º Los adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuesta, etc. Cuando proviniesen del sorteo o redención, con primas o sin ellas, de valores propios de uno de los esposos, serán propios de él;

3º Los frutos naturales o civiles de los bienes comunes o de los propios de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio o pendientes al terminar la sociedad conyugal.

—————**inciso 3º** — El Código sólo se ocupa de los frutos civiles o naturales.

Los productos, que pueden ser muy valiosos, deben seguir las reglas del usufructo, con las distinciones que en ellas se han proyectado, por identidad de razones.

—————**inciso 5º** — El Código, artículo 1272, 5º, contiene dentro de su sistema (después modificado), una incongruencia: la mujer casada en segundas nupcias no gozaba de usufructo sobre los bienes de sus hijos de un matrimonio anterior.

Y a su vez, el inciso d), artículo 3º, de la ley sobre derechos civiles de la mujer, contiene dos, aun más graves que aquélla.

La primera es que crea un privilegio para la mujer. Las rentas de su usufructo — que muy bien pueden provenir de la vigilancia y capacidad administrativa de su marido — le pertenecen como bien propio, mientras que las del esposo en igual caso, constituyen un bien ganancial. Ya es demasiada “igualdad” esta privilegiada.



En cuanto a los productos de otra clase, se aplicarán las disposiciones sobre usufructo;

4º Los frutos civiles de la profesión, trabajo o industria de ambos esposos o de cada uno de ellos;

5º Lo que recibiese alguno de los esposos por el usufructo de bienes de los hijos de otro matrimonio;

La segunda es que si todos los provechos del trabajo de cada uno de los esposos, de los bienes propios de ellos, de cuanto tienen y adquieren, son gananciales, no se ve por qué el usufructo constituye excepción para la mujer y no para el marido. Cualquier usufructo a título oneroso o gratuito, constituye bien propio y todos sus productos fructuarios son gananciales. ¿Por qué se crea esa excepción?

Probablemente lo que se ha querido es reservar la administración y empleo de los provechos, como en los casos que el mismo artículo 3º de la ley prevé. Pero el texto no permite esa interpretación: "sin que los frutos... pertenezcan, dice, a la nueva sociedad conyugal".

Si lo que se quisiera obtener es que esos frutos acrezcan la fortuna particular de la mujer, para que los hijos del matrimonio anterior beneficien en su sucesión de lo que proviene de sus bienes, tampoco se logra el propósito, porque los herederos de la mujer son todos sus hijos, es decir, también los del nuevo matrimonio y el esposo.

Creemos que se trata de una inadvertencia, y la interpretamos en el sentido de reserva de la administración, de que más adelante nos ocuparemos.



6° El valor que en el momento de la enajenación o de la disolución de la sociedad tengan las mejoras hechas en bienes propios de los esposos, y que hayan acrecido su valor en ese momento. No podrá exceder en caso alguno de lo realmente desembolsado;

7° Lo gastado en la redención de cargas que afectasen los bienes propios de los esposos o en cualquier otro objeto de que uno solo de ellos hubiese obtenido provechos. Lo pagado por sus deudas personales.

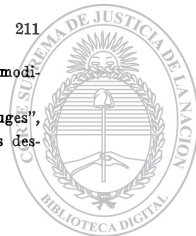
—————inciso 6° — El texto actual del artículo 1272 parece referir el valor de que se debe recompensa, al momento de su inversión, pues dice “que durante el matrimonio han dado mayor valor, etc.”.

Sin embargo, como lo notaban Aubry-Rau (5°, § 511, bis), no se trata de un préstamo hecho por tercero. Se trata de inversiones en bienes cuya explotación y beneficio corresponde a la sociedad conyugal, administrada regularmente por el marido, que debe vigilar en la inversión provechosa de los valores. Si la explotación es a favor del matrimonio, debe éste tomar a su cargo la depreciación del valor, por efecto del tiempo, por amortización de las mejoras, etc.

Nuestra interpretación es la de Pothier, que la justifica en cuanto a las impensas útiles — las mejoras, dice nuestro texto, — notando que podían haberse evitado, y que, por consiguiente, se hicieron para beneficiar al matrimonio. Debe el cónyuge solamente lo que ha obtenido por su enri-

Art. 22. — Se reproduce el artículo 1273, que se modificará así:

a) Se substituyen las palabras: “uno de los cónyuges”, por las siguientes: “la sociedad”; y se suprimen éstas después de “disuelta”;



quecimiento en el momento de recuperar el goce exclusivo de su bien. Pothier, Communauté, números 638 y 613.

Si el bien se vende antes de la disolución, en el precio, que es bien propio, entra el valor actual de las mejoras.

La solución de Pothier es la que ha prevalecido, no obstante las disidencias anteriores de Marcadé, Laurent y otros, en la Corte francesa de Casación y en los escritores modernos. Aubry-Rau, lugar citado; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, I, número 844; Colin y Capitant, III, página 204; Planiol, Ripert y Nast, I, número 485; Josserand, III, número 331.

Art. 22. — Dice el texto actual del artículo 1273 que se reputan adquiridos durante el matrimonio los bienes adquiridos de hecho después de él, lo que es exacto, pero en una doble y distinta situación: o son gananciales o son propios, según las reglas generales anteriores. Conviene aclarar el texto, dejándolo explícito respecto de los bienes que debieron adquirirse por la sociedad, pues que viene explicándose en los dos artículos anteriores, cuáles son los bienes gananciales. Los bienes que debieron ser “adquiridos por uno de los cónyuges” son exactamente bienes propios, pues los otros, aunque adquiridos a nombre de él, son gananciales en el

b) Se suprimen todas las que siguen al texto actual desde "la sociedad".

Se agregará, además, en párrafo separado:

Se presumen gananciales, salva la prueba contraria, los

caso excepcional del supuesto expresado en el segundo período del artículo 1272. Para los bienes propios carece de objeto saber cuándo se adquirieron de hecho y de derecho, y las distinciones de ese artículo no tienen razón de ser sino para los gananciales. En cuanto a los frutos de los propios son bienes sociales, que debieron ser adquiridos por la sociedad.

Tampoco es necesario expresar como lo hace el artículo 1273, la causa de la demora en la adquisición, limitándola a los dos casos que enumera. La decisión es general a todos los que puedan ocurrir.

Nuestro artículo propuesto establece la regla fundamental de la prueba de la propiedad de los bienes en el matrimonio.

Están dispersas en el Título varias disposiciones que se refieren a esa prueba: artículos 1224, 1228, 1229, 1258, 1260 y 1271. Carece de objeto estudiarlas, para reducirlas a un concepto preciso, que no resulta fijo de los términos empleados. Son reflejos de las interpretaciones de los artículos 1499 y 1504, Código Napoleón, y 560/3, Código de comercio francés, que tanta controversia han causado entre los escritores.

¿Había que distinguir entre prueba referente al marido y prueba relativa a los terceros? Así lo resolvía la Corte



bienes existentes a la disolución de la sociedad conyugal. La prueba será apreciada según las disposiciones precedentes. La sola confesión del marido no puede ser invocada contra los acreedores personales de él o de la sociedad conyu-

francesa de Casación, y así lo disponen al parecer algunos de nuestros artículos, aislados de los otros que hemos recordado.

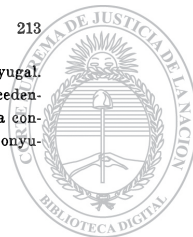
¿Había que distinguir entre restitución de los bienes existentes y créditos de la esposa o del marido, por el importe de bienes introducidos y no existentes?

La cuestión ha sido profundamente estudiada por la Société d'études législatives, en 1921, cuya comisión presentó un informe que corre en las páginas 155 y siguientes de su Bulletin. Ese proyecto fué adoptado por la Sociedad y constituyó, por su adopción parlamentaria, la ley de 29 de Abril de 1924.

Había sido ya establecido por la ley de 13 de Julio de 1907, artículo 4, que la mujer podía establecer, tanto respecto del marido como frente a terceros, por toda clase de pruebas, la consistencia y proveniencia de los bienes reservados.

Esa libertad en la prueba, restituída al derecho común, es la regla del Código Alemán, que no contiene disposición alguna de limitación y es la del Código Español, artículos 1407 y 1434.

Se ha hecho valer para justificar esta conclusión, que no existe motivo para exigir pruebas especialmente limita-



gal. Debe ser confirmada por otros medios de prueba, con excepción del juramento.

Se suprimen los artículos 1228, 1229 y 1260.

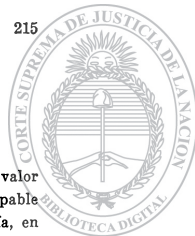


das, como lo quiere nuestro artículo 1224 y lo confirma el 1229, so pena de perder la esposa sus bienes introducidos, que puede justificar por los medios generales de prueba. Se la obliga así a pasar por las consecuencias de la omisión de inventarios onerosos, de que son culpables sus protectores naturales al celebrar el matrimonio, y el marido después, pues a éste le corresponde la gestión y defensa de los intereses de su esposa.

La presunción de fraude no es la regla en las relaciones jurídicas, y no la imponen los hechos, porque no se producen colusiones entre los esposos para defraudar a terceros, sino por excepciones tan poco frecuentes, que no aconsejan reglas particulares tan perjudiciales a la esposa, que es castigada con la pérdida de sus muebles, sus ganados, sus dineros aportados.

Ni aun en caso de concurso del marido hay motivo para apartarse del principio, aunque, como fácilmente se comprende, no se admita como bastante la sola confesión de aquél no corroborada por otros medios de prueba.

La ley francesa dejó, sin embargo, de acuerdo con el proyecto de la Sociedad de estudios legislativos, sometida la prueba **entre esposos**, pero no con relación a terceros, a lo dispuesto por el artículo 1504, Código Napoleón, según el que la mujer podía, en defecto de inventario, recurrir a to-



da clase de pruebas para justificar su reclamo por el valor de los muebles aportados. En cambio, el marido — culpable por su negligencia en no levantar inventario, — perdía, en defecto de éste, su derecho a reclamar esos aportes.

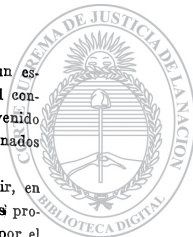
La Sociedad había concluido por establecer una distinción. La prueba de los aportes quedaba librada al derecho común: se admitían todo género de pruebas. El retiro de las cosas aportadas sólo procedería en caso de inventario. El derecho a su valor procedería en todo supuesto de prueba de derecho común.

Esta distinción es injustificada. Y en la discusión del proyecto se admitió que la mayoría lo reconocía, pero que era una concesión, por transacción, a la minoría que pretendía conservar el derecho anterior. (Bulletin, páginas 54, 55 y 226/7).

Esa misma distinción resulta del artículo 1260 de nuestro Código. El crédito por valores adeudados a la mujer se prueba por todos los medios que se permiten a los terceros. El reclamo por los bienes aportados a fin de que se devuelvan en especie, sólo por medios limitados a inventarios o instrumentos dados: artículos 1224 y 1229.

Como se ha visto, el Código Francés reformado no admite la distinción respecto de la mujer: sólo la exige para el marido.

Repetimos con el Código Alemán, el Español y la Sociedad de estudios legislativos, que esa distinción es “insos-



Art. 23. — Cuando el bien propio consista en un establecimiento rural, comercial o industrial, la sociedad conyugal deberá explotarlo y restituirlo como está prevenido en el título del usufructo (de este proyecto). Los ganados y mercaderías existentes se registrarán por esas reglas.

Art. 24. — Cada uno de los esposos puede exigir, en cualquier tiempo, que se haga inventario de sus bienes propios o de los de su cónyuge. Se aplicará lo dispuesto por el artículo 9, título proyectado del usufructo.

Art. 25. — La celebración de un matrimonio por un menor de edad, sin autorización suficiente, impide el establecimiento de la sociedad conyugal mientras no haya cumplido la mayor edad.

tenible". "Infecua", dijeron Capitant y otros miembros (Bulletin, página 226).

Véase, sobre esta materia, Colin y Capitant, 3º, páginas 207/14; Planiol, Ripert y Nast, I, números 425/43; Capitant, Revue Trimestrielle, 1925, De la preuve des reprises sous le régime de la Communauté; Josserand, 3º, números 305 bis y siguientes; Dernburg, Deutsches Familienrecht, § 36, Ley alemana de concursos, artículo 45.

Art. 23. — Código Español, artículos 1357, 1389, 1391 y 1405; § § 1382 y 1525, Código Alemán.

Art. 24. — § § 1372 y 1528, Código Alemán.

Art. 25. — Artículo 131, Código Civil; § 1364, Código Alemán.



Art. 26. — La mujer no puede renunciar las herencias o legados que le sean deferidos, sin autorización de su marido.

La negativa del marido a consentir en la renuncia de la esposa, permitirá a ésta recurrir a la autorización del Juez de la sucesión abierta, que la substanciará con audiencia de aquél y sin forma de juicio.

Para computar el plazo dentro del cual debe efectuarse la renuncia, se considerará como realizada el día de la interposición del recurso ante el Juez, si éste concediese la autorización.

Art. 26 bis. — La mujer no puede aceptar herencias, sea expresa, sea tácitamente, sino a beneficio de inventario. Puede aceptarlas pura y simplemente con la autorización especial de su marido.

Art. 26. — Artículo 3334, Código Civil. Respecto de la renuncia, artículos 204 y 218, Código Suizo. Distingue entre el régimen de la unión de bienes y el de comunidad universal: en este último, ninguno de los esposos puede renunciar sin acuerdo del otro; en el primero, sólo la mujer.



§ 2

Cargas de la sociedad

Art. 27. — Se reproduce el artículo 1275, al que se agregarán los incisos siguientes:

6º Lo adeudado a uno de los esposos por el valor de un bien propio enajenado que ha quedado en la masa social por no haber sido empleado en la adquisición de un bien propio de aquél;

7º Lo adeudado a uno de los esposos por haber pagado con sus dineros propios deudas sociales o haberlos invertido en provecho de la sociedad conyugal. Si la inversión fuese en mejoras de los bienes de ella, se aplicará lo dispuesto por el artículo 21, 6º, de este Título;

8º Todas las cargas que pesan sobre los usufructuarios, en cuanto no hayan sido modificadas en este Título;

9º Todas las indemnizaciones debidas en los casos en que por culpa del marido se han perdido o se han perjudicado, los bienes propios de la mujer.

Art. 27. — Artículos 1259, 1260, 1283, 2881, 2883/4, etc. Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, I, números 491 y siguientes; Aubry-Rau, V, § § 508 y 511; Planiol, Ripert y Nast, I, números 462/75.

§ 3

De los bienes de la mujer

Art. 28. — Se modifican los artículos 1244 y 1245, así:

Toda persona que por cualquier causa tenga en su poder dineros de una mujer casada, deberá depositarlos en los bancos de depósito judicial, a la orden de ella. Si es menor, se pondrán a la orden judicial. En caso de herencia o legado que correspondan a la mujer mayor se pondrán los dineros por el Juez a nombre y orden de ella.

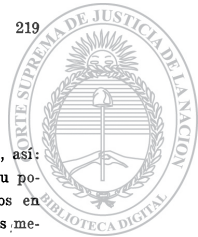
Art. 29. — En substitución de los artículos 1249 y 1250:

Mientras la mujer sea menor no podrá extraer los fondos depositados a su nombre, sino por orden judicial, en el caso de necesidad o conveniencia manifiesta. Se oirá previamente al marido.

Arts. 28 y 29. — Los artículos 1244, 1245 y 1249, hablan de entrega directa al marido, de los fondos pertenecientes a la mujer menor.

Pero del artículo 1252 ya resulta que ni es particular del marido la prohibición de recibir y disponer de esos valores, ni lo es de la mujer menor. Mayor o menor, la mujer es la que debe tener los fondos a su nombre, y por sí sola no puede disponer de ellos sin la autorización marital o la judicial si es menor. No dispone sola en caso alguno.

Más abajo trataremos del supuesto de los bienes reservados o de administración separada, y explicaremos porqué conservamos en este § la autorización marital.



Art. 30. — Se reproduce el artículo 1251.

Art. 31. — Se reproduce el artículo 1253.

Se le agregará en párrafo separado: La autorización debe, pena de nulidad, ser expresa y especial, designando el bien que ha de enajenarse y la clase de afectación a que ha de someterse. Son prohibidas las autorizaciones generales.

Fuera de ese aspecto del asunto, en los casos de los artículos que examinamos conviene asegurar a la mujer la prueba de sus aportes, pues entre nosotros no se estilan las capitulaciones matrimoniales. Debe también tenerse presente el interés de los terceros y el peligro de las colusiones de los esposos.

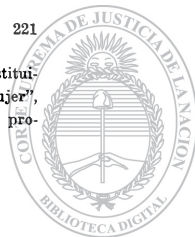
Art. 31. — No existe ninguna razón para autorizar los mandatos indefinidos para enajenar y gravar bienes. Al contrario. Las autorizaciones generales se obtienen de la esposa bajo la impresión natural del afecto y la confianza que le inspira el esposo. Obtenida, la facultad de disponer ha pasado al esposo, que para nada consulta a su mandante ni le informa de lo que está haciendo. La ruina de la mujer está consumada cuando tiene la primer noticia del uso que el esposo ha hecho de un mandato que se obtuvo bajo la promesa de que no sería usado, sino para actos imprevidos de poca entidad o de administración corriente; en otros términos, el mandato ha sido firmado por complacencia.



Art. 32. — Se reproduce el artículo 1254. Se substituirán las palabras “bienes raíces escriturados para la mujer”, por las siguientes: “cosas muebles o inmuebles como propias de la mujer”, y lo demás como está.

La ley que declara nula las convenciones que alteran las reglas fundamentales de la sociedad conyugal no debe permitir el mandato general, que de hecho, pero inevitablemente, implica la traslación al mandatario del derecho de disponer. La facultad de revocar nada atenúa, porque el afecto conyugal la hace ilusoria. La mujer debe vigilar cada acto de disposición y saber porqué se le solicita la autorización. Mejor haría en otorgar personalmente el acto, pero eso es medida de desconfianza, y es lo que cabalmente la esposa no tiene.

Art. 32. — No son solamente las cosas raíces escrituradas a nombre de la mujer las que se subrogan como propias de ella a las que tenían ese carácter: son todos los bienes, artículos 1258 y 1266, muebles o inmuebles que se adquieren según las reglas legales. Por ejemplo, los ganados, máquinas agrícolas, etc., adquiridos con sus dineros. Planiol, Ripert y Nast, I, números 457/9. El artículo habla de responsabilidad del marido. Los artículos 1258, 1259 y 1260, así como el inciso que hemos proyectado agregar al 1275, explican que la mujer es acreedora del marido, y lo es asimismo de la sociedad conyugal si están confundidos en la



Art. 33. — Se reproduce el artículo 1256, en el que se substituirán las palabras “que no” por “aunque”. Se agregará: Esta disposición se aplica igualmente a la enajenación de bienes del marido, en cuanto a la responsabilidad de la sociedad.

Art. 34. — Se reproduce el artículo 1253.

Art. 35. — Se reproduce el artículo 1259.



masa de ésta, los valores que debieron ser empleados en bienes propios de ella: artículo 1436, Código Napoleón.

Art. 33. — Decide el artículo 1256 que la enajenación de bienes no estimados de la mujer constituye al marido en responsable del valor de enajenación. Pero del 1251 resulta que la tasación de esos bienes, aunque bajo esa estimación se entregaren al marido, no implica modificación alguna sobre su propiedad. Si, por consiguiente, el bien sufre modificación en su valor, no puede el cónyuge a quien pertenece pretender que la sociedad o el marido hayan de abonarle mayor precio que el obtenido. La estimación puede ser equivocada y el curso de los valores haber variado. Ni el esposo, ni la sociedad, pueden enriquecerse a costa uno de otra. El precio substituye al bien.

Artículo 1436, Código Francés. Planiol, Ripert y Nast, I, número 466.



CAPITULO III

Administración de la Sociedad *

* El Código, artículo 1276, constituye una administración única, que concentra en el marido, de todos los bienes de la sociedad conyugal, que, como se ha dispuesto en el artículo 1263, comprenden los adquiridos por ella, y el capital perteneciente a la esposa y al marido, esto es, sus bienes propios.

Hay, pues, tres patrimonios distintos en la sociedad conyugal. Y los tres son administrados por título propio, por el marido, con una amplitud distinta. Puede algo más que administrar los bienes gananciales y los suyos: puede disponer de ellos, libremente, abusivamente, fraudulentamente. No interviene la mujer en la administración, por irregular que sea. No tiene voz en las enajenaciones y afectaciones. La ley la somete por entero a la resolución del marido. Sólo en caso de que éste ponga en peligro los bienes propios de la mujer puede ella solicitar la separación de bienes. Si pone en peligro de perderse el patrimonio ganancial, acumulado durante largos años de esfuerzo común, y con las rentas de los bienes de la esposa, es ésta impotente. El marido administra y dispone como si fuera señor y dueño exclusivo.

Esta situación, generalizada en Europa y trasladada a los estados americanos, ha sido objeto de vivas disidencias,



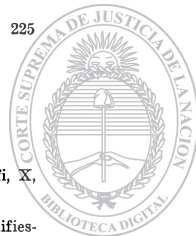
que han llevado a algunos países — a muchos — a soluciones legislativas contrarias, pero que difieren profundamente entre sí.

El common law británico y de los Estados Unidos, ha ido gradualmente por el camino del Equity System, a la derogación total del sistema en Inglaterra y una parte de aquellos Estados. Su régimen actual es el de la separación total de bienes. No hay sociedad conyugal.

Pero esas soluciones legales no satisfacen y no están en las costumbres nacionales. Esa disociación de los esposos no se practica con generalidad. La esposa deja al marido la administración lata de sus bienes. Es, éste, siempre el señor de los del matrimonio: administra y dispone.

Y tan poco conforme es la ley con las costumbres, con la conciencia jurídica de la Nación, que se ha ido constituyendo un sistema completo paralelo al de la separación de bienes, el de la Restraint on Anticipation, con que los padres y los testadores defienden a la mujer contra la influencia del marido, sea por su entrega de la administración, sea contra los actos de disposición obrados por ella bajo la sugestión del marido.

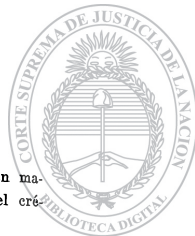
Y como en Inglaterra, en Italia, que ha erigido la separación de bienes en sistema legal para los patrimonios que no han pactado régimen, tampoco ha obtenido éste la adhesión de la opinión: sacrifica a la esposa y perjudica la prosperidad común, especialmente en las clases agrícolas y en los comerciantes e industriales pequeños y medios. (Bian-



chi, Contratto di matrimonio, números 11 y 353; Stolfi, X, números 451/2, 473 y siguientes).

En muchos países que tienen otro régimen se manifiesta por los escritores más autorizados, como se manifiesta en Italia, una firme opinión para la adopción del régimen de la sociedad de gananciales. Es el nuestro. Sólo se considera necesario purificarlo de las reglas contradictorias que la vieja tradición del poder marital ha dejado en él, y que son contrarias a su esencia misma. No hay un esposo sacrificado a otro, desligado de él en la prosperidad que sólo es para el marido. Hay dos unidos, interesados en el éxito común, que traen sus bienes para la prosperidad común, y en que tienen los derechos que de esa situación deben derivar.

La separación de bienes impide la concentración de las fuerzas económicas. La administración disjunta no permite sino la dispersión. No hay agricultura posible en la, pequeña propiedad y en la media, sino por la cooperación de ambos esposos. No hay comercio o industria, si la separación de bienes existe o puede existir en cualquier momento futuro, por disidencias sobrevinientes. En la Société d'études législatives, al tratar de esa cuestión, se dijo que en Francia bastaba que un matrimonio adoptara el régimen de la separación de bienes, para que el crédito de un comerciante bajara muchos puntos. Y no basta que ambos esposos participen en los beneficios netos finales de las administraciones separadas, porque es siempre exacto que cada uno de ellos ha dispuesto a su arbitrio de los capitales. La con-



centración hubiera duplicado, tal vez multiplicado en mayor proporción, los medios disponibles, aumentado el crédito y permitido una acción de mayor potencia.

La separación, dígame lo que se quiera, es causa de disolución, no sólo económica, sino todavía personal, entre los esposos. Es un régimen para los matrimonios desavenidos. No lo es para los matrimonios en que la unión está en los espíritus.

Se ha observado, además, que para librarla de sus inconvenientes obvios, que causan dificultades jurídicas irreductibles, hay que traducirla en los detalles de la legislación. Y eso no es, por cierto, fácil. Capitán, que creía posible modificarla de modo de conservar sus ventajas y evitar sus inconvenientes, requerido para presentar un proyecto a fin de explicar y traducir su pensamiento, dijo en la Sociedad arriba nombrada, la cual se pronunció contra la separación, que no era tarea de un momento. Pidió un año para redactarlo. (Bulletin, de la Société d'études législatives, 1922, página 227). Han pasado nueve, y todavía no se ha presentado.

Una administración conjunta es contraproducente. Es inactiva, vacilante, peligrosa para los terceros. Nada se lleva a cabo. Se ignora cómo se cumplirán en lo futuro las obligaciones contraídas. En bien de los intereses comunes, debe ser concentrada. Así lo han resuelto legislaciones como la alemana y la suiza, que parten de regímenes opuestos a la de comunidad.



Pero la mujer no está subordinada a la omnipotencia irresponsable del marido. Vigila la administración. Mientras es regular, ordenada, nada puede impugnar. Pero cuando hay desorden, abandono, dilapidación, operaciones aventuradas, la mujer puede usar de sus derechos de socio y oponerse a todo acto de administración irregular o deshonesta. En cuanto a los actos de disposición los hay de distinta naturaleza. Los hay que son de enajenación de frutos o productos, que entran en los límites de la administración. Los hay de enajenación de cosas muebles, que un usufructuario puede hacer, como renovación, sustitución de ganados, maquinarias, mercaderías de un establecimiento comercial o de otra índole. Los hay que son verdaderas disposiciones indebidas de bienes propios: artículos 1251, 1254 y 1320.

La mujer tiene derecho para vigilar esos actos y oponerse a ellos, no obstante lo que pueda decir el artículo 1257, como ya resulta de los artículos 1244 y 1252.

Pero los terceros no podrían tratar sin peligro con el administrador de la sociedad, autorizado para enajenar los bienes sociales y los propios, si la mujer pudiera reclamar por la venta de sus muebles, aunque como los ganados y máquinas estuviesen registrados a su nombre, porque no habría negocios posibles en esas condiciones; en general los muebles no admiten reipersecuciones, ni en los registrados podría distinguirse cuando se trata de frutos, de que el usufructuario puede disponer, o de muebles que pueden ser reemplazados, etc.: artículos 2809 (reformado), 2873, 2902, etc.



La enajenación dará lugar a indemnizaciones a la esposa, ajenas a toda cuestión en relación de terceros.

Pero en esos casos, la esposa podrá demostrar la existencia de una administración ruinosa para ella o para la sociedad, y provocar las medidas protectoras de sus intereses lesionados.

Quedaría una grave cuestión: la disposición de los bienes propios del marido. Actualmente el marido la tiene libre de toda intervención de la esposa, salvo el caso de excepción que le permite separar sus bienes de la administración marital.

Y, sin embargo, hay graves motivos para meditar sobre el sistema. Por un lado, el marido que ha dejado, sin invertir en bienes propios de la mujer, los valores de ella de que ha dispuesto, burla las responsabilidades en que ha incurrido, por la enajenación de sus propios bienes, y en la mayor parte de los casos no habrá valores gananciales por haberse ya dispuesto de ellos. Por otra parte, los bienes del marido son capital de la sociedad, y no debe depender de él substraerlos y disiparlos. La mujer no puede disponer de los suyos sin el acuerdo del marido, por esa causa. Tampoco debe poderlo hacer éste sin el acuerdo de ella.

Creemos, por consiguiente, exacta la solución que concede la administración al marido y el derecho de vigilancia y oposición a la mujer en caso de administración irregular. Y creemos que los actos de disposición de los bienes muebles deben ser regidos por el mismo principio, en relación

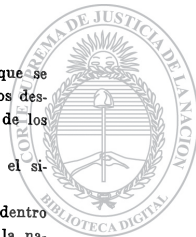


de los terceros, y por las reglas del usufructo, entre los esposos. Los inmuebles de uno o de otro, y los comunes gananciales, no pueden ser enajenados ni afectados, sino por el consentimiento expreso de ambos cónyuges. Aun en países en que, como en Francia, conserva el marido aparentemente las facultades tradicionales de señor en cuanto a la disposición de los bienes dotales o de la comunidad, la hipoteca legal de la mujer sobre los bienes comunes o del marido, fuerza a éste a requerir su autorización para venderlos, libertándolos del gravamen sin lo que no encontraría adquirente.

La necesidad del acuerdo de ambos cónyuges estrecha los vínculos que la sociedad conyugal crea, haciendo conocer a la esposa el estado de las cosas, y obligándola a participar en los actos graves de realización o afectación de los bienes que de una u otra manera constituyen los capitales que forman el haber matrimonial.

Sobre la cuestión general tratada en esta nota, véase la amplia discusión a que dió lugar en la Société d'études législatives, Bulletin, 1901, cuestión número 1, y 1922, cuestión número 49; Saleilles, sobre la cuestión número 1, 1907, página 563, y la discusión sobre la cuestión 28, capacidad de la mujer casada, 1912.

Hubert, Exposé des motifs, página 107; Planiol, Ripert y Nast, I, números 518/22, 553, 573 y siguientes; Colin y Capitant, III, páginas 142, 154 y siguientes; Savatier, Des



Art. 36. — Se reproduce el artículo 1276, en que se substituirán las palabras “sean dotales, sean adquiridos después de formada la sociedad” por las siguientes: “y de los propios de la esposa”. Lo demás como está.

Art. 37. — Se substituye el artículo 1277, por el siguiente:

La administración del marido debe ser ejercida dentro de los límites de una administración regular, según la naturaleza de los bienes.

Puede la mujer oponerse a todos los actos del marido que constituyen exceso o irregularidad de la gestión en perjuicio de los intereses administrados.

Art. 38. — El marido o la mujer no pueden enajenar o afectar, ni obligarse a ello, sus bienes propios o los gananciales.

inconvenients de la séparation des biens; Dalloz, Rec. hebdomadaire, 1929; Josserand, III, números 158, 185/7.

Sobre la necesidad del consentimiento de la mujer para los actos de disposición, § § 1438, 1442, 1444/5, Código Alemán, y artículos 217 y 239, Código Suizo, en cuanto a todos los bienes en la comunidad universal, y sólo en cuanto a los gananciales en la limitada a éstos.

Arts. 37 y 38. — La administración del marido se juzga en cuanto a su extensión de acuerdo con la naturaleza de los bienes. Un establecimiento rural exige la recolección de los frutos y su venta, según las disposiciones del usufructo. Un establecimiento de comercio se administra vendiendo las mercaderías, como se prescribe para el cuasi usufructo. Los

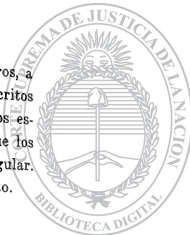
ciales, sino conjuntamente o con el consentimiento del otro cónyuge. Si fuese negado o no pudiera prestarlo, y fuese conveniente, podrá recurrirse ante el Juez, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40 y 41.

dineros han de ser administrados evitando la dilapidación o apoderamiento abusivo del marido, etc., § 1377, Código Alemán; Planiol, Ripert y Nast, I, números 593/4.

En relación de terceros, como lo dice el artículo 217, Código Suizo, los actos deben ser juzgados de manera que, si son, en realidad, excesivos, no aparezcan sino como actos normales de administración, pues, de otra manera, se abstendrían de tratar con el matrimonio. La enajenación, por ejemplo, de los frutos, es acto de disposición encerrada en los límites de una buena administración. Pero puede exceder el derecho del usufructuario, comprometiendo, en realidad, el capital mismo: por ejemplo, en la venta de ganados. Los terceros deben quedar a cubierto de todo reclamo.

Decimos que todos los actos de disposición deben ser ejecutados de común acuerdo por los esposos. Pero los inmuebles, los buques, las máquinas o ganados inscritos a nombre de un cónyuge como propiedad de él o del matrimonio, los títulos nominales de renta, los dineros depositados a nombre de la esposa, etc., llevan en sí la prueba de que los actos de disposición que les conciernen son de bienes propios de que un administrador no debe disponer sin acuerdo del otro esposo. Y los terceros deberán exigirlo





El consentimiento se presume en relación de terceros, a menos que se tratase de inmuebles o de muebles inscritos en los Registros públicos a nombre de cualquiera de los esposos, o que los terceros supieran o debieran saber, que los actos excedían de los límites de una administración regular. Se aplicarán subsidiariamente las reglas del usufructo.

Se suprime el artículo 1257.

todas las veces que excedan las facultades de un usufructuario.

Y lo mismo que los actos de enajenación o afectación, los que constituyan en obligación de efectuarlas: § § 1444 y 1445, Código Alemán. Véase Planiol, Ripert y Nast, I, números 590 y siguientes.

Dispone el artículo 1277 que el marido puede hacer donaciones de sus bienes y de los ganados durante el matrimonio, con arreglo, dice, a lo dispuesto en el Título de las donaciones.

Pero es lo cierto que el artículo 1807, 2º, no permite tales donaciones sino con el consentimiento de la mujer o autorización supletoria del Juez, de los bienes raíces del matrimonio.

No se comprendería porqué la mujer necesita de la autorización marital para donar lo suyo, y no necesitaría el marido la de la mujer en igual caso. Oportunamente examinaremos el sistema del Código sobre este asunto de las autorizaciones judiciales suplementarias. Por el momento



Art. 39. — En substitución del artículo 1278:

El marido no puede dar en arrendamiento por más de cuatro años los inmuebles propios de los esposos o sociales, sin el acuerdo de su mujer.

Art. 40. — Si la administración regular de los bienes exige un acto jurídico en que sea necesario el asentimiento de la mujer, y ésta fuese menor de edad, o si, siendo mayor, negase ese acuerdo, puede el marido requerir la autorización del Juez del domicilio matrimonial, cuando la mujer lo rehusa sin motivo suficiente.

De igual manera se procederá en los casos en que por

basta lo dispuesto por nuestro artículo 38, que comprende toda clase de actos de disposición a título oneroso y a título gratuito.

Art. 39. — El artículo 1881, 10º, considera que un arrendamiento por más de seis años, excede el límite de la administración: exige poderes especiales. No hay motivo para atribuir mayores facultades al marido.

Creemos que es suficiente el plazo de cuatro años en las condiciones generales. Si hay un motivo particular para excederlo, ambos cónyuges lo considerarán y accederán al contrato.

No es necesario decir que los herederos de los cónyuges quedan obligados como ellos.

Art. 40. — § 1447, Código Alemán. En cuanto a la esposa menor, artículo 1249.



enfermedad o ausencia la mujer no puede declarar su voluntad y hubiese perjuicio en la demora.

El Juez procederá en juicio sumario.

Art. 41. — El marido está obligado, a pedido de la esposa, a darle información sobre el estado de la administración.

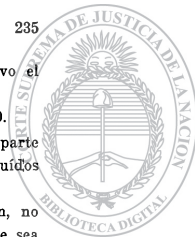
La oposición de la mujer fundada en que un acto administrativo es abusivo, será resuelta en la forma dispuesta en el artículo precedente, y si el Juez lo considerase justificado podrá suspender el acto administrativo proyectado antes de su decisión final.

El marido tiene derecho de tomar la posesión de las cosas que constituyen aportes de la esposa.

Art. 42. — Los actos administrativos regulares del marido obligan a la mujer en sus efectos normales. Esta no

Art. 41. — § § 1373 y 1374, Código Alemán. En cuanto a la suspensión del acto o de sus efectos en su caso, se trata de la regla general relativa a las acciones conservatorias. Para la suspensión de los efectos de un acto celebrado, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo 38, en relación de terceros.

Art. 42. — Los bienes propios de la mujer en cuanto son objeto de la administración regular, por ejemplo, en el arrendamiento, quedan sujetos a su efecto normal. Pero no lo están en cuanto a las indemnizaciones por falta de cumplimiento. Son éstas de cargo del marido o de los bienes comunes. La mujer no administra, y por la culpa o dolo



responde por las deudas con sus bienes propios, salvo el caso de enriquecimiento indevido.

Se agregará en párrafo separado el artículo 1280.

Art. 43. — Un esposo no puede disponer de su parte en los bienes comunes o en los objetos particulares incluidos en ellos. No puede pedir su partición.

El deudor de una obligación que es bien común, no puede oponer la compensación sino con un crédito que sea exigible sobre los bienes comunes o propios del marido.

Art. 44. — Los bienes de los esposos, propios o comunes, no responden por las obligaciones contraídas por la mujer después de su matrimonio sin el asentimiento del marido, y salvo lo dispuesto por el artículo 42.

Se agregará por separado el artículo 1283.

Art. 45. — Si el marido dispone sin asentimiento de la mujer de un derecho de que no puede disponer sin él, ésta, sin intervención del marido, podrá hacer valer su derecho en juicio contra terceros.

del marido, no es responsable con sus bienes propios, salvo, naturalmente, el caso de enriquecimiento indevido. § 1455, Código Alemán.

Art. 43. — § 1442, Código Alemán. Sobre la compensación, Planiol, Ripert y Nast, I, número 551.

Art. 45. — § 1449, íd.; artículo 1253, que sólo se refiere a bienes propios de la mujer.



Art. 46. — El marido puede hacer valer en juicio, en nombre propio, el derecho que pertenece a la sociedad conyugal, o es parte de los aportes suyos o de la mujer. Si puede disponer de ese derecho sin el asentimiento de su esposa, la sentencia produce sus efectos respecto de ella. Puede la mujer en todos los casos invocarla a su favor.

Art. 47. — La sociedad conyugal está obligada a satisfacer las cargas que afectan los bienes propios de la mujer y corresponden a los usufructuarios.

Debe satisfacer los intereses de las obligaciones de la mujer, cuyo pago puede hacerse efectivo en los bienes propios de ella.

Son de su cargo los gastos de la defensa de un derecho que corresponde a los aportes, así como los gastos de defensa de la mujer en una demanda represiva si esos gastos son necesarios, y sin perjuicio del reembolso por la mujer en caso de condenación.

En todos los supuestos de este artículo queda reservado el derecho a la indemnización por los esposos de lo gastado por cargas que afectan el capital de los bienes aportados

Art. 46. — § 1380, Código Alemán. En otros términos, en caso de ser necesario el consenso de la esposa, debe ésta intervenir en el juicio o conceder poder especial al marido. Véase Aubry-Rau, V, § 509, número 3.

Art. 47. — § § 1384, 1385, 1386 y 1387, Código Alemán. Artículos 2894/6, 2898, etc, Código Civil, subsidiariamente aplicables. Véase Aubry-Rau, V, § 509.

por ellos, de acuerdo con las reglas del usufructo que se aplicarán subsidiariamente.

Art. 48. — Se reproduce el artículo 1281, en el que se substituirá “El responde” por “El marido responde”.

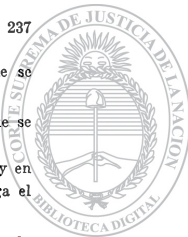
Se agregará el artículo 1282, en párrafo separado, y en éste se pondrá “urgentes” después de “actos”. Se deroga el artículo 4º de la ley 11.357.

Art. 49. — El asentimiento de uno de los esposos a la enajenación o afectación de un bien propio del otro, no lo obliga personalmente, ni a la sociedad conyugal, sino, en cuanto a ésta, en la medida del enriquecimiento indebido.

El asentimiento debe ser siempre especial. Son nulas las autorizaciones generales.

Art. 48. — Se agrega “urgentes” como está en el artículo 146, C. Chileno. Cuando los actos no lo son debe esperarse la cesación del impedimento. Se ha criticado el texto del artículo 1282 sin advertir que se ha reproducido el artículo 1427, Código Francés, desembarazado de las dificultades de interpretación causadas por el 1426, deliberadamente suprimido. Se trata de una regla amplia. Cualquier obligación inminente por cargas de las propiedades, impuestos, enfermedades u otras que no admiten dilaciones, están dentro del precepto.

Art. 49. — El asentimiento de un esposo para que disponga de lo suyo, difiere profundamente de la autorización para efectuar actos que corresponden al marido. En este





Art. 50. — Quedan exceptuadas de lo dispuesto por los artículos 47 y 48, las cargas de los bienes reservados de la mujer y las obligaciones relativas a ellos determinadas por la administración separada de la esposa.

Arts. 51 y 52. — Se reproducen por separado los artículos 1284 y 1285. En éste, en vez de “los bienes raíces del marido de ella” se pondrá: “los bienes del marido, los de ella” y lo demás como está.

Art. 53. — Se reproduce el artículo 1286.

Se suprime el artículo 1287.

Art. 54. — Se reproduce el artículo 1288.

Art. 55. — Se reproduce el artículo 1289.

Se le agregará en párrafo separado el artículo 1290.

caso hay delegación o mejor atribución de las facultades que le competen y la mujer es simple mandatario. Queda obligado el marido.

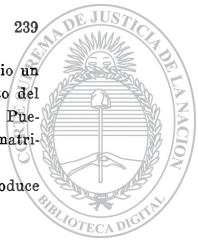
En cambio, cuando se accede a permitir al dueño la disposición de lo suyo, se levanta un obstáculo que sólo interesa al cónyuge que lo concede. El acto jurídico es el acto de otro. Hay permiso y no mandato. Como la autorización de un Juez para obrar un acto que la requiera. El esposo no contrae responsabilidad alguna.

Art. 50. — § § 1385, 1386 y 1387, Código Alemán.

Art. 56. — La mujer no puede hacer valer en juicio un derecho que es parte de sus aportes, sin el asentimiento del marido, y en defecto de él, con la autorización judicial. Puede continuar sin él el litigio pendiente al celebrar su matrimonio.

Si no los hubiese obtenido, la sentencia no produce efecto sobre los aportes en cuanto al marido.

Art. 56. — § § 1401 y 1454, Código Alemán.





CAPITULO IV

Bienes reservados

Art. 57. — Son bienes reservados de la mujer:

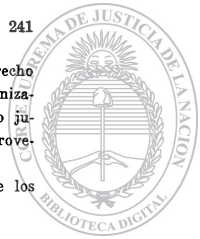
1º Las cosas exclusivamente destinadas al uso personal de ella, sus vestidos, alhajas e instrumentos de trabajo;

2º Lo que adquiere durante el matrimonio por su trabajo separado, fuera de su actividad doméstica o en el ejercicio personal e independiente de una profesión lucrativa, comercio o industria, bajo las condiciones establecidas en este Código;

3º En substitución del artículo 1227:

Lo que adquiriese antes o después de su matrimonio por herencia, aunque fuese forzosa, legado o donación, cuando el testador o donante haya dispuesto que los transmitidos fuesen bienes reservados;

Art. 57. — Ley de 22 de Septiembre de 1926, artículo 3º; § § 1366, 1367, 1369, 1370 y 1526, Código Alemán; artículos 167 y 191, Código Suizo; Ley francesa de 13 de Julio de 1907; Bulletin de la Société d'études législatives, 1901/2, cuestión número 1 y proyecto de la misma; comunicación de Huber, páginas 84 y siguientes; Estudio de Saileilles sobre esa ley, Bulletin, 1907, página 503; Sourdois, Les droits de la femme mariée, Revue Trimestrielle, 1907;



4º Lo que la mujer adquiere en virtud de un derecho que es parte de sus bienes reservados, o como indemnización de daños experimentados en ellos, o por un acto jurídico que se refiera a ellos, o por inversión de los provechos de su comercio o trabajo;

5º Lo que obtenga por el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos de un matrimonio anterior.

No hay bienes reservados del marido.

Art. 58. — La administración de los bienes reservados corresponde exclusivamente a la mujer. Se aplicará a esa administración en cuanto a su extensión y condiciones lo dispuesto en el capítulo anterior sobre administración del marido.

La mujer puede invertir por sí sola en los gastos domésticos, o en la adquisición de bienes, los valores que obtenga por su trabajo o comercio y los frutos de sus bienes reservados.

Art. 59. — No puede la mujer enajenar o afectar sus

Bernard y Bonnecase, *La femme mariée commerçante*, id., 1910; *Société d'études législatives*, cuestión número 28, 1912, y cuestión número 49, 1922-3; Colin y Capitant, III, páginas 7/8, 144/9; Planiol, Ripert y Nast, II, desde el número 1305; Thaller, *Droit commercial*, número 172 bis.

En cuanto a bienes reservados del marido, § 1526, Código Alemán.

Arts. 58 y 59. — Admitida la administración separada de la mujer respecto de los bienes reservados, es lo natural

bienes reservados ni los adquiridos con sus provechos, sino bajo las condiciones fijadas en el capítulo anterior, para los actos de disposición del marido.



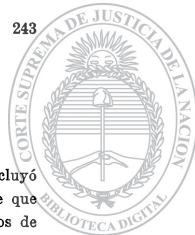
que ella la ejerza con la libertad y en la extensión determinada por la naturaleza de los bienes y dentro de las condiciones de una administración regular. La mujer administra sin el marido y como el marido.

Y a su vez, los actos de disposición de sus bienes reservados, deben quedar dentro de las reglas que impone la sociedad conyugal, y que hemos proyectado para el marido, ajustándonos, según lo creemos, a una recta interpretación de las exigencias legítimas de la unión conyugal.

Es cierto que la Ley francesa de 1907 autoriza a la mujer a disponer por sí sola de los bienes que obtiene por su trabajo o comercio, apartándose así de las reglas que la legislación establece para la separación de bienes.

Pero ni esa decisión se justifica, ni es exigida por una recta interpretación de los hechos. Y Larnaudé decía, considerando aquella decisión: "No admito este individualismo feminista que bajo pretexto de establecer entre esposos la igualdad absoluta de derechos no engendra sino la igualdad de los egoísmos, desvía de la atención de los hijos y desintegra así la familia, en que el hijo no desempeña más el papel esencial".

Decimos que ningún motivo justifica esa omnipotencia de disposición arbitraria de la mujer. La Ley de 1907 tuvo siempre en vista la condición de la obrera de fábricas o que



trabaja fuera de su domicilio, y sólo por extensión incluyó a las demás profesiones. Siempre consideró lo único de que la ley se ocupa: los salarios, los sueldos, los honorarios de profesiones liberales. Y concedía el derecho de invertir los ahorros, en bienes cuya libre disposición permitía, pues eran generalmente modestas economías. La garantía de la legitimidad del uso de ese derecho estaba en el hecho de ser ahorros que implican espíritu de economía.

El sustituto de la prohibición se encuentra en aquella ley, en la facultad reconocida al marido de pedir el retiro de la administración a la mujer.

Pero nadie defiende la libertad de disponer. Ni aun las feministas más caracterizadas. En el examen de la concesión a la mujer de la plena capacidad, que la Société d'études législatives efectuó en 1912, en que participaron dos señoras eminentes, representantes de sociedades feministas, todos los presentes, desde el Presidente de la Corte de Casación hasta las señoras mismas, aceptaron sin observación que la mujer necesitaba del acuerdo de su esposo para disponer de sus bienes reservados o separados. Nadie sostuvo el régimen de la separación absoluta. Todos dijeron que la limitación de los abusos inevitables en este régimen es necesaria para evitar las causas del divorcio. "Habéis, señores — decía Mme. d'Abbadie d'Arrast, — trabajado para disminuir las causas de divorcio por vuestro proyecto. Como mujeres os lo agradecemos calurosamente".

Y el proyecto decía:



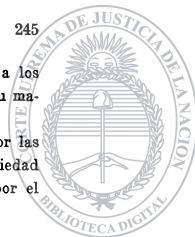
“El artículo 217, Código Civil, se modifica así: La mujer, salvo lo dispuesto por los artículos 311, 1449 y 1536, no puede donar, enajenar, hipotecar, adquirir a título gratuito y oneroso, sin el concurso de su marido en el acto o sin su consentimiento por escrito”.

Se modifica el artículo 223, Código Civil, así: “Toda autorización del marido o del Juez debe ser especial”.

Bulletin de la Société d'études, 1912, Cuestión número 28. El proyecto está en la página 114.

Las conclusiones de la Comisión son las siguientes: “Reconocer a la mujer una posibilidad de independencia patrimonial completa es incitarla a reclamarla como régimen de derecho común. La independencia es uno de esos bienes que se concluye por obtener para siempre, tarde o temprano, cuando nos ha sido permitido de gustarlo algunas veces. No es la mujer quien escapará a esta regla. La Comisión lo sabe bien. Es por esto que en su prudencia juiciosa, **ha dirigido todo su esfuerzo hacia la salvaguarda**, lo más completa posible, **del interés de la familia**, que la independencia mal reglada de uno u otro de los cónyuges no puede dejar de comprometer gravemente” (página 114 citada).

Para nosotros que hemos creído justificado limitar la arbitrariedad del marido dando intervención a la esposa en sus actos de disposición, consideramos más firme la conclusión que asegura la unión del matrimonio por la intervención del marido con su consejo, experiencia, y si es ne-



Art. 60. — La mujer está obligada a contribuir a los gastos domésticos del matrimonio conjuntamente con su marido, en proporción de los recursos respectivos.

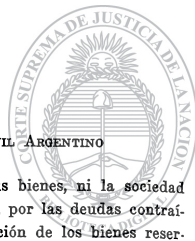
Art. 61. — Los bienes reservados no responden por las obligaciones contraídas por el marido ni por la sociedad conyugal bajo su administración, salvo lo dispuesto por el artículo anterior.

cesario, con su oposición a los actos de enajenación de los bienes administrados por su mujer.

Esta solución es directamente contraria a la de la ley antes citada, de 1926, artículo 2º, a). Véase Sourdois, *Revue Trimestrielle*, 1907, página 585; Planiol, Ripert y Nast, II, número 1319.

Arts. 60 y 61. — Los gastos domésticos pueden haber sido hechos por la esposa que tiene la gestión directa del hogar, y pueden haber sido hechos por el marido. Los acreedores pueden dirigir su acción por el todo contra cualquiera de ellos, porque todos los gastos de la familia les corresponden a cada uno sin limitación. Es asunto interno de marido y mujer reintegrarse proporcionalmente, si cada uno tiene medios. Los terceros no necesitan entrar en investigaciones para saber si los suministros, los gastos de enfermedades, etc., serán pagados por cada esposo. Saben que el servicio prestado es carga de cada uno de ellos, aunque el otro no posea bienes para reintegrarlos.

Es claro que los terceros no pueden pretender el pago de gastos exagerados, que no corresponden al estado y con-



El marido no responde con sus bienes, ni la sociedad conyugal con los que él administra, por las deudas contraídas por la mujer en la administración de los bienes reser-

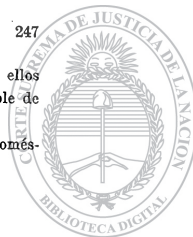
diciones de la familia. En ese caso sólo responde aquél que contrató con ellos.

Los que sean límites regulares, los determinará el Juez con arreglo a las circunstancias — Planiol, Ripert y Nast, II, números 1337 y 1368; Hermance, Informe general sobre la cuestión número 28, Bulletin de la Société d'études législatives, 1912, página 151.

De la circunstancia de que la mujer no puede ejercer una profesión o tareas remuneradas fuera del hogar, o con independencia de su marido, sin la autorización de éste, no ha de deducirse otra consecuencia que la que fluye del objeto de la autorización. No significa que los terceros pueden pretender hacer efectivos los derechos constituidos por la mujer, en los bienes administrados por el marido, desde que saben, o deben saber, que la mujer ejerce una administración independiente. Ella no es representante de su marido. Es gestora por su cuenta y los terceros no lo ignoran. Y mucho menos en el ejercicio de un comercio que se hace a nombre propio y por separado del marido. No es caso de excepción el de que el comercio se haya iniciado con bienes propios de la mujer o con valores de la sociedad conyugal. Por lo mismo que es bien reservado, queda separado de la intervención del marido. Al liquidar la sociedad conyugal se tendrán presentes las contribuciones de los esposos y los

vados. Su asentimiento a los actos de disposición de ellos realizados por la mujer, no le constituyen en responsable de sus efectos jurídicos.

Los esposos son solidarios respecto de los gastos domés-



cargos recíprocos, para determinar sus haberes. No son éstas, cuestiones que interesen a los terceros, como no lo es en la comisión la existencia de un mandato que liga a comitente y comisionista. En los bienes reservados hay menos que eso, porque no hay mandato de ninguna clase.

Con esto no se quiere decir que en la liquidación conyugal no se tomarán en cuenta los pasivos que existen en los grupos o masas separadas. Sólo quiere decirse que hay obligaciones **ob rem**, y no otras.

Los civilistas y comercialistas franceses se han dividido profundamente respecto de la inteligencia del artículo 4º de la Ley de 1907, en cuanto a la responsabilidad por el pasivo de la mujer comerciante.

Pretenden algunos que al disponer que “el marido no es responsable ni con los bienes de la sociedad ni con los suyos propios por las deudas y obligaciones contraídas de otra manera que en interés del hogar por la mujer”, sólo se refiere a las demás ocupaciones de que habla la Ley, pero no al comercio independiente, el cual es regido directamente por un texto especial (artículo 5º, Código de Comercio Francés). Y con esta razón pretenden que el marido responde por no existir derogación expresa de él. Thaller y Percerou,

ticos contraídos por cualquiera de ellos dentro de los límites regulares.

Quedan derogados los artículos 14, 19 y 21, Código de Comercio.



Droit Commercial, número 172 bis; Lacour et Bouteron, Droit Commercial, I, número 120.

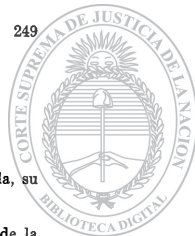
Y no falta quien ha tratado de justificar semejante conclusión, diciendo que el motivo de la ley, para no derogar el artículo 5, Código de Comercio, es que la exención de la responsabilidad del marido debilitaría el crédito de la mujer. ¡Por eso, el marido queda obligado!

Dejemos el argumento de texto. La ley de 1907, es una ley especial. Incluye el ejercicio del comercio, entre los que la mujer puede administrar como bienes reservados. Y la ley misma saca la consecuencia de esa reserva: no responde el marido por las obligaciones contraídas.

Pero, repetimos, dejemos el argumento literal.

La mujer puede separar de la administración de su esposo, ciertos bienes. Es la consecuencia de este hecho que el marido queda privado de intervenir en ella. No administra ya sino sus bienes propios y los de la sociedad conyugal o propios de la mujer que no son reservados... Por eso sólo, porque no es administrador de aquéllos, no puede comprometerlos: no responden de las obligaciones contraídas por él. Salvo en cuanto a las que se refieren al sostenimiento doméstico.

Y ahora esa administración separada de la mujer, ¿producirá efectos diametralmente opuestos? Porque administra



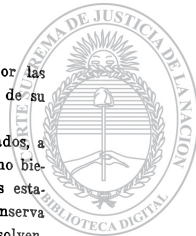
el marido, la mujer no responde; porque administra ella, su esposo es deudor de lo que ella debe.

Y esto porque de otra manera sufriría el crédito de la mujer. ¿Y no sufre el del marido, por la separación de los bienes reservados?

¿Son esas las conclusiones de la igualdad civil de la mujer? Ya es demasiada igualdad ésta, en que el marido siempre pierde y la mujer siempre es privilegiada: ¡sus deudas son deudas del marido!

Los terceros que contratan con la mujer saben que en ese comercio ella es independiente; contrata a su nombre. No invoca representación del marido. Si la invocara, su comercio no sería por cuenta propia. Su gestión no puede ser intervenida por órdenes del marido, que no administra. ¿Y es responsable el marido?

El artículo 5º de la ley nacional de 1926, establece directamente las conclusiones de nuestro artículo, como lo hace el 6º en cuanto a los gastos domésticos. Pero el artículo 14, Código de Comercio, contiene la misma regla del artículo 5º, Código de Comercio Francés, y debemos impedir la reproducción de la controversia existente entre los escritores franceses. Por ese motivo lo derogamos expresamente, aunque, a decir verdad, con la recta interpretación de la ley vigente, es innecesario.



Art. 62. — Los bienes reservados responden por las obligaciones de la mujer contraídas antes o después de su matrimonio.

Art. 63. — Los bienes reservados serán considerados, a la época de la disolución de la sociedad conyugal, como bienes propios o gananciales, según las reglas generales establecidas en el Capítulo 2º de este Título. La mujer conserva exclusivamente los bienes reservados, en caso de insolvencia del marido o de la sociedad conyugal.

Art. 62. — Artículo 3, Ley francesa de 1907, Planiol, Ripert y Nast, II, número 1335; Colin y Capitant, III, página 147.

En cuanto a los bienes propios de la mujer que no son reservados, se aplican las reglas generales de este título.

Art. 63. — Los bienes reservados son, o pueden ser, propios o gananciales según que constituyan valores propios introducidos al matrimonio, o adquiridos después a título gratuito, o subrogados a ellos, etc., o considerados tales, como el derecho de autor, por ejemplo. Los provechos obtenidos por el trabajo personal de la esposa o como frutos de los bienes en el caso del artículo 57, números 3, 4 y 5, son gananciales, sea que hayan quedado sin invertir, sean los bienes adquiridos con ellos.

Las reglas generales se aplican sin modificación alguna. El marido no queda obligado en la liquidación de los gananciales, sino **ob rem**, puesto que no responden por las obligaciones de la mujer contraídas en la gestión de sus



Art. 64. — El marido puede solicitar del Juez del domicilio matrimonial el retiro total o parcial del derecho de administrar la mujer los bienes reservados, cuando su administración, o el empleo de las rentas, no correspondan a una administración ordenada, y especialmente si hay disipación, imprudencia o mala gestión.

En caso de urgencia puede ordenar el Juez, antes de la

bienes reservados, los bienes gananciales administrados por el marido. En la cuota que corresponda a la mujer se harán efectivos los créditos contra ella. Si hay insolvencia de la sociedad o el marido, la mujer conserva los bienes reservados en su integridad porque no responde con ellos a las deudas provenientes de la administración de su marido. Justamente para salvarla de ellas, es que se ha creado la institución de los bienes reservados. Su ahorro debe quedar para la esposa y sus hijos. En derecho francés es la solución obvia, puesto que la mujer puede optar por la renuncia a la sociedad conservando sus bienes reservados en la totalidad. (Sobre este punto véase Planiol, Ripert y Nast, II, número 1319).

Nuestro artículo no excluye el que, si el capital de que provienen en todo o en parte, los bienes reservados, pertenece a la sociedad conyugal o al marido que lo suministraron, sean reintegrados en él, a pesar de la insolvencia, porque no es ese capital bien reservado.

Art. 64. — Artículo 2, Ley francesa de 1907. La ley de 1926 nada dispone sobre el retiro de la facultad de admi-



sentencia, la suspensión de los actos que la mujer se propone efectuar.

El juicio será sumario, con citación de ambos esposos y audiencia del Ministerio Público.

Art. 65. — Retirada la administración a la mujer, vuelve al marido, en todo o en la parte resuelta por la sentencia, según las reglas del Capítulo anterior.

Si se tratase de administración dispuesta por testamento o donación, se procederá como lo haya previsto el título constitutivo. En defecto de previsión, se nombrará un curador de los bienes. Puede serlo el marido, si las circunstancias no aconsejaron el nombramiento de un tercero.

—————En sustitución del artículo 2º, letra a), segundo período de la ley número 11.357, los dos siguientes:

nistrar que concede a la mujer. No puede decirse que ella queda sometida a las reglas generales, puesto que en el Código actual no hay otra que la del artículo 1294.

Art. 65. — Es claro que si la administración se retira a la mujer, vuelve el marido a la situación normal de administrador de los bienes matrimoniales.

El Código, que admite la exclusión de él, en caso de disposición del testador o donante, nada ha prescrito en cuanto a sus efectos o a la incapacidad administrativa de la mujer. Puede, sin embargo, el disponente nombrar un albacea o curador, para el caso eventual de la cesación de la administración de la mujer. En otro caso provee el Juez. No es inconveniente el nombramiento del marido, por-



Art. 66. — La circunstancia de que la mujer ejerce una profesión o trabajo independiente, se acreditará de acuerdo con las reglas generales. Si es la de comerciante o la profesión estuviese reglamentada, la prueba no podrá hacerse sino por la inscripción en el Registro de Comercio o en la matrícula que prescribiesen los respectivos reglamentos.

Cuando se otorgase un acto que para su existencia exigiese un instrumento, se hará constar en él que la mujer administra sus bienes reservados, expresando la causa legal y la prueba que ha traído de esa circunstancia. No es necesaria la de la autorización marital para ejercer la profesión.

Si se tratase de bienes inmuebles, máquinas locomóviles o ganados, no podrá acreditarse, respecto de terceros, su carácter de bienes reservados, si no estuviesen registrados en ese carácter.

Art. 67. — La mujer o su marido y los terceros que alegasen el carácter de reservado de un bien, deberán acredi-

que puede no haberse hecho la disposición por razones de desconfianza relativas a él, sino de simple previsión, o antes del matrimonio, o por causa del esposo en una primera unión, etc.

Arts. 66 y 67. — Planiol, Ripert y Nast, II, números 1356/8; Colin y Capitant, III, páginas 149 y 214; Joserand, III, números 104 y 106; Bulletin de la Société d'études législatives, 1921, Cuestión número 42, discussion du projet de loi sur la preuve des reprises de la femme. Artículo 197, Código Suizo. La ley de 1926 sobre derechos de la

tar, si fuese negado, la proveniencia de él o de los dineros invertidos en él, según las reglas generales de prueba, con excepción de la confesión del marido o de la mujer cuando el litigio fuese con terceros.



mujer, dispone, por su artículo 3, número 2, a) que “la mujer podrá hacer constar en la escritura de adquisición que el dinero proviene de alguno de esos conceptos. Esa manifestación importará una presunción *juris tantum*”.

Podría observarse que no es facultativa, ni debe serlo, esa declaración. Si la mujer adquiere como bien reservado un inmueble debe decir que efectivamente lo hace en ese carácter, y así debe anotarse en el Registro, so pena de caer en las consecuencias previstas por el artículo 1272. Los terceros no pueden ser alcanzados por los efectos de los actos clandestinos.

La declaración, dice la ley, importará una presunción *juris tantum*. A pesar de esa redacción, no queda limitada la presunción a la manifestación en escritura pública. Es principio más extenso, pues sería una interpretación por demás literal, la limitativa. La razón de decidir la extiende a toda declaración hecha en instrumento privado y por cualquier otro medio, en juicio, etc.

Sea de ello lo que fuere, es lo exacto que hay error.

Nada justifica tan extraordinaria excepción a los principios fundamentales de la prueba. Y mucho menos, en semejantes asuntos, ante el peligro declarado por todos los escritores como formidable en los asuntos pecuniarios del



matrimonio, el de la colusión entre esposos para defraudar a los terceros.

Cuando se declara que un bien es adquirido con dineros provenientes del trabajo personal o de los frutos de bienes reservados — y para la ley especial de 1926, lo son todos los bienes propios de la mujer, si lo quisiese, se plantean dos cuestiones, profundamente diversas:

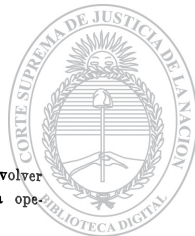
1^a Se afirma que se desempeña una administración separada, fundada en el ejercicio de una profesión u ocupación independiente, o en otras causas;

2^a Se afirma que los dineros provienen de los salarios o emolumentos ahorrados o de los frutos de los bienes reservados.

Ni una ni otra cosa pueden ni deben presumirse. Son hechos que producen efectos jurídicos. Y porque son hechos que traen consecuencias de excepción al principio general de que el marido es administrador, y que pueden o no acaecer, es que hay que probarlos por quien los alega.

En derecho francés, de acuerdo con la ley de 1907, se consideró que si la mujer ejercía una profesión separada, en cada acto que celebraba debía probar el ejercicio que alegaba, por cualquier medio de prueba.

Pero como no podía desempeñarla sin autorización del marido, resultaba que también debía demostrar su existencia. Pronto se vió que era eso requerir en cada acto la existencia de la autorización, tácita o expresa, no revocada, etc., y que o constituía una exigencia onerosa o requería el re-



conocimiento del marido prestado en el acto. Era volver indirectamente a la autorización expresa para cada operación.

Por eso dispuso la ley que **probado** el desempeño de una profesión separada, bastaba esa justificación sin necesidad de probar la autorización marital. Nunca se dispensó de probar que se desempeñaba de hecho la tarea o comercio independiente. No bastaba la declaración de la mujer: artículo 1º, Ley francesa de 1907.

Y mucho menos se dedujo que tampoco debía probar la mujer la proveniencia y consistencia de los bienes reservados. Al contrario; se le exigió la prueba de sus dichos — artículo 4, Ley citada.

Y como la Ley francesa, el artículo 193, Código Suizo: “La calidad de bien reservado, dice, debe ser establecida por el esposo que la alega”. El Código Alemán deja el caso dentro de las reglas generales de la prueba. Sólo establece presunción para los vestidos, alhajas e instrumentos de trabajo de la mujer, que como se comprende no tienen el carácter de bienes reservados, sino por el uso y destino mismo de ellos. § 1362. Lejos de eso, los demás bienes muebles se presumen del marido, se encuentren en poder de ambos esposos o de uno solo de ellos. Y cabalmente, esa presunción existe en relación de terceros. Como en nuestro Código.

Según se ve, en ninguna ley moderna se ha admitido que la simple afirmación de la mujer constituye prueba de ella. Si fuese afirmación del marido tendría que demostrar-



la. Pero es de la mujer: ¡pro veritate habetur! Y esto para igualarla en los derechos civiles del hombre.

Decíamos que el grave peligro de estos asuntos, es la colusión fraudulenta. La presunción legal, organiza fuertemente el fraude.

Porque entregado el hecho alegado de ser un bien reservado, a las reglas generales de la prueba, los que lo invocan, mujer, marido o acreedores de la primera, tendrían que justificar los hechos de ejercicio de la profesión y administración separada, y la proveniencia y consistencia, como dice la Ley francesa, de los valores invertidos o existentes. Concretados así los hechos, los terceros pueden demostrar la simulación por todos los medios que la Ley les proporciona, entre ellos las presunciones simples, precisas y concordantes: artículo 1191, Código Civil. Mientras que cubierta por la ley como prueba suficiente la sola declaración de la mujer, sin necesidad de probar y articular hechos concretos, limitada a una afirmación no circunstanciada, ¿cómo ha de probar el tercero, que hay engaño deliberado? ¿Cómo demostrará que los hechos son falsos, si nadie se los manifiesta? ¿Dónde estaba el dinero que se dice empleado, de qué trabajo provino y cuándo se obtuvo? ¿Se gastó, no se gastó? Ni lo sabe, ni puede saberlo, y aunque probara la inverosimilitud de la afirmación, nada probaría directamente contra la presunción apoyada por la ley sobre vaguedades genéricas. Si probara algo, sería sólo prueba de una duda: la presunción legal prevalecería.

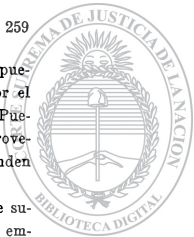


No es esa la regla admitida por el Código. No le basta la palabra de la mujer para demostrar que tiene bienes en poder del marido o créditos causados por su enajenación, préstamos, etc.: artículos 1258 y 1260. Y si la palabra de ella no basta para reivindicar y para cobrar, ¿por qué basta ahora para exceptuar los bienes que pretende ser reservados?

Estamos persuadidos de que hay solamente en la disposición que estudiamos, una fórmula que no corresponde al verdadero pensamiento, y consideramos que lo demuestra su exageración evidente.

Tal vez se ha tenido presente la condición de la simple obrera, que acumula lentamente el ahorro que a fuerza de privaciones obtiene. Lo deposita, por ejemplo, a su nombre en la Caja respectiva. El día de la inversión no está obligada a demostrar, se pretende, que esos depósitos son bienes reservados de ella. Y se comprende. Pero no se advierte que la libreta atestigua que existía una suma acumulada por depósitos sucesivos, proporcionados a su jornal o sueldo, no invertidos en necesidades domésticas. Y los terceros pueden demostrar, si hay colusión, que no ganaba lo que dice, o que los provechos estaban invertidos, o que no trabajaba, como lo asegura, etc. Y, por este estilo, en distintos casos.

Hay, en otros términos, prueba concreta de su afirmación en la libreta bancaria, en las declaraciones de quienes la emplean, etc., y su palabra está demostrada. ¡Salva la prueba contraria! Sea de ello lo que fuere, la fórmula no



Art. 68. — La mujer y el marido, respectivamente, puede solicitar el embargo de los bienes administrados por el otro cónyuge, para contribuir a los gastos domésticos. Puede el Juez autorizar el cobro directo de las sumas provenientes de sueldos, salarios o provechos que corresponden al esposo deudor.

Los acreedores del marido por créditos derivados de suministros a la familia o otros gastos domésticos, pueden embargar por su importe los bienes reservados de la mujer. Deben justificar el origen de su crédito.

En todos los casos el juicio será sumario, con citación de los esposos.

Art. 69. — La mujer puede asumir la administración de sus bienes propios en virtud de su manifestación de vo-

traduce el pensamiento. Es injustificado semejante principio. Y porque es insostenible, nadie lo ha sostenido. La mujer no tiene privilegios: también ella puede falsear la verdad. Su palabra no es prueba.

Art. 68. — Artículos 3, 7, 8 y 9, Ley francesa de 13 de Julio de 1907. El artículo 6° de la ley 11.357, limita indebidamente la responsabilidad a los frutos.

Art. 69. — La ley vigente concede a la mujer la administración y disposición de sus bienes propios, cuando lo quiera resolver así. Y lo que es más, califica de mandato el poder de administración del marido mientras no se lo haya retirado la mujer.



luntad inscrita en el Registro de la Propiedad. En defecto de inscripción se considerará que están bajo la administración del marido según las disposiciones del Capítulo precedente.

Pero el marido, diga lo que diga la ley, no administra en virtud de un mandato conferido por la mujer. Administra por derecho propio. No obedece en la gestión a las órdenes de su mujer. No es su servidor. Es su marido, responsable de su gestión y de las consecuencias de sus actos que causen perjuicio a la mujer. La inexperiencia de ésta no es motivo que pueda alegar para librarse de sus responsabilidades. No debe arruinar a la familia, a sus hijos, por las órdenes equivocadas que reciba. No debe invertir los caudales ganados, en lo que a la mujer parezca. Debe resistir a los gastos excesivos que ésta pretenda hacer, a las extravagancias que se le ocurran. Es otra cosa. Es administrador por autoridad de la ley, que le da instrucciones precisas para el desempeño de su cargo.

Pero la ley autoriza a la mujer para separarlo de la administración de sus propios bienes. Mientras no lo hace, administra como debe y no como ella quiere.

La separación de bienes depende, pues, de la voluntad de la esposa.

Ese régimen proscrito por nuestro Código, admitido en otros países, es, en muchos, contractual. En Inglaterra y Estados Unidos, en Italia, es independiente del acuerdo. Y por su imitación se ha introducido en nuestra legislación, que lo



había proscrito, aunque vigente durante largos siglos en el derecho español.

Y como en Inglaterra y en Estados Unidos, la separación administrativa autorizada por las leyes de Partida, era rechazada por las costumbres. No es régimen que corresponda a la unión de los matrimonios normales avenidos. Es régimen de desconfianza. Separa, impide la acción, el crédito común. Las fuerzas patrimoniales que conjuntas se acrecientan, separadas se debilitan. El matrimonio, la familia, sufren de ello. Y las diferencias que por fuerza se presentan entre los esposos sobre el empleo de los bienes, y los gastos que cada uno hace, conducen rectamente a la desunión de las personas. Por eso decía Mme. d'Arras, según lo hemos recordado antes, que la separación de bienes conduce al divorcio, y en nombre de las mujeres de Francia, agradecía a la Société d'études législatives, que hubiera repudiado ese régimen.

Felizmente, así como en Inglaterra y Estados Unidos no funciona de hecho sino entre matrimonios dislocados, la estadística muestra que el fenómeno notado entre nosotros, bajo la vigencia del derecho español hasta 1871, esto es, que la mujer no asumía la administración de sus bienes retirándola al marido, se repite actualmente.

De las estadísticas oficiales que hemos solicitado, resulta que de 1926 a 6 de Diciembre de 1930, se han inscrito en esta Capital ochocientos cincuenta y dos retiros de administración del marido, y en la provincia de Buenos Aires,



en igual período, hasta el 15 de Diciembre, sólo sesenta y cuatro en total.

Las estadísticas no expresan los distintos supuestos, porque los registros no los mencionan. Comprenden, pues, todos los casos: de divorcio, de concurso del marido, de separación de bienes, de retiro de la administración.

Prueba evidente de que no está en nuestras costumbres esa guerra de intereses de los esposos que es la separación de administraciones.

Precisamente por eso, no creemos deber abrogar la disposición que la autoriza. No es peligrosa, según se ve. En cambio, ofrece una ventaja. Protege a la mujer, víctima de la administración del mal marido, y la defiende contra las miserias del juego y de los desórdenes de toda suerte. Salva a la familia cuyo jefe ha desertado de su deber. No necesita la esposa recurrir a un litigio con su marido para obtener su separación de la administración, agravando así las causas de desunión, con la publicación de hechos censurables o denigrantes. Basta una inscripción para obtenerla, y quedan reservadas en bien de la familia, las causas que han determinado esa resolución.

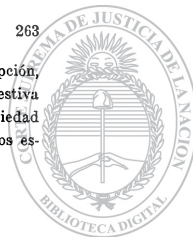
Pero debe reglamentarse esa facultad. No es indiferente para los negocios del marido, y particularmente para el marido laborioso y prudente, que se le retiren los bienes propios de la mujer y con ellos sus rentas, en cualquier instante. Sufre su crédito. Sufren sus operaciones. No dispone ya del comercio, del establecimiento rural o industrial que explo-

Art. 70. — El marido podrá oponerse a esa inscripción, cuando la separación de la administración sea intempestiva o perjudicial para los negocios pendientes de la sociedad conyugal o para los bienes propios de cualquiera de los esposos y no exista motivo para su separación.

taba. No puede cumplir con los contratos celebrados. Puede ser su ruina el retiro del gobierno de los bienes de su mujer. Si ésta tiene causas suficientes y graves, se explica su conducta. Pero puede proceder por el deseo de emplear en frivolidades sus rentas, o por consejos de terceros, interesados en manejar sus bienes o en complicarla en sus asuntos. Y no se justifica, en tal supuesto, la sorpresiva asunción de la gestión de sus bienes que arruina al marido. Aplicamos el criterio legal para el retiro de las sociedades: no debe ser intempestivo o perjudicial. Artículos 1739/40. El marido puede oponerse a que se efectúe, mientras se cumplen los contratos pendientes o se paguen las deudas existentes. Y lo mismo en todos los casos semejantes.

Puede también pedir la liquidación de la sociedad conyugal, pues tal vez lo impongan graves consideraciones personales y patrimoniales, en presencia de la resolución tomada por la esposa. No es justo que siga trabajando en beneficio común allí donde la mujer compromete sus rentas en gastos improductivos. No puede obligársele a que diariamente provoque incidentes judiciales con su mujer, que sólo servirían para ahondar la desunión personal.

No autorizamos sino los actos de administración. Los de disposición exigen acuerdo de los esposos.





Art. 71. — La administración de la mujer no impide que los acreedores anteriores a su inscripción hagan efectivos sus derechos sobre los frutos o rentas de los bienes de la mujer.

Art. 72. — Los derechos de la esposa sobre los bienes cuya administración ha asumido, se consideran bienes reservados de ella, sometidos a las reglas de los artículos precedentes.

Art. 73. — El marido puede pedir la separación de los bienes y la liquidación de la sociedad conyugal cuando su esposa ha asumido la administración de sus bienes propios en el caso del artículo 69.

Art. 74. — Puede la mujer restituir la administración de sus bienes al marido, en el caso del artículo 69, y en los demás de bienes reservados, con excepción de los que le hubiesen sido transmitidos por donación o testamento en el concepto de no ser administrados por su esposo. Esa restitución no producirá efectos sino después de su inscripción.

La administración del marido será regida por las disposiciones del capítulo anterior.

Art. 75. — El marido tiene derecho a ser informado por su mujer de los detalles de su administración.

Art. 74. — En el caso de la excepción, entendemos referirnos a la transferencia de la administración, de manera que el marido la ejerza en su plenitud de administración marital. No se opone a que la mujer encargue al marido de realizar hechos dados de gestión en nombre de ella.



CAPITULO V.

Disolución de la sociedad conyugal

Art. 76. — Se modifica el artículo 1291, así:

La sociedad conyugal termina con la disolución del matrimonio, por la declaración de su nulidad y por la separación judicial de los bienes. No se disuelve por mutuo consentimiento.

Art. 77. — Se reproduce el artículo 1293.

Se suprime el artículo 1292.

Art. 78. — Cualquiera de los esposos puede pedir la separación judicial de bienes en caso de concurso del otro.

Art. 78. — Según el artículo 1294, puede la mujer pedir la disolución de la sociedad en caso de concurso del marido. Pero es claro que desde que la mujer puede ser comerciante, administrar bienes reservados y hasta separar su capital, sin que el marido ni la sociedad conyugal, en cuanto a los bienes que éste administra, sean responsables de las obligaciones contraídas por la mujer, en caso de concurso de ella se encuentra en la misma situación que el artículo 1294, prevé para el concurso del marido: hay que liquidar los bienes comprometidos en la masa insolvente — artículos 183 y 144, Código Suizo.

Art. 79. — La mujer puede pedir la separación judicial en caso de mala administración del marido.

Se agregará en párrafo separado el artículo 1295.

Se suprime el artículo 1296.



Art. 79. — El mismo artículo 1294, limita el derecho de la mujer para pedir la separación de bienes, al caso de que la mala administración del marido “le traiga peligro de perder sus bienes propios”. Esa redacción es equívoca: ¿los bienes propios de quién? De la mujer, sin duda, porque si fueran los del marido los que la expresión “sus bienes propios” contempla, quedaría excluido el caso de peligro de los de la mujer.

Y sin embargo, debe existir la misma razón para decir que los dos supuestos están comprendidos.

Pero prescindiendo de ese punto, la limitación es insostenible.

Puede la disipación del marido, no poner en riesgo los bienes de la mujer y los suyos, y sin embargo gastar todas sus rentas, llenando de privaciones a la familia y haciendo insoportable la vida conyugal. Conocemos muchos casos semejantes. Aunque la mujer no tenga bienes propios, el marido no puede administrar de tal manera el patrimonio conyugal o el suyo propio, que sus rentas no concurren al sostenimiento regular de sus obligaciones domésticas.

El Código Holandés, en el artículo 241, que la nota cita, no limitaba a la hipótesis de riesgo de pérdida para los bienes de la mujer, el derecho de pedir la separación. Al

Art. 80. — Se reproduce el artículo 1297.

Art. 81. — Se reproduce el artículo 1298.



contrario: "1º Cuando el marido por su mala conducta notoria, disipa los bienes de la sociedad conyugal y expone a la familia a la ruina;

2º Cuando el desorden y la mala gestión de sus negocios hacen perder la seguridad de la dote y de las restituciones a la mujer, o la negligencia grave del marido en su gestión ponga la dote en peligro".

Por causa de la mala administración del marido es que se ha introducido el sistema de los bienes reservados. Pero no es motivo para impedir que la mujer, por medio de la separación judicial, impida la malversación de los gananciales sociales y salve de la ruina a la familia.

El desorden administrativo puede venir de la negligencia o de la incapacidad en la gestión.

En Francia se ha creado una interpretación por demás extensiva del artículo 1443, Código Napoleón, para llegar a la misma solución que proyectamos, y que confirma la crítica que hemos hecho de nuestro artículo 1294. Aubry-Rau, § 516, 2; Colin y Capitant, III, página 171; Planiol, Ripert y Nast, II, número 700, 4º; Código Italiano, artículo 1442.



Art. 82. — Se reproduce el artículo 1299.

Se le agregará el artículo 1301.

Art. 83. — Se reproduce el artículo 1300, en el que se substituirá la palabra “propio” por “recíproco”.

Art. 84. — En substitución del artículo 1302, el siguiente:

La mujer separada judicialmente de bienes recobra con el goce de éstos, el pleno ejercicio de su capacidad civil. Puede disponer de ellos, sin autorización marital o judicial. No puede hacer ni aceptar donaciones sin autorización del Juez de su domicilio.

Art. 85. — Se reproduce el artículo 1303, modificado así:

Art. 84. — Artículo 311, Código Francés reformado por la ley de 1898, que lo dispone así para el caso de separación personal. Artículo proyectado por la Société d'études législatives, en substitución del artículo 1449, Bulletin, 1912, página 116; véase Colin y Capitant, III, página 252, in fine; Planiol, Ripert y Nast, II, número 1022, nota 2; Planiol, Ripert y Rouast, La famille, número 682.

Art. 85. — El artículo 1393 contiene una declaración por demás evidente. Los acreedores de la mujer sólo lo son si pudo celebrar los actos válidamente. Lo que en realidad se ha querido expresar es que por efecto de la separación, los bienes adjudicados al marido no quedan sujetos al pago de las deudas de la mujer.



Los acreedores de la mujer separada judicialmente de bienes, no tienen acción contra otros bienes que los que le han correspondido a ella.

Art. 86. — Los efectos de la separación judicial de bienes se producen entre los esposos desde el día de la demanda. En relación de terceros, sólo se producen desde el día de la inscripción de la sentencia o desde el de la prenotación.

Art. 87. — Se reproduce el artículo 1304. Se intercalará después de “a pedimento de ambos”, lo siguiente: “No producirá efectos sino a partir de su inscripción”. Lo demás como está.

Art. 88. — Se reproduce el artículo 1305.

Art. 89. — Se modifica el artículo 1306 así:

La separación personal de los esposos resuelta judicialmente, importa separación de bienes.

Arts. 86 y 87. — Colin y Capitant, III, página 177; Planiol, Ripert y Nast, II, número 726; artículo 1445, Código Francés. La publicidad es esencial dentro del sistema general de este proyecto. Es inadmisibles que los terceros que ignoran las disidencias matrimoniales sean alcanzados por los efectos de acciones sorpresivas, no inscritas por prenotación. § § 1431 y 1435, Código Alemán.

Art. 89. — Artículo 311, Código Francés; artículo 298, Código Holandés. El artículo 1306 deja subsistente la sociedad conyugal no obstante el divorcio no dirimente del ma-



trimonio. Sólo lo puede pedir el cónyuge inocente, y si no lo pide, subsiste el régimen de los bienes con todas sus consecuencias.

Sin embargo, la unión personal ha concluído. Ha sido reemplazada por la cesación de todas las relaciones conyugales. No hay vida común. Los bienes que habían sido sometidos a una unión completa y una administración única, correspondientes al estado de los esposos que formaban una familia perfecta, quedan sujetos a la situación formada, no obstante la destrucción total de ella. Y lo que es peor, substituída por el alejamiento irreducible, los odios, los rencores de la prosecución en juicio con acusaciones infamantes u odiosas. La condición del esposo inocente, que continúa gozando de los bienes, administrándolos, enriqueciéndose con el trabajo o las rentas del otro, es, para decir lo menos, poco digna. Después de perseguir el marido a la mujer con acusaciones de adulterio, de envilecerla ante los hijos y la familia trayendo prueba sobre prueba, con encono, hasta llegar a la sentencia, ese marido que no ha parado hasta expulsar a su esposa del hogar, se queda muy satisfecho, percibiendo sus rentas, y pasándolo cómodamente en la casa perteneciente a su mujer, a quien sólo entrega una pensión tan mezquina como puede.

Es, creemos, insostenible que la Ley sea tan contradictoria. Si el esposo reclamó la separación de la persona, no se quede con sus bienes. La Ley no puede amparar semejante indelicadeza. No hay unión. Que cada uno administre

Art. 90. — Se reproducen los artículos 1307, 1308, 1309, 1310 y 1311.

En este último se suprimirán las palabras “el Libro IV de”.

Se suprime el artículo 1312.

Art. 91. — Se modifica el artículo 1313, así:

Terminada la sociedad conyugal, se procederá a su liquidación y a la división de los bienes de acuerdo con las disposiciones de este Título y del Libro IV sobre liquidación y división de las sucesiones.

Si no se efectuaren la liquidación y la división, no se entenderá que la sociedad conyugal continúa. Se aplicarán las reglas sobre indivisión establecidas en el Libro IV.

libremente lo suyo. El dinero de la culpable no debe manchar las manos del inocente e interesado marido. Y recíprocamente. No hubo clemencia, sino persecución, y cada día la cuestión de los bienes ahonda el abismo. Tal vez sin ella, el tiempo calmaría los resentimientos, y quizás traería la unión.

Es mal sistema de separación el de quedarse con el dinero ajeno, aunque se pretenda que es en castigo de la falta cometida.

Art. 91. — Sobre el agregado, artículo 1442, Código Francés; Planiol, Ripert y Nast, II, números 783 y siguientes.





Art. 92. — Se modifica el artículo 1314, así:

Siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de los bienes gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios; y, en caso de duda, se dividirán los gananciales entre las diferentes sociedades proporcionalmente al tiempo de su duración y a los bienes de la propiedad de los respectivos cónyuges.

Art. 93. — Se reproduce el artículo 1315.

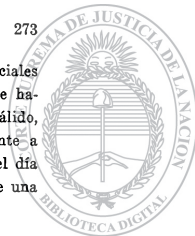
Art. 94. — Se modifica el artículo 1316, así:

Si ha existido bigamia, y en el matrimonio aparente el segundo cónyuge ha sido de buena fe, el esposo legítimo tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución del matrimonio con deducción de la parte proporcional que corresponda a los aportes de aquél. El segun-

Art. 92. — La redacción del artículo 1314 es la del artículo 1353 del proyecto de Goyena, con ciertas variantes, que sólo son de palabras y no de concepto, pero que perjudican a su claridad.

El artículo 1431, Código Español, también reproduce el texto de Goyena, con ligeras alteraciones verbales. Es el que proyectamos.

Art. 94. — Aubry-Rau, 5, § 460, in fine, y nota 24, en que demuestra las correcciones que introducimos en el ar-



do cónyuge podrá repetir contra la parte de los gananciales y los bienes propios del bigamo los gananciales que le habrían correspondido si el matrimonio hubiera sido válido, con deducción de la parte proporcional correspondiente a los bienes que hubieran tocado al primer cónyuge en el día de la celebración del segundo matrimonio, en virtud de una liquidación ficticia.

título 1316; Demolombe, 3, número 577; Planiol, Ripert y Nast, II, número 685.

La redacción ha sido, además, modificada, generalizándola a los dos esposos. También puede ser la mujer bigama, y el texto actual sólo considera la bigamia del marido. En los casos de desaparición o abandono del primero, es frecuente la bigamia de la mujer, según lo hemos expresado en notas anteriores.



CAPITULO VI

Restitución de los bienes propios de la mujer

Art. 95. — Se suprime el artículo 1317.

Se modifica el artículo 1318, así:

Disuelta la sociedad conyugal se restituirán a la mujer... y lo demás como está.

Se agregará en párrafo separado el artículo 1319, modificándose las palabras “Si la dote comprende” por las siguientes: “Si comprendiesen”... y lo demás como está.

Art. 96. — Se reproduce el artículo 1320, modificándose las palabras: “Los inmuebles dotales y los muebles no fungibles de la dote” por las siguientes: “Los inmuebles y los muebles no fungibles pertenecientes a la mujer”... y lo demás como está.

Art. 97. — Se sustituirán en los artículos 1321 y 1322, las palabras “de la dote” y “dotales” por “propios de la mujer”.

NOTA. — Dispone la ley 11.357, por su artículo 9, que forma parte del Código. Queda, por consecuencia, incorporada a las reformas proyectadas y modificada o abrogada por éstas.



TITULO XIII

CAPITULO I

De los hijos legítimos

Art. 1. — En sustitución del artículo 240:

Son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio válido o putativo de la madre.

Art. 2. — Si disuelto o anulado el matrimonio, contrajese la madre uno nuevo sin observar el término legal para contraerlo, el hijo que naciese en el plazo máximo determi-

Arts. 1 y 2. — El Código ha establecido en los artículos 76 y 77, las reglas fundamentales de toda filiación. Ha fijado los plazos máximo y mínimo del embarazo, determinados por el día del nacimiento. Ha establecido el período de la concepción en los primeros ciento veinte días del plazo máximo. Por último ha precisado el carácter de esas disposiciones. Constituyen presunciones legales de orden público: no admiten prueba en contrario.

Carece, por consiguiente, de objeto, volver a cada paso en este Título de la filiación legítima, a repetir los términos máximo y mínimo, a decir cómo se cuentan y en qué momento debe ocurrir la concepción para que el hijo se considere como engendrado durante el matrimonio o fuera de él. Se trata, simplemente, de casos de aplicación directa de la regla general.



nado por el artículo 77, y antes de cumplido el mínimo, se presume concebido en el primer matrimonio.

Se presume concebido en el segundo, el hijo nacido después de cumplido el plazo mínimo del artículo 77, aun cuan-

Lo grave es que no se cuentan siempre los términos de la misma manera. En el artículo 77 está expresado que en los 300 días del máximo de la gestación, no se cuenta el día del nacimiento. Pero se cuenta el del matrimonio o el de la disolución. Porque la concepción se fija en los primeros ciento veinte días de los trescientos. Y es claro que debe vivir el padre para poder concebir la mujer de él, so pena de ser mayor de trescientos el plazo que la ley impone como insuperable. La concepción debe, por consiguiente, verificarse dentro del plazo legal.

No hay, pues, dudas sobre la manera de contar. El día del matrimonio o el de la disolución, se computa en el plazo máximo y no el del nacimiento. En cambio, en el plazo mínimo, no se cuentan ni uno ni otro. Si se contara el primero resultaría que el también inflexible de la ley, de ciento ochenta días, podría ser menor, y por consiguiente, sería contradictorio de la decisión legal.

Varios de los artículos del presente Título cuentan los plazos de distinta manera. Así, el 243, habla de los hijos nacidos **dentro** de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio. Si es **dentro**, el día del nacimiento es uno de los trescientos, y no está fuera de ellos, como lo dice



do se esté en el plazo máximo del embarazo desde la disolución o anulación del primer matrimonio.

Se suprimen los artículos 241 y 242.

Se suprime el artículo 243.

el artículo 77. Y a su vez, el período de los trescientos debe por fuerza no comprender el día del matrimonio y el de la disolución, so pena de no durar trescientos días plenos el período máximo de la gestación.

Lo mismo sucede con el artículo 246. También debe el nacimiento ocurrir **dentro** de los trescientos días. Y para que no constituya contradicción irreductible la segunda parte del artículo con la regla general, debe suplirse que el día del nacimiento no es uno de los trescientos, o que si está “dentro” de ellos, el de la posibilidad de acceso de que viene hablando puede no ser uno de los trescientos.

Varios otros artículos reproducen la distinta manera de contar, y pueden dar margen con los “dentro” y “desde”, a cuestiones ociosas, artificiales, porque no son contradicciones de textos las que señalamos, sino fórmulas diversas inconsecuentes con las claras de los artículos 76 y 77, que conviene tener siempre firmes. Las dificultades de interpretación del Código Francés han sido trasladadas a nuestro Código, por las inadvertencias padecidas al transcribir disposiciones emanadas de aquél o inspiradas por sus textos. El punto de partida debió siempre ser el de los artículos ya citados, derivados del 76, Código de Chile.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 244.

Se le agregará en segundo párrafo separado, el artículo 245.

Y como tercer párrafo se pondrá el artículo 255, en el que se intercalará después de “confesión de la madre”, “o de un tercero”.

Art. 4. — En sustitución de los artículos 246 y 252, el siguiente:

Art. 4. — § 1591, Código Alemán; artículo 254, Código Suizo.

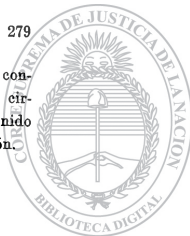
El Código adopta una serie de disposiciones casuísticas para precisar en qué casos y bajo qué condiciones puede desconocerse la paternidad.

Pero las de los artículos 246, 250, 251 y 252, ya demuestran una regla fundamental. Es menester, para que haya paternidad legítima, que el marido pueda ser el padre efectivo del hijo de su mujer. Prescindimos por un momento de la solución del artículo 252, sobre la impotencia anterior al matrimonio.

Si el acceso del marido fué imposible durante el plazo de la concepción, claro está que el hijo no es de él. Si la mujer no vive con él, si ha huído del hogar, si el marido estuvo ausente o la abandonó, es claro todavía que no puede ser el padre del hijo que ella ha tenido.

La regla del artículo 245 es relativa al estado de unión de los esposos y lo presupone. Por eso es que los artículos 250 y 251 autorizan la denegación de la paternidad sin





El marido puede desconocer la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio probando que, según las circunstancias, es manifiestamente imposible que haya tenido acceso a su mujer, en el término legal de la concepción.

No constituye prueba suficiente la del adulterio.

exigir al marido prueba alguna, y se vuelve a la regla común si se probase que hubo reconciliación entre los esposos.

Pero la casuística es verdaderamente deficiente.

Así. Una mujer huyó del domicilio conyugal. Vivió largos años con su amante. Tuvo varios hijos, que se inscribieron en el registro como hijos de tal persona casada con tal esposo.

Vivió durante todo el tiempo en la misma ciudad que el marido. En rigor no podría pretenderse que había imposibilidad de acceso, artículo 246. Si hubiera existido divorcio o separación provisoria, nada tendría que probar el marido o sus herederos: artículo 250. Pero la separación era de hecho. La ley no la equipara. Se aplicaría el artículo 252 y se obligaría a presentar demostraciones preliminares de adulterio, ocultación de parto, para llegar por fin a las pruebas de que el marido no era padre de los hijos de su mujer, las que por serlo demuestran el adulterio.

Pero, ¿por qué? Este artículo sólo es comprensible cuando los esposos hacen vida matrimonial. Cuando ésta se ha interrumpido, cuando concluyó por abandono, ¿qué explicación tienen estas distinciones? Es evidente que en ese ca-



so, en el de ausencia, aunque no se haya "declarado el fallecimiento", artículo 251, en el de reclusión, en el de hospitalización, probados esos hechos, queda demostrado que el marido no cohabitaba con su mujer, y no puede ser padre de los hijos que ésta ha tenido.

Nótese que el artículo 252 acaba por reconocer que hay que probar los hechos exclusivos de la paternidad, y que el 250 dispensa de esa demostración, porque da por admitido que la separación ya prueba la falta de vida común. Pero sólo la separación definitiva o provisoria, esto es, la autorizada por Juez. Sólo ella. ¿La fuga de la mujer no se encuentra en el mismo caso? Si hay una diferencia sólo puede ser relativa a la prueba del hecho de la separación misma. No al de la filiación, o mejor, de la generación.

Esas distinciones de casuística no impiden que una regla, siempre la misma, preside a todos los supuestos tan elaboradamente precisados. La presunción de paternidad sólo se refiere a la cohabitación posible durante la concepción. ¿Puede probarse que no la hubo? ¿Es evidente que no existió, dadas las circunstancias? La presunción desaparece.

Por eso los códigos Alemán y Suizo prescinden de tantos supuestos, condiciones y exigencias preliminares. Cuando hay vida común — § 1591, Código Alemán, — el hijo nacido es legítimo. Cuando no la hay, ¡no! Sólo ha de probarse que no existió cohabitación de que pueda derivar la generación. Probado, desaparece la presunción de paternidad.



Por consiguiente, toda la casuística de nuestro Código se derrumba. Lo mismo es que el Juez haya autorizado la separación, que si la separación es de hecho. Lo mismo es que se haya declarado el fallecimiento por ausencia, que si ésta no ha sido tan larga que permita presuponer la muerte, y lo mismo es que el ausente dé constantes noticias de él, que si ha desaparecido sin tenerlas de su existencia. Siempre es verdad que no pudo ser padre de los hijos de su mujer.

Pero nótese la inconsecuencia. El artículo 252 no permite denegar la paternidad, en virtud de impotencia anterior al matrimonio. La permite si es posterior. ¿Puede decirse por qué? Si es impotencia, ¿cómo puede haber generación?

Lo que se da como justificativo de semejante arbitrariedad, son palabras vacías de sentido. Se alega que el marido invoca su propia torpeza. Se dice que no debe ser creído, porque fué infame su conducta.

¿Infame? Un mutilado de guerra, ha tenido hijos con una mujer, y para legitimarlos se casa con ella. ¿Es esto infame? Y porque lo es, ¿puede la mujer desagradecida, enlodarlo en el adulterio, y presentarle los hijos de otro como hijos suyos legítimos? Verdaderamente, es esto incomprensible. El derecho canónico era mucho más humano.

Todo esto es la consecuencia de la casuística desesperada, impropia de la legislación, y sólo justificada en la explicación doctrinaria de ella.



La impotencia anterior será manifiesta o no. El matrimonio será explicable honorablemente o no, “según las circunstancias”.

La regla fundamental de toda esta materia, es la que da la presunción general de la paternidad. Se presume la del marido de la madre. ¿Cuándo, por qué? Porque existe cohabitación durante la época de la concepción. Y si se puede probar que a pesar de ella, no hubo generación, o si se puede probar que no había habitación común, la presunción desaparece.

Derogamos por nuestro artículo todas las reglas del Código sobre paternidad, en su texto y condiciones. Las mantenemos en su principio fundamental común.

Y alguna de sus distinciones se conservan no para someterlo a sus exigencias actuales, sino para impedir que por razones de simple reproducción de doctrinas nacidas de otras legislaciones, reaparezcan en ciertas hipótesis de aplicación. Distinguimos, en consecuencia, sobre las demostraciones necesarias.

Así, en el artículo 5º que proyectamos. La denegación de la paternidad sin necesidad de más pruebas, que la de los hechos previstos en él, justifica que la presunción del artículo 245 se desvanece, desde que la posibilidad de la generación no existe durante el período de la concepción.

En cambio, la reconciliación, aunque no sea pública, pero que restablece las relaciones conyugales, vuelve a la regla fundamental. Y para denegar la paternidad deberán



Art. 5. — En caso de divorcio, de separación judicial provisoria o definitiva, en el de separación de hecho, de abandono del hogar o desaparición o ausencia del esposo o de la mujer, puede el marido negar la paternidad, si el período de la concepción coincide con el de la separación efectiva. No necesita otra prueba que la de ésta.

Si se justificase que en ese período hubo reconciliación privada que restableció las relaciones matrimoniales, se aplicará lo dispuesto por el artículo precedente.

El presente se aplica a la separación producida por causa de la acción de nulidad de matrimonio.

Se suprimen los artículos 250 y 251.

Art. 6. — En sustitución del artículo 253.

El marido podrá desconocer la paternidad del hijo no concebido en el matrimonio, y nacido después de su celebración, sin necesidad de demostración alguna.

Pero la legitimidad del hijo no podrá ser impugnada si el marido supo el embarazo de su futura antes de casarse o si consintió en que se diera como hijo suyo al de su mujer

probarse los hechos que desautorizan la presunción de paternidad.

Sobre las condiciones de prueba, Demolombe, V, números 55 bis y siguientes, sobre el restablecimiento de las relaciones.

Art. 6. — Del texto resulta que el artículo 253, al emplear la fórmula “dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio”, cuenta los plazos de manera distinta



en el acta de nacimiento otorgada en su presencia, o si de otro modo reconoció como suyo al de su mujer.

Fuera del caso de matrimonio putativo, no se aplica este artículo cuando a la época de la concepción las relaciones de los esposos eran incestuosas, o uno de ellos estaba casado con otra persona.

Art. 7. — Se modifican los artículos 247, 248 y 249, así:

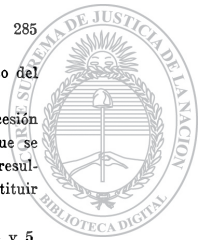
En caso de muerte del marido, o en el de divorcio o de separación personal de hecho, la mujer que se creyese embarazada debe denunciarlo, según los casos, al marido, al

de los artículos 76 y 77". No excluido el día del nacimiento — "dentro", dice, de los ciento ochenta días, — el plazo mínimo es el de 179, o en otros términos, la concepción es anterior al matrimonio.

Y es ésa, precisamente, la hipótesis del artículo. Porque no estamos ya en la regla general de la legitimidad: artículos 240 y 245, que exige la concepción durante el matrimonio.

Mejor hubiera sido decirlo directamente, como lo dicen el artículo 314, Código Francés, y § § 155 y 156, Código Austriaco, que la nota cita, en vez de adoptar la fórmula envuelta del artículo 104 del proyecto de Goyena, que, sin embargo, en la nota aclara su oscuridad.

Los concebidos en el matrimonio son legítimos mientras no se pruebe lo que exige el artículo 246. Los naturales nacidos en el matrimonio no son hijos del marido, a menos



Juez de la causa o de la sucesión o a los que en defecto del hijo serían llamados a la sucesión del marido.

La madre tendrá derecho a que el marido o la sucesión le suministren lo necesario para atender los gastos que se causaren por el parto; y aunque el hijo no naciese, o resultase que no hubo embarazo, no estará obligada a restituir lo gastado por aquel concepto.

Se aplicarán las disposiciones de los artículos 3, 4 y 5, Título proyectado de las personas naturales.

que lo haya celebrado sabiendo de su concepción anterior o reconociéndolos después de la celebración. Y porque no lo son, le basta negar su paternidad.

Ahora. El artículo habla de legitimidad. Pero la legitimidad resulta de la concepción en el matrimonio. El nacimiento en él es hecho indiferente.

La legitimidad, pues, de que ahora se trata, es la de hijos concebidos como naturales, fuera de matrimonio y nacidos en él. Son, según esto, hijos legitimados por subsiguiente matrimonio: artículo 230, 3º. Como entre nosotros la denominación de legítimos comprende a los hijos legitimados, artículos 319 y 359, Código Civil, se explica que el 253 hable de legitimidad en un caso de legitimación. Pero debe, precisamente, por eso, excluir la filiación adulterina y la incestuosa de la disposición, salvo el caso de matrimonio putativo, no precisamente en el texto actual del artículo 230, número 3º, sino en el que hemos proyectado como corrección. Por último, aquel texto (en su forma vigente),



Art. 8. — Se reproduce el artículo 254, sustituyéndose “sesenta” por “noventa”.

Se agregará en párrafo separado:

La acción se intentará contra el hijo y contra la madre.

Muerto el hijo se declarará el desconocimiento ante el Juez de la sucesión y se comunicará a los que serán herederos del hijo en caso de legitimidad o de ilegitimidad. También lo será a cualquier tercero que justificase un interés jurídico aparente.

Art. 9. — En sustitución del artículo 256:

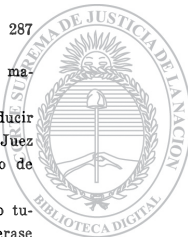
Mientras viva el marido nadie sino él podrá desconocer

confirma que sólo los “hijos naturales concebidos antes del matrimonio” pueden ser objeto de la disposición del artículo 253 actual. Adopta, pues, el Código una de las interpretaciones a que ha dado lugar el artículo respectivo del Código Francés.

Art. 8. — Es demasiado breve el término de sesenta días, pues puede ser necesario tomar informes que absorben mayor tiempo. El Código Alemán, § 1594, concede un año. El Suizo, artículo 253, noventa días.

En cuanto a la deducción de la acción, artículo 253, ídem. El Código Alemán, § 1596, sólo lo autoriza contra el hijo. Pero es incuestionable que la madre tiene un interés directo en el litigio. Véase, además, § 1597.

Art. 9. — El artículo 256 sólo menciona al hijo concebido durante el matrimonio, pero en igual caso está el con-



la paternidad del hijo nacido o concebido durante el matrimonio.

Si el marido fuese insano no podrá su curador deducir la acción de desconocimiento sino por autorización del Juez de la curatela dictada con intervención del Ministerio de Menores.

Si el curador no intentase la acción o el insano no tuviese curador, podrá el marido deducirla cuando recuperase la razón, en el término establecido para el artículo 8°.

Art. 10. — A petición de cualquiera persona que tenga interés actual en ello, declarará el Juez del último domicilio del marido, la ilegitimidad del hijo nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes al de la disolución del matrimonio.

Si el marido estuvo en la imposibilidad de tener acceso

cebido antes y nacido en él, de que se ocupa el artículo 253, y a que se refiere también el 258, como resulta de su texto y lo declara Goyena en su proyecto, artículo 106. El marido es el único que puede saber si mediaron relaciones anteriores que expliquen su paternidad del hijo nacido en el matrimonio. § 1593, Código Alemán. Sobre la representación del insano, § 1593, Código Alemán; Aubry-Rau, 6, § 545, bis, texto y nota 6; Colin y Capitant, I, página 332; Planiol, Ripert y Rouast, número 786. En contra, Demolombe, V, número 118.

Art. 10. — Artículo 185, Código de Chile; artículo 250, Código Civil, y 8 de este proyectado Título.



a la mujer antes de la disolución del matrimonio, se contarán los trescientos días desde la fecha de esa imposibilidad.

Este artículo se aplicará, además, en todos los casos expresados en el artículo 5 de separación de los esposos cuando no ha mediado restablecimiento de sus relaciones.

Art. 11. — En sustitución del artículo 258:

Los herederos presuntos del marido, concurrentes o excluyentes del hijo, y los ascendientes de aquél, aunque no lo heredasen, podrán continuar la acción de desconocimiento iniciada.

Podrán intentarla bajo las mismas condiciones de aquél, cuando ha muerto el marido o era incapaz de discernimiento antes de transcurrido el término para desconocer su paternidad, o cuando fuese desconocida su residencia e incierta su existencia. Deberán deducir la acción si son ascendientes, dentro del término de noventa días de ocurrido el fallecimiento o declarada la insania, y si fuesen herederos, dentro de los ciento cincuenta días de la muerte; y en caso de ignorarse la residencia, después de transcurrido el término de un año de ocurrida la ausencia, si la acción fuera intentada por los ascendientes, y después de la declaración presuntiva de fallecimiento, si fuesen los herederos.

Art. 12. — Cuando el marido ha reconocido su paternidad expresa o tácitamente o dejó transcurrir el término

Arts. 11 y 12. — El artículo 258 es oscuro y erróneo. Habla de herederos que no pueden contradecir la legitimidad del hijo nacido **dentro** de los ciento ochenta días de



sin desconocerla, la acción no podrá ser deducida, a menos que por error o fraudulentamente fué inducido a reconocer el hijo como suyo o a no desconocerlo.

celebrado el matrimonio, cuando el marido no ha iniciado la acción.

“En los demás casos — continúa, — si éste hubiera fallecido sin hacer reclamación contra la legitimidad del hijo, los herederos y cualquier tercero interesado tendrán dos meses para interponer la demanda contados desde el día de la posesión de los bienes por el hijo”.

Pero todo esto es resultado de una confusión manifiesta.

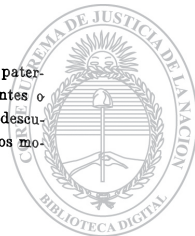
La legitimidad del hijo, según el lenguaje del Código, puede ser contradicha en dos supuestos profundamente diversos:

1º Cuando se desconoce la paternidad, esto es, cuando se pretende que el marido no ha engendrado al hijo de su mujer, concebido en el matrimonio o nacido en él;

2º Cuando no hubo matrimonio, o no fué engendrado el hijo en él, como equivocadamente lo dice el artículo 257. Agreguemos el caso de que el supuesto hijo no es hijo de la esposa, aunque se la haya reconocido por tal: artículo 261.

En estos casos se niega la legitimidad, por causas que no tienen contacto con la imposibilidad de la generación.

Ahora bien. No es verdad que los herederos no puedan contradecir la legitimidad en todos los supuestos de los artículos 257 y 261.



En este caso, la acción de desconocimiento de la paternidad, se deducirá por el marido o por sus ascendientes o herederos, en su caso, dentro de los noventa días de descubierto el fraude o el error, a menos que existiesen justos motivos que excusaran el retardo.

Y no solamente los herederos. Todos los que tengan un interés jurídico en hacerlo: los donatarios, los coherederos, los herederos excluyentes. Todos los miembros de la familia, aunque no sean herederos. Los terceros sometidos a la acción de reducción, etc. Su impugnación no se refiere a contradecir la presunción legal de paternidad.

Sin embargo, el artículo 258 los incluye aparentemente en su texto, por no expresar la debida distinción. Pueden los terceros contradecir la legitimidad — artículos 257, 261 y 262, — aunque el marido no haya intentado acción, y no ya en los sesenta días de que habla, sino en toda época; no hay prescripción.

Tampoco es cierto que “cualquiera persona” puede desconocer la paternidad. Sólo el marido en vida, y muerto, sus herederos en defecto del hijo (o sus ascendientes, aunque no lo sean, agregamos), cuando el marido falleció dentro del término, sin reclamar. Pasado el término, antes del fallecimiento — según el Código, en la redacción del artículo 258, — podrían todavía los terceros levantar una cuestión de paternidad, lo que es inadmisibles: la única condición que exige es la de fallecimiento sin reclamo.



Por otra parte, la primera del artículo 258, sólo veda contradecir la legitimidad del hijo nacido **dentro** de los ciento ochenta días, cuando el marido no haya introducido la demanda antes de morir.

Por consiguiente, sólo se prohíbe desconocer al hijo concebido antes del matrimonio, nacido **dentro** del plazo mínimo, y no a los concebidos en él, que son precisamente aquéllos a quienes cubre la presunción de paternidad.

De modo que, en ese caso, si el marido murió antes del nacimiento, e ignoró, por consiguiente, el engaño de que fué víctima, no lo pueden desconocer sus herederos. Y en cambio, “en los demás casos”, aunque el marido dejó pasar los plazos sin desconocer su paternidad, en los de concepción durante el matrimonio, cubiertos por la presunción legal, los terceros pueden, dentro de los sesenta días, impugnar la paternidad, a menos que haya reconocimiento por testamento “o en otra forma pública”.

No creemos necesario entrar a demostrar los errores de semejantes redacciones. Las que proponemos, por sus propias disposiciones, contienen ya esa demostración sin necesidad de otra justificación.

Decimos en nuestro texto que los herederos y ascendientes pueden impugnar la paternidad, cuando el marido ha muerto o era insano, o desaparecido, antes del término para desconocerla.

Sin embargo, no exigimos que haya el hijo entrado en posesión de los bienes del marido, como parece hacerlo el



artículo 258, y decimos parece, porque no nos explica si sólo se abre la acción en ese caso, o si antes de esa posesión ya puede deducirse.

En el sistema del Código, la posesión hereditaria se produce por razón de la apertura de la sucesión a favor de los descendientes o ascendientes legítimos. Y aunque hemos proyectado otras reglas, dependen de su adopción las modificaciones al sistema del Código. En consecuencia, la condición del Código es ociosa, desde que el hijo está siempre en posesión hereditaria, por lo menos en el caso de ser menor de edad, que es el normal de la acción de desconocimiento.

Pero aunque así no fuese, es exacto que los ascendientes tienen un interés jurídico evidente en usar de la acción caso de no haberla podido deducir el marido, porque el hijo puede venir por representación a la herencia de aquéllos, puede solicitar alimentos, etc.

Nótese, además, que la madre del hijo es su órgano jurídico en virtud de la patria potestad, y que no podría renunciar en su nombre a la sucesión del marido o de los ascendientes, sin explicar en virtud de qué lo haría, esto es, acusándose de una acción desdorosa, lo que, además de inverosímil, sería inoperante: artículo 255.

No es, pues, exacta la condición puesta de entrar en la herencia, desde que todos los hijos se encontrarían en el caso, porque no es posible la renuncia, y principalmente, por-



que existen razones suficientes para conceder la acción a los ascendientes, aunque no sean herederos.

Por esos motivos no exigen los Códigos Alemán y Suizo, que el hijo entre en la herencia. Y el primero todavía concede a cualquier tercero interesado la acción de denegación de la paternidad (Planck, sobre el § 1593, número 2).

No le seguimos en este último punto. Preferimos la solución del artículo 187, Código de Chile, que, sin embargo, reconoce a cualquier interesado — artículo 184 — la acción de desconocimiento.

No creemos que un tercero, por interesado que esté en ello, si no es heredero, pueda ser admitido a entrometerse en asuntos de familia tan graves e infamantes como son los de desconocimiento de la paternidad. Un donatario, por ejemplo, levantará sin escrúpulos de herir el honor de los deudos todos del marido, de sus restantes hijos, por ejemplo, la cuestión, para evitar las consecuencias de la resolución o la reducción de la donación, sobre hechos mal conocidos, íntimos, fundados en rumores calumniosos, sin los reatos que detienen a los parientes más próximos. No basta su interés, para ser oído sobre semejantes imputaciones.

El Código Suizo, artículo 256, no lo consiente, pero en cambio es demasiado estrecho al no conceder la acción sino a los herederos. Nos parece indudable el derecho de los ascendientes para expulsar de la familia a los hijos espúreos. No lo extendemos a los colaterales, porque éstos tienen otros medios para excluirlos sin levantar escándalo.



No existiendo entre nosotros sustitución fideicomisaria, que es el principal motivo de la disposición del Código Alemán, ni títulos de nobleza, creemos exacta nuestra solución.

Dice el artículo 258 que no hay lugar a demanda cuando el padre ha reconocido al hijo en su testamento o en otra forma pública. Esta última fórmula es equívoca, porque tanto puede referirse al instrumento recognitivo, como a la posesión de estado, que es necesariamente pública. El artículo 184 del Código de Chile, de que se toma, habla de instrumento público, y Freitas, artículo 1474, lo repite.

No nos interesa elucidarlo, en presencia de lo dispuesto por el artículo 253. Sea instrumento público o no el requerido, es lo exacto que no armonizan las decisiones, aun cuando pudiera distinguirse de casos. Existiría siempre la misma razón de decidir.

Lo que interesa más es saber cuándo ha de hacerse el reconocimiento, si después del nacimiento o antes de él, lo que en cierto modo envuelve la cuestión insinuada.

El § 1598, Código Alemán, exige que el reconocimiento sea posterior al nacimiento. La Comisión redactora — Motive, IV, página 665, — explica su disposición. No admite, como el derecho francés y el nuestro, que haya reconocimiento en el hecho de saber el embarazo al casarse, y el motivo es exacto, porque el marido que ha tenido relaciones con la madre puede creer que de ellas proviene su estado, y el nacimiento, demostrarle que estaba engañado. También el reconocimiento por testamento de un hijo que



nace posteriormente, puede ser inoperante: nace trescientos diez días después de su fecha el hijo, por ejemplo.

Por esas razones exige el Código Alemán reconocimiento posterior al nacimiento: es el único que puede considerarse digno de fe.

Muy serias son esas razones. Sin embargo, no hemos creído deber reformar en ese sentido el artículo 253, porque las formas que éste admite exigen comprobación no dudosa de su existencia. Y si se prueba que el reconocimiento anterior al nacimiento es erróneo o fraudulento, es evidentemente inoperante, desde que el reconocimiento es un acto jurídico que puede ser impugnado por sus vicios de consentimiento. Y así lo resuelven el § 1599, Código Alemán, y el 257, Código Suizo.

En cambio, no permitiéndose el reconocimiento anterior, se impide que un moribundo pueda casarse in extremis y reconocer al hijo de que está en cinta la mujer. Si después resulta que es imposible la generación reconocida, se habrá probado con eso el error, y el acto se anulará.

Mantenemos, por consiguiente, la decisión del artículo 253, y como el Código Suizo, admitimos que el reconocimiento expreso o tácito, hecho en cualquier momento, importa obstáculo para el desconocimiento de la paternidad, y puede ser anulado en virtud de las causas generales de nulidad de las manifestaciones de voluntad. Es de evidencia que no son circunstancias aisladas o indecisas las que constituyen reconocimiento, sino hechos constantes y precisos



que no pueden tener otra interpretación que el reconocimiento de la paternidad, realizados con conocimiento de causa. Precisamente por eso puede ser anulado cuando afectan la validez de la manifestación de voluntad. Los códigos Alemán y Suizo así lo declaran, especialmente el segundo, y necesariamente el primero, puesto que permite anular el expreso y solemne: con mayor razón se aplica la doctrina al implícito y tácito.

El segundo párrafo de nuestro artículo 11 es inspirado por el 256, Código Suizo, pero sin seguirlo en su redacción, evidentemente equivocada en cuanto fija plazo para deducir la acción de los herederos, a partir del día en que conocieron el nacimiento.

Es claro que si el marido vivía y falleció antes de cumplido el término, no pudieron proceder y debieron esperar su decisión.

Es todavía exacto que en caso de ausencia simple, aunque no se conozca la residencia del marido — que es otro de los supuestos, — y en el de que no ha podido ser informado del nacimiento “por cualquier otra causa”, como lo dice el artículo 256, Suizo, no debe autorizarse el procedimiento de los herederos.

En el supuesto de residencia ignorada, porque no está justificada la muerte del marido por ese hecho, ni se abre la herencia para los que han de ser los impugnantes “herederos”, ni corre término para el desconocimiento del marido que ignora el parto: artículo 254, Código Civil. Mien-

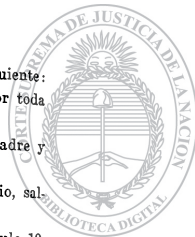


tras él viva, nadie puede desconocer la paternidad: artículo 258.

Reconocemos al ascendiente derecho para desconocer después de un año de ausencia sin noticias: es decir, estrechamos para él el plazo de la presunción de fallecimiento. No se trata de entrar en posesión de los bienes del ausente, por el ascendiente que no aspira a la herencia. Se trata, en cambio, de no transferir por largo tiempo, y de quedar detenido por el litigio de que depende la presunción de fallecimiento, que la madre, prolongará tanto como pueda, para que el ascendiente, tal vez anciano, expulse antes de morir, de su herencia propia, al hijo espúreo. Tiene título para ello.

Por fin, tampoco admitimos que cualquier otra causa que la residencia ignorada, pueda ser admitida para autorizar la acción de los herederos, si impidió avisar del nacimiento al marido, porque no es suficiente motivo para sustituirle. Así, en caso de enfermedad grave, por ejemplo, ni se comunican hechos que pueden causar la muerte del paciente, ni su imposibilidad temporaria puede introducir a los herederos impacientes, en asuntos de familia, tan graves como los de impugnación de la paternidad. Deben esperar la resolución del marido, mientras vive.

Aceptamos con el Código Suizo, que la insanía se equipare a la muerte, porque en verdad el que la sufre, es un muerto vivo, impotente para obrar.



Art. 13. — En sustitución del artículo 257, el siguiente:

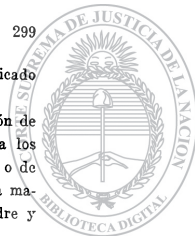
La legitimidad del hijo puede ser impugnada, por toda persona interesada, en los casos siguientes:

- 1º Por no haber existido matrimonio entre el padre y la madre;
- 2º Por ser nulo o haberse anulado el matrimonio, salvo el caso de ser putativo;
- 3º Por haber nacido el hijo en los casos del artículo 10.

Excusado es decir, a partir de cuando corre el término para negar la paternidad del hijo concebido en el matrimonio y nacido después del fallecimiento del marido, puesto que el artículo 254 ya lo ha dicho, y aquéllos deducen la acción “bajo las mismas condiciones” que él.

Art. 13. — El artículo 257 permite la contestación de la legitimidad, en el supuesto de “no haber sido concebido el hijo durante el matrimonio”, lo que sólo es exacto para el nacido más de trescientos días después de la disolución del matrimonio o de la separación efectiva de los padres. Los concebidos antes y nacidos durante la unión están incluidos en la regla de los artículos 11 y 12 (1).

(1) No se mencionan los concebidos y nacidos antes del matrimonio, porque no son comprendidos entre los legítimos, y no son legitimados sino llenándose las condiciones necesarias.



Art. 14. — Se reproduce el artículo 261, modificado así:

Toda persona interesada puede impugnar la filiación de que el hijo está en posesión, aunque sea conforme a los asientos del Registro Civil, en razón de parto supuesto, o de sustitución del verdadero hijo, o de no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo. Pueden el padre y la madre hacerlo en los mismos casos.

Art. 15. — Se modifica el artículo 259, así:

Los hijos pueden reclamar su filiación legítima cuando sean desconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible.

Art. 14. — Creemos útil decir que también los padres pueden contradecir la filiación, no obstante ser los autores de la posesión de estado y de la declaración de inscripción, porque entre nosotros es frecuente en los matrimonios sin hijos, adoptar de hecho a niños en primera edad y criarlos y presentarlos como suyos. Siendo la adopción una institución proscrita por nuestra legislación, no puede ser reconocida la efectuada de hecho, en violación de la ley. No solamente la familia de los padres puede contradecir el parentesco alegado, sino el marido y la mujer cuando se fundara en la aparente filiación una pretensión contra ellos, o sus deudos pueden presentar la prueba de que no era hijo suyo el que criaron como tal.

Art. 15. — Las acciones de filiación producen dos efectos distintos. Producen el de constituir el estado de las per-

Sus descendientes legítimos podrán continuar la acción intentada o iniciarla, pero únicamente en el caso de muerte del hijo antes de cumplir dos años después de llegar a su mayor edad, sin reclamar su filiación, y si viviesen el padre,



sonas. Son relaciones de familia. Son extrapatrimoniales. Vinculan a los padres con sus hijos legítimos, y por su medio incorporan a éstos con sus parientes legítimos. El hijo es nieto de sus abuelos, hermano de sus hermanos, pariente de los colaterales.

El segundo efecto es el de constituirlos en herederos de los padres y sus consanguíneos. Este efecto se produce por la muerte anterior del supuesto padre.

Por eso distinguimos. Los herederos que no son hijos legítimos del pretendiente, sus hijos naturales, su esposo, los herederos testamentarios, no son herederos de los ascendientes, porque no le representan ni tienen título propio si no se ha abierto antes de la del hijo la sucesión paterna: artículos 3582, 3583, 3549 y 3551. Tampoco heredan a sus colaterales legítimos.

Pero los descendientes legítimos tienen derecho al estado de su padre en la familia.

Tienen, además, derecho de sucesión eventual por representación en la herencia de los ascendientes y colaterales. Tienen, pues, título para reclamar su estado de familia, por la acción de filiación, para todos sus efectos patrimoniales y extrapatrimoniales.

o la madre, o sus ascendientes legítimos. No pueden proseguir la acción ni intentar la, los otros herederos.

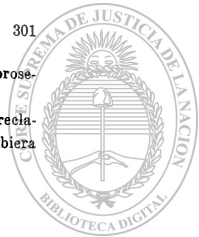
Todos los herederos del hijo podrán continuar el reclamo o deducir la petición de herencia cuando el hijo hubiera

Los herederos que no son descendientes legítimos, no pueden proseguir ni intentar la acción de estado de su padre, porque la muerte del pretendiente ha extinguido toda relación jurídica, que, por consiguiente, no ha pasado a sus herederos no descendientes. No son éstos nietos, ni hermanos, ni sobrinos; aunque lo fuesen naturales, no heredan: artículo 3582.

Cuando se abrió la herencia en beneficio del hijo sobreviviente del padre, entonces se trata de derechos pecuniarios que han pasado a los herederos de aquél. Pueden hacerlos valer.

Por eso rectificamos profundamente el texto del artículo 259. No son los herederos en general, ni tampoco todos los descendientes, sino los legítimos, los que pueden seguir o iniciar la cuestión de estado. Y en cambio todos ellos pueden deducir la acción pecuniaria abierta por la muerte posterior del pretendiente, que han heredado por estar ya en su patrimonio, si efectivamente tenía título suficiente. Es una cuestión de petición de herencia. (Toullier, II, número 914).

El artículo 259 decide que pueden los descendientes (y herederos) intentar la acción si el hijo murió en la menor edad. Basta para impedirla que llegase a su mayoría.



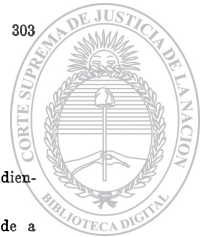
sobrevivido a su padre y no hubiesen transcurrido sin su reclamo los dos años posteriores a la mayor edad. En este caso, la acción de petición de herencia se extingue por el solo hecho de no deducirla dentro del año de la muerte del hijo.

Pero todos los códigos que cita la nota en apoyo de su decisión conceden un término que va de 5 años a 3, después de llegado a la mayor edad el pretendiente, y las razones que han determinado la extinción de la acción por abandono, y pueden verse en cualquier escritor, contradicen a nuestro Código. El menor no podía obrar por sí mismo. La incuria de sus representantes, si los tenía, no le es imputable. Hay que dejarle un plazo para informarse y resolver.

La materia que tratamos ha sido objeto de controversias en el derecho francés. Marcadé se pronunció vivamente por la admisión de un derecho propio de los descendientes del pretendiente, para demandar su filiación, imprescriptible como el de su antecesor. (Marcadé, 2, sobre el artículo 330).

Muchos escritores se han pronunciado en contra de esa opinión, que creen incompatible con la letra del artículo francés, que habla solamente de herederos, sin crear una categoría separada. Pero esos mismos escritores piensan que es antijurídica la solución de aquel Código y que la disposición debiera ser otra. (Demolombe, V, números 303 y siguientes; Aubry-Rau, VI, § 544 bis, nota 10; Laurent, 3, número 468; Colin y Capitant, I, página 330. En su Ante-





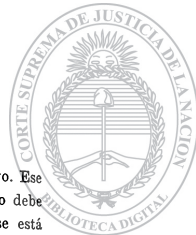
proyecto, Laurent ha propuesto conceder a los descendientes un derecho propio imprescriptible: artículo 302.

Nuestro artículo 259 resuelve la cuestión. Concede a los herederos y descendientes la acción. Estos, por serlo, tienen derecho propio, independiente de su carácter hereditario. Pueden uno y otros deducirla cuando el hijo hubiera muerto antes de su mayor edad. Dejando de lado lo que ya hemos advertido, el error de conceder acción de filiación a los herederos, el Código niega que pueda intentarse en vida del hijo: no es concurrente, como lo decía Marcadé.

Tampoco es libre. Cuando el hijo ha muerto en la mayor edad sin deducir la reclamación, no pasa a sus herederos y descendientes, porque es puesta como condición de la acción la de la muerte en la menor edad. Lo que tampoco es exacto, porque si ésta fué posterior a la del supuesto padre, hay transmisión hereditaria para cualquier heredero, y, si fuese anterior, los descendientes legítimos le representarían en la herencia de sus antecesores.

Como se ve, nuestras correcciones son indispensables para salvar las equivocadas soluciones actuales. Pero no por eso aceptan las conclusiones de Marcadé y del Anteproyecto de Laurent.

No creemos que debe ser concurrente en vida del hijo el derecho de sus descendientes. Si tienen alguno no puede ser sino porque el hijo lo tenía. No pueden ser nietos, sino porque su padre es hijo. Su situación es derivada. Y por el hecho de no ser deducida la demanda por su padre, se crea



un obstáculo que en todas las legislaciones es definitivo. Ese silencio es elocuente. Nace de la falta de derecho. Es o debe ser tenido como reconocimiento de un estado, pues se está en la posesión de uno opuesto al de una filiación distinta. El silencio no puede ser causado sino por la falta de derecho. Y no puede ser cuestión, allí donde el primer interesado renuncia o calla, de dejar indefinitivamente amenazada la familia del supuesto ascendiente, de reclamos que se transmiten a otras generaciones por inacción. No puede ser imprescriptible el derecho de los descendientes para demandar cuando han muerto los actores o los testigos y contemporáneos de los hechos que establecerían la verdadera situación de las cosas, que el hijo mismo no se atrevió a discutir y aclarar.

No está justificada, pues, la distinción del Código, que permite deducir la acción, a herederos y descendientes, sin límite de tiempo, cuando el hijo murió en la menor edad. También la familia amenazada, debe ser tenida sin consideración. El repudio del hijo es inexplicable en la filiación legítima, si no mediaran circunstancias que no son la regla normal en las relaciones conyugales. Y la primera natural es que no se repudia a los hijos. El silencio del interesado en primer término, confirma que no es hijo o que no lo es del marido.

Por ese motivo proyectamos que la petición de herencia debe ser deducida dentro del plazo de un año posterior a la muerte del pretendiente. Porque esa acción se funda



Art. 16. — En sustitución del artículo 260, el siguiente:

La acción de filiación no puede ser intentada sino contra el padre y madre conjuntamente. Por su muerte, el hijo podrá deducirla contra todos los ascendientes legítimos de ellos, y si se tratase de petición de herencia, contra todos los herederos de los padres.

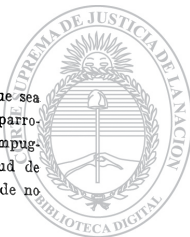
Los descendientes legítimos del hijo y sus herederos, podrán proceder contra quienes corresponda, según lo dispuesto en el párrafo anterior.

en la alegada filiación del hijo. Este ha tenido toda su vida para reclamarla y no lo ha hecho. (Es imprescriptible mientras vive). Los herederos deben encontrarse en el caso general del reclamo sobre filiación, puesto que en ella se fundan para pedir la herencia. No admitimos, pues, como ciertos escritores franceses, que la petición de herencia sigue la regla general de su prescripción. Hay plazo de caducidad y no término de prescripción.

Art. 16. — Es consecuencia de las ideas expuestas en la nota anterior, la transformación completa del artículo 260.

Puede, a pesar de lo que dispone, deducirse la acción contra los ascendientes legítimos en caso de muerte de los padres, aunque no sean los herederos. Y también lo pueden los descendientes legítimos en su caso.

La acción hereditaria patrimonial puede dirigirse, según las reglas antes expresadas, contra los herederos de los pa-



Art. 17. — Se modifica el artículo 261, así:

La filiación de que el hijo está en posesión, aunque sea conforme a los asientos del Registro Civil, o a los parroquiales, o de su comunión, según el caso, puede ser impugnada por todo el que tenga interés en ello, en virtud de suposición de parto, sustitución del verdadero hijo o de no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo.

Art. 18. — Se modifica el artículo 262, así:

El derecho de impugnar la legitimidad o la filiación en los casos de los artículos 257 y 17, precedente, no se extinguen por prescripción ni por renuncia, mas los derechos pecuniarios ya adquiridos están sujetos a esas causas de extinción.

Art. 19. — Se modifica el artículo 263, así:

dres, y según quienes las intenten, en su representación, contra los herederos de los ascendientes.

Art. 17. — Conviene evitar ciertos errores de interpretación de este artículo. Véase Demolombe, V, números 221 y siguientes.

Art. 18. — Ya el artículo 259 ha dicho que la acción de filiación es imprescriptible, y también que se extingue por la inacción durante la menor edad, en cuanto a los herederos y descendientes. Es, pues, sólo en relación del hijo que es imprescriptible: artículo 328, Código Francés.

Art. 19. — Artículos 319 y 320, Código Francés, de que deriva toda la doctrina, que no hablan de la prueba del ma-

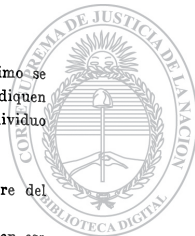


La filiación legítima se prueba por la inscripción del matrimonio de los padres y la del nacimiento en el Registro correspondiente. A falta de inscripción del nacimiento bastará para acreditarlo la posesión constante del estado de hijo legítimo.

trimonio, sino de la filiación, pero que presuponen esa prueba conjunta con la de ésta. Véase Demolombe, V, números 1 y 2, y desde el número 189; Laurent, 3, número 359, y siguientes, y desde el número 393, número 413.

Corregimos el texto del artículo 263, en varias direcciones. No es cierto que la posesión de estado pruebe la filiación legítima en las dos condiciones que el artículo exige: matrimonio y nacimiento. Prueba sólo el nacimiento en defecto de registro de él: artículo 101, Ley de Matrimonio; Demolombe, V, número 214; Laurent, 3, número 409. Debe tenerse presente que la Ley de Matrimonio ha derogado el artículo 179, Código Civil, y para la inteligencia de los escritores citados, que el artículo 197, Código Francés, no tiene entre nosotros aplicación, sin perjuicio de su doctrina en los casos de los artículos 97 y 98, Ley citada.

Decimos "registro respectivo" para incluir el Registro Civil, el parroquial o de comuniones disidentes, sea para épocas en que aquél no existía, sea para los casos en que, o no existen, o son nulos los asientos llevados en hojas volantes.



Art. 20. — La posesión de estado de hijo legítimo se acredita por una reunión suficiente de hechos que indiquen la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a que pretende pertenecer.

Los principales de esos hechos son:

Que el individuo haya llevado siempre el nombre del padre a que pretende pertenecer;

Que el padre lo haya tratado como a su hijo, y en esa calidad haya proveído a su educación, su sostenimiento y a su establecimiento;

Que haya sido reconocido constantemente por tal en sociedad;

Que haya sido reconocido como tal por la familia.

Art. 21. — A falta de inscripción en los registros y de posesión de estado, o si la inscripción se ha hecho bajo

Art. 20. — Artículo 321, Código Napoleón, reproducido por el 317, Código Holandés, y 172, Código Italiano. Ver Demolombe, V, desde el número 207; Laurent, III, números 403 y siguientes.

No debe olvidarse que la posesión de estado en la filiación legítima exige mayor estrictez de interpretación que en la filiación ilegítima, precisamente por ser inexplicable su deficiencia e inconstancia en el matrimonio. El artículo 312, Código de Chile, exige que haya “durado diez años continuos, por lo menos”, para que se reciba como prueba.

Art. 21. — Artículos 323, Código Francés, y 174, Código Italiano, que agrega la suposición y la sustitución de

falsos nombres, o como de padres desconocidos, o se tratase de suposición o de sustitución de parto, el nacimiento puede probarse por medio de testigos.

Sin embargo, esta prueba no será admitida sino cuando

parto. Esos artículos se refieren a la filiación misma y no al matrimonio que la califica.

Nuestro artículo 263 ha sufrido una alteración fundamental, por un simple error tipográfico. Ha suprimido una o, antes de "cuando": así, en vez de dos supuestos independientes, ha expuesto uno sólo subordinado a las condiciones que sus últimas palabras circunstancian. Mal pueden las inscripciones que no existen contener falsos nombres. El texto sigue al del Código Francés, en sus líneas generales y en sus especies con la supresión de la conjunción indicada. Y es lo que resulta del texto mismo de Zachariæ, § 162 bis, páginas 307 y 8, edición de Massé y Vergé, que la nota cita.

Basta señalar el error para que sin necesidad de mayores demostraciones quede rectificado por razón de los motivos mismos de la disposición que pueden verse en los escritores franceses.

No limita el artículo 263 el empleo de la prueba testimonial. Eso es grave. Se trata de un hijo que se dice nacido de padres casados. No tiene prueba regular de su nacimiento. No la tiene de posesión de estado. Y hasta, al contrario, aparece de los Registros como hijo de otras personas o negado por sus padres, que en la inscripción aparecen como desconocidos.



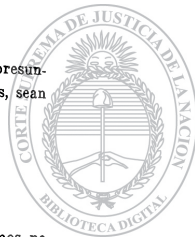
haya principio de prueba por escrito o cuando las presunciones o indicios resultantes de los hechos ya probados, sean suficientemente graves para determinar la admisión.

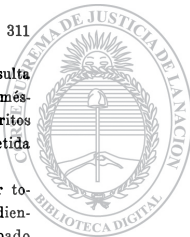
Todo eso es más que extraño. Los padres legítimos no proceden de esa manera. Y si se advierte que entre ellos no ha habido desunión o desinteligencias, menos se puede comprender lo que se dice ocurrido. Todo prueba que es falso.

¿Y se abrirá la puerta a la prueba testimonial tan incierta, tan falaz, tan sospechosa? No se podría probar con ella un contrato o un pago que pasase de doscientos pesos, en el Código, y ahora, ¿se podrá probar la filiación para apoderarse de una herencia de millones, o penetrar el supuesto hijo a una familia que no lo reconoce como suyo y que durante años lo repudió? Es inadmisibile.

Por eso, con el Código Francés, volvemos a la regla general de la prueba testimonial: exige principio de prueba por escrito. Y con él se amplía el criterio para considerar que lo hay: se extiende a otros que los demandados el origen de los escritos o documentos que lo engendran. Porque de los parientes de los demandados, resultan correspondencias, instrumentos, testamentos, por ejemplo, de que aparece la filiación negada, o hechos que la hacen verosímil. Se favorece al pretendiente ensanchando el círculo de proveniencia. También las constancias de los registros de las comuniones quedan comprendidas aunque exista Registro Civil.

No creemos poder prescindir de la limitación de la prueba testimonial. La paz de las familias, el honor de los





Art. 22. — El principio de prueba por escrito resulta de los títulos de familia, de los registros o papeles domésticos del padre o la madre, de los instrumentos o escritos públicos y privados emanados de una parte comprometida en el litigio o que tendría interés en él, si viviese.

Art. 23. — La prueba contraria podrá hacerse por todos los medios adecuados para establecer que el pretendiente no es hijo de la madre que dice tener, o si se ha probado la maternidad, que no es hijo del marido de la madre.

Art. 24. — En los casos de los artículos 11, 12 y 15, el Juez, iniciada la causa por parte legítima, citará de oficio a todos los herederos y a los ascendientes o descendientes más próximos en grado en cada línea, a fin de que intervengan si les conviniera, en el juicio de desconocimiento de la paternidad, o de reconocimiento o desconocimiento de la filiación legítima. Es parte en ellos el Ministerio Público.

Art. 25. — La sentencia firme dictada en las cuestio-

muertos, no puede quedar librado a la complicidad de unos cuantos testigos. Es contradicción irreductible someter la filiación a pruebas que no justificarían una deuda de unos pocos cientos de pesos. Demolombe, V, números 239/30; Laurent, 3, número 414.

Art. 22. — Artículo 324, Código Francés.

Art. 23. — Artículo 325, *id.* Sobre él, Demolombe, números 255 y siguientes.

Arts. 24 y 25. — Artículo 856, Código Francés de Procedimientos Civiles; artículos 315, 316, 317 y 318, Código

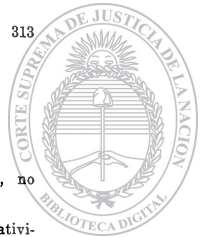


nes de desconocimiento de la paternidad, de reclamación o impugnación de la filiación, o en la cual se resolviera la existencia o no existencia entre las partes de relaciones jurídicas resultantes de la filiación legítima, produce sus efectos respecto de todos.

de Chile; artículo 1957, Código de Holanda; artículo 2503, Código de Portugal; artículos 640, 641 y 643, Código Alemán de Procedimientos Civiles; artículos 1484, 1487, 1502, 1503, 1504, 1505 y 1506, Proyecto de Freitas; artículos 1476 y 1477, del primer proyecto de Código Civil Alemán, y sobre ellos, Motive, IV, páginas 671/3.

La controversia levantada con motivo de las disposiciones del Código Francés sobre la cosa juzgada, persiste cada vez más irreductible y anarquizada. No obstante la solución que hasta su sanción había prevalecido, y que se apoyaba en la opinión de los glosadores, de Cuyás, Doneau, Vinnio y otros, los secritores modernos siguen profundamente divididos sobre el efecto de la cosa juzgada en los asuntos de filiación legítima.

Se sostiene por unos que la filiación es una relación que no admite la posibilidad de existir y no existir, según que se trate de personas que han intervenido o no intervenido en el juicio. La sentencia que ha decidido la controversia declarando que tal persona es hijo de tal otra, fija su estado en las relaciones de familia y en las jurídicas de toda suerte que derivan de la calidad declarada. La que decide que no es hijo, es inconciliable con toda pretensión que renueva esa



contienda. No se puede ser hijo, y al mismo tiempo, no serlo.

Otros sostienen que las reglas generales de la relatividad de la cosa juzgada se aplican a las cuestiones de legitimidad de la filiación, y las que se apoyan en ella, sean de estado, sean pecuniarias. Pero si todos los que sostienen esa conclusión están en ella conformes, no lo están sobre sus detalles de aplicación, ni muchísimo menos sobre la exactitud de aquélla en cuanto se trata de justificarla en el terreno jurídico, independizado de la letra de los textos legales. Todos a una están contextes (con excepción de Laurent, en su Anteproyecto, 307), en que es de desear una reforma del Código, que constituya una excepción a su principio de la relatividad de la cosa juzgada, en cuanto a la filiación legítima. Así se evitarán las insolubles contradicciones que resultan de la renovación de la controversia siempre pendiente, no obstante las sentencias pronunciadas. Demolombe, V, números 179, 321, 4º, y 323, in fine; Planiol, Ripert, Savatier, Des personnes, número 41, in fine; Colin y Capitant, I, página 345; Baudry-Chenau, Personnes, 3, números 423 a 427; Dusi, Filiazione, número 112; Stolfi, V, números 682 y siguientes. Aunque difieren entre sí sobre las soluciones, coinciden en que, sea por medio de la citación de los interesados al juicio que los códigos de Procedimientos Civiles, Francés e Italiano, permiten al Juez; sea por la exclusión de la regla general de la cosa juzgada, a las relaciones de filiación legítima; sea por una reforma legislati-



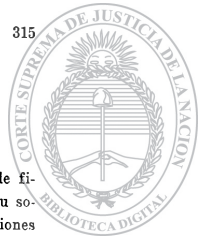
va, debe llegarse a la extensión de los efectos de la sentencia a los terceros que no intervinieron en el juicio.

Esas conclusiones hacen inútil que entremos a examinar el valor de las opiniones comprometidas en la controversia. Si todos están de acuerdo en que ciertas conclusiones son admisibles, y todas ellas conducen al mismo resultado de aplicar la cosa juzgada independientemente de la regla general, nos basta recogerlas y evitar una discusión simplemente doctrinaria.

Y así: todos los códigos que hasta ahora han establecido reglas peculiares de la cosa juzgada en relación de las controversias a que da lugar la filiación legítima, coinciden, sin una sola divergencia, en que producen efecto contra todos las sentencias en que se han resuelto relaciones de paternidad y filiación entre los que pueden denegarla o reclamarla.

Y no solamente las relaciones mismas en el sentido de sus vínculos personales, sino todavía, como lo dice el Código Alemán de Procedimientos Civiles, artículo 640, sobre las relaciones de derecho que derivan de la filiación legítima.

No hay, pues, que distinguir, como lo quieren algunos, entre el estado y sus efectos personales y el estado y sus efectos patrimoniales. Porque decir que el estado es una cosa y sus efectos otra, distinta, separada, es avanzar una petición de principio. ¿Cómo ha de ser distinto ser declarado hijo y reclamar la herencia que como tal le corresponde? Si se ha declarado que es hijo, está ya resuelto que tiene



título hereditario, y si no se ha resuelto, la cuestión de filiación es prejudicial. Hay que resolverla antes, y de su solución resultará la condición de heredero. Las cuestiones prejudiciales son precisamente las que por su decisión, resuelven la consecuencia necesaria.

Dice, pues, lo que va necesariamente envuelto en toda cuestión de filiación legítima, el Código Alemán, cuando dice que en la instancia sobre la existencia o no existencia de ella se comprenden todas las relaciones de derecho que surgen de ella.

Ahora. ¿Entre quiénes debe existir ese litigio para que se siga el resultado de constituir cosa juzgada *erga omnes* la sentencia?

Entre los que pueden discutir la existencia o no existencia, no de la filiación, sino de la filiación legítima. Por consiguiente:

1º Si la cuestión es de la paternidad del hijo habido por una mujer casada, nacido o concebido durante el matrimonio, sólo el marido puede desconocerlo. Si es así, la sentencia que declara o desconoce su paternidad, concluye con toda cuestión, sea quien sea, que la plantee. No hay terceros que puedan levantarla de nuevo.

Todos, desde Merlin, abajo, los que pretenden que las sentencias en materia de cuestiones de estado se rigen por la regla de la relatividad, están conformes en aquella conclusión. Merlin, Rep., Vº, Questions d'état; Savigny Droit Romain, 6º, § 301, y todos los modernos.



Si la ha planteado el padre, y muere, puede ser continuada la acción por sus herederos, dice el Código. Pueden ser varios y sólo uno continuarla.

Creemos que hubiéramos podido demostrar que en tal caso la sentencia hace derecho respecto de todos. Porque al fin, la sentencia fija el estado de cosas a la época de la comunicación de la demanda, y por consiguiente, cuando el actor vivía. Produce efectos, según el principio general, respecto de todos los herederos y de los sucesores a título particular, en cuanto a éstos con distinciones que no es del momento exponer. Pero hemos dicho que no queríamos entrar en la controversia general iniciada por Merlin.

Hemos, por eso, seguido la regla en que todos están de acuerdo. La del Código de Procedimientos Francés, que en éste es facultativa, y que por nuestro artículo 24 hacemos obligatoria; la de la citación de todos los que puedan tomar parte en esa cuestión: ascendientes, coherederos. Citados intervendrán si les conviene. Si no lo hacen, el heredero que ha proseguido la acción tiene título para proseguirla. La sentencia *jus facit*.

Lo mismo debemos decir en el caso de ser intentada la acción de desconocimiento de la paternidad por los herederos o por uno solo de ellos. Citados, todos, intervendrán o no en el juicio, porque no depende, en caso alguno, la acción del acuerdo unánime de los herederos: cada uno está autorizado por la ley para deducirla. Y el Juez resolverá



sobre la cuestión comprometida aunque hubiera desacuerdo entre herederos. La sentencia **jus facit**.

Agregamos que no hubiera sido distinta la solución, si no se hubiera introducido el expediente de la citación. Porque nada más comprensible que el embarazo de los escritores en presencia de la conclusión a que llegan por aplicación de la limitación de los efectos de la sentencia. Bien comprenden que no es evidente.

“De lo que acabamos de decir, resulta que si varias sentencias en diversos sentidos se han dictado sobre el estado del hijo por consecuencia de acciones de desconocimiento intentadas sucesivamente, se fijará ese estado del modo siguiente. El hijo será reputado hijo adulterino, o natural de la madre, según los casos, respecto de aquellos adversarios que triunfaron en la demanda. Conservará la calidad de hijo legítimo de la mujer y del marido en sus relaciones con los que fueron rechazados en sus demandas. Esta misma calidad tendrá igualmente respecto de los otros interesados. No habiendo sido completamente excluido de la familia legítima, se juzga haber permanecido en ella en sus relaciones con éstos. Podrá, por consiguiente, invocar contra ellos los derechos propios del estado de hijo legítimo”: Baudry-Chenau, 3, número 568.

De modo que el hijo es adulterino y es legítimo del mismo padre y de la misma madre. Y es legítimo con todos los terceros, porque no quedó **completamente** excluido de la familia. Un pedazo de hijo, la cuarta parte de él, digamos,



es adulterino, y no es hijo del marido; pero es legítimo por una mitad, de esa misma madre, y de su marido, que no era padre, por la cuarta parte. Y por último, no habiendo procedido un cuarto heredero, es todavía legítimo porque no fué ilegítimo.

Sin embargo, la generación es una. La naturaleza protesta contra semejantes conclusiones. No hay hijos por partes alícuotas.

Con razón concluyen todos: "Semejante situación presenta inconvenientes que es superfluo hacer notar": Baudry-Cheneaux, número citado. Demolombe, 5, número 177, había alegado como justificativo jurídico de semejante conclusión: "¿Se objetará que el estado de las personas es indivisible? El estado mismo, en su naturaleza abstracta, tal vez, pero no es de eso de lo que se trata. Se trata de los efectos positivos de ese estado, de las consecuencias jurídicas de la filiación; todo eso es perfectamente divisible, y nada se opone a que el hijo legítimo ejerza sus derechos en la familia frente a uno de los parientes (parents, dice Demolombe = padres, parientes), sin poder, sin embargo, ejercerlos frente a otro pariente. Tal es el efecto esencialmente relativo de la cosa juzgada".

Pero no se escapa con palabras a la contradicción fundamental de la conclusión. Con decir que el estado, en su forma abstracta es indivisible, pero que no se trata de eso, sino de los efectos de la filiación, nada se dice. Porque de lo que se trata es de la filiación misma. El hijo es adul-



terino de la madre y no lo es del padre y es hijo legítimo de una y otro, al mismo tiempo. No son las consecuencias, sino el antecedente, lo que declara la sentencia. Y según que la causa sea divisible lo serán las consecuencias, porque por eso son consecuencias. ¿Es la filiación divisible, sí o no? ¿Se engendra, al mismo tiempo que no se engendra? ¿El que no es hijo del padre, es hijo del padre?

Bueno fuera contestar con otras razones que no fueran palabras. Si la filiación, que es ese estado de que se viene hablando, es indivisible, ¿por qué la divide la relatividad de la sentencia? Es eso lo que habría que justificar. Pero habíamos dicho que no tenía objeto entrar en la controversia. Debemos solamente notar que ningún escritor deja de observar siempre, que semejante resultado es sumamente deplorable, y que conviene evitarlo por medio de la citación de los demás herederos.

2º Hasta aquí venimos considerando la acción — o excepción — de denegación de la paternidad.

Lo mismo ocurre con la acción — o denegación — de la filiación: artículo 260. Aquí el Código no permite intentarla sino conjuntamente contra el padre y la madre. Por su muerte, contra sus herederos, por consiguiente, contra todos sus herederos.

No creemos que haya necesidad de justificarlo. Sólo debemos decir que, citados a juicio, sostendrá cada uno de los llamados la tesis que considere conveniente, o no entrará en el debate. La acción, a la impugnación, no quedará por eso

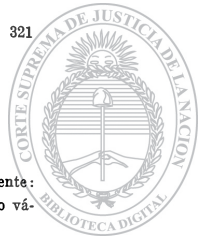


detenida: no depende de la unanimidad de las opiniones. Depende de la eficacia de la prueba. La sentencia *jus facit*.

Pero del artículo 260 resulta que toda cuestión de filiación legítima queda comprendida en su solución. Porque la filiación legítima presupone generación de la madre, matrimonio con el padre y generación presunta por la ley, del padre. Y la impugnación de ella no puede resultar sino de la inexistencia de cualquiera de esos supuestos. O la madre no lo era efectiva — artículo 261, — o no había matrimonio, o no era concebido el hijo nacido después de su disolución durante él: artículo 257.

Si, por consiguiente, la cuestión de filiación legítima fué decidida en juicio contencioso, con intervención de los que según el artículo 260 tienen carácter para intervenir en él, y esa sentencia hace derecho, es claro que produce efectos contra todos. Y por consiguiente, la sentencia se aplicará a todos los que opongan la inexistencia o existencia de la filiación discutida, aunque fueron ajenos al juicio. ¿Cómo podrían negar lo que la sentencia dice existir? La relatividad de la sentencia tampoco se aplica aquí: no puede contradecirla el tercero interesado que alega la inexistencia de la filiación. La sentencia dictada en juicio competente desaloja la existencia de una cuestión sobre el derecho alegado.

Por eso es que el Código Holandés dice que "Las sentencias relativas al estado civil de las personas dictadas con-



CAPITULO II

De la legitimación

Art. 26. — Se sustituye el artículo 311, por el siguiente:
Los hijos nacidos o concebidos antes del matrimonio vá-

tra el que tenía legalmente calidad para impugnar la demanda, se pueden oponer a terceros”.

Y por eso el Código de Procedimientos Alemán dice que “en las instancias que tienen por objeto hacer constar la existencia o no existencia entre las partes de la relación de derecho que resulta de la filiación legítima” (artículo 640), “o cuando la legitimidad de un hijo o el reconocimiento de la legitimidad es impugnado por el marido” (artículo 641), “la sentencia produce sus efectos a favor y en contra de todos” (artículo 643).

No distingue, pues, como Merlin y Demolombe, entre estado de filiación y efectos de la filiación legítima, porque no puede distinguir: no son cosas distintas. ¡Son derechos de los hijos! Juzgados, nadie puede desconocerlos. ¡*Pro veritate habetur!*

Art. 26. — Son varias las graves observaciones que surgen de la redacción actual del artículo 311.

En primer lugar, no es exacto que los hijos nacidos fuera del matrimonio de los padres sean hijos legitimados por

lido o putativo de sus padres, quedan legitimados por su celebración.

Los hijos adulterinos o incestuosos no pueden ser legi-

su celebración. Sólo es exacto para los nacidos o concebidos antes. Pero los póstumos, nacidos dentro del término legal después de su disolución, concebidos en él, son legítimos por definición.

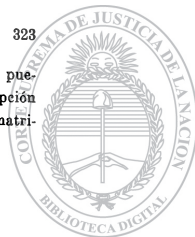
En segundo lugar, tampoco es exacto que los hijos nacidos durante el matrimonio y concebidos antes, no queden legitimados en el sistema del Código. El artículo 322 lo dice categóricamente y no por inferencia. Lo dice igualmente el artículo 230, número 3º.

Por fin. Tampoco es exacto que la legitimación se produzca solamente por el matrimonio de los que en el momento de la concepción podían casarse, porque aunque no lo pudieran, por la existencia de otro subsistente, o de incesto, o de crimen, la legitimación se produce si uno de los contrayentes era de buena fe. Los hijos concebidos en el matrimonio, adulterinos o incestuosos, son legitimados en ese caso, y los naturales también: artículo 230. El nacido bajo impedimento de crimen, como los demás.

Pero es claro, también, que si el matrimonio putativo legitima a los hijos adulterinos e incestuosos en virtud de la buena fe de los cónyuges, con mayor razón debe legitimarlos el matrimonio válido, cuando la buena fe existió a la época de la concepción. Así, si ignoraban el parentesco que los ligaba, o el matrimonio subsistente en uno de ellos, los hijos



timados sino por un matrimonio putativo. Los primeros pueden serlo por uno válido, si a la época de su concepción alguno de sus padres ignoraba la existencia de un matrimonio subsistente.



concebidos en en el aparente, son legítimos. Sin embargo, son adulterinos e incestuosos, porque hay parentesco o matrimonio anterior, y porque lo hay, el actual es nulo. La legitimidad resulta de un no matrimonio y ampara a todos aquellos hijos.

Ahora bien. También legitima ese matrimonio nulo a los hijos naturales nacidos en él: "Tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeatur".

Pero, en nuestro Código, ni el válido, ni el putativo, legitiman a los concebidos fuera de él, a los engendrados de buena fe, en la ignorancia de existir un matrimonio o parentesco dirimente.

Pero ya el Concilio de Tribur, de 895, había dispuesto que no existe adulterio cuando hay buena fe en alguno de los que de hecho lo cometen. Y si no hay adulterio, ¿cómo puede ser la concepción adulterina?

Es ése un principio evidente. Y por eso es que aunque haya nulidad del matrimonio, la buena fe confiere la legitimidad y produce legitimación. ¿Por qué no la producirá el matrimonio válido cuando por la buena fe no hubo adulterio?

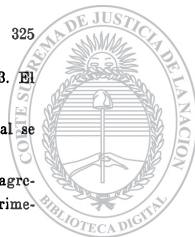
Esa cuestión dividió a los canonistas, aunque parece haber prevalecido la opinión contraria fundada en el texto



literal de la bula de Inocencio III: "Quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt". (Véase una exposición de los argumentos, en D'Aguesseau, 47.º plaidoyer).

Pothier, que se extiende en el examen de esa controversia — contrat de mariage números 415 y siguientes, — decide — número 441 — que no se produce la legitimación de los hijos concebidos antes del matrimonio, repitiendo la conclusión del Palermitano, por el motivo de que fueron engendrados en una relación culpable. Poco firme es la opinión, porque el mismo Pothier — Successions, capítulo I, § V, Questión 1ª — dice: "Si la persona de quien tuva un hijo era casada, pero tenía justa causa para creer que su marido no existía, en virtud de poseer certificados de su muerte, ¿sería legitimado por el matrimonio que contraería yo con ella después de la muerte de su marido? **Así lo creo**; porque esa **concepción no es adulterina**. Adulterium sine dolo malo, non committitur".

Con esta razón fundada en el canon del Concilio de Tribur ya recordada, queda desalojada la del Palermitano. No hay adulterio porque hay buena fe. Y, por consiguiente, no es más culpable la relación que determinó la generación, que todas las relaciones fuera de matrimonio de que resulta la filiación natural, que no es, sin embargo, inconveniente, no obstante la impureza de su origen, para la legitimación. (Véase, en contra, Demolombe, V, números 349 y 350).



Art. 27. — Se reproducen los artículos 312 y 313. El segundo constituirá un párrafo separado del primero.

Art. 28. — Se reproduce el artículo 314, en el cual se agregará “matrimonial” después de “su domicilio”.

Art. 29. — Se reproduce el artículo 315, al cual se agregará “matrimonial” después de “su domicilio”, en la primera vez que están éstas empleadas.

Conservamos, en lo general, la regla del Código: no pueden legitimarse los hijos adulterinos, fuera de la excepción ya estudiada. El Código Francés ha sido reformado y admite varios casos de legitimación de hijos adulterinos, engendrados francamente con conocimiento de la existencia del adulterio cometido.

Cual sea el valor moral y jurídico de esa admisión puede verse en la discusión del punto en la Société d'études législatives (Bulletin, 1910, páginas 172 y siguientes). Todos declararon que no defendían el nuevo principio. La admisión de la legitimación de los adulterinos concebidos a sabiendas de la existencia del matrimonio por ambos padres, constituye uno de los más graves ataques a la institución del matrimonio.

Arts. 28 y 29. — No es el domicilio de cada uno de los padres, sino el matrimonial, como lo dice el artículo 315 en su parte final.



Art. 30. — Se reproduce el artículo 316.

Art. 31. — Se reproduce el artículo 317, en el que se suprimirán las palabras “natural” y “al inscribirse éste en los registros parroquiales”; en vez de éstas se pondrá: “en el momento de efectuarla”, y lo demás como está.

Se agregará por separado:

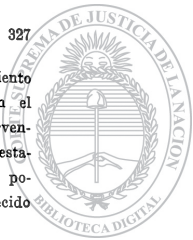
El reconocimiento hecho en el acto de la celebración se hará constar por separado del acta del matrimonio.

Se dirá, además, en el 317, “noventa días”, en vez de “dos meses”.

Art. 32. — Se reproduce el artículo 318, en el que se suprimirá “o ante el Juez del lugar levantándose el acta correspondiente”, y se sustituirá “párroco” por “oficial encargado del Registro Civil”, y lo demás como está.

Art. 31. — Son conocidos los inconvenientes que nacen de la ignorancia común de la necesidad del reconocimiento, pues se cree generalmente que basta la celebración del matrimonio. Conviene, por eso, dar algún tiempo para salvar la omisión, y nos parece que el plazo de noventa días no autoriza la sospecha de que el reconocimiento es fraudulento y determinado por la creencia de que el matrimonio no tendrá hijos.

Art. 32. — Suprimimos el reconocimiento ante el Juez de Paz, porque si no hay escribano, desempeña sus veces, y también cuando no hay otro oficial encargado del Registro Civil. En ambos casos está comprendido en la disposición. Fuera de esos supuestos, el Juez de Paz no actúa en



Art. 33. — Si no se hubiera efectuado el reconocimiento dentro del término expresado, no causará legitimación el posterior, sino en virtud de sentencia dictada con intervención del Ministerio Público, fundada en la posesión de estado subsiguiente a la celebración del matrimonio. Esta posesión de estado se juzgará de acuerdo con lo establecido en el capítulo anterior.

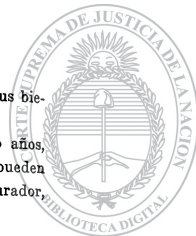
La sentencia judicial anterior al matrimonio reconociendo la filiación, equivale al reconocimiento expreso.

Art. 34. — Se reproduce el artículo 319.

registros o protocolos y no pueden admitirse reconocimientos en hojas volantes, aunque se archivasen.

Art. 33. — Artículo 331, Código Francés, reformado por la ley de 1924.

Por ese medio de la sentencia judicial fundada en la posesión de estado severa que constituye la del hijo legítimo, se ha tratado de salvar el inconveniente derivado de la ignorancia de los padres que creen en la legitimación por efecto de la sola celebración del matrimonio. Ver Colin y Capitant, I, página 309; y principalmente, Bulletin de la Société d'études législatives, a quien se debe la modificación del Código Francés, 1910, páginas 140, 145, 163 y siguientes.



Art. 35. — Se modifica el artículo 320, así:

La persona que tenga la libre administración de sus bienes podrá repudiar la legitimación.

Los menores que hubieran cumplido diez y ocho años, los que estuviesen en curatela y la mujer casada, no pueden repudiar la legitimación sin acuerdo del tutor, o curador, o del marido.

Art. 36. — Se modifica el artículo 321, así:

Puede ser impugnada la legitimación en virtud de las causas expresadas en los artículos 257 y 261, así como por no ser hijo del que lo reconoció como padre. La acción corresponde al legitimado, a los hijos del matrimonio por el que se legitimaría al reconocido, a los hijos de un matrimonio anterior o posterior y a los que tuvieran un interés actual en la impugnación.

Art. 37. — La acción debe ser deducida, so pena de caducidad, por los interesados, dentro del término de un año, contado desde que se abrió la sucesión del padre o madre. El legitimado la deducirá después de su llegada a la mayor edad, en los términos y condiciones dispuestos por los artículos 259 y siguientes (modificados).

Art. 38. — La repudiación en el caso del artículo 35, se efectuará dentro del término de un año de llegado el emancipado a la mayor edad, si antes no se hubiera efectuado. A

Arts. 35 y 38. — El Código, por el artículo modificado, concede una opción para aceptar o repudiar la legitimación. Se trata de un derecho dependiente de la voluntad, no su-

la expiración de ese término caduca el derecho de repudiación, y se entenderá firme la legitimación.

La repudiación deberá hacerse por escritura pública.



bordinado a condiciones ni pruebas. La repudiación no es, pues, una impugnación, que es regida por el artículo 321.

Carece de objeto suspender el efecto de la legitimación, hasta que se exprese la aceptación, sin que el Código haya dicho de qué manera ha de hacerse, si puede ser tácita y dentro de qué plazo debe ser efectuada. Lo natural es que se reconozca la posibilidad de una renuncia dentro de un término dado, y que si no se efectúa la legitimación que resulta del matrimonio y reconocimiento de la filiación, quede firme.

Esta cuestión se discutió al considerarse en la Société d'études législatives el proyecto sobre reformas al Código Francés sobre legitimación. Aunque no se llegó a una resolución, es conveniente la lectura de las observaciones presentadas a favor y en contra del principio mismo de nuestros artículos 35 y 37. Bulletin, 1910, páginas 168 y siguientes.

Art. 36. — Decimos que el legitimado puede impugnar la filiación que se le atribuye, porque puede haber dejado expirar el término para renunciar libremente. Su acción de impugnación es imprescriptible, pues se trata de una cuestión de filiación: artículo 262. Se abre a partir de la mayor edad.



Art. 39. — La legitimación por sentencia y el matrimonio de que resulta, serán anotados en el margen de la partida de nacimiento, de oficio, por orden judicial, o por el encargado del Registro, si ante él se hubiera efectuado el reconocimiento en el acto del matrimonio, o en los demás casos, a pedido de parte.

Art. 40. — Se reproduce el artículo 323.

Se suprime el artículo 322.

TITULO XIV

De los hijos ilegítimos

CAPITULO I

Hijos naturales

Art. 1. — En sustitución del artículo 324, el siguiente:

La filiación natural resulta de la generación fuera de matrimonio.

Art. 39. — Artículo 331, Código Francés (modificado).

Art. 40. — Se suprime el artículo 322, porque es la repetición de lo dispuesto por el 253.

Art. 1. — El Código define el hijo natural por un envío al artículo 311, que determina cuáles son los hijos que pueden ser legitimados. No son, pues, hijos naturales los que a la época de la concepción, fueron engendrados fuera del ma-

Respecto de la madre se establece por el hecho sólo del nacimiento.

Respecto del padre, por su reconocimiento o por la sentencia que declara su paternidad.

trimonio por personas que no podían contraerlo por mediar impedimento no dispensable. Por consiguiente, quedan excluidos los hijos adulterinos y los incestuosos de parientes en línea recta y colaterales consanguíneos de segundo grado.

Todos los demás impedimentos podían ser dispensados.

Pero el sistema ha cambiado y la definición del artículo 311 es hoy inexacta, porque por la ley actual no hay dispensas. Así, el crimen constituye impedimento: artículo 9, 6º; Ley de Matrimonio. Los hijos engendrados no serían adulterinos ni incestuosos. Hubieran sido naturales bajo el derecho canónico, pues podía ser dispensado. ¿Qué serían hoy si se conservara el principio del artículo 311?

Pero nuestro proyectado artículo va mucho más allá.

Es hijo adulterino el nacido de un hombre casado y una mujer libre. Es incestuoso el concebido por la unión de dos parientes o afines en línea recta, o en el segundo grado, colateral consanguíneo.

Pero del hecho de que es prohibido declarar en cualquier inscripción de nacimiento o acto de reconocimiento, el nombre de la persona con quien se hubo el hijo que se reconoce, y además, de la prohibición de investigar la paternidad adulterina — artículos 334 y 341, — ya resulta que





en la gran generalidad de los casos la filiación queda calificada por la que deriva del estado de quien hace el reconocimiento. Si es soltero, resulta natural. Y si hay incesto, no aparece de la manifestación: también es de filiación natural. Sólo la declaración de un casado determinará la calidad de adulterino en el hijo que no es del esposo, pero no descalificará la de natural hecha por el otro padre soltero, pues no aparece el nombre del primero en el reconocimiento. Demolombe, V, números 562 y siguientes, 577/80.

Claro está que la filiación adulterina o incestuosa puede resultar, aun para el padre libre, de los reconocimientos conjuntos o de sentencias criminales, etc. Lo que decimos por el momento es que en el orden común de las cosas y ordinario que resulta del sistema del Código, la filiación queda calificada disyuntivamente, y no por la unión como resulta de la definición del artículo 324. Busca la ley, sistemáticamente, evitar el descubrimiento de que la filiación es adulterina o incestuosa, y persigue el resultado de que se califique de natural simple. Por eso decía Demolombe, que “si el deseo del legislador se realizara, no habría que ocuparse jamás de la filiación adulterina o incestuosa”. Véase número 561.

Pero, menos severo para los hijos, que los europeos que dan margen a esas opiniones, nuestro Código permite el reconocimiento voluntario de la paternidad adulterina o incestuosa. Le atribuye los efectos naturales de la paternidad: la de cuidar y proteger la vida, la educación del hijo. No



lo constituye en incapaz de heredar, como lo hacen otras leyes.

Impide solamente la investigación de la paternidad.

No es por la razón que generalmente se da, y que Laurent califica de simple declamación vacía. La de que la filiación es resultado de un crimen, de una corrupción escandalosa, que debe ser siempre desconocida por el Estado en defensa de la moral pública. Porque eso no es exacto. ¿Acaso las cuestiones de desconocimiento de la paternidad no son tan y más escandalosas, y no las oye el Estado y juzga de los hechos y pruebas aducidos, reveladores de inmoralidades profundas? Tampoco son muy plausibles las relaciones de que resulta la filiación natural, y sin embargo la investiga la autoridad, para juzgar de su existencia.

Las razones son otras, y nadie lo ignora. La investigación de una filiación atribuida a personas casadas o a próximos parientes, hiere profundamente a inocentes, a la esposa acusada, a su marido, a sus hijos. Destruye hogares felices, por el solo hecho de imputarse; la calumnia sola produce ese resultado. Si se admitiera la investigación, la mentira descarada se constituiría en persecución desesperante, en instrumento de venganza o de explotación. No es la moral la que se opone a la investigación. Es la paz pública, la defensa del hogar, la de los inocentes torturados, la que determina la razón de Estado. No se permite la investigación.



Pero, ¿qué culpa tiene el pobre niño abandonado, de las faltas cometidas por los que lo engendraron en relaciones ilícitas? Si una sentencia de desconocimiento de la paternidad declara el adulterio de la madre, ¿por qué el hijo repudiado deberá quedar sin cuidados, abandonado? El escándalo se ha producido y la moral pública no lo ha detenido. ¿Exigirá, en cambio, que el hijo soporte en la miseria la falta ajena?

Salvada, pues, por la prohibición de la investigación de la paternidad o de la maternidad, la protección del hogar, allí donde ella resulte de sentencias dictadas por causas inevitables o de la declaración libre de los padres, ¿por qué el hijo adulterino no debe ser igual al natural?

Cuando el padre o la madre, sobreponiéndose a los inconvenientes que de ello les pueda resultar, reconocen la filiación, cuando entienden cumplir con los deberes que de ella resultan, no tiene interés alguno el Estado en oponerse. No es solamente para reconocer un derecho a los alimentos, igual al del hijo natural: es para todos los fines. El adulterino, como el natural, son hijos de la sangre. Tiene una vida engendrada por otra vida, como éste. Las consecuencias legales son las mismas. Las hemos sacado ya en cuanto al derecho hereditario. Más fácil es todavía establecerlas para los otros efectos naturales de la generación. Véase Anteproyecto de Laurent, artículos 331 y siguientes, y sus notas justificativas. En cuanto al artículo proyectado, artículo 302, Código Suizo.

Art. 2. — El reconocimiento del hijo hecho por el padre o por la madre, acredita la filiación natural.

Puede hacerse:

1º En el acto de inscribirse el nacimiento en el Registro Civil o por declaración posterior ante el oficial encargado de él;

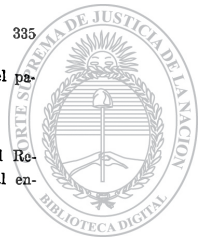
2º Por escritura pública y por testamento;

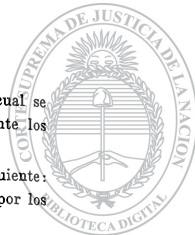
3º Por instrumento o escrito privado, firmado por el padre o por la madre.

No es válido el reconocimiento expreso hecho en otra forma.

Art. 2. — Las tres maneras de efectuarse el reconocimiento son tomadas del artículo 310 del Anteproyecto de Laurent. Está de acuerdo, pero con mayor precisión, con el artículo 332, Código Civil, porque no es de “cualquier otra manera”, por ejemplo, por declaración verbal, que puede efectuarse.

Este último habla de reconocimiento “ante los jueces”. Si es hecho en litigio, se trata de un episodio de él que lo termina, y que la sentencia hará constar, como haría constar la filiación demandada y probada por otros medios de prueba. Pero no se trata, fuera de litigio, de un reconocimiento declarativo, porque no son los jueces, como tales, sino los notarios o los oficiales del Registro Civil los encargados de recibir las manifestaciones de voluntad que implican reconocimiento.





Art. 3. — Se reproduce el artículo 333.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 332, en el cual se suprimirán las palabras “por escritura pública, o ante los jueces, o de otra manera”.

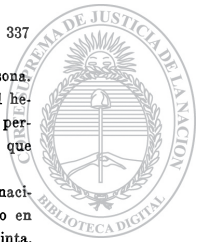
Art. 5. — Se sustituye el artículo 334, por el siguiente:

El reconocimiento puede hacerse conjuntamente por los padres en un mismo acto.

Hecho por separado por cualquiera de ellos, es prohibido declarar el nombre de la persona en quien o de quien se tuvo el hijo.

Art. 5. — Suprimimos la mención final del artículo 334, sobre la existencia de un reconocimiento anterior, porque para el actual no es necesario, ni justificado. Basta para existir, la declaración de quien la hace. En cambio, sea por equivocados informes, sea intencionalmente, contiene revelaciones falsas o erróneas, que destruyen el principio mismo del artículo. Cada uno de los que reconocen debe limitarse a declarar lo que es propio de él, y nada más.

El principio del artículo proyectado es unánimemente aceptado. Pero tiene una consecuencia, y es que el reconocimiento anterior al nacimiento sólo puede hacerlo la madre. El del padre no puede determinar de qué hijo se trata, sino por indicación de la madre, y esto es, y debe ser, prohibido. Los Tribunales franceses han declarado la nulidad de un reconocimiento del padre hecho por apoderado con poder en que no se indicaba de qué hijo concebido se trataba, y en que el padre dió instrucciones por separado designan-



Art. 6. — El reconocimiento debe ser hecho en persona. Puede serlo por medio de apoderado con poder especial hecho en escritura pública, en que se dirá el nombre de la persona a quien se reconoce, callando el del padre o madre que no concurre al otorgamiento del poder.

Art. 7. — Habiendo fallecido el padre antes del nacimiento del hijo, es válido el reconocimiento si es hecho en testamento, aunque exprese el nombre de la madre en cinta.

Art. 8. — Los menores púberes pueden reconocer a sus hijos. Los insanos pueden hacerlo en los intervalos lúcidos.

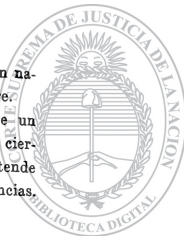
Art. 9. — El reconocimiento puede ser invalidado de acuerdo con las disposiciones de este Código, relativas a los actos jurídicos.

do la madre. Demolombe, V, número 411, bis. Pero lo mismo se hubiera debido decidir si lo hubiera expresado en el poder, en presencia de nuestro artículo 334.

Eso nos ha conducido a la disposición especial del artículo 7. Todos admiten que el padre puede reconocer al hijo aun no nacido, sin advertir que no puede efectuarse sin indicar la madre. En esa situación admitimos excepcional y restrictivamente el reconocimiento para el caso de muerte. No será justificado extender la disposición a otra hipótesis.

Art. 8. — Demolombe, V, número 388; Laurent, Anteproyecto, artículo 312.

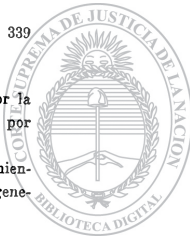
Art. 9. — Demolombe, V, números 418, 430 y siguientes; Laurent, Anteproyecto, artículo 315.



Art. 10. — La posesión de estado prueba la filiación natural, sea respecto del padre, sea respecto de la madre.

La posesión de estado de hijo natural resulta de un conjunto suficiente de hechos que indican una relación cierta de filiación entre el hijo y la persona de que pretende descender. Será apreciada de acuerdo con las circunstancias.

Art. 10. — Artículo 309, Anteproyecto de Laurent. La caracterización de la posesión de estado en la filiación legítima y en la natural, difiere, no por su esencia, sino por las condiciones mismas de la filiación. Sería inexplicable en la legítima, por ejemplo, que el hijo no haya sido tratado por la familia de los padres como un miembro de ella. En la natural es perfectamente comprensible. Puede el hijo hasta ser desconocido para los deudos del padre. Las circunstancias explican los hechos, y la falta de publicidad de la paternidad reservada por el padre que, sin embargo, cumple con sus deberes de asistencia y educación. Es un episodio de la vida que se comprende se calle en presencia de las circunstancias. Por eso agregamos al texto de Laurent la frase final de nuestro artículo. Ya él, al suprimir de la definición, que es la del Código Francés para la posesión de estado en la filiación legítima, la referencia a la familia y la enumeración de los hechos que aquél trae, marca el concepto en relación de la filiación natural. Debe ser referida a las distintas condiciones en que se encuentran las personas. Pero si son las circunstancias las que deben tenerse presentes para explicar los hechos, éstos deben siempre traer



Art. 11. — En sustitución del artículo 335:

La filiación establecida por el reconocimiento o por la posesión de estado, puede ser impugnada por los padres, por el hijo y por todos los que tengan interés en hacerlo.

Si la identidad del hijo o la del autor del reconocimiento es impugnada, podrá ser probada según las reglas generales.

Art. 12. — Se reproduce el artículo 325.

Art. 13. — Se reproduce el artículo 326.

la convicción cierta de la filiación alegada. Si hay dudas, no hay posesión de estado. En nuestro país es particularmente importante tenerlo presente, dadas sus costumbres. Es frecuente la existencia en las familias de “criados”, es decir, de niños adoptados o reconocidos, a quienes se permite usar del apellido del jefe de la familia, que lo educa y trata como a hijo, sin que por eso llegue hasta la verdadera adopción. Es muchas veces un huérfano, hijo de domésticos apreciados, o natural de algún pariente de los esposos que no tienen hijos. En tales supuestos, la prueba de la verdadera filiación desvanece las apariencias.

Véase la discusión del punto en el Bulletin de la Société d'études législatives, 1919, páginas 72 y 73, 45 y siguientes.

Art. 11. — Laurent, Anteproyecto, artículos 316 y 317 y sus notas; Demolombe, V, números 434 y 435.



Art. 14. — Se reproduce el artículo 328, modificado así:

El padre y la madre que hayan reconocido a sus hijos o les hayan tratado como tales, tienen sobre ellos los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos.

Se pondrá como segundo párrafo separado, el artículo 329.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 330, modificado así:

El padre y la madre tienen el derecho y el deber de criar a sus hijos naturales, proveer a su educación, vigilarlos y dirigirlos, y guiarlos en la elección de una profesión costeados los gastos necesarios; todo de acuerdo con sus condiciones de fortuna. Puede, sin embargo, el Juez, cuando el interés de los hijos lo demande, ordenar que la educación sea confiada a la madre o a un tercero a costa de los padres.

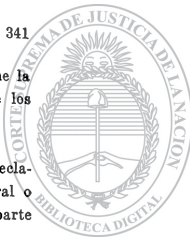
Art. 14. — Es demasiado general el artículo 328, porque comprende a los hijos naturales declarados por sentencia dictada en litigio, en que los padres han negado la paternidad reclamada, y han sido vencidos en su repudiación. Reconocerles derechos en esas condiciones, es contradictorio del abandono en que dejaron a sus hijos.

Art. 15. — Modificamos el texto del artículo 330, aproximándolo más de la redacción de Zachariæ que cita, y suprimiendo las frases “darles la enseñanza primaria y costearles el aprendizaje de una profesión u oficio”. En cambio

Art. 16. — Se reproduce el artículo 331. Se suprime la frase: “Esta obligación incumbe a los herederos de los padres”.

Se suprimen los artículos 336 y 337.

Art. 16 bis. — Las sentencias firmes dictadas declarando la existencia o inexistencia de la filiación natural o adulterina o incestuosa, en los litigios seguidos con parte legítima, producen efecto respecto de todos.



se dispone que con arreglo a la situación de los padres, se reglará la educación, y por consiguiente, ésta no será, precisamente, la instrucción primaria, ni se costeará el aprendizaje de una profesión u oficio, pues la palabra aprendizaje se refiere a un arte u oficio. Las circunstancias de los padres decidirán de la naturaleza de la educación y trato de la crianza.

Art. 16. — Suprimimos del texto actual la mención de que “la obligación de alimentos incumbe a los herederos de los padres”.

Desde que Demolombe, 4, números 20 y 40, demostró la intransmisibilidad de la obligación de alimentos, se ha uniformado la jurisprudencia y la doctrina moderna. El Código de Chile, que se cita en la nota, no dispone semejante tras-paso hereditario de la obligación. Y los anotadores de Zachariæ han declarado antijurídica la opinión de éste, que la había considerado trasmisible: nota 10, § 131, y 12, § 171.

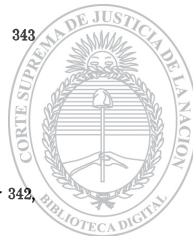
Los hijos naturales no forman parte de la familia legítima del padre o de la madre: artículos 365 y 3582.



La obligación de alimentar es una relación impuesta por la paternidad y por la filiación. Es de orden estrictamente personal. Presupone personas ligadas por el parentesco que de ellas deriva. Ni el heredero del acreedor sucede en su derecho, puesto que el alimento sería para él, y no tiene vínculo que lo engendre, ni los herederos del deudor están obligados por serlo, puesto que no son ni los padres ni los parientes que los deben: así lo resuelve el artículo 374.

Y no ha pasado la obligación con los bienes al sucesor, porque se trata de relaciones y cargas estrictamente personales, cuyo carácter jurídico es determinado por relaciones que la muerte ha interrumpido. La obligación del heredero es una obligación nueva que nace frente a él si por su parentesco está obligado a prestar alimentos. El heredero, por el solo hecho de serlo, no está obligado a la deuda.

Es cierto que en el Código Francés, el hijo adulterino puede reclamar alimentos de los herederos del padre que lo reconoció. Pero están todos de acuerdo en que eso deriva del hecho de no ser sucesor del padre como lo es el hijo natural. Se ha considerado deber prolongar el derecho a los alimentos como sustitutivo del hereditario que se le niega, para no dejarlo en la infancia desvalida. Véase en Demolombe, IV, número 40, la demostración que Masse y Vergé, en la nota a Zachariæ, declaran definitiva. En el mismo sentido, Colin y Capitant, I, página 380; Planiol, Ripert et Rouast, La famille, número 49. En contra, Laurent, Anteproyecto, artículo 329, que extiende a los parientes y alia-



CAPITULO II

De los hijos adulterinos o incestuosos

En sustitución de los artículos 338 y 339, 340, 341 y 342, el siguiente:

Art. 17. — Es prohibida toda investigación de paternidad o maternidad adulterina o incestuosa. No se admitirá acción alguna del hijo que tenga por objeto declararla.

Son adulterinos los hijos de padres que en el momento de su concepción estaban casados con otra persona.

Son incestuosos los hijos de personas que en la época de la concepción no podían casarse por existir impedimento legal de parentesco.

Art. 18. — En sustitución del artículo 343:

Los hijos adulterinos o incestuosos pueden ser voluntariamente reconocidos por sus padres. El reconocimiento debe ser expreso. Se regirá por las disposiciones relativas a la filiación natural.

dos naturales — no a los herederos — la obligación alimentaria que compete a los legítimos.

Art. 17. — Lo prohibido no es cualquier investigación de que resulte la paternidad o maternidad adulterina. Así

Los hijos reconocidos serán considerados como hijos naturales.

Se suprime el artículo 344.



el marido puede demostrar los hechos de que resultará su desconocimiento de la paternidad y la filiación adulterina del hijo de su mujer. En los procesos por adulterio, puede la investigación traer por establecida la paternidad adulterina del marido. Lo que se prohíbe es la investigación que tiene por objeto único directo la maternidad o la paternidad adulterina o incestuosa.

Suprimimos todo lo relativo a declarar que la filiación es adulterina o incestuosa aunque haya ignorancia de que se comete adulterio o incesto, y también que la víctima del engaño deliberado haya realizado adulterio, aunque sea soltero, en virtud de las razones expuestas en nota anterior. La tesis del Código es demasiado general. Puede ser verdadera en unos supuestos y ser monstruosa en otros. En todo caso, en virtud de la situación que nuestro artículo siguiente declara para todos los hijos de aquellas calificaciones, la cuestión no tiene objeto. Sólo la investigación de esas filiaciones prohibidas para las adulterinas, o de incesto, y permitida para las naturales, trae una diferencia entre ellas, y entonces, la prohibición de esa investigación traerá el resultado de que ya hemos hablado anteriormente.



TITULO XV

Del parentesco

Se sustituyen todos los artículos del 345 a 366, por los siguientes:

Art. 1. — Son parientes en línea recta todas las personas que descienden una de otra. Las que no son parientes en línea recta, pero descienden de un ascendiente común, son parientes colaterales. El grado de parentesco se determina por el número de nacimientos que lo causan.

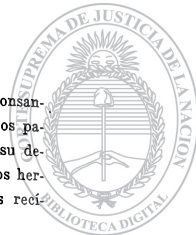
Art. 2. — Los parientes de uno de los esposos son afines del otro. La línea y el grado de la afinidad se determinan según la línea y grado del parentesco que la produce.

La afinidad subsiste después de la disolución del matrimonio de que procede.

Art. 3. — Son parientes ilegítimos las personas que proceden de un autor común por una o más generaciones fuera de matrimonio.

Los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos.

Art. 1. — § 1589, Código Alemán. Es innecesario entrar en las explicaciones y ejemplos que contienen los artículos substituídos. Si los grados se cuentan por las generaciones que causan el parentesco, es claro que en línea recta hay



Art. 4. — Se modifica el artículo 367, así:

A falta de esposo, los parientes legítimos por consanguinidad, se deben alimentos en el orden siguiente: los padres y los hijos. A falta de padres, los abuelos, y en su defecto, los ascendientes más próximos, y por su falta los hermanos entre sí. La prestación entre los parientes es recíproca.

tantos como nacimientos, y en la colateral ocurre lo mismo. Siempre es la suma de las generaciones que median entre las personas y de que resulta su parentesco. Tampoco es menester decir cuál es la primera línea colateral, o quiénes son hermanos paternos, o maternos o unilaterales, etc., porque eso lo explica el lenguaje común y la ley no tiene por qué definirlo. Por fin, también el lenguaje ordinario explica quiénes son parientes legítimos. Si se definen por la ley quienes son ilegítimos, es tanto para declarar que hay parentesco entre ellos, como para aislarlos de la familia legítima.

El artículo 364 es inútil, desde que por definición la afinidad sólo existe entre los parientes de un esposo y el otro cónyuge.

Art. 4. — Los primeros obligados a prestarse alimentos son los esposos. En defecto de ellos, los padres, conjuntamente, y no precisamente primero el padre, y por su falta la madre, como ahora resulta del texto del artículo 367, porque

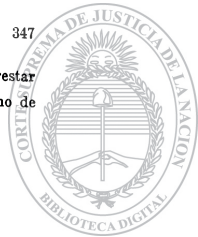
Art. 5. — La sociedad conyugal está obligada a prestar alimentos con sus gananciales a los ascendientes de uno de los esposos.

Se suprime el artículo 368.

uno y otra se encuentran en el mismo caso (Freitas, artículo 1606, de quien se ha tomado el artículo). También los hermanos se encuentran sometidos a la condición "En falta de éstos" del artículo, lo que ahora no aparece de él por la separación del período.

Art. 5. — Artículo 1275, número 1; § 1604, Código Alemán. El artículo 368 declara directamente la obligación de alimentar a los suegros y al yerno y nuera. No subordina esa carga a la existencia de descendientes, ascendientes o hermanos del alimentista: Freitas, artículo 1607.

Tampoco declara si cesa por el fallecimiento del esposo que produce la afinidad, como lo hacen el Código más favorable a los afines, el Código Francés y sus imitadores, el Italiano y el Holandés: "morte la fille, mort le gendre". No estaba en nuestra tradición legal esa obligación ni directa ni subsidiaria. El derecho español no la conocía ni el actual la dispone. No la conocen el Código de Chile, el Alemán, el Suizo, el Brasileño, Peruano, Ecuatoriano, ni ninguno de América, salvo el Boliviano, que reproduce el artículo fran-





cés, y el del Uruguay, que lo modifica. Según éste, cesa el derecho a los alimentos cuando contrae nuevo matrimonio cualquiera de los alimentistas o cuando fallece el esposo causante de la afinidad, sin hijos comunes. Se notará que en este caso, se confirma el principio de que el yerno o nuera no tienen derecho a alimentos, ni recíprocamente, porque si hay hijos comunes, éstos son descendientes del suegro o suegra, y a ellos corresponde el derecho, y no al yerno.

Que sea carga de la sociedad conyugal es natural, porque es la deuda de uno de los esposos con sus ascendientes o descendientes legítimos. Pero que disuelto el matrimonio, siga el yerno viviendo a costa de los suegros, es cosa que no aparece, muy clara: ya no existe la hija a quien se socorría en su desamparo. Por eso es que la inmensa mayoría de los códigos desconoce esa obligación. Y hasta Freitas la subordinaba a la inexistencia de parientes consanguíneos que en primer término la debían satisfacer.

Morte la fille, mort le gendre! Y con mayor razón, en caso de divorcio, sea quien sea el culpable.

Creemos que se trata de una protección que debe dejarse en la categoría de una obligación moral, que el afecto, la conducta del afín, impondrán a favor del que sepa merecer la protección de los parientes del esposo fallecido. La Ley no tiene papel que desempeñar.



Art. 6. — En substitución del artículo 369: Los hijos ilegítimos deben alimentos al padre y a la madre. Estos los deben a sus hijos ilegítimos y a los descendientes legítimos de éstos.

Art. 6. — Artículos 365, 3582 y 3583. Demolombe, 2, números 20 y 21, y 14, número 88.

Cuando Goyena explicaba su artículo 779, decía que “De este modo se tira una línea divisoria e infranqueable entre parientes legítimos y naturales, se consulta al decoro y sosiego de las familias, y al mismo tiempo se respetan la equidad y la justicia, negando a los parientes legítimos en la sucesión de los naturales, los derechos de que éstos se ven privados en la de aquéllos”.

Se ha adoptado por nuestro Código como principio fundamental, el de la separación de la familia legítima, de la ilegítima. Y por esa causa, y no por otra, se ha impedido el derecho de sucesión entre parientes legítimos e ilegítimos. Sólo se admite en la de los padres naturales y no más allá: artículo 3582: el hijo natural **nunca** hereda a los abuelos naturales. **Nunca**: por consiguiente, el hijo natural no hereda a sus abuelos naturales, ni por derecho propio, ni por representación: artículo 3548. Si es así, sólo los **hijos legítimos** del hijo natural heredan por representación de él, a su abuelo natural. Por eso hemos agregado al artículo 3583 la palabra “legítimos” como forzosa interpretación del texto legal: Demolombe, 14, número 88. Y esto, con tanta mayor

Los hijos ilegítimos, cuando existen hijos legítimos de sus padres, concurren con ellos proporcionalmente a sus cuotas hereditarias respectivas.



razón cuanto es más categórico que el artículo francés, nuestro 3532.

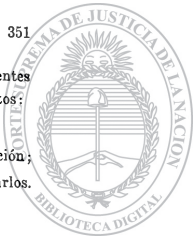
Ahora. Se ha pretendido eludir la disposición en cuanto a los alimentos, diciendo que una cosa es sucesión y otra es socorrer a los ascendientes o descendientes naturales, porque es ésa una deuda de la sangre.

Sí. Una cosa es sucesión; otra, la obligación de alimentar.

Pero, la legítima forzosa, es una deuda de la sangre, en derecho francés y en derecho nacional. Y los "hijos naturales nunca heredan a sus abuelos naturales, ni los abuelos naturales, continúa diciendo la ley, heredan al hijo natural".

¿Por qué? Porque no son parientes de sus abuelos; porque ni el reconocimiento de sus padres, ni la sentencia de los jueces, los introducen en el hogar de sus abuelos, de sus hermanos, de sus aliados. Y una de dos: o es falso que el hijo natural no es nieto, ni hermano, ni sobrino, de los abuelos, o de los hijos, o hermanos, de su padre, o si es verdad, esa política fundamental de la ley, debe mantenerse en una de sus aplicaciones, la obligación de alimentar.

No hay parentesco, dice la ley. No hay sucesión de los nietos o de los abuelos. Y por eso les priva de lo que no nie-



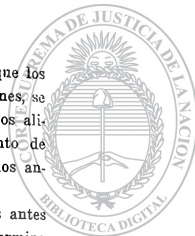
Art. 7. — Se considera que hay falta de los parientes o cónyuges, a quienes incumbe la prestación de alimentos:

- 1º Cuando han fallecido;
- 2º Si carecen de medios suficientes para la prestación;
- 3º Cuando existiese gran dificultad para demandarlos.

ga a ningún nieto legítimo, de lo que impone al abuelo como herencia forzosa, para que después de su muerte no queden desamparados esos nietos. La herencia y la obligación de alimentar se inspiran en el mismo orden de ideas. Heredan por fuerza los descendientes por su derecho de la sangre. ¡No heredan por fuerza los ilegítimos, por su derecho de la sangre! ¡No han entrado a la familia!

Cuando, por consiguiente, se ha optado por la ley, por un sistema, o se reforma, como lo hace Laurent, en su proyecto, y se introduce al hogar paterno, y se sienta al lado de la anciana madre, el hijo de la concubina, o se respeta todo lo que merece respeto, y se impone al padre el deber de cuidar del hijo irregular, pero se deja en paz a los que no participaron de su liviandad y sufrieron por causa de ella.

Art. 7. — Freitas, artículo 1609; § 1607, Código Alemán.



Art. 8. — Los esposos deben los alimentos antes que los parientes. Si, teniéndose en consideración sus obligaciones, se encuentran los esposos imposibilitados de proveer a los alimentos, sin poner en peligro su propio sostenimiento de acuerdo con su condición, los parientes están obligados antes que los esposos.

Art. 9. — Los descendientes deben los alimentos antes que los ascendientes. La obligación de aquéllos se determina según el orden legal de las sucesiones y proporcionalmente a sus cuotas hereditarias.

Entre los ascendientes los más próximos están obligados antes que los más lejanos. Los del mismo grado lo están por partes iguales.

Art. 10. — Si existen varios alimentistas y el deudor de alimentos se encuentra en estado de no poder atenderlos a todos, su obligación pasa, en todo o en parte, a los otros parientes, según lo prevenido en el artículo anterior.

No debe alimentos el que, tenidas en cuenta sus otras obligaciones, no puede suministrarlos sin poner en peligro su propio sostenimiento, de acuerdo con su condición.

Art. 11. — Se reproduce el artículo 372. Se agregará a continuación lo siguiente:

Si se tratase de persona que está en el caso de ser educada, comprenden los gastos de educación y preparación a una profesión.

Arts. 8, 9 y 10. — § § 1608, 1606 y 1609, Código Alemán.

Art. 11. — § 1610, Código Alemán.



Art. 12. — Se reproduce el artículo 370.

Art. 13. — Se reproduce el artículo 371.

Art. 14. — Se reproduce el artículo 373, en el que se suprimirán las palabras: “y en caso de disenso, sin la autorización judicial”.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 374, se suprimirán las palabras “o muerte del acreedor o deudor de alimentos”.

Art. 16. — La prestación de alimentos se efectúa por el pago de una renta en dinero. El obligado puede exigir que se le permita otra manera de prestar los alimentos cuando motivos particulares justifiquen esa medida.

Art. 17. — El crédito por alimentos se extingue por la muerte del obligado o la del alimentista, salvo en lo relativo a las prestaciones pendientes no cumplidas.

En caso de muerte del alimentista, el obligado debe abonar los gastos de inhumación, si no pudiese obtenerse el pago de los herederos.

Art. 18. — Se reproduce el artículo 375.

Art. 19. — Se reproduce el artículo 376.

Art. 20. — Cesa también la obligación de alimentos, cuando hubieran desaparecido las causas que la determinaron.

En todos los casos de cesación se seguirá el procedimiento determinado por el artículo 18, y con arreglo a él podrá el Juez decretar la suspensión provisoria.

Art. 16. — § 1612, Código Alemán.

Art. 17. — Artículo 374, Código Civil; § 1615, Código Alemán.



TITULO XVI

De la patria potestad

Art. 1. — En substitución de los artículos 264, 265, 289 y 294:

Los hijos menores están bajo la autoridad y poder de sus padres. Les deben respeto y obediencia.

Estos tienen el derecho y el deber de cuidar de la persona y bienes de su hijo.

Quedan exceptuados de ese poder los bienes que el hijo adquiere por causa de muerte o por donación entre vivos, cuando el testador o el donante ha dispuesto que la administración de esos bienes no será desempeñada por los padres. En este caso, tampoco tienen los padres el usufructo, salva la disposición contraria.

Art. 2. — En cuanto a los hijos legítimos, la madre, junto al padre, durante la unión matrimonial, tiene el derecho y el deber de cuidar de la persona de su hijo. La represen-

Art. 1. — De la circunstancia de que el testador o donante subtrae la administración de los bienes de que dispone a favor del hijo, ya resulta que, en defecto de disposición contraria, también quedan excluidos los padres del usufructo: § 1656, Código Alemán.

Art. 2. — § 1634, Código Alemán.

tación de éste y el gobierno de los bienes pertenecen al padre.

En caso de disentimiento, prevalece la opinión del padre.

Art. 3. — En substitución del artículo 271:

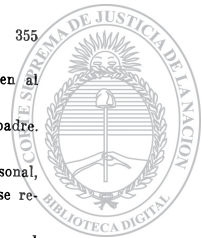
En caso de divorcio dirimente, o de separación personal, o de nulidad del matrimonio, el cuidado de los hijos se regirá por el artículo 213.

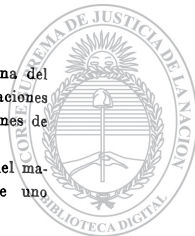
El derecho de educación, la representación del hijo y el cuidado de los bienes, quedarán siempre a cargo del padre. El producto neto del usufructo se dividirá por partes iguales.

Art. 3. — § § 1635, 1636 y 1637, Código Alemán. Dispone el Código, artículo 271, que en caso de separación personal o de bienes, y en el de anulación del matrimonio, siempre incumbe al padre el deber de alimentar a sus hijos, si el Juez los dejara en su poder.

Hay en ello un doble error. En primer lugar, limitado como lo es ese deber, excluye por lo mismo, el de alimentar a los hijos que no están con él, puesto que en otro caso no tiene objeto el artículo. Es eso inadmisibile. Siempre está obligado al sostenimiento de sus hijos, estén en poder de quien estén.

Por otra parte, si es el padre el que debe costear los alimentos y educación de los hijos que están en su poder, también parece decir el artículo que la madre no concurre a esos gastos, porque tampoco tiene sentido el artículo, en otro caso. Por último, nada resuelve sobre los gastos rela-





El esposo que no ha sido encargado de la persona del hijo, tiene siempre la facultad de conservar sus relaciones personales con él. El Juez puede regular esas relaciones de una manera más precisa.

Esta disposición se aplica al caso de disolución del matrimonio causada por la ausencia y contracción de uno nuevo.

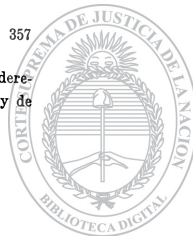
Se suprime el artículo 271.

Art. 4. — La patria potestad sobre hijos ilegítimos corresponde a quien los hubiera reconocido espontáneamente. Si ambos padres lo hubieran hecho, se procederá como lo dice el artículo anterior.

tivos a los hijos que han quedado con la madre, y parece significar que los costea el padre o madre que tiene en su poder a los hijos. Todo esto no tiene sentido. Los padres están obligados de la misma manera y en la proporción de sus recursos al sostenimiento de sus hijos, aunque hayan quedado a cargo del otro o de sus ascendientes, especialmente cuando por su culpa en el divorcio, o por su mala conducta, le priva el Juez de su derecho de tenencia.

Art. 4. — El Código Francés, artículo 383, modificado por ley de 1907, atribuye la patria potestad al padre que haya reconocido anteriormente al hijo. Queda, pues, privado de ella el que reconoce en segundo término. Si el reconocimiento es simultáneo, ejerce la patria potestad el padre.

Creemos que es equivocada esa solución. En primer lugar, porque en muchos casos, impedirá el reconocimiento pos-



Art. 5. — El cuidado de la persona comprende el derecho y el deber de criar y educar al hijo, de vigilarlo y de fijar el lugar de su residencia.

Art. 6. — Se reproduce el artículo 275.

Art. 7. — Se reproduce el artículo 276.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 278.

Art. 9. — Se reproduce el artículo 269.

Se suprimen los artículos 266, 267 y 268.

terior, desde que puede ser precisamente determinado por el interés de hacerse cargo del niño, educarlo y guiarlo. Y además, porque prescinde del interés superior que es el del hijo, debiéndose entregar, pasados los primeros años, a quien mejor pueda hacerse cargo de él, educarlo en un medio mejor, etc. La ley sobre derechos civiles de la mujer parece querer decir, por su artículo 2, que la madre natural tiene, por el hecho de serlo, la patria potestad, y que también la tiene el padre, si reconoce al hijo voluntariamente. Bastaría, pues, la posesión de estado para la primera, aunque no reconociese expresamente, y que para el segundo se exigiese el reconocimiento. También parece querer decir que la patria potestad se ejerce por los dos padres simultáneamente, lo que no es un buen sistema. Por último, esa ley no se ocupa de los ilegítimos que no son hijos naturales.

Art. 9. — Los artículos suprimidos se refieren a la obligación de alimentos, y son inútiles en presencia de los artículos 367 y siguientes.



Art. 10. Se reproduce el artículo 272, modificado así:

Si los padres faltasen a su obligación de cuidar y sostener a sus hijos, pueden..., y lo demás como está.

Se agregará en párrafo separado el artículo 284.

Art. 11. — Se reproduce el artículo 277.

Art. 12. — Se reproduce el artículo 279.

Se agregará en párrafo separado el 280.

Art. 13. — Se reproduce el artículo 270.

Art. 14. — Se modifica el artículo 281 y el 274, así:

Los padres sin intervención alguna de los hijos menores les representan en juicio dentro de los límites de su gestión.

Art. 14. — La representación es conexa con el derecho de cuidado personal y de los bienes, por la fuerza de las cosas, desde que es el modo necesario eventual de ejercerlo: § 1630, Código Alemán.

Por consiguiente, el padre tiene esa representación en cuanto su administración comprende a los bienes, y los exceptuados de ella quedan fuera de su gestión y defensa: artículo 439, Código Civil.

No está, pues, bien expresado el concepto por los artículos 281 y siguientes. Y tampoco aparece claro cuál es el campo de aplicación del artículo 274, en presencia de aquéllos.

Importa poco que el menor sea adulto para la representación del padre, porque éste tiene por título propio la administración y el usufructo de los bienes en general y la guarda y defensa de la persona. No tiene porqué hacer interve-



Los menores adultos pueden estar en juicio con la autorización de sus padres, en cuanto se trata de los bienes de que tienen la administración dichos menores. No es necesaria la autorización paterna en el caso del artículo 283 ni cuando fuesen demandados en causas criminales.

nir al hijo en los litigios a que esos derechos pueden dar margen.

En cambio, si hay bienes exceptuados de su administración, por cualquier título, no tiene sobre ellos representación para su gestión ni defensa de los actos administrativos obrados por el que está al frente de esa administración como curador, o del menor mismo si se trata de bienes de su peculio: artículo 294.

Por consiguiente, tampoco se limita a los menores adultos, salvo el último caso, la inhabilidad de los padres para representar al hijo en las operaciones y litigios que conciernen a los bienes excluidos de la administración paterna: § § 1630 y 1909, Código Alemán.

Los artículos de nuestro Código son tomados de los artículos 1518, números 6 y 7; 1519, 1520 y 1521, y argumento de los que les siguen, del proyecto de Freitas, que a su vez se inspiró de los artículos 257, 258, 259, 260 y 261, Código de Chile.

Las supresiones de ciertas expresiones de los artículos indicados y de algunos que constituían el sistema del Código de Chile, han perjudicado la claridad de los nuestros.

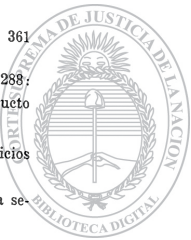


Art. 15. — Si en el caso prevenido en el artículo anterior, el padre niega su consentimiento, etc., y lo demás como está en el artículo 282, substituyendo las palabras “intentar una acción civil contra un tercero”, por las siguientes: “intentar o contestar una demanda civil”. Se suprime “dando al hijo un tutor especial, etc.”.

Art. 16. — Se substituyen los artículos 293 y 294, por el siguiente: Los padres tienen la administración de los bienes de los hijos menores. Los testadores o donantes de bienes dejados o donados a los hijos pueden establecer en el testamento o instrumento de la donación, las condiciones y límites de la administración paterna. Pueden también excluir de ella a los padres y nombrar un curador que los administre.

No se necesita de tanta casuística. El padre representa dentro de los límites de su derecho sobre la persona y sobre los bienes de su hijo, sea púber, sea impúber. En cuanto a la autorización o al tutor especial, no se ve porqué hay que hacerlo. Si el hijo es suficiente para “todos los actos y contratos concernientes al empleo o profesión” (artículo 283), no se advierte porqué no ha de serlo para reclamar lo que por ellos se le debe, allí donde se le ha autorizado para el pleno desempeño de su comercio o profesión.

Art. 16. — Demolombe, 6, número 458; § § 1639 y 1909, Código Alemán.



Art. 17. — En substitución de los artículos 287 y 288: Tampoco tienen los padres la administración ni el usufructo de los bienes de sus hijos:

1º De los que hayan adquirido éstos por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos;

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

3º De los que adquieran por caso fortuito, como juego, apuesta, etc.;

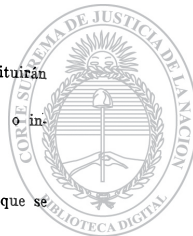
4º De los que hereden con motivo de la exclusión de sus padres de la sucesión. En este último caso, podrá el Juez nombrar un tutor especial de los bienes.

La administración y usufructo de dichos bienes exceptuados, corresponde a los hijos.

Art. 17. — No dice el Código directa o expresamente que los bienes que el artículo 287 excluye del usufructo paterno, adquiridos por el hijo, lo sean también de la administración paterna, pero es lo que necesariamente resulta del artículo 283. Es claro que si el hijo, al ser autorizado para ejercer un empleo o profesión, lo está para efectuar todos los actos relativos a ellos, la administración está en sus manos y no en las del padre. El usufructo es, además, por regla general, la remuneración de la administración de los padres.

La administración y usufructo son los más poderosos estímulos para el trabajo del hijo y todos los frutos de él deben constituir su peculio independiente.

Inciso 4º: artículo 397.



Art. 18. — Se reproduce el artículo 283. Se substituirán en él las palabras “hijos de familia” por “menores”.

Se agregará “separadas” después de “profesión o industria”.

— Se suprime el artículo 273.

Art. 19. — Se reproduce el artículo 285, en el que se suprimirá “de familia”.

Art. 20. — Se modifican los artículos 287 y 289, así: Los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos cuya administración les corresponde.

Los hijos tienen el usufructo de los bienes adquiridos por herencia, o legado, o por donación, cuando el testador o donante ha dispuesto que el usufructo corresponda al hijo.

Art. 21. — Se reproduce el artículo 290, con la supresión de “de familia”.

Art. 22. — Se reproduce el artículo 291.

Art. 23. — Se reproduce el artículo 292.

Art. 18. — En cuanto al último agregado, artículo 387, Código Francés, y sobre él, Demolombe, 6, números 498 y 500/1.

Suprimimos las palabras “hijos de familia”, porque la patria potestad en cuanto a la administración y usufructo no se limita como en el Código a los hijos legítimos, desde las reformas que ha sufrido por leyes especiales.

— Supresión del artículo 273. Es causada por ser la repetición del artículo 1114.



Art. 24. — En substitución del artículo 295, el siguiente: Cuando el padre no tiene la administración de los bienes sometidos a su usufructo, por haberlo así dispuesto un testador o donante, no puede ejercer ese usufructo. Puede exigir la restitución de sus productos útiles en cuanto su empleo no sea necesario para la administración regular de esos bienes y para satisfacer las cargas del usufructo.

Si el poder paterno ha sido suspendido, o el derecho de cuidar de la persona y bienes del hijo ha sido retirado al padre, por resolución judicial, los gastos de sostenimiento del hijo tienen prioridad sobre los productos útiles en la medida en que estaban a cargo del padre.

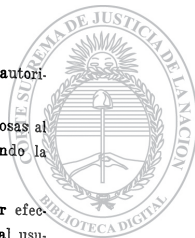
Art. 25. — El usufructo de los padres es regido por las disposiciones de este Código sobre usufructo, en cuanto no hayan sido modificadas por las del presente título.

Art. 26. — El padre puede enajenar por sí mismo o consumir las cosas consumibles que son parte de su usufructo,

Art. 24. — Artículo 303, § 1656, Código Alemán. Es evidente que si el padre no tiene la administración de los bienes por resolución del testador o donante, no puede tener los bienes bajo su poder y ejercer su usufructo, cuando éste no le ha sido retirado. Tendrá solamente el derecho de percibir los productos netos cubiertas todas las necesidades de la administración regular y las cargas usufructuarias.

Art. 25. — Código Civil, artículo 2816.

Art. 26. — § 1653, Código Alemán.



pero sólo puede consumir o emplear el dinero con autorización del Juez.

Debe en todos los casos restituir el valor de las cosas al fin del usufructo; se hará ese reembolso antes, cuando la administración regular lo exige.

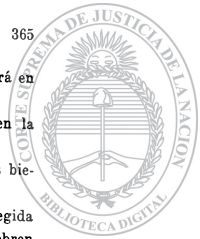
Art. 27. — Los acreedores del hijo pueden hacer efectivos sus créditos sobre sus bienes, sin consideración al usufructo paterno.

Cuando el padre ha consumido o enajenado cosas consumibles, está obligado respecto de los acreedores, al reembolso inmediato de su valor.

Art. 28. — El usufructo termina por el matrimonio del hijo menor de edad. Si lo celebrase sin la autorización necesaria, el poder paterno continuará respecto de los bienes con el carácter y efectos de una tutela.

Art. 27. — § 1659, Código Alemán.

Art. 28. — § 1661, Código Alemán. Este permite la continuación del usufructo en caso de matrimonio no autorizado. Creemos que las legítimas exigencias que determinan el matrimonio, válido no obstante la oposición paterna, cuando a pesar de ella se ha celebrado, impone nuestra solución. El padre continuará la administración con la remuneración de un tutor. Las rentas sobrantes, si las hay, se aplicarán al emancipado para sostenimiento de su familia.



Art. 29. — Se reproduce el artículo 296. Se agregará en párrafo separado:

Procederá de la misma manera cuando entrase en la posesión de los bienes legados o donados al menor.

Los padres ilegítimos levantarán inventario de los bienes, si los hubiese, al entrar en el usufructo de ellos.

Art. 30. — La administración de los padres será regida por las reglas de la tutela. Los actos jurídicos que celebren por cuenta o en representación de sus hijos, deben tener la aprobación previa del Juez en todos los casos en que ésta es requerida para que los tutores puedan celebrarlos. Son nulos, en caso contrario.

Se suprimen los artículos 297, 298, 299 y 300.

Art. 31. — Se reproduce el artículo 301, modificado así:
Si el patrimonio del hijo es puesto en peligro por la admi-

Art. 30. — Artículo 389, Código Francés, modificado en 1910, § 1643, Código Alemán. Conviene unificar las reglas de administración de los bienes de menores. Entre la de los sujetos a tutela y a patria potestad no media otra diferencia orgánica que la que resulta de la existencia del usufructo, respecto del cual ya se ha proveído en los artículos anteriores. Demolombe, 6, números 431/9, 440 y siguientes, número 446, con distinciones que nacen del usufructo y de las disposiciones especiales que hemos proyectado en este título.

Art. 31. — § 1667 y 1670, Código Alemán; Demolombe, 6, números 424 y 425/7.



nistración del padre, o por no cumplir con sus obligaciones de usufructuario, o por su estado de insolvencia, el Juez puede ordenar las medidas conservatorias necesarias para evitarlo.

Si el padre no las cumpliera, o si hubiera ineptitud o negligencia, o abuso notorios, puede el Juez privarle definitivamente de la administración.

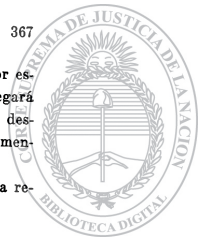
Art. 32. — Si el interés moral o físico del hijo está en peligro porque el padre abusa de su derecho de cuidar su persona, porque lo desatiende o porque el padre lleva una conducta deshonrosa o inmoral, el Juez debe tomar las medidas necesarias para evitarlo. Puede ordenar que el hijo sea colocado, para su educación, en una familia conveniente, o en un establecimiento de educación, o en una casa de corrección.

Si el padre ha faltado a su obligación de alimentar y atender a su hijo, y existe motivo para creer que en lo futuro quedará en peligro esa obligación, el Juez podrá privar al padre de la administración y del usufructo.

Art. 33. — Se modifica el artículo 303 así: Cuando se ha removido al padre de la administración en el caso del ar-

Art. 32. — § 1666, Código Alemán; Demolombe, 6, número 427.

Art. 33. — Decimos que el Juez puede encargar de la administración a la madre o a un tercero, porque la madre, si es esposa que no está separada del marido, se halla bajo la influencia del padre, y tal vez, sin voluntad suficiente



tículo 301, el Juez la encargará a la madre o a un tutor especial, según lo aconseje el interés del hijo. Se entregará al padre el sobrante de las rentas de los bienes del hijo, después de satisfechos los gastos de administración, de alimentos y de educación.

No gozará de esta ventaja el padre a quien se haya retirado la administración por abusos dolosos.

Se suprime el artículo 302.

Art. 34. — En substitución de los artículos 304 y 310: La patria potestad se suspende por la ausencia, o la insanía del padre, o por resolución judicial, según lo dispuesto en los artículos precedentes.

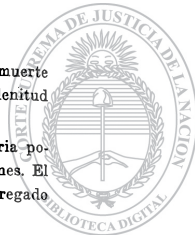
Pasa su ejercicio a la madre, si existiese. El usufructo se regirá por lo dispuesto en los artículos 23 y 32.

Art. 35. — Se reproduce el artículo 306.

Art. 36. — Se reproduce el artículo 307, en el que se suprimirán las palabras “en la infancia”.

para substraerse a la presión del marido que por medio de ella administraría, no obstante la resolución judicial.

———Se suprime el artículo 302, porque entran las garantías de que habla, en la clase de las medidas conservatorias, de que nuestro proyectado artículo 30 se ocupa. En cambio hemos suprimido la necesidad del consentimiento de los acreedores para continuar en la administración, como lo dice el artículo 301, porque sólo se trata de los intereses del hijo, y no debe depender del permiso de ellos el que el padre cumpla con sus deberes de tal: es lo que resulta del artículo 302.



Art. 37. — Se modifica el artículo 308, así: Por muerte del padre, la patria potestad pasa a la madre con la plenitud de los derechos y deberes de aquél.

Si la madre contrae matrimonio conserva la patria potestad, con excepción de la administración de los bienes. El sobrante de la renta que éstos produzcan le será entregado según lo establecido en el artículo 32.

Art. 38. — Se reproduce el artículo 309, al que se agregará al fin, “o desatendiesen con dolo o grave negligencia a

Art. 37. — Leyes especiales han modificado fundamentalmente el régimen del Código y dispuesto lo contrario de lo que determina el artículo 308.

Los derechos de la patria potestad se refieren o al cuidado de la persona o al de los bienes del menor.

Ningún inconveniente existe para que la madre casada con otro que el padre, cuide y atienda la educación y persona del hijo. En su hogar será éste atendido con afecto y vigilancia mayores que en poder de terceros. La madre debe ser respetada en el ejercicio de su autoridad natural.

Tampoco existe para la continuación, sino del usufructo incompatible con la administración de otro, por lo menos con el beneficio líquido que de los bienes resulta.

Pero no ocurre lo mismo con la administración. El verdadero administrador no sería la esposa, sino su marido, que ejerce sobre ella la influencia natural de su estado, y que es, además, en los matrimonios bien avenidos, el administrador

sus deberes de cuidado de la persona y bienes del menor, o hubieran sido condenados a una pena de derecho criminal".

Art. 39. — El hijo sometido a la patria potestad o a tutela, no necesita de autorización alguna para otorgar testamento, o si fuese adulto, para reconocer hijos naturales.

NOTA. — Todas las modificaciones hechas por leyes especiales al Código Civil, sobre la patria potestad, quedan sin efecto, en virtud de lo proyectado en el presente título.

de los bienes de su mujer. Esta no administra ni lo suyo ni lo de sus hijos de un primer lecho.

Y sobre esta situación ordinaria e indiscutible, debe agregarse la natural tendencia a favorecer a los hijos de un segundo matrimonio.

Creemos que hay error en dejar la administración en poder de la madre casada con otro que no es el padre. Y si lo fué ilegítima, consideramos más peligrosa la situación.

El interés legal predominante no es el de la madre. Es el del hijo que, por ser menor, no puede defenderse: es a él a quien la ley debe amparar.

Art. 39. — Código Civil, artículo 286.





TITULO XVII

De la Tutela

CAPITULO I

Art. 1. — En substitución de los artículos 377, 379 y 381:

Se da tutor a los menores de edad que no están sujetos a la patria potestad.

La tutela es un cargo personal que no pasa a los herederos, y del que nadie puede excusarse sin causa suficiente. Se ejerce bajo la autoridad y vigilancia del Juez, con intervención del Ministerio de Menores.

Art. 2. — Se reproduce el artículo 378.

Se suprimen los artículos 379 y 380.

Art. 3. — En sustitución del artículo 383:

El que muera últimamente de los padres, aunque la ma-

Art. 3. — Suprimimos la incapacidad de la madre que ha contraído nupcias, sea después de muerto el marido, sea, si es ilegítima, con otro que con el padre del hijo.

Ya hemos proyectado que la patria potestad subsiste en ese caso a favor de la madre, aunque privada de la administración. Y fuera de esa razón, no se ve porqué la madre no puede amparar a los hijos de un primer lecho y hasta nombrarles por tutor a su esposo. No merecen la hostilidad del Código las segundas nupcias. Usa de un derecho perfec-



dre hubiera contraído segundas nupcias, puede nombrar por testamento tutor a sus hijos, con tal que en el momento de su muerte, no haya sido privado de la patria potestad o suspendido en ella por causa imputable. Puede también, sea mayor, sea menor, nombrarlo por escritura pública para que tenga efecto después de su fallecimiento. Puede nombrarse tutor del hijo póstumo.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 384. Se le agregará en párrafo separado el 385.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 386.

Se suprime el artículo 387.

to y respetable la mujer que contrae nuevo matrimonio. Y si hay motivo para no confirmar su elección del marido como tutor, el Juez lo hará. Artículo 400, Código Francés; Proyecto de Laurent, artículo 390 y su nota; proyecto de Goyena, artículo 178; artículo 206, Código Español.

En cuanto al nombramiento en caso de nacimiento póstumo, no solamente es posible para la madre; lo es también para el padre, tanto para el caso de fallecimiento de aquella en el parto o sus inmediaciones, cuanto para el de insania. Artículos 354/6, Código de Chile.

Art. 5. — Supresión del artículo 387. Hemos proyectado la supresión de la desheredación por decisión del testador, y hemos referido toda exclusión de la herencia a la ley que establece las causas de la indignidad.

Independientemente de esa razón no se comprende bien cómo puede admitirse el nombramiento por el padre de un



Art. 6. — El nombramiento de tutor hecho por uno de los padres, es válido en caso de ausencia declarada o de insania del otro.

Art. 7. — Se modifica el artículo 388, así: .

El Juez nombra tutor a la persona designada por el padre, a menos que motivos justos y suficientes se opongan a la designación. Confirmada, se discernirá el cargo al tutor nombrado.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 389.

Art. 9. — Se reproduce el artículo 390, modificado así:

a) Se dirá: La tutela legítima corresponde únicamente a los abuelos, hermanos y tíos del menor, en el orden siguiente;

b) En el inciso 3º: Se agregará “por el mismo orden”,

tutor después de haber despojado a su hijo de su legítima forzosa y arrojarlo a la calle por una maldición de ultratumba. No es prueba de afecto, ciertamente, la desheredación que el testamento contiene: prueba que el padre no ha sabido perdonar y callar para no deshonorar a su hijo.

Art. 9. — En cuanto a los tíos, artículo 367, Código de Chile, y Freitas, artículo 1663. No se comprende bien porqué los tíos son excluidos de la tutela legítima: es el parentesco que se acerca más al del padre, por su índole y por la mayor experiencia administrativa que trae la edad.

Sobre el inciso 5º, artículo 8º, ley número 11.357, con la diferencia de que ésta confiere el derecho a la tutela a las hermanas casadas. Pero en ese caso, el verdadero tutor es



después de “paterna y materna”; se suprime “si se conservan viudas”, y se agregará, de acuerdo con el artículo 17, 8°:

c) En el inciso 4°: Se agregará después de “hermanos varones”, lo siguiente: “del pupilo y los de sus padres”, y lo demás como está;

d) Se agregará en nuevo inciso:

5° Las hermanas y tías; se observará lo dispuesto en el artículo 17, inciso 8°.

Art. 10. — Se substituye el último párrafo del artículo 390, por el siguiente:

Si continuando la menor edad cesase en su cargo el tutor legítimo, será reemplazado por otro de la misma especie.

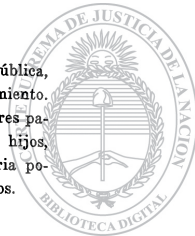
Art. 11. — Se reproduce el artículo 391, el cual será precedido de las palabras: La tutela legítima se da por la autoridad del Juez. No la confirmará sino al que por sus aptitudes, bienes o buena reputación, etc. Lo demás como está.

Art. 12. — Se modifica el artículo 394 así:

El sobreviviente de los padres ilegítimos puede nombrar

el marido, por la legítima influencia que ejerce sobre la mujer honesta, madre de familia. Mejor sería, en muchos casos, nombrarlo directamente por elección del Juez: así tendrá el cargo con la responsabilidad, y no como ahora, el cargo, sin la responsabilidad.

Art. 12. — Tiene por objeto la modificación destacar bien que el padre o madre pueden nombrar curador excluyente del otro en la administración de los bienes que done,



tutores a sus hijos por testamento o por escritura pública, para que desempeñen el cargo después de su fallecimiento. Aunque no fuese sobreviviente, podrá nombrar curadores para administrar los bienes que donase o dejase a sus hijos, con exclusión del padre o madre que tuviese la patria potestad, o de los tutores que fuesen nombrados por éstos.

o deje al hijo, sin estar limitado a la supervivencia, en vida, por consiguiente, del otro antecesor, lo que no resulta del artículo 394. Tampoco es necesario que se nombre heredero al hijo, puesto que puede habersele adelantado en vida su legítima. Y por último, aunque nada se hubiera donado o dispuesto por testamento, basta el reconocimiento hecho anteriormente o por el testamento o escritura (artículo 333), para que la ley le constituya en heredero ab-intestato, o en concurrencia con otros, testamentarios o no. La sucesión puede ser testada en parte e intestada en otra.

Por fin todos los hijos ilegítimos, y no solamente los naturales simples, pueden recibir tutor por disposición paterna.

No excluye el artículo proyectado, el que, sin existir reconocimiento, pueda el padre no declarado, por razones fáciles de comprender, pero verdadero, donar o legar bienes bajo la reserva de la exclusión de la administración paterna o tutelar, porque es ésa una facultad general a todos los donantes o testadores. La demostración de la paternidad no declarada, sólo probaría que el padre había cumplido con sus deberes de tal y con el de protección de su hijo.



Art. 13. — Se reproduce el artículo 395.

Art. 14. — Se reproduce el artículo 396, en el que se dirá “abandonados” después de “niños”.

Art. 15. — Se reproducen los artículos 392 y 393. El segundo constituirá un párrafo separado del primero.

Art. 16. — Se reproduce el artículo 397.

Se agregará al inciso 3º lo siguiente: “o el tutor por haberlo así dispuesto el transmisor a título gratuito o por haber designado la persona que ha de administrarlos”.

Se suprime el inciso 6º. Se agregará al fin del artículo, lo siguiente: Se observará para el nombramiento de tutores especiales lo prescrito para la tutela testamentaria y para la legítima.

El padre sobreviviente puede nombrar tutor, aunque no hubiera reconocido antes a su hijo. Es un incentivo más para su reconocimiento, y sería política insensata, impedirle la protección de su hijo por el fallecimiento del otro antecesor.

Art. 14. — El actual artículo 396 está en un capítulo limitado a la tutela de los hijos naturales.

El hecho sólo de suprimir en nuestro proyecto ese epígrafe, ya generaliza su solución para toda clase de niños, pues, no por ser naturales, su tutela corresponde a los hospicios, si no son abandonados por sus padres, y sólo son admitidos a pedido de ellos, y a su vez, los legítimos caen bajo tutela cuando sus padres los abandonan (artículo 307).



Art. 17. — Se reproduce el artículo 398.

El inciso 8º será sustituido por el siguiente: Las mujeres casadas podrán ser tutoras, pero no tendrán la administración de los bienes del pupilo mientras dure su matrimonio.

CAPITULO II

Del discernimiento de la tutela

Art. 18. — Se reproducen todos los artículos del 399 a 408.

Se agregará al artículo 400 lo siguiente: o en que fueron privados de la patria potestad.

Art. 17. — No existe inconveniente, y antes ventaja, en que las mujeres casadas sean tutoras, aunque insistimos en pensar que no deben tener la administración de los bienes. Les queda el cuidado personal del menor, su educación, y los imponderables que dan el calor del hogar familiar al huérfano. La tutora vigilará, además, por la fuerza de las cosas, al tutor especial encargado de la administración patrimonial. La autorización para contraer matrimonio, el cuidado del insano y del pupilo en sus enfermedades, etc., son atribuciones de la tutora, pues se refieren a la protección de la persona.

Art. 18. — Artículo 401. Nota de Segovia a su artículo 400.



CAPITULO III

Administración de la tutela

Art. 19. — Se modifica el artículo 411 así:

El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos jurídicos que se refieren a la administración y gobierno de los bienes no exceptuados de ella. Gestiona y administra solo. Todos los actos relativos al patrimonio administrado se ejecutan por él y en nombre del menor, sin el concurso de éste y prescindiendo de su voluntad.

Art. 19. — La tutela no es, como no lo es la patria potestad, la absorción completa de la persona jurídica del menor. No es éste un cadáver legal. No se casa el tutor por cuenta del menor. No se divorcia éste cuando aquél lo requiere. No desconoce, ni reconoce, el tutor, la paternidad del menor. No contrata sus servicios personales sin su asentimiento. No administra los bienes que obtiene por su trabajo personal y que el menor gobierna.

En una palabra. El tutor no es el menor, en ninguna de las situaciones del derecho de familia, y no lo es en las del derecho de los bienes substraídos a la administración de aquél, ni a las relaciones jurídicas que comprometen al me-



nor, en la locación de servicios, en el ejercicio de su profesión, en el contrato de sociedad, etc. Las reglas limitativas de la autoridad paterna son con mayor razón extensivas a los tutores, y su gestión debe necesariamente detenerse donde se detiene toda representación, por la naturaleza de los actos mismos que son el atributo de la persona, y sin los cuales, ésta es destruída. Cambiar de religión, impugnar la filiación, adoptar una profesión y cien actos semejantes, son atributos de la personalidad, y el tutor debe respetar la voluntad del pupilo.

Agregamos que en nuestro Código, que no conoce más vigilancia de la tutela que la fría y lejana e indiferente de los jueces y funcionarios, es muy grave crear la autoridad absoluta del tutor. Y si el texto del artículo 411 tiene las limitaciones que las disposiciones legales establecen, siempre es verdad que fija una regla a la cual siempre se vuelve, dura y despótica. Todos los actos civiles que conciernen al menor, a su persona, a sus bienes, se ejecutan por el tutor y en su nombre, contra el principio de toda representación, y esto, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad. Lo que no pueden los padres (artículos 280, 283, 286, 287, etc.), lo pueden los tutores, en virtud del artículo 411, lo que es inadmisibile.



Art. 20. — Se aplican a la tutela todas las disposiciones del título de la patria potestad que se refieren a los actos que los hijos no pueden ejecutar sin autorización de los padres (artículos 275 y 276), a los que éstos no pueden realizar sin asentimiento de los hijos (artículo 280), a la representación en juicio (artículos 274, 281, 282 y 286), al ejercicio de una profesión o industria (artículo 283) y a los bienes cuya administración no corresponde a los padres o cuyo usufructo corresponde a los hijos.

Art. 21. — Se reproduce el artículo 412, en el que se substituirán las palabras “la carrera de las letras” por “una profesión liberal”, y al cual se agregará después de “comercio” “o industria”.

Se pondrá como segundo párrafo separado, el artículo 416.

Art. 22. — Se reproduce el artículo 415. Se le agregará por separado el artículo 413.

Art. 23. — Se reproduce el artículo 424, modificado así:

Si hubiera sobrante en las rentas del pupilo, no comprendidas en el usufructo paterno o en el del pupilo, el tutor deberá colocarlo en los bancos a nombre del pupilo y a la orden del Juez. Podrá adquirir fondos públicos o títulos de renta, o bienes raíces, con su importe, si para ello obtuviera autorización judicial.

Se agregará por separado en substitución del artículo 425: Se depositarán asimismo todos los capitales pertenecientes al menor u obtenidos por enajenación de sus bienes.

Art. 24. — Se modifica el artículo 426, así: No podrá disponerse de los depósitos ni de los títulos de renta, sino a propuesta del tutor y por orden judicial, demostrando la necesidad o conveniencia de hacerlo.



Art. 25. — Se pondrá como segundo párrafo del artículo 428, el 429.

Art. 26. — Se pondrá el artículo 432 como párrafo separado del 431.

Se suprime el artículo 433.

Art. 27. — Se modifica el artículo 434, así:

El tutor no puede enajenar los bienes muebles, ni los inmuebles del menor, sin autorización del Juez, salvo en cuanto a los primeros, cuando su enajenación entra en el desempeño de una administración regular.

Si existiese usufructo paterno o del pupilo, la enajenación de los muebles será regida por las disposiciones relativas al usufructo.

Es prohibido al tutor constituir derechos reales sobre las cosas del pupilo.

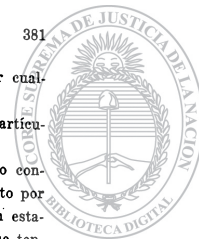
Se suprime el artículo 435.

Art. 28. — Se modifica el artículo 436, así:

El tutor necesita autorización del Juez de la tutela para provocar la división del condominio de las cosas comunes con otro, o la división de la herencia en que tuviera alguna

Art. 26. — Se suprime el artículo 433, porque está reproducido en el artículo 1117.

Art. 28. — El artículo 438, 5º, y el 443, demuestran que el Código reconoce la conveniencia de no permitir la división de las cosas en que tenga parte un menor cuando su interés no lo imponga, y al contrario, aconseje continuar en la explotación actual. Pero lo hace solamente para la tutela



parte el menor, a menos que fuesen inoportunas por cualquiera circunstancia.

Se le agregará en substitución del inciso 12, del artículo 443, el párrafo separado siguiente:

No se autorizará por el Juez esa división cuando convenga a los intereses del pupilo, o se hubiera dispuesto por el testador, continuar en la explotación común de un establecimiento agrario, de comercio o de industria en que tenga parte, aunque el padre o tutor la tenga también en él.

Podrá el Juez disponer la división en cualquier oportunidad cuando la continuación de la indivisión fuera notoriamente perjudicial para el hijo o pupilo.

Se suprime el artículo 437.

y no repite la disposición para la patria potestad, en que es más evidente la necesidad para proseguir la empresa fundada por los esposos, y que los hijos tienen interés en heredar en plena prosperidad, a la muerte del cónyuge supérstite.

Resulta así, que cuando hay padre, no puede hacerse lo que se puede cuando hay tutor, puesto que la regla del artículo 3452 es imperativa y no tiene otra excepción que la de la tutela. Es evidente la inadvertencia, que no obedece a una razón de orden jurídico. Por eso hemos tratado de fijar reglas comunes para el desempeño de la patria potestad y la tutela, en cuanto al gobierno de los bienes.

- ————Suprimimos la segunda parte del artículo 435 y el artículo 437, porque ya está resuelto en general por el ar-



Art. 29. — Se reproduce el artículo 423. Se le agregará el párrafo siguiente:

Para determinar cuál deba ser la educación de los menores y los gastos de sostenimiento, el Juez tendrá en consideración lo dispuesto por testamento del padre, o de otras personas que dejaron bienes al pupilo, o que tenían derecho a su tutela legítima.

Si el menor estuviese bajo la autoridad paterna y su educación y sostenimiento fuesen exclusivamente costeados

tículo 3465, cómo se hacen las particiones en que hay incapaces interesados.

———Decimos, además, que el tutor (o padre) necesita autorización del Juez de la tutela, para provocar la división de bienes en que el menor tenga parte.

Conocemos gravísimos casos de enajenaciones dispuestas por los jueces locales del lugar del inmueble so pretexto de conveniencia de enajenarlo privadamente para liquidar establecimientos ganaderos en condominio por herencia entre padre e hijos, y de cuyos dineros se incautó el primero, sin intervención del Juez de la sucesión materna de quien lo heredaron. Advertido éste, se negó a intervenir en la venta, por considerarla ajena a su jurisdicción (artículo 438, 5°).

Art. 29. — Freitas, artículos 1718 y 1719, sólo habla de testamento del padre; agregamos el de cualquier abuelo, hermano o tío, y hasta de terceros que legaron bienes al menor. Los primeros pueden haber sido tutores, y en todo caso



por el padre, no interviene el Juez. En otro caso se aplicará este artículo si el padre no tuviera el usufructo de los bienes o no alcanzara la renta para cubrir los gastos del menor.

Art. 30. — Se reproduce el artículo 443.

Se modifica el inciso 1º, así:

Para enajenar los ganados de cualquier clase que formen los establecimientos rurales del menor, salvo aquéllos cuya venta es permitida a los usufructuarios de rebaños.

Se modificará el inciso 10, así:

tienen título para interesarse en el porvenir de su pariente cuyas condiciones personales conocen bien.

Art. 30. — Inciso 1º Substituimos el inciso del Código por la disposición de su artículo 298, tanto para comprender a los padres en él, como porque aunque el tutor no tenga el usufructo, entra en las facultades de una administración regular la venta de los procreos o animales que conviene reemplazar.

Inciso 10. Según el artículo 443, todo arrendamiento, aun los autorizados por el Juez, caducan a la mayor edad del menor o por su emancipación, tenga o no plazo establecido. Hay evidente perjuicio para el menor con esa solución, porque especialmente en los predios rústicos, nadie arrendará. Si la mayor edad está próxima, o en plazo breve, por uno o dos años, por ejemplo, no hay explotación conveniente, y el predio no encontrará inquilino. Y mucho me-

Para hacer arrendamientos de bienes raíces a término fijo, que no pase de cuatro años. Autorizados, valdrán aunque el término se cumpliera después de la mayor edad o emancipación del menor.

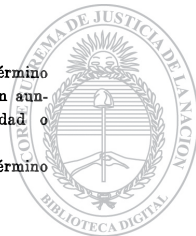
No puede el tutor contratar arrendamientos sin término fijo.

nos en cualquier término mayor o menor si ha de depender del casamiento del pupilo su existencia, pues nadie se aventurará a una explotación que no sabe cuándo cesará por el matrimonio.

De ahí que sea necesario un régimen más estable, con plazo o sin plazo.

Consecuencia de esa modificación es que haya de limitarse el término y también autorizarse por el Juez todo arrendamiento. Hay que dar estabilidad al derecho del locatario. El medio legal adoptado por el artículo 443, tiene por objeto, no gravar los fundos de manera que el menor quede trabado en su libre administración cuando cese el poder a que está sometido. Por consecuencia, si ha de subsistir el contrato, hay que limitar su duración a lo que ordinariamente constituye un plazo suficiente, según nuestras costumbres agrícolas.

De ahí otra conclusión. No puede el tutor arrendar sin plazo los predios, tanto porque en el régimen del Código no puede obtenerse el desalojo de aquéllos en que exista un establecimiento agrícola, sino después de un año de requerido, cuanto porque leyes especiales han dispuesto largos plazos



Art. 31. — Se reproducen los artículos 438, 439 y 440. Se agregará a éste: los primeros serán depositados a la orden judicial.

Art. 32. — Se reproduce el artículo 441. Se agregará en párrafo separado:

No podrá el Juez dispensar en caso alguno de que la venta de muebles o de inmuebles se haga en remate público.

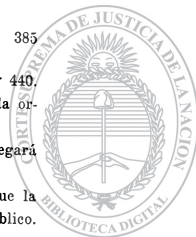
Se suprime el artículo 442.

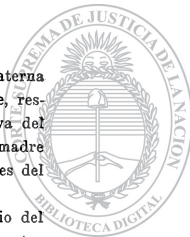
NOTA. — Todos los artículos del Título de la administración de la tutela que no se han modificado o suprimido en este capítulo, se reproducen sin alteración, según su orden. Al fin de éste se pondrá el siguiente:

arbitrarios en varios supuestos que no es del momento examinar.

El menor se encontraría ligado necesariamente por los actos de su tutor, acabada la tutela.

Art. 32. — La disposición del artículo 441, protectora de los derechos del menor, ha sido reducida a letra muerta, no obstante no consentirlo el 442, por la facilidad con que se concede la autorización por los jueces, para la venta privada, sin acreditar la existencia de la “circunstancia extraordinaria” de que habla la ley. Unas veces es porque la disposición sólo se refiere a los tutores, de modo que los padres pueden hacer lo que les parece mejor; otras es sin dar razón alguna, porque no lo es afirmar que el único interesado es el que se presenta como comprador.





Art. 33. — La vigilancia de la administración paterna y las autorizaciones judiciales que este capítulo exige, respecto de los padres, serán de la competencia exclusiva del Juez que haya conocido de la sucesión del padre o madre premuerto o de la persona de que provengan los bienes del menor.

En caso de donación, lo será el Juez del domicilio del padre a la época de ella, a menos que hubiera prevenido otro en el caso anterior.

La mudanza de domicilio del menor o de sus padres, no influirá en la competencia del Juez que hubiera intervenido según lo dispuesto, y al cual corresponde exclusivamente la

Hemos quedado muchas veces sorprendidos con permisos judiciales complacientes, que sólo han servido para daño de los menores y hasta de los mismos padres arrastrados por mediadores interesados. El artículo 442 es letra muerta con una frecuencia inexplicable.

Mejor es volver a la regla firme del artículo 136. Las ventas, dice, que se hiciesen de sus bienes, serán **siempre** en pública subasta. Y esto que se trata de los de menores emancipados, que por su interés pueden vigilar las operaciones de venta. Con mucha mayor razón debe decidirse respecto de tutores y de padres con poca experiencia de los negocios. de madres engañadas por el agente del interesado en apoderarse del bien, libre de concurrentes.

Art. 33. — No ha determinado el Código, como lo ha hecho para la tutela, artículos 404 y 405, a quién corresponde

dirección de la patria potestad hasta que cese por parte del pupilo.

Son nulos los actos autorizados por otros jueces.



la fiscalización de los actos de los padres que derivan o constituyen el ejercicio de su poder. Y es grave la omisión. No se unifica la dirección, y de la dispersión de los bienes resulta la total y absoluta desaparición de la responsabilidad paterna. Cada Juez local autoriza ventas, entregas de fondos y afectaciones, que sólo tienen en cuenta el bien particular que se considera. En una jurisdicción se ha adjudicado el bien al menor, en otra se vende por liquidación de condominio o sociedad, y el padre queda sin contralor de sus actos y su responsabilidad.

Reproducimos, en consecuencia, para los padres, la unificación de los artículos 404 y 405.

CAPITULO IV

Terminación de la tutela

Art. 34. — La tutela termina:

1º Por la muerte o incapacidad del tutor, por su remoción, por excusación admitida por el Juez y por la declaración de su fallecimiento;

2º Por la muerte del menor, por llegar a la mayor edad, o por su emancipación por matrimonio celebrado por el menor con la autorización necesaria;

Si el matrimonio se hubiera efectuado sin obtenerla, continuará la tutela en cuanto a la administración de los bienes, pero cesará en cuanto a la persona del menor;

3º En caso de ausencia declarada por fallecimiento presunto del pupilo desde el día de la entrada de los herederos en la posesión provisoria;

4º Desde que haya cesado la incapacidad del padre o se le haya reintegrado en la plenitud de la patria potestad;

5º En la tutela especial, desde que haya desaparecido la causa que la determinó, o hayan concluido por enajenación u otras causas, los bienes, en caso de administración limitada a éstos.



Art. 34. — Inciso 1º La declaración de insania, por ejemplo, la desaparición o la reclusión penal del tutor, le inhabilitan para desempeñar el cargo.



Art. 35. — Se reproduce el artículo 456.

Se agregará al fin: Lo mismo se hará en caso de declaración de fallecimiento por ausencia.

Art. 36. — Se reproduce el artículo 457.

Inciso 2º La tutela es incompatible con el gobierno de la persona del menor casado aun sin autorización suficiente. Debe continuar con la administración del patrimonio.

Inciso 3º La declaración de fallecimiento causa la entrada de los herederos presuntos en la posesión provisoria de los bienes del menor. Es, pues, incompatible con la continuación de la tutela: administran los herederos.

Pero no desde el día presunto del fallecimiento, que es siempre anterior a la declaración. Por eso decimos “desde el día de la entrada de los herederos en la posesión provisoria”. Hasta entregarla, el tutor debe administrar el patrimonio y cuidar de los bienes.

Inciso 4º La patria potestad puede cesar por la declaración de insania del padre, por su imposibilidad de desempeñarla en virtud de reclusión, enfermedad, desaparición, etc.: artículo 301. Puede, además, ser suspendido en el ejercicio de ella: 310. Cesando las causas, vuelve la autoridad paterna, incompatible con la tutela general.



CAPITULO V

Cuentas de la tutela

Art. 37. — Se modifica el artículo 463, así:

Las cuentas de la administración de los padres o tutores deben ser rendidas ante el Juez de la tutela.

Se le agregará en párrafo separado el artículo 462.

Art. 38. — Se modifica el artículo 465, así:

Es nulo todo convenio celebrado antes o dentro de los treinta días de la rendición de cuentas, entre el tutor y el pupilo mayor o emancipado, relativo a la administración de la tutela o a las cuentas rendidas.

NOTA. — Se conservan sin alteración los demás artículos del Código que constituyen su título “de las cuentas de la tutela”.

Art. 37. — No es el lugar del desempeño de la tutela otro que el del lugar del discernimiento, ni es competente para conocer de la administración del tutor y de sus cuentas, otro Juez que el inicial, esto es, el que discernió el cargo: artículos 400, 404 y 405.

Conviene conservar la unidad de expresión del pensamiento legal para evitar interpretaciones falaces, que, desgraciadamente, no son siempre rechazadas.

Art. 38. — Es manifiesta la inversión de la frase que traiciona la voluntad legal. No es nulo el convenio hasta pa-



TITULO XVIII

De la curatela

CAPITULO I

De la curatela de los incapaces

Art. 1. — Se modifica el artículo 468, así:

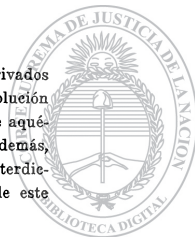
Se da curador al mayor de edad que ha sido declarado incapaz judicialmente.

Se pondrá como segundo párrafo separado el artículo 475.

Se suprimen los artículos 469, 470, 471 y 472.

sados treinta días; no es válido después de transcurridos. Es nulo, siempre, el celebrado dentro de ellos, porque no se quiere que el menor ignorante de los hechos de la administración que pueden habersele ocultado dolosamente, y bajo el respeto reverencial que tiene por su padre o tutor, apruebe por complacencia las cuentas que se le presentan. La ley quiere evitar las sorpresas capciosas. Lo extraño es que tomado el texto de Goyena (artículo 264) se haya invertido la frase que altera absolutamente la disposición.

Art. 1. — Los artículos suprimidos son inútiles, dadas las disposiciones de los Títulos relativos, a los dementes (reformado por este proyecto), y a los sordo-mudos, así como a la nulidad de los actos jurídicos.



Art. 2. — Los incapaces declarados no serán privados de su libertad, ni reclusos o asilados, sino por resolución judicial, en el caso de que sea de temer que usando de aquélla, se dañen a sí mismos o a terceros. Se procederá, además, como está dispuesto en el artículo 11, Título de la interdicción de los insanos, de este proyecto, y en el 154 de este Código.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 479.

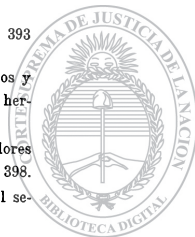
Art. 4. — Se reproducen los artículos 476 y 477. En el último se agregará “legítimos” después de “hijos” en la primera vez que esta palabra está empleada.

Se agregará, además, el siguiente párrafo: A falta de ellos, las hijas legítimas serán curadoras en los mismos casos en que las mujeres pueden ser tutoras.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 478. Se agregará: Si la madre hubiera contraído o contrajese nuevas nupcias, se procederá como lo dice el artículo 398, inciso 8º, reformado por este proyecto, bajo el número 17 del Título de la tutela.

Art. 4. — El Código ha resuelto que los hijos ilegítimos se encuentran respecto de la tutela, en situación especial en cuanto a sus parientes. No hay tutela legítima.

La misma razón conduce a limitar el texto del artículo 477, porque podría excluir un hijo ilegítimo varón, a las hijas legítimas, y porque el desempeño de la curatela repercute en la mayor parte de los casos, sobre los otros miembros de la familia que, sin embargo, no tienen, y quizás no deben, tener contacto alguno con el hijo ilegítimo.



Art. 6. — A falta de las personas indicadas, los tíos y hermanos serán curadores, y, si no los hubiere, las tías y hermanas que podrían ser tutoras. .

Art. 7. — Se aplica al nombramiento de los curadores lo dispuesto por los artículos 390, último período, 391 y 398.

Art. 8. — Se reproducen los artículos 480 y 481: el segundo constituirá un párrafo separado del primero.

Art. 9. — Se reproduce el artículo 483.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 484.

Art. 11. — Se modifica el artículo 473, precediéndole las palabras: Los actos anteriores..., y lo demás como está.

Art. 12. — Se modifica el artículo 474 así: Los actos de una persona que ha fallecido sin haberse declarado su incapacidad, no podrán ser impugnados por causa de ella, a no ser que resulte de los mismos actos o que se hayan efectuado después de interpuesta la demanda para declarar su incapacidad.

CAPITULO II

Curadores a los bienes

Art. 13. — Se dan curadores a los bienes en los casos preceptuados en este Código. Existiendo parientes idóneos

Art. 6. — No se comprende porqué los hermanos pueden ser tutores y no tienen igual título para desempeñar la curatela. Código Español, artículo 220, 5°.



del principal interesado, de la clase expresada en este Título, en ellos recaerá el nombramiento.

Pueden ser varios, si lo exigiese la administración de los bienes.

Se suprimen los artículos 485 y 486.

Art. 14. — Se reproduce el artículo 487.

Art. 15. — El hijo concebido recibe un curador para vigilar sus intereses futuros si éstos requieren cuidados. Lo será el padre o la madre cuando el hijo estaría sometido a la patria potestad en caso de haber ya nacido.

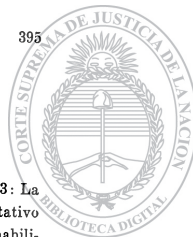
Si los bienes hubiesen de quedar fuera de la administración paterna o del tutor, por disposición del testador o donante, será curador la persona designada en la disposición o el albacea testamentario. En caso contrario, lo será el curador que se designe.

Art. 16. — Se reproducen los artículos 488, 489 y 490.

Se suprime el artículo 486.

Art. 15. — § 1912, Código Alemán; artículo 485, Código de Chile.

Art. 16. — Se suprime el artículo 486, en virtud de lo que hemos proyectado en el Capítulo I, Título II, Libro IV.



TITULO XIX

Menores emancipados

Art. 1. — En substitución de los artículos 132 y 133: La emancipación causada por el matrimonio válido o putativo de los menores, es irrevocable. Produce el efecto de habilitarlos para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos.

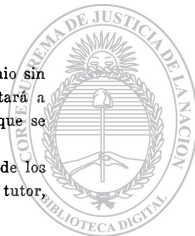
Si el matrimonio hubiese sido de mala fe, en cuanto al menor, la nulidad de la emancipación produce sus efectos desde el día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

Art. 1. — Según el artículo 132, la emancipación será de ningún efecto en caso de anulación del matrimonio, a partir de la fecha de la sentencia firme.

No distingue: toda anulación por consiguiente. Pero el artículo 230 y el 231 declaran que el matrimonio de buena fe celebrado por el menor produce, a pesar de su nulidad o anulación, todos los efectos del matrimonio válido, no sólo respecto de la persona, sino también de los bienes.

La emancipación es un efecto del matrimonio válido. Queda, por consiguiente, subsistente para el menor de buena fe.

Sin embargo, debe decirse expresamente, porque las reglas generales del artículo 230 no quedan derogadas por la particular decisión del artículo 132, no obstante el princi-



Art. 2. — Si el menor hubiera celebrado matrimonio sin las autorizaciones necesarias, la emancipación se limitará a la extinción de la autoridad paterna o tutelar, en lo que se refiere a la persona del menor.

Cesará el usufructo paterno, y la administración de los bienes del menor continuará en poder del padre o del tutor, en las condiciones generales de la tutela.

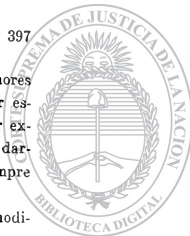
pio opuesto sobre aplicación de los textos contradictorios, y ha habido discusión sobre esa conclusión. Hoy es general la doctrina que informa nuestro proyecto. Laurent, 5º, número 195; Aubry-Rau, I, § 129; Planiol, Ripert et Savatier, Personnes, número 618. Algunos escritores no distinguen, sin embargo, y parecen reservar sus opiniones.

Art. 2. — Hemos expuesto en diversas notas la razón de la distinción que nuestro artículo contiene.

Si el matrimonio del menor que lo contrae sin autorización es válido, es claro que la emancipación se produce en cuanto a la persona. Subsiste, sin embargo, la administración de los bienes en poder de quien la tenía.

Pero el usufructo paterno debe cesar y convertirse en una tutela remunerada. Porque hay necesidades de familia que atender, y no puede sostenerse que el emancipado en su persona no puede beneficiar de sus rentas líquidas para sostener a su esposa e hijos dentro de los recursos que le pertenecen.

Es conveniente notar que si el menor tenía, por habersele atribuido por testamento, o por tratarse de bienes ad-



Art. 3. — Se modifica el artículo 134 así: Los menores no podrán hacer donaciones de sus bienes de cualquier especie o valor, por actos entre vivos. No podrán aprobar extrajudicialmente las cuentas de sus padres o tutores, ni darles finiquito de ellas. La rendición de cuentas será siempre judicial, con intervención del emancipado.

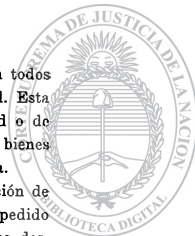
Art. 4. — Se reproduce el artículo 135, con las modificaciones siguientes:

- a) Se suprime “y bajo pena de nulidad”;
- b) En vez de “hipotecar” se dirá “o constituir derechos reales sobre”;
- c) En vez de “quinientos pesos” se dirá “mil pesos”;
- d) En vez de “mil pesos” se pondrá “dos mil pesos”;
- e) Se modifica: “Ni estar en juicio en pleito civil”, agregando “sin la intervención del Ministerio de Menores”.

quiridos por su industria, etc., la administración o el usufructo de bienes, continúa en ellos, a pesar de su emancipación limitada: no pasan a su tutor.

Arts. 3 y 4. — Se suprime la mención de que los actos obrados contra la prohibición legal determinan su nulidad, porque es ése el principio general, dicho una vez por todas, por los artículos 1040, 1042 y 1043.

En cuanto a la necesidad de una autorización especial para estar en juicio, no se comprende bien, por qué se ha de impedir la defensa del emancipado en su persona y bienes, y la de su familia, desde que el sistema de nuestra ley es el de que la administración del emancipado se desempeña sin la



Art. 5. — El Ministerio de Menores será oído en todos los casos en que es necesaria la autorización judicial. Esta no será concedida sino en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente, y las ventas que se hicieran de sus bienes serán siempre judiciales y hechas en pública subasta.

Art. 6. — Los actos ejecutados contra la prohibición de los tres artículos anteriores, podrán ser invalidados a pedido de parte o del Ministerio de Menores, hasta dos años después de llegado a la mayor edad el menor emancipado.

Art. 7. — Se reproduce el artículo 137.

asistencia de un curador y desde que la intervención del Ministerio de Menores es garantía protectora suficiente. Al fin, en todo litigio interviene Juez que desempeña su función sin permitir abusos contra la inexperiencia del emancipado.

Art. 5. — La intervención del Ministerio de Menores debe continuar desde que se trata de una limitación de las facultades del menor en cuanto al gobierno de sus bienes. Es una prolongación de su incapacidad por razón de la edad. Es lo que el Código declara para los actos determinados por el artículo 135 y debe constituir un precepto más general.

Art. 6. — Con esto exceptuamos al autor de los actos irregulares del principio general de que el que los efectúa no puede oponer la nulidad — artículo 1047, — para volverlo a la situación de todas las nulidades relativas, artículo 1048, puesto que son determinadas por la protección que



TITULO XX

De la autoridad y vigilancia en lo concerniente a los incapaces *

la ley dispensa a las personas a quienes considera inexpertas en el manejo de sus negocios.

También se exceptúa del mismo artículo 1048, al autorizar que el Ministerio de Menores deduzca la acción, si lo cree conveniente, porque entregada exclusivamente a la acción del emancipado, quedaría muchas veces burlada la prohibición legal, ya que, por razones de pundonor, el menor creería deber tolerar los abusos cometidos, o para ocultar sus hechos de prodigalidad, preferiría callar. Debe intervenir el Ministerio de Menores en interés de la ley.

En cuanto al plazo, artículo 4031.

* El Código ha sometido a la autoridad de los jueces el desempeño de la patria potestad, la tutela, la curatela y los actos de los menores emancipados. Ha declarado, asimismo, que el Ministerio de Menores ejerce la vigilancia sobre ese desempeño. Ha optado, pues, por uno de los dos sistemas que se conocen en legislación: el Estado constituye la autoridad fiscalizadora de la acción de los que ejercen la representación y gobierno de los incapaces. Es el verdadero tutor de ellos.

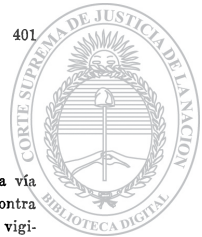
Entre nosotros, el sistema ha fracasado. La autoridad judicial y los funcionarios anexos no tienen medios de in-



formación que les permitan conocer los hechos de padres y tutores. Sólo conocen de los litigios cuando estallan, esto es, cuando los daños se han producido. Su vigilancia es ilusoria por imposible: están limitados a las denuncias, y éstas no conducen sino a pleitos en qué la curia se complace. El daño se agrava, pero no se restaura.

Y no es imputable a los funcionarios ese estado. Lo es al sistema. ¿Cómo pueden saber si una administración es vigilante y honesta? No pueden, ciertamente, conocerlo desde sus despachos. Lo que se hace en la fábrica, el comercio, el establecimiento rural, es inaccesible de hecho, y apenas les suministra el artículo 459 un medio de investigación “cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor”. Esas dudas no provienen de su inspección directa. Llegan a ellos por el peor de los medios: el de la denuncia.

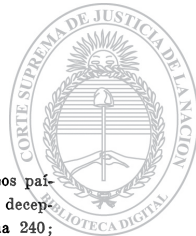
Es generalmente anónima, irresponsable. Es inspirada por enemistad, intereses y venganzas. Pueden ser medios para obtener la renuncia de los tutores honestos y pueden ser fundadas. Se nombra entonces a un tutor especial y la curia entra en movimiento. Lo grave es que los jueces no proceden como se lo ordena el artículo 389 y no dan intervención a los parientes del incapaz. El nombrado nada aporta, por consiguiente, como información: se encuentra en el mismo caso que los funcionarios. En definitiva: sólo hay un pleito más, que nada resuelve sino después de largo tiempo, y cuanto mayor la fortuna, más ruinoso para el menor.



A su vez: los parientes vacilan en proceder por la vía de las denuncias. Muchas veces tendrían que hacerlo contra deudos próximos. Desearían que las autoridades de vigilancia procedieran. Sabemos de muchos casos en que se han estrellado contra la indiferencia característica de los funcionarios: no puedo hacer nada, contestan; preséntese en juicio. Y para el abuelo o abuela ancianos, es insoportable la idea de denunciar, sin título especial, a su yerno, marido de la hija muerta, padre de sus nietos. Nada se hace... sino nombrar a un curador curial, que ni siquiera se informa de los parientes.

Por último: la judicatura es cómplice inconsciente de los malos administradores. A través de lo dispuesto por el artículo 439, se cometen abusos increíbles. Basta ocurrir a un Juez local que no es el de la tutela o de la administración paterna, para que so pretexto de liquidación de un condominio entre el padre y sus hijos que heredaron en común un bien de la madre, se autoricen ventas privadas, cuyos productos se entregan al padre, que los invierte en provecho propio, sin dar noticia al Juez de la administración. A eso se ha reducido en nuestro país, la superintendencia y la fiscalización de los magistrados. Semejante estado de cosas es inadmisibles. Los nombramientos de oficio lo agravan. Es demasiado doloroso este estado, para insistir en él. Sunt lacrymæ rerum.

No reside el remedio en el cambio fundamental del régimen. El consejo de familia investido de la autoridad tute-



lar en vez de la magistratura, también es ilusorio. Los países que lo han adoptado han experimentado amarga decepción de él. (Véase Huber, *Exposé des motifs*, página 240; *Motivos del Código Alemán*, VI, páginas 1018 y siguientes, 1203/4).

Pero el régimen instituido por el Código Civil, artículos 491/4, no funciona. Hay que establecer otra vigilancia concurrente y más activa.

Los parientes están llamados a ejercerla. Ya el Código les da intervención para ello: artículos 272, 378 y 414.

Pero ni es general a toda la administración, ni, aislados, los parientes quieren provocar espontáneamente litigios en que se constituyen parte personal directa.

Si colectivamente fueran constituidos en una entidad responsable de su inacción, necesariamente escuchada y con iniciativa forzosa, procederían. En otro caso retroceden ante las consecuencias del litigio a que la indiferencia judicial los condena.

Agréguese a esa consideración la regla general del artículo 411: el tutor, el padre, gestiona y administra solo. Bien está que haya unidad de administración. Pero que sea activa, inteligente. Y cuando los asuntos del menor son de cierta naturaleza, cuando se trata de casas de comercio, de manufacturas, de establecimientos agrarios, la administración puede ser equivocada o deficiente por falta de actividad. Hoy no se puede objetar si no es grave la negligencia o dolosa la administración. Las deficiencias constantes y



efectivas que no llegan hasta la culpa acentuada, no pueden ser establecidas sin investigaciones que sólo sirven para litigar por años, con intervenciones curiales deplorables. Prácticamente, el pariente bien intencionado, retrocede. Su silencio deja a los magistrados en la obscuridad.

Debe organizarse la vigilancia concurrente del consejo de familia. Algo son, ciertamente, los abuelos, los tíos, los hermanos, los afines. Están mejor informados. Tienen un interés afectuoso, más activo, que el lejano de los funcionarios. Saben muchas cosas que les permiten juzgar: saben los motivos imponderables, permanentes, que no se traducen en hechos irritantes de prueba estridente, pero que constituyen un estado cierto de administración ruinosa.

No serán los jueces definitivos. Pero será el consejo de familia, el fiscal vigilante que el sistema actual reclama, y sin el cual, muere en la impotencia.

Ese consejo de familia no puede hoy establecerse, ni siquiera por la voluntad testamentaria del padre. Conoce la complicación de los asuntos o negocios que deja. Sabe que su cónyuge no posee los conocimientos necesarios, que el tutor que puede ser llamado a la tutela por cualquier accidente que impida al nombrado desempeñarla con acierto, será insuficiente, pero nada puede hacer, porque no le es permitido poner restricciones a la patria potestad del supérstite o a la administración del tutor, instituyendo un consejo de vigilancia o limitativo del arbitrio de los administradores.

Art. 1. — La patria potestad, la tutela y la curatela, se ejercen bajo la autoridad y vigilancia del Juez dentro de las condiciones establecidas por la ley.

Y hasta los jueces son impotentes para declinar en terceros capaces de desempeñar el encargo, la facultad de fijar las reglas y, sobre todo, las decisiones de la administración técnica de negocios complicados y extensos, que no les es posible conocer en sus detalles. Y esto porque el tutor gestiona y administra solo. La administración le incumbe exclusivamente.

Por último, los parientes no tienen ingerencia en ella. Sólo pueden acusar o denunciar bajo su responsabilidad, y por lo general, se declina esa clase de intervención.

La ley debe organizar esa clase de vigilancia en casos dados, pues carece de objeto establecerla como necesaria, sobre todo en las administraciones modestas de bienes que ni justificarían los inconvenientes naturales de la ingerencia, ni los gastos necesarios de ella. Sería una molestia para el tutor, y probablemente le induciría a declinar el cargo. Tampoco la desempeñarían los parientes por falta de interés.

Art. 1. — Es la de nuestro artículo proposición evidente, dadas las innumerables disposiciones que someten a padres, tutores y curadores de toda especie, a la autoridad judicial. La gestión y administración corresponden a los representantes de los incapaces, bajo la superintendencia del Estado que se ejerce por el medio del Juez. § § 1837/8, 1643, 1685/7, etc, Código Alemán.



Art. 2. — En substitución del artículo 59: A más de los representantes de los incapaces, son éstos promiscuamente representados por el Ministerio de Menores en todo asunto

Art. 2. — Del texto mismo del artículo 59, resulta que la intervención del Ministerio de Menores corresponde en todo caso de incapacidad. No constituye, por consiguiente, una limitación lo dispuesto por el artículo 493, al hablar solamente de intervención en los “actos o pleitos” “sobre tutela o curatela”, o sobre “obligaciones de los tutores y curadores”. Los padres y los albaceas quedan dentro de la vigilancia e intervención del Ministerio de Menores.

Por eso nuestro título expresa reglas generales a toda gestión relativa a incapaces y a ejercicio de todos los poderes sobre su persona y bienes.

Pero el artículo 59 habla de que el Ministerio de Menores ha de intervenir en “todo asunto... extrajudicial... en que se trate de las personas o bienes... so pena de nulidad de todo acto... que hubiere (?) lugar sin su participación”.

El mismo concepto aparece del artículo 493. Si puede ser dudoso que “todo acto... sobre la tutela” de que habla, se refiera a los extrajudiciales, desaparece la vacilación ante la frase posterior: “Debe intervenir... en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer”.

Es manifiesto el error de esa solución.

El tutor gestiona y administra solo. Los actos y contratos que interesan al incapaz y que entran en la calificación





judicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de la persona o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo juicio, o de todo acto que requiera autorización judicial, en

de actos de administración, los realiza solo, bajo su exclusiva decisión y responsabilidad. Ni el Ministerio de Menores podría intervenir de hecho en cada acto de percepción de sumas, de venta de frutos, de contratos de alquiler y otras inversiones o estipulaciones relativas al vestido, educación o alimentos del menor, ni sería soportable que el tutor tuviera que recurrir a ese funcionario por cada acto pequeño o grande de administración, ni por último lo exige la ley: administra solo. Y lo mismo el padre.

Quando la ley quiere impedir para ciertos actos, la libre acción del padre o tutor, procede por vía de enumeración limitativa, y dice para qué hechos y bajo qué supuestos necesita de autorización suplementaria. Lo que confirma que cuando no se halla el representante en uno de ellos, es de su resorte exclusivo.

Y aun para esos actos exceptuados no es necesaria otra cosa que la autorización complementaria. Obtenida, el tutor, solo, contrata u obra: no subscribe esos actos con el Ministerio de Menores. No vende éste los ganados, no efectúa arrendamientos: sólo el padre o tutor.

Ni conviene tampoco establecer el principio. Porque sólo sirve para cubrir los abusos. Se divide, o mejor, se declina

que no hubiera sido oído antes de la sentencia o de la autorización.

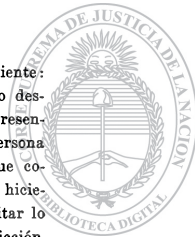
Se suprime el artículo 494.

la responsabilidad, si efectivamente interviene el Ministerio Público, y como es manifiesto que éste no puede obrar todos los actos que interesan a la administración normal o ampliada por autorización, de los incapaces en su distrito judicial, la medida sería algo más que ilusoria. Sería peligrosa, porque el tutor se excusaría con la autorización implícita que pretendería obtenida por su anuncio de la operación, no seguida de oposición o de intervención.

No es menester recurrir a Freitas para demostrar la mala redacción de nuestros artículos. Resulta de la sola lectura de su artículo 46, que da la inteligencia de lo que entiende por actos extrajudiciales al hablar de ellos en el 45, que inspira a los nuestros criticados.

El artículo 494 reincide en el error señalado al decir que son nulos **todos** los actos en que se interesen las personas o bienes de los incapaces, **si en ellos** no hubiese intervenido el Ministerio de Menores, porque es manifiesto que son válidos si son de administración normal, y lo son los de administración ampliada si fué oído el Ministerio de Menores al concederse la autorización, aunque no intervenga en los **actos o contratos** ni para celebrarlos, ni para concluirlos.





Art. 3. — Se sustituye el artículo 493, por el siguiente:

El Ministerio de Menores debe velar por el recto desempeño de las funciones que corresponden a los representantes de incapaces, en cuanto al gobierno de su persona y bienes. Puede deducir ante el Juez las acciones que correspondan a los representantes, cuando éstos no lo hiciesen, si fuesen de la competencia de aquél. Puede solicitar lo que corresponda cuando dependieran de otra jurisdicción.

Puede pedir la remoción de los representantes, sean padres, tutores y curadores, cuando proceda según lo dispuesto en los títulos anteriores.

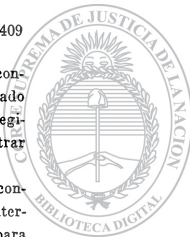
Art. 4. — Se reproduce el artículo 491, con la sustitución de “El defensor oficial” por “El Ministerio”.

Se agregará en párrafo separado el artículo 492, con igual modificación.

Art. 5. — En el desempeño de sus funciones de vigilancia, el Ministerio de Menores podrá solicitar de los representantes de los incapaces, de los parientes de éstos o de

Art. 5. — Ultima parte del artículo 493.

Como se advertirá, las funciones del Ministerio de Menores son las que derivan de su carácter de representante promiscuo de los incapaces en juicio y de sus funciones de vigilancia en el ejercicio de los poderes legales de los representantes. La decisión corresponde privativamente al Juez. En el sentido de nuestros artículos se entiende por Juez el de la patria potestad o del discernimiento de la tutela o curatela, según se ha dispuesto anteriormente, que



cualquiera otra persona, directamente, los informes que consideran necesarios para su conocimiento exacto del estado de las cosas en cuanto a la persona y bienes de sus protegidos. Las personas requeridas están obligadas a suministrar detalladamente los datos exigidos.

Art. 6. — El Juez debe ejercer vigilancia sobre el conjunto de los actos del representante de incapaces, e intervenir por medio de órdenes y prohibiciones apropiadas para impedirles la transgresión de sus deberes.

Los representantes de los incapaces están obligados en todo tiempo, a pedido del Juez, a darle todos los informes sobre su gestión y la conducta personal y situación del incapaz.

centraliza todo lo que compete al desempeño de las funciones de los representantes.

Los jueces de otra jurisdicción conocen de los asuntos de su competencia, pero no ejercen, ni traban, las atribuciones privativas de la jurisdicción general. Si ante ellos, por ejemplo, se realiza un bien indiviso, entre personas que lo tienen en común con un incapaz, los fondos que a éste correspondan, no se entregan, ni invierten, por ellos. Deben ponerlos a la disposición del Juez general. *Et sic de ceteris*. Los documentos habilitantes de los representantes hacen saber cuál es el Juez de la tutela o que conoce de la gestión paterna.

Art. 6. — § 1837, 1643, 1666, 1689, 1695, etc., Código Alemán. En cuanto al último párrafo, § 1839, del mismo.



Art. 7. — Los representantes deben rendir cuenta de su gestión al Juez, todos los años. Si la administración es poco extensa, el Juez, después de recibida la cuenta del primer año, puede ordenar que se rindan las sucesivas en un plazo mayor que no exceda de tres años.

Art. 8. — La cuenta contendrá un estado de las entradas y salidas e informes sobre el aumento o disminución de la fortuna del pupilo, y se referirá a los documentos justificativos.

En caso de ejercicio de una profesión lucrativa con contabilidad comercial, bastará presentar un balance extraído de los libros.

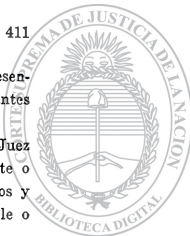
El Juez puede ordenar la exhibición de los libros y documentos justificativos.

Art. 9. — El Juez debe examinar la cuenta en cuanto a cálculos y hechos, y, si es necesario, hacerla rectificar o completar.

Art. 7. — § 1840, Código Alemán.

Art. 8. — § 1841, Código Alemán, con una ligera variante sobre la referencia a los justificativos. No exceptuamos a los padres, a pesar del usufructo, porque también la vigilancia debe extenderse a él, para saber si se mantiene dentro de los límites legales, si se cubren o no las deudas, si se conservan los capitales usufructuados, etc.

Art. 9. — § 1843, Código Alemán.



Los derechos que resulten litigiosos entre el representante y el incapaz, podrán ser ejercidos en juicio aun antes de terminada la representación.

Art. 10. — Antes de tomar las decisiones que el Juez está llamado a adoptar, oirá, a pedido del representante o del Ministerio de Menores, a los parientes consanguíneos y afines del incapaz, si se puede hacer sin demora notable o gastos excesivos.

Debe el Juez, de oficio, oírlos en los asuntos importantes.

Los parientes y afines pueden exigir del incapaz el reembolso de los gastos que hubieran hecho, cuyo monto será fijado por el Juez.

Art. 11. — Se instituirá por el Juez un consejo de familia, cuando el padre o la madre, legítimos, hayan ordenado esa institución.

Pueden el padre o la madre hacer depender la institución del consejo de familia de la realización o no realización de un acontecimiento determinado.

Si no hubiese el número necesario de personas capaces, no se efectuará la institución.

Art. 10. — § 1847, Código Alemán.

Art. 11. — § 1858, Código Alemán. El padre o madre pueden ordenar la institución, aunque sobreviva el esposo a quien corresponda la patria potestad. El consejo que proyectamos no asume funciones administrativas ni se erige en Tribunal de tutelas, como en el Código Francés, Alemán, Es-



Art. 12. — Se instituirá, asimismo, el consejo de familia, en los casos siguientes:

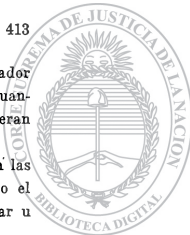
1º Cuando lo solicita un pariente o afín del incapaz, el Ministerio de Menores o el representante;

2º Cuando lo dispone el Juez en caso de administración complicada o que exige conocimientos especiales.

No se instituirá si el padre o la madre lo hubiera prohibido por su testamento.

pañol, etc. Ejerce la vigilancia activa y aconseja a los representantes que guardan su independencia y responsabilidad. En el manejo de industrias y comercios importantes, el Juez necesita algo más que la vigilancia del Ministerio de Menores, desempeñado por funcionarios, y el informe y consejo de los que vigilan de más cerca, la administración de los representantes en asuntos técnicos o complejos, que escapan a la información del Juez: § 1687/8, Código Alemán, que lo dispone en relación de la madre. Pero ésta puede disponerlo respecto del padre, con igual motivo, y como ella (§ 1687, 2º), el padre mismo requerirlo para asesorarse o hacer manifiesta su manera de administrar y tranquilizarse sobre la conveniencia de ciertas medidas difíciles. (§ 1689, Código citado).

Art. 12. — § § 1687, 1688, 1666, 1667, 1858 y 1859, Código Alemán.



Art. 13. — Se instituirá cuando el donante o testador de bienes a favor del incapaz lo hubiera ordenado, en cuanto se refiera a esos bienes y aunque los padres lo hubieran prohibido.

Art. 14. — El consejo de familia es constituido con las personas designadas por el padre o madre legítimos, o el tercero donante o testador, en su caso. Pueden nombrar u ordenar que haya suplentes.

Art. 15. — Si los nombrados rehusaran aceptar o estuviesen imposibilitados, el Juez oír a los parientes que pueden desempeñar la tutela legítima, y tomará de entre ellos los necesarios para que el consejo pueda deliberar, según lo dispuesto por los padres o por el donante o testador.

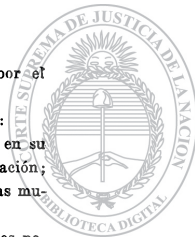
Art. 16. — En el caso de que no coincidieran las disposiciones del padre con las de la madre, prevalecerán las del primero.

Art. 17. — En defecto de prescripciones especiales, y en todos los casos de los artículos 12 y 13, el consejo será constituido por el Juez con los parientes indicados por el artículo 390 modificado, en número no menor de tres y no mayor de cinco. Se seguirá el orden de esa disposición. Pueden nombrarse los afines del mismo grado que los parien-

Art. 15. — § § 1862 y 1867, Código Alemán.

Art. 16. — § 1868, Código Alemán.

Art. 17. — Véase § 1860, Código Alemán, que fija un máximo de seis personas. Artículo 294, Código Español.



tes. Se nombrarán del mismo modo dos suplentes por el consejo de familia ya constituido.

Art. 18. — No pueden ser miembros del consejo:

1º El tutor ni el tutor especial; o los curadores en su caso, ni los padres en lo que se refiere a su administración;

2º Los que no pueden ser tutores. Pueden serlo las mujeres casadas en todo supuesto;

3º Los excluidos del consejo por disposición de los padres o del donante o testador;

4º Los que no son parientes o afines del incapaz de la clase antes dispuesta;

5º Los incapaces de administrar sus bienes.

Art. 19. — Si no existiesen parientes en número suficiente para constituir el consejo de familia en su número menor, no se instituirá.

En caso de impedimento momentáneo de un miembro y por falta de suplente, podrá el consejo nombrar un extraño no pariente. Serán preferidos los amigos de la familia.

Constituido el consejo de familia, puede nombrar a terceros no parientes para completar el número máximo de sus miembros. Serán preferidos los amigos de la familia.

Art. 20. — Nadie está obligado a aceptar las funciones de miembro del consejo.

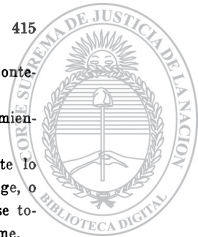
Este será instalado por el Juez. El cargo puede ser acep-

_____.

Art. 18. — § § 1866 y 1867, Código Alemán.

Art. 19. — § § 1858 y 1867, Código Alemán.

Art. 20. — § § 1869, 1870 y 1871, Código Alemán.



tado bajo reserva de dimitirlo en caso de que un acontecimiento se produzca o no se produzca.

Instalado el consejo por primera vez, su funcionamiento e integración es de su atribución privativa.

Art. 21. — El consejo nombra su presidente. Este lo convoca todas las veces que el interés del menor lo exige, o lo pide uno de sus miembros, o el tutor. Debe expedirse todas las veces que el Juez requiere su dictamen o informe.

Para que pueda deliberar se requiere la presencia de tres miembros por lo menos. Las resoluciones se toman por mayoría de los presentes. En caso de empate decide el voto del presidente.

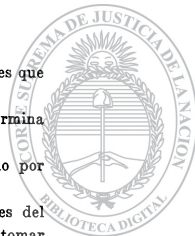
Art. 22. — El miembro que no concurre sin excusa suficiente a la convocatoria o no avisa en tiempo útil su impedimento para la asistencia, o no participa en la decisión, podrá ser condenado por el Juez a una pena no mayor de doscientos pesos, y, en caso de reiteración, a una de quinientos.

Si presenta una justificación suficiente, la pena podrá ser dispensada.

Art. 23. — Si hay urgencia en reunir el consejo, su presidente toma las medidas necesarias, convoca a los miem-

Art. 21. — § § 1873/4, Código Alemán.

Arts. 22 y 23. — § § 1875 y 1876, Código citado. No debe olvidarse que en éste el presidente es el Juez que tiene autoridad para tomar por sí las medidas necesarias. En este proyecto, el presidente adoptaría las que está en su



bros, y éstos, en minoría, pueden adoptar las resoluciones que convengan para su integración.

Art. 24. — La función de miembro del consejo termina por las mismas causas que la de tutor.

No puede ser exonerado contra su voluntad, sino por resolución del Juez.

Art. 25. — El tutor puede asistir a las reuniones del consejo y debe hacerlo si es llamado por éste. Puede tomar parte en las deliberaciones. No tiene voto. Puede exigir que se deje constancia escrita de sus opiniones o informes.

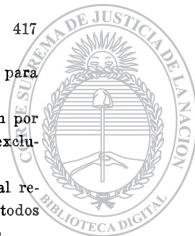
Art. 26. — El consejo será oído previamente por el Juez, en todos los casos en que el tutor necesita de autorización para realizar un acto jurídico. Puede el Juez señalarle término preciso para expedirse. Caso de no hacerlo, resolverá el Juez con audiencia del Ministerio de Menores sobre la autorización pedida. Las funciones de éste no quedan limitadas en caso alguno de existencia del consejo.

Art. 27. — Será el último oído, además, en todos los casos de nombramiento de tutor o curador, general o especial, en el de separación o reemplazo de ellos, y en toda circunstancia en que el interés del incapaz lo aconseje.

Puede el consejo solicitar del Juez todas las medidas que considere convenientes, la separación de los represen-

mano tomar, convocación de suplentes o reunión en minoría, por ejemplo, para resolver y pedir, en su caso, al Juez, lo que convenga para asegurar el funcionamiento del consejo.

Art. 24. — § 1878, Código Alemán.



tantes del incapaz y el establecimiento de disposiciones para el desempeño de los poderes de dichos representantes.

La audiencia y las solicitudes del consejo se harán por vía de dictamen, y sin forma de juicio. En éste será exclusiva la intervención del Ministerio de Menores.

Art. 28. — Puede el consejo pedir directamente al representante del incapaz, y está éste obligado a darle, todos los informes y estados de administración que requiera.

Art. 29. — El Juez debe disolver el consejo cuando no exista el número de miembros necesarios para su funcionamiento y no haya personas aptas para completarlo.

Art. 30. — Se disolverá, asimismo, cuando el padre lo haya dispuesto para el caso de que determinado acontecimiento se realice o no se realice, si el consejo se ha establecido por su decisión.

El mismo derecho tiene la madre legítima del incapaz para el consejo establecido por su orden, y el tercero donante o testador en cuanto a los bienes dejados o donados.

Art. 31. — Las funciones de miembro del consejo son gratuitas, pero el incapaz debe satisfacer los gastos de traslación u otros causados para asistir a las deliberaciones. Los fija el Juez, a propuesta del presidente.

Arts. 29 y 30. — § § 1879 y 1880, Código Alemán.



FE DE ERRATAS

DONDE DICE:

Pág. 15 - S6uizo.....
„ 16 - artículo 97, 2º, pá-
rrafo 120, Código Sui-
zo.....

DEBE DECIR:

Suizo
artículos 97, 2º párrafo y 120,
Código Suizo.





INDICE

LIBRO I

PARTE ESPECIAL

DERECHO DE FAMILIA

SECCION 1ª

TITULO XI

Del matrimonio	5
Capítulo I De los impedimentos	11
„ II Del consentimiento	20
„ III De las diligencias previas	23
„ IV De la celebración del matrimonio ..	30
„ V De la invalidez del matrimonio ..	36
„ VI Derechos y obligaciones de los es- posos	72
„ VII Del divorcio	92
„ VIII De la disolución del matrimonio ...	150
„ IX De la prueba del matrimonio	159
„ X Disposiciones generales	165

COMPLEMENTO DEL TITULO II

LIBRO I

DEL REGISTRO CIVIL

§ 2

Del matrimonio	168
-----------------------------	-----



§ 5

Disposiciones generales	172
--------------------------------------	------------

TITULO XII

Régimen de los bienes en el matrimonio	175
Capítulo I De las capitulaciones matrimoniales	182
,, II De la sociedad conyugal	190
,, „ § 1 Del haber social	190
,, „ § 2 Cargas de la sociedad	218
,, „ § 3 De los bienes de la mujer	219
Capítulo III Administración de la sociedad	223
,, IV Bienes reservados	240
,, V Disolución de la sociedad conyugal	265
,, VI Restitución de los bienes propios de la mujer	274

TITULO XIII

Capítulo I De los hijos legítimos	275
,, II De la legitimación	321

TITULO XIV

De los hijos ilegítimos	330
Capítulo I Hijos naturales	330
,, II De los hijos adulterinos o incestuosos	343

TITULO XV

Del parentesco	345
-----------------------------	------------

SECCION 2ª

TITULO XVI

De la patria potestad	354
------------------------------------	------------





TITULO XVII

De la tutela	370
Capítulo I	370
„ II Del discernimiento de la tutela ...	376
„ III Administración de la tutela	377
„ IV Terminación de la tutela	388
„ V Cuentas de la tutela	390

TITULO XVIII

De la curatela	391
Capítulo I De la curatela de los incapaces	391
„ II Curadores a los bienes	393

TITULO XIX

Menores emancipados	395
----------------------------------	-----

TITULO XX

De la autoridad y vigilancia en lo concerniente a los incapaces	399
--	-----